PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 3, NUMÉRO 1 2015

RÉDACTEURS EN CHEF

M. Rowland J. Harrison, Q.C., LLB, LLM, à la tête du projet de recherche de TransCanada en droit administratif et règlementaire, Faculté de droit, University of Alberta

M. Gordon E. Kaiser, FCIArb, BA, MA, JD, Arbitre indépendant, Kaiser Arbitration, Toronto

COLLABORATEURS 2015

M. Keith B. Bergner, BA, LLB, Associé, Lawson Lundell LLP, Vancouver

Dr A. Neil Campbell, HBA, LLB, MA, SJD, Associé, McMillan, Toronto

Dr Jan Carr, PhD, PEng, FCAE, Ancien président, Ontario Power, Toronto

M. James (Jim) M. Coyne, BS, MS, Vice-président général, Concentric Energy, USA

Dr Joseph Doucet, PhD, Doyen, School of Business, University of Alberta

M. Robert (Bob) S. Fleishman, BA, JD, Avocat général, département du contentieux, Morrison Foerster, USA

Dr Anastassio Gentzoglanis, BA, MA, PhD, Professeur, Faculté d'administration, Université de Sherbrooke

Mme Marie-Christine Hivon, BCL, LLB, Associé, Norton Rose Fulbright, Montréal

M. David A. Holgate, BA, LLB, Avocat général, Stikeman Elliotts, Calgary

M. William (Bill) Lahey, BA, LLM, Professeur, Schulich School of Law, Dalhousie University

M. Ian A. Mondrow, BA, LLB, Associé, Gowlings, Toronto.

Dr Michal C. Moore, BS, MS, PhD, Professeur, School of Public Policy, University of Calgary

Mme Helen T. Newland, B.Sc, LLB, MA, Associé, Dentons Cananda LLP, Toronto

Dr Nancy Olewiler, PhD, Directeur, School of Public Policy, Simon Fraser University

M. Peter Ostergaard, BA, MA, Ancien président, BCUC, Vancouver

M. Bruce Outhouse, Q. C., BA, LLB, Associé, Blois Nickerson and Bryson LLP, Halifax

M. Mark Rodger, BA, LLB, Associé principal, Borden Ladner Gervais LLP, Toronto

Dr Hugo Schotman, PhD, Consultant externe, Association canadienne du gaz, Ottawa

M. Rick Smead, BS, JD, Directeur général, RBN Energy LLC, USA

M. Lawrence (Laurie) E. Smith, Q.C., BA, LLB, MA, Associé, Bennett Jones, Calgary

Dr Moin A. Yahya, BA, MA, JD, PhD, Professeur agrégé, faculté de droit, University of Alberta

M. Glenn Zacher, BA, LLB, Associé, Stikeman Elliott, Toronto

ÉNONCÉ DE MISSION

La mission de la publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie consiste à offrir une tribune pour des débats et des discussions sur des questions concernant les industries règlementées du secteur énergétique au Canada, notamment des décisions de tribunaux de règlementation, des actions législatives et politiques associées, ainsi que des initiatives et des mesures adoptées par des sociétés règlementées et des intervenants. Cette publication se veut équilibrée par rapport au traitement des différents dossiers. Les auteurs sont tirés d'une liste de personnes aux antécédents variés, reconnues comme des chefs de file dans le domaine des industries énergétiques règlementées et dont la contribution à cette publication exprimera leurs points de vue indépendants à l'égard de ces enjeux.

POLITIQUE RÉDACTIONELLE

Cette publication trimestrielle est publiée par l'Association canadienne du gaz (ACG) dans le but de favoriser une meilleure compréhension des questions et des tendances en matière de règlementation dans le secteur de l'énergie au Canada.

Les rédacteurs administratifs travailleront avec l'ACG pour déterminer des thèmes et des sujets pour chaque point d'intérêt, rédigeront des textes éditoriaux, sélectionneront des collaborateurs et réviseront leurs articles pour s'assurer de l'uniformité du style et de la qualité.

L'équipe de cette publication trimestrielle conservera une « liste » de collaborateurs qui seront appelés à prêter leur nom et leur collaboration à cette publication. Les personnes apparaissant sur la liste peuvent être invitées par les rédacteurs administratifs à écrire des articles sur des thèmes particuliers ou peuvent proposer leur collaboration de leur propre initiative. De temps à autre, d'autres personnes peuvent également être invitées à rédiger des articles. Certains collaborateurs peuvent avoir représenté des parties ou encore y avoir été associés dans un dossier sur lequel ils formulent un commentaire. Le cas échéant, une note de bas de page sera ajoutée par les rédacteurs à cet effet. Les rédacteurs administratifs se réservent la responsabilité de sélectionner les sujets à publier.

Le contenu de fond des articles individuels est à l'unique responsabilité des collaborateurs.

Par souci d'offrir une tribune pour des débats et des discussions, l'équipe de cette publication trimestrielle invite les lecteurs à émettre leurs commentaires sur les articles publiés et invite également les collaborateurs à réagir, le cas échéant. Les commentaires et les réactions seront publiés sur le site Web de la publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie.

PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

Éditorial 9
Rowland J. Harrison, Q.C. et Gordon E. Kaiser, FCIArb

ARTICLES

Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2014.....19
David Mullan

Preuve électronique, traitement électronique des ligites et tribuneaux de rglementation.....35
Philip Tunley

COMMENTAIRES DE CAS

Décision de l'office national de l'énergie (ONÉ) relativement à Trans Mountain 47
Richard King, Patrick Welsh and Rebecca Hall-McGuire

Norfolk et AltaLink : les organismes de réglementation de l'Ontario et de l'Alberta précisent les normes en matière de fusion et d'acquisition 55
Ron Clark and Zoë Thoms

Production combinée de Bande indienne de Coldwater : Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne devraient pas intervenir dans les procédures administratives en cours 61
Héloise Apestéguy-Reux

CHRONIQUES RÉGULIÈRES

La position de Washington.....65
Robert S. Fleishman

ÉDITORIAL

2014 : LE SECTEUR DE L'ÉNERGIE

Rowland J. Harrison, Q.C. et Gordon E. Kaiser, FCIArb
Rédacteurs en chef

L'année 2014 a été riche en rebondissements dans le secteur de l'énergie au Canada : croissance soutenue des énergies renouvelables à prix fort, effondrement des prix du pétrole et augmentation soudaine du nombre d'expéditions de pétrole brut par chemin de fer.

L'année a aussi été fort remplie pour bon nombre d'organismes de réglementation de l'énergie. Il y a eu ce que l'on pourrait qualifier d'annulation de la décision de l'Office national de l'énergie à propos du réseau principal, la poursuite de la bataille relativement à la construction de pipelines partout au Canada, et la conclusion d'une nouvelle alliance énergétique entre l'Ontario et le Québec.

Dans cet éditorial, à l'instar des années précédentes, nous approfondirons ces développements. Nous tenterons aussi de prévoir quels seront les développements importants en matière de réglementation en 2015.

Le plus grand enjeu auquel seront confrontés les organismes de réglementation canadiens en 2015 : la réglementation des tarifs d'électricité à une époque où les services publics doivent composer avec une demande à la baisse. Nous attendons aussi impatiemment, en avril, la décision de la Cour suprême du Canada relativement à deux appels, un de l'Alberta et un de l'Ontario, à propos de l'un des principes fondamentaux en matière de réglementation : la prudence dans la prise de décisions des services publics.

La construction de pipelines est paralysée

Nul doute que l'enjeu dominant en matière de réglementation des marchés énergétiques canadiens concerne les pipelines. L'équipe d'ERQ avait déjà passé en revue plusieurs de ces projets, qui en étaient à divers stades, dans des numéros antérieurs. Il est utile de savoir où ils en sont à la fin de 2014. Le produit qui tente de se frayer un chemin jusqu'au marché provient des sables bitumineux près de Fort McMurray en Alberta et de l'huile de schiste de Bakken au Dakota du Nord .

Le coût de l'exploitation du brut terrestre est réel. Jim Prentice, premier ministre de l'Alberta, a estimé que le manque de pipelines coûte 6 milliards de dollars par année aux gouvernements fédéral et de l'Alberta. Le pétrole brut de l'Ouest canadien se négocie à un escompte appréciable par rapport au prix du pétrole international car le pétrole brut canadien ne dispose pas d'un accès aisé aux marchés mondiaux.

Quatre projets dominent toujours la discussion, le pipeline Keystone XL de TransCanada, le pipeline Northern Gateway d'Enbridge, l'agrandissement du réseau de Trans Mountain de la société Kinder Morgan et, plus récemment, le projet Énergie Est de TransCanada. Ces quatre projets font l'objet d'une forte opposition des Premières Nations, des groupes environnementaux et des communautés locales.

Le pipeline *Keystone XL* de TransCanada

Le pipeline Keystone XL, un projet de 5 milliards de dollars, a d'abord été proposé par TransCanada en 2008 en vue de transporter du pétrole brut du Canada jusqu'au golf du Mexique en passant par le Midwest et le Texas. Le Département d'État américain examine le dossier du pipeline depuis près de sept ans. Le

segment canadien du pipeline a été approuvé par l'Office national de l'énergie en 2010.

L'approbation américaine a été retardée en raison de l'opposition nationale de groupes environnementaux et de l'opposition locale au Nebraska. Cette dernière a donné lieu à des décisions par des tribunaux et, ultimement, à la prise de mesures par le gouverneur en faveur du pipeline, ce qui a eu pour effet de ramener le débat au niveau national et au Congrès américain. En novembre 2014, la Chambre des représentants a adopté un projet de loi approuvant pour la neuvième fois le pipeline Keystone XL. Plus tard, ce projet de loi a été défait par une voix au Sénat.

En novembre, lors des élections de mi-mandat, les Républicains sont redevenus majoritaires tant à la Chambre qu'au Sénat, et ce, pour la première fois en huit ans. En janvier, il y a eu un vote à la Chambre et au Sénat, vote qui n'a pas permis d'obtenir la majorité de 67 voix requise pour neutraliser un veto présidentiel. Le 24 février, le président Obama a exercé son veto. Voilà où nous sommes au moment d'aller sous presse .

Le pipeline *Northern Gateway* d'Enbridge

Le pipeline Northern Gateway d'Enbridge s'étalerait sur 1 178 km de Bruderheim, en Alberta, jusqu'à un terminal portuaire à Kitimat, en Colombie-Britannique. Le premier pipeline transporterait 525 000 barils par jour de pétrole de l'Alberta jusqu'aux voies maritimes. L'autre réacheminerait 93 000 barils par jour de condensat vers l'Alberta aux fins du traitement des sables bitumineux albertains.

La Commission d'examen conjoint de l'Office national de l'énergie a déposé, le 19 décembre 2013, son rapport auprès du Cabinet fédéral. Elle y recommandait l'approbation du projet sous réserve de 209 conditions. Le Cabinet fédéral a accepté les recommandations de la Commission et a intimé l'ordre à l'Office national de l'énergie de délivrer, sous réserve de la satisfaction des conditions, des certificats de commodité et de nécessité publiques.

L'une des conditions établies par la Commission d'examen conjoint était qu'Enbridge relance ses consultations avec les Premières Nations. Enbridge l'a fait et les consultations se poursuivent toujours.

Il y a présentement 18 appels et demandes de contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale. Cinq demandes de contrôle judiciaire concernent le Rapport de la Commission d'examen conjoint et neuf, le décret en conseil du Cabinet instruisant l'Office national de l'énergie de délivrer des certificats de commodité et de nécessité publiques. Et pour couronner le tout, il y a quatre appels à propos de certificats délivrés par l'Office national de l'énergie.

La plupart de ces appels sont le fait de groupes des Premières Nations qui contestent la pertinence des consultations. Les autres sont le fait de groupes environnementaux qui, eux, contestent la pertinence de l'évaluation environnementale. L'un des enjeux plus larges concerne le refus de la Commission d'examen conjoint de tenir compte des effets environnementaux en amont de la production de pétrole à partir de sables bitumineux, une question qu'a abordée la province de Québec dans l'affaire du projet Énergie Est.

L'agrandissement du réseau de Trans Mountain de la société *Kinder Morgan*

Le 16 décembre 2013, Kinder Morgan a déposé une demande d'approbation d'un projet d'agrandissement du réseau Trans Mountain d'une valeur de 5,4 milliards de dollars. En doublant le pipeline existant sur une distance de 1 150 km entre Edmonton, en Alberta, et Burnaby, en Colombie-Britannique, le projet permettrait d'accroître sa capacité de 300 000 barils à 890 000 barils par jour. Le terminal portuaire Westridge à Burnaby serait aussi agrandi afin d'accroître de 5 à 34 par mois le nombre de navires-citernes fréquentant Burrard Inlet.

L'audience publique initiale a été la plus imposante au pays – 1 650 participants enregistrés dont 400 ayant obtenu le statut d'intervenant. Initialement, le pipeline devait passer par les rues de Burnaby. Devant l'opposition publique généralisée, Trans Mountain en a modifié le trajet, le faisant passer par l'aire de conservation de Burnaby Mountain, ce qui a suscité encore davantage d'opposition. La ville de Burnaby a entrepris d'émettre divers avis d'infraction aux règlements municipaux, dont une ordonnance de cessation et d'abstention. En réaction, Trans Mountain a produit une requête d'ordonnance auprès de l'Office national de l'énergie afin d'obliger

Burnaby à donner accès aux terrains à la société Kinder Morgan pour qu'elle puisse effectuer les études techniques nécessaires.

En octobre 2014, l'Office national de l'énergie a consenti à Trans Mountain l'autorisation d'accéder à Burnaby Mountain pour mener les études nécessaires, ce qui a encore une fois suscité des protestations.

En septembre 2014, Trans Mountain a déposé un Avis de question constitutionnelle auprès de l'Office national de l'énergie. L'Office, comme le prétendait Trans Mountain, a statué qu'il était habilité à déclarer certains règlements municipaux inopérants s'ils allaient à l'encontre de décisions de l'Office national de l'énergie en vertu de l'article 73 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie.*

L'Office a aussi accepté les allégations de Trans Mountain selon lesquelles la doctrine de la prépondérance fédérale ou, subsidiairement, de l'exclusivité des compétences rendait les règlements municipaux de Burnaby inapplicables. Il s'agissait de la première fois où l'Office national de l'énergie émettait une ordonnance contre une municipalité relativement à un différend concernant l'accès à des terrains par une entreprise pipelinière. La Cour fédérale d'appel a rejeté la requête d'autorisation d'interjeter appel de la décision de l'Office de la ville de Burnaby, statuant que les entreprises pipelinières, qui relèvent de la compétence fédérale, sont autorisées à accéder à des terrains publics et privés aux fins d'effectuer des levés et examens en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Vous trouverez, dans ce numéro, une excellente synthèse de Richard King de cette bataille constitutionnelle.

Le projet *Énergie Est* de TransCanada

Le 30 octobre 2014, TransCanada a déposé une demande auprès de l'Office national de l'énergie en vue de faire approuver le projet Énergie Est. Ce projet, d'une valeur de 12 milliards de dollars, prévoit la construction d'un pipeline de 4 600 km pour transporter 1,1 million de barils de pétrole brut par jour de l'Alberta et la Saskatchewan vers des raffineries à Montréal et à Saint John, au Nouveau-Brunswick. À cette fin, TransCanada propose de convertir 3 000 km de pipeline existant du transport de gaz naturel au pétrole entre la Saskatchewan et l'Ontario, et d'aménager un nouveau pipeline de 1 600 km dans diverses provinces en vue de le raccorder au pipeline converti.

Peu après avoir déposé sa demande, TransCanada a révisé ses plans d'aménager un terminal portuaire à Cacouna, au Québec, quand le gouvernement fédéral en est venu à la conclusion que ce port poserait une menace pour les bélugas. Au même moment, il était manifeste que le projet Énergie Est suscitait de l'opposition en Ontario et au Québec, motivée en partie par les distributeurs de gaz locaux (Enbridge et Union en Ontario, et Gaz Métro au Québec) qui craignait de perdre de la capacité de transport de gaz.

Par la suite, les provinces de l'Ontario et du Québec ont fait front commun et insisté pour que sept conditions soient satisfaites avant qu'elles n'approuvent le pipeline. L'une de ces conditions était que la capacité de transport de gaz naturel soit suffisante pour répondre aux besoins de chaque province. Une autre condition, peut être encore plus importante, était qu'il soit tenu compte de certaines évaluations environnementales pour ce qui est des gaz à effet de serre.

Le Québec semble vouloir obtenir une évaluation environnementale qui tienne compte des émissions de gaz à effet de serre en amont découlant de production à l'extérieur de la province. Il s'agit d'un point dont l'Office national de l'énergie a toujours refusé de tenir compte et qui fait l'objet de l'un des appels auprès de la Cour fédérale à propos du projet Northern Gateway.

Énergie Est est un processus de réglementation intéressant. Peu de gens douteraient du fait que le gouvernement fédéral et l'Office national de l'énergie jouissent d'une compétence exclusive sur les pipelines interprovinciaux. Mais il faut aussi, dans le cas des pipelines, obtenir des autorisations environnementales, dont bon nombre relèvent de la compétence des provinces.

Dans le passé, l'Ontario et le Québec ont demandé la tenue d'audiences devant leur propre organisme de réglementation de l'énergie afin d'y aborder leurs préoccupations à propos d'Énergie Est. On a instruit les deux organismes de réglementation de déposer des rapports auprès de leur ministère provincial de l'Énergie. La Régie a produit son rapport

le 18 décembre 2014 et la Commission de l'énergie de l'Ontario devrait déposer le sien au printemps. Le but? Que ces rapports servent à éclairer les interventions des deux provinces lors de l'audience de l'Office national de l'énergie.

Entre-temps, bon nombre ont toujours espoir que l'Ontario, le Québec et l'Alberta conviendront d'un accord et que cet accord sera déposé devant l'Office national de l'énergie.

L'un des arguments qui demeurera au premier plan, c'est le souhait très clair du gouvernement fédéral et du gouvernement de l'Alberta d'acheminer le pétrole de l'Alberta jusqu'aux voies maritimes. Le projet Northern Gateway est embourbé dans l'opposition de groupes environnementaux autochtones et le projet d'agrandissement du pipeline Trans Mountain ne va pas mieux. À certains égards, Énergie Est est un projet plus prometteur, surtout s'il est possible de conclure un accord sur les questions environnementales avec l'Ontario et le Québec. Cela pourrait sembler un résultat étrange mais le projet Énergie Est pourrait engendrer le premier régime de tarification du carbone adopté par plusieurs provinces canadiennes.

L'Accord de règlement – Réseau principal

La décision de réglementation la plus importante de 2013 a été la décision rendue le 27 mars par l'Office national de l'énergie visant à restructurer les tarifs de TransCanada. Cette décision mettait de l'avant des concepts juridiques nouveaux et importants. La décision la plus importante de 2014 a été l'annulation de cette décision.

La décision de 2013 de l'Office, analysée dans un numéro précédent d'ERQ, stipulait que le coût des actifs délaissés ne devrait pas être réglé par le client mais par le service public. La justification est que, dans le passé, le service public a eu droit à une prime qui a accru son taux de rendement. Cette prime, payée par les contribuables, visait à couvrir ce risque. Maintenant que le risque ce concrétise, il appartient à TransCanada de le gérer.

À l'époque, cette conclusion a ébranlé le milieu de la réglementation, surtout le milieu des services publics. Ces derniers, se reportant à des principes de droit bien établis, estimaient que s'ils avaient fait des investissements prudents, ils avaient le droit de recouvrer le coût de ces investissements. L'Office a prévu un certain dédommagement – portant le taux de rendement des compagnies de 8,07 % à 11,5 % –, donnant à penser que l'avenir semblait peut être un peu plus risqué que le passé.

L'Office a ensuite doté TransCanada de ce qu'il estimait être l'outil nécessaire pour se sortir graduellement de cette situation. Essentiellement, l'Office a déréglementé les tarifs des services discrétionnaires. L'Office a consenti à TransCanada toute la latitude possible quant à l'établissement de la tarification des services à court terme et des services interruptibles. Cette décision découlait d'une certaine logique. Les services interruptibles sont toujours moins chers que les services fixes à long terme. Parce que tous les clients savaient que le Réseau principal disposait d'une capacité excédentaire, ils optaient pour des services moins chers à court terme sachant qu'il n'y aurait jamais d'interruptions. La réduction des revenus qui s'en est suivie n'a certes pas contribué à la rentabilité de TransCanada.

Il y a aussi une autre conclusion importante dans cette décision initiale qui a influé sur des événements subséquents. L'Office en était venu à la conclusion que TransCanada n'avait pas de devoir de servir car elle ne jouissait pas d'un territoire exclusif.

TransCanada a déposé une demande de révision et de modification auprès de l'Office. L'élément essentiel de cette demande concernait la hausse du prix pour le faire passer de 1,42 $/GJ, selon la décision, à 1,52 $/GJ. L'Office a rejeté la demande dans son intégralité.

TransCanada s'est ensuite tournée vers le marché. Comme l'Office avait statué que le service public n'avait pas le devoir de servir, TransCanada a renoncé à des engagements antérieurs d'aménager de la nouvelle capacité. Il s'en est suivi que Union Gas et Gaz Metro ont présenté une demande d'ordonnance à l'ONE en vue d'exiger de TransCanada qu'elle raccorde un nouveau segment de pipeline de Union et Gaz Metro reliant Maple et Vaughn.

Autre fait intéressant, TransCanada et Enbridge ont conclu un Protocole d'entente (PE) autorisant l'utilisation conjointe de certaines parties d'une nouvelle installation d'Enbridge allant de Parkway à Albion tout en en cédant l'exclusivité à TransCanada.

Cette entente exclusive a été contestée par Union Gas et Gaz Metro dans le cadre d'une requête auprès de la Commission de l'énergie de l'Ontario. Enbridge a par la suite résilié le PE avec TransCanada. TransCanada a répliqué en intentant une poursuite d'une valeur de 4,5 milliards de dollars contre Enbridge devant la Cour supérieure de l'Ontario.

Le tout a mené à un accord de règlement entre les trois distributeurs de gaz et TransCanada élaboré durant la lutte devant l'ONE. L'accord de règlement prévoit l'ajout d'une nouvelle capacité par Union, Enbridge et TransCanada dans l'Est, engendrant un recul des revenus sur longues distances compensé par les expéditeurs sur courtes distances, dont, surtout, Union, Enbridge, et Gaz Metro. Le règlement a ensuite été déposé auprès de l'ONE à l'appui des projets de Union et d'Enbridge et, plus tard, produit devant l'Office national de l'énergie aux fins de l'approbation des nouveaux tarifs qui en ont résulté.

En vertu de l'accord de règlement, les tarifs étaient même plus élevés que ceux que TransCanada avait proposé dans sa Demande de révision et de modification que l'ONE avait rejetée. En outre, TransCanada a eu droit à une mesure additionnelle de protection des revenus, à savoir une « contribution de transition » versée par les expéditeurs au titre du manque à gagner.

Enfin, l'accord de règlement a fixé un nouveau taux de rendement des capitaux propres à hauteur de 10,1 %. Dans la décision du 27 mars 2013, le taux de rendement avait été fixé à 11,5 % pour tenir compte du risque accru auquel était exposée TransCanada. Auparavant, le taux de rendement était de 8,07 %.

Le 20 novembre 2014, l'ONE a approuvé le règlement concernant le réseau central. Les tarifs de 2015 à 2020 ont été relevés de façon appréciable. Les tarifs sur longues distances ont été majorés de 18 % par rapport à ceux approuvés dans la décision initiale. Les tarifs sur courtes distances ont été relevés de 52 %.

Dans la décision initiale de l'Office national de l'énergie concernant la restructuration du réseau central de mars 2013, le tarif entre Empress et Dawn avait été fixé à 1,42 $. En vertu du règlement, ce taux a été majoré à 1,68 $. En fait, il a résulté du litige entre les parties devant l'Office national de l'énergie, la Commission de l'énergie de l'Ontario et la Cour supérieure de l'Ontario que la décision initiale relative au réseau principal a été, à toutes fins utiles, renversée.

La décision concernant le règlement laisse assurément planer des doutes quant au principe mis de l'avant par l'Office dans sa décision initiale, à savoir qu'il appartenait au service public plutôt qu'aux clients de prendre à sa charge le risque lié aux coûts des actifs délaissés. Les clients n'avaient aucun choix. TransCanada a utilisé l'outil que l'Office lui a donné quand il a déclaré que TransCanada n'avait aucun devoir de servir. En se reportant à ce principe, TransCanada s'est retirée de projets prévus d'élargissement d'installations. Durant une brève période, les clients ont envisagé d'aménager eux-mêmes cette nouvelle capacité. Il était évident qu'il en résulterait des litiges à la fois très longs et très dispendieux. Union, Enbridge et Gaz Metro ont décidé de s'entendre.

La nouvelle alliance Ontario-Québec

Le Québec et l'Ontario sont à élaborer d'importants accords en matière d'échange d'électricité et de politique énergétique. À l'heure actuelle, les deux gouvernements et leurs organismes de réglementation de l'énergie sont à finaliser l'accord sur l'échange d'électricité. L'idée de base c'est que l'Ontario pourra emprunter 500 MW d'électricité au Québec l'hiver et, en revanche, le Québec pourra faire de même auprès de l'Ontario l'été. L'Ontario ne pourra emprunter davantage au Québec que ce que le Québec a emprunté de l'Ontario. Il n'y aura aucun échange d'argent.

Depuis fort longtemps, les sociétés d'État qui contrôlent le gros de la production d'électricité au Canada ont centré leurs efforts sur le commerce avec des partenaires américains au sud de la frontière. Or, le 22 juillet 2013, s'est opéré un sérieux virage quand la Commission des services publics et d'examen de la Nouvelle-Écosse a approuvé le projet de transport d'énergie Maritime Link qui acheminera de l'électricité du projet hydroélectrique de Muskrat Falls au Labrador jusqu'en Nouvelle-Écosse et par le biais du Nouveau-Brunswick jusqu'aux marchés du Nord-Est et de l'Est des États-Unis. L'accord d'échange d'électricité entre le Québec et l'Ontario est un autre pas important dans le développement d'une

collaboration Est-Ouest entre des provinces canadiennes.

L'autre volet de l'alliance énergétique entre le Québec et l'Ontario, alliance qui prend de plus en plus d'ampleur, c'est la collaboration des deux provinces dans le processus de négociation du projet Énergie Est abordé plus haut.

Il est manifeste que l'une des conditions que devraient réclamer les deux provinces est un engagement du gouvernement fédéral en matière de tarification du carbone. Certains médias estiment que le gouvernement de l'Alberta participera, d'une façon ou d'une autre, à la conversation entre l'Ontario et le Québec.

Tout comme dans le cas du règlement concernant le réseau central, les trois distributeurs de gaz - Union, Enbridge et Gaz Metro – sont des acteurs clés à l'oeuvre dans les coulisses du projet Énergie Est. Or, à la lecture du rapport du Québec, il semble bien que l'on pourra tenir compte de ces intérêts. Il y a fort à parier que cet enjeu sera aussi abordé dans le rapport de l'Ontario.

Regard vers l'avenir

La Cour suprême du Canada et le test de la prudence

Tel que mentionné précédemment, l'Office national de l'énergie a rejeté le test de prudence invoqué par TransCanada dans l'affaire du réseau central, en dépit de la confirmation de ce test devant les cours suprêmes du Canada et des États-Unis. TransCanada n'a pas interjeté appel de la décision. Or, dans deux instances, l'affaire des travailleurs du secteur énergétique et l'affaire Atco Gas en Alberta, ce même principe de la prudence a été soulevé. Dans les deux instances, il y a eu appel devant la Cour suprême du Canada. Les deux ont été entendues en même temps le 3 décembre. Une décision est attendue en avril.

Il s'agit de décisions importantes qui pourraient aisément transformer le paysage de la réglementation au Canada. Il n'y a rien qui importe davantage à un service public que la possibilité de recouvrer, à même ses tarifs, ses dépenses importantes d'immobilisations et de fonctionnement.

Dans l'affaire des travailleurs du secteur énergétique, la Commission de l'énergie de l'Ontario a rejeté la demande de la Ontario Power Corporation (OPG) de recouvrer 145 millions de dollars en coûts de main-d'oeuvre. Ces coûts résultaient d'une convention collective conclue par le service public avec le syndicat deux ans plus tôt. Afin de conclure cette convention, les deux parties avaient fait appel à un arbitre indépendant.

Tant le syndicat que le service public ont fait valoir que l'Office devait présumer que les coûts de rémunération étaient prudents. L'Office n'était pas d'accord et était d'avis qu'il pouvait s'en remettre à des études comparatives où les coûts de main-d'oeuvre de la OPG étaient comparés à ceux d'autres services publics. Ces études comparatives avaient été commandées par l'Office dans le cadre d'une instance antérieure concernant une affaire de tarification. À la lumière de cette analyse, l'Office a rejeté le montant de 145 millions de dollars en coûts de main-d'oeuvre.

L'Office a tenu compte des contraintes subies par la OPG mais il a néanmoins soutenu que les contribuables ne devaient prendre à leur charge que des coûts raisonnables. Lors d'un appel auprès de la Cour divisionnaire de l'Ontario, la réduction de 145 millions de dollars a été maintenue au motif que l'Office devait avoir la latitude de réexaminer les arrangements de rémunération en vigueur afin de protéger l'intérêt public. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario qui a soutenu que les coûts étaient des coûts engagés prévus dans des conventions collectives et que l'Office n'avait pas respecté l'un des principes fondamentaux du test de prudence, à savoir qu'afin de déterminer si une décision concernant un investissement ou dépense était prudente, il fallait se fonder sur les faits connus au moment de la prise de la décision. L'Office ne peut pas faire preuve de sagesse rétrospective.

L'affaire ATCO en Alberta est similaire à celle des travailleurs du secteur énergétique. En Alberta, le service public avait demandé à la Alberta Utilities Commission (la Commission) d'approuver l'imposition de frais spéciaux aux contribuables pour éponger un déficit actuariel de 157 millions de dollars des régimes de retraite. Ces coûts englobaient une prestation au titre de l'ajustement au coût de la vie établie au préalable chaque année par un administrateur

indépendant. La prestation correspondait à la totalité de l'augmentation du coût de la vie selon l'Indice des prix à la consommation.

Comme dans le cas des travailleurs du secteur énergétique, le service public albertain a fait valoir qu'il s'agissait de coûts engagés établis par une autorité indépendante et qu'il s'agissait, par conséquent, d'une dépense prudente faite par le service public. La Commission n'était pas d'accord et a réduit la prestation d'ajustement au coût de la vie à la moitié de l'augmentation du coût de la vie selon l'Indice des prix à la consommation.

En n'autorisant pas cette dépense, la Commission s'est fondée sur la démonstration que, selon les normes de l'industrie, une clause d'indexation prévoyant un rajustement égal à 100 % de l'IPC était très généreuse. Le service public a interjeté l'appel auprès de la Cour d'appel de l'Alberta qui a maintenu la décision de la Commission.

Le droit des services publics ne compte que quelques principes fondamentaux. La doctrine de la prudence en fait partie. Les services publics sont préoccupés que ne soient pas autorisées des dépenses d'immobilisations ou de fonctionnement plusieurs années après que les décisions à cet effet aient été prises. Mais les organismes de réglementation des deux provinces avaient en commun un autre principe : les services publics ne peuvent s'en remettre impunément à une tierce partie, qu'il s'agisse d'un arbitre en relations de travail ou d'un administrateur de régimes de retraite. L'organisme de réglementation a la responsabilité (les services publics aussi) de déterminer si des coûts sont raisonnables aux fins de la tarification. Dans l'avenir, il se pourrait que les services publics doivent composer avec un fardeau plus lourd au titre de la diligence raisonnable. La décision de la Cour suprême du Canada aura une grande incidence sur la tarification au Canada.

Production indépendante d'électricité

Au début de cet éditorial, nous avons mentionné que le secteur de la production devait composer avec des circonstances fortes différentes en raison du recul soudain, à hauteur de 50 %, du prix du pétrole brut. Un autre acteur de l'industrie est aussi aux prises avec un changement dramatique : le distributeur d'électricité.

Cette fois, l'agent de changement n'est pas le pétrole brut mais plutôt la production indépendante d'électricité. Nous sommes en pleine vague de développement technologique et, bientôt, bon nombre de clients pourront produire leur propre électricité.

À l'échelle de l'Amérique du Nord, les ventes d'électricité ont atteint leur sommet il y a déjà presque six ans. La consommation par habitant stagne depuis plus d'une décennie. Cela tient en partie à des prix plus élevés. Cela découle aussi de programmes très répandus d'économie d'énergie et d'efficience énergétique. Mais, plus récemment, cela tient également à de nouvelles options auxquelles peuvent recourir les clients pour produire leur propre électricité à des prix moins élevés que ceux exigés par les réseaux d'électricité.

Les distributeurs d'électricité deviennent particulièrement vulnérables à mesure que de nouvelles technologies d'autoproduction font leur entrée sur le marché à des prix de plus en plus bas. Le rôle du distributeur consiste à distribuer de l'électricité à partir de sources centrales de production (p. ex., grandes centrales au gaz naturel, parcs éoliens, centrales hydroélectriques, etc.) jusque chez le client. Si un client peut produire de l'énergie en vue de combler une partie de ses besoins en électricité, il réduit d'autant sa dépendance envers son distributeur d'électricité.

La production indépendante d'électricité s'est d'abord manifestée sous la forme d'énergie solaire, dont le prix des panneaux solaires a chuté de façon appréciable – 20 % par année entre 2009 et 2013. Durant cette période, aux États-Unis, la production est passée de 1 000 MW à 12 000 MW. Et toujours durant la même période, la part de l'énergie solaire en termes de la capacité des nouvelles centrales électriques construites aux États-Unis est passée de 6 % à 31 %.

L'énergie solaire pose un problème plus sérieux aux services publics dans le Sud des États-Unis. En 2014, à la San Diego Gas and Electric, on dénombrait 39 000 installations solaires de toit comptant pour une capacité de production de 270 MW, l'équivalent de 6 % de la charge de pointe de la compagnie. Le service estime qu'en 2015 les installations solaires de toit produiront

540 MW, à savoir 12 % de la charge de pointe.

Au Canada, en matière de production indépendante d'électricité, la vraie menace pour les distributeurs d'électricité et les organismes de réglementation de l'énergie ne vient pas de l'énergie solaire. Elle aura un impact mais pas autant que dans le Sud des États-Unis.

Au Canada, l'innovation technologique émergente est la microcogénération de chaleur et d'électricité (MCE). Comme le laisse entendre son nom, la technologie revêt la forme d'une unité produisant à la fois chaleur et électricité. Il ne s'agit pas d'une nouvelle technologie – on utile depuis des dizaines d'années la MCE dans des applications industrielles et un certain nombre de services publics de gaz naturel ont fait l'essai d'unités de MCE résidentielles au fils des ans[1]. À l'époque, ce sont les coûts qui posaient problème, les coûts d'une unité installée étant de l'ordre de 20 000 $. La nouveauté, sur le marché nord-américain, c'est la possibilité de concevoir une application de suffisamment petite taille pour installation résidentielle. Les Japonais sont des chefs de file mondiaux en développement technologique et ils ont réussi à réduire à entre 7 000 $ et 10 000 $ le coût d'une unité résidentielle. Des efforts sont déployés pour réduire le prix à moins de 5 000 $ d'ici 2017.

Il s'agira d'un marché concurrentiel agressif, l'équipement et les services étant fournis par des multinationales bien connues. Cette situation ouvre la porte à une discussion à propos de la possibilité de faire l'intégration des systèmes d'alimentation en électricité et en gaz naturel (les systèmes résidentiels de MCE sont alimentés au gaz naturel) d'une façon totalement nouvelle.

Et ce marché ne se limitera pas aux systèmes de MCE. Panasonic, Toshiba et Tokyo Gas sont à développer des unités à pile à hydrogène devant servir aux mêmes fins.

Le premier enjeu en matière de réglementation concerne le changement des structures de tarification. Partout en Amérique du Nord, les organismes de réglementation en électricité instaurent des charges fixes pour protéger leurs services publics. Les charges fixes sont source de controverses et auraient un impact appréciable sur l'économie de la MCE – dans l'éventualité où les frais fixes étaient proportionnels à la diminution de la consommation résidentielle d'électricité attribuable à l'autoproduction.

D'aucuns soutiennent que les charges fixes déplacent les coûts des plus grands et plus riches utilisateurs vers les utilisateurs moins riches et moins énergivores. Les écologistes estiment que les charges fixes dissuaderont les gens d'économiser l'énergie. Les économistes affirment qu'elles ne feront qu'augmenter les coûts, les consommateurs devant payer pour de l'électricité qu'ils n'utilisent pas. Dans la mesure où les prix augmenteront, les clients se débrancheront des réseaux d'électricité encore plus rapidement. Certains feront valoir que les charges fixes sont tout simplement des frais liés aux actifs délaissés. Ils soutiendront, comme l'a fait l'ONE dans l'affaire Réseau principal, que les coûts liés aux actifs délaissés sont imputables aux services publics et non aux consommateurs. Enfin, d'autres font valoir que les charges fixes vont à l'encontre des principes de tarification incitative.

Ce qu'il adviendra des charges fixes, difficile de le prévoir. La Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) ouvre la voie au Canada. En avril 2013, la CEO a lancé des consultations et elle a reçu plus d'une trentaine de documents. La Commission déposera son rapport en mars (2015).

Bon nombre soutiennent que, dans tous les cas, les charges fixes ne constituent pas une solution à long terme. Mais quelle est la solution à long terme?

Cette technologie prendra sa place que les organismes de réglementation ou les services publics le veulent ou non. Les clients opteront pour la production d'énergie à moindre coûts. Et les politiciens n'interviendront pas.

Notre climat a peut-être atténué l'impact de l'énergie solaire sur les distributeurs d'électricité canadiens. Mais dans le cas de la MCE et des piles à hydrogène, l'affaire est différente. Elles ne sont pas dépendantes du soleil. N'oublions pas que seulement 11 % de l'énergie éolienne et solaire est produite de façon indépendante. Dans

[1] Pour en savoir plus sur les études de systèmes résidentiels de MCE au Canada, visitez le Centre canadien des technologies résidentielles, Cogénération et Évaluation de la cogénération (Cogénération- Stirling), en ligne : Gouvernement du Canada <http://www.ccht-cctr.gc.ca/fra/projets/cogneration_stirling.html>.

le cas de la MCE et des piles à combustible, ce pourcentage pourrait être beaucoup plus élevé.

La seule véritable solution à long terme pourrait bien être de laisser les services publics jouer un rôle direct dans la distribution d'équipement de production décentralisée à leurs clients. Après tout, les services de distribution disposent des éléments nécessaires : capital, reconnaissance de la marque et solides relations avec les clients. Les services publics de distribution peuvent aisément concurrencer les plus grandes multinationales. Il est fort peu probable que les clients insisteront pour acheter et entretenir ces systèmes. Mais ils voudront bénéficier des plus faibles coûts que procure la production indépendante d'électricité.

La Commission de l'énergie de l'Ontario a fait preuve de leadership et franchi un premier pas en ce sens. Sous la direction du ministre de l'Énergie, la Commission a aplani certains des obstacles usuels qui empêchaient les services publics d'électricité d'exploiter, tout en en étant le propriétaire, des technologies de MCE et d'efficacité énergétique. Dorénavant, les services publics peuvent en être les propriétaires et les financer. Cependant, on ne peut tenir compte de ces actifs dans la tarification et il faut se conformer aux normes comptables pour éviter qu'il n'y ait pas d'interfinancement.

