PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 11, NUMÉRO 1 2023

RÉDACTEURS EN CHEF

M. Rowland J. Harrison, c.r., LLB, LLM, Conseiller en règlementation de l'énergie, Calgary

M. Gordon E. Kaiser, BA, MA, JD, Arbitre, JAMS Toronto, Washington DC

SUPPORTERS

L'honorable David M. Brown, BA, JD, LLM, Juge, Court d'appel de l'Ontario

M. Scott Hempling, BA, JD, Professeur adjoint, Georgetown University Law Center, Juge de droit administratif, Federal Energy Regulatory Commission

M. Mark A. Jamison, BSc, MSc, PhD, Directeur, Public Utility Research Center, University of Florida

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

M. Peter Ostergaard, BA, MA, ancien Président, BC Utilities Commission, Vancouver

M. André Plourde, BA, MA, PhD, Professeur titulaire, Faculty of Public Affairs, Carleton University

M. Mark J. Rodger, BA, LLB, Associé senior, Borden Ladner Gervais, Toronto

M. Lawrence E. Smith, c.r., BA, LLB, MA, Associé, Bennett Jones, Calgary

M. C. Kemm Yates, c.r., BA, JD, Arbitre et Avocat-conseil, Western Arbitration Chambers, Calgary

COLLABORATEURS 2023

M. Ralph Cuervo-Lorens, BA, FCIArb, LLB, LLM, MA, Associé, McMillan LLP, Toronto

M. Noah Entwisle, BA, JD, Avocat, McInnes Cooper, Halifax

M. Ahmad Faruqui, BA, MA, PhD, Economist-at-Large, San Francisco

Mme. Melanie Gillis, BA, JD, Avocate, McInnes Cooper, Halifax

Mme. Ghazal Hamedani, BA, LLB, Avocate, Miller Thomson LLP, Toronto

M. P. Jason Kroft, BA, LLB, LLM, Associé, Miller Thomson, Toronto

M. David J. Mullan, LLB, LLD Honorifique, LLM, Professeur émérite, Faculté de droit, Queen's University

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 réglementées du secteur énergétique au Canada, notamment des décisions de tribunaux de réglementation, des actions législatives et politiques associées, ainsi que des initiatives et des mesures adoptées par des sociétés réglementées et des intervenants. Le rôle de cette publication est de fournir des analyses et le contexte qui vont au-delà des développements quotidiens. 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 réglementées. D'autres auteurs sont invités, de temps à autre, à soumettre des contributions par les rédacteurs en chef.

POLITIQUE RÉDACTIONNELLE

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

Les directeurs de la rédaction travailleront avec l'ACG pour déterminer des thèmes et des sujets pour chaque publication, rédigeront des textes éditoriaux, sélectionneront des collaborateurs et réviseront leurs articles pour s'assurer de l'uniformité du style et de la qualité. Les directeurs de la rédaction se réservent la responsabilité de sélectionner les directeurs de rédaction.

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 directeurs de la rédaction à écrire des articles sur des thèmes particuliers ou peuvent proposer leur collaboration selon leur propre initiative. De temps à autre, d'autres personnes peuvent également être invitées à rédiger des articles.

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

Outre la publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, des commentaires ou des hyperliens vers des développements actuels peuvent être publiés sur le site Web de temps à autre, en particulier en temps opportun.

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 (www.energyregulationquarterly.ca).

PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

Éditorial 5

Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser

CHRONIQUE RÉGULIÈRE

Évolution du droit administratif relatif au droit et à la réglementation de l'énergie en 2022 9

David J. Mullan

ARTICLES

Aller de l'avant : La nouvelle politique énergétique de la Nouvelle-Écosse vise le solaire, l'hydrogène et la boucle de l'Atlantique 29

Gordon E. Kaiser, Melanie Gillis, et Noah Entwisle

Régimes provinciaux du carbone au Canada : Des mesures variées pour lutter contre les changements climatiques 36

P. Jason Kroft et Ghazal Hamedani

RECENSIONS

California Burning de Katherine Blunt 42

Ahmad Faruqui

Guide to Energy Arbitrations *46*

Ralph Cuervo-Lorens

ÉDITORIAL

Rédacteurs en chef

Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser

Voici le premier numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* pour l'année 2023. Il s'agit de notre dixième année de publication. Nous commençons cette dixième année comme nous l'avons fait la première année avec un article de David Mullan, professeur émérite de droit à l'université Queen's, l'un des plus grands spécialistes du droit administratif au Canada. Ce premier article était un ouvrage d'envergure de 46 pages intitulé « Droit administratif et réglementation en matière d'énergie — éviter les pièges — les dix règles — perspective sur dix ans »[1].

La première section de l'article de M. Mullan dans ce numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* traite de la question suivante : étant donné que l'arrêt *Vavilov*[2] exclut apparemment les questions d'équité procédurale de son modèle de norme de contrôle judiciaire, quelles normes sont appliquées à de telles contestations?

L'arrêt de principe est *Abrametz*[3], une décision de la Cour suprême du Canada qui a réexaminé la question des délais administratifs, abordée pour la première fois par la Cour en 2000 dans l'arrêt *Blencoe*[4]. Après une analyse très réfléchie des arrêts, M. Mullan conclut que les décisions des trois dernières années conduisent aux sept principes qu'il énonce. Ils méritent d'être lus attentivement.

La question suivante que M. Mullan examine est celle du contrôle judiciaire approprié dans les cas de lois subordonnées. Il examine les affaires *Green v Law Society of Alberta*[5] et *West Fraser Mills v British Columbia*[6] ainsi que l'affaire *Médicaments novateurs*, une décision de la Cour fédérale du 5 décembre 2020[7].

Mullan conclut que la controverse n'a peut-être rien à voir avec la réalité, mais qu'il convient néanmoins de mettre un terme à la spéculation et que la Cour suprême aura l'occasion de le faire dans un avenir proche.

Ensuite, M. Mullan se penche sur la question suivante : quelle est la norme d'examen pour les appropriations réglementaires ou ce que nous appelons plus souvent l'expropriation? Cette question a été vivement débattue dans l'affaire *Annapolis Group Inc. c Halifax*[8], où la municipalité régionale d'Halifax a modifié le zonage d'une propriété et a empêché le propriétaire de procéder à certains aménagements, ce qui a donné lieu à des plaintes pour enrichissement sans cause, faute d'exécution et utilisation inappropriée des pouvoirs réglementaires dans le but de saisir un terrain pour l'utiliser comme parc public sans indemnisation.

M. Mullan aborde ensuite la question de l'équité procédurale et de l'attente légitime dans le cadre de l'émission de directives ministérielles, qui ont

---

[1] David J. Mullan, « Droit administratif et réglementation en matière d'énergie – éviter les pièges – les dix règles – perspective sur dix ans » (2013) 1 :1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie , en ligne : <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/regulators-and-the-courts-a-ten-year-perspective-1#sthash.UQoCh1FV.dpbs>.

[2] 2019 CSC 65.

[3] *Law Society of Saskatchewan*, 2000 CSC 44.

[4] *Blencoe c Colombie-Britannique*, 2000 CSC 44.

[5] 2017 CSC 20.

[6] 2018 CSC 22.

[7] *Médicaments novateurs Canada c Canada*, 2022 CAF 2010.

[8] 2022 CSC 36.

occupé une place centrale dans l'arrêt *TransAlta General Partnership*[9]. Cette affaire concernait des décisions prises par le gouvernement de l'Alberta à l'encontre des propriétaires d'installations de production d'électricité à partir du charbon que le gouvernement avait décidé de fermer. La question en jeu était de savoir s'il fallait procéder à des ajustements de la dépréciation découlant de la réduction des émissions des centrales au charbon dans le cadre de l'accord sur l'arrêt de la production de charbon que les entreprises de services publics avaient conclu avec le gouvernement. L'équité procédurale des directives qui ont éliminé cette disposition était également en cause. La question était de savoir si un quelconque niveau d'équité procédurale était susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire. La véritable question était de savoir si les directives relevaient d'une fonction législative ou si elles étaient de nature administrative.

Cette analyse porte également sur une décision du gouvernement de l'Ontario dans l'arrêt *Tesla Motors*[10], dans lequel le gouvernement a annulé un programme de subvention pour l'achat de voitures électriques, mais a instauré un délai de grâce de deux mois. Il s'est avéré que le gouvernement n'a pas permis aux clients de Tesla de profiter du délai de grâce. La Cour d'appel a souligné l'incertitude quant à la question de savoir si la doctrine de l'attente légitime pouvait générer un droit à une audience dans le cas de fonctions législatives auxquelles aucune obligation de ce type ne s'attacherait par ailleurs.

Une autre discussion importante de cet article concerne l'évolution récente de l'obligation de franchise des entreprises de services publics qui est apparue dans la décision de l'*Alberta Utilities Commission* (AUC) dans l'arrêt *ATCO Electric*[11], où la Commission a infligé une amende de 31 millions de dollars à ATCO Electric parce qu'elle avait dissimulé des informations pertinentes afin de recouvrer certains coûts. La décision note qu'ATCO a manqué à son obligation fondamentale d'honnêteté et de franchise envers son organisme de réglementation, obligation qui exige que les informations qu'elle fournit à la Commission soient « complètes, justes et exactes ». Il s'agit d'une décision qui aura une large application à travers le Canada. Comme toujours, l'article de M. Mullan sur l'évolution du droit administratif relatif au droit et à la réglementation en matière d'énergie est un ouvrage à lire absolument.

Le deuxième article de ce numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, écrit par Melanie Gillis et Noah Entwisle du cabinet d'avocats McInnes Cooper à Halifax, concerne trois développements importants dans la province de la Nouvelle-Écosse. Le premier est un prolongement très important du programme de facturation nette pour soutenir le développement de l'énergie solaire. Le deuxième est une nouvelle politique très agressive visant à développer des projets d'hydrogène vert. Le troisième concerne la décision du gouvernement de la Nouvelle-Écosse de plafonner les tarifs que Nova Scotia Power peut facturer à ses clients.

La Nouvelle-Écosse dispose depuis 2010 d'un programme de facturation nette visant à promouvoir le développement de l'énergie solaire. Ce programme s'est avéré très populaire auprès des clients résidentiels, mais moins auprès des clients commerciaux en raison du plafond de 100 kW imposé à la taille des installations commerciales.

La politique de l'énergie solaire en Nouvelle-Écosse a attiré l'attention l'année dernière lorsque Nova Scotia Power a décidé de facturer aux clients des frais d'accès au réseau de huit dollars par kilowatt chaque mois pour les installations à compteur net. La compagnie d'électricité prétendait que les propriétaires qui produisaient leur propre électricité à l'aide de panneaux solaires étaient subventionnés par d'autres clients. Le gouvernement s'est opposé à cette nouvelle taxe et la compagnie d'électricité a ensuite retiré sa proposition.

Comme l'explique l'article, le gouvernement a introduit une nouvelle politique qui augmente le plafond de capacité de facturation nette pour

[9] 2022 ABCA 381.

[10] *Tesla Motors Canada c Ontario*, 2018 ONSC 5062.

[11] Alberta Utilities Commission, *Notice of enforcement proceeding*, 29 novembre 2021 (demande du personnel chargé de l'application de la loi de l'AUC pour engager une procédure judiciaire en vertu des articles 8 et 63 de l'*Alberta Utilities Commission Act*).

les clients commerciaux de 100 kW à 1 MW. De plus, tout client de la Nouvelle-Écosse a désormais le droit d'autoproduire de l'électricité avec des panneaux solaires et d'installer jusqu'à 27 kW de capacité nominale de production et de stockage d'électricité renouvelable sans l'approbation de la compagnie d'électricité. La réglementation modifiée impose également à Nova Scotia Power de traiter les demandes de facturation nette dans les meilleurs délais et d'approuver toutes les demandes de facturation nette, à moins qu'il n'y ait des motifs raisonnables de les refuser.

L'article traite également d'une nouvelle initiative très importante de la Nouvelle-Écosse visant à développer l'hydrogène vert. Il existe actuellement six projets actifs de production d'hydrogène vert en Nouvelle-Écosse, dont quatre projets de livraison du produit en Europe. La nouvelle législation apporte une clarté bien nécessaire sur les obligations d'évaluation environnementale auxquelles les projets d'hydrogène sont désormais soumis.

La section suivante de cet article traite d'une politique très controversée introduite par le gouvernement de la Nouvelle-Écosse en 2022. Il s'agit du plafond que le gouvernement a imposé aux augmentations de tarifs que l'autorité de réglementation de l'énergie de la Nouvelle-Écosse pouvait accorder à la compagnie d'électricité Nova Scotia Power. Nova Scotia Power avait demandé une augmentation de 14 % sur deux ans. Le gouvernement provincial a réagi en adoptant une loi qui limitait l'augmentation des tarifs à 1,8 % au cours des deux prochaines années.