Dans cinq ans, les seuls distributeurs d'électricité qui prospéreront seront peut être des organisations hybrides offrant à la fois des services monopolistiques et concurrentiels. Nul doute que la transition sera parsemée de défis. Davantage encore, peut-être, pour les organismes de réglementation qui devront concilier les besoins des services publics et l'évolution des exigences et des préférences des consommateurs au titre de la production indépendante d'électricité.

ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF PERTINENT AU DROIT ET À LA RÉGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE EN 2014

David Mullan[1]

Introduction

Mon mandat, au titre de la rédaction de cet article, est d'examiner les volets de l'évolution du droit administratif en 2014 qui sont d'intérêt pour la collectivité de la réglementation du secteur de l'énergie. Plutôt que de tenter d'évaluer l'impact de l'ensemble des changements au droit administratif susceptibles d'être appropriés dans le cadre de la réglementation de l'énergie, j'ai plutôt décidé de m'en tenir, dans une large mesure, aux changements et précédents issus du contexte réglementaire de l'énergie. De fait, j'ai restreint encore davantage mon champ d'action et je n'aborderai de façon relativement détaillée que trois sujets au lieu d'examiner de façon superficielle un plus vaste éventail de questions de droit administratif découlant du processus réglementaire. Quels sont ces sujets? Les droits de participation aux audiences réglementaires sur l'énergie, des questions à propos de la norme de contrôle judiciaire découlant de demandes de contrôle judiciaire et d'appels prévus par la loi visant des décisions d'organismes de réglementation du secteur énergétique, et l'évolution de l'obligation constitutionnelle de consulter et, le cas échéant, d'accommoder des groupes autochtones.

Droits de participation aux audiences réglementaires sur l'énergie

a. Le nouveau régime fédéral

Jusqu'à tout récemment, les régimes de réglementation de l'énergie de l'Alberta ont été les principaux modèles dont on s'est inspiré en matière de droit régissant la participation à des audiences publiques sur des questions portant sur l'énergie[2]. Cadrant dans une très large mesure avec les régimes prescrits par la loi qui subordonnent la participation des parties et des intervenants à ces audiences publiques au fait qu'ils soient « directement et défavorablement touchés »[3] ou encore que leurs « droits »[4] soient touchés, tant les organismes de réglementation que les tribunaux se sont donné un ensemble de principes balisant la prise de décisions à cet égard. Ce serait mentir que d'affirmer que les résultats ont été cohérents et qu'ils ont fait l'unanimité, mais il existe, néanmoins, de la jurisprudence d'où dégager des conseils généraux et, parfois, précis.

Or, l'attention est dorénavant centrée sur le secteur fédéral de la réglementation, plus particulièrement, sur l'Office national de l'énergie. Le facteur déclenchant, comme l'a précédemment mentionné Rowland Harrison

---

1 David Mullan, professeur émérite, Faculté de droit, Université Queen's.
2 Consulter l'analyse de David J. Mullan, « Droit administratif et réglementation en matière d'énegie – Perspective sur dix ans » (2013), 1 PTRE 13, aux para 15-19. Consulter, en particulier, *Kelly c Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2011 ABCA 325, 515 AR 201.
3 Voir, par ex., l'article 9 de la *Alberta Utilities Commission Act*, SA, c A-37.2.

dans ces pages[5], a été l'article 55.2 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*[6]. Ces dispositions faisaient partie des modifications à la Loi figurant dans la loi omnibus, fort critiquée, de 2012, la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*[7]. En **ré**action au grand nombre de demandes de participation à la Commission d'examen conjoint de la demande relative au projet **p**ipelinier Northern Gateway, le gouvernement avait clairement l'intention de fournir à l'Office (et aux prochaines commissions d'examen) des outils réglementaires pour limiter les possibilités de participation.

Néanmoins, compte tenu de l'expérience albertaine, le libellé de l'article 55.2 est intéressant. On y stipule que sur présentation d'une demande de certificat :

> … l'Office étudie les observations de toute personne qu'il estime directement touchée par la délivrance du certificat ou le rejet de la demande et peut étudier les observations de toute personne qui, selon lui, possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée. La décision de l'Office d'étudier ou non une observation est définitive[8].

D'une certaine façon, il est évident qu'il n'est plus (si cela l'a déjà été) possible que le grand public puisse obtenir des droits de participation lors d'une audience de l'ONE à propos d'une demande de certificat. Cependant, en conférant à l'Office le pouvoir discrétionnaire d'étudier les observations de quiconque « possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée », il s'ensuit la possibilité d'une participation plus large que ne l'autorisent certains des divers régimes de l'Alberta.

Subséquemment, l'Office a émis des lignes directrices traitant de la façon dont il interpréterait les deux catégories ouvrant droit à participation aux audiences concernant une demande de certificat[9]. Comme l'a fait valoir Harrison, le premier test du nouveau régime (si l'on fait abstraction des critiques virulentes de la loi par divers groupes d'intérêt public) a été la demande d'Enbridge Pipelines Inc. visant le Projet d'inversion d'un tronçon de la canalisation 9B dans le cadre du Projet d'accroissement de la capacité sur toute la longueur de la canalisation 9, et de transport de pétrole brut lourd dans la canalisation 9B inversée.

b. Le nouveau régime à l'oeuvre – L'audience sur la canalisation 9 d'Enbridge

Dans le cadre du processus ayant mené à l'audience publique de ces demandes, l'Office s'est donné une procédure pour déterminer si une personne satisfait à l'une ou l'autre des deux catégories de l'article 55.2. Quiconque souhaitant obtenir un droit de participation devait produire un formulaire où il fallait répondre à des questions qui, de l'avis de l'Office, lui permettrait de disposer de renseignements pertinents pour déterminer la qualité du demandeur. À cette fin, l'Office a créé deux classes de participants : les intervenants jouissant d'un droit de participation à l'audience et les participants seulement autorisés à soumettre des observations. Aussi, les demandeurs devaient indiquer sur le formulaire à quel titre ils souhaitaient participer à l'audience, l'Office se réservant le droit de ne pas tenir compte de ce souhait, à tout le moins dans la mesure où il pouvait classer les participants réclamant la qualité d'intervenant dans la catégorie des auteurs de lettre de commentaires[10].

---

4 Voir l'article 1 de la *Administrative Procedures and Jurisdiction Act*, RSA 200, c A-3 (version modifiée).

5 Rowland J. Harrison, Q.C., « Inversion de la canalisation 9 d'Enbridge » (2014), 2 PTRE 151.

6 *Loi sur l'Office national de l'énergie,* LRC 1985, c N-7 [*Loi sur l'ONE*].

7 *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable,* LC 2012, c 19, art 83.

8 Il existe une divergence intéressante entre les dispositions de l'article 55.2 et les dispositions de l'article 52 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, LC 2012, c 19, aussi promulguée en vertu de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*. À l'article 2(2) de la Loi, on définit « partie intéressée » comme étant une personne qui, de l'avis de l'organisme de réglementation, est « directement touchée » ou « possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée ». Or, en vertu de l'article 28, toutes les personnes intéressées ont le droit de participer à une audience visant un projet requérant la délivrance d'un certificat en vertu de l'article 58 de la *Loi sur L'Office national de l'énergie*. Cela contraste avec l'article 52.2 en vertu duquel l'Office peut déterminer qui, selon lui, « possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée ». Dans la décision relative à la participation à l'audience du Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, Ordonnance d'audience OH-001-2014 (2 avril 2014), paragr. 5, l'Office national de l'énergie a constaté cette divergence mais a fait valoir qu'elle n'avait aucune importance pratique.

9 Lignes directrices concernant l'article 55.2 - Participation à une audience concernant des installations - <https://www.neb-one.gc.ca/prtcptn/hrng/prtcptnthrhrnggdncs52_2-fra.html> .

10 Ordonnance d'audience OH-002-2013, Enbridge Pipelines Inc. (Enbridge), Projet d'inversion de la canalisation 9B et d'accroissement de la capacité de la canalisation 9, demande présentée en vertu de l'article 58 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (Loi sur l'ONE), 19 février 2013, aux para 28-33.

Au total, 177 individus et organisations ont présenté une demande de participation. Contre toute attente, peut-être, chez ceux s'attendant à une approche très restrictive quant à l'interprétation et à l'application de l'article 55.2, l'Office a accueilli 158 demandes telles que présentées. En outre, 11 demandeurs réclamant la qualité d'intervenant ont dû s'en tenir au dépôt d'une lettre de commentaires. Seulement huit demandes ont été refusées[11]. Néanmoins, il y a eu des critiques, comme le reflète le titre d'un article dans le site Web du Centre canadien de politiques alternatives : [Traduction] : *Les opposants à l'inversion du pipeline muselés; l'ONE restreint la participation du public à toutes les audiences sur l'inversion du pipeline*[12].

À part les plaintes quant à l'exclusion de huit demandes et à la réaffectation à la catégorie des lettres de commentaires de certains demandeurs réclamant la qualité d'intervenant, l'auteure, Joyce Nelson, a souligné le faible nombre de demandes de participation, l'attribuant non seulement à la perception du public d'une intention de restreindre sa participation mais aussi au court délai de production des demandes de participation et au formulaire complexe et non convivial à remplir à cette fin. De fait, l'article a été rédigé au moment du dépôt d'une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour d'appel fédérale visant trois décisions interlocutoires de l'Office à propos de demandes relatives à la canalisation 9.

c. Le processus de la Cour d'appel fédérale dans le cas de la canalisation 9

Les auteurs de la demande de contrôle judiciaire étaient la Forest Ethics Advocacy Association, une organisation environnementale fondée en 2000 ayant des liens avec les Friends of Clayoquot Sound et comptant maintenant des bureaux à San Francisco et à Bellingham, Washington, ainsi qu'en Colombie-Britannique, et Donna Sinclair, l'une des huit personnes n'ayant pas obtenu la qualité d'intervenant[13]. Les décisions visées étaient les suivantes :

1. L'exclusion par l'Office de la portée de l'audience des « effets environnementaux et socioéconomiques associés aux activités en amont, la mise en valeur des sables bitumineux et l'utilisation en aval du pétrole devant être transporté par pipeline »;
2. Le processus emprunté pour attribuer les droits de participation et, plus précisément, les exigences propres au formulaire de demande de participation; et
3. Le rejet de la demande de participation de Donna Sinclair apparemment à titre d'auteur d'une lettre de commentaires[14] et non en qualité d'intervenant.

Les demandeurs ont invoqué deux arguments au titre de chacune de ces contestations : la liberté d'expression garantie en vertu de l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le caractère déraisonnable du droit administratif. De fait, à la contestation de la seconde décision était liée une demande visant à faire déclarer inconstitutionnel l'article 55.2 au motif qu'il porte atteinte à la garantie de l'article 2b).

Lors de l'instruction de cette demande de contrôle judiciaire, les audiences de la canalisation 9 étaient terminées et une décision avait été rendue autorisant les demandes d'Enbridge sous réserve de conditions[15]. Néanmoins, la Cour d'appel a entendu l'affaire et, le 31 octobre 2014, quatre jours après la fin de l'audience, elle rendait son jugement, rejetant les trois volets de la demande.

---

11 Ordonnance d'audience OH-002-2013, Mise à jour procédurale nº 2 – Décision sur la participation et calendrier des événements révisé, (22 mai 2013).

12 Joyce Nelson, "Pipeline Reversal Protesters Muzzled; NEB Limits Public Input at Oil Pipleine Reversal Hearings" (1 octobre 2013), en ligne: Canadian Center for Policy Alternatives <https//www.policyalternatives.ca/publications/monitor/pipeline-reversal-protestors-muzzled>.

13 Vous trouverez une description du cadre organisationnel courant dans « Forest Ethics is now operating as an international coalition: Coalition FAQs », en ligne : ForestEthics <http://forestethics.org/forestethics-now-operating-international-coalition-coalition-faqs>.

14 On peut consulter sa Demande de participation dans le site Web de l'Office national de l'énergie. On peut aussi s'en procurer une copie sur demande. En remplissant le formulaire, madame Sinclair n'a pas rempli la section exigeant des demandeurs qu'ils précisent en quelle qualité ils souhaitent participer. Cependant, dans ses réponses dans d'autres sections du formulaire, on constate qu'elle voulait seulement avoir l'occasion de présenter des observations par écrit (lettre de commentaires).

15 *Enbridge Pipelines Inc.,* Motifs de la décision (6 mars 2013), OH-002-2013,.

Dans l'affaire *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*[16], c'est le juge Stratas qui a prononcé le jugement. Avant d'aborder le bien-fondé des décisions interlocutoires, il a formulé quelques observations « procédurales » dignes de mention.

D'abord, il a rejeté la demande de comparaître de l'Association, qualifiant cette dernière de « fouineuse » classique[17]. Compte tenu des antécédents de participation de l'Association à des causes environnementales, cela peut sembler, à première vue, un commentaire exagéré ou un rejet beaucoup trop prompt de la qualité pour agir et des compétences de l'Association. Or, dans les faits, elle n'était intervenue d'aucune façon et à aucun titre dans la procédure devant l'Office. En outre, d'après le juge Stratas, rien n'indiquait dans les documents déposés par l'Association qu'il y avait matière à invoquer l'article 2b) comme elle le faisait maintenant. En ce qui concerne le second volet du test de la Cour suprême relativement à la qualité pour agir dans l'intérêt public[18], les antécédents de l'Association ne faisaient pas état d'un « intérêt réel ou véritable »[19] au titre des questions qu'elle soulève maintenant; une histoire générale de la défense des droits dans le cadre de causes environnementales ne suffisait évidemment pas. Qui plus est, le juge Stratas a ensuite souligné que, à tout le moins en ce qui concerne les droits de participation, il y a avait quelqu'un qui avait qualité pour agir devant la cour : madame Sinclair. Par conséquent, l'Association n'a pas non plus obtenu gain de cause au titre du troisième critère relatif à la capacité d'agir dans l'intérêt. En bref, la leçon à dégager est que la capacité d'agir ne sera pas attribuée aisément aux organisations qui se pointent à la dernière minute et qui, sans avoir participé ou tenté de participer au processus réglementaire, déposent une demande de contrôle judiciaire en faisant valoir qu'elles devraient être partie à un litige d'intérêt public.

En deuxième lieu, le juge a affirmé que ni l'Association ni madame Sinclair ne pouvaient fonder leur demande sur l'allégation que les trois décisions interlocutoires ou les dispositions de l'article 55.2 portaient atteinte à l'article 2b) de la *Charte*. Il s'agissait de questions à l'égard desquelles l'Office aurait dû avoir l'occasion de se prononcer. Non seulement l'Office a-t-il la compétence pour se pencher sur de telles questions liées à la *Charte*[20] mais dans un précédent[21] de la Cour suprême, il est indiqué que l'invocation de cette compétence constituait une condition préalable quasi-immuable au dépôt d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur des assertions d'atteinte à la *Charte*. De fait, il semble que les demandeurs, au courant de cette possibilité, ont tenté d'esquiver de façon prématurée ce genre d'argument en demandant l'ajournement de l'audience sur la demande de sorte qu'ils puissent y adjoindre une demande de contrôle judiciaire des décisions de l'Office à propos des droits de participation, décisions rendues dans le cadre d'une autre affaire (demande concernant le Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain de Kinder Morgan) où l'Office avait statué que, en l'instance, ses décisions concernant l'article 55.2 où les droits de participation ne portaient pas atteinte à l'article 2b) de la *Charte*[22]. La Cour d'appel a rejeté cette demande d'ajournement.

Quant au besoin d'invoquer devant l'Office de tels arguments liés à la *Charte*, la décision de la Cour devrait éclairer les organismes de réglementation tant du secteur de l'énergie que d'autres secteurs qui ont la compétence pour se prononcer sur des questions liées à la *Charte* :

> [Traduction]
>
> Si la question constitutionnelle avait été soulevée devant l'Office, ce dernier aurait pu accepter des preuves pertinentes, dont des preuves de

16 *Forest Ethics Advocacy Association v National Energy Board,* 2014 FCA 245 [*Forest Ethics*]..

17 *Ibid*, au para 33.

18 Tel qu'énoncé très récemment dans l'affaire *Canada (Procureur général) c Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 RCS 524.

19 *Forest Ethics*, *supra* note 16 au para 34.

20 Tel qu'établi en principe dans *Nouvelle Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504*, et confirmé dans la présente affaire en vertu de l'article 12(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* où est attribuée à l'Office la compétence exclusive d'entendre et de trancher toutes les questions de droit et de fait, y compris les questions constitutionnelles, soulevées devant lui.

21 Voir *Mackay c Manitoba*, [1989] 2 RCS 357. Voir aussi la décision antérieure du juge Stratas dans *Canada (Procureur général) c Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 RCF 3.

22 Ordonnance d'audience OH-001-2014, Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain), Demande concernant le Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain, madame Lynne M Quarmby *et al* – avis de motion des 6 et 15 mai 2014, décision nº 34.

> justification en vertu de l'article 1 de la *Charte*. L'Office aurait pu aussi tirer profit de contre-interrogatoires et de mémoires sur le sujet, ainsi que de l'occasion d'interroger toutes les parties sur le sujet. Puis, fort de ces avantages, il aurait pu réfléchir aux arguments et les soupeser, puis exprimer ses points de vue dans ses motifs. Dans ces derniers, il aurait pu énoncer son appréciation des faits, les enseignements tirés de son action spécialisée, au fil de nombreuses années, au terme de l'instruction d'une foule d'affaires complexes, et son interprétation des politiques pertinentes. C'est alors munie d'une analyse bien riche et bien développée qu'une partie aurait pu déposer auprès de la présente Cour une demande de contrôle judiciaire[23].

Le juge Stratas a ensuite fait valoir que les principes habituels exigeant qu'une question doive d'abord faire l'objet d'un débat contradictoire devant l'organisme n'avaient pas été respectés au moment du dépôt d'une demande de déclaration d'inconstitutionnalité, une mesure que seule la Cour et non un organisme peut autoriser officiellement. De tout cela se dégage un thème général qui sous-tend la décision dans son ensemble : le respect des impératifs de prise de décision de l'Office, ainsi que de sa compétence et de son expertise spécialisées. En conséquence, cependant, l'une des principales questions soulevées dans la demande n'a pas été réglée et doit maintenant faire l'objet d'une autre décision de la Cour dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire des décisions de l'Office relativement à la demande de Kinder Morgan.

Une fois les motifs de contestation liés à la *Charte* expurgés de la demande, ne restait à la Cour qu'à trancher les motifs invoqués au titre du droit administratif – à savoir que chacune des trois décisions étaient déraisonnables –, une situation où l'on semblait accepter que, dans chaque cas, le caractère déraisonnable plutôt que la décision correcte constituait la norme du contrôle judiciaire en se référant aux présomptions et aux critères énoncés dans l'affaire *Dunsmuir c. New Brunswick*[24] et les décisions qui en découlent.

(i) La portée de la décision

Figure, à l'annexe I – Liste des questions – de l'ordonnance d'audience datée du 19 février 2013 de l'ONE, ce qui suit :

L'Office n'examinera pas les effets environnementaux et socioéconomiques associés aux activités en amont, à la mise en valeur des sables bitumineux et l'utilisation en aval du pétrole devant être transporté par pipeline »[25].

Il demeure que l'Office a sollicité des suggestions de modification à la Liste de questions. Il en a résulté de cet exercice un certain nombre de réponses et quelques révisions[26]. Or, il n'y a eu aucune modification aux questions particulièrement exclues de l'examen. Dans sa lettre du 4 avril 2013, l'Office a justifié ces exclusions en faisant référence à un éventail de points et, plus particulièrement, à l'absence de lien entre certaines des questions exclues et le projet que l'on voulait faire approuver, l'absence de compétence de l'Office, les responsabilités en matière de réglementation et de politiques d'autres secteurs de compétence que l'Office, et les incertitudes ou la nature spéculative des pistes d'interrogation concernant certaines des questions exclues[27].

En statuant que n'étaient déraisonnables ni la portée initiale de la décision de l'Office ni son rejet subséquent de la demande de participation du demandeur souhaitant soulever la question des changements climatiques, le juge Stratas a accepté la concession des demandeurs, à savoir que la norme de contrôle judiciaire appropriée était le caractère déraisonnable. En l'instance, l'Office a interprété la loi l'habilitant et, en particulier, l'article 52(2) traitant des facteurs qui sont ou qui, à la discrétion ou de l'avis de l'Office, pourraient être pertinents en vue de faire une recommandation au gouverneur en conseil au terme de l'audience d'une demande. Depuis *Dunsmuir* et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers'*

23 *Ibid*, au para 42.
24 *Dunsmuir c New Brunswick,* 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190.
25 *Supra*, note 10 Annexe I.
26 Ordonnance d'audience OH-002-2013 – Mise à jour procédurale nº 1 – Listes des questions et formulaire de demande de participation, 1 à 7 et Annexe I.
27 *Ibid* à la p 7.

Association[28], il y avait une forte présomption de contrôle judiciaire déraisonnable dans de telles situations, y compris lors des décisions de tribunal ou d'office concernant des questions de pertinence. Qui plus est, il a aussi soutenu, en faisant allusion à un certain nombre de facteurs, qu'il s'agissait d'une situation où la marge appropriée d'appréciation de la norme de la décision raisonnable était large. Au nombre des facteurs soulevés, il y avait le libellé de nature discrétionnaire ou subjective dans l'article 52(2) des facteurs pertinents à l'examen de la demande et, dans les faits, la nature diffuse du mandat de l'Office. Il a aussi établi un lien entre l'article 52(2) et la version de 2012 de l'article 55.2 ajoutée à la *Loi* dans le but de :

> [Traduction]
>
> … habiliter l'Office à régir de façon plus stricte et rigoureuse la portée des procédures et des parties qu'il entend[29].

Lors de l'examen du caractère raisonnable des exclusions à l'étape de la décision relative à la portée préliminaire, ces objectifs ont pesé lourd. Parallèlement à la perception de l'Office de l'étendue et des limites de sa compétence, compte tenu de la nature de la demande particulière qu'il devait entendre, il n'y avait pas d'arguments motivant le rejet pour caractère déraisonnable d'aucun des éléments de la décision sur la portée.

(ii) L'établissement des droits de participation

Quand la Cour en est arrivée à l'étape de l'établissement du processus d'attribution des droits de participation, dont au formulaire que les demandeurs devaient remplir, la question de la norme de contrôle judiciaire n'était pas aussi évidente en dépit de l'acceptation par les demandeurs de la norme de la décision raisonnable. Le juge Stratas a caractérisé la question comme en étant une de procédure et puis il a examiné la controverse qui avait cours, à savoir si la norme de la décision correcte était la norme universelle de contrôle judiciaire dans les cas d'équité procédurale[30]. En dernier ressort, il a statué que le choix de l'Office quant à la façon de déterminer les droits de participation était assujettie à une marge appréciable d'appréciation ou de déférence. Au nombre des facteurs qualifiés comme étant pertinents figuraient l'expérience et l'expertise de l'Office en vue de concevoir des procédures appropriées aux fins de la tenue d'audiences réglementaires complexes où il fallait assurer l'équilibre entre la participation du public et le besoin de traiter les demandes reçues en temps opportun et de façon efficiente. Il a aussi fait allusion à la nature ouverte et texturée des critères législatifs visant l'attribution de droits de participation comme justifiant aussi la latitude à consentir au titre de la nature de l'information que l'Office pourrait réclamer des demandeurs en vue d'évaluer s'ils ont droit ou non de participer. Aussi, la décision de l'Office dans de tels cas est assujettie à la clause privative de la Loi[31].

En passant ensuite à une évaluation du caractère raisonnable ou déférentiel du contenu du formulaire et des exigences qu'il imposait, le juge Stratas a souligné le lien nécessaire entre la demande de renseignements et la décision sur la portée. Dans la mesure où l'Office avait droit à une marge d'appréciation au titre de la portée de l'audience, cette marge s'appliquait aussi à son évaluation des renseignements qu'il devrait exiger des demandeurs relativement à leurs liens avec les questions à examiner ou la portée de l'audience. Cela dit, de toute évidence, il n'a pas été impressionné par les arguments selon lesquels le formulaire à remplir était compliqué et excessivement long et, par conséquent, décourageait les parties qui, autrement, auraient peut-être songé à présenter une demande de participation. Rendre la participation tributaire d'un effort et faire en sorte que les participants ne perçoivent pas les audiences comme une occasion d'aborder les points qu'ils souhaitent

---

28 *Dunsmuir* et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association,* 2011 CSC 61, [2011] 3 RCS 654.

29 *Forest Ethics*, *supra* note 16 au para 69.

30 L'ambivalence de la Cour suprême à cet égard est amplement illustrée dans la décision rendue par le juge LeBel au nom de la Cour dans Établissement de Mission c. *Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 RCS 502, au para 79 (décision correcte) et 89 (déférence aux règles et décisions de procédure). Elle était aussi reflétée dans les approches différentes du juge Evans dans *Sonne c Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, aux para 34 à 42, et du juge Stratas lui-même dans *Maritime Broadcasting System Ltd. v Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, aux para 50 à 56, et abordé par le juge Stratas dans *Forest Ethics*, *ibid*, para 70 à 73.

31 *Loi sur l'Office national de l'énergie*, article 23(1). Aussi, à l'article 55.2, il est stipulé que les décisions de l'Office à propos des droits de participation sont « définitives ».

sans tenir compte de leur pertinence et de leur degré d'adéquation constituaient des objectifs louables et non déraisonnables. Il a aussi estimé que les exigences de l'Office cadraient bien avec les objectifs de l'article 55.2. Le projet de tenir des audiences plus ciblées et efficientes justifiait la rigueur de l'Office quant à l'information exigée des participants, tout particulièrement de ceux qui, comme madame Sinclair réclamaient le droit de participer non en tant que personnes directement touchées mais en tant que personnes possédant des « renseignements pertinents et une expertise appropriée ».

De ce fait, il y avait des questions sérieuses qui auraient pu être soulevées à propos du processus d'attribution des droits de participation et qui ne sont pas abordées dans la décision du juge Stratas, par exemple, le délai de quinze jours pour la production des demandes de participation à compter de la date de la divulgation du questionnaire. Il s'agit aussi d'une utilisation discutable des ressources de l'Office que d'exiger puis d'évaluer des réponses détaillées à un vaste éventail de questions auxquelles doivent répondre des personnes qui ne sollicitent pas la qualité d'intervenant mais seulement le droit de déposer une lettre de commentaires auprès de l'Office[32]. Par ailleurs, les allégations que le questionnaire était trop compliqué sont presque à coup sûr exagérées, à tout le moins pour ceux qui connaissent l'anglais ou le français et qui savent utiliser Internet. Ces difficultés alléguées sont, dans tous les cas, atténuées dans une large mesure par une caractéristique de processus qui est aussi passée sous silence dans la décision du juge Stratas : la désignation d'un membre du personnel de l'Office en tant que conseiller au processus au profit des gens envisageant de présenter une demande de participation[33].

(iii) Rejet de la demande de participation de Donna Sinclair

La demande de participation de Donna Sinclair révèle qu'elle vit à North Bay, donc pas à proximité de la canalisation 9. Sa demande de présenter sous une forme quelconque des observations écrites était motivée par ses préoccupations quant aux antécédents de déversements d'Enbridge, sa foi fondée sur une croyance en la nature sacrée des terres et une certaine connaissance des peuples autochtones, sans oublier de l'empathie à leur égard et à l'égard de leurs croyances et ambitions, le tout se reflétant dans son travail de journaliste et d'auteure de nombreux ouvrages[34]. Dans les motifs de rejet de sa demande[35], l'Office a catégorisé « l'intérêt de Mme Sinclair à l'égard du projet [comme n'allant] pas au delà de l'intérêt public général » et a précisé qu'elle ne vit pas à proximité du projet. De façon plus générale, l'Office a fait valoir que les principes en vertu desquels il évaluerait les demandes de participation reposeraient sur la « possession de renseignements pertinents et d'une expertise appropriée ». Le premier impératif était que l'intervention proposée devait être pertinente aux questions que l'Office avait définies comme étant appropriées à la demande. En deuxième lieu, l'Office évaluerait si l'attribution d'un droit de participation [Traduction] « apporterait de la valeur ajoutée à l'évaluation de l'Office »[36]. En d'autres termes, pour ce qui est de son pouvoir discrétionnaire quant aux droits de participation des personnes possédant des renseignements pertinents ou une expertise appropriée, l'Office indiquait qu'une participation ne serait pas autorisée si les renseignements et/ou l'expertise dédoublaient la contribution d'autres parties ou correspondaient aux connaissances spécialisées ou expertes de l'Office. Quand à la structure du pouvoir discrétionnaire de l'Office, il n'y a rien d'offensant dans les principes généraux de fonctionnement et rien d'étonnant à propos de la décision de l'Office de rejeter la demande de participation de madame Sinclair.

En fait, c'est ainsi que le juge Stratas a abordé la question. D'abord, il a fait valoir qu'une décision concernant une demande de participation comptait des volets tant de fond que de procédure. Un volet de fond, car la décision tenait en partie à une évaluation du caractère pertinent ou substantiel de la nature de la participation à l'examen des questions mené par l'Office. Un volet de procédure, parce qu'il s'agissait de déterminer si l'on pouvait entendre le demandeur en tant qu'intervenant

32 Consulter, par ex., Andrew Gage, avocat à l'emploi de West Coast Environmental Law, "NEB should abandon undemocratic limits on public comment" (10 avril 2013), en ligne : <http://wcel.org/resources/environmental-law-alert/neb-should-abandon-undemocratic-limits-public-comment> (révisé le 7 août 2013).
33 *Supra*, note 10 au para 5 et Annexe VIII.
34 *Supra*, note 14.
35 *Supra*, note 11 au para 12.
36 *Ibid* au para 3.

ou qu'auteur d'une lettre de commentaires. Après avoir de nouveau abordé, en l'instance, la question jurisprudentielle à propos de la norme de contrôle judiciaire applicable, il a accepté que, sans égard à la façon de caractériser la question, l'évaluation par l'Office des demandes individuelles soit assortie « d'une importante marge d'appréciation »[37].

> [Traduction] L'Office a entrepris une évaluation des faits, puisant à cette fin dans son expérience de la conduite d'audiences de ce genre et de l'évaluation du type de parties qui font ou ne font pas une contribution utile à ses décisions[38].

Il a ensuite fait valoir que les motifs invoqués par l'Office révélaient qu'il était très sensible au fait qu'il devait, lors de la prise de telles décisions, assurer un juste équilibre entre l'importance d'offrir des possibilités de participation et l'obligation de mener des audiences ciblées et efficientes. Qui plus est, dans la mesure où la décision concernant la participation était, entre autres, fondée sur les valeurs sous-jacentes des dispositions garantissant la « liberté d'expression » de l'article 2b) de la *Charte*, même si l'article 2b) n'avait pas été mentionné, l'approche empruntée par l'Office pour se prononcer à propos des demandes de participation était cohérente avec une appréciation de ces valeurs et l'obligation, à cet égard, d'assurer un juste équilibre avec les intérêts qui s'y opposent[39]. Faisant directement allusion à l'exclusion de madame Sinclair, il a estimé que la justification mise de l'avant par l'Office était un « résultat acceptable et valable »[40].

(d) Conclusions

En tant qu'exercice de conception d'un processus et d'une demande, la décision de l'Office à propos des droits de participation aux audiences de la canalisation 9 a été jugée valable par la Cour d'appel fédérale, à tout le moins au plan du droit administratif et, par voie de référence, au plan de l'interprétation et de l'application de l'un des deux volets de l'article 55.2, le volet régissant l'accès au processus des parties possédant « des renseignements pertinents ou une certaine expertise ». Même si les décisions de l'Office ont été assujetties à la norme de la décision raisonnable – une norme faisant appel à de la retenue – plutôt qu'à la norme de la décision correcte, il ressort certes du jugement de la Cour une assurance appréciable pour l'Office quant à la marge de manoeuvre considérable dont il jouit dans l'élaboration de processus et de principes visant à baliser les droits de participation aux audiences assujetties à l'article 55.2.

Cependant, l'affaire n'est pas définitivement réglée pour autant. Reste encore à déterminer si les modifications pertinentes à la Loi, de même que les processus et les normes d'interprétation adoptés par l'Office, vont à l'encontre de la garantie de « liberté d'expression » à l'article 2b) de la *Charte*. De fait, tel que mentionné, la décision détaillée de l'Office à l'égard de ces questions et découlant d'une requête interlocutoire déposée dans le cadre de la demande de Kinder Morgan fait présentement l'objet de demandes de contrôle judiciaire.

Demeure aussi irrésolue, même du strict point de vue du droit administratif, la question des normes établies et appliquées par l'Office dans le cas de la demande de la canalisation 9 en vue de déterminer si un demandeur se qualifiait de plein droit pour participer à l'audience du seul fait qu'il était « touché directement »; la demande de madame Sinclair n'a pas été produite en vertu de ce volet de l'article 55.2. Dans ces décisions, l'Office a fait valoir que :

… tient compte des activités de celui-ci dans la zone où le projet sera situé, de l'incidence du projet sur l'environnement et des répercussions de cette incidence sur les activités du demandeur. Plus ces éléments sont interreliés (plus grande est la proximité), plus la personne pourrait être directement touchée. Une incidence qui serait trop éloignée ou hypothétique, ou pour laquelle des répercussions sur les intérêts du demandeur seraient improbables, ne pourrait être à l'origine d'une conclusion selon laquelle la personne est directement touchée[41].

---

37 *ForestEthics, supra*, note 16 au para 82.
38 *Ibid.*
39 *Ibid* au para 83, et référence à *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 RCS 395, au para 24, et sa prescription d'appliquer la norme de la décision raisonnable lors du contrôle judiciaire de décisions où sont invoquées des valeurs de la *Charte*.
40 *Ibid.*
41 *Supra*, note 11 au para 3.

Dans l'affaire de la canalisation 9, par exemple, il a résulté de l'application de ce critère la non-attribution de la qualité d'intervenant à des personnes ayant fait valoir dans leur demande que leur lieu de résidence à Toronto était susceptible d'être touché par un déversement[42]. Cependant, elles ont été autorisées à déposer une lettre de commentaires. De la même façon, les demandeurs ayant réclamé le droit de participer en faisant valoir des intérêts commerciaux qu'une approbation de projet favoriserait n'ont aussi été autorisés qu'à produire une lettre de commentaires[43].

Encore une fois, les litiges découlant des décisions au titre de la participation dans l'affaire de la demande de Kinder Morgan devraient assurément faciliter l'examen des critères visant à déterminer si une personne est « directement touchée » ou non. Aux fins de cette audience, 2 118 demandes de participation ont été reçues, dont 468 ont été purement et simplement rejetées[44].

Un autre élément important concernant la demande de Kinder Morgan est de savoir si les exclusions à la portée de l'audience dans l'affaire de la canalisation 9, où il est question de la conversion de l'utilisation d'un pipeline existant, peuvent être reprises telles quelles dans le cas d'une demande d'agrandissement d'une canalisation. Dans un contexte d'agrandissement, existe-il une justification raisonnable d'exclure de l'examen les « effets environnementaux et socioéconomiques associés aux activités en amont, la mise en valeur des sables bitumineux ou l'utilisation en aval du pétrole devant être transporté par pipeline »? Est-ce que la question des changements climatiques devrait aussi être exclue de la portée de l'audience? En fait, il semble évident que la décision[45] concernant la portée de l'affaire Kinder Morgan est aussi liée à des questions soulevées par certaines des parties ayant obtenu la qualité d'intervenant à l'audience publique de cette demande : le refus apparent de l'Office d'exiger de Trans Mountain qu'elle réponde à plus de cinq pour cent des questions des intervenants[46] et la suppression de l'étape du contre-interrogatoire oral lors de l'audience[47]. Il s'agit, évidemment, de questions de procédure qui débordent de beaucoup des décisions initiales concernant la qualité d'agir et qui donneront encore lieu à un contrôle judiciaire additionnel par la Cour fédérale.

Normes de contrôle judiciaire des décisions des organismes de réglementation du secteur énergétique

La décision dans l'affaire *Forest Ethics Advocacy Association* marque un jalon important de l'évolution du droit régissant la norme de contrôle judiciaire à observer dans le cas des décisions des organismes de réglementation du secteur de l'énergie. Assurément, en acceptant que la norme de la décision raisonnable devienne la norme quasi-immuable à observer par les organismes de réglementation du secteur énergétique lors de l'interprétation de leur loi constitutive, la Cour ne fait que réitérer ce qui est apparent depuis *Dunsmuir* et *Alberta Teachers*. Cependant, en élargissant l'application de la norme de la décision raisonnable à l'interprétation et à l'application des dispositions de loi constitutive qui concernent soit des questions de nature procédurale, soit un mélange de questions de procédure et de fond, le juge Stratas naviguait dans des eaux un peu plus turbulentes mais reflétant néanmoins la jurisprudence de plus en plus abondante rejetant l'adoption d'une norme de la décision correcte universelle aux fins du contrôle judiciaire de questions d'équité procédurale. Un autre élément important de l'approche empruntée par la Cour, c'est sa prétention que, au titre de la conception émergente (ou ayant émergé) assimilant la norme de la décision correcte à une enquête qui tient grand compte du contexte, l'organisme de réglementation devait avoir droit dans ses trois décisions interlocutoires, au plan des dispositions

42 *Ibid* aux para 5-7.
43 *Ibid* aux para 7-8.
44 *Supra* note 8 au para 1.
45 Ordonnance d'audience OH-001-2014, Trans Mountain Pipeline ULC, Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (2 avril 2014), au para 4 et Annexe I.
46 Consulter « Energy Executive Blasts Kinder Morgan Review as 'Fraudulent," Quits », <http://dogwoodinitiative.org/blog/fraudulent-process>, où l'on trouve une lettre datée du 2 novembre 2014 adressée à l'Office national de l'énergie par Marc Eliesen, ancien PDG de B.C. Hydro et président du conseil de Manitoba Hydro, annonçant son retrait en tant que participant à l'audience Kinder Morgan.
47 Voir l'Ordonnance d'audience OH-001-2014, Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain), Demande du Projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (Demande), Avis de motion de madame Robyn Allan et de madame Elizabeth May visant à inclure le contre-interrogatoire de témoins, décision nº 14 (7 mai 2014).

législatives, à une marge d'appréciation plus large (plutôt que plus restreinte). Enfin, la Cour n'a pas cédé à l'argument que le contrôle selon la norme de la décision raisonnable, pour ce qui est de la décision de l'Office sur la portée de l'audience, devrait être mené à la lumière des motifs nommés usuels de contrôle judiciaire et, en particulier, en fonction de ce qui, dans les faits, constituerait un contrôle selon la norme de la décision correcte en vue de déterminer si l'Office, dans sa décision sur la portée de l'audience ou la liste des questions, n'avait pas exclu de façon inadmissible un point légalement (et, de fait, obligatoirement) pertinent.

Voilà qui devrait considérablement rassurer les organismes de réglementation partout au pays, mais pas les gens qui contestent les décisions des organismes de réglementation; pour ces derniers, la perspective d'obtenir gain de cause lors d'une demande de contrôle judiciaire ou d'un appel prévu par la loi est de plus en plus décourageante. En fait, la décision met en lumière la dimension réparatrice du contrôle judiciaire qui sous-tend à la fois l'intégrité des processus de prise de décision des organismes de réglementation et, règle générale, restreint les requêtes de contrôle judiciaire aux décisions finales (par opposition aux décisions interlocutoires) de ces organismes. Le premier message a déjà été mis en évidence dans la section précédente de cette analyse : ne venez pas faire valoir devant la Cour des motifs au titre de la *Charte* pour contester la loi habilitante d'un organisme ou son interprétation et application de ladite loi sans avoir d'abord abordé la question auprès de l'organisme. Le deuxième message, même s'il ne s'applique pas en l'instance, en partie parce que ce point n'a pas été abordé par l'Office ou Enbridge, c'est que même la contestation de décisions visant à exclure les droits de participation devrait règle générale être reportée jusqu'à ce que l'organisme de réglementation ait rendu sa décision finale à propos d'une demande. Demander un contrôle judiciaire des décisions interlocutoires rendues par des organismes et des tribunaux fragmente le processus administratif et est, par conséquent, vraisemblablement visé par l'élément de la prématurité.

Faire preuve de déférence à l'égard des organismes de réglementation du secteur énergétique pour ce qui est de l'exécution de leurs fonctions de base ne se limite pas aux questions d'approbation des installations et d'établissement des tarifs, comme en atteste les deux affaires instruites par la Cour suprême du Canada le 3 décembre 2014 et qui sont toujours en délibéré. Dans les deux cas – *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*[48] et *Commission de l'énergie de l'Ontario c. Ontario Power Generation Inc.*[49], les cours d'appel respectives ont reconnu que les organismes de réglementation pertinents avaient droit au bénéfice déférent d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable au titre de l'interprétation et de l'application des dispositions leur conférant le pouvoir de fixer les tarifs des services publics réglementés dans la mesure où ils sont « justes et raisonnables ». Au fil des ans, cependant, diverses méthodes ont été élaborées aux fins d'établir une réglementation du taux de rendement. Pour certains, ces méthodes sont un régime de la common law qui sous-tendent les dispositions législatives pertinentes. Dans cette perspective, toute dérogation aux méthodes perçues de common law est interprétée comme étant obligatoirement déraisonnable ou doit être neutralisée seulement si cela est justifié de façon appropriée par l'organisme de réglementation. De fait, c'est ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario a traité ce qu'elle a perçu comme une dérogation de la Commission de l'énergie à la méthode acceptée d'évaluation de la pertinence des coûts subis par les services publics réglementés. Par conséquent, la Cour, infirmant une décision majoritaire de la Cour divisionnaire, a soutenu que cet élément de l'exercice d'établissement des tarifs était déraisonnable. Il s'agit d'une démarche fort différente de la démarche davantage fluide empruntée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *ATCO* en vue d'évaluer la méthode utilisée par la Alberta Utilities Commission pour déterminer si les coûts propres au régime de pension des services publics réglementés avaient été engagés de façon judicieuse.

Du reste, même si la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Ontario Power Generation* a

---

48 A*TCO Gas and Pipelines Ltd. c Alberta (Utilities Commission),* 2013 ABCA 310, 556 AR 376, autorisation obtenue d'interjeter appel [2013] SCCA No 459 à la CSC et appel entendu le 3 décembre 2014.

49 *Commission de l'énergie de l'Ontario c Ontario Power Generation Inc.,* 2013 ONCA 359, 116 OR.(3d) 793 (*sub nomine* : *Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 v Ontario (Energy Board)*), rev'g. 2012 ONSC 729, 109 OR (3d) 576, autorisation obtenue d'interjeter appel [2013] SCCA N° 339 à la CSC et appel entendu le 3 décembre 2014.

indiqué expressément qu'elle menait un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, une analyse de la décision donne à penser que, dans les faits, il s'agissait d'une démarche déguisée, d'un contrôle selon la norme de la décision correcte dans la mesure où la Cour a qualifié d'injustifiable la méthode empruntée par la Commission pour évaluer le caractère judicieux des coûts d'indemnisation des services publics par rapport aux précédents établis par la Commission qui les avait qualifiés de raisonnables dans une instance antérieure devant la Cour d'appel[50]. S'agissait-il d'une caractérisation exacte tant des précédents que du traitement des coûts par la Commission dans les circonstances particulières, voilà manifestement une question que devra trancher la Cour suprême du Canada. Cependant, en acceptant cette caractérisation, ce qu'a fait la Cour, par rapport à la décision du juge Stratas dans l'affaire *Forest Ethics Advocacy Association*, est d'appliquer une version faisant grand cas du contexte du contrôle de la norme de la décision raisonnable où l'éventail des options parmi lesquelles la Commission peut choisir n'est pas large mais plutôt restreint ou limité considérablement par ses propres précédents.

Il reste à savoir comment la Cour suprême du Canada départagera tout cela dans le contexte des deux cas de contrôle judiciaire les plus importants de décisions d'organismes de réglementation du secteur énergétique entendues par la Cour depuis l'affaire Strores Block, affaire controversée datant de 2006 (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*)[51]. En l'instance, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada avaient abordé une question dans la perspective de la norme de la décision correcte, question qui semblait alors au coeur même des pouvoirs conférés à la Energy and Utilities Board, à savoir si les contribuables avaient droit à une part des recettes de la vente d'un bien auparavant inclus dans la base tarifaire. Dans le cadre du contrôle, la majorité des juges ont traité la question comme s'il s'agissait d'une question de compétence engendrant automatiquement l'application de la norme de la décision correcte. *A contrario*, une minorité de juges étaient d'avis, dans cette ère pré-*Dunsmuir*, que la norme de contrôle judiciaire devrait être la dorénavant norme de décision manifestement déraisonnable.

Depuis, au moins un juge (la juge Fraser) de la Cour d'appel de l'Alberta a analysé les ramifications de la décision Stores Block au plan de la norme de contrôle judiciaire : *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*[52]. De l'avis de la juge Fraser, les appels des ordonnances de frais des offices de services publics dans deux instances distinctes d'organismes de réglementation en ont été réduits à une confrontation entre deux conceptions du droit des services publics réglementés de recouvrer leurs frais juridiques. La Commission était d'avis que les dispositions traitant des frais dans la loi pertinente s'appliquaient aux services publics réglementés et justifiaient la démarche de la Commission visant à déterminer les dépens imputables à sa participation à cette procédure, dépens calculés selon une échelle de coûts établie à partir de l'une de ses règles. Par contraste, les services publics réglementés soutenaient qu'ils n'étaient visés ni par les dispositions de la loi concernant les dépens ni la règle pertinente mais plutôt par le principe usuel de droit réglementaire selon lequel les services publics avaient le droit de recouvrer tous les coûts (y compris les frais juridiques) judicieusement engagés dans le cadre de leurs activités réglementées, y compris ceux résultant de leur participation à des instances réglementaires.

D'une part, l'affaire est très sensible au contexte et tient essentiellement à l'interprétation du régime des frais applicable à la Alberta Utilities Commission : article 21(1) de la *Alberta Utilities Commission Act*[53]. Cependant, la décision de la juge Fraser est, de façon générale, plus importante à au moins trois égards. En premier lieu, on y trouve un historique utile de la réglementation des services publics du secteur de l'énergie en Alberta, des secteurs du gaz et de l'électricité en particulier. En deuxième lieu, dans sa décision figure une analyse détaillée de ce qu'elle a perçu comme un conflit ou une tension entre, d'une part, l'accord de réglementation (élaboré initialement en vertu de la common law) établissant les principes de recouvrement des frais des services publics réglementés, habituellement dans le cadre de

50 *Enbridge Gas Distribution Inc. c Ontario (Commission de l'énergie de l'Ontario)*, 2010 OAC 4.
51 *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 RCS 140.
52 *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c Alberta (Utilities Commission)*, 2014 ABCA 397.
53 *Supra* note 3 art 21(1).

la réglementation du taux de rendement et, d'autre part, l'interprétation des dispositions législatives en matière de réglementation susceptibles de déroger des principes énoncés dans ledit accord. En troisième lieu, sont réévalués dans la décision, tel que mentionné précédemment, la décision Stores Block et la catégorisation des questions comme étant de « véritables » questions de compétence commandant un examen selon la norme de la décision correcte, même en cette ère post-*Dunsmuir*.

À propos de la norme de contrôle, la juge Fraser a refusé de qualifier la question des frais de « véritable » question de compétence. La Commission devait interpréter sa loi habilitante ou constitutive ce qui, par conséquent, devait vraisemblablement commander la norme de la décision raisonnable. Dans ce contexte, elle a de fait traité la décision Stores Block comme constituant un précédent insatisfaisant que l'on ne pouvait plus invoquer sans risque dans la foulée de la décision *Dunsmuir* et des décisions qui en ont découlé. En d'autres termes, la décision majoritaire dans Stores Block qualifiant de question de compétence la répartition du profit net de la vente d'un bien de la base tarifaire ne devrait plus être considérée comme exécutoire maintenant que la Cour suprême a indiqué que la catégorisation d'une question comme étant une véritable question de compétence devait être un cas exceptionnel et qui, règle générale, ne devrait pas se produire lorsque des tribunaux et organismes sont appelés à interpréter leur loi constitutive. Dans ce contexte, elle a mis en contraste la question en cause dans cette affaire et la question abordée par la Cour d'appel dans *Shaw c. Alberta (Utilities Commission)*[54]. Dans ce dernier cas, selon la juge Fraser, la question était une véritable question de compétence au sens où, ce qui était en jeu, c'était de déterminer si des modifications à la loi avaient eu pour effet de transférer de l'organisme de réglementation au pouvoir législatif ou exécutif du gouvernement le pouvoir d'examiner l'intérêt public supérieur lors de l'évaluation des besoins en lignes de transmission. En d'autres termes, dans la perspective de *Dunsmuir*, cette question pourrait être classifiée comme en étant une où il faut régler une question de compétence concurrente ou multiple habituellement assujettie à la norme de la décision correcte.

Si cela fait dorénavant partie des principes généraux d'analyse de la norme de contrôle reconnus et appliqués par la Cour d'appel de l'Alberta, il n'en résulte pas pour autant une définition plus précise et étroite du concept de la compétence véritable dans cette province. Que cela le soit ou non tient dans une large mesure à l'interprétation faite des deux autres décisions de la Cour d'appel de l'Alberta. Il est certes difficile de traiter la décision concordante du juge Martin comme s'il souscrivait à l'analyse du juge en chef car il semblait procéder à une analyse du contrôle selon la norme de la décision correcte des volets juridiques de l'adjudication des dépens de chacune des instances. Le juge Côté, tout en étant d'accord avec le résultat obtenu par la juge Fraser, quoique à une échelle plus restreinte, y est néanmoins parvenu en observant la norme de la décision raisonnable. Cependant, cette norme a été appliquée aux motifs de la décision d'adjudication des dépens de la Commission et non à la question de savoir si l'article 21 visait le pouvoir de la Commission au titre des frais juridiques des services publics réglementés. Alors que l'acceptation de l'existence de cette capacité était implicite dans la décision (et explicite dans la décision du juge Martin), il est malaisé de déterminer si le juge Côté en est venu à cette conclusion en appliquant la norme de la décision raisonnable ou correcte, la juge Fraser s'étant penché ultimement sur le bien-fondé de cette question en se reportant tant aux normes de la décision raisonnable que correcte.

En ce qui concerne l'analyse de l'accord de réglementation, il est aussi nébuleux de déterminer ce qui est ressorti de cette décision. D'une part, la juge Fraser semble estimer que les dispositions législatives régissant les frais et la règle ont libéré la Commission des entraves que lui imposait l'accord de réglementation et lui ont conféré une plus grande marge de discrétion quant aux critères à partir desquels décider des dépens à attribuer. Cependant, à la fin de sa décision, elle a bien pris soin de préciser que les deux instances d'où sont issus

[54] *Shaw c Alberta (Utilities Commission),* 2012 ABCA 378, 539 AR 315. Voir cependant, aux fins de comparaison, *Williams Energy (Canada) Inc. c Alberta Utilities Commission*, 2014 ABCA 51, où l'on assujettit à la norme de la décision raisonnable l'examen de la compétence de la Commission de donner suite à une demande d'établissement des tarifs d'utilisation d'un pipeline sans avoir reçu une ordonnance à cet effet du gouverneur en conseil. Or, l'analyse de la décision de la Commission à cet égard révèle que l'analyse de la Cour est assimilable à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

les appels étaient des audiences entreprises par la Commission visant des questions et des approches de réglementation plus larges et non une audience conventionnelle sur le taux de rendement ou une audience visant une demande d'un service public réglementé. Comment devraient s'appliquer les dispositions législatives et la règle sur les frais dans ces contextes n'a pas été abordé dans le cadre de ces appels.

La perspective du juge Côté a été encore davantage modérée, le juge doutant qu'il était approprié d'interpréter les dispositions et la règle sur les frais comme justifiant, dans tous les cas, le recours à une approche en matière d'adjudication des dépens non restreinte par l'accord de réglementation et le critère des frais juridiques judicieusement engagés. Plutôt, son adhésion à la décision était plus particulièrement limitée au caractère raisonnable des dépens attribués dans les instances particulières entendues par la Commission, instances qui ne visaient, d'aucune façon, l'établissement d'un taux de rendement. Dans ces contextes, il n'était pas disposé à qualifier de déraisonnable l'approche de la Commission.

Dans une opinion dissidente, le juge Martin a semblé adopter une approche qui différait, en principe, de celle du juge en chef. D'une certaine façon, il estimait que les dispositions de la Loi et la règle devaient être interprétées systématiquement à la lumière de l'accord de réglementation et du droit des services publics réglementés de recouvrer les coûts raisonnables engagés. Afin de définir les frais juridiques des services juridiques réglementés, peu importe le cas (y compris les procédures découlant de politiques et entreprises par la Commission), il faut appliquer le critère des coûts judicieusement engagés. Cependant, dans la mesure où, en l'instance, la règle de la Commission l'autorisait et l'application de la règle le permettait, exception faite du refus d'attribuer les dépens propres à une phase antérieure de l'une des deux instances, il fallait considérer la démarche comme étant compatible avec les exigences de l'accord de réglementation et il n'y avait aucune raison motivant l'annulation des décisions.

Évidemment, le recours à des approches différentes par les trois juges reporte à plus tard l'adoption d'un régime de traitement global de la compétence de la Commission en matière de coûts dans la mesure où elle concerne les services publics réglementés.

L'obligation de consulter les peuples autochtones

(a) Définir et préciser le rôle des organismes de réglementation[55]

Les paramètres de l'obligation faite à la Couronne de consulter et, le cas échéant, d'accommoder des groupes autochtones sont d'une très grande importance pour les organismes de réglementation du secteur énergétique, les ministères et organismes gouvernementaux investis de pouvoirs législatifs influant sur les droits et les intérêts des peuples autochtones, ainsi que les promoteurs sollicitant l'approbation par des organismes de réglementation ou des ministères et organismes gouvernementaux de projets qui pourraient avoir une incidence sur ces droits et intérêts. Concevoir des procédures appropriées et des approches formelles pour s'acquitter de cette obligation passe par un processus complexe. Au nombre des défis de conception figure la position actuelle de la Cour suprême du Canada, à savoir qu'en l'absence d'un pouvoir explicite conféré par la loi, les organismes de réglementation n'ont pas la capacité de s'acquitter de l'obligation constitutionnelle de la Couronne[56], même s'il semble que la Couronne pourrait faire valoir que les processus de consultation de ces organismes et, par leur entremise, les promoteurs lui permettent de s'acquitter en partie de ses obligations. Vient s'ajouter une couche additionnelle de complexité découlant du fait que, alors que les organismes de réglementation ont au moins, dans certaines circonstances, la capacité d'évaluer, dans le cadre du processus d'approbation d'une demande, si la Couronne s'est acquitté de son obligation de consulter[57], il s'agit d'une responsabilité qui peut leur être retirée comme dans le cas de l'organisme de réglementation du secteur de l'énergie de l'Alberta[58].

---

55 Consulter l'analyse approfondie de Keith B. Bergner, « L'obligation de la Couronne de consulter et le rôle de l'organisme de réglementation en matière d'énergie » (2014), 2 PTRE15.

56 *Rio Tinto Alcan Inc. c Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 CSC 43, [2010] 2 RCS 650.

57 *Ibid* aux para 68-70.

58 *Responsible Energy Development Act*, SA 20102, c R-17.3, art 21 :
L'organisme de réglementation n'a pas compétence pour ce qui est d'évaluer le bien-fondé des consultations de l'État au titre des droits des peuples autochtones tels que reconnus et affirmés dans la Partie II de la Loi constitutionnelle de 1982.

En conséquence, l'une des caractéristiques de l'évolution en 2014 du droit et de la pratique de l'obligation de consulter a été la façon dont le tout nouveau Alberta Aboriginal Consultation Office (l'Office) s'est employé à nouer une relation juridiquement compatible et conforme avec l'organisme de réglementation du secteur énergétique de l'Alberta pour ce qui est de l'obligation de consulter, dans le cadre des audiences de l'organisme de réglementation, à propos de la gestion de terres et de ressources naturelles touchant aux droits et intérêts des Autochtones[59]. De fait, cela n'a pas été laissé entièrement aux soins de l'Office et de l'organisme de réglementation en ce sens que, en octobre, les ministres de l'Énergie et de l'Environnement et du Développement durable ont diffusé une ordonnance ministérielle révisée en vertu de la loi constitutive de l'organisme de réglementation, la *Responsible Energy Development Act*[60], instruisant l'organisme de réglementation du secteur énergétique de ses responsabilités en matière de consultation et, en particulier, de coordination avec le Aboriginal Consultation Office[61]. Déjà, des questions ont été soulevées à propos du sens et de la portée de cette *Directive*[62] et, sans aucun doute, on peut s'attendre à d'autres améliorations et précisions à mesure que prendra forme la relation entre l'organisme de réglementation et l'Office. Ultimement, bien sûr, la principale question sera si, avec l'appui des ministères pertinents, ils pourront réussir à établir une relation de travail et des protocoles qui seront non seulement viables (au sens de pratiques et efficients) mais qui seront aussi conformes aux obligations légales énoncées dans une jurisprudence sans cesse croissante.

(b) Évolution de la jurisprudence

Tandis que les gouvernements et les participants à divers processus réglementaires s'emploient à régler des questions de conception de procédures, le nombre de litiges dans le domaine de l'obligation de consulter ne se dément pas. Dorénavant, un bon nombre de ces litiges concernent si, au titre des faits de cette situation particulière, la Couronne s'est conformée à son obligation constitutionnelle de consulter et, le cas échéant, d'accommoder les peuples autochtones. Bon nombre de ces cas englobent des enquêtes complexes sur la preuve et l'application très détaillée des critères définis dans les cas les plus importants entendus par la Cour suprême, à savoir si l'obligation est vraiment déclenchée, quel est le niveau d'intensité de l'obligation de consulter et si, à la lumière des faits constatés, les normes appropriées ont été observées[63]. Cependant, en 2014 et au tout début de 2015, il y a eu un certain nombre de cas où ont été abordées certaines des incertitudes qui perdurent dans ce domaine. À cet égard, j'aborderai trois cas.

(i) Hupacasath First Nation c. Ministre des Affaires étrangères du Canada [64]

Même si cette affaire ne concerne pas directement la réglementation du secteur énergétique, cette décision de la Cour fédérale d'appel soulève une question relative à l'exercice de pouvoirs visé par l'obligation de consulter. En l'instance, il s'agit de la conclusion et de la mise en oeuvre d'un traité sur l'investissement avec la République populaire de Chine. La source des pouvoirs relativement à ces deux mesures est la prérogative royale.

La Première Nation a présenté une demande de contrôle de l'exercice de ce pouvoir de la prérogative en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*[65]. Elle soutient que le gouvernement aurait dû la consulter avant de conclure et de ratifier le traité. Cette demande se fonde sur l'assertion que le traité et certaines de ces modalités pourraient porter atteinte aux droits et intérêts de la Première Nation.

---

59 Voir les *Government of Alberta Guidelines on Consultation with First Nations on Land and Natural Resource Management*, (28 juillet 2014), au para 7. Consulter aussi le *Government of Alberta Proponent's Guide to First Nations Consultation Procedures for Land Dispositions,* (3 septembre 2014).

60 Supra note 58 art 67.

61 Voir la *Aboriginal Consultation Direction, An Appendix to Energy Ministerial Order 105/2014 and Environment and Sustainable Resource Development,* Ministerial Order 53/2014 (31 octobre 2014), remplaçant la Energy Ministerial Order 141/2013 (26 novembre 2013),

62 Consulter Giorilyn Bruno et Nigel Bankes, "A Revised Aboriginal Consultation Direction issued to the Alberta Energy Regulator", en ligne: Ablawg <http://ablawg.ca/2014/12/08/a-revised-aboriginal-consultation-direction-issued-to-the-alberta-energy-regulator/>.

63 Consulter, par exemple, *Adam c Ministre de l'environnement*, 2014 CF 1185 et *Fort McKay First Nation c Alberta (Minister of Environment and Sustainable Resource Development)*, 2014 ABQB 393, 98 Alta LR (5th) 1.

64 *Hupacasath First Nation c Ministre des Affaires étrangères du Canada,* 2015 CFA 4.

65 *Loi sur les Cours fédérales,* LRC 1985, c F-7.

En prononçant la décision de la Cour fédérale d'appel confirmant la décision du juge Crampton de la Cour fédérale de rejeter une demande de contrôle judiciaire[66], le juge Stratas a abordé un certain nombre de questions préliminaires. Dans chacune, il a tranché en faveur de la Première Nation en tant que demandeur ou appelant. En premier lieu, l'exercice pur du pouvoir de la prérogative ainsi que les ordonnances prises en vertu de l'exercice du pouvoir de la prérogative sont sujets à contrôle en vertu de l'article 18.1[67]. En deuxième lieu, la question de la légalité de l'exercice, à tout le moins de ce volet du pouvoir de la prérogative pour ce qui est des traités et des relations étrangères, est justiciable; cela s'inscrit dans le mandat des cours. En troisième lieu, l'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accommoder les peuples autochtones pourrait s'appliquer dans le contexte de l'exercice du pouvoir de la prérogative en général et, dans le cas des pouvoirs relatifs aux traités et aux relations étrangères, en particulier. Toutefois, là où la Première Nation a échoué devant les deux cours, c'est qu'elle n'a pas produit une justification suffisante au titre de son assertion que la conclusion et la ratification du traité aurait un impact suffisant sur les droits et intérêts de la Première Nation; tous les effets, d'après les critères figurant dans la jurisprudence[68], étaient « non appréciables » et « spéculatifs ». Cependant, en rejetant l'appel, le juge Stratas n'a pas écarté la possibilité que la Première Nation puisse présenter une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue ou d'une mesure prise en vertu du Traité et dont elle pourrait faire la démonstration qu'elle a eu des conséquences négatives sur les droits et les intérêts autochtones.

(ii) Mikisew Cree First Nation c. Gouverneur en conseil[69]

Parmi les décisions citées par le juge Stratas dans l'affaire *Hupacasath*, diffusée le 9 janvier 2015, figure celle du juge Hughes de la Cour fédérale rendue moins d'un mois plus tôt, le 19 décembre 2014, dans l'affaire *Mikisew Cree First Nation c. Gouverneur en conseil*. Elle concernait une demande de contrôle judiciaire découlant de deux lois fédérales omnibus de 2012 et, plus particulièrement, des dispositions visant les évaluations environnementales, les espèces à risque, et les eaux navigables. La Première Nation soutenait que, comme ces mesures atténuaient l'étendue, entre autres, de la protection environnementale des rivières et des lacs sur ses terres traditionnelles et qu'elle utilise pour la pêche, le trappage et la navigation, le gouvernement devait, en vertu de l'obligation de consulter, consulter la Première Nation à un moment ou un autre du processus législatif.

En dépit des obstacles posés par la jurisprudence sur le contrôle judiciaire du processus législatif, le juge Hughes a soutenu que, dans certaines circonstances, l'immunité du contrôle judiciaire lors du dépôt et de l'adoption d'une loi devait céder le pas aux impératifs constitutionnels de l'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accommoder. Bien que cette obligation ne vise pas la préparation et le dépôt d'un projet de loi au Parlement, elle est déclenchée une fois la loi déposée. À ce moment, pourvu que l'impact sur les droits et intérêts des peuples autochtones soit suffisant, l'obligation est enclenchée. Condition préalable à l'adoption d'un projet de loi, l'obligation doit être satisfaite. Qui plus est, en l'instance, par opposition à dans *Hupacasath*, le juge Hughes a estimé qu'il existait une possibilité suffisante d'impact négatif sur les droits et les intérêts de la Première Nation en raison de l'application de certaines des dispositions de la loi omnibus. Néanmoins, compte tenu de l'incertitude d'un tel impact, le niveau de l'obligation de consulter se situait au bas du spectre procédural. Aussi, le juge Hughes était d'avis que ce que la Cour pourrait faire tout au plus en l'instance, en réaction au défaut de consulter, était d'émettre une déclaration à cet effet. Accorder une injonction (ou probablement déclarer les aspects pertinents de la loi constitutionnellement invalides) ne respecterait pas suffisamment la relation constitutionnelle entre les cours et les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement.

Collectivement, les décisions de la Cour d'appel fédérale et du juge Hughes, pourvu qu'elles ne fassent pas l'objet d'appels fructueux, viennent confirmer la théorie selon laquelle l'obligation

66 2013 FC 900, 438 FTR. 210.
67 Refus de respecter une décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Black c Canada (Premier ministre)* (2001), 54 OR (3d) 215.
68 Et, en particulier, *Rio Tinto Alcan Inc. c Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 CSC 43, [2010] 2 RCS 650, au para 46.
69 *Mikisew Cree First Nation c Gouverneur en conseil,* 2014 FC 1244.

de consulter et, le cas échéant, d'accommoder lie la Couronne dans toutes ses actions environnementales, qu'elles soient le fait de la prérogative royale ou d'une loi du Parlement et, toujours dans ces deux situations, aussi par la voie de mesures législatives subordonnées ou de décrets en conseil[70]. Cela boucle un cercle important quant à la portée de cette obligation constitutionnelle de consulter qui revêt une si grande importance pour les organismes de réglementation du secteur de l'énergie.

(iii) Tsilhqot'in Nation c. British Columbia[71]

Sans aucun doute, la décision sur les droits autochtones la plus importante de l'année 2014 a été la décision *Tsilhqot'in Nation c. British Columbia*. Une analyse approfondie de la portée de cette décision déborde du cadre de cet examen de cas de droit administratif important pour le droit et la réglementation de l'énergie. Cependant, il suffit de dire que non seulement la Cour a statué qu'il y avait défaut de consulter la Première Nation touchée pour ce qui est des droits issus d'une revendication territoriale dorénavant confirmées[72] mais aussi que, dans le cas de revendications territoriales alléguées confirmées, le volet accommodation de l'obligation constitutionnelle est presque assimilable à une exigence de consentement à toute dérogation aux droits associés à la revendication confirmée[73]. Voilà qui ajoute une toute nouvelle dimension au concept d'accommodement (ou le clarifie) et, sans aucun doute, cela aura des répercussions sur un vaste éventail de litiges où intervient l'obligation constitutionnelle. ■

[70] Concernant la question plus générale de l'autorité du Cabinet de régler les questions de droit dans le cas de questions réglementaires et de déterminer la norme de contrôle judiciaire applicable à de telles décisions, voir Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *c.* Canada (Procureur général), 2014 CSC 40, 458 N.R. 150, un cas découlant du contrôle de la compétence du gouverneur en conseil eu égard à l'Office des transports du Canada.

[71] *Tsilhqot'in Nation c British Columbia,* 2014 CSC 44, 459 NR 287.

[72] *Ibid* aux para 95-97.

[73] *Ibid* au para 97, il est indiqué que le défaut de consulter peut être corrigé moyennant l'obtention d'un consentement.

PREUVE ÉLECTRONIQUE, TRAITEMENT ÉLECTRONIQUE DES LIGITES ET TRIBUNEAUX DE RÉGLEMENTATION

*Philip Tunley**

Introduction

Sont décrites dans le présent document un éventail de pratiques, priorités, tendances et aspirations de tribunaux administratifs sélectionnés, surtout de l'Ontario, concernant la preuve électronique et le traitement électronique des litiges, le fruit de constatations dégagées d'un sondage informel récent[1].

Ce qui ressort clairement de ce sondage c'est que les tribunaux en sont à des étapes fort différentes de leur adaptation aux défis et aux occasions que présente l'administration de la justice à l'ère numérique. Ce qui est moins aisé, c'est de comprendre ce qui motive ces différences, à savoir les circonstances et priorités propres aux différents tribunaux, les raisons qui ont mené à la réalisation des initiatives les mieux réussies dans le domaine, et les éléments communs constatés en vue de baliser les efforts continus à déployer pour favoriser l'innovation.

Il existe une littérature abondante traitant de ces questions dans le contexte d'instances judiciaires, particulièrement au titre de la communication préalable de documents électroniques dans le cas d'instances civiles et des activités de fouille, de perquisition et de saisie électroniques dans le cas d'instances criminelles. On dispose dorénavant de compendiums de lois, de règles, de lignes directrices et de jurisprudence pour éclairer le règlement de différends dans ces deux domaines distincts. Cependant, fort peu d'ouvrages ou de jurisprudence aborde l'élargissement ou l'application de ces règles et principes émergents dans le contexte des tribunaux. Et on y aborde encore moins les domaines où les tribunaux devancent de plus en plus nos cours de justice en matière de traitement électronique des litiges, dont la divulgation électronique de la preuve lors de procédures d'exécution, l'accès en ligne aux procès-verbaux d'audience et les audiences électroniques. Mais avant tout, il faut cerner les politiques qui sous-tendent (et qui entravent) ces initiatives au niveau des tribunaux – accès à la justice, équité, coût de l'innovation, économies au titre du processus juridictionnel, principe de la « transparence de la justice » et efficacité des tribunaux, pour n'en nommer que quelques-uns – afin de pouvoir évaluer les initiatives existantes et établir des priorités d'amélioration continue.

La contribution de ce document à la réalisation de ces tâches est fort préliminaire et modeste.

---

* Philip Tunley est un associé chez Stockwoods et sa pratique couvre un large éventail de litiges commerciaux et de droit public. Sa pratique en droit public est basé sur quatre années en tant qu'avocat au ministère du Procureur général de l'Ontario. Tout en agissant en tant qu'avocat auprès du procureur général, Phil s'est spécialisé dans le contentieux constitutionnel et les poursuites réglementaires. Finalement, Phil a plaidé devant toutes les cours fédérales, celles de l'Ontario et devant la Cour suprême du Canada, ainsi que devant une variété de tribunaux administratifs et dans des procédures ADR (règlement extrajudiciaires des litiges) .

1 Merci aux membres, employés et praticiens des tribunaux à qui tout le mérite revient. Ils ont pris le temps de partager avec moi leurs connaissances, leur expérience et leurs idées à propos de ces enjeux. Vous savez qui vous êtes. Quant aux vues et analyses, elles sont le fait de l'auteur et ne représentent d'aucune façon les vues et les analyses des tribunaux mentionnés. Enfin, les omissions et les erreurs dans les analyses sont exclusivement imputables à l'auteur.

Dans un premier temps, on y présente quelques modifications législatives, règles de tribunal et précédents fort récents, ainsi que des innovations aux pratiques administratives de tribunaux sélectionnés de l'Ontario, qui illustrent les possibilités d'innovation numérique dans le traitement des litiges devant les tribunaux, sans négliger certaines embûches. Cet examen est structuré selon les étapes suivantes qui sont communes au processus emprunté par de nombreux tribunaux :

1. Enquêtes et documents électroniques;
2. Divulgation électronique de la preuve dans le cas de procédures d'exécution;
3. Production et échange de documents électroniques (communication préalable des documents électroniques);
4. Audiences électroniques et preuve électronique;
5. Délibération, collaboration et prise de décisions par les tribunaux;
6. Accès électronique aux dossiers et aux documents de procédure des tribunaux.

En second lieu, il ressort de l'analyse de ces initiatives des solutions importantes quant à la façon dont ont été appliqués ou dont pourraient être appliqués, dans le contexte des tribunaux, les principes observés dans des instances judiciaires, ainsi que les différentes façons dont certains tribunaux particuliers procèdent déjà. L'analyse révèle que bon nombre des innovations les plus récentes sont le fait de tribunaux qui élargissent leurs activités d'exécution et de conformité; sont aussi mis en relief certains des thèmes et défis communs mentionnés par les membres et employés des tribunaux et les gens de loi qui ont participé au sondage. On y fait enfin état des incidences pour les avocats et parajuristes qui officient devant les tribunaux.

1. Enquêtes et documents électroniques

Plusieurs tribunaux ont récemment actualisé ou sont en voie d'actualiser leur régime électronique d'enquête, entre autres, leurs ressources, techniques, politiques et *règles, voire même le*urs lois habilitantes.

On observe surtout ce phénomène chez les grands organismes de réglementation économique investis d'une compétence considérable en matière d'exécution et de conformité, par exemple, les commissions de valeurs mobilières et les commissions d'énergie, mais aussi chez d'autres qui ne sont investis que de fonctions strictement administratives. En matière d'emploi, les enquêtes en milieu de travail peuvent être lancées aux premières étapes d'un processus d'arbitrage ou d'examen par un tribunal, ou encore il peut s'agir d'une entreprise purement privée et contractuelle. Cela englobe un vaste éventail de contextes juridiques, chacun, évidemment, influant tant sur la nature et les formalités des enquêtes à mener que sur leur analyse juridique.

À l'extrémité « exécution » de ce spectre, l'analyse juridique devrait d'abord *être entreprise à la lumière des orientations de plus en plus détaillées énoncées* dans le *Code criminel* et de la jurisprudence pertinente. La jurisprudence criminelle *émergente est* orientée par la protection de la vie privée contre des perquisitions, fouilles et saisies déraisonnables en vertu de l'article 8 de la *Charte*. La Cour suprême reconnaît depuis fort longtemps que la vie privée pourrait être moins protégée dans le contexte d'entreprises réglementées[2]. En outre, de nombreuses mesures administratives d'enquête sont moins intrusives que ne le sont les mesures équivalentes du *Code criminel*. Néanmoins, j'estime que des principes importants dégagés d'affaires et de lois criminelles peuvent s'appliquer dans le contexte des tribunaux, particulièrement en ce qui concerne le traitement des données et dispositifs électroniques.

Par exemple, dans l'affaire *R. c. Morelli*[3], il a été établi, nul ne s'en étonnera, que les attentes en matière de vie privée sont très élevées lors de la saisie d'un ordinateur personnel dans une résidence. Le juge Fish a déclaré que [Traduction] « il est difficile d'imaginer une atteinte plus intrusive, extensive ou invasive à la vie privée d'une personne que la fouille et la saisie de son ordinateur personnel ». Puis, dans l'affaire *R. c. Cole*[4], cette **même préoccupation**

2 Voir, par exemple, *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c Potash*, [1994] 2 RCS406.
3 *R c Morelli,* [2010] 1 RCS 253.
4 *R c Cole,* [2012] JCS No 53.

a été soulevée lorsqu'un employeur a saisi l'ordinateur portable fourni à un employé pour son travail ainsi que des disques compacts renfermant des images et des fichiers Internet temporaires. La Cour a statué qu'un employé peut prétendre à des attentes raisonnables en matière de vie privée relativement à l'utilisation personnelle d'un ordinateur portable fourni pour son travail car la nature des renseignements qui y sont sauvegardés pourraient être significatifs, intimes et avoir trait à l'ensemble de ses renseignements biographiques. Bien que les politiques, lignes directrices et règles en matière de personnel de l'employeur puissent restreindre la protection de la vie privée, on estime qu'elles n'éliminent pas complètement cette protection[5]. Ces principes sont de nature générale et on peut sûrement s'attendre à ce qu'ils s'appliqueront quand des questions similaires seront soulevées dans le cadre d'enquêtes ou d'inspections administratives.

La jurisprudence criminelle concernant l'autorisation de fouilles d'ordinateurs semble aussi aisément applicable aux tribunaux. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Jones*[6], on a exigé un niveau très élevé de précision dans le mandat de fouille de l'ordinateur. L'autorisation doit non seulement indiquer que l'ordinateur est la chose qui doit être saisie mais elle doit aussi et surtout préciser ce qui peut faire l'objet d'une fouille dans l'ordinateur, une fois ce dernier entre les mains des enquêteurs. La Cour a donné à entendre que l'autorisation devrait préciser le type de preuves recherchées, plutôt que les types de fichiers et de dossiers pouvant être examinés.

De même, dans l'affaire *R. c. Vu*[7], le juge a statué que le mandat de perquisition d'un lieu doit être explicite afin d'autoriser la fouille d'un ordinateur s'y trouvant. Tout en admettant que, règle générale, le mandat de perquisition d'un lieu donné englobe l'autorisation d'examiner tout contenant ou tout objet s'y trouvant susceptible de contenir les preuves recherchées, le juge a fait valoir que « nos règles de droit régissant les fouilles, les perquisitions et les saisies [ne devraient pas] traiter les ordinateurs comme s'il s'agissait de classeurs ou de placards ». Les enquêteurs doivent faire la démonstration que la fouille d'un ordinateur est justifiée, dont préciser les motifs qu'ils ont de penser que l'ordinateur contient l'information recherchée. La Cour suprême a statué que, « en effet, en raison des intérêts en matière de vie privée que soulève la fouille d'un ordinateur, un tel appareil doit, dans une certaine mesure, être traité comme un lieu distinct ». Comme, dans ce cas, les descriptions du matériel et des documents pouvant être saisis figurant dans le mandat ne décrivaient ni les deux ordinateurs ni le téléphone cellulaire en cause, alors on a estimé que la preuve dérivée de ces dispositifs avoir été obtenue illégalement.

Il faut assurément s'attendre à ce que les tribunaux devront aussi fonder leur décision sur une autorisation législative claire et expresse, ainsi que sur un libellé spécifique définissant les paramètres régissant la fouille d'ordinateurs ou de dispositifs électroniques similaires susceptibles de contenir des renseignements personnels, comme l'ordinateur portable fourni par un employeur dans l'affaire *R. c. Cole*, des tablettes iPad et des téléphones intelligents. Or, les organismes de réglementation pourraient vouloir intégrer des mesures dans leurs règles et pratiques pour écarter expressément certains systèmes informatiques, à savoir ceux qui devraient être dédiés aux activités de l'entreprise réglementée, par exemple, parce que l'entreprise doit en disposer pour obtenir une licence. Si un régime de réglementation approprié existe, on pourrait faire valoir que la situation ne soulève aucune question au titre de la protection de la vie privée ou des questions de beaucoup moindre importance, et que l'inspection de certains systèmes d'entreprise ou de données produites au moyen de ces systèmes pourraient se faire sans devoir obtenir un mandat.

Une autre question d'application générale est abordée dans l'affaire *TELUS Communications Inc. c. R.*[8], instruite par la Cour suprême, quoique tous les points n'aient pas fait l'unanimité. Cette affaire concerne l'accès à des courriels et à des messages textes chez un fournisseur de services de télécommunications. La Cour examine si ces messages sont des « communications privées » au sens de l'article 183 du *Code criminel*, et comment on peut procéder à leur « interception » (ou « acquisition ») en plus d'un endroit, dont chez

5 Voir *R c Gomboc*, [2010] 3 RCS 211.
6 *R c Jones*, 2011 ONCA 632.
7 *R c Vu,* 2013 RCS 60.
8 *TELUS Communications Inc. c R*, 2013 CSC 16.

le fournisseur de services de télécommunications qui sert « d'agent » pour leur transmission. Malheureusement, n'est pas abordée dans la décision si « l'interception » englobe l'acquisition une fois les messages sauvegardés. Encore une fois, les enquêteurs et tribunaux administratifs doivent s'assurer que le libellé de leurs pouvoirs et autorisations législatifs les habilitent à procéder à « l'interception » de tels messages, au besoin. Dans un cas récent fort intéressant, la Cour supérieure de justice de l'Ontario, en se fondant sur des critères de common law, a refusé d'émettre une « ordonnance de type Norwich » en vue d'obliger un fournisseur de services de télécommunications à fournir des relevés de téléphone cellulaire et des messages textes. On soutenait que ces documents étaient pertinents à la procédure disciplinaire d'un organisme caritatif fournissant des soins de santé et concernaient une allégation de relation sexuelle inappropriée entre un de ses employés et un de ses clients[9].