L'article indique qu'en fin de compte, le service public a conclu un accord avec ses principaux clients qui a établi une augmentation moyenne des tarifs de 6,9 % pour toutes les catégories de clients en 2023 et 2024. La Commission a approuvé ces tarifs[12] parce qu'elle était préoccupée par les dégradations de crédit que Nova Scotia Power avait subies en raison du plafonnement des tarifs. L'organisme de réglementation a également déclaré qu'il avait l'obligation légale d'accorder des augmentations de taux lorsqu'elles étaient justes et raisonnables.

La réaction de l'organisme de régulation au plafonnement des tarifs a également été influencée par la décision de la compagnie d'électricité de cesser d'investir dans une nouvelle ligne de transport d'électricité appelée Boucle de l'Atlantique. Ce projet de transport d'électricité, d'une valeur de 5 milliards de dollars, devait permettre à la Nouvelle-Écosse d'accéder plus facilement à l'hydroélectricité produite au Labrador et au Québec. Cette énergie renouvelable était considérée comme essentielle pour que la Nouvelle-Écosse ne dépende plus de la production d'électricité à partir de charbon.

L'article suivant de ce numéro de la P*ublication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, rédigé par Jason Kroft et Ghazal Hamedani du cabinet d'avocats Miller Thomson de Toronto, traite des différents règlements de la taxe sur le carbone au Canada. Il traite des provinces du Québec, de l'Ontario, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et des provinces de l'Atlantique. Il compare également l'évolution au Canada avec les régimes de taxe sur le carbone en vigueur aux États-Unis et en Europe.

Comme le souligne l'article, la tentative du gouvernement canadien d'imposer des taxes sur le carbone dans toutes les provinces a fait l'objet de contestations juridiques pendant des années. La Cour suprême du Canada a finalement conclu que la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*[13] était constitutionnelle et que le gouvernement fédéral avait le pouvoir d'établir le régime fiscal dans l'ensemble du pays[14].

L'article précise également que les politiques mises en place par de nombreuses provinces ne sont pas acceptables pour le gouvernement fédéral et que des négociations sont toujours en cours dans certaines provinces. Il est également vrai que certains experts remettent en question l'efficacité des taxes sur le carbone en tant qu'instrument économique. La conclusion de cet article est que la capacité des taxes sur le carbone à atteindre les objectifs fixés pour la réduction des émissions de carbone au Canada est loin d'être évidente.

---

[12] Nova Scotia Utility and Review Board re General Rate Application by Nova Scotia Power, 2023, NSUARB 12.

[13] LC 2018 C12.

[14] *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11.

Ce numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* contient deux critiques de livres. Le premier livre, *California Burning*, est l'œuvre de Katherine Blunt. Il a été chroniqué par Ahmad Faruqui, un économiste de l'énergie bien connu qui, jusqu'à récemment, travaillait pour le Brattle Group à San Francisco. M. Faruqui note dans sa phrase d'introduction que le sous-titre de ce livre, « The Fall of PG&E and what it means for the American power grid » (la chute de PG&E et ce qu'elle signifie pour le réseau électrique américain), est très révélateur. Le livre, note-t-il, « se lit comme une nécrologie d'entreprise ».

M. Faruqui note également que le livre met l'accent sur les incendies de forêt provoqués par PG&E au cours des dernières années, dont plusieurs ont donné lieu à des poursuites pénales contre l'entreprise, qui ont été confirmées.

Ce livre vaut la peine d'être lu. Il décrit très bien la complexité à laquelle les grandes entreprises de services publics comme PG&E sont confrontées aujourd'hui. Il note qu'une grande partie de la couleur manque dans ce livre parce qu'il est basé principalement sur des entretiens avec des victimes des désastres de l'entreprise comme des incendies de forêt et des explosions de pipelines.

M. Faruqui conclut qu'en dépit de ces limites, le livre est à lire absolument. Il documente de manière très détaillée les nombreuses bévues qui ont terni l'image de l'une des plus grandes compagnies d'électricité et de gaz d'Amérique. Il ajoute que d'autres dirigeants d'entreprises de services publics devraient lire ce livre. Il les aidera à savoir ce qu'il faut faire et ce qu'il ne faut pas faire.

Le deuxième ouvrage examiné dans ce numéro, *The Guide to Energy Arbitration*, est un recueil de contributions de quelques-uns des principaux arbitres du secteur de l'énergie dans le monde. Cet ouvrage, qui en est à sa cinquième édition, est publié sous la direction de J. William Rowley, Doak Bishop et Gordon Kaiser.

L'auteur de la critique du livre est Ralph Cuervo-Lorens, partenaire du cabinet d'avocats McMillan à Toronto. Lorenz souligne dans cette critique que le secteur de l'énergie est la figure de proue de l'arbitrage mondial. Une grande partie de ce livre ne concerne pas la politique énergétique nationale, mais plutôt les activités des multinationales qui transportent l'énergie d'un pays à l'autre ou qui recherchent de l'énergie dans des territoires étrangers. Compte tenu de l'importance de l'énergie dans le monde de l'arbitrage, cet ouvrage s'est avéré essentiel pour les avocats et les arbitres spécialisés dans l'énergie. C'est sans doute la raison pour laquelle il en est aujourd'hui à sa cinquième édition.

Le livre suit l'évolution de l'arbitrage dans le cadre de différents traités, notamment l'ALENA et plus récemment l'ACEUM, ainsi que la complexité des arbitrages de révision des prix dans le cadre d'un certain nombre de traités. C'est peut-être la raison pour laquelle de nombreux arbitres réputés dans le domaine de l'énergie possèdent cinq exemplaires de ce livre sur leur étagère. Il convient de souligner que Ralph Cuervo-Lorens fournit une analyse approfondie du contenu de l'ouvrage. Les lecteurs y trouveront une aide précieuse. ■

ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF RELATIF AU DROIT ET À LA RÉGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE EN 2022

*David J. Mullan**

I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

Croire que l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Vavilov*[1] mettrait un terme à tous les problèmes importants liés à la sélection et à l'application des normes de contrôle judiciaire était toujours trop espérer. Après de nombreuses querelles judiciaires, professionnelles et théoriques sur une série de questions découlant de l'arrêt *Vavilov*[2] ou laissées en suspens par celui-ci, la Cour suprême du Canada est revenue à la charge en 2022, mettant fin à une période d'abstinence, et s'est efforcée (avec plus ou moins de succès) de régler certaines des questions les plus importantes soulevées par son arrêt de 2019. Le présent examen annuel consiste principalement en un exposé des arrêts pertinents, chacun d'entre eux ayant une importance différente pour le droit et la réglementation de l'énergie.

Dans la seconde partie de l'examen, je m'éloigne des normes de contrôle judiciaire et je relève un certain nombre d'autres jugements, principalement, mais pas exclusivement de la Cour suprême du Canada, qui traitent d'une série d'autres questions ayant une résonance dans le cadre du droit et de la réglementation de l'énergie : la portée de l'obligation d'équité procédurale et l'application de la doctrine de l'attente légitime dans le contexte de l'établissement de règlements ou de fonctions de type législatif, l'obligation naissante de franchise au cours des procédures réglementaires, l'éventail des recours disponibles en cas de retard abusif et/ou procédural dans le traitement des procédures administratives, et l'élaboration ou l'affinement par la Cour suprême du Canada des critères de reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public dans le cadre de contestations constitutionnelles et de droit administratif.

II. VARIATIONS SUR UN THÈME DE L'ARRÊT *VAVILOV*

i. Introduction

L'une des ambitions apparentes de l'arrêt *Vavilov*[3] était l'adoption d'un modèle de norme de contrôle qui couvrirait l'univers du contrôle judiciaire de l'action administrative sur des

* David J. Mullan, Professeur émérite, Faculté de droit, Queen's University. Certaines parties de ce document doivent beaucoup aux échanges avec John M. Evans, ancien juge de la Cour d'appel fédérale.

[1] 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653 [*Vavilov*].

[2] *Ibid*.

[3] *Ibid*.

motifs de fond[4]. Qu'une action administrative soit contestée devant un tribunal par le biais d'une demande de contrôle judiciaire, d'un recours statutaire ou, vraisemblablement, d'une contestation accessoire[5], l'arrêt *Vavilov*[6] a établi des critères pour déterminer la norme de contrôle appropriée et, par la suite, les considérations selon lesquelles un tribunal devrait effectuer un contrôle dans le cadre de l'application de la norme appropriée.

Il n'est pas surprenant que, depuis l'arrêt *Vavilov*[7], il y ait eu, il y a maintenant plus de trois ans, un important travail judiciaire sur un certain nombre d'aspects de la sélection des normes de contrôle et de l'adaptation contextuelle des différentes normes de contrôle exposées dans l'arrêt rendu majoritairement dans *Vavilov*[8]. Par exemple, l'exception précédente à la présomption de contrôle du caractère raisonnable pour les questions de droit dans le cas de questions susceptibles d'être examinées en première instance à la fois par un tribunal et par un organisme administratif s'appliquait-elle toujours? L'omission par la majorité de la Cour suprême de cette catégorie dans sa liste limitée de situations dans lesquelles la présomption de contrôle du caractère raisonnable a été renversée était-elle délibérée ou accidentelle? Compte tenu de l'accent mis par l'arrêt *Vavilov* sur la primauté des motifs dans la recherche du caractère déraisonnable, comment une cour de révision devrait-elle évaluer le caractère raisonnable en ce qui concerne les décisions pour lesquelles les motifs n'étaient pas exigés ou n'ont pas été fournis par le décideur?

Dans le premier cas, la Cour, sans admettre sa responsabilité, a « rétabli » l'exception dans la liste des situations où la présomption de contrôle du caractère raisonnable est renversée et où les questions de droit sont contrôlées en fonction d'une norme de décision correcte ou de bien-fondé[9]. En ce qui concerne ce dernier point, plusieurs tribunaux ont fourni des indications détaillées sur la manière dont le contrôle du caractère raisonnable doit être effectué en l'absence de motifs[10].

Cependant, étant donné l'ambition de la majorité de voir les principes de l'arrêt *Vavilov* s'appliquer à l'ensemble des décisions administratives fondées sur des motifs de fond, il existe au moins deux domaines dans lesquels cette approche qualifiée d'universelle a été sérieusement remise en question, mais d'une manière quelque peu différente :

1. Étant donné que l'arrêt *Vavilov* exclut apparemment les questions d'équité procédurale de son modèle de norme de contrôle judiciaire, quelles normes doivent être appliquées à de telles contestations? Est-il même approprié de parler de normes de contrôle judiciaire pour les questions de procédure[11]?

2. Dans le cas principalement, mais pas exclusivement, de la législation

[4] En décrivant sa mission, l'arrêt rendu majoritairement dans *Vavilov*, *ibid* aux paras 2, 10–11, 16, 23, parle de réformer et de clarifier le droit relatif au contrôle judiciaire de l'action administrative pour des motifs de fond dans les termes les plus généraux. La seule réserve apparente est que le contrôle sur la base de la justice naturelle et/ou de l'équité procédurale n'est pas inclus : voir para 23 (bien que voir mon exposé plus complet dans David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2020 » (2021) 9:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 21, en ligne : ERQ <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1#sthash.4ujc1NI9.dpbs>). Cependant, cette réserve mise à part, la majorité, au paragraphe 11, a déclaré que son objectif était de « veiller à ce que le cadre qu'elle adopte tienne compte de tous les types de prise de décision administrative » [traduction].

[5] Bien qu'à ce sujet, voir l'exposé plus loin dans II (iv), « What Gives? », ci-dessous.

[6] *Supra* note 1.

[7] *Ibid*.

[8] *Ibid*.

[9] *SOCAN c Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30 Dans leur dissidence sur cette question, les juges Karakatsanis et Martin (aux paras 115–19) ont rejeté la création d'une catégorie supplémentaire dans laquelle la présomption de contrôle du caractère raisonnable est réfutée. Les trois catégories existantes reconnues dans l'arrêt *Vavilov* étaient exhaustives).

[10] Voir l'arrêt *Vavilov*, *supra* note 1 au para 138. Dans de tels cas, l'attention se porte inévitablement sur le résultat.

[11] Ou, en d'autres termes, les tribunaux doivent-ils traiter les questions d'équité procédurale en fonction d'une correction non déférente? Cependant, pour un jugement antérieur selon lequel la norme de contrôle judiciaire n'a aucun rôle à jouer dans les contestations de l'équité procédurale, voir *Moreau-Bérubé c Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 RCS 249 au para 74 (le juge Arbour prononçant le jugement de la Cour).