La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) mène tant des enquêtes criminelles qu'administratives, d'où le besoin de contrôles internes additionnels pour assurer le cloisonnement approprié des deux. Elle est à actualiser ses méthodes au titre de ces deux types d'enquête. Dans le cas des enquêtes administratives, un élément clé de l'initiative concerne des modifications aux règles en vue d'imposer les formats dans lesquels les documents électroniques pourront être soumis à la CVMO par les participants réglementés aux marchés de valeurs mobilières. On s'attend à ce que les nouvelles règles s'inspirent d'initiatives de la *Alberta Securities Commission* (ASC) et de la *US Commodities Futures Trading Commission* (CTFC).

Dignes de mention tant dans les règles de l'ASC que de la CTFC[10], et élément critique à l'étape de l'enquête, sont les diverses exigences concernant la production des documents électroniques dans leur format « d'origine » et, plus précisément, en préservant les « métadonnées » des documents originaux qui, le plus souvent, sont pertinentes aux instances instruites par les tribunaux. Cela englobe, par exemple, les dates et heures d'enregistrement de fichiers audio d'appels téléphoniques concernant des activités liées au marché de valeurs mobilières. Ces dispositions sont équivalentes aux dispositions similaires des lignes directrices et la jurisprudence de droit civil régissant la communication préalable de documents électroniques et concernant la préservation et la production des métadonnées dans le cadre de différends au civil.

À d'autres égards, ces règles intègrent et élargissent des exigences figurant ailleurs, par exemple, dans les dispositions du paragraphe 487 (2.1) du *Code criminel*.

(2.1) La personne autorisée à perquisitionner des données contenues dans un ordinateur se trouvant dans un lieu ou un bâtiment peut :

a. utiliser ou faire utiliser tout ordinateur s'y trouvant pour vérifier les données que celui-ci contient ou auxquelles il donne accès;

b. reproduire ou faire reproduire des données sous forme d'imprimé ou toute autre forme intelligible;

c. saisir tout imprimé ou sortie de données pour examen ou reproduction;

d. utiliser ou faire utiliser le matériel s'y trouvant pour reproduire des données.

Au paragraphe 487 (2.2), il est stipulé que la personne responsable dudit ordinateur doit permettre à la personne exécutant la perquisition d'utiliser ou de faire utiliser l'ordinateur « pour vérifier les données que celui-ci contient ou auxquelles il donne accès », données précisées dans le mandat, « de reproduire ou faire reproduire des données sous forme d'imprimé », « de saisir tout imprimé ou sortie de données », et de reproduire les données en version électronique.

Ce genre de dispositions est nécessaire dans de nombreuses circonstances pour que les enquêteurs aient accès aux données électroniques dans les ordinateurs où elles ont été créées et sauvegardées. Pour être efficaces,

9 *Community Living v TBay Tel et al.*, 2011 ONSC 2734.

10 Vous trouverez le texte de la règle de l'ASC et un avis explicatif au personnel à : <http://www.albertasecurities.com/Regulatory%20Instruments/4731765-v1-ASC_Notice_15-503Final-Package.pdf >. Pour consulter la règle de la CFTC : <http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrenforcementactions/documents/file/enfdatadeliverystandards030614.pdf>.

les enquêteurs doivent savoir quel genre de données ils cherchent et ils doivent pouvoir faire appel à leur propre personnel technique ou à la collaboration du personnel technique sur place afin d'avoir directement accès aux données pour les examiner et les copier. Cependant, dans de nombreuses lois en vigueur où sont définis les pouvoirs consentis aux tribunaux au titre des inspections et des enquêtes, ces pouvoirs sont plus limités. Par exemple, il a résulté de modifications récentes à la *Loi sur la Commission d'énergie de l'Ontario*[11] des dispositions distinctes habilitant d'une part les inspecteurs (articles 105 à 112) et d'autre part les enquêteurs (par. 112.01 à 112.06), même si les deux sont nommés par la Commission d'énergie de l'Ontario (CEO). Dans ce contexte, un inspecteur est autorisé à « faire une copie ou exiger qu'une copie lui soit remise sur papier ou sous une forme lisible par machine ou sous les deux formes ». *A contrario*, seul l'enquêteur est investi du pouvoir de recourir directement « aux dispositifs ou systèmes de stockage, de traitement ou d'extraction des données utilisés pour exploiter une entreprise en vue de produire, sous quelque forme que ce soit, des renseignements ou des éléments de preuve », mais seulement sous réserve de ce qui est précisé dans le mandat obtenu[12]. Il serait regrettable que la disposition expresse du « pouvoir de recourir » aux systèmes dans le cas des enquêtes soit interprétée comme excluant la possibilité d'user du même « pouvoir de recourir » aux systèmes de base d'une entreprise lors d'inspections réglementaires régulières.

Tous les tribunaux, mais encore davantage ceux qui sont investis de pouvoirs considérables en matière d'enquête à des fins d'exécution ou de conformité, doivent examiner attentivement la pertinence et la façon d'intégrer des exigences, protocoles de format et capacités similaires dans leur régime réglementaire, leurs règles, leurs pratiques d'autorisation et leurs ressources d'enquête.

Les mêmes éléments complexes au titre du format des documents électroniques et de la preuve qui se présentent dans le cadre d'enquêtes formelles peuvent aussi se présenter dans le cas des travaux de tribunaux ou d'organismes investis de pouvoirs moins intrusifs et se situant à l'extrémité purement administrative du spectre. Par exemple, le Syndic du Barreau du Haut-Canada (BHC) doit dorénavant composer avec une diversité de documents électroniques lorsqu'il reprend les dossiers et les comptes du cabinet de membres décédés ou inaptes. Dans les demandes d'ordonnance que présente régulièrement le BHC à cette fin, il doit fournir de plus en plus de détails à cet égard. Des ordonnances récentes autorisent et obligent le BHC à prendre possession de [Traduction] « tous les documents concernant la pratique et de tous les biens appartenant à des clients », dont « les données électroniques et les dispositifs contenant de telles données ». Les ordonnances imposent aussi aux institutions financières et aux tiers de produire les registres financiers du membre [Traduction] « qu'ils soient en format imprimé, électronique, magnétique ou autre ». Elles imposent à toute personne ayant en sa possession ou sachant où trouver de l'information ou comment accéder à des données électroniques ou à des dispositifs électroniques contenant de l'information à propos de clients ou de registres financiers de collaborer avec le BHC. L'expression « dispositifs électroniques » est définie et englobe [Traduction] « des ordinateurs, des supports externes de stockage, des téléphones intelligents et tout autre dispositif où peuvent être sauvegardés de tels renseignements de façon électronique, que ces dispositifs renferment aussi ou non des données personnelles du membre. Ces ordonnances confèrent au BHC de vastes pouvoirs pour gérer, stocker et distribuer tous lesdits documents et(ou) fermer la pratique du membre sans devoir obtenir une autre ordonnance de la cour.

Afin de pouvoir consulter, stocker, analyser et gérer de façon appropriée ces ensembles de données électroniques, tous les tribunaux, sans égard à leur vocation, doivent de plus en plus pouvoir compter sur des employés experts et de l'équipement spécialisé. La décision critique de se doter de ressources internes ou de faire appel au cas pas cas à des fournisseurs semble être motivée par divers facteurs. Le nombre de cas administrés par la CVMO et leur complexité a incité la Commission à se doter de compétences expertes internes. La nature spécialisée de la TI des cabinets juridiques, ainsi que l'importance du secret professionnel et des comptes de fiducie, sont des facteurs qui ont pesé lourd dans la décision du BHC de miser sur des ressources internes. *A contrario*, à la CEO, qui

11 *Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, LO 1998, c 15, Annexe B.
12 *Ibid* art 108(6), 112.02(1).

doit traiter moins d'instances de conformité et qui sont habituellement moins complexes, on a décidé de recourir à des fournisseurs externes.

Dans un cas récent, la CEO a fait appel aux services d'un groupe d'experts en analyse technico-légale informatique oeuvrant ailleurs au sein du gouvernement de l'Ontario. La constitution de ce genre de groupe qui peut être mis au service d'organismes et de tribunaux de plus petite taille pourrait s'avérer une option intéressante, une façon de surmonter les obstacles financiers à l'innovation avec lesquels doivent composer de nombreux tribunaux. Or, cela pourrait aussi soulever des questions à propos de la propriété, de la confidentialité et de la protection des données recueillies, de la conservation des dossiers, et de la capacité d'établir la chaîne de possession et l'intégrité des données de leur saisie jusqu'à leur production en tant qu'éléments de preuve. Ces questions devraient être abordées dans un protocole ou dans le texte de loi.

2. Divulgation de la preuve électronique dans le cas de procédures d'exécution

Le recours accru des tribunaux à des règles visant à favoriser la production et la saisie de documents en format électronique, notamment dans leur format d'origine pour préserver les métadonnées pertinentes en prévision d'une audience éventuelle d'examen de la preuve, se répercute sur le processus de divulgation subséquent.

Dans le cadre de procédures d'exécution et de conformité, tant la CVMO que la CEO ont déjà opté pour une divulgation essentiellement en format électronique. Dans le cas de la CEO, les documents en format papier recueillis dans le cadre de l'inspection ou de l'enquête sont habituellement convertis en format PDF consultable, de sorte que tout le processus de divulgation se fait en format électronique. Il s'agit d'un dérivé des régimes de la CEO privilégiant la production et l'échange de documents électroniques, les audiences électroniques, et l'accès Internet aux procès-verbaux des procédures, le tout étant décrit ci-dessous. Dans ces procédures, c'est pour de nombreuses raisons que l'on mise sur le format PDF consultable. Ce format combine à la fois une image du document et du texte consultable : on peut lire le document au moyen de nombreux logiciels, y compris des programmes qui sont gratuits; et il peut être chargé directement ou facilement converti pour être chargé dans la plupart des systèmes de soutien au traitement des litiges.

Les règles et pratiques tant de la CVMO que de la CEO intègrent, à tout le moins implicitement, une exigence au titre de la divulgation de toutes les métadonnées recueillies électroniquement que l'on estime pertinentes à la procédure. Cela découle directement des règles actuelles des deux tribunaux où, entre autres, dans la définition des « documents » devant être divulgués figurent les documents électroniques en tout genre[13] . Si la conversion d'un document de son format d'origine à un format normalisé, par exemple en format PDF, devait omettre ou détruire des métadonnées pertinentes, alors le document devrait être divulgué dans son format d'origine ou les métadonnées pertinentes devraient être divulguées par d'autres moyens. Dans la pratique et dans les cas appropriés, les deux tribunaux tiennent compte de cette exigence.

Or, ces processus très perfectionnés reflètent le fait que tant la CVMO que la CEO, dans les procédures d'exécution, traitent surtout avec des participants au marché très évolués qui sont habituellement représentés par des avocats compétents. *A contrario*, le BHC doit souvent composer avec des membres individuels ou de petits cabinets, ainsi qu'avec des plaignants qui n'ont pas l'intérêt ou la capacité de participer à une divulgation en format électronique. Même si des changements sont à l'étude, dans l'immédiat, le processus de divulgation du BHC se déroule surtout en format papier. Cela est aussi vrai, en autant que je sache, de la plupart sinon de la totalité des tribunaux disciplinaires des ordres professionnels en Ontario, quoique qu'il semble, selon des indications récentes, que certains soient en voie de transition.

Je présume que les changements dans ce domaine seront d'abord motivés par l'utilisation accrue de méthodes d'enquête électroniques. De nos jours, cela ne sert à rien d'imprimer tous les documents produits dans le cadre d'une enquête aux fins de divulgation, surtout si l'organisme de réglementation n'est pas tenu de

13 Voir, par exemple, la définition de « document » à la Règle 1 des *Rules of Practice and Procedure for Enforcement Proceeding* de la CEO.

le faire. Cependant, un autre facteur important tiendra fort probablement aux changements au processus préalable à l'audience et au processus d'audience adoptés par les tribunaux et qui font l'objet d'une analyse ci-dessous. Pour être efficaces, toutes les méthodes qui seront adoptées devront être compatibles avec la procédure introductive d'instance ou les premières étapes de l'enquête, avec le processus préalable à l'audience et le processus d'audience, et avec les étapes ultimes de prise de décision et de conservation des dossiers.

3. Production et échange de documents électroniques

Habituellement, il y a production et échange de documents quand un tribunal est appelé à trancher un différend dans le cadre d'un processus impliquant au moins deux parties. Dans le contexte d'un tribunal, l'inclusion de documents électroniques dans ce processus peut soulever les mêmes questions que celles propres au processus de divulgation, abordé dans une section précédente du présent document, et au processus de communication préalable de documents électroniques de nos tribunaux civils.

Il existe une jurisprudence et une littérature abondantes à propos des questions liées à la communication préalable de documents électroniques dans le contexte d'une cour; nous ne les examinerons pas dans la présente. Notre but est plutôt de déterminer s'il est possible d'aborder et de régler certains des problèmes résultant de ces questions dans le contexte d'un tribunal.

À cet égard, le problème le plus évident est la possibilité d'un échange préalable de documents électroniques d'une ampleur disproportionnée, ce qui s'est produit dans certaines affaires civiles et qui tenait à l'obligation de satisfaire une exigence bien précise avant le procès, à savoir fouiller toutes les sources électroniques de données pertinentes possibles. La dimension la plus intéressante concerne les moyens mis en oeuvre dans le cadre de deux processus très différents de production et d'échange de documents de tribunaux ontariens de niveau supérieur pour éviter ce problème.

À la Commission des relations de travail de l'Ontario (CRTO), l'exigence de base pour la production de documents est énoncée à la règle 8.3 de ses Règles de procédure. Elle stipule tout simplement que chacune des parties doit échanger et produire, au plus tard 10 jours avant l'audience, une copie [Traduction] « de tous les documents auxquels chacune se reportera durant l'audience ». Évidemment, même si cette dimension n'est pas mentionnée dans la règle, ladite exigence pourrait viser tous les documents électroniques, y compris les métadonnées, auxquels une partie pourrait vouloir se reporter. En conséquence, la décision d'inclure de tels documents ou non est laissée, en première instance, aux parties produisant des documents. Cependant, le processus de la CRTO autorise les deux parties à présenter une requête pour directives en vue d'exiger la production de documents additionnels de l'autre partie. Étant donné le délai dont est assortie l'obligation de production de la règle 8.3, à savoir juste avant l'audience, ces requêtes pour production sont habituellement entendues par le jury d'audition de la CRTO. Ce jury est bien en mesure de procéder à une évaluation éclairée de la pertinence (ou non) de la requête, de même que de tenir compte des répercussions, entre autres, sur le calendrier de l'audience d'un fardeau disproportionné en statuant sur la requête[14].

La CEO emprunte une approche quelque peu différente, mais l'effet est le même. Dans les instances assujetties à ses Règles de pratique et de procédure[15], le demandeur doit produire au préalable et par écrit les éléments de preuve à l'appui de ses allégations. La production d'autres documents par une autre partie ou un autre intervenant passe par le dépôt d'interrogatoires par écrit en vertu des règles 26 et 27. Les éléments de preuve produits au préalable, les questions et les réponses aux interrogatoires, le tout doit être déposé auprès de la CEO, tant en format papier qu'électronique (PDF), à l'étape de la procédure préalable à l'audience. Quand une demande est rejetée, sans égard au motif,

---

14 Un processus similaire est aussi appliqué lors de l'arbitrage de conflits en milieu de travail conformément au paragraphe 49(12(b) de la *Loi sur les relations de travail*, LO 1995 c 1, Annexe A.

15 Commission de l'énergie de l'Ontario, *eRules of Practice and Procedure(Revised November 16, 2006, July 14, 2008, October 13, 2011, January 9, 2012, January 17, 2013 amd April 24, 2014),* en ligne: CEO <http://www.ontarioenergyboard.ca/oeb/_Documents/Regulatory/OEB_Rules_of_Practice_and_Procedure.pdf>. La Commission dispose aussi de règles distinctes concernant les procédures d'exécution qui peuvent être consultées ici : <http://www.ontarioenergyboard.ca/oeb/_Documents/Regulatory/Rules_Practice_Procedure_Enforcement_Proceedings.pdf>.

ou acceptée sous réserve de conditions (p. ex., confidentialité), il est possible de présenter une requête pour forcer la production de documents ou pour imposer des conditions appropriées et, cette fois encore, elle est habituellement entendue par le jury qui, ultimement, sera appelé à trancher l'affaire à la lumière du bien-fondé des arguments présentés.

La procédure de la CRTO est conçue pour régler des différends contractuels, le plus souvent entre deux parties privées. La procédure du CRTO peut aussi servir dans le cas d'enquêtes diverses et, souvent, de grande envergure auxquelles peuvent participer de nombreuses parties et de nombreux intervenants aux intérêts très variés. Il n'en demeure pas moins qu'en confiant le contrôle de la production de documents aux jurys d'audition, les deux régimes de production adoptés par ces tribunaux semblent avoir largement permis d'éviter les problèmes d'ampleur disproportionnée des documents à produire et des coûts observés à l'étape de la communication et de l'échange de documents électroniques dans des affaires civiles au Canada. Le tribunal qui instruira l'affaire est habituellement le mieux placé pour évaluer la pertinence, de même que les autres facteurs de l'analyse de l'ampleur des documents à produire. Un facteur additionnel, peut-être, est le fait que les avocats qui officient régulièrement devant ces tribunaux sont des avocats spécialisés, qui souvent se connaissent bien et qui sont aussi bien connu des tribunaux. Il en résulte une pression à aborder les questions de façon raisonnable en vue de favoriser la résolution des problèmes, plutôt que de tenter d'exploiter lesdits problèmes.

Les autres tribunaux intéressés à élargir leur recours à l'échange et à la communication de documents électroniques dans le cadre de leurs procédures devraient examiner attentivement ces modèles, voire d'autres encore.

4. Audiences électroniques et preuve électronique

La première façon dont la technologie numérique influe de plus en plus sur les audiences des tribunaux, c'est au titre du processus d'audience.

En vertu des paragraphes 5.1 et 5.2 de la *Loi sur l'exercice des compétences légales*[16], un tribunal dont les règles le prévoient peut tenir des « audiences sur pièces » ou des « audiences électroniques ». Dans le cas des audiences « électroniques », le paragraphe 5.2(4) stipule que « toutes les parties et tous les membres du tribunal qui participent à l'audience doivent être capables de s'entendre les uns les autres, ainsi que d'entendre les témoins, pendant l'audience ». Le plus souvent, l'utilisation par les tribunaux de l'Ontario de l'autorisation de tenir des audiences « électroniques » semble revêtir la forme de conférences téléphoniques. La plupart des tribunaux sondés ne semblent pas user de cette autorisation, hormis l'audience occasionnelle par conférence téléphonique concernant habituellement des questions de procédure.

Les Règles et pratiques de la CEO concernant les audiences par écrit et orales sont fort typiques à presque tous les égards, mais son recours à la technologie des audiences électroniques est à la hausse.

En vertu des règles de la CEO, la définition de « par écrit » englobe les médias électroniques et la définition de « audience électronique » englobe les audiences par conférence téléphonique [Traduction] « ou toute autre forme de technologie électronique permettant à des personnes de communiquer entre elles ». Il ressort de ces dispositions un certain chevauchement entre les audiences par écrit et les audiences électroniques. Est aussi reconnue dans ces règles l'existence de moyens électroniques de communication autres que la conférence téléphonique.

À mon avis, est implicite, dans ces définitions, un nombre important de choix au titre des audiences qui ne sont pas abordés, à ce que je sache, dans les règles d'aucun tribunal, entre autres :

1. y aurait lieu de limiter une « audience » aux documents déposés au préalable, y compris les mémoires;

2. y aurait lieu que les documents déposés au préalable englobent des enregistrements audio ou audiovisuels de conférences préparatoires à l'audience, par exemple, des conférences techniques en vertu de la règle 25 de la CEO ou

16 *Loi sur l'exercice des compétences légales,* LRO 1990, c. S 22, comme modifié.

des interrogatoires de témoins préalables à l'audience;

3. y aurait lieu de prévoir des dispositions pour des communications de vive voix additionnelles des avocats, des témoins et des membres du jury d'audience concernant la preuve, les mémoires ou les deux;

4. y aurait lieu de prévoir aussi des dispositions concernant des connexions visuelles entre les avocats, les témoins et le jury d'audience durant l'examen de la preuve, des mémoires ou des deux;

5. y aurait lieu d'autoriser l'interrogatoire de témoins soit avant l'audience en en intégrant la transcription dans les preuves écrites déposées, soit dans le cadre du processus d'audience en audio ou en audiovisuel, ou encore les deux;

6. comment, s'il y a lieu, devrait-on donner accès au public à la procédure d'audience.

Dans la pratique, l'autorisation prévue en vertu de la règle 4 de la CEO, permettant aux jurys d'audience d'adapter les ordonnances de procédure aux circonstances particulières d'un cas donné, a servi à créer un vaste éventail de procédures d'audience. Ces dernières prévoient un recours accru aux technologies de communication électronique, surtout aux étapes préalables à l'audience. Or, lors d'une audience récente de la CEO, le jury a pris des arrangements pour entendre par vidéoconférence le témoignage de vive voix d'un expert qui se trouvait alors à l'extérieur de la province.[17] Dans le cadre de procédures disciplinaires du BHC, des arrangements similaires ont été autorisés, dont l'autorisation d'une partie se trouvant à l'extérieur de la province de témoigner de vive voix au moyen de Skype. Dans une autre ordonnance de procédure fort récente du BHC, il a été prévu qu'une journée d'une audience prochaine de longue durée se tiendrait dans un endroit gardé secret là où des témoins s'étaient réfugiés pour éviter d'être déportés. On y prévoyait aussi que cette procédure « sera transmise par vidéoconférence ou webdiffusion à une salle d'audience » du BHC[18].

La seconde façon dont la technologie numérique pourrait influer sur les audiences des tribunaux, c'est au titre de la preuve numérique. Dans le sondage, on n'a pas recensé d'exemples de décisions rendues par des tribunaux traitant de cette question. Or, rien ne donne à penser que l'expérience des tribunaux sera vraiment différente de celle des cours, que ce soit quant aux problèmes éprouvés ou à la fréquence à laquelle se posent ces problèmes (ce qui, dans les deux contextes, semble être rarement).

Règle générale et dans les faits, les documents électroniques ne sont pas différents des documents en format papier pour ce qui est de leur valeur probante ou de leur utilisation. À titre d'exemple, reportons-nous à la jurisprudence récente concernant l'utilisation de messages affichés dans Facebook, tout particulièrement dans le cas de litiges concernant l'assurance contre les dommages corporels. Même si les cas existants ont, pour la plupart, été révélés à l'étape de la communication et de l'interrogatoire préalables[19], l'utilisation prévue de ce genre de preuve dans le cadre d'un procès est assurément simple : des captures d'écran des messages pertinents seront imprimés et présentés au plaignant en contre-interrogatoire comme étant une série d'aveux contre son intérêt[20]. La même approche s'appliquera, par exemple, relativement à la plupart des publications diffamatoires dans Internet, et à la plupart des questions concernant les preuves électroniques soulevées[21]. Les questions clés pour l'avocat qui interroge et le tribunal consisteront à expliquer pourquoi le document est pertinent; comment

---

17 *Horizon Utilities Corporation*, EB-2014-0002.

18 *LSUC v Hohots,* l'ordonnance datée du 19 novembre 2014 et les motifs de la décision datés du 21 novembre 2014 peuvent être consultés en ligne à : <https://www.canlii.org/en/on/onlst/doc/2014/2014onlsth220/2014onlsth220.html?searchUrlHash=AAAAAQAITNOMjIvMTQAAAAAAQ>.

19 Vous trouverez un résumé à la fois excellent et pratique dans l'article de David Campbell : "#OMG-Evidence! The law of discovery of social media in personal injury cases", (Fall 2014), The Advocates' Journal, 29.

20 Voir l'exemple d'une affaire criminelle récente où une telle preuve a été acceptée au procès dans l'affaire *R v Nde Soh*, 2014 NBQB 20 (CanLII).

21 Règle générale, dans le cas de questions liées à la preuve électronique, le texte de Underwood et Pennerxt, *Electronic Evidence in Canada*, est une ressource utile; la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a préparé la « Loi uniforme sur la preuve électronique, 1998 » où sont abordées certaines de ces questions. Vous en trouverez le texte ici :

les aspects pertinents du document peuvent être reliés à et identifiés par un ou plusieurs témoins dans l'affaire; si les aspects pertinents du document peuvent être établis à l'aide d'une copie papier du document ou seulement en en déposant une version électronique en guise de preuve; et s'il est nécessaire de recourir à des experts soit pour établir que le document électronique constitue une preuve, soit pour faire la démonstration de ses qualités probantes.

Dans la plupart des cas, c'est seulement s'il faut certifier la copie électronique que des problèmes particuliers pourraient se présenter. Par exemple, dans le cas d'un site Web diffamatoire, si le site Web est doté de fonctions interactives qui contribuent à l'effet diffamatoire du texte publié, alors l'avocat pourrait devoir présenter le site Web en mode interactif (s'il s'agit toujours d'un site actif) ou recréer ses caractéristiques interactives pertinentes dans la salle d'audience (si le site n'est plus actif). Le cas des métadonnées pertinentes est similaire : il y a fort à parier que l'avocat devra produire en tant que preuve une copie identique du document électronique (de préférence dans son format d'origine assorti de métadonnées manifestement intactes) et afficher les métadonnées pertinentes en faisant appel à un témoin expert approprié (habituellement, l'enquêteur ou l'expert judiciaire qui les a saisies ou copiées dans l'ordinateur où elles se trouvaient). Un autre exemple fréquemment cité concerne des données supprimées qui ont été récupérées par un expert judiciaire dans l'ordinateur où elles avaient été créées puis supprimées. Tous ces exemples, dans une mesure plus ou moins large, exige de l'expertise de la part du témoin qui présente le document afin de confirmer que la copie présentée en tant que preuve est une copie ou une représentation exacte et complète de l'original, et de faire la démonstration des caractéristiques pertinentes ou du contenu pertinent du document au juge des faits.

Dans certains cas, un tribunal sera avantagé par rapport à nos cours au titre de l'évaluation et de l'utilisation de ce genre de preuve. Cela tiendra soit à sa connaissance experte du domaine ou du contexte dans lequel le document a été initialement créé, soit à accepter une preuve qui ne serait peut être pas admissible devant une cour[22]. En outre, les tribunaux peuvent prévoir que des types de preuve électronique identiques ou similaires seront pertinents dans leurs procédures. Par conséquent, ils auront la possibilité, dans certains cas, d'élaborer des règles ou des critères de décision à propos des éléments de certification de types particuliers de preuve électronique auxquels ils s'attendent ou qu'ils exigeront dans certains cas.

5. Délibération, collaboration, et prise de décisions par des tribunaux

La preuve et les processus électroniques pourraient aussi engendrer un certain nombre d'avantages potentiels pour les membres de tribunal aux étapes de la délibération et de la prise de décisions.

Dans le cas de nombreux tribunaux où des membres résident et travaillent dans différentes régions de la province, l'électronique rend les dossiers davantage portables. Cela permet également le recours à diverses ressources électroniques pour échanger des documents et travailler en collaboration à la prise de décisions à partir d'endroits éloignés. À un niveau plus élémentaire, cela permet de faire des économies de coûts, d'éviter des inconvénients, et d'atténuer l'impact environnemental de devoir faire de nombreuses copies papier et, ultimement, de devoir les conserver. Il en résulterait aussi une plus grande sécurité des dossiers et des documents destinés à l'audience de l'imposition de moyens électroniques. Cela pourrait aussi se traduire par une réduction des frais de déplacement et des délais de prise de décision en facilitant la participation des membres de tribunal à toutes les étapes du processus postérieur à l'audience au moyen d'une connexion électronique à distance.

On présume, afin d'obtenir ces avantages, que les membres de tribunal peuvent bien collaborer en empruntant des moyens électroniques, et qu'ils sont disposés à apprendre à utiliser les programmes et techniques les autorisant à le faire. Le niveau d'intérêt des tribunaux à cet égard peut varier selon leur composition et leur processus actuel de prise de décisions.

<http://ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-moins-courantes/750-preuve-electronique/1930-loi-uniforme-sur-la-preuve-electronique-1998>.

22 Par exemple, en vertu du para 15(1) de la *Loi sur l'exercice des compétences légales*.

6. Accès électronique aux dossiers et documents de procédure des tribunaux

À mon avis, les avantages du traitement électronique des litiges qui sont les plus faciles à obtenir et, peut-être, les plus appréciables pour les parties, les avocats, les tribunaux et le grand public, concernent l'accès électronique aux procès-verbaux de procédure.

La CEO est, à mon avis, l'un des chefs de file du traitement électronique des litiges. La clé de son succès semble tenir à trois innovations relativement simples. En premier lieu, la CEO a adopté une directive concernant le dépôt de tous les documents devant être produits[23]. Cette directive impose le format normalisé de document lisible PDF, décrit précédemment, et elle est régulièrement appliquée par ordonnance de procédure tant aux documents déposés à l'avance et aux pièces déposés durant les audiences devant les jurys de la CEO. En second lieu, la CEO fait produire, à ses frais, des transcriptions quotidiennes de toutes les séances d'audience et en fournit des copies électroniques en format standard par courriel à toutes les parties et à tous les intervenants. En troisième lieu, la CEO rend tous ses documents accessibles au public dans son site Web; elle le fait en temps réel à mesure que l'audience se déroule.

Les arrangements pris par la CEO concernant les audiences englobent aussi habituellement la diffusion en continu en direct des débats de vive voix à même son site Web.

Évidemment, ces arrangements ont exigé des investissements de la part de la CEO dans son site Web et, plus précisément, dans un portail pour le dépôt de documents électroniques, ainsi que dans des services structurés de publication Web de tous les documents concernant une procédure donnée. Elle doit aussi accepter et régler les coûts des transcriptions quotidiennes. Cependant, les avantages dont bénéficient les parties et leurs avocats, et les membres du public et autres intervenants souhaitant suivre une procédure donnée, sont fort appréciables.

Ce système est bien adapté aux types d'audience de la CEO qui sont souvent assortis de délais, relativement complexes et d'un grand intérêt public. Importe aussi le fait que la CEO est largement financée par une industrie à but lucratif très réglementée qu'elle régit. L'industrie est constituée de nombreuses grandes entreprises, exploitées sous la forme de monopoles ou de quasi-monopoles ou en tant que participants à des marchés concurrentiels. Par conséquent, la CEO est en mesure d'absorber les coûts des procédures qu'elle instruit et de les répartir parmi les membres du secteur énergétique réglementé ou, tout simplement, de les affecter directement aux demandeurs réglementés qui sont à l'origine de bon nombre des procédures qu'elle instruit.

Dans ce contexte, le système de la CEO semble bien fonctionner et, règle générale, il bénéficie de l'appui tant des intervenants que des avocats qui participent régulièrement à ses procédures. La CVMO est à se donner un système similaire, un modèle que devrait envisager sérieusement tous les autres tribunaux qui régissent des entreprises réglementées ou un secteur de services professionnels. Évidemment, les coûts seront un facteur important mais de moins en moins à mesure que le coût de la technologie diminue, surtout pour ce qui est des systèmes éprouvés. Un autre enjeu pourrait bien être l'accès du public, de nombreux ordres professionnels, plus précisément, continuant à résister à l'examen du public et à minimiser les avantages découlant d'un processus ouvert et public.

Un autre avantage secondaire, ce sont les économies de coûts au titre de la préservation et de l'entreposage des documents des procédures des tribunaux. La solution, dans la plupart des cas, consiste à utiliser l'Internet comme lieu d'archivage permanent des documents de chaque procédure et de les déplacer dans un site d'archivage hors ligne (accessible ou non via Internet) à mesure que s'atténue l'intérêt du public. Dans certains cas, c'est devenu la norme interne de fonctionnement de tribunaux, de sorte que les documents non publics des avocats du tribunal ou de ses membres peuvent aussi être stockés électroniquement, s'il y a lieu.

Conclusions

En Ontario, de nombreux tribunaux semblent opérer un virage vers une utilisation accrue de la preuve électronique et des méthodes électroniques de soutien juridique à toutes les

23 La version courante peut être consultée ici : <http://www.ontarioenergyboard.ca/oeb/_Documents/e-Filing/RESS_Document_Guidelines_final.pdf>..

étapes de leurs procédures.

Même s'il y a eu peu de coordination et que les priorités courantes de chaque tribunal ne sont pas les mêmes, les innovations actuelles les plus fructueuses semblent pouvoir être adoptées et appliquées plus largement par les autres tribunaux. Les avantages potentiels dont pourraient profiter les tribunaux concernent toutes les étapes du processus, de la collecte de la preuve à l'information du public à propos du rôle des tribunaux. Et ces avantages profiteront aux parties, aux avocats et autres juristes qui se présentent devant des tribunaux, aux membres de tribunal, au public et aux autres intervenants.

Il ressort de ce sondage que le moment est bien choisi pour échanger davantage d'information et mieux coordonner l'évaluation et l'adoption de ces innovations, pour surmonter les obstacles d'ordre financier et optimiser les avantages qui en découlent. ■

DÉCISION DE L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE (ONÉ) RELATIVEMENT À TRANS MOUNTAIN

Richard King, Patrick Welsh** et Rebecca Hall-McGuire****

Aperçu

Le 23 octobre 2014, l'Office national de l'énergie (l'« ONÉ » ou l'« Office ») a rendu la décision nº 40 (la « décision ») à la suite d'un avis de requête (la « requête ») et d'un avis de question constitutionnelle présentés par Trans Mountain Pipeline ULC (« Trans Mountain ») relativement au projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (le « projet »). L'avis de question constitutionnelle portait sur le conflit d'application entre certains règlements municipaux et certaines dispositions de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (la « *Loi* »)[1].

Dans sa décision, l'Office a conclu qu'il a le pouvoir légal de se prononcer sur les questions constitutionnelles qui ont trait à sa compétence. De plus, l'Office a établi que la doctrine de la prépondérance fédérale ou, subsidiairement, la doctrine de l'exclusivité des compétences, s'appliquait et rendait certains règlements municipaux de la Ville de Burnaby (les « règlements ») inapplicables dans la mesure où ils allaient à l'encontre des articles 73 et 75 de la *Loi* (lesquels permettaient à Trans Mountain d'effectuer certains travaux dans le cadre de son projet). La décision interdit à la Ville de Burnaby (la « Ville » ou « Burnaby »), entre autres, de nuire à l'exercice des pouvoirs accordés à Trans Mountain en vertu de la *Loi*. La Cour d'appel fédérale a ensuite rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel déposée par la Ville.

Contexte : Le tracé privilégié et projet de Trans Mountain

Le 16 décembre 2013, Trans Mountain a présenté une demande à l'ONÉ aux termes des articles 52 et 58 de la *Loi* afin d'obtenir un certificat d'utilité publique et les ordonnances afférentes approuvant le projet. Le projet prévoit la construction d'un tronçon pipelinier enfoui de 987 kilomètres de long en Colombie-Britannique et en Alberta, ainsi que la remise en service d'un tronçon de 193 kilomètres de long d'un pipeline existant[2]. Le 2 avril 2014, l'ONÉ a émis l'ordonnance d'audience OH0012014, établissant les étapes et les délais de la procédure et accordant à la Ville le statut d'intervenant[3].

Dans sa demande initiale, Trans Mountain proposait la construction de deux conduites de livraison traversant un quartier résidentiel de Burnaby (à l'intérieur d'emprises existantes de Trans Mountain) au moyen de techniques conventionnelles de construction de pipeline. Au cours de consultations (tenues dans le cadre du processus de l'ONÉ), il est devenu évident que les intervenants et les parties concernées préféraient un tracé contournant les

*Richard King est associé chez Olser, Hoskin and Harcourt LLP.
**Patrick Welsh est avocet chez Olser, Hoskin and Harcourt LLP
***Rebecca HallMcGuire y est stagiaire en droit.

1 *Loi sur l'Office national de l'énergie,* LRC (1985), ch N-7 [la « *Loi* »].

2 Office national de l'énergie, *Trans Mountain Pipeline ULC et Ville de Burnaby* (motifs de décision relativement à l'avisde question constitutionnelle de Trans Mountain) OH0012014 (23 octobre 2014) (décision nº 40), à la p 2 [« Décision nº 40 »].

3 *Trans Mountain Pipeline ULC* (Ordonnance d'audience) (2 avril 2014) OH-001-2014 (ONÉ).

secteurs urbains de Burnaby et le recours à des méthodes de construction sans tranchée. Trans Mountain a donc revu son tracé privilégié (le « tracé privilégié ») passant directement dans l'aire de conservation du mont Burnaby pour se rendre au terminal maritime Westridge au moyen de méthodes de construction sans tranchée[4]. Suite à ce changement apporté au tracé privilégié, Trans Mountain a dû effectuer des études d'ordre technique, environnemental, socioéconomique et géotechnique (les « travaux prescrits », décrits plus en détails ci-dessous) afin d'évaluer le tracé privilégié. Compte tenu de la nécessité d'obtenir de nouveaux renseignements, l'Office a émis la directive procédurale nº 4, laquelle accorde à Trans Mountain jusqu'au 1er décembre 2014 pour effectuer les travaux prescrits ainsi que pour en déposer les résultats[5].

Décision nº 28 – Confirmant l'interprétation de l'alinéa 73*a*) de la *Loi*

Suite à la directive procédurale nº 4, Trans Mountain a tenté d'obtenir de la Ville l'accès aux terrains visés. La Ville a adopté la position voulant que les ouvrages nécessaires pour effectuer les travaux prescrits (entre autres, l'exécution de trous de forage aux fins d'enquêtes géotechniques, la tenue d'étude des sols, l'abattage d'arbres, le débroussaillage et le forage d'une série de puits verticaux pour évaluer l'état des eaux souterraines) iraient à l'encontre des règlements[6], notamment du *Burnaby Parks Regulation Bylaw 1979*[7] (le « règlement sur les parcs ») qui, entre autres, interdit à toute personne d'endommager, de détruire ou de polluer un bien meuble, des arbres, des arbustes, des plantes, des pelouses ou des fleurs se trouvant dans un parc.

Le 25 juillet 2014, Trans Mountain a écrit à l'ONÉ pour lui demander de confirmer ses droits d'accès aux terrains visés dans le but d'y effectuer les travaux prévus aux termes de l'alinéa 73*a*) de la *Loi*[8]. Le 19 août 2014, l'Office a rendu la décision nº 28, laquelle confirme les pouvoirs de pénétrer dans l'aire de conservation du mont Burnaby et d'effectuer les travaux prescrits, pouvoirs qui sont soumis aux dispositions de l'article 75 de la *Loi* qui prévoit que Trans Mountain doit veiller à causer le moins de dommages possible et à indemniser pleinement tous les intéressés des dommages qu'ils ont subis[9].

Travaux effectués à la suite de la décision nº 28 et avis de requête en résultant

Le 20 août 2014, Trans Mountain a écrit à la Ville de Burnaby pour l'informer de son intention d'effectuer les travaux prescrits le 22 août. Dans sa réponse, la Ville a indiqué que les droits de Trans Mountain prévus à l'article 73 étaient assujettis aux règlements (y compris au règlement sur les parcs)[10].

Le 28 août 2014, Trans Mountain a entrepris des travaux dans l'aire de conservation du mont Burnaby. Peu après, le personnel de la Ville a délivré deux ordres pour faire cesser les infractions aux règlements, en plus de remettre à un employé de Trans Mountain un avis aux termes du règlement pour des dommages ou la destruction allégués à un arbre ou à une plante en contravention au règlement sur les parcs[11]. Le 3 septembre 2014, Trans Mountain a déposé sa requête auprès de l'ONÉ demandant une ordonnance aux termes des articles 12 et 13 et de l'alinéa 73*a*) de la *Loi* ordonnant à la Ville de se conformer à l'alinéa 73*a*) de la *Loi* et lui interdisant de refuser un accès aux terrains visés.[12] L'Office a répondu en conseillant à Trans Mountain de déposer un avis de question constitutionnelle dans lequel la société pose les questions suivantes :

1. L'Office a-t-il le pouvoir légal de trancher si les règlements précis de Burnaby auxquels aurait prétendument contrevenu Trans Mountain sont inopérants, invalides ou inapplicables dans le contexte de l'exercice par Trans Mountain des pouvoirs que lui accorde

4 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 2.
5 *Trans Mountain Pipeline ULC* (directive procédurale nº 4) (15 juillet 2014) OH-001-2014 (ONÉ).
6 Office national de l'énergie, Trans Mountain Pipeline ULC et Ville de Burnaby (interprétation de l'alinéa 73*a*) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*) OH-001-2014 (19 août 2014) (décision nº 28), à la p 2 (ONÉ) [« décision nº 28 »].
7 Ville de Burnaby, règlement municipal nº 7331, *Burnaby Parks Regulation Bylaw 1979* (26 mars 1979) [« règlement sur les parcs »].
8 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 3.
9 Décision nº 28, *supra* note 6 à la p 4.
10 *Burnaby (City) v Trans Mountain Pipeline ULC,* 2014 BCSC 1820 at para 24 ["*Burnaby*"].
11 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 4.
12 *Trans Mountain Pipeline ULC* (avis de requête) (3 septembre 2014) OH-001-2014 (ONÉ).

l'alinéa 73*a*) de la *Loi*?

2. Le cas échéant, compte tenu des faits dont l'Office est saisi, devrait-il déclarer ces règlements inapplicables, invalides ou inopérants?
3. Si l'Office peut conclure, et conclut, que ces règlements sont invalides, inapplicables et inopérants dans ce cas particulier, la *Loi* donne-t-elle à l'Office, en sa qualité de tribunal établi par une loi, le pouvoir d'empêcher Burnaby de faire appliquer ces règlements ou d'autres règlements à l'avenir (par exemple, quelle est la portée du pouvoir accordé par l'article 13 de la *Loi* et ce pouvoir s'étend-il à la réparation demandée de Burnaby)?
4. Le cas échéant, les faits soumis à l'Office justifient-ils qu'il rende une telle ordonnance?

Le 26 septembre 2014, Trans Mountain a présenté à nouveau sa requête accompagnée d'un avis de question constitutionnelle, comme lui avait demandé l'ONÉ. L'Audience a eu lieu le 9 octobre 2014 et l'Office a rendu sa décision le 23 octobre 2014, dans laquelle il aborde les quatre questions soulevées dans l'avis de question constitutionnelle.

Question 1 : Déterminer si l'Office a le pouvoir légal de trancher les questions

La Ville a fait valoir que le pouvoir de l'Office se limitait à l'examen des questions juridiques et constitutionnelles touchant sa loi habilitante et qu'il ne pouvait donc pas examiner les questions juridiques et constitutionnelles concernant les lois provinciales ou les règlements municipaux[13]. À ce titre, Burnaby a fait valoir que l'Office ne pouvait pas conclure que les règlements de Burnaby sont invalides, inapplicables ou inopérants et que l'affaire relevait à juste titre d'une cour supérieure provinciale[14]. Quant à Trans Mountain, l'entreprise a affirmé que les articles 11, 12 et 13 de la *Loi* confèrent à l'Office le pouvoir légal relativement auxdites questions, car ces dispositions habilitent l'ONÉ en sa qualité de tribunal d'archives « ayant compétence exclusive pour examiner, entendre et trancher les questions qui sont de sa compétence, qu'elles soient de droit ou de fait »[15].

L'Office a rejeté la position de Burnaby et conclu que, de fait, il avait le pouvoir légal de se prononcer sur les questions constitutionnelles qui ont trait à sa compétence. L'Office a conclu que le paragraphe 12(2) de la *Loi* était déterminant eu égard à la question. Le paragraphe 12(2) de la *Loi* stipule ce qui suit : « Pour l'application de la présente loi, l'Office a la compétence voulue pour trancher les questions de droit ou de fait. » (Nous soulignons) L'Office a en outre indiqué que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (« CSC ») étayait cette conclusion[16]. En se fondant sur la décision de la CSC (1991) dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des Relations de Travail)*, l'Office a conclu que lorsqu'un tribunal administratif a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée, il peut traiter comme invalide la disposition de la loi contestée, « aux fins de l'affaire dont il est saisi »[17]. Comme l'Office a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée, il a donc compétence à l'égard de la question et peut déclarer les règlements invalides, inopérants ou inapplicables aux fins de l'affaire relative à Trans Mountain qui lui est soumise. L'objet du litige était « une demande visant à obtenir une ordonnance autorisant l'accès pour mener les études sur le couloir sur les terrains visés afin de fixer le tracé du pipeline proposé »[18]. Les parties relevaient du champ d'application de l'ONÉ parce qu'elles concernent le tracé du projet et l'accès aux terrains requis pour faire les levés nécessaires. L'Office a compétence à l'égard de la réparation recherchée compte tenu du libellé de l'article 11, du paragraphe 12(2) et des alinéas 13*b*) et 73*a*) de la *Loi*[19].

---

13 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 6.
14 *Ibid*.
15 *Ibid* à la p 5.
16 L'Office a fait référence à *Cooper c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] 3 RCS 854, à *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190 et à *Westcoast Energy Inc. c Canada (Office national de l'énergie)*, [1988] 1 RCS 322.
17 *Cuddy Chicks Ltd. c Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 RCS 5, aux para 13-17 [*Cuddy Chicks*]. Voir également Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 8.
18 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 9.
19 L'Office a déclaré qu'il a compétence à l'égard de la réparation recherchée à la page 8 et a mentionné que le fondement de cette conclusion est décrit plus en détails dans ses réponses aux questions 2 à 4 (voir également Décision nº 40, *ibid*, aux para 8-18).

Dans sa décision, l'Office a également fait référence à une décision antérieure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (« BCSC ») concernant une requête de Burnaby ordonnant à Trans Mountain de cesser ses travaux prescrits en contravention aux règlements de la Ville. La BCSC a refusé de rendre l'injonction, ne trouvant aucun préjudice irréparable et indiquant, entre autres, que l'Office était légitimement saisi de l'affaire[20]. La BCSC a également noté que, conformément à la décision de la CSC dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, l'ONÉ aurait compétence pour traiter comme invalides les règlements de la Ville aux fins du litige entre Burnaby et Trans Mountain[21].

Question 2 : Déterminer si les règlements de Burnaby devraient être inopérants, invalides ou inapplicables

Par rapport à cette question, l'Office a tenu compte de l'applicabilité des doctrines de la prépondérance fédérale et de l'exclusivité des compétences.

Prépondérance fédérale

Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, telle que formulée par la CSC dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest,* « lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. »[22] Cette doctrine s'applique dans deux cas : (i) quand il est impossible de se conformer à la fois à une loi fédérale et à une loi provinciale, de sorte que le respect d'une d'entre elles entraîne le non-respect de l'autre et (ii) quand l'obligation de se conformer à une loi provinciale équivaudrait à empêcher la réalisation de l'objet de la loi fédérale[23].

La Ville de Burnaby a fait valoir qu'il n'était pas impossible de se conformer aux deux textes de loi parce que le règlement sur les parcs n'interdisait pas l'accès à l'aire de conservation du mont Burnaby pour faire des levés[24]. De plus, la Ville a souligné que l'Office ne devrait pas donner une portée trop large à la doctrine de la prépondérance fédérale parce que la réalisation de l'objet de la loi fédérale est entravée. Citant la *Banque canadienne de l'Ouest*, Burnaby a indiqué que le simple fait que le Parlement ait légiféré sur une matière n'empêche pas les provinces de légiférer sur la même matière. Trans Mountain a répondu en indiquant qu'il était impossible d'effectuer les travaux prescrits (et du même coup de satisfaire aux exigences en matière de renseignements prévues par la *Loi*) sans enfreindre les règlements.

L'Office a conclu qu'il y a un conflit tant entre l'application que l'objet des règlements et de l'alinéa 73*a*) de la *Loi*. Le règlement sur les parcs interdit d'abattre des arbres, d'enlever de la végétation et de forer[25]. L'Office a accepté la preuve de Trans Mountain, concluant que ces activités étaient nécessaires pour mener les travaux sur le terrain prescrits et lui fournir les renseignements nécessaires[26]. L'Office a donc conclu qu'il était tout simplement impossible que Trans Mountain respecte à la fois l'exigence visant à fournir les renseignements prévus à la *Loi* et aux règlements de Burnaby, et qu'il existait par conséquent un conflit d'application. L'Office a également conclu que ce conflit entre les lois fédérales et les règlements municipaux avait pour effet d'entraver la réalisation de l'objectif fédéral de la *Loi*. Les exigences prévues à la *Loi* visent à fournir à l'Office suffisamment de renseignements pour lui permettre d'établir si un projet particulier est conforme à l'intérêt public; en interdisant à Trans Mountain de faire des levés et des examens, Burnaby avait entravé la réalisation de l'objet de la loi fédérale.

---

20 *Burnaby, supra* note 10 au para 16. Voir également la Décision nº 40, *ibid* à la p 9. Il est important de souligner qu'au moment où Burnaby a déposé sa requête en injonction, Trans Mountain avait déjà présenté sa requête à l'ONÉ essentiellement sur les mêmes questions.

21 *Burnaby*, *supra* note 10 au para 40. Le juge Brown a indiqué ce qui suit : « même si [l'Office] ne pouvait pas déclarer que l'article 73 de la *Loi* [sur l'Office national de l'énergie] ou les règlements de Burnaby étaient invalides, il peut néanmoins traiter comme invalide la disposition de la loi contestée, aux fins de l'affaire dont il est saisi. » [Traduction] Voir également Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 6.

22 *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, [2007] 2 RCS 3, au para 69 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

23 *Ibid*.

24 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 12.

25 L'article 5 du règlement sur les parcs, *supra* note 7, stipule qu'« il est interdit de couper, briser, détériorer, endommager, défigurer, détruire, souiller ou polluer un bien meuble ou des arbres, arbustes, plantes, pelouses ou fleurs se trouvant dans un parc. » [Traduction]

26 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 11.

Exclusivité des compétences

Comme la CSC l'a récemment expliqué dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*, « L'exclusivité des compétences a pour effet d'empêcher que les lois adoptées par un ordre de gouvernement empiètent indûment sur le 'contenu essentiel irréductible' de la compétence exclusive réservée à l'autre ordre de gouvernement. »[27] Lorsque la doctrine s'applique, une loi par ailleurs validement adoptée (dans le cas présent les règlements de la Ville) est « interprétée » de manière à ce que la question extra-juridictionnelle ne s'applique plus[28].

Dans ses commentaires, Burnaby a fait remarquer que la CSC avait averti que le recours à la doctrine de l'exclusivité des compétences devait se limiter aux situations déjà traitées dans la jurisprudence et qu'elle ne doit pas être invoquée pour miner le fédéralisme coopératif[29]. En outre, Burnaby a fait valoir que Trans Mountain n'avait pas démontré que les règlements entraveraient le contenu essentiel d'une compétence fédérale[30].

Trans Mountain a fait valoir que l'exécution des travaux prescrits dans le but de recueillir des renseignements sur le tracé d'un pipeline interprovincial constitue une activité relevant du « cœur » de la compétence fédérale. De plus, Trans Mountain a soutenu que les faits en l'espèce avaient déjà été traités dans la jurisprudence dans *Campbell-Bennett c. Comstock Midwestern Ltd*[31].

L'Office a conclu que la réglementation des pipelines interprovinciaux est au cœur de la compétence fédérale et que les règlements provinciaux entravaient la capacité de l'Office à rendre une décision quant à l'utilité publique du pipeline interprovincial[32]. L'Office a comparé la situation à l'affaire de la CSC dans l'arrêt *Québec (Commission du salaire minimum) c. Construction Montcalm Inc.*[33], et a indiqué que tout comme le pouvoir de déterminer l'emplacement des aérodromes relève de la compétence fédérale en matière d'aéronautique, tel qu'indiqué dans l'arrêt *Construction Montcalm*, des renseignements techniques sur le tracé du pipeline sont essentiels à la compétence fédérale à l'égard des pipelines interprovinciaux[34]. Enfin, l'Office a conclu que l'empiètement sur la compétence fédérale était suffisamment grave pour justifier une interprétation. Cela reposait sur les conclusions de fait de l'Office selon lesquelles Trans Mountain exigeait plus qu'un simple accès aux terrains, puisque pour satisfaire aux exigences en matière de dépôt, il devait mener des activités concrètes contraires aux règlements, et que l'article 75 de la *Loi* supposait la présence de certains déchets et dommages matériels. Par conséquent, l'Office a déclaré que les règlements étaient inapplicables dans la mesure où ils entravaient les travaux de Trans Mountain effectués en vertu de la *Loi*[35].

Question 3 : Déterminer si l'Office a le pouvoir d'empêcher Burnaby de faire appliquer ses règlements

Sur cette question, Trans Mountain a déclaré que l'article 13 de la *Loi* confère à l'ONÉ le pouvoir voulu d'interdire à Burnaby de faire appliquer ses règlements s'ils empiètent sur les droits accordés à Trans Mountain par l'alinéa 73*a*) de la *Loi*. La Ville a adopté la position selon laquelle l'Office n'a pas le pouvoir d'empêcher un autre ordre de gouvernement de faire appliquer ses règlements[36].

L'Office était en désaccord avec Burnaby, concluant que l'alinéa 13*b*) de la *Loi*, qui stipule que l'Office peut « interdire ou faire cesser tout acte contraire à ceux-ci » [on fait référence à la présente loi ou à ses règlements, ou à un certificat, à une licence, à un permis, à une ordonnance ou à des instructions qui en découlent], conférait un pouvoir suffisant. L'Office a fait remarquer que l'alinéa 73*a*)

27 *Banque de Montréal c* Marcotte, 2014 CSC 55, au para 62.
28 Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd, Scarborough, Carswell, 2007, aux para 15-28, tel que cité dans la Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 15.
29 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 12. La décision mentionne que la Ville de Burnaby s'est fondée sur l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 22.
30 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 12.
31 *Campbell-Bennett c Comstock Midwestern Ltd,* [1954] RCS 207.
32 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 16.
33 *Québec (Commission du salaire minimum) c Construction Montcalm Inc.,* [1979] 1 RCS 754.
34 Décision nº 40, *supra* note 2 à la p 16.
35 *Ibid* à la p 17.
36 *Ibid*.

permet à une entreprise de pénétrer sur des terrains privés ou appartenant à la Couronne en vue de faire des levés et des examens. L'Office a donc conclu que le Parlement avait l'intention de conférer à une municipalité le pouvoir d'interdire des actes qui enfreignent l'alinéa 73*a*)[37].

Question 4 : Déterminer si l'Office devrait interdire à Burnaby de faire appliquer ses règlements

La Ville a soutenu que les faits n'appuyaient pas une ordonnance visant à interdire à Burnaby de faire appliquer ses règlements et que cela est d'autant plus vrai que l'ONÉ n'avait pas précisé comment les renseignements devaient être recueillis ni l'emplacement où les études requises devaient être menées[38]. En outre, la Ville a adopté la position voulant que l'Office ne doive pas rendre une telle ordonnance sans tenir compte du préjudice environnemental que les travaux proposés causeraient[39].

L'Office a rejeté ces allégations, concluant que la preuve par affidavit du responsable de projet de Trans Mountain fournit « des motifs impérieux et précis pour rendre une telle ordonnance. »[40] Plus particulièrement, l'Office a accepté la preuve par affidavit indiquant que les travaux prescrits ne pourraient être effectués sans une perturbation minimale des terrains visés, et que Trans Mountain avait tenté à maintes reprises de collaborer avec Burnaby, mais qu'en aucun temps la Ville n'en avait fait de même[41]. En outre, l'Office a explicitement rejeté la thèse de Burnaby selon laquelle il n'avait pas précisé l'emplacement ou les renseignements nécessaires, et a renvoyé à la décision nº 28, à laquelle étaient joints des documents exposant en détail les travaux prescrits à effectuer et l'emplacement où les levés allaient être faits. Enfin, l'Office a rejeté la thèse de Burnaby selon laquelle il doit tenir compte des répercussions environnementales d'une ordonnance qui vise à empêcher Burnaby de faire appliquer ses règlements. L'Office a fait remarquer que les études et les examens n'étaient pas des projets désignés et qu'il n'était pas persuadé qu'il serait nécessaire de procéder à une évaluation environnementale. Il a toutefois noté que les travaux prescrits pour guider une évaluation environnementale du projet sont nécessaires en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*[42].

Demande d'autorisation déboutée par la Cour d'appel fédérale et la Cour d'appel de la C.B.

Le 29 octobre 2014, Burnaby a déposé auprès de la Cour d'appel fédérale une demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision nº 40. Dans sa demande, Burnaby a soutenu que l'Office n'avait pas la compétence voulue pour empêcher Burnaby de faire appliquer ses règlements ou pour trancher les questions constitutionnelles liées à l'interprétation des articles 73 et 75 de la *Loi*. Le 12 décembre 2014, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'autorisation de Burnaby[43].

Burnaby a également demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la BCSC (mentionnée ci-dessus) auprès de la Cour d'appel de la C.-B. (« BCCA »). Le 27 novembre 2014, la BCCA a rejeté la demande d'autorisation de Burnaby et indiqué que la demande était « une attaque indirecte contre la décision de l'ONÉ » [Traduction] et que les questions soulevées avaient « été traitées au moyen d'une ordonnance définitive et sans appel de l'ONÉ »[44] [Traduction].

Répercussions de la décision nº 40

À première vue, le règlement de Burnaby n'était pas extraordinaire – son seul but est d'éviter la perturbation de la végétation et des éléments naturels dans les aires de conservation et les parcs municipaux. Toutefois, parce que le règlement interdisait à Trans Mountain

37 L'Office indique que « l'Office est d'avis que le législateur avait l'intention de lui accorder la compétence sur l'objet du litige (soit un accès temporaire pour faire des levés dans le cadre d'une entreprise fédérale) et la réparation », voir Décision nº 40, *ibid,* à la p 19.
38 *Ibid* à la p 20.
39 *Ibid*.
40 *Ibid*.
41 *Ibid*.
42 *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012),* LC 2012, ch 19, art 52.
43 *City of Burnaby v The National Energy Board et Trans Mountain Pipeline ULC* (12 décembre 2014), Ottawa, 14-A-63 (CAF), disponible en ligne: <http://www.osler.com/uploadedFiles/14-A-63%2020141212-Order.pdf> (en anglais seulement).
44 *Burnaby (City) v Trans Mountain Pipeline ULC*, 2014 BCCA 465.

de réaliser un ouvrage visant à générer des renseignements pour le processus réglementaire de l'ONÉ, il a été conclu que le règlement était en contradiction avec le régime législatif fédéral et que la doctrine de la prépondérance s'appliquait.

Évidemment, la décision de l'ONÉ (et le rejet subséquent de l'autorisation d'interjeter appel rendu par la Cour d'appel fédérale) offre une plus grande certitude aux sociétés pipelinières sous réglementation fédérale dans des situations où les règlements municipaux (intentionnellement ou de façon fortuite) cherchent à leur interdire d'effectuer les travaux requis dans le cadre du processus réglementaire fédéral. De plus, elle confirme que les sociétés pipelinières sous réglementation fédérale ont le pouvoir d'accéder à des terrains publics et privés (sans le consentement du propriétaire) en vue de réaliser des levés et des enquêtes aux termes de l'article 73 de la *Loi*.

Toutefois, la décision s'applique aussi plus largement à d'autres secteurs où les règlements municipaux empiètent sur des entreprises fédérales, ajoutant à une liste déjà longue de jurisprudence récente, y compris *2241960 Ontario Inc. v. Scugog Township*[45] et *Burlington Airpark Inc. v. Burlington (City)*[46], deux affaires où les tribunaux ont maintenu l'application de règlements municipaux exigeant le recours à des matériaux de remblayage propres aux aérodromes fédéraux, ainsi que *Detlor v. Brantford*[47], où la Cour a maintenu les règlements municipaux interdisant l'imposition de certains « frais de développement » par une collectivité autochtones à des promoteurs immobiliers. Le raisonnement de l'Office peut également orienter les autorités municipales qui envisagent des moyens de réduire au minimum les expéditions ferroviaires d'hydrocarbures traversant les municipalités. Au Canada, les expéditions ferroviaires d'hydrocarbures se sont considérablement accrues au cours des dernières années. De plus, un certain nombre de politiciens municipaux (compte tenu de la catastrophe de Lac-Mégantic) ont annoncé publiquement la prise de mesures visant à éliminer les expéditions ferroviaires de pétrole brut. Au Canada, la plupart des chemins de fer sont des lignes interprovinciales ou internationales, et sont par conséquent de compétence fédérale[48]. À ce titre, à la lumière de la décision nº 40, les autorités municipales devront examiner attentivement toute tentative d'éliminer ce risque au moyen d'un règlement municipal. ■

---

45 *2241960 Ontario Inc. v Scugog Township* 2011 ONSC 2337 (C. div. Ont.) [2011] OJ No 2445.
46 *Burlington Airpark Inc. v Burlington (City)*, 2014 ONCA 468.
47 *Detlor v* Brantford 2013 ONCA 560.
48 Comité sénatorial permanent de l'énergie, de l'environnement et des ressources naturelles, *Transporter l'énergie en toute sécurité : Une étude sur la sécurité du transport des hydrocarbures par pipelines, navires pétroliers et wagons-citernes au Canada* (août 2013), en ligne : <www.parl.gc.ca>. Voir également Rui Fernandes, *Transportation Law*,Toronto, Aerospark Press, 1991 (2011-Rel 1), ch20, aux p 20-23.

NORFOLK ET ALTALINK : LES ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION DE L'ONTARIO ET DE L'ALBERTA PRÉCISENT LES NORMES EN MATIÈRE DE FUSION ET D'ACQUISITION[1]

Ron Clark et Zoë Thoms***

La dernière année a été marquée par des développements significatifs concernant la réglementation relative aux fusions et aux acquisitions dans le secteur de l'électricité en Ontario et en Alberta. Les organismes de réglementation en matière d'énergie de chacune de ces provinces ont étudié la possibilité d'approuver d'importantes acquisitions de services publics sur leur territoire respectif. En juillet 2014, la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) a terminé une audience de 15 mois portant sur une proposition de la société d'État Hydro One visant l'acquisition de Norfolk Power, une société de distribution électrique locale (SDEL)[2]. En novembre 2014, l'Alberta Utilities Commission (AUC) s'est prononcée sur l'approbation de la vente des droits d'actifs de transmission et des activités d'AltaLink à un investisseur privé étranger[3]. Ces transactions comprenaient des ententes commerciales complexes, dont les modalités étaient uniques aux parties concernées. Malgré les différences, cependant il y avait un élément commun avec lequel les deux organismes de réglementation devaient se débattre – les mesures incitatives à l'achat. Dans les deux marchés, les acheteurs offraient une prime sur le prix d'achat. Hydro One a également offert, comme mesure incitative supplémentaire, une réduction de 1 % par rapport aux tarifs de 2012 et un gel des tarifs sur cinq ans pour les clients actuels de Norfolk Power. D'autres services publics qui ont participé à chacune des instances ont soutenu que la prime sur le prix d'achat va à l'encontre des critères régissant l'approbation des fusions et des acquisitions. Les organismes de réglementation permettraient-ils aux acheteurs de présenter ces types d'offres?

Hydro One et Norfolk Power : fusion dans le secteur de la distribution de l'électricité de l'Ontario

La proposition d'Hydro One visant l'acquisition de Norfolk Power est une autre étape sur le long chemin menant à la fusion du secteur de la distribution de l'électricité de l'Ontario. Dans le cadre de la restructuration du secteur électrique de l'Ontario survenue vers l'année 2000, la législation exigeait que les municipalités « transforment en société » leurs actifs de distribution; lors de ce processus, il y a eu de nombreuses fusions réalisées dans le but d'accroître son importance ou simplement d'être vendu à Hydro One. Au cours de ce processus, le secteur de la

* Ron Clark, partenaire, Aird & Berlis LLP Energy Group.
** Zoë Thoms, associée, Aird & Berlis LLP Energy Group.
1 Une version antérieure de cet article a précédemment été affichée sur le site Web d'Aird & Berlis LLP (www.airdberlis.com).
2 *Hydro One Inc. et Norfolk Power Distribution Inc.,* EB2013-0196/EB-2013-0187/EB-2013-0198 (« *Norfolk* »)

distribution de l'électricité de l'Ontario a conclu des contrats avec plus de 300 distributeurs dans les années 1990 jusqu'à environ 90. Depuis ce temps, la tendance continue aux fusions et aux ventes a réduit davantage ce nombre qui, aujourd'hui, s'établit à un peu plus de 70. En décembre 2012, le Comité ontarien du secteur de la distribution a publié un rapport demandant que l'on poursuive le fusionnement des distributeurs dans le secteur, y compris, en dernier recours, à les forcer à fusionner, en huit à douze plus grands distributeurs régionaux. Le contrecoup chez les municipalités et les nombreuses SDEL a été immédiat et le ministre de l'Énergie a rapidement rassuré l'industrie, lui indiquant qu'il n'y aurait aucune fusion ou vente forcée.

Malgré le reniement du rapport sur le secteur de la distribution, les fusions et les gains d'efficacité étaient de nouveau à l'avant-plan tandis qu'on se dirigeait vers 2013. Cette année-là, Hydro One a conclu un accord en vue d'acquérir Norfolk Power (annoncé le 2 avril 2013), puis a ensuite demandé à la CEO de l'approuver.

Lorsqu'elle détermine si elle approuve ou non l'acquisition de services publics, la CEO applique un critère d'« absence de préjudice ». Ce critère découle d'une décision antérieure de la CEO, l'instance combinée[4], et exige que cette dernière qu'elle examine si une acquisition proposée pouvait être conforme aux objectifs législatifs de la CEO énoncés dans la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, chapitre 15 (la « *Loi sur la CEO* »[5]. Au moment où une décision a été rendue dans le cadre de l'instance combinée, la *Loi sur la CEO* ne faisait état que de deux des cinq objectifs actuels[6] :

1. Protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité.
2. Promouvoir l'efficacité économique et la rentabilité dans les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la vente d'électricité ainsi que de la gestion de la demande d'électricité et faciliter le maintien d'une industrie de l'électricité financièrement viable.
3. Promouvoir la conservation de l'électricité et la gestion de la demande d'une manière compatible avec les politiques du gouvernement de l'Ontario, notamment en tenant compte de la situation financière du consommateur.
4. Faciliter la mise en place d'un réseau intelligent en Ontario.
5. Promouvoir la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelable et l'utilisation d'électricité ainsi produite d'une manière compatible avec les politiques du gouvernement de l'Ontario, y compris l'extension ou le renforcement en temps voulu des réseaux de transport et des réseaux de distribution pour permettre le raccordement d'installations de production d'énergie renouvelable[7].

Dans la décision Norfolk, la Commission a déterminé que seuls les deux premiers objectifs étaient pertinents aux questions soulevées. La CEO a par la suite examiné en outre, la demande formulée en vertu du critère actuel d'absence de préjudice sur trois objectifs qui ont été ajoutés à la Loi sur la Commission de l'énergie de l'Ontario après la décision sur les Instances Combinées. La Commission a conclu qu'étant donné qu'en vertu de la Loi il faut être guidé par les cinq objectifs, le critère d'absence de préjudixe ne doit pas se limiter qu'aux deux premiers objectifs, mais doit plutôt être appliqué compte tenu de tous les cinq[8].

Selon les termes de l'accord avec Norfolk Power, Hydro One a proposé de payer une prime de 39,1 millions de dollars au-delà de la valeur nette comptable de Norfolk Power, qui est de 53,9 millions de dollars[9]. De plus, Hydro One a offert une réduction de 1 % par rapport aux tarifs de 2012 et un gel des tarifs sur cinq ans pour les clients de Norfolk Power[10]. Les intervenants ont présenté un certain nombre d'arguments

3 *AIML and SNC Lavalin Transmission Ltd. et al.*, décision de l'AUC 2014326 (« *AltaLink* »)
4 *Instances combinées (5 août 2005)*, EB-2005-0234\0254\0257, en ligne: CEP < http://www.ontarioenergyboard.ca/documents/cases/RP-2005-0018/decision_310805.pdf > (« *Instances combinées* »)
5 *Ibid aux* pp 67; *Supra* note 1, *Norfolk,* aux paras 10-13.
6 *Instances combinées*, *supra* note 1 aux paras 12-13.
7 *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario,* LO 1998, c 15, art 1.
8 *Ibid* aux paras 12-13.
9 *Ibid* à la p 14.

selon lesquels la réalisation d'une transaction comportant ces mesures incitatives ne satisferait pas au critère d'absence de préjudice. Les principaux enjeux pour les intervenants étaient les fortes hausses potentielles de tarifs à la fin de la période de cinq ans visée par le gel et les préoccupations du fait que la prime payée sur le prix d'achat entraînerait des tarifs plus élevés non seulement pour les clients de Norfolk (éventuellement), mais également tous ceux d'Hydro One[11].

La CEO a rejeté ces arguments et a conclu que l'application du critère d'absence de préjudice n'était pas pertinente pour déterminer si le prix d'achat fixé est approprié, puisque les futurs tarifs seraient déterminés sans égard au prix d'achat payé. C'est la politique de la CEO qui veut que la prime ne soit pas incluse dans les futurs tarifs[12]. La CEO a également rejeté l'argument selon lequel le prix d'achat fixé imposerait un fardeau financier à Hydro One en fonction de la proportion du prix d'achat par rapport aux actifs d'Hydro One (39,1 millions de dollars par rapport à 20,8 milliards de dollars)[13].

Avec la décision Norfolk, la CEO a confirmé que des mesures incitatives, comme des réductions de tarifs, des gels et des primes sur les prix, sont légitimes, car la province envisage de continuer à faire des fusions dans le secteur de la distribution de l'électricité. Selon la CEO, sa politique et la surveillance qu'elle assure empêcheraient toute augmentation de tarifs que l'on craint en raison de la prime sur le prix d'achat.

Investissement étranger dans le secteur du transport d'électricité de l'Alberta : l'Offre de Buffett pour l'acquisition d'AltaLink

En 2002, l'entreprise québécoise SNC-Lavalin a acquis la plus importante société de transport d'électricité en Alberta, laquelle a poursuivi ses activités sous le nom d'AltaLink[14]. En 2013, à la suite d'une série de scandales de corruption, SNC-Lavalin a annoncé une nouvelle orientation stratégique selon laquelle elle se concentrerait sur ses activités d'ingénierie et de construction et qu'elle se départisse de ses actifs non stratégiques, y compris AltaLink[15]. En mai 2014, SNC-Lavalin a conclu un marché avec la société américaine Berkshire Hathaway de Warren Buffett relativement à l'achat d'AltaLink[16]. Ce marché, dont une partie est un investisseur étranger, a déclenché la tenue d'un examen de la part du Bureau de la concurrence et d'Industrie Canada, qui ont tous deux approuvé la transaction[17]. Le dernier obstacle se dressant devant les parties était l'approbation de l'AUC.

Comme la CEO, l'AUC applique elle aussi un critère d'« absence de préjudice » lorsqu'elle détermine si elle approuve ou non l'acquisition de services publics. Le critère d'absence de préjudice et d'autres facteurs qu'elle prend en compte découlent d'un certain nombre de décisions antérieures[18] et comprennent les suivants :

> [Traduction]
>
> 1. S'il y aura une incidence sur les tarifs et les frais transmis aux clients.
> 2. S'il découle un avantage ou un risque opérationnel quelconque lié à l'acquisition de l'expérience de la partie en matière de services publics.
> 3. S'il y aura une incidence sur le profil financier du service public pour ce qui est d'attirer des capitaux.
> 4. Dans le cas d'AltaLink, si le service public demeurera suffisamment distinct de la partie qui en fait l'acquisition

10 *Ibid* à la p 12.
11 *Ibid* aux paras 14-15.
12 *Ibid* à la p 15.
13 *Ibid* à la p16.
14 *TransAlta and AltaLink* (28 mars 2002), décision de l'AUC 2002-038.
15 SNC-Lavalin, Communiqué de presse, «SNC-Lavalin annonce son plan stratégique»(2 mai 2013), en ligne : SNC-Lavalin <http://investors.snclavalin.com/fr/communiques-calendrier-ri/communiques-presse/2085/ />.
16 SNC-Lavalin, Communiqué de presse, «SNC-Lavalin conclut une entente en vue de la vente de sa participation en capitaux propres dans Altalink pour la somme de 3,2 milliards de dollars - cette transaction crée une valeur significative en appui au plan stratégique de la société» (1 mai 2014), en ligne : SNC-Lavalin <http://www.snclavalin.com/fr/news/press-releases/snclavalin-enters-into-agreement-to-sell-its-equity-stake-in-altalink-for-32-billion-transaction-unlocks-significant-value-in-support-of-the-companys-strategic-plan.aspx>.
17 *AltaLink, supra* note 3 au para 4.
18 Ces facteurs découlent de sept décisions antérieures distinctes de l'AUC, lesquelles sont énoncées plus en détail. aux paragraphes 108 et 109 et aux notes de bas de page n81 à n86 dans *AltaLink*.

sur les plans juridique, financier et opérationnel.

5. Si la Commission maintiendra une surveillance réglementaire suffisante à l'égard du service public.
6. Si l'expertise opérationnelle et en gestion restera en place après la transaction.
7. Si la transaction aura, pour les clients, des répercussions sur les coûts quant à des éléments comme la taxe et les fonds de pension.
8. Que l'acquéreur souhaite œuvrer dans les affaires des secteurs publics en Alberta alors que ce n'est pas le cas du vendeur.
9. Dans la mesure du possible, que les clients soient protégés contre toute ramification négative découlant des transactions.
10. Que les clients n'aient pas droit à un niveau de certitude réglementaire après la transaction dont ils n'auraient pas été au courant si la transaction n'avait pas été approuvée.
11. À tout le moins, que la situation des clients après la transaction ne soit pas pire qu'après avoir pris en compte les répercussions positives et négatives potentielles des transactions boursières proposées[19].

Le critère d'absence de préjudice est appliqué en deux étapes. En premier lieu, l'AUC détermine si la transaction entraîne un préjudice aux clients. Si elle détermine que ce sera le cas, elle passe à la seconde étape et évalue si des conditions d'approbation pouvaient permettre d'atténuer tout préjudice déterminé[20].

Des représentants d'un certain nombre de services publics sont intervenus dans le cadre de la demande soutenant, entre autres, que la prime d'achat de 3,2 milliards de dollars sur une valeur nette comptable d'environ 800 millions de dollars offerte par Berkshire Hathaway donnait lieu à des répercussions négatives potentielles sur les tarifs applicables aux clients et sur le service à ces derniers qui n'ont pas été résolus. Même si l'on interdisait à l'acheteur d'inclure la prime à la base de tarifs, ont-ils soutenu, ce dernier pourrait chercher à obtenir un recouvrement d'une manière indirecte qui aurait une incidence sur les coûts futurs inclus dans l'exigence en matière de recettes et les tarifs des services publics. Sinon, ils ont demandé comment l'acheteur récupérerait son investissement initial[21].

Un représentant d'un service public a soutenu que pour faire face à cette préoccupation, l'AUC devrait imposer à toute approbation la condition suivante :

> [Traduction]
>
> Aucun des demandeurs, ni aucune entité connexe ni aucun successeur de ces derniers, ne cherchera à recouvrer auprès des clients la prime sur la valeur nette comptable payée pour les actions de NewCo conformément à la convention d'achat d'actions[22].

L'AUC a écarté ces préoccupations, indiquant que la transaction n'allait pas à l'encontre du critère d'absence de préjudice simplement parce qu'on avait offert une prime sur la valeur comptable[23]. Les questions de fiabilité et de qualité du service resteraient assujetties à la surveillance de l'AUC, tout comme la prudence des coûts d'AltaLink, ainsi que la justesse et le caractère raisonnable de ses tarifs approuvés[24]. En outre, l'AUC a refusé d'imposer la condition recommandée selon laquelle aucun des demandeurs ne cherche à recouvrer la prime sur le prix d'achat sur la base du fait que la surveillance règlementaire continue de l'AUC a rendu inutile le recours à cette condition [25]. En novembre 2014, l'AUC a rendu sa décision dans le cadre de laquelle elle approuve la transaction, éliminant ainsi l'obstacle final auxquelles les parties faisaient face et leur permettant donc de conclure le marché.

19 *AltaLink*, *supra* note 3 aux para 108-109.
20 *Ibid* au para 110.
21 *Ibid* aux para 219,227.
22 *Ibid* au para 222.
23 *Ibid* au para 231.
24 *Ibid* au para 133.
25 *Ibid* au para 231.

Les organismes de réglementation de l'Ontario et de l'Alberta ont ouvert la voie aux primes d'achat

Les marchés visant l'acquisition de Norfolk Power et d'AltaLink étaient différents à bien des égards. Hydro One est une société d'État qui adopte une stratégie de regroupement dans le secteur des SDEL en Ontario, tandis que Berkshire Hathaway est une société étrangère privée faisant l'acquisition de la plus importante société de transport d'électricité en Alberta. Toutefois, chacune des transactions proposées comprenait des mesures incitatives de primes sur le prix d'achat, et dans le cas de Norfolk Power, une réduction des tarifs de l'ordre de 1 % et un gel des tarifs sur cinq ans. Dans les deux cas, les représentants des services publics ont indiqué que la prime sur le prix d'achat allait possiblement à l'encontre du critère d'absence de préjudice qu'utilisent la CEO et l'AUC pour évaluer les fusions et les acquisitions de services publics. Dans les deux cas, la CEO et l'AUC ont déterminé que leur surveillance continue était suffisante pour veiller à ce que les clients ne subissent pas les préjudices craints, soit des augmentations de tarifs ou des répercussions négatives sur la qualité du service. Plus particulièrement, les organismes de règlementation on remarqué que les tarifs seraient déterminés en fonction de la valeur comptable, sans tenir compte des primes payées.