> subordonnée, existe-t-il d'autres situations où l'universalité de l'approche de l'arrêt *Vavilov* en matière de contrôle de fond est compromise et où le contrôle judiciaire est toujours effectué par référence aux normes *ultra vires* traditionnelles ou à l'une de leurs variantes?

De plus, il importe de noter qu'il existe des contextes où ces deux questions se confondent, comme dans le cas des contestations, directes ou accessoires, des règles de procédure prévues par la loi[12] au motif qu'elles ne sont pas conformes aux principes d'équité procédurale.

En 2022, la Cour suprême a apporté une réponse partielle mais non définitive à la première question. Alors que la deuxième question a attiré une attention considérable, tant au niveau judiciaire que théorique, nous attendons toujours une résolution de laquelle des deux conceptions concurrentes (ou peut-être une fusion des deux) devrait prévaloir. Dans cette section de l'examen, je traiterai les deux questions du point de vue des précédents et des principes.

ii. Injustice procédurale – Norme de contrôle judiciaire – L'impact de l'arrêt *Abrametz*

Dans l'affaire *Law Society of Saskatchewan v Abrametz*[13], la Cour suprême a réexaminé la question du contrôle des retards dans les procédures administratives, une question à laquelle la Cour avait été confrontée pour la dernière fois en 2000 dans l'arrêt *Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission)*[14]. Dans le cadre d'une procédure disciplinaire engagée par la Law Society, Abrametz avait demandé un sursis en invoquant un retard équivalant à un abus de procédure[15]. Le comité d'audition avait rejeté sa demande et il a fait appel de cette décision auprès de la Cour d'appel de la Saskatchewan, comme le prévoit l'article 56, paragraphe 1, de la *Legal Profession Act* de 1990[16]. L'audition d'un recours en vertu du paragraphe 56(1) nécessitait l'autorisation d'un juge de la Cour d'appel mais n'était pas limitée quant aux motifs. Abrametz a obtenu gain de cause et un sursis a été accordé[17]. La Law Society a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir en cassation.

Entre parenthèses, il convient de noter que le cadre dans lequel s'est déroulée l'audience de ce pourvoi devant la Cour suprême était différent de celui de l'arrêt *Blencoe*[18]. Dans l'arrêt *Blencoe*[19], les tribunaux ont été saisis d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de la *Judicial Review Procedure Act*[20] de la Colombie-Britannique, déposée après que la plainte pour violation des droits de la personne a été inscrite au rôle pour une audience. Dans sa demande de sursis, Blencoe a allégué un retard excessif dans le traitement d'une plainte pour violation des droits de la personne déposée à son encontre, retard qui équivaut à un déni d'équité procédurale et à un abus de procédure[21]. Contrairement à l'arrêt *Abrametz*[22], il n'y a pas eu de demande formelle de sursis dans le cadre de la procédure administrative. La Cour suprême de la Colombie-Britannique n'a pas eu à examiner de décision interne sur cette question. La Cour a plutôt mené un procès en première instance sur l'allégation de retard excessif de Blencoe[23]. Les questions relatives à

[12] J'utilise ici le terme « légiféré » pour couvrir toute la gamme des instruments autorisés par la loi : par exemple, les règlements du gouverneur ou du lieutenant-gouverneur en conseil, les règles de procédure des agences et des tribunaux administratifs, les arrêtés municipaux. Cependant, comme nous le verrons, l'approche du contrôle judiciaire de ces instruments peut ne pas être universelle. Il peut également y avoir un problème en ce qui concerne le contrôle judiciaire de divers instruments procéduraux internes ou non contraignants qui ne sont pas spécifiquement autorisés par la loi.

[13] 2022 CSC 29 [*Abrametz*].

[14] 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 [*Blencoe*].

[15] Abrametz n'a pas fait valoir que le retard avait donné lieu à un manque d'équité lors de l'audience, mais a limité sa contestation à l'abus de procédure : *supra* note 13 aux paras 41–42.

[16] SS 1990-91, c L-10.1.

[17] 2020 SKCA 81.

[18] *Supra* note 14.

[19] *Ibid*.

[20] RSBC 1996, c. 241.

[21] *Ibid*.

[22] *Supra* note 13.

[23] 49 B.C.L.R. (3d) 216.

la norme de contrôle judiciaire n'étaient tout simplement pas pertinentes puisque la Cour ne procédait pas au contrôle d'une décision. C'était également une époque où l'idée d'une cour de révision qui s'en remettrait à un tribunal sur des questions de procédure n'aurait guère eu de prise. Même l'affaire *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*[24] n'aurait lieu que sept ans plus tard. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la Cour suprême n'ait pas fait mention d'une norme de contrôle judiciaire.

En revanche, dans l'arrêt *Abrametz*[25], il y avait une décision réelle à soumettre au contrôle judiciaire dans le cadre d'un régime d'appel statutaire. En fait, il est probable qu'aujourd'hui un tribunal canadien hésiterait à autoriser une telle requête ou demande de contrôle judiciaire sans que l'appelant ou le requérant n'ait d'abord soulevé la question officiellement auprès de l'autorité de réglementation désignée ou du tribunal d'audition[26]. De manière plus pertinente, il s'est également avéré qu'à une époque où la question de la norme de contrôle faisait l'objet d'une attention croissante, la Cour suprême s'est penchée sur la question de sa pertinence en matière de contrôle judiciaire pour des motifs procéduraux.

Jusqu'à l'arrêt *Abrametz*, le principal précédent sur la norme de contrôle judiciaire à appliquer aux allégations d'iniquité procédurale était l'arrêt du juge LeBel dans l'affaire *Établissement de Mission c Khela*[27]. Khela avait été transféré involontairement dans un pénitencier à sécurité maximale et avait demandé un contrôle judiciaire de cette décision par le biais d'une demande *d'habeas* corpus auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Lorsque l'affaire est arrivée devant la Cour suprême, le juge LeBel a abordé la question de la norme selon laquelle une cour de révision devrait évaluer les questions de procédure. Au départ, sa position semblait simple :

> La norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte »[28].

Cependant, par la suite, en répondant à l'argument selon lequel il y avait eu une injustice procédurale résultant du refus d'accès à certains documents pertinents sur la base de l'évaluation du « risque » par un directeur de prison, le juge LeBel a poursuivi en disant :

> Le commissaire, ou son représentant, est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser. Par conséquent, il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire ou le directeur. De même, ces derniers sont mieux en mesure de déterminer la fiabilité de certaines ou de certains informateurs. Par conséquent, il faut, sur ce point également, faire preuve d'une certaine déférence [traduction][29].

Il est évident que la manière de concilier ces deux déclarations pose un problème. La déclaration initiale concernant le maintien du contrôle du bien-fondé pour les questions d'équité procédurale ne se concentre pas simplement sur la détermination du seuil à savoir s'il existe un droit à un niveau quelconque d'équité procédurale; elle s'étend aux détails de ce droit à l'équité procédurale. Pourtant, dans la deuxième déclaration, le juge LeBel semble accepter qu'il existe au moins certaines situations dans lesquelles le décideur a le droit de faire preuve de retenue dans l'évaluation des arguments relatifs au contenu des droits à l'équité procédurale dans un cas particulier. En l'espèce, cette évaluation consistait à déterminer s'il fallait déroger aux droits normaux d'accès aux documents pertinents sur la base d'une évaluation du risque.

L'année suivante, en 2015, le juge d'appel Stratas, dans l'affaire *Bergeron c Canada (Procureur général)*[30], sans prétendre résoudre

---

[24] 2008 CSC 9, [2008] 1 CSC 190.

[25] *Supra* note 13.

[26] Voir l'arrêt du juge Rowe pour la majorité dans l'arrêt *Abrametz*, *supra* note 13 au para 79.

[27] 2014 CSC 24, [2014] 1 RCS 502 [*Khela*].

[28] *Ibid* au para 79.

[29] *Ibid* au para 89.

[30] 2015 CAF 160 aux paras 67–71.

le dilemme de l'arrêt *Khela*, a rendu compte de ce qu'il a décrit comme une « confusion jurisprudentielle » sur la question du rôle de la déférence dans le domaine de l'équité procédurale. Depuis lors, il a continué à documenter la perpétuation de cet état de confusion dans son ouvrage régulièrement mis à jour (et incluant désormais *Abrametz*), « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases »[31].

Comme indiqué ci-dessus, le contexte procédural de l'arrêt *Abrametz*[32] était un appel statutaire avec autorisation de la Cour d'appel de la Saskatchewan. Le juge Rowe, rendant le jugement d'une majorité de 8 contre 1 renversant la Cour d'appel de la Saskatchewan et refusant un sursis d'instance, semble avoir pris soin de limiter la portée de la décision sur la question de la norme de contrôle au contexte des appels statutaires. En d'autres termes, on est amené à spéculer immédiatement sur la raison pour laquelle il n'a pas inclus dans la portée de son bref exposé l'examen du rôle de la norme de contrôle pour les affirmations de questions d'iniquité procédurale dans les demandes de contrôle judiciaire en particulier.

> La présente affaire permet à la Cour de clarifier la norme de contrôle applicable aux questions d'équité procédurale et d'abus de procédure en cas d'appel prévu par la loi. ... Cela ne déroge pas aux affaires *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*[33] … et *Khela*[34] … puisque ces décisions concernaient respectivement un contrôle judiciaire et la délivrance de brefs de prérogative[35].

Dans le cadre de la réglementation de l'énergie, l'arrêt couvre explicitement les régimes réglementaires où, comme dans le cas de l'Alberta Utilities Commission (AUC), il existe un appel sur des questions de droit et de juridiction avec autorisation de la Cour d'appel de l'Alberta[36], mais pas la situation dans les juridictions où l'accès au contrôle judiciaire d'un régulateur de l'énergie ne se fait pas par le biais d'un appel statutaire mais par le biais de la procédure normale de demande de contrôle judiciaire[37]. Dans ce contexte limité, le juge Rowe a reconnu que l'arrêt *Vavilov*[38] était un cas de contrôle de fond et non de procédure, mais il a affirmé que, dans le cas des recours statutaires devant les tribunaux, l'arrêt *Vavilov* était « catégorique »[39]. Les contestations de fond et de procédure devaient être traitées par référence aux « normes de contrôle d'appel »[40] : la décision correcte pour les questions de droit et l'« erreur manifeste et dominante pour les questions de fait et de droit et de fait mixtes » [traduction][41].

Il est implicite dans l'arrêt du juge Rowe que, lorsqu'il existe un droit de recours devant une juridiction contre une décision administrative, le **champ d'application** de cette disposition de recours inclut les contestations de l'iniquité procédurale, au moins lorsqu'elle est ouverte (et vraisemblablement aussi lorsqu'elle est limitée aux questions de droit et de juridiction, bien qu'il puisse y avoir une question sur

---

[31] David Stratas, « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases » (2022) aux p 88–95, en ligne (pdf) : *SSRN* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049>. Ancien juge de la Cour d'appel fédérale, John M. Evans s'est plus explicitement fondé sur un jugement dans « Fair's Fair: Judging Administrative Procedures » (2018) 28 CJAL&P 112, et maintenant, en référence à *Abrametz*, voir son ourvrage « View from the Top: Administrative Law in the Supreme Court of Canada, 2022 », un supplément à Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, (Toronto: Thomson Reuters, 1998) (ouvrage à feuillets mobiles mis à jour en 2022).

[32] *Supra* note 13 à la p 4.

[33] 2009 CSC 12, [2009] 1 RCS 339 [*Khosa*]. Au para 43, s'appuyant prétendument sur l'arrêt *Dunsmuir*, le juge Binnie, prononçant l'arrêt de la majorité, a affirmé que le contrôle de l'équité procédurale est effectué sur la base du bien-fondé.

[34] *Supra* note 27.

[35] *Supra* note 13 aux paras 26, 28.

[36] *Alberta Utilities Commission Act*, SA, c A-37.2, ss 29(1) et (2).

[37] Voir, p. ex., *Energy and Utilities Board Act*, SNB, c E-9.18, s 52(1).

[38] *Supra* note 1.

[39] *Abrametz*, *supra* note 13 au para 27.

[40] *Ibid*.

[41] *Ibid* au para 29. Comme il est établi dans le contexte d'un procès civil par *Housen v Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 RCS 235.

les déterminations procédurales basées sur les faits). Cependant, la raison pour laquelle la majorité a estimé que l'arrêt *Vavilov* était « *catégorique* » quant à l'applicabilité des normes d'appel n'est pas du tout claire. Qu'est-ce qui rend la situation en matière de normes de contrôle « catégorique » dans le cas des recours statutaires fondés sur l'iniquité procédurale, mais apparemment incertaine dans le cas de l'application des normes de contrôle de l'arrêt *Vavilov* dans le cadre du contrôle juridictionnel pour des motifs procéduraux. Plus généralement, comment peut-on dire que la majorité de l'arrêt *Vavilov* était catégorique quant à l'application des normes de contrôle à l'iniquité procédurale **dans un contexte d'appel**, alors que la majorité a déclaré spécifiquement que son réalignement des principes des normes de contrôle concernait le contrôle de fond et n'incluait pas les contestations de l'iniquité procédurale? En bref, il semblerait plus exact de qualifier l'application des normes d'appel statutaires aux contestations d'iniquité procédurale d'ajout ou d'extension, et non d'application, de l'arrêt *Vavilov*. Elle répond partiellement à une question laissée ouverte par l'arrêt *Vavilov*[42].

L'avertissement selon lequel la Cour n'a pas « dérogé » des arrêts *Khosa*[43] et *Khela*[44] parce qu'il s'agissait de cas de contrôle judiciaire sur le plan de la procédure et qu'il ne s'agissait pas d'un appel prévu par la loi n'est pas utile, surtout compte tenu du niveau de controverse entourant la norme de contrôle pour les contestations relatives à l'iniquité procédurale introduites au moyen de demandes de contrôle judiciaire et du sens même de l'arrêt *Khela*[45]. Compte tenu de cette situation, il n'était pas approprié que la Cour suprême limite ainsi son jugement sur la question de la norme de contrôle judiciaire. Une justification fondée sur le principe selon lequel les cours d'appel ne devraient pas élargir indûment la portée de leurs décisions lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour régler le différend aurait semblé quelque peu vide de sens ici.

Il est encore plus surprenant que la majorité ait choisi de ne pas répondre explicitement au défi détaillé lancé par la juge Côté dans son arrêt dissident[46]. Elle n'a pas accepté comme « catégorique » l'application des normes de *Vavilov* aux questions d'équité procédurale dans quelque contexte que ce soit, qu'il s'agisse d'un appel prévu par la loi ou d'une demande de contrôle judiciaire. Elle a également remis en question l'affirmation quelque peu désinvolte du juge Rowe selon laquelle la majorité ne remettait pas en question les arrêts *Khela*[47] et *Khosa*[48]. En ce qui concerne l'application des normes de *Vavilov*, il y a également un décalage qui découle de la déclaration suivante de la majorité :

> 30. La question de savoir s'il y a eu abus de procédure est une question de droit. C'est donc la norme de contrôle de la décision correcte qui s'applique[49].

Cependant, lorsque l'arrêt majoritaire aborde la question du mérite de la contestation d'abus de procédure, l'accent n'est pas tant mis sur les principes juridiques directeurs relatifs à l'abus de procédure que, dans un contexte marqué par les faits, sur l'évaluation des faits pertinents et l'application de la loi à ces faits. C'est le domaine de l'« erreur manifeste et dominante », et non de la décision correcte, comme le reconnaît le juge Rowe[50].

Contrairement à la majorité qui intègre les questions d'équité procédurale dans la formule de l'arrêt *Vavilov* généralement applicable à l'examen en appel de l'action administrative, la juge Côté a estimé que le droit régissant l'équité procédurale était en grande partie une construction de la common law qui existait

---

[42] *Supra* note 1.

[43] *Supra* note 33 à la p 8.

[44] *Supra* note 27.

[45] *Ibid*.

[46] *Abrametz*, *supra* note 13 aux pp 160–85, dont le titre de la partie A est « Inconsistency with *Khela* » (incompatibilité avec *Khela*).

[47] *Supra* note 27 à la p 6.

[48] *Supra* note 33.

[49] *Abrametz*, *supra* note 13 au para 30.

[50] *Ibid* aux paras 103–24, et plus particulièrement au para 124.

indépendamment du mérite de la prise de décision administrative et du contrôle de fond de cette prise de décision selon la norme désormais courante du caractère raisonnable, mais qui était fondamentale à ces deux éléments. En outre, elle a affirmé que

> ... l'application des principes de common law relève clairement de l'expertise des tribunaux judiciaires[51].

À ce titre, elle a jugé que l'arrêt *Vavilov* ne s'appliquait pas directement aux questions d'équité procédurale et qu'il n'était pas approprié d'intégrer à un régime d'appel statutaire les normes de contrôle *Housen* pour les contestations alléguant l'iniquité procédurale. Dans tout l'éventail des décisions statutaires, la norme de contrôle (à moins qu'elle ne soit modifiée par la loi et en conformité avec les normes constitutionnelles[52]) pour le contrôle de l'iniquité procédurale était celle de la décision correcte. Il n'y a pas de différence de principe entre le contrôle d'une décision pour des raisons de procédure dans le cadre d'un régime de recours statutaire et/ou par le biais d'une demande de contrôle judiciaire. Les arrêts *Khosa*[53] et *Khela*[54] régnaient toujours. L'équité procédurale était une norme juridique pour laquelle la norme générale de contrôle était celle de la décision correcte[55].

Cependant, la juge Côté n'en reste pas là. Dans son analyse introductive, elle affirme :

> Certes, la méthode qu'appliquent les juges majoritaires mène habituellement au même résultat lorsque la loi habilitante établit un mécanisme d'appel[56].

La raison pour laquelle elle pensait qu'il en était ainsi est développée dans les deux sections suivantes de son jugement dissident et se manifeste le plus directement dans sa tentative de réconcilier les déclarations apparemment incohérentes du juge LeBel dans l'arrêt *Khela*[57]. Au fur et à mesure que la dissidence progressait, elle nuançait son adoption d'une norme globale de bien-fondé en établissant une distinction entre la détermination et l'application des principes juridiques pertinents, d'une part, et les « conclusions de fait sous-jacentes »[58] du décideur, d'autre part. Sur ce dernier point, comme dans l'arrêt *Khela*[59] et son aspect relatif à l'évaluation du risque, le décideur a droit à la déférence[60]. Elle a également cité des décisions procédurales dans des situations où le décideur disposait d'une marge de manœuvre. Pour autant que la procédure adoptée respecte les « limites de l'équité », le décideur peut faire preuve d'une « grande déférence » dans son choix entre les procédures[61].

En ce qui concerne les objectifs de la juge Côté, cette partie de son jugement fournit une base crédible, voire convaincante, pour réconcilier les déclarations apparemment incohérentes du juge LeBel dans l'arrêt *Khela*[62]. À ce titre, elle reconnaît à juste titre qu'il existe des éléments de contrôle de l'équité procédurale où, bien que le bien-fondé soit la norme de contrôle primordiale, il sera possible de faire preuve de déférence à l'égard des aspects du processus décisionnel qui font l'objet d'une contestation pour cause d'iniquité procédurale. Bien que la juge Côté ne qualifie pas cette retenue d'équivalent formel du contrôle par l'arrêt *Vavilov* du caractère raisonnable des éléments d'un processus décisionnel, cela n'a guère d'importance. Ce qui compte vraiment, c'est

---

[51] *Ibid* au para 168.

[52] *Ibid* au para 172.

[53] *Supra* note 33.

[54] *Supra* note 27.

[55] *Abrametz*, *supra* note 13 aux paras 165–69.

[56] *Ibid* au para 169.

[57] *Supra* note 27.

[58] *Abrametz*, *supra* note 13 au para 174.

[59] *Supra* note 28 au para 6.

[60] *Abrametz*, *supra* note 13 au para 174.

[61] *Ibid* aux paras 176–77 (citant une fois de plus *Khela*, et, *inter alia*, *Conseil des Canadiens avec déficiences c VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 RCS 650 au para 231, et *Baker c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1999] 2 RCS 817 au para 27).

[62] *Supra* note 27.

qu'elle accepte qu'il n'y ait pas d'objection de principe à l'application de normes différentes à différentes parties du processus décisionnel qui fait l'objet d'un contrôle pour des motifs procéduraux. En dehors des zones de contrôle du bien-fondé de la décision, la question de savoir si le processus est décrit en termes de « caractère raisonnable », de « déférence » ou d'« erreur manifeste et dominante » n'a pas vraiment d'importance. En fait, la juge Côté affirme elle-même que, sur le plan pratique, il n'y a peut-être pas beaucoup de différence entre les résultats en fonction du critère fondé sur l'appel prévu par la loi des juges majoritaires et son mélange minoritaire de bien-fondé et de déférence[63].

Cependant, il y a un aspect de l'approche de la juge Côté qui aurait pu conduire à un contrôle plus intrusif pour cause d'iniquité procédurale que celui qui résulterait de l'application par la majorité de la formule *Housen*[64] telle qu'elle a été adoptée dans l'arrêt *Vavilov*. Selon la formule *Housen*, les questions mixtes de fait et de droit font l'objet d'un contrôle selon le critère de l'erreur manifeste et dominante. En revanche, la juge Côté semble ne pas voir de place pour la déférence au-delà du contrôle des « conclusions de fait sous-jacentes ». Cela semble être confirmé par sa déclaration :

> Je le répète, l'application aux faits d'une norme juridique est une question de droit assujettie au contrôle selon la norme de la décision correcte[65].

À moins qu'il n'y ait une différence (et je n'en vois pas) entre le processus d'application du droit aux faits constatés et la détermination de questions mixtes de droit et de fait, sur ce point, il existe des différences significatives entre les deux arrêts et leur perception de la place qu'occupe la décision correcte ou le bien-fondé par rapport à l'« erreur manifeste et dominante » ou, son équivalent apparent, la déférence.

La juge Côté accorde également de l'importance à la notion selon laquelle, dans le cadre du contrôle de l'équité procédurale, le rôle de la Cour n'est pas de rechercher une procédure optimale. Une juridiction de contrôle se préoccupe en effet de savoir si la norme minimale permettant de satisfaire à l'obligation générale d'équité procédurale a été respectée[66]. Cependant, je ne trouve rien dans l'arrêt de la majorité qui puisse suggérer que l'application du critère du recours statutaire à l'arrêt *Vavilov* pour un contrôle sur la base de l'équité procédurale conduirait à quelque chose de plus que le minimum requis par l'obligation d'équité procédurale. Une fois le minimum atteint, l'affaire est terminée. Il n'y a pas de précédent pour « Bien que je reconnaisse que vous avez respecté les normes minimales, vous auriez certainement pu faire mieux que cela » [traduction].

Où en est l'état du droit en ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux plaintes pour iniquité procédurale?

1. Lorsqu'il s'agit d'un recours statutaire, à moins qu'il ne soit modifié par la loi, le critère de contrôle de l'équité procédurale est désormais étendu à celui établi dans l'arrêt *Vavilov* pour le contrôle des motifs de fond dans le cadre d'un appel — la décision correcte pour les questions de droit, et l'erreur manifeste et dominante pour les questions de fait et les questions mixtes de droit et de fait[67].

2. Lorsqu'il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire et éventuellement d'un recours accessoire, y compris une action en dommages-intérêts, les arrêts *Khosa* et *Khela* restent valables, la décision correcte étant le critère primordial de contrôle de l'équité procédurale.

3. Cependant, les arrêt *Khela* et *Abrametz*, tant majoritaire que minoritaire, admettent qu'il est possible de faire preuve d'une certaine forme de déférence à l'égard des décisions factuelles prises par les décideurs dans le cadre d'une allégation d'iniquité procédurale.

---

[63] *Abrametz*, *supra* note 13 au para 164.

[64] *Supra* note 41.

[65] *Abrametz*, *supra* note 13 au para 182.

[66] *Ibid* aux paras 178–79.

[67] Y compris, vraisemblablement, les recours procéduraux pour cause de violation de la *Charte*.

4. Dans le contexte précédent, il est probablement vrai qu'il n'y a pas de différence significative entre la « déférence » telle qu'elle est formulée à la fois dans l'arrêt *Khela* et dans l'arrêt minoritaire *Abrametz*, et le respect qui est implicite dans l'application par la majorité *Abrametz* du critère de l'erreur « manifeste et dominante » pour de telles déterminations basées sur les faits.

5. Au moins dans le contexte des appels statutaires, le jugement majoritaire *Abrametz* (par opposition à celui de la minorité) étend cette position de déférence nécessairement implicite dans la norme de l'« erreur manifeste et dominante » aux questions mixtes de droit et de fait.

6. Il est peu probable que, dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire ou des contestations accessoires, la norme de contrôle de l'application du droit aux faits par un décideur et, de façon équivalente, la détermination d'une question mixte de droit et de fait, soit la norme du bien-fondé de la décision.

7. Étant donné que la majorité ne s'est pas clairement engagée dans les arrêts antérieurs de la Cour suprême dans les arrêts *Khosa* et *Khela*, il peut néanmoins subsister des doutes quant au bien-fondé en tant que norme générale ou point de départ pour la conduite du contrôle judiciaire d'iniquité procédurale dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire et des attaques accessoires.