Bien qu'il soit certainement vrai que Norfolk Power et AltaLink continuent d'être respectivement assujettis à la réglementation de la CEO et de l'AUC, en réalité, ces services publics feront l'objet d'une pression constante de la part de leurs actionnaires, qu'ils soient du secteur public ou privé, pour obtenir un retour quant à la prime sur le prix d'achat. Dans le cadre de leur surveillance, les organismes de réglementation devront faire preuve de vigilance pour prévenir toute tentative de recouvrement indirecte lorsque l'éclat de ces acquisitions s'estompera et que les services publics nouvellement acquis poursuivront leurs activités. ■

PRODUCTION COMBINÉE DE BANDE INDIENNE DE COLDWATER : SAUF DANS DES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES, LES TRIBUNAUX NE DEVRAIENT PAS INTERVENIR DANS LES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES EN COURS

*Heloise Apestéguy-Reux**

Bande indienne de Coldwater : Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne devraient pas intervenir dans les procédures administratives en cours

Héloïse ApestéguyReux

L'affaire de la ***Bande indienne de Coldwater et al c. le ministre des Affaires indiennes et du Développement du Nord et al*** a été entendue et jugée le 25 novembre 2014[1]. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision de la Cour fédérale pour accueillir, en partie, la demande de contrôle judiciaire présentée par la Bande indienne de Coldwater (« Coldwater ») et accorder une mesure de réparation déclaratoire.

La demande de Coldwater découle de la demande que Kinder Morgan Canada Inc. (« Kinder Morgan ») a présentée au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien concernant le consentement rétroactif à la cession de deux servitudes relatives à des pipelines. Les servitudes, qui sont situées sur l'une des réserves de Coldwater, ont été accordées dans les années 1950 à la Trans Mountain Oil Pipeline Company et nécessitaient le consentement du ministre pour toute cession.

Alors que le ministre n'avait toujours pas pris sa décision, Coldwater a déposé une demande de contrôle judiciaire demandant, entre autres choses, une ordonnance interdisant au ministre de donner son consentement à la cession des servitudes, de même qu'une déclaration selon laquelle le ministre est légalement tenu de suivre les directives de Coldwater pour ce qui est d'accorder ou non son consentement.

Dans une décision datée du 7 novembre 2013[2], le juge de la Cour fédérale a conclu que le ministre n'avait pas l'obligation absolue d'obéir aux instructions de Coldwater et de refuser de consentir aux cessions. La Cour a toutefois jugé que le ministre devait se demander à nouveau si l'accord de Coldwater était nécessaire, particulièrement en ce qui a trait à la

* Heloise Apestéguy-Reux est... is an associate in McCarthy Tétrault's Business Law Group in Toronto. She practices primarily in McCarthy Tétrault's Energy Group, with a focus on both regulatory and corporate-commercial matters.

1 *Coldwater Indian Band v Canada (Indian Affairs and Northern Development),* 2014 FCA 277 [*Coldwater*].
2 *Première Nation Coldwater c Canada (Affaire Indiennes et Développement duNord)*, 2013 CF 1138.

deuxième servitude – qui n'avait pas servi depuis qu'elle avait été accordée – afin de déterminer s'il était dans l'intérêt de Coldwater et de celui du public de refuser le consentement. Le juge a conclu que le ministre devait se demander si la servitude non utilisée avait expiré pour n'avoir pas été utilisée, et s'il convient dès lors de procéder à une nouvelle négociation avec Kinder Morgan de manière à obtenir des conditions beaucoup plus favorables à Coldwater.

Coldwater a interjeté appel, demandant une déclaration à l'effet que le ministre est tenu de suivre les instructions de Coldwater et demandant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de donner son consentement.

Kinder Morgan a interjeté un appel incident, demandant à ce que la décision du juge soit annulée et que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée. Kinder Morgan a soutenu que la demande de contrôle judiciaire était prématurée et que le juge avait outrepassé sa compétence en ordonnant une mesure de réparation déclaratoire.

Dans ses observations écrites, le ministre a demandé à ce que l'appel soit rejeté, mais n'a pas pris position quant à l'appel incident. Lors de l'audience, le représentant du ministre a convenu que la demande de contrôle judiciaire était prématurée.

La Cour d'appel a jugé que la demande de contrôle judiciaire était prématurée et qu'elle devait être rejetée, tout comme l'appel de Coldwater. Elle a conclu que « ni la Cour fédérale ni cette cour ne disposent d'éléments susceptibles de justifier l'intervention dans le processus administratif qui exige que le ministre décide s'il doit ou non accorder son consentement aux deux servitudes que Kinder Morgan cherche à obtenir[3] ». [Traduction] Il n'y avait aucune circonstance exceptionnelle justifiant une intervention dans le processus administratif en cours[4].

Les arguments de Coldwater pour justifier sa demande comprenaient ce qui suit : le ministre agirait à l'encontre de son obligation fiduciaire à l'égard des Premières nations et outrepasserait donc sa compétence; le consentement du ministre pourrait « revigorer » le deuxième accord de servitude, qui autrement aurait pu expirer; le consentement pourrait accorder à Kinder Morgan un intérêt juridique à l'égard de la réserve auquel il ne pourrait peut-être pas renoncer par la suite. Coldwater a également soutenu qu'en raison de la nature constitutionnelle des obligations fiduciaires du ministre, l'intervention de la Cour fédérale était appropriée.

La Cour d'appel a statué que les arguments de Coldwater ne constituaient pas des « circonstances exceptionnelles » permettant à une cour d'intervenir dans un processus administratif avant que toutes les voies de recours prévues par ledit processus n'aient été épuisées. Citant sa décision dans *Canada (Agence des services frontaliers) c. C.B. Powell Ltd.*[5], la Cour a indiqué que le seuil en ce qui concerne les « circonstances exceptionnelles » justifiant une intervention était élevé et que très peu de circonstances seraient considérées comme exceptionnelles :

> Partout au Canada, les cours de justice ont reconnu et appliqué rigoureusement le principe général de non-ingérence dans les procédures administratives, comme l'illustre la portée étroite de l'exception relative aux « circonstances exceptionnelles ». […] Les meilleurs exemples de circonstances exceptionnelles se trouvent dans les très rares décisions récentes dans lesquelles les tribunaux ont accordé un bref de prohibition ou une injonction contre des décideurs administratifs avant le début de la procédure ou au cours de celle-ci. Les préoccupations soulevées au sujet de l'équité procédurale ou de l'existence d'un parti pris, de l'existence d'une question juridique ou constitutionnelle importante ou du fait que toutes les parties ont accepté un recours anticipé aux tribunaux ne constituent pas des circonstances exceptionnelles permettant aux parties de contourner le processus administratif dès lors que ce processus permet de soulever des questions et prévoit des réparations efficaces […][6] (on souligne comme l'a fait le Cour d'appel dans l'affaire *Coldwater*)

3 *Coldwater*, supra note 1 au para 8.
4 *Ibid* au para 12.
5 *Canada (Agence des services frontaliers) c CB Powell Limited*, 2010 CAF 61. [2011] 2 RCF 332,
6 *Coldwater,* supra note 1 au para 9.

La Cour a jugé que le fait que le ministre décide ou non d'accorder son consentement ne causait aucun préjudice irréparable, ajoutant qu'elle était convaincue que le ministre pouvait de fait accorder le recours demandé par Coldwater (c.-à-d. que le consentement à la cession soit refusé).

Citant encore l'affaire *C.B. Powell,* la Cour a expliqué les motifs pour limiter un recours anticipé au système judiciaire :

> On évite ainsi le fractionnement du processus administratif et le morcellement du processus judiciaire, on élimine les coûts élevés et les délais importants entraînés par une intervention prématurée des tribunaux et on évite le gaspillage que cause un contrôle judiciaire interlocutoire alors que l'auteur de la demande de contrôle judiciaire est de toute façon susceptible d'obtenir gain de cause au terme du processus administratif […][7]

La Cour a fait remarquer que la demande de Coldwater relativement à un contrôle judiciaire avait effectivement entraîné un retard dans la décision du ministre en plus, a supposé la Cour, d'entraîner des coûts importants pour les parties. La Cour a ajouté qu'il était « très probable » que peu importe la décision du ministre, on présenterait une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler cette décision[8].

Dans l'ensemble, la décision de la Cour appuie clairement le principe selon lequel un demandeur qui demande l'intervention de la cour dans une procédure administrative doit démontrer qu'il existe des circonstances exceptionnelles ou spéciales ne permettant pas d'attendre la conclusion de l'instance devant le tribunal[9]. Tant que le processus administratif permet à un demandeur de soulever des questions et prévoit des réparations efficaces, la cour hésitera à faire usage de son pouvoir discrétionnaire à intervenir. Coldwater n'a pas réussi à faire valoir que le fait de permettre au ministre de rendre une décision pourrait entraîner des conséquences irréparables, et donc qu'une intervention judiciaire précoce s'imposait. En outre, la conclusion de la Cour voulant que le ministre puisse accorder les réparations demandées par Coldwater a démontré que des réparations efficaces étaient possibles sans l'intervention de la Cour. La décision Coldwater rappelle donc que sans circonstances exceptionnelles, il est peu probable que les tribunaux interviennent dans un processus administratif en cours. ■

7 *Ibid* au para 13.
8 *Ibid* au para 14.
9 Voir Sara Blake, *Administrative Law in Canada*, 5e éd, LexisNexis Canada, 2011, à la p 239.

LA POSITION DE WASHINGTON

*Robert S. Fleishman**

L'élaboration d'une réglementation en matière d'énergie aux États-Unis a une incidence sur de nombreux secteurs de l'industrie de l'énergie et touche un vaste éventail d'enjeux. Dans le volume d'hiver 2014 de la Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie (ERQ), nous avons fait état des réalisations clés de 2013 du gouvernement fédéral et des États en ce qui concerne l'élaboration d'une réglementation en matière d'énergie aux États-Unis. Le présent rapport met en lumière les progrès importants réalisés en 2014, lesquels pourraient intéresser les lecteurs de la Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie.

I. Exportations de GNL

En raison de la quantité énorme de gaz de schiste aux ÉtatsUnis, il existe une tendance importante à exporter le gaz naturel liquéfié (GNL). Ainsi, 2014 a été une année extrêmement active pour deux organismes importants, soit le département de l'Énergie (DOE) des ÉtatsUnis et la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) des ÉtatsUnis.

A. DOE

En 2014, le DOE a adopté un nouveau processus pour exercer son pouvoir en vertu de l'article 3 de la *Natural Gas Act* (Loi sur le gaz naturel) afin de déterminer qu'une demande d'exportation de GNL vers un pays non-signataire d'un accord de libre-échange (ALE) ne va pas à l'encontre de l'intérêt public[1]. Auparavant, le DOE émettait une autorisation d'exportation conditionnelle au résultat de l'examen de la proposition d'exportation en vertu de la *National Environmental Policy Act* (« NEPA »). Conformément aux nouvelles procédures, le DOE n'approuvera pas sous condition les autorisations d'exportation. Le DOE ne prendra des mesures sur les demandes d'exportation du GNL vers des pays qu'une fois l'évaluation environnementale en vertu de la NEPA terminée[2]. Au lieu de traiter les demandes d'exportation de GNL vers des pays non-signataires d'un ALE dans l'ordre de préséance de leur publication, le DOE traitera les demandes « dans l'ordre où elles sont prêtes à faire l'objet de mesures définitives »[3]. Par « mesure définitive », le DOE entend que « le DOE a terminé le processus pertinent d'évaluation environnementale en vertu de la NEPA et […] que le DOE détient suffisamment d'information à partir de laquelle il se fondera pour prendre une décision dans l'intérêt du public ».

Il sera considéré que le processus d'évaluation environnementale en vertu de la NEPA pour une demande est terminé dans les cas suivants : 1) les projets qui nécessitent un énoncé des incidences environnementales (EIS), 30 jours après la publication de l'EIS définitif; 2) les projets pour lesquels une évaluation environnementale a été préparée, à la suite de la publication par le DOE d'une conclusion d'absence d'impact important; ou 3) après que le DOE aura déterminé qu'une demande est admissible à une exclusion catégorique de la NEPA conformément au Règlement sur le DOE en vigueur. Le DOE s'attend à ce que le nouveau processus renforce sa capacité de juger les effets cumulatifs sur le marché d'une demande d'exportation de GNL puisque « les projets dans

* Robert S. Fleishman est avocat principal chez Morrison & Foerster LLP à Washington, D.C., où il représente une variété de clients dans les domaines de la réglementation en énergie, de son application et de sa conformité, ainsi que des dossiers commerciaux, législatifs et de politiques publiques. Il est un ancien avocat général et vice-président des politiques législatives et de réglementation à la Constellation Energy et collabore à titre de rédacteur en chef pour l'Energy Law Journal (publié par l'Energy Bar Association). L'auteur aimerait remercier les membres de l'équipe de la réglementation en énergie de Morrison & Foerster pour leur apport dans l'élaboration de ce rapport. Les points de vue exprimés dans ce rapport sont les siens, et ne reflètent pas nécessairement ceux de Morrison & Foerster ou de ses clients.

1 *Procedures for Liquefied Natural Gas Export Decisions*, 79 Fed Reg 48,132 (2014).
2 *Ibid* à 48,133.
3 *Ibid* à 48,135.

le cadre desquels on a investi dans la réalisation de l'évaluation environnementale en vertu de la NEPA sont, dans l'ensemble, plus susceptibles de passer à l'étape suivante que les autres »[4]. Le DOE appliquera les nouvelles procédures aux demandes d'exportation de gaz naturel des 48 États américains situés au sud du Canada vers des pays nonsignataires d'un ALE, mais pas aux demandes d'autorisation d'exporter du GNL de l'État de l'Alaska.

B. FERC

En 2014, la FERC a accordé aux demandes de nombreux exportateurs éventuels de GNL une autorisation, en vertu de l'article 3 de la *Natural Gas Act* de concevoir, de construire et d'exploiter de nouvelles installations ou des installations agrandies de liquéfaction, et une autorisation en vertu de l'article 7(c) de la *Natural Gas Act* de construire de nouveaux pipelines interétatiques pour transporter les réserves de gaz naturel vers les installations de liquéfaction. Tel qu'il est exigé en vertu de l'article 3, les autorisations de la FERC reposent sur une analyse, en vertu de la NEPA, à savoir s'il existe des incidences environnementales importantes découlant des installations proposées et la manière dont de telles incidences importantes devraient être atténuées. En plus de protestations et d'arrestations d'activistes écologiques près de la FERC, dans chacune de ces procédures, des défenseurs de l'environnement dirigés par Sierra Club ont mis en doute l'efficacité de l'analyse en vertu de la NEPA de la FERC.

Les questions les plus importantes soulevées par Sierra Club sont liées à savoir si la FERC doit, en vertu de la NEPA : 1) analyser, comme effet indirect du projet proposé, la production de gaz naturel, extrait en particulier des gisements de gaz de schiste au moyen de la fracturation hydraulique et des mécanismes d'extraction similaires; 2) analyser les effets cumulatifs de toutes les propositions d'installations d'exportation de GNL, en analysant n'importe quel projet proposé. La FERC statue invariablement que ces effets ne sont pas « raisonnablement prévisibles » au sens de la NEPA et de la jurisprudence pertinente, et elle n'a pas abordé ces effets dans ses décisions autorisant les projets de GNL. Sierra Club a interjeté appel de ces autorisations de la FERC devant la cour d'appel de circuit du district fédéral de Columbia[5]. On s'attend à ce qu'on lui demande de juger que la FERC a manqué à ses obligations en vertu de la NEPA, et que la NEPA exige que la FERC tienne compte des effets des projets d'installations d'exportation sur la production de gaz naturel dans l'ensemble des ÉtatsUnis.

II. Plan d'action sur le climat de l'administration Obama, examen des mesures de l'EPA à l'égard des émissions de ges et des normes d'émission et questions connexes

A. Mesures administratives dans le cadre du Plan d'action sur le climat du président Obama

Avec le Parti républicain qui a pris le contrôle du Sénat américain en novembre 2014, les chances d'avoir des lois fédérales importantes abordant le changement climatique sont devenues très minces. L'administration Obama continue d'aller activement de l'avant avec les stratégies décrites dans le Plan d'action sur le climat de 2013 du président[6], et le président Obama pourrait quitter ses fonctions avec l'héritage environnemental le plus ambitieux et profond que tout autre président avant lui[7].

En juin 2014, l'U.S. Environmental Protection Agency (EPA) a proposé de nouveaux règlements pour réglementer les émissions de gaz à effet de serre des centrales actuelles et modifiées en vertu de l'article 111(d) de la *Clean Air Act* du gouvernement fédéral[8]. La proposition servirait à mettre en œuvre l'une des caractéristiques importantes du Plan d'action sur le climat. Comme il a été écrit précédemment[9], l'EPA a proposé en 2014 une règle qui établirait des normes de rendement relatives aux gaz à effet

---

[4] *Ibid*.
[5] *Sierra Club v FERC*, N° 14-1249 (cour d'appel de circuit du district fédéral de Columbia, déposé le 17 novembre 2014); *Sierra Club v FERC*, N° 14-1190 (cour d'appel de circuit du district fédéral de Columbia, déposé le 29 *septembre 2014*).
[6] Executive Office of the President, *The President's Climate Action Plan* (juin 2013), en ligne : The White House <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/image/president27sclimateactionplan.pdf>.
[7] Coral Davenport, *Obama Builds Environmental Legacy with 1970 Law* (26 novembre 2014), en ligne : New York Times <http://nyti.ms/1Ft87H6>.
[8] *Carbon Pollution Emission Guidelines for Existing Stationary Sources: Electric Utility Generating Units*, 79 Fed Reg 34,830 (2014).
[9] Robert S. Fleishman, "The Washington Report," *Energy Regulation Quarterly* (5 mai 2014), en ligne : Energyregulationquarterly.ca <http://www.energyregulationquarterly.ca/regular-features/the-washington-report-2>.

de serre pour les nouvelles sources fixes. Cette démarche est toujours en cours; elle devrait se terminer en janvier 2015[10]. La nouvelle proposition, le « Clean Power Plan » (plan pour une électricité propre) couvrirait un secteur beaucoup plus large de sources que les nouvelles règles relatives aux sources, et d'ici 2030, réduirait les émissions de carbone du secteur de l'énergie de 30 % sous les niveaux de 2005. L'EPA fixerait un objectif « d'intensité des émissions de carbone » que chaque État devrait atteindre d'ici 2030, tout en permettant aux États d'élaborer leurs propres plans pour atteindre les objectifs; ces plans initiaux doivent être présentés à l'EPA au plus tard le 30 juin 2016. Si elle est édictée, la règle aurait une incidence importante sur la réglementation des services, entre autres, pour les prochaines décennies.

Même si l'EPA fait valoir les avantages de la proposition et la souplesse qu'elle donne à la collectivité réglementée, elle a déjà suscité la polémique – et même entraîné des litiges, même si le règlement n'est pas encore terminé. Murray Energy Corp. et douze États producteurs de charbon ont intenté une poursuite pour interrompre la réglementation dans laquelle il y›a compétence en première instance en matière de certaines contestations relatives à la *Clean Air Act*[11]; une contestation distincte déposée par l'État du Nebraska a été déboutée pour des motifs de procédures[12]. En supposant que la version provisoire des règles est terminée, d'autres contestations judiciaires suivront certainement, probablement audelà du mandat du président Obama.

Le Plan d'action sur le climat requiert également d'intensifier les démarches multilatérales et bilatérales pour aborder la question du changement climatique à l'échelle internationale. L'administration Obama a fait un grand pas à cet égard le 11 novembre 2014, lorsque le président Obama et le président de la Chine, Xi Jinping, ont conjointement annoncé une entente coopérative pour réduire les émissions de gaz à effet de serre des deux pays : les ÉtatsUnis visent une réduction de 28 % par rapport aux niveaux de 2005 d'ici 2025, et la Chine vise une réduction maximale des émissions verse 2030, tout en augmentant la part de combustibles non fossiles en énergie d'environ 20 %[13]. Les deux dirigeants ont également manifesté leur intention d'adopter un protocole contraignant ou un instrument juridique similaire ayant force exécutoire sur toutes les parties participant à la Conférence des Nations Unies sur le climat, qui se tiendra à Paris en 2015. À l'instar du *Clean Power Plan*, il incomberait effectivement au successeur du président Obama de mettre en œuvre tout engagement pris à la Conférence sur le climat, et les médias caractérisent les mesures d'action à l'égard du climat comme étant une question qui pourrait faire beaucoup réagir au moment de l'élection présidentielle de 2016[14].

B. Étude de règles de l'EPA par la Cour suprême des ÉtatsUnis

Nous avons déjà mentionné[15] la décision de la Cour suprême des ÉtatsUnis dans le dossier de l'*Environmental Protection Agency v. EME Homer City Generation, L.P.*[16], un dossier portant sur la *Clean Air Act*, où la Cour a confirmé les plus récents efforts déployés par l'EPA pour forcer les États « en amont » à réduire leurs émissions, lesquelles contribuent largement à la pollution des États « en aval ». L'EPA n'a pas obtenu d'aussi bons résultats dans la décision suivante de la Cour, portant sur la *Clean Air Act*, soit la décision *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*[17], qui a représenté seulement une victoire partielle pour l'EPA.

Dans ce dossier, la Cour a rejeté la demande de l'EPA que la *Clean Air Act* exige qu'une source fixe obtienne un permis dans le cadre du programme Prevention of Significant

---

[10] *Standards of Performance for Greenhouse Gas Emissions from New Stationary Sources: Electric Utility Generating Units*, 79 Fed Reg 1430 (2014).

[11] *In re Murray Energy Corp.*, N° 14-1112 (cour d'appel de circuit du district fédéral de Columbia, déposé le 18 juin 2014); *West Virginia v EPA*, N° 14-1146 (cour d'appel de circuit du district fédéral de Columbia, déposé le 1er *août 2014*).

[12] *Nebraska v EPA*, N° 4:14-cv-3006, 2014 WL 4983678 (D Neb 2014).

[13] Office of the Press Secretary, communiqué de presse, *U.S.-China Joint Announcement on Climate Change* (12 novembre 2014), en ligne : The White House <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/11/11/us-china-joint-announcement-climate-change>.

[14] Voir, par ex, Coral Davenport, *In Climate Deal with China, Obama May Set 2016 Theme* (12 novembre 2014), en ligne : New York Times <http://nyti.ms/1wVb7vf>.

[15] "The Washington Report," *supra* note 9.

[16] *Environmental Protection Agency v EME Homer City Generation, L.P.,* 134 S Ct 1584 (2014).

[17] *Utility Air Regulatory Group v Environmental Protection Agency,* 134 S Ct 2427 (2014).

Deterioration (PSD) ou un permis du titre V « source importante ») uniquement en fonction des émissions potentielles de gaz à effet de serre (GES). La Cour, toutefois, a confirmé la détermination de l'EPA qu'une source d'émissions de GES, qui autrement devrait détenir un permis dans le cadre du programme de prévention de la détérioration importante, source appelée « source fugitive », peut être tenue d'avoir recours à aux meilleures normes d'émissions existantes pour lutter contre la pollution pour contrôler ces émissions de GES.

Même si l'avis de la Cour explique clairement que l'EPA peut réglementer, en vertu de la *Clean Air Act*, les GES provenant de sources fixes, il montre également la volonté partagée de la Cour de porter un regard critique sur la réglementation de l'EPA, en particulier ses tentatives d'adapter la réglementation d'une manière qui va audelà des intentions explicites du Congrès.

C. Cendre de houille

Le 19 décembre 2014, l'EPA a présenté sa règle finale régissant l'entreposage et l'élimination de résidus de combustion de charbon (RCC) (c.àd. « cendre de houille » par les services publics d'électricité). Cette règle tant attendue a été élaborée en vertu du soustitre D de la *Resource Conservation and Recovery Act*, et elle établit des exigences détaillées à l'égard de l'élimination de la cendre de houille tant dans les décharges existantes et nouvelles de RCC que les dépôts en surface[18]. Elle établit les critères minimaux nationaux pour les décharges existantes et nouvelles de RCC ainsi que pour les dépôts en surface de RCC existants et nouveaux. Ces critères comprennent des restrictions relatives à l'emplacement, des critères de conception et d'exploitation, la surveillance de l'eau souterraine et des mesures correctives, les exigences en matière de clôture ainsi que des exigences relatives à l'entretien après la clôture, la tenue de dossiers, les avis et l'affichage sur Internet[19].

III. Fracturation hydraulique

La fracturation hydraulique (« hydrofracturation ») demeure une pratique controversée soumise à une mosaïque de règlements principalement imposés par les États et les localités[20]. Ce cadre réglementaire est attribuable à une loi qui exempte précisément la fracturation de la surveillance fédérale[21]. Par conséquent, de nombreuses décisions liées à la fracturation proviennent de tribunaux d'État. L'une des décisions les plus importantes liées à la fracturation en 2014 a été *Wallach v. Town of Dryden*, où la Cour d'appel de New York a jugé que les gouvernements locaux avec le pouvoir d'interdire les activités de fracturation en vertu de leur pouvoir d'édicter des ordonnances de zonage[22].

Le plus haut tribunal de l'État a appliqué son cadre tripartite présenté dans *Frew Run Gravel Prods., Inc. v. Town of Carroll*[23], et a jugé que le langage simple, le régime législatif et le contexte législatif de la Oil, Gas, and Solution Mining Law (OGSML) de l'État appuyait la capacité des localités d'adopter des interdictions de fracturation[24]. Plus précisément, le tribunal a expliqué que la OGSML « est la plus naturellement lue comme empiétant uniquement sur les lois locales qui prétendent réglementer l'exploitation réelle des activités pétrolières et gazières, pas sur les ordonnances de zonage qui restreignent ou interdisent certaines utilisations du sol dans les limites de la ville »[25]. De plus, le tribunal a expliqué ceci :

> Il est évident que la OGSML vise la réglementation et le pouvoir du Département à l'égard de la sécurité et des aspects techniques et opérationnels des activités pétrolières et gazières à l'échelle étatique… rien dans les diverses dispositions de la OGSML n'indique que la clause de suppression avait un sens plus large que nécessaire pour empiéter sur les lois locales contradictoires dirigées vers les activités techniques de l'industrie[26].

---

[18] Envtl. Prot. Agency, *Hazardous and Solid Waste Management System; Disposal of Coal Combustion Residuals from Electric Utilities* (19 décembre 2014), en ligne: EPA <http://www2.epa.gov/sites/production/files/2014-12/documents/ccr_finalrule_prepub.pdf>.
[19] *Ibid* aux p 10-14.
[20] Voir, par ex, *Wallach v Town of Dryden*, 23 NY (3d) 728 (2014), reargument denied, 24 NY (3d) 981 (2014).
[21] *Regulation for States Programs,* 42 USC § 300h(d)(1)(B)(ii) (2014).
[22] *Wallach v Town of Dryden,* 23 NY (3d) à 754-55, [*Wallach*].
[23] *Frew Run Gravel Prods., Inc. v Town of Carroll,* 71 NY (2d) 126 (1987).
[24] *Wallach*, *supra* note 22, à la p 753.
[25] *Ibid* à la p 746.
[26] *Ibid* aux p 749-50.

[traduction libre]

En décembre 2014, New York est devenu le plus grand État producteur de pétrole et de gaz en importance à interdire la fracturation. Le gouverneur et ses commissaires à la santé et à l'environnement l'ont fait en raison de préoccupations pour la santé[27].

De plus, en 2014, de nombreuses localités ont adopté des interdictions de fracturation, notamment les comtés de Mendicino et de San Benito, en Californie[28], et les villes de Denton, au Texas, et d'Athens, en Ohio[29]. uelques jours après que la Ville de Denton ait adopté son interdiction de fracturation, le *Texas General Land Office* et la *Texas Oil and Gas Association* ont intenté une poursuite pour l'empêcher d'appliquer l'interdiction[30]. En outre, la présidente de la *Texas Railroad Commission* a expliqué qu'elle prévoit délivrer des permis de fracturation pour les activités dans la Ville de Denton, malgré son interdiction de fracturation[31].

Le *Illinois Department of Natural Resources* (IDNR) a publié des règles qui réglementent la fracturation, ce qui ouvre la porte aux activités de fracturation dans l'État[32]. Les règles sont la troisième tentative du IDNR de codifier la *Hydraulic Fracturing Regulatory Act*[33], promulguée en 2013, qui s'applique à tous les puits où peut se faire la fracturation en Illinois.

La *Nevada Commission on Mineral Resources* (NCMR) a émis des règlements régissant les activités de fracturation dans l'État[34]. Les règles ont été émises après le refus d'un tribunal fédéral d'accorder une injonction pour empêcher la NCMR d'émettre ses règlements en matière de fracturation[35]. Le tribunal a expliqué qu'elle n'avait pas la compétence en la matière pour examiner la contestation parce que la mesure finale, une condition préalable en matière juridictionnelle pour obtenir une révision judiciaire, n'avait pas encore eu lieu parce que les baux n'avaient pas encore été émis par le *Bureau of Land Management*[36].

IV. Coordination entre les industries du gaz et de l'électricité et ordonnance 1000 de la FERC

A. Ordonnances sur la planification des exploitants de gazoducs et de services de transport d'électricité

En 2014, la FERC a émis trois ordonnances interreliées portant sur les questions soulevées par les pratiques de planification des exploitants de gazoducs interétatiques et les exploitants de services de transport d'électricité. La Commission est préoccupée par les répercussions possibles sur l'exploitation fiable et efficace des systèmes de transport d'électricité et les gazoducs interétatiques, des écarts entre les heures de début des journées d'exploitation des gazoducs et des installations électriques, et des divergences entre les calendriers de planification des services de transport par gazoduc interétatique et les ventes d'électricité en gros faites par des centrales au gaz naturel naturel le jour suivant. La Commission est également préoccupée par les pratiques actuelles de planification des exploitants de gazoducs interétatiques et de l'application de certains règlements de la Commission par les exploitants de gazoducs, qui pourraient ne pas fournir la souplesse requise pour satisfaire aux besoins des producteurs de gaz naturel,

---

[27] Alan Neuhauser, *New York, Citing Health Risks, Moves to Ban Fracking* (17 décembre 2014), en ligne: US News <http://www.usnews.com/news/articles/2014/12/17/new-york-citing-health-risks-to-ban-fracking>.

[28] Keith Goldberg, *Calif. County Fracking Bans Set Stage for Statewide Brawl* (7 novembre 2014), en ligne: Law360 <http://www.law360.com/projectfinance/articles/594594>.

[29] Molly Hennessy-Fiske, *In Denton, Texas, Voters Approve "Unprecedented" Fracking Ban* (7 novembre 2014), en ligne: LA Times <http://www.latimes.com/nation/la-na-texas-fracking-20141108-story.html>; Laura Arenschield, *Athens Votes to Ban Fracking* (6 novembre 2014), en ligne : Columbus Dispatch <http://www.dispatch.com/content/stories/local/2014/11/05/athens-votes-to-ban-fracking.html>.

[30] *Patterson v City of Denton*, N° D-1-GN-14-004628 (Tex Dist Ct 53d filed 5 November 2014).

[31] Nicholas Sakelaris, *Railroad Commission Head Talks Denton Frack Ban, What Agency Did Wrong* (7 novembre 2014), en ligne: Dallas Business Journal <http://www.bizjournals.com/dallas/blog/2014/11/railroad-commission-head-talks-denton-frack-ban.html?page=all>.

[32] Ill. Dep't of Natural Res., *Hydraulic Fracturing* (date de la dernière consultation : 30 janvier 2015), en ligne: IDNR <http://www.dnr.illinois.gov/OILANDGAS/Pages/Hydraulicfracturing.aspx>.

[33] Ill Pub Act No 98-22 (2013).

[34] Nev. Comm'n on Mineral Res., *Adopted Regulation of the Commission on Mineral Resources*, (en vigueur le 24 octobre 2014); en ligne: NCMR <http://minerals.nv.gov/uploadedFiles/mineralsnvgov/content/Programs/Oil_and_Gas/R011-14A_Final_Approved_By_Legislative_Commission.pdf>.

[35] *Reese River Basin Citizens Against Fracking, LLC v Bureau of Land Mgmt.*, N° 3:14-cv-00338-MMD-WGC, 2014 WL 4425813 (D Nev 8 September 2014).

[36] *Ibid* aux p 3-4.

et peuvent limiter la capacité dont disposent les expéditeurs (y compris les centrales au gaz naturel naturel).

1. Proposition de la FERC sur la planification pour le gaz naturel et l'électricité

La FERC a émis un avis de projet de réglementation, où elle propose des modifications à règlements afin de mieux coordonner la planification des marchés du gaz naturel et de l'électricité à la lumière d'une dépendance accrue sur le gaz naturel pour la production d'électricité[37]. Avec les règlements modifiés, la journée d'exploitation du gaz naturel commencerait plus tôt, on reviendrait au cycle de nomination opportun et ferait passer de deux à quatre le nombre de possibilités de nomination infrajournalière pour aider les expéditeurs à s'ajuster aux changements de la demande. Les commentaires sur l'ébauche de règles ont été déposés le 28 novembre 2014.

2. Instance pour examiner les pratiques de planification des EIR et des ERT

La FERC a également amorcé une instance en vertu de l'article 206 de la *Federal Power Act* afin d'examiner si les pratiques de planification pour le prochain jour ouvrable par les exploitants indépendants de réseau (EIR) et les entreprises régionales de transport (ERT) sont justes et raisonnables[38]. À la suite de l'émission par la FERC d'une règle finale dans la réglementation de la *coordination*, chaque EIR et ERT doit : (1) effectuer une déclaration qui propose un changement tarifaire pour ajuster la période à laquelle les résultats de son processus d'engagement du marché énergétique du prochain jour ouvrable et de son unité de fiabilité (ou l'équivalent) est affichée à une période suffisamment à l'avance des cycles de nomination ponctuels et en soirée, respectivement, pour permettre aux centrales au gaz naturel de s'approvisionner en gaz naturel et d'assurer une capacité de transport par gazoducs pour respecter leurs obligations, ou (2) justifier pourquoi de tels changements ne sont pas nécessaires. Dans ses réponses, chaque EIR et ERT doit expliquer en quoi ses propositions de modifications à la planification allouent suffisamment de temps aux centrales au gaz naturel pour garantir la capacité des gazoducs avant les cycles de nomination ponctuels et en soirée.

3. Justification de l'instance portant sur l'affichage de la capacité d'offres d'achat

Enfin, la FERC a amorcé une instance de justification en vertu de l'article 5 de la *Natural Gas Act*, qui exige que tous les pipelines interétatiques présentent à la Commission des présentations soit pour revoir leurs tarifs afin de répondre à l'affichage d'offres d'achat de la capacité libérée, soit pour démontrer qu'ils respectent en tous points les règlements de la Commission en matière d'affichage d'offres d'achat de la capacité libérée[39]. L'article 284.8(d) du règlement de la Commission stipule que les pipelines doivent fournir un avis d'offres de libération ou d'achat de capacité et les conditions de ces offres, sur un site Web, pendant une période raisonnable.

B. Ordonnance 1000 de la FERC

L'ordonnance 1000 de la FERC et ses produits de filiation ont adopté des réformes réglementaires importantes qui auront une incidence importante sur la planification, l'élaboration et l'exploitation de l'infrastructure de transport électrique en Amérique du Nord[40]. En 2014, une formation de trois juges pour le circuit du district de Columbia a soutenu à l'unanimité l'ordonnance nº 1000 au motif que l'ordonnance et ses réformes relevaient de la portée des pouvoirs de la FERC en vertu de la *Federal Power Act*, étayée par une preuve substantielle, non arbitraire et non capricieuse[41].

En vertu de l'ordonnance nº 1000 : (1) les fournisseurs publics de services de transport doivent participer à un processus de planification du transport ouvert et non discriminatoire pour la création de nouvelles installations de transport, à l'échelle régionale; (2) les plans de transport régional doivent définir les besoins de transport déterminés par les exigences de la politique publique; (3) les régions adjacentes doivent établir des procédures pour échanger les données de planification et définir des solutions

[37] *Coordination of the Scheduling Processes of Interstate Natural Gas Pipelines and Public Utilities*, 146 FERC ¶ 61,201 (2014).
[38] *Cal. Indep. Sys. Operator Corp.*, 146 FERC ¶ 61,202 (2014).
[39] *Posting of Offers to Purchase Capacity*, 146 FERC ¶ 61,203 (2014).
[40] *Transport Planning and Cost Allocation by Transport Owning and Operating Public Utilities*, 136 FERC ¶ 61,051 (2011).
[41] *S.C. Pub. Serv. Auth. v FERC*, 762 F.3d 41 (DC Cir 2014).

interrégionales plus efficaces pour répondre aux besoins de transport; (4) les fournisseurs de services de transport titulaires n'ont plus le droit de premier refus pour construire de nouvelles installations régionales de transport; (5) les coûts du nouveau transport seront attribués aux bénéficiaires des nouvelles installations de transport « d'une manière qui est au moins à peu près proportionnelle aux avantages estimés »[42].

En soutenant l'ordonnance nº 1000, le tribunal s'en est remis à l'interprétation de la FERC de son pouvoir en vertu de l'article 206 de la *Federal Power Act* de réglementer les « pratiques » touchant les taux relevant de la compétence de la FERC. Selon la décision de la cour, la planification du transport est une « pratique » qui touche les taux de transport relevant de la compétence de la FERC. Par conséquent, le tribunal a jugé que la FERC exerçait de manière appropriée son pouvoir en exigeant que les fournisseurs de transport participent à des processus précis de planification du transport.

Le tribunal a rejeté les arguments selon lesquels la FERC n'avait pas démontré qu'il était nécessaire d'adopter les réformes de planification du transport énoncées dans l'ordonnance nº 1000. Le tribunal a trouvé une preuve substantielle d'une menace théorique de taux de service de transport inéquitables et irraisonnables si l'ordonnance nº 1000 n'était pas adoptée. La détermination de la FERC de la nécessité de la réforme de la planification du transport a été étayée de manière appropriée par la réglementation antérieure de la Commission à l'égard du transport, et par des commentaires présentés par le DOE, des expertsconseils de l'industrie et dans le cadre de conférences techniques de la FERC.

Le tribunal a souscrit à l'opinion de la FERC selon laquelle la Commission avait le pouvoir, en vertu de l'article 206 de la *Federal Power Act* d'ordonner aux fournisseurs de transport de retirer le droit de premier refus de leurs tarifs de transport. Le tribunal a déterminé qu'il était raisonnable que la FERC conclue que le droit de premier refus constitue un obstacle à l'entrée qui a rendu inefficace le marché du transport et a accru les coûts pour les clients du réseau de transport. Il a été établi, à juste titre, que le droit de premier refus est une « pratique » touchant le coût des services de transport en gros, et que la FERC avait donc le pouvoir de réglementation.

Le tribunal a confirmé la décision de la FERC selon laquelle les coûts des nouveaux services de transport doivent être attribués entre les bénéficiaires, et a jugé que la langue et le contexte de l'article 206 de la *Federal Power Act* ne limitent pas le pouvoir de la FERC de surveiller les pratiques touchant des relations commerciales antérieures. Les requérants soutenaient que l'article 206 empêchait la Commission d'attribuer des coûts « audelà des relations commerciales préexistantes ». Toutefois, le tribunal a jugé que « l'article 206 habilite la Commission à fixer tout tarif touchant la «pratique», et la Commission a bien compris que l'attribution des coûts aux bénéficiaires – ou son absence – est un tarif touchant la pratique ». Par conséquent, le tribunal a jugé que « l'utilisation de «tout» pour décrire «tarif», «service public» et «transport» confère un pouvoir à la Commission, qui ne se limite pas aux relations commerciales préexistantes de tout service donné »[43].

L'ordonnance nº 1000 exige que la planification régionale tienne compte notamment des besoins de transport déterminés par les exigences de la politique publique. Les requérants ont contesté cette exigence pour une raison d'imprécision inacceptable. Le tribunal a expliqué que la FERC avait simplement ordonné à chaque région d'élaborer des mécanismes pour répondre aux exigences de la politique publique, et que c'était suffisant pour répondre à toute exigence en matière de précision juridique dans la démarche de l'organisme.