Il est également important de reconnaître, dans toute analyse de la norme de contrôle de l'iniquité procédurale, que, que ce soit par le biais d'un appel, d'une demande de contrôle judiciaire ou d'une attaque accessoire, il existe différents contextes dans lesquels de telles questions seront soulevées.

Bien que cela ne soit pas fréquent de nos jours, il peut arriver que l'on se demande si le seuil du droit à l'équité procédurale a même été franchi[68]. Par la suite, l'un des scénarios les plus courants pour une allégation d'iniquité procédurale sera, comme dans les arrêts *Khosa*, *Khela*, *Blencoe* et *Abrametz*, l'éventail des diverses composantes historiques de la common law du contenu de l'équité procédurale, telles que l'absence de partialité, l'accès aux documents pertinents, la représentation par un avocat et, bien sûr, même si c'est inhabituel, le retard excessif et l'abus de procédure. En règle générale, tant pour le seuil que pour le contenu, il existe des critères établis qui ont évolué au fil du temps. Déterminer avec succès les critères pertinents est à juste titre considéré comme une question de droit, mais la question de savoir s'il s'agit toujours d'une question de droit sur laquelle les tribunaux ont le dessus est une question tout à fait différente.

Le droit actuel, y compris l'arrêt majoritaire dans *Abrametz*, favorise dans l'ensemble la position selon laquelle de tels exercices de détermination devraient faire l'objet d'un contrôle judiciaire, indépendamment du contexte, sur la base du bien-fondé. Cependant, dès que l'on s'éloigne des normes établies par la common law pour s'attaquer à la mise en œuvre de politiques statutaires ou même de politiques procédurales internes, la situation peut changer.

Exprimons le problème sous sa forme peut-être la plus directe : supposons un ensemble de procédures réglementaires autorisées par la loi qui ont été forgées dans le chaudron de consultations internes et avec les parties prenantes et qui trouvent leur justification dans des documents de politique et de position. Est-il approprié qu'une cour de révision examine sur la base d'une norme axée sur le bien-fondé les détails de ces procédures (que ce soit dans le contexte d'une contestation directe ou de leur application à une procédure particulière) en termes de conformité avec les normes procédurales de la common law et en faisant appel à la prééminence des tribunaux en matière de procédure? Est-il justifié de refuser au tribunal ou à l'agence le respect auquel ils ont généralement droit dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires substantiels? Qu'est-ce qui rend leur jugement sur des questions de procédure souvent spécifiques au contexte plus suspect que l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires substantiels conférés par la loi?

[68] Voir cependant, dans un contexte de réglementation de l'énergie, *TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, 2022 ABCA 381 aux paras 88–102, et rejetant l'application des principes d'équité procédurale à la délivrance de directives autorisées par la loi. Je reviendrai sur cet aspect de l'arrêt *TransAlta Generation* plus loin dans cet examen.

Pour autant que le tribunal détermine correctement les tests ou critères de common law applicables à ces demandes (comme dans le cas d'une demande de représentation par un avocat), il existe un argument solide, qu'il s'agisse d'un recours statutaire ou d'une demande de contrôle judiciaire, selon lequel le respect doit être accordé à l'application raisonnée par un tribunal du critère correctement apparié aux faits pertinents d'une demande procédurale contestée.

En conclusion, je voudrais simplement suggérer qu'il y a des questions plus nuancées à traiter par les tribunaux dans ce domaine et qui impliquent un argument en faveur d'un contrôle déférent des règles et décisions procédurales au-delà des catégories limitées décrites dans les arrêts *Khela* et *Abrametz*. Il est également important de garder à l'esprit que, que ce soit par le biais de lois de base ou de législation subordonnée ou d'une loi non contraignante, les obligations procédurales sont de loin le produit d'exercices « législatifs », dont le résultat a souvent impliqué une évaluation intégrée des besoins procéduraux à la lumière d'une compréhension complète des détails et des complexités des objectifs substantiels du régime réglementaire concerné.

iii. Contrôle judiciaire de la législation subordonnée – et duels de cours d'appel – l'arrêt *Katz*

Dans plusieurs arrêts rendus au cours de l'année 2022, les cours d'appel ont adopté des positions divergentes sur la pertinence de l'arrêt *Vavilov* et de sa méthodologie en matière de norme de contrôle judiciaire de lois subordonnées engageantes dans toutes leurs diverses manifestations. Ce désaccord s'est reflété dans les commentaires théoriques et professionnels sur la jurisprudence et la position judiciaire appropriée pour la conduite de ces exercices de contrôle judiciaire[69].

Au centre de la controverse (judiciaire, professionnelle et théorique) se trouve la question de savoir si, dans le sillage de l'arrêt *Vavilov*, le contrôle judiciaire de la législation subordonnée défini au sens large s'inscrit dans le cadre du contrôle de la présomption de raisonnabilité approuvé par la majorité. Ou bien, les précédents à l'arrêt *Vavilov* qui assuraient le contrôle par référence au concept *ultra vires* prévalent-ils encore ou, à tout le moins, ont-ils une prétention à la légitimité?

Pour le juge Stratas de la Cour d'appel fédérale, dans deux arrêts en particulier[70], la réponse à cette question était apparemment simple. L'objectif de l'arrêt *Vavilov* était d'établir un modèle permettant de discerner la norme de contrôle appropriée pour les contestations de fond (mais non de procédure) dans l'ensemble du processus décisionnel administratif. Contrairement à ce qui s'est passé pour les contestations d'iniquité procédurale, il n'y a pas eu d'exclusions expresses du contrôle au fond dans la portée de l'arrêt *Vavilov* rendu par la majorité. Bien que la majorité n'ait pas traité explicitement de cette question, comme l'a souligné le juge d'appel Stratas[71], dans l'arrêt *Vavilov*[72], la majorité, dans le contexte du rejet de l'existence continue de véritables questions de compétence[73], a incorporé des références aux précédents de la Cour suprême sur la conduite de contrôles judiciaires de lois subordonnées[74].

---

[69] Les références à la plupart des analyses professionnelles et théoriques ainsi que la jurisprudence se retrouvent dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans *TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, *ibid* aux paras 45–49, et l'arrêt du juge d'appel Stratas dans *Médicaments novateurs Canada c Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 210 aux paras 26–29, 43.

[70] *Portnov c Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 171, et *Médicaments novateurs Canada c Canada (Procureur général)*, *ibid*, répondant à une position contraire prise par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Auer v Auer*, 2022 ABCA 375 et *TransAlta Generation Partnership*, *supra* note 68.

[71] Voir *Médicaments novateurs Canada*, *ibid* au para 34.

[72] *Supra* note 1 aux paras 65–67.

[73] Dans *Dunsmuir*, la majorité, *supra* note 24 au para 59, avait cité *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 RCS 485, une cause concernant une contestation de la validité d'un règlement municipal, comme exemple d'une vraie question de juridiction à soumettre à un contrôle du bien-fondé.

[74] *Vavilov*, *supra* note 1 au para 66, dans lequel la majorité semble utiliser la difficulté de faire la distinction entre le bien-fondé, le *vires* ou le contrôle juridictionnel de lois subordonnées et son exercice, et « l'application sans exception d'une loi habilitante », le meilleur exemple étant le cas d'un large octroi d'autorité pour promulguer des lois subordonnées en accord avec les objectifs de la loi habilitante. Tout cela pour justifier l'exclusion des concepts de juridiction et de *vires* de la rubrique du droit canadien du contrôle judiciaire.

Dans chacun de ces deux précédents, *Green v Law Society of Alberta*[75] et *West Fraser Mills Ltd. v British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*[76], la Cour s'est livrée, du moins en partie, à un contrôle par référence à des normes de raisonnabilité. De plus, cette partie de l'analyse de l'arrêt *Vavilov* ne laisse nullement entendre que le contrôle de la législation subordonnée se situe au-delà de la portée et des ambitions de l'arrêt et de l'universalité du modèle recalibré. Pour le juge Stratas, il faut plutôt en déduire qu'elle relève également du modèle et que la modalité traditionnelle de contrôle sous la rubrique de l'*ultra vires* et impliquant en fait un contrôle du bien-fondé n'a pas survécu à l'arrêt *Vavilov*. Plus précisément, l'arrêt *Vavilov* représentait une annulation implicite de l'arrêt *Katz Group Canada Inc. c Ontario (Santé et Soins de longue durée)*[77], un arrêt antérieur de 2013 de la Cour, dans lequel la juge Abella a procédé à un contrôle de la législation subordonnée en se référant au principe *ultra vires* et, en fait, a effectué un contrôle du bien-fondé, une forme d'analyse maintenant apparemment rejetée par l'arrêt *Vavilov*. En d'autres termes, pour le juge Stratas, l'arrêt *Katz* n'était plus une bonne loi et les principes du précédent lui dictaient d'appliquer l'arrêt *Vavilov*[78] et de soumettre la législation subordonnée dans chacune des deux affaires à un contrôle du caractère raisonnable.

Il y a toutefois des complications. Dans *Médicaments novateurs*, le 5 décembre 2022, le juge Stratas a rendu l'arrêt d'une formation de la Cour d'appel fédérale composée par ailleurs des juges d'appel Locke et Woods. Bien que la juge d'appel Woods ait souscrit à la décision selon laquelle le règlement contesté a survécu à la contestation, elle s'est dissociée[79] des parties[80] de l'arrêt du juge Stratas dans lesquelles il a justifié son application de l'arrêt *Vavilov* sur le fond ainsi que sur la base de précédents contraignants.

Les eaux se sont encore embrouillées lorsque, le lendemain même, le juge d'appel de Montigny a rendu l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Association du transport aérien international c Office des transports du Canada*[81]. Dans cet arrêt, auquel les juges d'appel Pelletier et Locke ont souscrit, le juge de Montigny s'est inquiété de l'affirmation selon laquelle l'arrêt *Katz* n'était plus une bonne loi[82]. Il a notamment fait référence[83] à l'arrêt de la Cour suprême du Canada sur la réglementation de l'énergie de 2021 dans les *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*[84]. Dans cette affaire, la majorité a examiné si les pouvoirs discrétionnaires étendus conférés au gouverneur en conseil pour, entre autres, prendre des règlements, permettaient en fait d'empiéter de manière inconstitutionnelle sur la juridiction des provinces. En rejetant cet argument, la majorité de la Cour s'est appuyée sur l'arrêt *Katz* (et sur l'arrêt *Vavilov*) pour conclure que tout exercice de ce type de pouvoir exécutif devait être compatible avec les objectifs par ailleurs constitutionnels de la loi et avec d'autres dispositions spécifiques de celle-ci. Tout manquement à cet égard exposerait l'exercice de l'autorité à un contrôle judiciaire. Il n'a pas été fait mention du caractère raisonnable ou de la déférence. Au moins dans ce contexte et à ces fins, l'arrêt *Katz* a survécu[85].

---

[75] 2017 CSC 20, [2017] 1 RCS 360.

[76] 2018 CSC 22, [2018] 1 RCS 635.

[77] 2013 CSC 64, [2013] 3 RCS 810.

[78] Et, dans la seconde affaire, *Médicaments novateurs Canada*, *supra* note 69 au para 27, que, comme l'exigent les règles de jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, il applique son propre arrêt antérieur pour la Cour d'appel dans *Portnov*, *supra* note 70 aux paras 26–27.

[79] *Ibid* au para 67.

[80] *Ibid* aux paras 28–43.

[81] 2022 CAF 211.

[82] *Ibid* aux paras 186–90.

[83] *Ibid* au para 190.

[84] 2021 CSC 11. Dans son opinion dissidente, aux paras 600–07, le juge Rowe a situé le contrôle des règlements sur la base de la division des pouvoirs comme une question *ultra vires*. Cependant, de manière plus générale, le juge Rowe appliquerait la méthode du caractère raisonnable de l'arrêt *Vavilov* au contrôle des lois subordonnées.

[85] *Ibid* au para 73 et 87 plus particulièrement. Il convient cependant de noter que tant le juge Stratas dans l'arrêt *Médicaments novateurs*, *supra* note 45 au para 69, et de Montigny, *supra* note 81 au para 191, ont tenu à préciser que le résultat aurait été le même quelle que soit la méthodologie adoptée.

Le juge d'appel de Montigny a également affirmé que le contrôle du caractère déraisonnable selon le modèle de l'arrêt *Vavilov* s'adaptait difficilement au contrôle de la législation subordonnée[86]. Dans ce contexte, il s'est référé favorablement[87] à la position extrajudiciaire adoptée par son ancien collègue, le juge d'appel Evans. Evans est d'avis que, puisque les promulgateurs des lois subordonnées ne sont pas explicitement ou même implicitement dotés de la capacité de décider des questions de droit, le modèle de l'arrêt *Vavilov* pour le contrôle judiciaire ne devrait pas s'appliquer. Le contrôle *ultra vires* devrait persister dans le domaine des attaques contre les lois subordonnées; il n'est pas identique au contrôle pour erreur juridictionnelle, désormais répudié, applicable à d'autres formes de prise de décision administrative[88].