La FERC a émis une série d'ordonnance mettant en œuvre sa règle partout au pays.

V. Dodd-Frank et progrès de la CFTC

La Commodity Futures Trading Commission (la CFTC ou la Commission) a connu un renouvellement important à la direction en 2014, avec la nomination de trois nouveaux commissaires, notamment le nouveau président Timothy Massad[44]. Des déclarations

[42] 136 FERC, aux para 6-10.
[43] *S.C. Pub. Serv. Auth.*, 762 F.3d à la p 84.
[44] Sharon Brown, avocate en valeurs mobilières, a été nommée pour doter un poste vacant au Parti démocratique. J. Christopher Giancarlo, cadre en courtage, a été nommé pour doter un poste vacant au Parti républicain. *Voir* U.S. Commodity Futures Trading Comm'n, *Commissioner Terms of Office*, en ligne: CFTC <http://www.cftc.gov/About/Commissioners/TermsofOffice/index.htm>.

et des mesures des nouveaux membres de la Commission laissent entendre que la CFTC pourrait être davantage disposée à collaborer avec les participants de l'industrie pour atténuer les répercussions de la Dodd-Frank Wall Street Reform and *Consumer Protection Act* (Dodd-Frank) sur les utilisateurs finaux commerciaux, y compris les sociétés d'énergie, que l'ancienne Commission dirigée par l'ancien président Gary Gensler[45]. Les progrès notables de la CFTC, liés à l'énergie, sont présentés cidessous.

A. Proposition d'interprétation de la définition de « swap » de l'examen en sept volets pour les contrats à terme avec option de volume

En réponse aux demandes des participants au marché, le 13 novembre 2014, la CFTC, conjointement avec la Securities and Exchange Commission (SEC), a proposé une interprétation[46] de l'examen en sept volets pour les contrats à terme comportant une option de volume intégrée, tel qu'il est énoncé dans la réglementation conjointe des organismes, où l'on définit plus en détail le terme « swap » en vertu de la Dodd-Frank[47]. Le septième volet de l'examen fait l'objet d'un examen attentif parce qu'il exige que l'adoption ou non de l'option de volume intégrée soit fondée principalement sur des facteurs physiques, ou des exigences réglementaires, qui échappent au contrôle des parties et exercent une influence sur la demande ou l'offre du produit non financier, pour qu'un contrat comportant une option de volume intégrée soit classé comme étant un contrat à terme[48]. Les commentateurs s'inquiétaient que l'examen, surtout le septième volet, classe comme étant des swaps certains contrats commerciaux qui n'ont pas à être réglementés en tant que tel et ajoute une incertitude inutile à l'égard du traitement réglementaire des contrats commerciaux comportant une option de volume intégrée[49].

La nouvelle proposition rendrait le septième volet plus facile à respecter, ce qui réduirait la probabilité qu'un contrat commercial comportant une option de volume intégrée soit traité comme un swap assujetti à la réglementation en vertu de la loi Dodd-Frank. Plus précisément, la proposition modifierait la formulation du volet de la manière suivante : l'option de volume intégrée **vise** principalement**, au moment où les parties concluent l'accord**, un marché ou une transaction, à aborder les facteurs physiques ou les exigences réglementaires qui ont une incidence **raisonnable** sur la demande ou l'offre du produit non financier[50]. Le texte en caractères gras représente les changements apportés à l'examen original et déleste les parties d'avoir à prévoir la raison pour laquelle une option intégrée pourrait être adoptée à un moment ultérieur. La période de consultation publique pour la proposition d'interprétation a pris fin le 22 décembre 2014.

B. Règle finale exemptant les contrats d'échange de fournisseurs spéciaux de services publics du seuil inférieur des opérateurs sur contrats d'échange applicable aux affaires conclues avec des fournisseurs spéciaux

Le 17 septembre 2014, la CFTC a approuvé une règle finale[51] qui modifie la définition de « opérateur sur contrats d'échange », le fournisseur assujetti au niveau le plus élevé de la réglementation de la CFTC en vertu de la loi Dodd-Frank, afin de permettre aux personnes qui participent à des « swaps liés à l'exploitation de services publics »[52] avec des « fournisseurs

---

[45] Par exemple, le président Massad a décrit sa responsabilité comme visant « à s'acquitter du mandat du Congrès de sortir de l'ombre cette industrie des swaps et à établir des conditions permettant au marché de prospérer. Les marchés sont prospères lorsque les acteurs privés tirent un avantage du commerce. » *Voir* Aaron Timms, *New CFTC Boss Timothy Massad Goes Soft on Regulation* (13 novembre 2014), en ligne: Institutional Investor <http://www.institutionalinvestor.com/inside-edge/3400359/new-cftc-boss-timothy-massad-goes-soft-on-regulation.html>.

[46] *Forward Contracts with Embedded Volumetric Optionality*, 79 Fed Reg 69,073 (proposé le 20 novembre 2014).

[47] *Further Definition of "Swap," "Security-Based Swap," and "Security-Based Swap Agreement"; Mixed Swaps; Security-Based Swap Agreement Recordkeeping*, 77 Fed Reg 48,208 (2012).

[48] *Ibid* à 48,238.

[49] Voir, par ex, 79 Fed Reg (2014) 69,077 (déclaration du commissaire Wetjen).

[50] *Ibid* (accent ajouté).

[51] *Exclusion of Utility Operations-Related Swaps with Utility Special Entities from De Minimis Threshold for Swaps with Special Entities*, 79 Fed Reg 57,767 (2014) (à codifier à 17 CFR pt 1).

[52] Un « swap lié à l'exploitation de services publics » constitue un swap selon lequel chacune des parties est un fournisseur spécial de services publics qui utilise le swap pour couvrir ou réduire un risque commercial, et qui est associée à un produit exclu. En outre, le swap doit être un swap sur l'énergie électrique ou le gaz naturel, ou être associé aux obligations en matière d'exploitation ou de conformité d'un fournisseur spécial de services publics, comme il est énoncé dans la règle finale de la CFTC.

spéciaux de services publics »[53] d'exclure ces swaps servant à déterminer qui a dépassé le seuil minimum de 25 millions de dollars propre aux affaires conclues avec des fournisseurs spéciaux. Ces swaps doivent plutôt uniquement être pris en compte pour déterminer si le seuil minimal général de 8 milliards de dollars s'applique (si le swap constitue une transaction et n'est pas admissible à une autre exemption de la détermination). La règle finale codifie efficacement l'exclusion liée à la renonciation de prise de mesure (« no-action relief ») émise par le personnel de la CFTC en mars codifie effectivement l'exclusion liée à la renonciation de prise de mesure émise antérieurement par le personnel de la CFTC en mars 2014[54].

C. Proposition de règles de marge pour les swaps non compensés

Le 3 octobre 2014, la CFTC a de nouveau proposé des règles de marge pour les swaps non compensés conclus par des opérateurs sur contrats d'échange inscrits et des principaux intervenants des échanges financiers, qui ne sont pas des banques (les organismes de réglementation prudentielle des ÉtatsUnis[55] ont proposé des règles comparables qui s'appliqueraient aux banques)[56]. La CFTC a d'abord proposé des règles à ce sujet en 2011, mais a proposé de nouveau les règles en réponse aux commentaires reçus et à la publication du *Final Policy Framework for Margin Requirements for Non-Centrally Cleared Derivatives*, publié en septembre 2013 par le *Basel Committee on Banking Supervision* et le *Board of the International Organization of Securities Commissions*[57]. Notamment, la nouvelle proposition n'exigerait pas que les utilisateurs finaux non financiers, une catégorie qui englobe la plupart des sociétés d'énergie, fournissent une marge pour les swaps négociés avec des opérateurs sur contrats d'échange ou de principaux intervenants des échanges financiers. La période de consultation pour la proposition de réglementation a pris fin le 2 décembre 2014.

D. Proposition de modification de la règle sur la tenue de dossiers pour les membres de plateformes de négociation des swaps

Le 4 novembre 2014, la CFTC a proposé de modifier la règle 1.35(a)[58] de la Commission pour offrir une exonération permanente de l'obligation de se conformer à certaines exigences relatives à la tenue de dossiers applicables aux membres de plateformes de négociation des swaps[59]. Notamment, la proposition codifierait l'exclusion liée à la renonciation de prise de mesure du personnel actuel, qui exonère les membres non inscrits (c.àd. les entités qui négocient sur des plateformes de négociation des swaps, qui ne sont pas inscrites à titre d'opérateurs sur contrats d'échange ou de principaux intervenants des échanges financiers) des exigences de tenir des registres des messages textes et de conserver tous les dossiers requis de manière à ce qu'ils puissent être identifiables et consultés par transaction. La période de consultation pour le projet de réglementation a pris fin le 13 janvier 2015.

E. Règle finale de la CFTC sur la propriété et le contrôle et lancement de l'application FIA Tech

Le 18 novembre 2013, la CFTC a publié les règles définitives sur la production de rapports sur la propriété et le contrôle[60]. Les nouvelles

---

[53] Un « fournisseur spécial de services publics » serait défini comme suit : une entité particulière (généralement certaines entités gouvernementales, régimes de retraites, plans gouvernementaux ou richesses) qui possède ou exploite des installations d'électricité ou de gaz naturel, des opérations d'électricité ou de gaz naturel ou de telles installations ou opérations prévues; les fournisseurs de gaz naturel ou d'énergie électrique pour d'autres fournisseurs spéciaux de services publics ont des obligations en matière de service public, ou des obligations prévues en matière de services publics en vertu des lois ou des règlements fédéraux ou des États, pour fournir de l'énergie électrique ou du gaz naturel à ses consommateurs; il peut aussi s'agir d'un organisme de commercialisation de l'électricité fédéral, comme il est défini à l'article 3 de la FPA, 16 USC § 796(19).

[54] Voir CFTC Letter No. 14-34 (21 mars 2014), en ligne: CFTC <http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@lrlettergeneral/documents/letter/14-34.pdf>.

[55] Les « organismes de réglementation prudentielle" sont le Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale américaine (*Federal Reserve System*), l'*Office of the Comptroller of the Currency*, la *Federal Deposit Insurance Corporation*, la Farm Credit Administration et la *Federal Housing Finance Agency*.

[56] Voir *Margin Requirements for Uncleared Swaps for Swap Dealers and Major Swap Participants*, 79 Fed Reg 59,898 (proposé le 3 octobre 2014) (à codifier à 17 CFR pts 23 et 140).

[57] Voir Basel Comm. on Banking Supervision, *Margin Requirements for Non-Centrally Cleared Derivatives* (septembre 2013), en ligne : Banque des règlements internationaux <http://www.bis.org/publ/bcbs261.pdf>.

[58] 17 CFR § 1.35(a)(1).

[59] *Records of Commodity Interest and Related Cash or Forward Transactions*, 79 Fed Reg 68,140 (2014).

[60] *Ownership and Control Reports, Forms 102/102S, 40/40S, et 71*, 78 Fed Reg 69,178 (2013) (à codifier à 17 CFR pts 15, 17, 18 et 20).

règles comprennent des exigences beaucoup plus importantes en matière de données et des délais serrés de production de rapports, qui, toucheront la manière dont les futurs marchands à commission et opérateurs sur contrats d'échange recueillent des données et en rendent compte dans le cadre de leurs obligations d'établir des rapports en vertu des règles de la CFTC.

En réponse à la nouvelle réglementation, l'organisme commercial Futures Industry Association (« FIA ») a créé une application Web appelée « FIA Tech »[61], qui permettra aux entreprises de gérer la propriété des actifs et les données de contrôle et de rendre compte de l'information requise à la CFTC. Plus précisément, l'application FIA Tech facilite les obligations de rendre compte pour les formules 102[62], 40[63] et 71[64].

F. Proposition de règle sur les limites de position

Comme il a déjà mentionné[65], la CFTC a prolongé la période de commentaires sur sa proposition de limites de position et a organisé une table ronde avec le personnel afin d'étudier certaines questions concernant les marchandises physiques (y compris les produits énergétiques)[66]. La CFTC a demandé aux joueurs sur le marché de présenter leurs commentaires sur les sujets suivants : 1) les couvertures d'une marchandise physique par une entreprise commerciale, y compris la couverture brute, la couverture multiproduit, la couverture anticipatoire et le processus d'obtention d'une exemption non énumérée; 2) l'établissement de limites d'échéance restreintes au mois en cours pour la livraison physique et les contrats réglés en espèce ainsi qu'une exemption conditionnelle pour une limite restreinte au mois en cours; 3) le règlement de limites non restreintes au mois en cours pour les contrats sur le blé; 4) l'exemption d'agrégation pour certaines participations financières supérieures à 50 % de propriété dans une entité détenue en propriété; et 5) l'agrégation fondée sur des stratégies de négociation essentiellement identiques. La période de consultation a pris fin le 4 août 2014, et la proposition de règle est encore en suspens[67].

VI. Office of Enforcement de la FERC et conformité

En 2014, l'Office of Enforcement de la FERC a ciblé ses démarches dans quatre domaines principaux : (1) la fraude et la manipulation du marché; (2) les violations graves des normes obligatoires de viabilité; (3) la conduite anticoncurrentielle et (4) la conduite menaçant la transparence des marchés réglementés[68]. En 2014, l'Office of Enforcement a continué d'intenter des poursuites pour des questions relevant du pouvoir de la FERC d'imposer des sanctions civiles s'élevant jusqu'à 1 million de dollars par jour dans des cas de manipulation du marché et de fraude[69]. La FERC a ouvert 17 nouvelles enquêtes et a obtenu des sanctions monétaires et une restitution de profits injustifiés totalisant 29 millions de dollars. Les cas notables sont décrits brièvement cidessous.

A. BP America Inc. *et al.*

Le 5 août 2013, la FERC a ordonné à la BP America Inc., à la BP Corporation North America Inc., à la BP America Production Company et à la BP Energy Company (nom collectif : BP) de justifier les raisons pour lesquelles BP ne devrait pas : (1) être accusée d'avoir manipulé illégalement un marché de gaz naturel à Houston de septembre à novembre 2008; (2) ne devrait pas se voir fixer des sanctions totalisant 28 millions de dollars; (3)

---

[61] « OCR » signifie Ownership and Control Reporting.

[62] Les entités déclarantes doivent remplir une formule 102A lorsqu'un compte devient déclarable, une formule 102B lorsqu'un compte atteint un « niveau déclarable de volume d'échange » d'au moins 50 contrats sur un marché contractuel désigné ou une plateforme de négociation des swaps avec le même identificateur de produit au cours d'une même journée de négociation et une formule 102S pour compte consolidé d'une contrepartie de swap ou d'un client détenteur d'une position déclarable.

[63] La formule 40s doit être remplie par les propriétaires et les contrôleurs à la suite d'une demande spéciale de la CFTC.

[64] La formule 71s doit être remplie par les auteurs d'un compte omnibus de seuil de volume ou d'un souscompte omnibus déclarable.

[65] "The Washington Report," *supra* note 9.

[66] *Position Limits for Derivatives and Aggregation of Positions*, 79 Fed Reg 71,973 (2014).

[67] En décembre 2014, la CFTC a de nouveau prolongé la période de commentaires à l'égard de certaines questions liées aux marchandises agricoles. La période de commentaires prolongée a pris fin le 22 janvier 2015.

[68] Federal Energy Regulatory Commission, *2014 Report on Enforcement*, FERC Docket No AD07-13-008 (20 novembre 2014), en ligne: FERC <http://www.ferc.gov/legal/staff-reports/2014/11-20-14-enforcement.pdf>. Le rapport apporte une plus grande transparence et présente des conseils à l'intention des entités réglementées et du public.

[69] Voir 16 USC § 824v(a) (2012); 15 USC § 717c-1 (2012).

une restitution de 800 000 dollars pour profits illicites[70]. Le 4 octobre 2013, BP a déposé une réponse niant tout acte répréhensible et demandant que la FERC révoque la procédure ou, à titre de solution de rechange, fixe la tenue d'une pleine audition de témoins devant un juge administratif dans les bureaux de l'organisme. Le 15 mai 2014, la FERC a rejeté la demande de BP pour révoquer la procédure citant l'existence de véritables questions litigieuses concernant un fait important et a ordonné la tenue d'une audience.

Le 13 juin 2014, BP a présenté une demande d'une nouvelle audience de l'ordonnance de la FERC rejetant la motion de BP de révoquer la procédure et d'ordonner une audience publique. BP a fait valoir que l'ordonnance élargit de manière inappropriée la compétence de la FERC audelà des limites obligatoires de la *Natural Gas Act*. La FERC a émis une ordonnance le 14 juillet 2014 acceptant la demande de nouvelle audience du BP à la seule fin d'allouer du temps supplémentaire à l'examen des questions soulevées sans aborder la demande précise de BP que la FERC réentende l'ordonnance du 15 mai 2014. La FERC a également expliqué que la demande précise de nouvelle audience serait abordée dans une prochaine ordonnance[71].

Le 22 septembre 2014, le personnel de l'Office of Enforcement de la FERC a présenté le témoignage de trois témoins qui ont analysé les activités commerciales de BP pendant la période en question[72]. Tous les témoins ont convenu que BP s'était livrée à de la manipulation, en citant, entre autres, la modification importante de l'activité commerciale de BP à la suite de l'ouragan Ike, de septembre à novembre 2008. L'audience devant les JOA devrait commencer le 30 mars 2015, et la première décision des JOA devrait être publiée au plus tard le 14 août 2015.

B. Lincoln Paper and Tissue *et al.*

Le 29 août 2013, la FERC a émis des ordonnances[73] fixant des sanctions civiles de 5 millions de dollars, de 7,5 millions de dollars et de 1,25 million de dollars à, respectivement, Lincoln Paper and Tissue LLC (Lincoln), Competitive Energy Services, LLC (CES) et Richard Silkman (Silkman), associé directeur de CES. La FERC prétend que ces parties ont manipulé la réaction de la demande des marchés des exploitants indépendants de réseau de la Nouvelle-Angleterre[74]. Les ordonnances demandaient également une restitution de profits illicites d'environ 380 000 dollars à Lincoln et de 170 000 dollars à CES.

Le 2 décembre 2013, la FERC a déposé des requêtes à la Cour de district fédéral du Massachusetts visant à obtenir des ordonnances confirmant l'imposition de sanctions à Lincoln, CES et Silkman[75]. La FERC a sollicité cette exclusion à la Cour fédérale du district alors que les parties visées n'avaient pas payé les sanctions dans les 60 jours alloués.

Le 14 février 2014, Lincoln a présenté une motion pour rejeter la requête de la FERC, en faisant valoir que : (1) la requête de la FERC pour des sanctions civiles est prescrite par le délai de prescription de cinq ans à l'article 2496; (2) la FERC n'a pas la compétence suffisante à l'égard de la conduite de Lincoln; (3) que la FERC n'a pas fourni un préavis raisonnable de la conduite qu'elle juge maintenant inappropriée; (4) la plainte de la FERC ne plaide pas sa requête avec particularité[76]. La motion soulève de nombreuses questions juridiques importantes à propos du pouvoir de la FERC de faire respecter la réglementation sur les marchés

---

[70] *BP America Inc.*, 144 FERC ¶ 61,100 (2013).

[71] Order Granting Rehearing for Further Consideration at 1, *BP America Inc.*, FERC Docket No IN13-15-001 (14 juillet 2014).

[72] Direct testimony was submitted by Dr. Rosa M. Abrantes-Metz, Dr. Patrick J. Bergin, and Dr. Ehud I. Ronn.

[73] *Lincoln Paper & Tissue, LLC*, 144 FERC ¶ 61, 162 (2013); *Competitive Energy Servs., LLC*, 144 FERC ¶ 61, 163 (2013); *Richard Silkman*, 144 FERC ¶ 61, 164 (2013).

[74] « Réaction de la demande » fait référence à une réduction de la consommation d'électricité par les consommateurs par rapport à leur consommation anticipée en réaction à une augmentation du prix de l'électricité ou à des paiements incitatifs conçus pour entraîner une baisse de la consommation d'électricité.

[75] Requête pour la confirmation d'une ordonnance de la Federal Energy Regulatory Commission, le 29 août 2013. Ordonnance imposant une sanction civile à Lincoln Paper and Tissue, LLC, FERC v Lincoln Paper &Tissue, LLC, No 1:13-cv-13056-DPW (D Mass) (2 décembre 2013). La motion plaide, entre autres, que la requête de la FERC est prescrite par un délai applicable et que la FERC n'a pas la compétence suffisante en ce qui a trait à la réaction de la demande. Le CES et Silkman ont également déposé une motion de révocation.

[76] Lincoln Paper and Tissue, LLC's Motion to Dismiss Complaint, FERC v Lincoln Paper & Tissue, LLC, Nº 1:13-cv-13056-DPW (D Mass) (14 février 2014).

de l'électricité. Par exemple, la motion souligne que la FERC n'a pas la compétence nécessaire pour réglementer les transactions concernées parce que les États ont le contrôle exclusif de la réglementation sur la réaction de la demande en vertu de 16 U.S.C. § 824(a)[77].

Le 2 juin 2014, la FERC a présenté une motion pour suspendre la procédure à la lumière de la décision rendue par la cour d'appel des États-Unis pour le circuit du District de Columbia, dans *Elec. Power Supply Ass'n v. FERC*[78] (ordonnance nº 745, présentée cidessous), qui a annulé la règle finale de la FERC sur la compensation de la réaction de la demande dans les marchés organisés de vente d'énergie en gros[79]. Toutefois, le juge de la cour de district a rejeté la motion de suspension de la FERC.

C. Barclay's Bank PLC

Le 16 juillet 2013, la FERC a imposé des sanctions civiles totalisant 435 millions de dollars et une restitution de 34,9 millions de dollars à Barclays Bank PLC (Barclays). Elle a en outre infligé des sanctions civiles s'élevant à 18 millions de dollars à certains commerçants individuels qui auraient présumément manipulé des marchés d'énergie en Californie et dans ses environs entre 2006 et 2008[80]. La sanction imposée à Barclays est la plus importante en son genre dans toute l'histoire de l'organisme. Barclays et les commerçants individuels ont nié les allégations de la FERC et ont choisi de contester les sanctions devant un tribunal fédéral.

Le 9 octobre 2013, la FERC a présenté une requête d'ordonnance à la Cour de district fédéral de l'est de la Californie dans le but de confirmer les estimations des sanctions imposées à Barclays et aux commerçants individuels. Le 16 décembre 2013, Barclays et les commerçants individuels ont réagi en déposant une motion visant à révoquer la requête de la FERC[81]. La motion soulève de nombreuses questions juridiques importantes à propos du pouvoir de la FERC de faire respecter la réglementation sur les marchés de l'électricité. Par exemple, la motion souligne que la FERC n'a pas la compétence nécessaire pour réglementer les transactions concernées étant donné qu'il s'agissait d'opérations à terme sur marchandises relevant de la compétence exclusive de la Commodity Futures Trading Commission (CFTC) en vertu de la Commodity Exchange Act. En outre, les opérations n'ont pas donné lieu à une livraison physique ou au transport d'électricité, ce qui, selon les requérants, est nécessaire pour que l'affaire relève de la compétence dont dispose la FERC en vertu de la FPA. La FERC a déposé un dossier s'opposant à la demande de rejet de Barclays et des négociants individuels le 14 février 2014, et Barclay a, par conséquent, déposé un dossier de réponse le 21 mars 2014[82]. La motion est encore en instance devant la Cour.

D. Enquêtes, règlements et procédure en matière de transactions jusqu'à la congestion

La FERC s'est également concentrée sur une enquête sur « l'agiotage » des règles du marché dans le réseau PJM en vertu de la règle antimanipulation, en ce qui concerne ce qu'on appelle les transactions jusqu'à la congestion. La FERC définit les transactions jusqu'à la congestion comme étant un produit qui permet à un commerçant de tirer un profit s'il y a un écart de prix de congestion entre deux nœuds change de manière favorable entre le marché du lendemain (MDL) et le marché en temps réel (MTR)[83]. Pour qu'il soit profitable, le changement de l'écart doit dépasser les coûts de l'échange. Les enquêtes et règlements notables sont présentés cidessous.

1. Oceanside Power, LLC

En 2013, la FERC a réglé les allégations que Oceanside Power, LLC et un commerçant individuel (« Oceanside ») contrevenaient à la règle antimanipulation en effectuant présumément des transactions jusqu'à la congestion sur les marchés du réseau PJM,

---

[77] *Ibid* à la p 3.
[78] 753 F.3d 216 (DC Cir 2014), petition for cert. déposé, Nº 14-840 (US 15 janvier 2015).
[79] *Demand Response Compensation in Organized Wholesale Energy Markets,* Ordonnance nº 745, 134 FERC ¶ 61,187 (2011), ordonnance sur une nouvelle audience, ordonnance 745-A, 137 FERC ¶ 61,215 (2011).
[80] *Barclays Bank PLC*, 144 FERC ¶ 61041 (2013).
[81] Notice of Motion and Motion to Dismiss, FERC v Barclays Bank PLC, No 2:13-cv-02093-TLN-DAD (ED Cal) (16 décembre 2013).
[82] Petitioner's Opposition to Respondents' Motion to Dismiss, FERC v Barclays Bank PLC, No 2:13-cv-02093-TLN-DAD (ED Cal) (14 février 2013).
[83] FERC, *Electric Power Markets: PJM* (26 novembre 2013), en ligne: FERC <http://www.ferc.gov/market-oversight/mkt-electric/pjm.asp>.

conçues pour sembler être des écarts d'échange dans le but de recevoir des versements dans le cadre de la « Marginal Loss Surplus Allocation » (MLSA), prévus dans le tarif du réseau PJM[84]. Oceanside a accepté de payer une sanction civile de 51 000 dollars et de restituer 29 563 $, plus les intérêts[85]. Le commerçant a également accepté de ne pas faire d'échange sur les marchés de l'électricité réglementés par la FERC, ou pour des produits ou des instruments s'appuyant sur le prix de l'électricité pour une année.

2. Powhatan Energy Fund, LLC

Le 17 décembre 2014, la FERC a rendu une ordonnance de justification et d'avis de proposition de sanction contre Powhatan Energy Fund, LLC, HEEP Fund Inc. CU Fund Inc. et le commerçant principal des sociétés (collectivement, les « intimés de Powhatan »)[86]. L'ordonnance alléguait que les intimés de Powhatan s'étaient livré à des pratiques de négociation manipulatrices jusqu'à la congestion en passant des transactions jusqu'à la congestion aux extrémités opposées des mêmes circuits, pour les mêmes volumes, au cours des mêmes heures, dans le but de créer l'illusion d'une véritable négociation jusqu'à la congestion et ainsi obtenir de gros montants dans le cadre de la MLSA, que le réseau PJM distribuait à ce moment aux transactions jusqu'à la congestion avec un transport payé. L'ordonnance proposait également des sanctions civiles totalisant près de 29 millions de dollars contre les sociétés et 1 million de dollars contre le commerçant[87]. Les intimés de Powhatan ont demandé d'avoir jusqu'au 16 février 2015 pour justifier la raison pour laquelle ils ne devraient pas être jugés comme ayant contrevenu à la règle antimanipulation et se voir imposer une sanction à ce titre.

L'ordonnance de justification et l'avis de proposition de sanction sont émis après des mois de mécontentement public entre les intimés de Powhatan et la FERC. Le 5 août 2014, la FERC a émis un avis d'infraction présumée contre les intimés de Powhatan invoquant des infractions à la loi antimanipulation fondées sur des négociations jusqu'à la congestion[88]. Plus tôt en 2014, au cours d'une démarche sans précédent, Powhatan a lancé un site Web répondant publiquement à un avis préliminaire non public d'infraction[89] invoquant les mêmes infractions présentées dans l'avis d'infraction présumée. Le site Web présentait un résumé des communications entre la FERC et les représentants juridiques de Powhatan, des documents de position et des vidéos d'experts ainsi que d'autres documents liés à la défense de Powhatan. Sur le site Web, on prétendait que l'enquête de la FERC contrevenait à l'application régulière de la loi parce qu'il n'y avait aucune règle préexistante de la FERC stipulant que les transactions étaient illégales. Powhatan a également prétendu que le *Fund* a effectué la transaction en question de manière ouverte et transparente, sans dissimulation ou fausse déclaration, et que de telles mesures pour tirer avantage des failles du marché ne sont pas manipulatrices[90].

3. City Power Marketing, LLC

Le 25 août 2014, la FERC a émis un avis d'infraction présumée contre City Power Marketing, LLC (« City Power ») et son propriétaire principal pour une manipulation présumée liée aux transactions jusqu'à la congestion sur le marché régional du réseau PJM de 2010 à 2014[91]. Dans l'avis, la FERC a également allégué que City Power avait fait de fausses déclarations et avait omis de l'information pertinente pendant l'enquête[92]. L'enquête est en cours.

---

[84] *In re PJM Up-To Congestion Transactions*, 142 FERC ¶ 61,088 (2013).
[85] *Ibid* à la p 1.
[86] *Powhatan Energy Fund, LLC*, 149 FERC ¶ 61,261 (2014).
[87] *Ibid* aux p 1, 3.
[88] FERC, *Staff Notice of Alleged Violations* (5 août 2014), en ligne : FERC <http://ferc.gov/enforcement/alleged-violation/notices/2014/houlian-08-05-2014.pdf> (L'Office of Enforcement allègue que le commerçant principal a effectué des « millions de mégawattheures en transactions de sens inverse » entre les deux mêmes points de transaction, avec les mêmes volumes et pour les mêmes heures, afin d'annuler les conséquences financières de tout écart entre les points et d'obtenir des versements excédents de perte marginale du réseau PJM.).
[89] Voir FERC Office of Enforcement, *Preliminary Findings of Enforcement Staff's Investigation of Powhatan Energy Fund, LLC* (9 août 2013), en ligne: FERC <http://ferclitigation.com/wp-content/uploads/0005-FERC-Preliminary-Findings-August-9-2013-2002899_1.pdf>.
[90] Voir Powhatan Energy Fund, LLC, *FERC vs. Powhatan Energy Fund, LLC* (dernière consultation le 30 janvier 2015), en ligne: <http://ferclitigation.com>.
[91] FERC, *Staff Notice of Alleged Violations* (25 août 2014), en ligne : FERC <http://www.ferc.gov/enforcement/alleged-violation/notices/2014/tsingas-08-25-2014.pdf>.
[92] *Ibid*.

VII. Réaction de la demande

Le 23 mai 2014, pour le circuit du District de Columbia a annulé dans sa totalité l'ordonnance 745 de la FERC par un vote de 2 contre 1[93]. L'ordonnance 745 exige des Regional Transport Organizations et des Independant System Operators de payer aux fournisseurs de ressources rentables à la demande dans leurs ventes d'électricité en gros du prochain jour ouvrable et en temps réel la totalité du coût marginal en fonction du lieu (CML) utilisé pour indemniser les fournisseurs d'énergie sur ce marché.

La Cour a annulé l'ordonnance 745 au titre de deux motifs distincts. La Cour a d'abord soutenu que l'ordonnance régissait directement les marchés de détail qui ne s'inscrivent pas dans le cadre de compétence de la FERC. La Cour a rejeté l'argument de la FERC voulant qu'elle avait les pouvoirs légaux de fixer les taux de réaction de la demande dans les marchés de gros parce que la *Federal Power Act* autorise la FERC à s'assurer que l'ensemble des règles et règlements qui « ont une incidence … sur les tarifs » en lien avec la vente en gros d'électricité sont « justes et raisonnables ». La Cour a jugé que la réaction de la demande suppose la participation des consommateurs sur le marché et leur décision d'acheter ou non l'électricité sur le marché du détail et le degré de consommation d'électricité sur le marché du détail, qui en découle, s'inscrit dans la portée exclusive de la réglementation de l'État.

Ensuite, la Cour a jugé que, même si la FERC avait compétence pour adopter l'ordonnance 745, celle-ci était « arbitraire et capricieuse » et incompatible avec l'*Administrative Procedure Act*. La FERC n'a pas répondu directement à l'opinion dissidente du commissaire Moeller de la FERC à l'égard de l'ordonnance 745, qui alléguait que le mécanisme de paiement du CML prévu dans l'ordonnance 745 donnait lieu à une surcompensation des ressources de la demande, parce qu'en plus de se voir remboursés la totalité du CML, les fournisseurs de ressources à la demande peuvent conserver les économies réalisées pour avoir évité le coût de production au détail.

En dissidence, M. le juge principal de circuit Edwards a critiqué la décision majoritaire de ne pas s'en remettre à l'interprétation de la FERC de la *Federal Power Act*. Selon le juge Edwards, la *Federal Power Act* n'est pas claire quant à la question de savoir si la réaction de la demande relève de la compétence de la FERC à l'égard de la vente d'électricité en gros. Compte tenu de cette ambiguïté, le juge Edwards a conclu que la Cour aurait dû s'en remettre à l'interprétation admissible de la *Federal Power Act* par la FERC. Le juge Edwards s'en serait également remis à la FERC en ce qui a trait à son mandat, selon lequel les ressources de la demande pour faire baisser la consommation d'électricité doivent recevoir la totalité du CML, estimant que la défense de la FERC relativement au mécanisme de paiement du CML est adéquate.

Le solliciteur général des ÉtatsUnis, qui représente la FERC devant la Cour suprême, a présenté une requête de *certiorari* auprès de la Cour suprême des États-Unis afin de revoir la décision, et a expliqué que les règles de l'ordonnance 745 relatives à la participation des ressources de la demande aux marchés d'électricité en gros sont un « élément constitutif » des marchés « qui sont d'une importance fondamentale au bon fonctionnement de ces marchés et pour garantir des taux équitables et raisonnables pour l'électricité en gros sur ces marchés »[94].

VIII. Transport ferroviaire du pétrole brut

Les organismes nationaux et étatiques ont pris de nombreuses mesures en 2014 pour réglementer le transport ferroviaire de pétrole brut. Le transport du pétrole brut a beaucoup augmenté étant donné que les producteurs extraient une quantité croissante de pétrole de la région du shale de Bakken. À la suite de nombreux accidents ferroviaires très visibles mettant en cause le pétrole brut de Bakken, la Pipeline and Hazardous Materials Safety Administration (PHMSA) et le département des Transports des ÉtatsUnis (DOT) ont émis deux ordonnances d'urgence importantes et publié un avis de projet de réglementation afin de renforcer la sécurité. En outre, la *North Dakota Industrial Commission* a émis une ordonnance pour établir des normes de conditionnement pour le pétrole brut avant le transport.

A. Ordonnances d'urgence exigeant

[93] *Elec. Power Supply Ass'n v FERC*, 753 F (3d) 216 (DC Cir 2014).
[94] Demande du solliciteur général pour une prolongation de la période pour présenter une requête de *certiorari* à la p 4, *FERC v Elec. Power Supply Ass'n*, N° *v Elec. Power Supply Ass'n*, N° 14-840 (US 15 janvier 2015).

une mise à l'essai appropriée, un traitement sécuritaire et un préavis pour les transports de pétrole brut

Le 25 février 2014, l'DOT a émis une ordonnance d'urgence exigeant une mise à l'essai appropriée du pétrole brut avant le transport et prescrivant le traitement sécuritaire du pétrole brut moins dangereux du « groupe d'emballage III »[95]. Plus précisément, l'ordonnance exige que les entreprises offrant du pétrole brut pour le transport : (1) veillent à ce que le pétrole brut fasse l'objet d'essais à une fréquence suffisante et d'une qualité suffisante; (2) traitent les expéditions de pétrole brut comme des matières dangereuses du groupe d'emballage I ou du groupe d'emballage II, même si le pétrole a été classifié comme étant une matière moins dangereuse du groupe d'emballage III.

L'ordonnance a été précédée d'un avis de sécurité le 20 novembre 2013, qui visait à avertir que le pétrole brut de Bakken pouvait être plus inflammable que le pétrole brut lourd traditionnel, et insistait sur l'importance d'une caractérisation, d'une classification et d'une sélection appropriées d'un groupe d'emballage pour les liquides inflammables tels que le pétrole brut. Conformément à l'avis de sécurité, l'ordonnance expliquait qu'une classification erronée pouvait mener à « l'utilisation de contenants non autorisés qui ne présentent pas les mesures de sécurité accrues nécessaires pour transporter de manière sécuritaire les matières du groupe d'emballage I et du groupe d'emballage II »[96]. La PHMSA avait émis une proposition de 93 000 $ en sanctions civiles plus tôt au cours du mois, après que des enquêtes sur le pétrole brut de Bakken, dans le cadre de la « classification des opérations » de l'organisme, aient révélé que les entreprises avaient classifié les expéditions de manière inappropriée[97].

L'DOT a émis une autre ordonnance d'urgence le 7 mai 2014 exigeant que les transporteurs ferroviaires qui transportent au moins un million de gallons de pétrole brut de Bakken dans un seul train informent les premiers intervenants des villes et des collectivités où passe le train[98]. L'ordonnance exige que ces transporteurs ferroviaires avisent la *State Emergency Response Commission* (SERC) dans chaque État où ils exercent des activités et qu'ils fournissent des données sur le volume prévu, la fréquence et l'itinéraire de transport de ces expéditions. L'ordonnance exige également que les transporteurs présentent dans leurs avis des renseignements pour l'intervention d'urgence et un point de contact, et qu'ils avertissent également la SERC de tout changement important au volume ou à la fréquence des expéditions par voie ferroviaire.

B. Avis de projet de réglementation pour les « trains transportant des matières inflammables à haut risque »

Le 23 juillet 2014, la PHMSA a émis un avis général de projet de réglementation visant à établir de nouvelles exigences en matière de sécurité pour les « trains transportant des matières inflammables à haut risque »[99]. L'avis de projet de réglementation définit un train transportant des matières inflammables à haut risque comme étant tout train composé d'au moins 20 wagons d'un liquide inflammable de classe 3, et qui toucherait donc principalement les matières expédiées en grande quantité, telles que le pétrole brut et l'éthanol. L'avis de projet de réglementation propose de meilleures normes sur les wagonsciternes, un nouveau programme de classification et de mise à l'essai ainsi que des exigences opérationnelles telles que des limites de vitesse et de meilleurs contrôles de freinage. Il propose également de codifier l'ordonnance d'urgence du 7 mai 2014, qui exige que les transporteurs ferroviaires d'un million de gallons de pétrole brut de Bakken avisent la SERC du

---

[95] Le DOT a modifié son ordonnance le 6 mars 2014 afin d'offrir plus de précisions à l'égard des essais particuliers requis et pour interdire une autre classification qui suppose un emballage moins rigoureux. Voir U.S. Dep't of Transp., *Amended and Restated Emergency Restriction/Prohibition Order*, Docket N° DOT-OST-2014-0025 (6 mars 2014), en ligne: DOT <http://www.phmsa.dot.gov/pv_obj_cache/pv_obj_id_D03C7A1E859361738D791378144472BF368F0200/filename/Amended_Emergency_Order_030614.pdf>.

[96] *Ibid* à la p 12.

[97] Pipeline & Hazardous Materials Safety Admin., communiqué de presse, *PHMSA Ongoing Bakken Investigation Shows Crude Oil Lacking Proper Testing, Classification* (4 février 2014), en ligne : DOT <http://www.phmsa.dot.gov/portal/site/PHMSA/m.6f23687cf7b00b0f22e4c6962d9c8789/?vgnextoid=9257b74180ad3410VgnVCM100000d2c97898RCRD&vgnextchannel=d248724dd7d6c010VgnVCM10000080e8a8c0RCRD&vgnextfmt=print>.

[98] U.S. Dep't of Transp., *Emergency Restriction/Prohibition Order*, Docket No DOT-OST-2014-0067 (7 mai 2014), en ligne: DOT <http://www.phmsa.dot.gov/pv_obj_cache/pv_obj_id_D9E224C13963CAF0AE4F15A8B3C4465BAEAF0100/filename/Final_EO_on_Transport_of_Bakken_Crude_Oi_05_07_2014.pdf>.

[99] *Hazardous Materials: Enhanced Tank Car Standards and Operational Controls for High-Hazard Flammable Trains*, 79 Fed Reg 45,016 (proposé le 23 juillet 2014).

volume prévu, de la fréquence et des itinéraires de transport.

Surtout, l'avis de projet de réglementation établirait de nouvelles normes pour les wagonsciternes futurs et propose le retrait progressif des anciens wagonsciternes DOT 111 utilisés dans les trains transportant des matières inflammables à haut risque, à moins que les wagonsciternes soient modifiés pour renforcer la sécurité. L'avis de projet de réglementation était accompagné d'un rapport montrant que le pétrole brut de Bakken tend à être plus volatil et inflammable et donc plus susceptible d'être classifié comme étant un liquide inflammable du groupe d'emballage I.

C. Ordonnance du Dakota du Nord pour établir des normes de conditionnement

Le 9 décembre 2014, la *North Dakota Industrial Commission* a émis une ordonnance exigeant que les exploitants du Dakota du Nord séparent de manière appropriée les fluides de production en gaz et en liquide avant l'expédition[100]. L'ordonnance établit les normes en matière de température et de pression pour l'équipement de conditionnement afin de garantir que les hydrocarbures légers soient retirés de manière appropriée. Si les installations de production utilisent de l'équipement de conditionnement qui ne respecte pas ces normes, l'ordonnance exige que les entreprises garantissent que le pétrole brut ait une pression de vapeur Reid d'au plus 13,7 livres par pouce carré. Enfin, l'ordonnance interdit le mélange d'hydrocarbures légers dans les approvisionnements de pétrole avant l'expédition.

IX. Litiges liés aux marchés de capacité de production électrique

Nous avons déjà mentionné[101] que deux ordonnances de la Cour de district fédéral, l'une au New Jersey et l'autre au Maryland, ont invalidé les programmes d'État qui favorisaient la construction de nouvelles centrales alimentées au gaz dans la région du réseau PJM où les autorités étatiques considéraient la capacité de production insuffisante[102]. Les deux cas ont été confirmés en appel devant les troisième et quatrième circuits, respectivement, et pourraient être examinés par la Cour suprême des États-Unis étant donné que des requêtes de *certiorari* ont été présentées.

Le 12 septembre 2014, le troisième circuit a jugé que le programme de subventions du New Jersey pour la construction de nouvelles centrales usurpait la compétence de la FERC à l'égard des marchés de l'électricité, confirmant la décision de la Cour de district[103]. La Cour a expliqué que la *Federal Power Act* donne à la FERC le pouvoir de réglementer les ventes interétatiques de capacité de production électrique, et que les incitatifs constituaient une réglementation inadmissible des taux de capacité, parce qu'ils établissent essentiellement les prix de la capacité. La Cour a relevé la préoccupation des *amici* pour les demandeurs qu'une décision contre le programme « bloqueraient les démarches entreprises par les États pour développer des ressources d'énergie électrique renouvelables et fiables », mais a relevé que les États sont libres d'utiliser d'autres moyens[104].

La décision a été prise seulement trois mois après que le quatrième circuit ait conclu de manière similaire que le programme du Maryland visant à subventionner les nouvelles centrales d'énergie alimentées au gaz empiétait sur le territoire de la FERC[105]. S'appuyant sur une jurisprudence abondante confirmant le pouvoir exclusif de la FERC de réglementer les ventes d'énergie en gros pour le commerce entre États, le quatrième circuit a conclu que l'ordonnance du Maryland était empêchée par le terrain parce que, essentiellement, « elle supplante le taux généré par l'encan avec un autre taux privilégié par l'État[106]. La Cour a rejeté l'argument que le programme du Maryland ne fixe pas réellement un taux, et a conclu que, même si les États conservent la capacité de réglementer les centrales, ils ne peuvent exercer ce pouvoir de manière à empiéter sur la compétence exclusive de la FERC à l'égard des tarifs de gros.

Les décisions ne signifient pas que la porte est close pour les incitatifs des États. Le troisième circuit a expliqué que le New Jersey pouvait offrir

---

[100] Indus. Comm'n of N.D., *Industrial Commission Adopts New Standards to Improve Oil Transportation Safety* (9 décembre 2014), en ligne : <http://www.nd.gov/ndic/ic-press/dmr-order25417.pdf>.
[101] « The Washington Report », *supra* note 9.
[102] L'ordonnance du New Jersey est PPL EnergyPlus, LLC v Hanna, No 11-745, 2013 WL 5603896 (DNJ) (11 octobre 2013). The L'ordonnance du Maryland est PPL EnergyPlus, LLC *v Nazarian, No MJG-12-1286, 2013 WL 5432346 (D Md) (30 septembre 2013)*).
[103] *PPL EnergyPlus, LLC v Solomon*, 766 F (3d) 241 (3d Cir 2014), [*Solomon*].
[104] *Ibid* à la p 254.
[105] *PPL EnergyPlus, LLC v Nazarian*, 753 F (3d) 467 (4th Cir 2014), [*Nazarian*].
[106] *Ibid* aux para 475-76.

d'autres incitatifs aux promoteurs, notamment des crédits d'impôt ou des conditions de location avantageuses. L'état pourrait même « subventionner directement les centrales pour autant que les subventions ne fixent pas essentiellement les prix de gros »[107]. De la même façon, dans le quatrième circuit, la Cour a expressément relevé que sa décision était limitée au programme du Maryland, et qu'elle ne donnait pas une opinion sur d'autres mesures de l'État pour inciter la nouvelle génération. La Cour a conclu que, de toute évidence, tous les règlements de l'État qui touchent incidemment les marchés fédéraux ne sont pas tous écartés[108].

X. Production de ressources renouvelables et production décentralisée

En 2014, les commissions étatiques sur les services publics de partout aux ÉtatsUnis se sont attaquées à la manière d'intégrer la production décentralisée et la « facturation nette » à la conception tarifaire. Les services publics ont fait valoir que le fait de donner aux consommateurs un crédit pour l'énergie produite avec la production décentralisée (tels que les panneaux solaires résidentiels branchés au réseau) réduisait de manière inéquitable les recettes des services publics. Étant donné que de nombreux coûts des services publics étaient recouvrés avec des tarifs variables par kWh, les services publics ont fait valoir que les utilisateurs de production décentralisée ne payaient pas leur juste part des coûts fixes nécessaires pour offrir l'électricité qu'ils utilisaient. Les défenseurs de la production décentralisée ont répliqué que les prix fixes élevés (jumelés à des prix variables bas) favorisaient la consommation énergétique et permettraient aux services publics d'éviter la concurrence de la production décentralisée. Un taux fixe et d'autres propositions ont été introduits dans de nombreux États, et le Minnesota élabore une solution innovatrice à cette question.

Les chambres législatives et les commissions de service public ont également examiné d'autres mesures pour favoriser l'énergie renouvelable et l'efficacité énergétique. Certains États, tels Washington et le Nevada, ont lancé ou mis en œuvre des mesures visant à réduire les incidences environnementales de la production d'énergie. Par ailleurs, l'Ohio a adopté une loi visant à limiter l'énergie éolienne et a réduit les objectifs relatifs à l'énergie renouvelable.

A. Changement des taux en réaction à la production décentralisée

En 2014, les services publics ont proposé une augmentation des taux fixes dans de nombreux États en réaction à une utilisation accrue de la production décentralisée. Au Wisconsin, *Madison Gas and Electric* avait proposé une augmentation des taux fixes résidentiels de 10,50 $ par mois en 2014 à 67,00 $ en 2017, tout en diminuant les taux variables de plus de 67 %[109]. Après un litige avec la Citizen's Utility Board du Wisconsin, le service public a modifié le plan afin d'augmenter le taux fixe à 22 $ en 2015 et de réduire seulement légèrement les frais par kWh[110]. D'autres services publics du Wisconsin ont également adopté une augmentation des frais fixes de 7 $ à 15 $ par mois[111].

En Arizona, où le climat convient parfaitement à la production décentralisée d'énergie solaire, l'*Arizona Corporation Commission* a approuvé un vote de 3 contre 2 de nouveaux frais pour les utilisateurs de production décentralisée pour aider à recouvrer les coûts fixes des services publics[112]. Les utilisateurs seront facturés 0,70 $ par kW par mois[113]. L'Arizona a également commandé un nouveau rôle pour examiner les coûts et les avantages de la production décentralisée. Les commissaires dissidents ont fait valoir que le nouveau tarif ne représentait qu'une petite portion du coût fixe qui est reporté aux consommateurs qui n'utilisent pas la production décentralisée[114].

---

[107] *Solomon*, *supra* note 104 à la p 253 n.4.
[108] *Nazarian*, *supra* note 106 à la p 479.
[109] Application of Madison Gas and Electric Company for Authority to Change Electric and Natural Gas Rates, Ex. 1 to Testimony of Steven James at 3, Docket N° 3270-UR-120 (Wis Pub Serv Comm'n, 2 juin 2014).
[110] Application of Madison Gas and Electric Company for Authority to Change Electric and Natural Gas Rates, Final Decision Matrix at 27, Docket N° 3270-UR-120 (Wis Pub Serv Comm'n, 13 novembre 2014).
[111] Joint Application of Wisconsin Electric Power Company and Wisconsin Gas LLC, both d/b/a We Energies, for Authority to Adjust Electric, Natural Gas, and Steam Rates, Final Decision Matrix at 49, Docket N° 5-UR-107 (Wis Pub Serv Comm'n, 5 novembre 2014).
[112] Arizona Public Service Company's Application for Approval of Net Metering Cost Shift Solution, Decision N° 74202 at 19-20, Docket N° E-01345A-13-0248 (Ariz Corp Comm'n, 3 décembre 2013).
[113] *Ibid*.
[114] Arizona Public Service Company's Application for Approval of Net Metering Cost Shift Solution, Decision N° 74202, Docket N° E-01345A-13-0248 (Ariz Corp Comm'n, 3 décembre 2013) (Pierce, Comm'r, dissenting).

En Californie, la *Public Utility Commission* a mis en œuvre certains changements à son programme de production décentralisée prescrits par une loi de 2013. La Commission a jugé que la production décentralisée aurait droit à une structure d'indemnisation en vigueur au moment de l'installation pendant 20 ans afin de favoriser l'investissement en offrant des revenus stables[115]. En 2015, la Commission apportera d'autres changements à la conception tarifaire[116]. (Ces initiatives en Californie sont présentées plus en détail cidessous.) À Hawaï, un autre État où la production d'énergie solaire est importante, la *Hawaiian Electric Co.* a proposé d'augmenter les frais fixes à 61 $ par mois et d'ajouter des frais de 16 $ pour brancher la production décentralisée d'énergie solaire au réseau[117].

En Iowa, le conflit à l'égard de la production décentralisée s'est rendu devant les tribunaux. En effet, *Interstate Power and Light Co.* a contesté le droit des consommateurs de répondre à leurs besoins énergétiques avec la production décentralisée dans le territoire exclusif du service public[118]. En juillet 2014, l'*Iowa Supreme Court* a jugé que l'entreprise d'énergie solaire sur place en question n'était pas réglementée en tant que service public et pouvait donc vendre son électricité à la ville de Dubuque[119].

La *New York Public Service Commission* a amorcé une instance afin d'examiner la possibilité de transformer les pratiques des services publics dans le but d'améliorer l'efficacité, de faciliter les choix du client et de tenir compte des nouvelles techniques de production et de distribution[120], que l'on présente ci-dessous. Par ailleurs, la *Colorado Public Utility Commission* a entamé une procédure pour obtenir des commentaires sur les répercussions de la facturation nette et d'autres approches à l'égard de la production décentralisée[121].

B. Le Minnesota met en œuvre une nouvelle formule pour calculer la « valeur de l'énergie solaire »

En 2014, le Minnesota a pressé la mise en œuvre de la loi de 2013, qui exige que les services publics aient l'option d'offrir aux utilisateurs de la production décentralisée une remise fondée sur la « valeur de l'énergie solaire » plutôt que fondée sur le taux variable habituel par kWh. Cette valeur tient compte séparément du coût évité du carburant, des activités fixes et variables d'exploitation et d'entretien, de la capacité et des frais de distribution évités ainsi que du coût écologique évité[122]. Le département du Commerce du Minnesota a présenté une méthode détaillée de calcul de chaque élément de ce coût[123]. Toutefois, jusqu'ici, la *Public Utilities Commission* a refusé d'utiliser le prix selon la valeur de l'énergie solaire; elle a plutôt opté pour une étude approfondie[124].

En vertu de la loi de 2013 du Minnesota, les clients de l'énergie solaire doivent être facturés pour la consommation brute d'électricité au tarif standard pour l'électricité, puis recevoir un crédit pour la production d'énergie solaire en fonction de la valeur de l'énergie solaire[125]. Le programme ne vise pas à être un incitatif pour mettre en place la production décentralisée. Il vise plutôt à estimer de manière impartiale l'énergie provenant de la production décentralisée afin de garantir des signaux du marché efficaces et d'éliminer l'interfinancement de la production décentralisée par la production traditionnelle[126].

---

[115] Order Instituting Rulemaking Regarding Policies, Procedures and Rules for the California Solar Initiative, the Self-Generation Incentive Program and Other Distributed Generation Issues, Decision Establishing a Transition Period for Customers Enrolled in Net Metering Tariffs at 2, Decision No 14-03-041 (Cal Pub Utils Comm'n, 27 mars 2014).
[116] *Ibid* à la p 8.
[117] Instituting a Proceeding to Review the Power Supply Improvement Plans for Hawaiian Electric Company, Inc., Hawaii Electric Light Company, Inc., and Maui Electric Co., Ltd., Hawaii Electric Light Power Supply Improvement Plan at 6-4, Docket No 2014-0183 (Haw Pub Utils Comm'n, 26 août 2014).
[118] *SZ Enters., LLC v Iowa Utils. Bd.*, No 13-0642, 2014 WL 3377074 (Iowa 2014).
[119] *Ibid* à la p 6.
[120] Proceeding on Motion of the Commission in Regard to Reforming the Energy Vision, Order Instituting Proceeding à la p. 5, Docket No 14-M-0101 (NY Pub Serv Comm'n, 25 avril 2014).
[121] Commission Consideration of Retail Renewable Distributed Generation and Net Metering, Decision No C14-0615-I at ¶ 10, Docket N° 14M-0235E (Colo Pub Utils Comm'n, 28 mai 2014).
[122] Minn. Dep't of Commerce, *Minnesota Value of Solar: Methodology* à la p 43, en ligne: <http://mn.gov/commerce/energy/images/MN-VOS-Methodology-FINAL.pdf>.
[123] *Ibid*.
[124] In the Matter of the Petition of Northern States Power Company, dba Xcel Energy, for Approval of Its Proposed Community Solar Garden Program, Order Approving Solar-Garden Plan with Modifications at 4, Docket N° E-002/M-13-867 (Minn Pub Utils Comm'n, 17 septembre 2014).
[125] *Minnesota Value of Solar: Methodology*, *supra* note 123, au para ii.
[126] *Ibid* à la p 1.

C. Autres propositions d'États relatives à l'énergie renouvelable et à l'efficacité énergétique

En 2014, des États et des localités ont examiné d'autres questions liées aux énergies renouvelables et à l'efficacité énergétique. L'Arizona a approuvé une augmentation du tarif de 0,01 $ par kWh afin de couvrir les coûts de la production d'énergie renouvelable nécessaire pour remplir un mandat de l'État[127]. Dans l'État de Washington, un décretloi a convoqué un groupe de travail afin de recommander des mécanismes du marché pour atteindre les seuils de réduction des émissions de carbone établis par la *Pacific Coast Collaborative*[128]. Par ailleurs, la législature de l'Ohio a présenté des projets de loi pour restreindre les initiatives environnementales, exigeant que les éoliennes soient installées plus loin de la propriété adjacente[129] et réduisant les mandats en matière « d'énergie de pointe » et d'autres énergies renouvelables[130].

XI. Nouvelles Plateformes de distribution d'électricité

A. La réforme de la vision de l'énergie de la *New York Public Service Commission*

En décembre 2013, la New York Public Service Commission (NYPSC) a annoncé un réexamen complet des paradigmes réglementaires et des marchés des réseaux d'électricité, afin d'étudier la façon dont les programmes d'énergie propre et la réglementation des services de distribution atteignent ses objectifs stratégiques[131]. À la suite de l'ordonnance de la NYPSC, le *New York State Energy Planning Board* a publié une version provisoire du *2014 State Energy Plan*, qui demandait que la NYPSC favorise et facilite les nouveaux modèles commerciaux énergétiques pour les services publics, les sociétés de services énergétiques et les clients afin d'être indemnisés pour les activités qui contribuent à l'efficacité du réseau.

Par la suite, la NYPSC a engagé la procédure 14-M-0101, *Reforming the Energy Vision* (REV) (la réforme de la vision de l'énergie). Dans son ordonnance, la Commission décrivait les objectifs stratégiques fondamentaux des connaissances du consommateur, la stimulation du marché, l'efficacité globale du système, la diversité des carburants et des ressources, la fiabilité et la résilience du système, et expliquait que la réduction des émissions de carbone était également sousentendue dans ses objectifs[132]. Pour appuyer la procédure 14-M-0101, le personnel de la NYPSC a préparé une proposition énonçant un cadre préliminaire pour la REV, qui recommandait que les services publics modifient leurs activités et deviennent des fournisseurs de plateformes pour systèmes répartis (Distributed System Platform Providers – DSPP)[133]. En tant que DSPP, le service public gérerait et coordonnerait activement la répartition des sources d'énergie ou produirait, à partir de ressources plus modestes, de l'électricité qu'il amènerait au système. La Staff Proposal affirme qu'une telle démarche permettrait d'atteindre plus efficacement les objectifs stratégiques de la NYPSC.

Pour accompagner l'ordonnance de la REV, la NYPSC a entamé, en mai, une procédure (dossier 14-M-0094) pour aborder l'avenir des programmes d'énergie propre de New York actuellement financés par une surtaxe sur la portion « distribution » des factures de services publics des clients. Le nouveau « Fonds pour l'énergie propre » (FEP) proposé vise à garantir la prestation et la continuité des programmes d'énergie propre, une meilleure efficacité des programmes et la gestion de la transition des programmes actuels, tels que la redevance au profit du réseau, la norme d'inclusion des ressources renouvelables et la norme pour un portefeuille d'efficacité énergétique afin de mieux tenir compte de l'approche axée sur les résultats du marché envisagée par la REV. Selon la version provisoire de la déclaration

---

[127] In the Matter of Arizona Public Service Company - Request for Approval of Its 2014 Renewable Energy Standard Implementation Plan for Reset of Renewable Energy Adjustor, Decision N° 74237 at 15, Docket N° E-01345A-13-0140 (Ariz Corp Comm'n, 7 janvier 2014).

[128] State of Washington, Office of the Governor, *Washington Carbon Pollution Reduction and Clean Energy Action*, Exec. Order N° 14-04 (29 avril 2014).

[129] Am. Sub. H.B. 483, 130th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Ohio 2014).

[130] Sub. S.B. 310, 130th Gen. Assemb., Reg. Sess. (Ohio 2014).

[131] Proceeding on Motion of the Commission Regarding an Energy Efficiency Portfolio Standard, Order Approving EEPS Program Changes, Docket N° 07-M-0548 (NY Pub Serv Comm'n, 26 décembre 2013).

[132] Proceeding on Motion of the Commission in Regard to Reforming the Energy Vision, Order Instituting Proceeding, Docket N°14-M-0101,(NY Pub Serv Comm'n, 25 avril 2014).

[133] Proceeding on Motion of the Commission in Regard to Reforming the Energy Vision, NYS Department of Public Service Staff Report and Proposal, Docket No 14-M-0101 (NY Pub Serv Comm'n, 24 avril 2014).

environnementale préparée pour la REV et le FEP, le but ultime des deux programmes proposés consiste à transformer la manière dont l'État de New York produit, distribue et gère l'énergie et, ce faisant, réduire la dépendance de l'État sur les combustibles fossiles, améliorer la fiabilité et la résilience du système, réduire la pollution environnementale nocive et diminuer les coûts globaux en énergie dans tous les secteurs de l'économie[134].

La NYPSC a adopté un modèle en deux phases pour le dossier 14-M-0101. La première phase porte sur les questions liées au concept et à la faisabilité d'un DSPP, tel qu'il est décrit dans le cadre préliminaire du personnel de la NYPSC. La deuxième phase est axée sur les modifications à la réglementation et les questions de tarification. Des groupes de travail ont été formés et travaillent sur les deux phases.

En ce qui concerne la première phase, le personnel de la NYPSC a publié une autre proposition d'orientation le 22 août 2014. Des commentaires ont été formulés par les parties intéressées, et la NYPSC a expliqué qu'elle prévoit prendre une décision concernant la politique générale en 2015. En ce qui concerne la deuxième phase, les parties prenantes ont répondu à une série de questions, et le personnel de la NYPSC travaille maintenant sur une proposition d'orientation finale sur les questions de réglementation et de tarification.

La NYPSC a effectué un établissement de l'importance, et a relevé que les mesures de la REV et du FEP pourraient avoir au moins une répercussion négative sur l'environnement. Elle a donc demandé la préparation d'un énoncé des incidences environnementales (EIS). Une version provisoire de l'EIS a été publiée le 14 octobre 2014.

B. Réglementation de la Californie sur les ressources distribuées

Pendant plus d'une décennie, la politique de la Californie exigeait de chacun de ses services publics d'électricité appartenant au secteur public d'examiner la distribution des ressources énergétiques n'appartenant pas aux services publics comme possibilité de solution de rechange aux investissements dans son réseau de distribution afin de garantir un service d'électricité fiable au coût le plus bas possible[135]. En 2013, la législature a adopté l'article 769 du code des services publics, exigeant que les services publics appartenant au secteur privé présentent des propositions pour la distribution des ressources (PDR) à la California Public Utilities Commission (CPUC). L'article 769 exige que les services publics appartenant au secteur privé présentent des PDR qui reconnaissent le besoin d'investissements, intègrent la distribution de ressources énergétiques rentables et pour la reconnaissance des obstacles au déploiement de la distribution des ressources énergétiques. La CPUC est autorisée à modifier et à approuver la PDR d'un service public appartenant au secteur privé, selon ce qu'il convient pour réduire les coûts globaux du système et maximiser les avantages pour les contribuables découlant des investissements dans les ressources distribuées[136].

En août 2014, la CPUC a adopté la réglementation 14-08-013 afin d'établir des politiques, des procédures et des règles pour orienter les services publics appartenant au secteur privé dans l'élaboration de leurs PDR, et pour examiner, approuver ou modifier et approuver les plans. Les plans visent à commencer le processus d'amener les services publics appartenant au secteur privé vers une intégration plus complète de la distribution des ressources énergétiques à la planification, aux opérations et aux investissements du réseau de distribution. L'article 769 exige que les PDR fournissent un plan pour l'intégration d'une distribution rentable des ressources énergétiques à la planification et aux opérations des réseaux de distribution électrique des services publics appartenant au secteur privé dans le but d'apporter des avantages nets aux contribuables. Dans leur PDR, les services publics appartenant au secteur privé doivent définir les critères servant à déterminer ce qui constitue un emplacement optimal pour le déploiement de la distribution des ressources énergétiques, puis pour déterminer les valeurs particulières de l'emplacement pour la distribution des ressources énergétiques, les tarifs augmentés ou nouveaux et les programmes pour appuyer un déploiement efficace de la distribution des ressources énergétiques, et l'élimination des obstacles particuliers au déploiement de la distribution des ressources énergétiques.

---

[134] Draft Generic Environmental Impact Statement at ES-2, Docket N^os^14-M-0101, 14-M-0094 (NY Pub Serv Comm'n, 24 octobre 2014).
[135] Cal Pub Util Code § 353.5.
[136] Cal Pub Util Code § 769(c).

Les services publics appartenant au secteur privé devaient répondre (et d'autres parties intéressées étaient invitées à répondre) à des questions précises liées à la mise en œuvre de l'article 769 et à un projet de document pour structurer le cadre énergétique de la Californie à l'égard de la distribution des ressources énergétiques. Des commentaires ont été formulés, et un atelier a été organisé en septembre. Les services publics appartenant au secteur privé présenteront leurs PDR en juillet 2015, et l'approbation finale des PDR par la CPUC est prévue vers la fin du premier trimestre de 2016.

XII. Stockage énergétique

A. Progrès fédéraux

1. Département de l'Énergie

En décembre 2013, le département de l'Énergie des ÉtatsUnis (DOE) a publié un rapport intitulé « Grid Energy Storage » (stockage énergétique du réseau), dans lequel il aborde l'importance des systèmes de stockage énergétique dans la modernisation du réseau électrique des ÉtatsUnis. Dans le rapport, on aborde la nécessité de moderniser le réseau électrique pour aider le pays à relever le défi du changement climatique en s'appuyant davantage sur l'énergie provenant de sources renouvelables, tout en maintenant un réseau de distribution de l'électricité robuste et résilient. Plus précisément, dans le rapport on mentionne :

> Les systèmes de stockage énergétique (SSE) joueront un rôle important pour relever ces défis en améliorant les capacités de service du réseau ainsi qu'en atténuant les investissements en infrastructures. Les SSE peuvent régler les questions avec le choix du moment, le transport et la distribution de l'électricité, tout en réglementant également la qualité et la fiabilité de l'énergie produite par des sources traditionnelles et variées d'énergie. Les SSE peuvent également contribuer à la préparation aux urgences[137].

Dans le rapport, on a conclu que la modernisation du réseau nécessitera un déploiement important de stockage énergétique. Citant un rapport de Cambridge Energy Research Associates, d'Information Handling Services, l'DOE a expliqué que le commerce du stockage énergétique pourrait passer de 200 millions de dollars en 2012 à une industrie de 19 milliards de dollars d'ici 2017[138].

En outre, en décembre 2014, l'DOE a publié un rapport sur la sécurité et la fiabilité du stockage énergétique – l'un des principaux défis cernés dans le rapport intitulé « Grid Energy Storage », lié au déploiement généralisé du stockage énergétique[139]. Dans le rapport, on a établi trois composantes de la sécurité : (1) l'ingénierie système et les techniques de validation; 2) l'intervention en cas d'incident; 3) la normalisation de la détermination de la sécurité sous forme de codes, de normes et de règlements. Dans le rapport, on a exploré chaque composante dans l'optique des pratiques actuelles et des pratiques exemplaires à venir, dans le but ultime d'élaborer une feuille de route de haut niveau pour permettre le déploiement sécuritaire du stockage énergétique.

B. Propositions d'États à l'égard du stockage

1. Californie

La Californie a pris les devants pour intégrer le stockage énergétique à ses services publics d'électricité et à la planification des ressources des fournisseurs d'énergie. En 2010, la législature de la Califnorne a adopté la loi AB 2514[140] donnant la directive à la CPUC de déterminer les objectifs appropriés, le cas échéant, pour que chaque fournisseur d'électricité se procure des systèmes viables de stockage énergétique (SSE), et de fixer des dates pour les objectifs jugés appropriés d'atteindre. En vertu de la loi AB 2514, un SSE est défini comme étant une technologie offerte sur le marché, capable d'absorber de l'énergie, de la stocker pour une période, puis d'acheminer l'énergie. Pour être reconnu comme étant un SSE en vertu de la loi AB 2514, le système de stockage doit également posséder d'autres caractéristiques définies, notamment

---

[137] US Dep't of Energy, *Grid Energy Storage* à la p 7 (décembre 2013), en ligne: DOE <http://energy.gov/sites/prod/files/2014/09/f18/Grid%20Energy%20Storage%20December%202013.pdf>.
[138] *Ibid* à la p 9 (citation d'IMS Research, *The Role of Energy Storage in the PV Industry* (2013)).
[139] US Dep't of Energy, *Energy Storage Safety Strategic Plan* (décembre 2014), en ligne: DOE <http://www.energy.gov/sites/prod/files/2014/12/f19/OE%20Safety%20Strategic%20Plan%20December%202014.pdf>.
[140] Cal Pub Util Code § 2835 *et. seq.*

être rentable et soit réduire les émissions de gaz à effet de serre, réduire la demande de production d'électricité en période de pointe, reporter ou remplacer un investissement dans une ressource de production, de transport ou de distribution, ou améliorer l'exploitation fiable du transport d'électricité ou du réseau de distribution d'électricité[141].

En décembre 2010, la CPUC a présenté une réglementation[142] pour mettre en œuvre les dispositions de la loi AB 2514. Par la suite, en octobre 2013 (Decision (D.) 13-10-040), la CPUC a établi des cibles d'approvisionnement pour chacun des services publics appartenant au secteur privé, et des exigences d'approvisionnement pour les autres fournisseurs d'électricité[143]. La CPUC a ordonné que d'ici 2020, les trois principaux services publics appartenant au secteur privé fournissent un total de 1,35 GW de stockage (580 MW chacun pour la Southern California Edison Company (SCE) et la Pacific Gas and Electric Company (PG&E), et 165 MW pour la San Diego Gas & Electric Company (SDG&E)). Des objectifs individuels ont été établis pour chaque service public pour les années 2014, 2016, 2018 et 2020, ainsi que pour chaque point d'interconnexion (c.àd. transport, distribution et client (derrière le compteur)).

Le 28 février 2014, les trois services publics appartenant au secteur privé ont présenté des demandes d'approbation de leurs plans d'approvisionnement de stockage respectifs. Dans sa présentation[144], SDG&E a souligné qu'en fonction des projets existants, elle se conforme déjà aux cibles d'approvisionnement de 2014 pour les domaines du transport et du client, et qu'elle se conforme au domaine de la distribution si elle choisit de transférer de l'énergie entre les domaines ou de reporter l'approvisionnement, comme le permet D.13-10-040. Toutefois, pour les domaines du transport et de la distribution, la SDG&E a expliqué qu'elle planifie encore mener des appels d'offres pour le cycle de 2014, afin d'obtenir un stockage rentable et viable. Elle a expliqué qu'elle souhaite obtenir 10 MW en capacité locale et souple (transport raccordé), 2 MW de capacité locale et souple (distribution raccordée) et 4 MW en distribution fiable/qualité énergétique, mais qu'elle pourrait en obtenir plus ou moins selon les offres reçues. La SDG&E a joint à sa demande une proposition de contrat d'achat ferme d'énergie pour le système de stockage d'énergie (*Energy Storage System Power Purchase Tolling Agreement*).

La PG&E a également présenté sa demande[145]. La D.13-10-040 a approuvé au préalable certains projets de transport, de distribution et de stockage énergétique des clients, pour lesquels la PG&E avait déjà exécuté des contrats ou auxquels elle participait autrement. La PG&E a expliqué qu'elle entendait compter les projets en cours dans ses objectifs pour 2014. Le fait d'inclure ces projets réduira le stockage de la distribution de la PG&E pour 2014 de 8,5 MW, ce qui laisse un approvisionnement total pour 2014 de 21,5 MW, et réduira également sa cible d'approvisionnement lié aux clients de 3,5 MW, ce qui entraînera une cible totale pour les clients en 2014 de 6,5 MW. La PG&E a également expliqué qu'elle a obtenu 150 MW de stockage de transport approuvé au préalable pour les prochaines cibles d'approvisionnement en stockage énergétique entre 2016 et 2020. La PG&E prévoit que 38 MW seront utilisés pour compenser les cibles de stockage énergétique lié au transport en 2016, 49 MW en 2018 et 63 MW en 2020. La PG&E a expliqué qu'elle entendait répondre aux autres exigences en matière de stockage énergétique au moyen d'un processus d'appel d'offres, mais se réserve le droit d'utiliser également d'autres moyens.

La SCE a expliqué qu'elle entendait atteindre son objectif de SSE de 90 MW d'approvisionnement en stockage énergétique en 2014, et qu'elle

---

[141] Cal Pub Util Code § 2835(a)(2)-(4). Dans ses décisions mettant en œuvre la loi AB 2514, la CPUC a également établi certaines limites à l'égard de ce que constitue un SSE. La Commission exclut l'accumulation par pompage de plus de 50 MW d'un SSE admissible.

[142] Order Instituting Rulemaking Pursuant to Assembly Bill 2514 to Consider the Adoption of Procurement Targets for Viable and Cost-Effective Energy Storage Systems, Docket N° R10-12-007 (Cal Pub Utils Comm'n, 16 décembre 2010).

[143] Decision Adopting Energy Storage Procurement Framework and Design Program, Decision N° 13-10-040, Docket No R10-12-007 (Cal Pub Utils Comm'n, 17 octobre 2013).

[144] Application of San Diego Gas & Electric Company for Approval of its Energy Storage Procurement Framework and Program as Required by Decision 13-10-040, Docket N° A14-02-006 (Cal Pub Utils Comm'n, 28 février 2014).

[145] Ap`plication of Pacific Gas and Electric Company for Authorization to Procure Energy Storage Systems During the 2014 Biennial Procurement Period Pursuant to Decision 13-10-040, Docket N° A14-02-007 (Cal Pub Utils Comm'n, 28 février 2014).

pourrait obtenir un stockage additionnel[146]. La demande de la SCE établissait certains objectifs existants de stockage qui peuvent compter dans les cibles d'approvisionnement de la SCE. La SCE a joint un accord de stockage énergétique *pro forma* (*Pro Forma Energy Storage Agreement*) à sa demande, et a expliqué qu'elle n'entendait pas se limiter à acheter du stockage au moyen d'un processus concurrentiel, mais qu'elle planifiait explorer des possibilités de contrats bilatéraux ainsi que le stockage appartenant au service public.

Les DP ont été publiées en décembre 2014.

En septembre 2013, la California ISO (CAISO), la CPUC et la California Energy Commission ont annoncé qu'elles créaient un partenariat pour élaborer une feuille de route conjointe pour le stockage énergétique afin de faire progresser le stockage énergétique en Californie. La feuille de route proposera des mesures et des emplacements pour surmonter les obstacles liés au stockage. À partir des commentaires reçus de diverses parties prenantes, une version provisoire de la feuille de route a été présentée au début d'octobre, et un atelier a été organisé le 13 octobre pour discuter de la version provisoire et obtenir des commentaires[147]. La feuille de route définitive était terminée à la fin de 2014[148].

Les objectifs de stockage établis dans D.13-10-040 pour la SCE font uniquement partie des plans de stockage énergétique de la SCE. Un SSE est également exploré dans le cadre du processus de planification de l'approvisionnement à long terme du service public. Au cours de la même période générale où la CPUC publiait sa réglementation sur le stockage énergétique (R.10-12-007), la CPUC examinait également son processus de planification de l'approvisionnement à long terme (PPALT) pour la décennie de 2012 à 2022[149]. La CPUC a divisé le PPALT de 2012 en quatre volets, dont deux sont pertinents ici. D'abord, la CPUC a expliqué qu'elle examinerait s'il existe un besoin local de ressources au cours des prochaines années. Le premier volet examine le besoin local pour deux domaines de capacité locale de la SCE – le bassin de Los Angeles et Big Creek/Ventura. Les besoins de capacité locale à long terme de la SCE devraient beaucoup augmenter en raison du retrait de 4 900 MW de générateurs de vapeur dans le bassin de Los Angeles, qui utilisent la réfrigération à passage unique[150].

En février 2013, la CPUC a publié la D.13-02-015 sur la première étape de l'approvisionnement pour les besoins de capacité locale. La Commission a autorisé la SCE à se procurer entre 1 400 MW et 1 800 MW de capacité électrique dans le soussecteur de West Los Angeles, et entre 215 MW et 290 MW dans le soussecteur de Moorpark. Des 1 800 MW autorisés, la Commission a exigé qu'au moins 50 MW proviennent de ressources de stockage énergétique, et a expliqué que 750 MW additionnels de nouvelle capacité pourraient être fournis à partir du stockage énergétique.

Ensuite, la CPUC a également établi qu'un quatrième volet fasse partie d'un PPALT, afin d'examiner les répercussions du retrait prématuré de la San Onofre Nuclear Generating Station (SONGS) sur les besoins de fiabilité locaux. La SCE a expliqué qu'elle entendait établir un programme pilote ciblant les sousstations de transport dans les secteurs très touchés par le retrait de la SONGS afin d'acquérir jusqu'à 400 MW en ressources préférentielles à des prix concurrentiels ou par un SSE pour répondre à ses besoins de fiabilité.

Le 5 novembre 2014, la SCE a annoncé qu'elle avait conclu des marchés pour 2 221 MW d'énergie en vertu de la D.13-02-015. De ce total, la SCE a conclu des marchés avec des fournisseurs de stockage pour 260 MW, ce qui suppose 24 marchés distincts, soit cinq fois le nombre exigé par la CPUC dans la D.13-02-015 pour les ressources de stockage énergétique.

---

[146] Application of Southern California Edison Company for Approval of its 2014 Energy Storage Procurement Plan, Docket N° A14-02-009 (Cal Pub Utils Comm'n, 28 février 2014).

[147] Cal. Indep. Sys. Operator, *Energy Storage Roadmap* (2014), en ligne: CAISO <http://www.caiso.com/informed/Pages/CleanGrid/EnergyStorageRoadmap.aspx>.

[148] Cal. Indep. Sys. Operator, *Advancing and Maximizing the Value of Energy Storage Technology: A California Roadmap* (décembre 2014), en ligne : CAISO <http://www.caiso.com/Documents/Advancing-MaximizingValueofEnergyStorageTechnology_CaliforniaRoadmap.pdf>.

[149] Order Instituting Rulemaking to Investigate and Refine Procurement Policies and Consider Long-Term Procurement Plans, Docket No R12-03-014 (Cal Pub Utils Comm'n, 22 mars 2012).

[150] Les règlements du *State Water Quality Control Board* considèrent maintenant l'eau chauffée comme étant de la pollution de l'eau en vertu de la *Federal Clean Water Act*. Par conséquent, les générateurs de vapeur qui utilisent la réfrigération à passage unique devront être modifiés ou retirés.

2. New York

Conformément à son accord d'exploitation[151] avec la Long Island Power Authority (LIPA), PSEG-Long Island doit présenter un plan 2.0 du service public (Utility 2.0 Plan) à la LIPA, afin de le faire approuver. Le 1er juillet 2014, PSEG-Long Island a publié son plan[152], qui a ensuite été modifié en octobre. Le plan comprend 5 MW par 25 MWh de stockage sur batterie sur la fourche sud de Long Island, qui appartiendrait à PSEG-Long Island et serait exploité par PSEG-Long Island. Auparavant, en 2013, la LIPA a lancé sa propre DP[153] pour environ 150 MW de stockage énergétique. Aucune mesure n'a été prise jusqu'ici. ■

[151] Long Island Power Auth., *Amended and Restated Operating Services Agreement* (31 décembre 2013), en ligne: LIPA <http://www.lipower.org/papers/OSA.pdf>; voir également NY Pub Auth Law § 1020-f(ee).
[152] PSEG-Long Island, *Utility 2.0 Long Range Plan, Prepared for Long Island Power Authority* (1er juillet 2014), en ligne: <https://www.psegliny.com/files.cfm/2014-07-01_PSEG_LI_Utility_2_0_LongRangePlan.pdf>.
[153] Long Island Power Auth., *Request for Proposals for New Generation, Energy Storage and Demand Response Resources* (18 octobre 2013), en ligne: LIPA <http://www.lipower.org/proposals/docs/GSDR-clean.pdf>.