C'est également dans un autre contexte de réglementation de l'énergie que la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs)*[89], a appliqué les normes *Katz ultra vires* au contrôle d'une directive ministérielle fondée sur la loi, en se fondant sur le fait que *Katz* n'avait pas été annulé ou modifié. Ce faisant[90], la Cour s'est appuyée à la fois sur l'arrêt *Vavilov* et sur les Renvois relatifs à la loi sur la tarification de la pollution par les gaz à effet de serre pour soutenir que l'arrêt *Katz* n'avait pas été annulé et que les modalités traditionnelles du contrôle *ultra vires* avaient survécu à l'arrêt *Vavilov*.

En ce qui concerne le maintien de l'autorité de *Katz*, la Cour d'appel[91] s'est référée à deux paragraphes de l'arrêt majoritaire dans la *Tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*[92]. Dans les deux cas, la majorité a cité l'arrêt *Katz* en l'approuvant et en se référant en particulier au paragraphe de l'arrêt *Katz* contenant la déclaration suivante :

> Pour contester la validité d'un règlement, il faut démontrer qu'il est incompatible avec l'objectif de sa loi habilitante ou avec le cadre du mandat prévu par la Loi[93].

Ce qui est cependant déroutant, c'est que la majorité dans la *Tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* cite l'arrêt *Vavilov* ainsi que l'arrêt *Katz* pour affirmer que :

> ... le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil est limité à la fois par l'objet de la [*Loi*] et par les indications précises énoncées dans la loi à cet égard relativement aux décisions d'assujettissement[94].

Bien qu'à première vue, cela puisse être interprété comme un contrôle *ultra vires*, le paragraphe cité[95] de *Vavilov* apparaît dans la partie de l'arrêt rendu majoritairement qui décrit les considérations contextuelles qui forment les critères de raisonnabilité de l'arrêt *Vavilov*. Cela soulève également la question de savoir si la Cour suprême a intégré une version du contrôle traditionnel de l'excès de

---

[86] *Ibid* au para 189.

[87] *Ibid*.

[88] John M Evans, « Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness? » (2021) 34 CJAL&P 1. Il n'est pas clair si l'arrêt *Vavilov* exclurait également de son champ d'application tous les décideurs qui n'ont pas la capacité de traiter des questions de droit ou s'il s'agit simplement d'un ajout au caractère législatif de la prise de décision comme raison de caractériser le contrôle de la législation subordonnée comme étant classé de manière appropriée comme un exemple de contrôle *ultra vires*. Voir également *Auer v Auer*, *supra* note 70, où le juge d'appel Pentelechuk (le juge Crighton concourant) exprime bon nombre des mêmes arguments et préoccupations en rejetant l'argument selon lequel l'arrêt *Vavilov* a inférentiellement annulé l'arrêt *Katz*. Tout en étant d'accord avec la majorité pour dire que les directives législatives pertinentes étaient valides, le juge d'appel Feehan est arrivé à cette conclusion en se fondant sur un mélange des critères de l'arrêt *Vavilov* pour le contrôle du caractère raisonnable et des critères dérivés de l'arrêt *Katz*.

[89] *Supra* note 69 aux paras 40–53, suivant *Auer v Auer*.

[90] *Ibid* au para 48. La Cour, au para 45, cite également l'article du juge d'appel Evans comme l'avait fait le juge d'appel Pentelechuk dans *Auer*, *ibid* au para 39.

[91] *Ibid*.

[92] *Supra* note 84 aux paras 73, 87.

[93] *Katz*, *supra* note 77.

[94] *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, *supra* note 84 au para 73.

[95] *Vavilov*, *supra* note 1 au para 108.

pouvoir dans le modèle *Vavilov* pour évaluer le caractère raisonnable des décisions (y compris la promulgation de lois subordonnées). Si c'est le cas, la réalité est peut-être que toute cette controverse n'est que du bruit pour rien. C'est peut-être trop cynique. Cependant, si cette analyse est juste, dans les domaines où la portée du régime législatif applicable est en cause, pour ce qui est de « la raison d'être et la portée du régime législatif en vertu desquelles il est adopté »[96], il pourrait y avoir peu de différence, voire aucune, entre le contrôle du bien-fondé au nom de *Katz* et le contrôle du caractère raisonnable de la législation subordonnée au nom de *Vavilov*. Néanmoins, le temps de mettre fin à ce type de spéculation est certainement arrivé. Il faut donc espérer que, dans un avenir proche, la Cour suprême aura l'occasion de mettre un terme à tout cela.

iv. Qu'en est-il de l'absence d'une norme de contrôle judiciaire pour les appropriations réglementaires?

Dans l'affaire *Annapolis Group Inc. c Municipalité régionale d'Halifax*[97], la Cour suprême du Canada a élargi[98], par une majorité de cinq contre quatre, le champ d'application des principes régissant le droit à indemnisation en cas d'appropriation par interprétation d'une propriété privée, une question d'intérêt dans le domaine de la réglementation de l'énergie. L'allégation d'appropriation par interprétation découle du fait que la *Municipalité régionale d'Halifax* (*MRH*) a rezoné la propriété en question et, par la suite, a refusé les demandes du propriétaire pour diverses formes de développement, actions pour lesquelles la *MRH* a refusé d'indemniser le *Annapolis Group* En fin de compte, *Annapolis Group* a intenté une action contre la *MRH* en invoquant l'enrichissement sans cause, l'abus de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique et l'utilisation inappropriée des pouvoirs de réglementation dans le but de saisir en vertu d'une interprétation de la loi le terrain du *Annapolis Group* pour l'utiliser comme parc public sans compensation. L'affaire a été portée devant la Cour suprême du Canada dans le cadre d'une requête de la *MRH* visant à faire annuler le troisième de ces motifs, à savoir l'utilisation inappropriée des pouvoirs réglementaires, et la décision finale a été que, compte tenu de l'élargissement par la majorité de la portée de ce qui constituait une appropriation par interprétation, l'affaire devait être jugée sur ce point ainsi que sur les deux autres motifs sur lesquels la *MRH* avait concédé.

D'un certain point de vue, il s'agissait du territoire de *Roncarelli c Duplessis*[99] et de *Canada (Procureur général) c TeleZone Inc.*[100] — des demandes civiles d'indemnisation pour l'utilisation alléguée de pouvoirs statutaires à des fins inappropriées — mais elles n'ont été citées ni par la majorité ni par la minorité. De même, dans aucun des deux arrêts il n'a été tenu compte du fait qu'il s'agissait en l'espèce du contrôle judiciaire, bien que dans un contexte de responsabilité civile, d'une série de décisions prises en vertu de pouvoirs statutaires. L'accès à la révision judiciaire n'est pas mentionné comme une possibilité ou une obligation[101] avant le jugement d'une action civile pour usage abusif d'un pouvoir statutaire. L'affaire s'est plutôt déroulée à la manière d'une action civile ordinaire dans laquelle une question de droit était cruciale pour les chances de succès du *Annapolis Group* sur les faits. En bref, quels étaient le droit et les critères pertinents concernant les appropriations par interprétation ou réglementaires et, compte tenu de ce droit, *Annapolis Group* avait-elle des chances raisonnables de réussir dans sa demande d'indemnisation ou de dommages-intérêts?

Ici aussi, des questions se posent quant à l'universalité des principes de contrôle de fond énoncés dans l'arrêt *Vavilov*. De plus, en l'espèce, il semble que l'on ne reconnaisse pas que l'arrêt *Vavilov* pourrait être pertinent et que la *MRH*, dans son évaluation de la

[96] *Ibid*, citant *Catalyst Paper Corp. c North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 RCS 5 au para 15.

[97] 2022 CSC 36.

[98] Selon la position prise par la Cour en 1996 dans *Chemin de fer Canadian Pacifique c Vancouver (Ville)*, 2006 CSC 5, [2006] 1 RCS 227.

[99] [1959] RCS 121.

[100] 2010 CSC 62, [2010] 3 RCS 585.

[101] En fait, le juge Binnie, prononçant l'arrêt de la Cour dans *Telezone*, *ibid* aux paras 18–23, cela n'aurait pas été considéré comme une forme d'attaque accessoire ou, compte tenu des faits de l'affaire, nécessitant au préalable une demande de contrôle judiciaire comme condition préalable.

portée et de l'application des règles régissant les appropriations par interprétation ou réglementaires, pourrait avoir droit à un certain degré de déférence ou de contrôle du caractère raisonnable.

La raison pour laquelle il en est ainsi doit nécessairement être une question de conjecture. Une possibilité est que le droit relatif à l'expropriation est *sui generis* et, en particulier dans le contexte des appropriations par interprétation ou réglementaires, le produit d'un ensemble historiquement distinctif de principes de common law qui sont greffés sur les exercices pertinents du pouvoir statutaire. À cet égard, il peut y avoir un lien implicite avec l'arrêt *Vavilov*, surtout dans la mesure où la majorité dans cet arrêt[102] inclut dans les catégories de décisions sujettes à un contrôle du caractère déraisonnable les interprétations du pouvoir législatif qui sont « incompatibles avec les principes applicables de la common law ».

III. DIVERS

i. Équité procédurale, attentes légitimes et directives ministérielles

Dans l'affaire *TransAlta General Partnership*[103], la Cour d'appel de l'Alberta a examiné une contestation de la validité de lois subordonnées (sous la forme de directives ministérielles autorisées par la loi) et une allégation d'iniquité procédurale découlant de la publication de ces directives. Les directives fixent des normes pour l'imputation de l'amortissement lors de l'établissement de la valeur des propriétés industrielles réglementées à des fins fiscales municipales. Les quatre requérants exploitaient des centrales électriques alimentées au charbon. Bien que les preuves présentées à la Cour ne soient pas définitives, il y avait probablement au moins deux autres exploitations de ce type dans la province. Les quatre requérants avaient conclu des accords « sans charbon » avec le gouvernement provincial, en vertu desquels ils recevaient des sommes annuelles substantielles. Les directives ministérielles prévoyaient qu'il n'y aurait pas d'ajustements de la dépréciation découlant de la cessation ou de la réduction des émissions des centrales au charbon dans le cadre d'un accord « sans charbon» ou de la législation provinciale ou fédérale.

Les quatre entreprises ont contesté cet aspect des directives pour divers motifs de fond, mais aussi parce qu'elles avaient été privées de l'équité procédurale avant la publication des directives. Elles ont également allégué qu'elles avaient une attente légitime en matière de consultation et que cette attente n'avait pas été satisfaite. Tant en première instance[104] que devant la Cour d'appel de l'Alberta, il a été admis que la norme de contrôle pour la détermination des questions procédurales était celle du bien-fondé[105].

L'allégation d'iniquité procédurale a soulevé la question fondamentale de savoir si les quatre requérants avaient droit à un certain niveau d'équité procédurale ou à des droits de participation avant la promulgation de la directive contestée. S'agissait-il d'une fonction « législative » exclue selon la jurisprudence pertinente?[106] Ou bien s'agissait-il d'une fonction « administrative » par nature, déclenchant ainsi un droit à au moins un certain niveau d'équité procédurale?

En outre, la Cour a cité Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*[107]. Les caractéristiques pertinentes d'une fonction « législative » sont qu'elle doit être

> … d'application générale et, lorsqu'elle est exercée, elle ne vise pas une personne en particulier [et] que son exercice repose essentiellement sur des considérations générales d'ordre public, plutôt que sur des faits relatifs à des individus ou à leur conduite [traduction][108].

Dans le contexte actuel, la Cour d'appel n'a apparemment pas été impressionnée par

[102] *Supra* note 1 au para 111.

[103] *Supra* note 69.

[104] 2021 ABQB 37.

[105] *Supra* note 69 au para 8.

[106] Les autorités pertinentes se trouvent, *ibid* au para 88.

[107] (Toronto: Thomson Reuters, 1998) (feuilles mobiles mis à jour en 2022, publication 2), ch. 7 à la p 38.

[108] *Supra* note 69 au para 90.

l'argument selon lequel les requérants n'étaient que quatre et que l'ensemble du groupe spécifique à l'heure actuelle n'en comptait pas plus de deux de plus. Les directives s'appliqueraient à tous les autres propriétaires soumis à un accord « sans charbon ». Cela signifie que les directives sont des « règles d'application générale et ne visent pas une entité individuelle » [traduction][109]. Le fait que les directives puissent les affecter différemment des autres propriétaires n'a pas d'importance[110].

À ces fins, la Cour d'appel a avancé comme contrepoint l'affaire *Tesla Motors Canada ULC c Ontario (Ministry of Transportation)*[111]. Le gouvernement de l'Ontario y avait annulé un programme de subvention pour l'achat de voitures électriques, mais avait instauré une période de transition de deux mois. Cependant, sans tenir la moindre audience, le ministre a envoyé une lettre à *Tesla* selon laquelle ses clients ne pouvaient pas profiter de la période de grâce. Dans ce cas, l'effet sur *Tesla* était « distinct et unique »[112] et découlait du « ciblage intentionnel… à des fins non pertinentes » [traduction][113]. En revanche, *TransAlta* n'avait aucun argument de ce genre pour transformer la mesure législative du ministre en une « décision administrative » assujettie aux principes d'équité procédurale.

En ce qui concerne l'argument fondé sur l'attente légitime, la Cour d'appel a noté l'incertitude quant à la question de savoir si la doctrine de l'attente légitime pouvait générer un droit à une audition dans le cas de fonctions législatives auxquelles aucune obligation de ce type ne s'attacherait autrement[114]. Toutefois, étant donné que, de toute façon, la preuve présentée à la Cour n'a pas « établi une représentation claire, sans ambiguïté et sans réserve [traduction][115] », la demande était vouée à l'échec. Bien que la Cour ne s'attarde pas sur les éléments de preuve sur lesquels les requérants se sont appuyés, comme indiqué dans les allégations, le mieux que l'on puisse dire est qu'il y a eu des discussions de diverses natures avec une série de représentants du gouvernement de la part de certains des quatre requérants, mais rien qui puisse être qualifié de représentation suffisamment explicite pour justifier un engagement continu[116].

Bien que cette affaire représente une analyse et une application conventionnelles du critère du seuil d'équité procédurale et des principes de l'attente légitime, elle est néanmoins, compte tenu des précédents contraignants, limitée dans sa réponse aux arguments des requérants et à toute conception plus large du droit concernant le déclenchement à la fois de l'équité procédurale et de l'attente légitime.

La démarcation entre le général et le spécifique aux fins du déclenchement d'une obligation d'équité procédurale aurait pu être précisée de manière plus complète. De plus, le déploiement de *Tesla* est problématique. Le fait que *Tesla* ait été « intentionnellement ciblé par un ministre à des fins non pertinentes »[117] peut certainement renforcer le dossier du requérant, mais davantage dans le sens d'un motif de contrôle autonome. Le fait que la prise de décision fasse appel à l'équité procédurale n'est pas nécessairement lié, ni même de manière pertinente, à des considérations de mauvaise conduite de la part d'un fonctionnaire du gouvernement. Plus important encore, l'arrêt illustre le fait que, sans approbation législative ou acceptation volontaire, les procédures de notification et de commentaire n'ont que peu ou pas de rôle à jouer pour franchir le seuil des droits à l'équité procédurale. La common law continue de ne pas répondre à ce défi.

---

[109] *Ibid* au para 94.

[110] *Ibid* au para 98.

[111] 2018 ONSC 5062 [*Tesla*].

[112] *Supra* note 69 au para 97, citant *Tesla*, *ibid* au para 59.

[113] *Ibid* au para 98.

[114] *Ibid* au para 102. Cependant, la Cour fait référence à l'opinion dissidente du juge Evans dans l'affaire *Apotex Inc c Canada (Procureur général)*, [2000] 4 CAF 264 (CA) aux paras 99–127, dans laquelle il s'est dit favorable à l'application du principe de l'attente légitime même lorsque la fonction était législative et qu'une obligation d'équité procédurale ne s'imposait pas par ailleurs. Par la suite, la position d'Evans a de nouveau été rejetée dans l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique c Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 518, paras 56, 84, 157.

[115] *Ibid*, tiré de *Canada (Procureur général) c Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 RCS 504 au para 68.

[116] *Ibid* aux paras 34–36.

[117] *Tesla*, *supra* note 111 au para 98.

En se concentrant sur la question de savoir s'il y avait eu « une déclaration claire, non ambiguë et sans réserve » [traduction][118] selon laquelle il y aurait une consultation, la Cour d'appel (et c'est peut-être la faute de l'avocat) n'examine jamais explicitement s'il s'agit d'une situation où le comportement (par opposition aux paroles) des représentants du gouvernement aurait pu donner lieu à une demande d'attente légitime. Ici aussi, bien sûr, les faits sont cruciaux, et il se peut qu'ils n'aient pas fourni de bases réalistes pour un tel argument. Plus généralement, cette affaire perpétue la position conservatrice adoptée par les tribunaux canadiens en ce qui concerne la portée des principes de l'attente légitime. Elle montre aussi clairement que le droit canadien est encore loin de reconnaître l'attente légitime comme fondement d'une action de fond, au moins dans des cas exceptionnels[119].

ii. L'obligation de franchise

Dans l'examen de de l'an dernier[120], j'ai évoqué la demande du personnel de l'Alberta Utilities Commission (AUC) chargé de l'application de l'*Alberta Utilities Commission Act*[121] à la Commission elle-même, en vertu des articles 8 et 63 de l'*Alberta Utilities Commission Act* (AUC), d'engager une procédure d'application de la réglementation contre ATCO, sous diverses personnes morales, et en particulier ATCO Electric Ltd. pour violation de l'*Electric Utilities Act*[122] de l'Alberta dans le cadre d'une demande de report de taux qu'elle avait déposée auprès de la Commission[123]. Parmi les allégations formulées par le personnel de la Commission chargé de l'application de la loi dans sa demande d'autorisation d'entamer une procédure d'application de la loi, figure le fait qu'ATCO a agi de manière à dissimuler des informations pertinentes afin de minimiser la possibilité d'un refus réglementaire. À l'appui de ses allégations, le personnel chargé de l'application de la loi de l'AUC, outre des allégations spécifiques, a affirmé qu'ATCO avait, de manière plus générale, manqué à son « devoir fondamental d'honnêteté et de franchise envers son organisme de réglementation » [traduction][124], obligation qui exigeait que les informations qu'elle fournissait à la Commission soient « complètes, justes et exactes »[traduction][125].

Le point culminant de cette affaire en 2022 a été l'approbation par la Commission d'un accord de règlement conclu entre le personnel de l'AUC chargé de l'application de la loi et ATCO Electric[126]. Cet accord exigeait d'ATCO, entre autres sanctions, le paiement d'une pénalité administrative de 31 millions de dollars. Le vice-président Doug Larder, dans les motifs qu'il a invoqués pour approuver l'accord de règlement, a approuvé l'acceptation et la description par le personnel chargé de l'application de la loi de l'obligation d'honnêteté et de franchise qui incombe à ceux qui participent aux procédures réglementaires menées par la Commission[127]. Il a également constaté l'existence d'une telle obligation dans les règles de l'ISO, le code de conduite inter-affiliés et l'*Electric Utilities Act*, dont ATCO a admis avoir tous enfreint[128].

---

[118] À tout le moins, la Cour d'appel cite effectivement *Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 RCS 559 au para 95; *Ibid* au para 100, reconnaissant que l'attente légitime peut résulter d'une conduite comprenant les pratiques antérieures ainsi que les représentations.

[119] Reconnu pour la première fois en Angleterre il y a plus de vingt ans dans *R v North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan* [2001] QB 213. Comparer la position canadienne énoncée dans l'arrêt, *ibid* au para 101, rejetant la possibilité.

[120] David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2020 » (2021) 9:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 21, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1#sthash.XZc4GK1E.dpbs>

[121] SA 2007, c A-37.2.

[122] SA 2003, c E-5.1.

[123] Demande du personnel de l'AUC pour engager une procédure judiciaire en vertu des articles 8 et 63 de l'*Alberta Utilities Commission Act*, 29 novembre 2021, en ligne (pdf): <efiling-webapi.auc.ab.ca/Document/Get/719764>.

[124] *Ibid* au para 2(d).

[125] *Ibid* au para 141.

[126] Décision de l'AUC 27013-D01-2022.

[127] *Ibid* aux paras 70–74, 91.

[128] *Ibid* au para 70.

Le vice-président Larder explique également avec force dans quelle mesure ce manque de franchise et de transparence a engendré, outre des coûts financiers, une forme distincte de préjudice pour les contribuables :

> Le deuxième aspect du préjudice causé aux contribuables est difficile à quantifier, mais très grave. Les actions d'ATCO Electric causent un préjudice plus vaste aux contribuables et à tous les autres participants au système de réglementation. Pour prendre ses décisions, la Commission **doit** pouvoir tenir pour acquis que l'information présentée par le service public est complète, juste et exacte. Il s'agit d'une prémisse fondamentale de l'*Electric Utilities Act* et de notre système de réglementation en général, comme il est indiqué ci-dessus. Les contraventions d'ATCO Electric représentent un abus de confiance flagrant, qui a miné la confiance du public dans le processus de réglementation de la Commission et la confiance de la Commission envers ATCO Electric. Quel que soit le préjudice financier subi, ce préjudice est en soi important [traduction][129].

La déclaration du vice-président Larder parle d'elle-même et représente un ajout important et une justification des obligations sous-jacentes de bonne foi des entités réglementées dans le contexte des auditions réglementaires, et peut-être, plus généralement, dans le cadre du processus réglementaire[130].

L'obligation de franchise peut également s'appliquer dans les deux sens, comme le souligne Paul Daly dans un récent blogue[131] décrivant la mesure dans laquelle, dans les territoires de compétence autres que le Canada, les répondants gouvernementaux (au sens large) ont une obligation de franchise au sens d'une « divulgation complète et équitable » dans l'intérêt du tribunal de contrôle judiciaire et des demandeurs de contrôle judiciaire[132]. Il s'agit, bien entendu, d'une obligation dont les avocats sont déjà redevables dans le cadre de procédures civiles, pénales et administratives. Cependant, il est également utile de la situer en tant qu'obligation de l'entité défenderesse elle-même dans le contexte de toutes les formes de procédures de contrôle judiciaire et pas seulement dans le cadre de poursuites pénales. Daly espère évidemment que les précédents canadiens viendront s'ajouter à la liste des tribunaux anglais, irlandais, nord-irlandais et australiens qui ont reconnu et développé cette obligation. Il sera donc intéressant de voir si cela a une quelconque résonance dans la conduite du contrôle judiciaire au Canada.

iii. Recours en cas de retard dans l'exercice des fonctions et pouvoirs administratifs

Dans chacun des deux arrêts de principe, *Blencoe*[133] et *Abrametz*[134], sur les retards dans l'exercice des pouvoirs administratifs, le contexte factuel était celui d'un requérant ou d'un appelant faisant l'objet d'allégations de mauvaise conduite. L'arrêt *Blencoe* découlait d'une plainte pour violation d'un code des droits de la personne et l'arrêt *Abrametz* d'un manquement aux normes de conduite professionnelle. L'exposition à de telles procédures qui, dans l'arrêt *Abrametz*, ont été décrites par la majorité comme *sui generis* au moins dans le cas de procédures disciplinaires professionnelles et certainement pas criminelles[135], a néanmoins impliqué des considérations de réputation et d'autres considérations affectant la carrière pour ceux qui cherchent à obtenir un contrôle judiciaire.

---

[129] *Ibid* au para 91.

[130] L'accord de règlement soulève en fait d'autres questions relatives au droit administratif qui auraient également pu faire partie de cet examen : la mesure dans laquelle la loi relative à l'approbation des accords de règlement dans les affaires de droit pénal trouve un écho dans le domaine des procédures d'application de la réglementation (voir les para 64-69 et également la règle 013 de l'UAC; *Rules on Criteria Relating to the Imposition of Administrative Penalties*); la participation des organismes d'intérêt public au processus de règlement; et l'adéquation des sanctions imposées.

[131] Paul Daly, « An Introduction to the Duty of Candour » (5 janvier 2023), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/>; Voir aussi, Paul Daly, «The Prospects for Candour in Canada: The Importance of the 'Record'» (23 janvier 2023), en ligne : <www.administrativelawmatters.com/>.

[132] Citant Donaldson MR dans *R v Lancashire County Council, ex parte Huddleston* [1986] 2 All ER 941 à 945.

[133] *Supra* note 14.

[134] *Supra* note 13.

[135] *Ibid* au para 54.

Il s'agit également de procédures dans lesquelles la réponse corrective la plus importante espérée par le requérant ou l'appelant est un sursis permanent.

En revanche, lorsque le requérant ou le requérant qui allègue un retard est la « victime » de la faute alléguée, les perspectives pertinentes seront souvent quelque peu différentes. Dans ce cas, leurs préoccupations concernant les retards seront fondées, entre autres, sur la menace que ceux-ci font peser sur l'intégrité et la viabilité finale de la procédure, ainsi que sur leur désir d'obtenir gain de cause et réparation. Ils voudront tout le contraire d'une suspension permanente de la procédure. Pour eux, le recours sous forme d'injonction obligatoire ou d'ordonnance de type *mandamus* ordonnant une audience accélérée sera la forme de recours la plus efficace.

La même réponse corrective prédominera également dans les cas où un demandeur ou un requérant cherche à obtenir un avantage ou une licence de la part de l'État. Son intérêt est d'obtenir cet avantage ou cette licence le plus rapidement possible ou, à tout le moins, une ordonnance interdisant tout retard supplémentaire dans la prise de décision par rapport à l'octroi effectif de la licence ou de l'avantage.

Cependant, il est surprenant de constater que, compte tenu de la rapidité avec laquelle les rouages de l'État tournent souvent, il existe peu de précédents concernant des demandeurs de prestations ou de licences qui demandent de telles formes de mesures de redressement obligatoires. Toutefois, dans un contexte de réglementation de l'énergie, l'arrêt rendu en 2020 par la juge Romaine dans l'affaire *Prosper Petroleum Ltd v Her Majesty the Queen in Right of Alberta*[136], concernant une demande d'approbation d'un projet de sables bitumineux, en fournit un exemple. En juin 2018, l'organisme de réglementation de l'énergie de l'Alberta a estimé que le projet était dans l'intérêt public et l'affaire a ensuite été soumise à l'approbation du Cabinet, comme l'exige la loi pertinente. Plus de dix-neuf mois plus tard, le Cabinet n'avait toujours pas rendu de décision malgré les demandes du promoteur.

La juge Romaine, appliquant les critères standard pour une injonction interlocutoire obligatoire et une mesure de redressement de la nature d'un *mandamus*, et rejetant l'argument selon lequel, du moins dans ce contexte, il s'agit de recours inadmissibles contre la Couronne[137], a jugé que, selon la prépondérance des inconvénients, Prosper Petroleum avait prouvé qu'il y avait eu un retard abusif pouvant être soumis à un contrôle. Dans ce contexte, la juge Romaine a noté que le requérant ne cherchait pas à obtenir une décision en sa faveur, mais à ce que le Cabinet prenne effectivement une décision[138]. La Cour a donc accordé une injonction provisoire obligatoire et une ordonnance de *mandamus* ordonnant au Cabinet de prendre cette décision dans les dix jours.

Bien que cette victoire se soit avérée quelque peu à la Pyrrhus dans la mesure où la juge d'appel Strekaf[139] a ensuite fait droit à la demande de la Couronne de suspendre la procédure dans l'attente de la décision de la Cour d'appel sur l'appel de la décision de la juge Romaine[140]. Néanmoins, cela ne remettait pas en question les principes sur lesquels la juge Romaine avait fondé l'octroi du redressement. La juge Strekaf a précisé qu'elle ne se prononçait pas sur le bien-fondé de l'appel et qu'elle se contentait d'affirmer que, selon le critère d'octroi d'un sursis en attendant l'appel, l'Alberta avait franchi le seuil d'une question « sérieuse » devant être jugée[141]. Pour apaiser en partie la déception de Prosper Petroleum, la juge Strekaf

---

[136] *Prosper Petroleum Ltd. v Her Majesty the Queen in Right of Alberta*, 2020 ABQB 127 [*Prosper*].

[137] *Ibid* aux paras 3–31.

[138] *Ibid* aux paras 24, 29.

[139] 2020 ABCA 85.

[140] Pour d'autres litiges concernant ce projet, voir *Fort McKay First Nation v Prosper Petroleum Ltd*, 2020 ABCA 163, concernant la contestation par une Première Nation de la décision d'approbation de l'organismes de réglementation de l'énergie de l'Alberta, attendant toujours à ce moment la décision du Cabinet. J'ai abordé cet aspect des procédures dans « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2020 », (2021) 9:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie 21, en ligne : ERQ <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1#sthash.d17WeeON.dpbs>.

[141] *Prosper*, *supra* note 139 au para 20.

a également tenu compte du fait que l'Alberta s'était engagée à procéder à l'appel de manière accélérée si elle obtenait le sursis[142].

Ce qui est maintenant important à la suite de l'arrêt *Abrametz*, c'est que, sans aucune réserve ni limitation au contexte de la discipline professionnelle ou à d'autres formes de procédures de plainte, le juge Rowe a approuvé dans l'arrêt *Abrametz* l'utilisation du *mandamus* et d'une ordonnance d'audience accélérée comme recours en cas de retard abusif ou procédural injuste. Il a également admis que, à condition que les voies de recours internes aient été épuisées, ces ordonnances pouvaient être rendues « avant même qu'un abus de procédure n'existe », ce qui permettrait d'éviter les inquiétudes quant à la possibilité que le requérant échoue en raison d'un retard excessif dans l'obtention d'une réparation[143].

La question laissée en suspens est de savoir dans quelle mesure les demandeurs d'avantages ou de licences ont accès à ce type de recours lorsqu'il y a un retard systémique dans un tribunal à forte activité. Quand serait-il approprié pour une cour de révision d'ordonner la résorption de l'arriéré ou bien l'octroi de la licence ou de l'avantage demandé? N'est-il jamais approprié, sauf lorsque des droits constitutionnels sont en jeu, qu'une cour ordonne directement la dépense de ressources pour remédier à un retard systémique? Il s'agit cependant d'une question qui a peu de chances de se poser dans le cadre de la réglementation de l'énergie[144].

iv. Je suis toujours debout

Dans l'affaire *Colombie-Britannique (Procureur général) c Conseil des Canadiens avec déficiences*[145], dans le contexte d'une contestation de la constitutionnalité d'une loi relative aux patients atteints de troubles mentaux détenus involontairement, la Cour suprême du Canada a réexaminé son arrêt datant d'une décennie sur la qualité pour agir dans l'intérêt public dans le cadre d'un litige constitutionnel : *Canada (Procureur général) c Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*[146]. En confirmant la capacité du Conseil à poursuivre le procès pour sa contestation constitutionnelle, la Cour suprême a affiné et développé son élaboration des principes pertinents dans l'arrêt *Downtown Eastside Sex Workers*.

Dans son ouvrage « View from the Top : Administrative Law in the Supreme Court of Canada, 2022 »[147], John Evans propose une analyse complète de l'arrêt. Plutôt que de répéter et encore moins de résumer cette analyse, je me contenterai de souligner quatre points.

1. Bien que l'arrêt ne traite pas spécifiquement de cette question, M. Evans JA affirme que l'on peut en déduire que l'arrêt de la Cour suprême traite également de la qualité pour agir dans l'intérêt public dans le cadre de recours en matière de droit administratif.

2. Comme l'illustre l'arrêt *Downtown Eastside Sex Workers*[148], les personnes qui intentent des actions au nom de l'intérêt public afin de renforcer leur droit à la qualité pour agir ajouteront comme partie quelqu'un qui est directement affecté. En l'espèce, les deux parties en question se sont désistées. Cependant, la Cour suprême a déclaré qu'il n'était pas nécessaire que le tribunal soit également saisi d'un requérant ou d'un demandeur remplissant les conditions normales de qualité pour agir[149]. D'une manière générale, une telle partie n'était pas nécessaire et, même lorsque l'octroi de la qualité pour agir dans l'intérêt public dépendait de l'existence d'un « contexte

[142] *Ibid* au para 29.

[143] *Supra* note 12 aux paras 78–82, et plus particulièrement au para 80.

[144] En dehors du cadre du droit pénal, la question des remèdes aux retards systémiques a trouvé un terrain fertile dans le domaine des commissions salariales judiciaires. Pour un arrêt relativement récent, voir *Newfoundland and Labrador Assn. of Provincial Court Judges v Newfoundland and Labrador*, 2018 NLSC 140.

[145] 2022 CSC 27 [*Conseil des Canadiens*].

[146] 2012 CSC 4, [2012] 2 RCS 524.

[147] *Supra* note 31.

[148] En plus de la Société, une ancienne travailleuse du sexe de longue date était également une demanderesse.

[149] *Conseil des Canadiens*, *supra* note 145 aux paras 63–67.

factuel concret[150] » et bien développé, il existait clairement des substituts à un codemandeur ou à un plaignant directement concerné. Néanmoins, la présence d'un tel codemandeur ou plaignant pourrait être pertinente et utile pour fournir un contexte factuel suffisant pour répondre aux normes requises par la Cour sur ce point.

3. Contrairement à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[151], la Cour suprême, après une longue analyse[152], a conclu que les considérations relatives à la légalité et à l'accès à la justice n'avaient pas un « poids particulier »[153] parmi les facteurs liés au modèle de *Downtown Eastside Sex Workers* pour évaluer les demandes de qualité pour agir dans l'intérêt public. « Aucun objet, principe ou facteur n'a préséance dans l'analyse »[154].

4. En particulier dans les situations où une question d'intérêt public est traitée dans le cadre d'une motion de radiation, les décisions favorables peuvent toujours faire l'objet d'une réévaluation à des stades ultérieurs du litige[155].

Tous ces aspects de l'arrêt contribuent à une élaboration précieuse des principes et des impératifs pratiques pour l'évaluation d'une demande de qualité pour agir dans l'intérêt public, que ce soit dans le contexte d'une procédure constitutionnelle ou administrative. ■

---

[150] *Ibid* au para 66.

[151] 2020 BCCA 241, 41 BCLR (6e) 47.

[152] *Supra* note 145 aux paras 28–59.

[153] *Ibid* au para 56.

[154] *Ibid* au para 59.

[155] *Ibid* aux paras 69–70.

ALLER DE L'AVANT : LA NOUVELLE POLITIQUE ÉNERGÉTIQUE DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE VISE LE SOLAIRE, L'HYDROGÈNE ET LA BOUCLE DE L'ATLANTIQUE

*Gordon E. Kaiser, Melanie Gillis, et Noah Entwisle**

L'année 2022 a été mouvementée en ce qui concerne la politique énergétique de la Nouvelle-Écosse. Les législateurs néo-écossais ont introduit une série de changements législatifs pour faire avancer leur programme environnemental/énergétique pour la province. Les changements visaient principalement à susciter le développement d'une plus grande production d'énergie renouvelable.

À l'instar de nombreuses provinces du Canada, la Nouvelle-Écosse a des cibles ambitieuses de réduction des émissions. L'*Environmental Goals and Climate Change Reduction Act* de la Nouvelle-Écosse prévoit une réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) de 53 % par rapport aux niveaux de 2005 d'ici 2030 et l'atteinte de la carboneutralité d'ici 2050[1]. C'est un défi de taille, mais un défi que le gouvernement conservateur de la Nouvelle-Écosse semble déterminé à relever en raison de l'avalanche de nouvelles modifications législatives qu'il a adoptées au cours de la dernière année.

En plus des changements législatifs axés sur l'environnement, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a également adopté une loi visant à plafonner les augmentations des tarifs d'électricité.

Cet article examine trois développements législatifs clés survenus en 2022 : a) les modifications apportées à l'*Electricity Act*[2] et aux *Renewable Electricity Regulations*[3] de la Nouvelle-Écosse afin d'élargir le programme de facturation nette; b) les modifications apportées à l'*Electricity Act* et à la législation sur les combustibles liquides afin de promouvoir le développement de projets d'hydrogène vert; et c) les modifications apportées à la *Public Utilities Act*[4] afin d'imposer un plafond de 1,8 % aux augmentations nettes des tarifs de Nova Scotia Power Inc. (NSPI) en 2022, 2023 et 2024.

---

* Gordon Kaiser est membre de l'Energy Law Chambers à Toronto : Melanie Gillis et Noah Entwisle sont avocate et avocat chez McInnes Cooper à Halifax.

[1] *Environmental Goals and Climate Change Reduction Act*, SNS 2021, c 20, s.6.

[2] *Electricity Act*, SNS 2004, c. 25.

[3] *Renewable Energy Regulations*, NS Reg 155/2010.

[4] *Public Utilities Act*, RSNS 1989, c. 380.

LE NOUVEAU PROGRAMME DE FACTURATION NETTE DE L'ÉNERGIE SOLAIRE

Le programme existant

Depuis 2010, le programme de facturation nette de la Nouvelle-Écosse offre aux propriétaires, aux entreprises et aux institutions de la province un moyen éprouvé d'installer des systèmes d'électricité renouvelable. Plus précisément, le programme de facturation permet aux clients de NSPI :

- d'installer et d'interconnecter au réseau des générateurs d'énergie renouvelable admissibles. Les technologies admissibles comprennent l'énergie éolienne, solaire, marémotrice et la biomasse; actuellement, l'énergie solaire photovoltaïque représente la grande majorité des générateurs d'énergie renouvelable installés dans le cadre des programmes de facturation nette;

- de réduire leur facture d'électricité d'un montant équivalent à la quantité d'énergie qu'ils produisent; et

- de recevoir un crédit pour tout excédent d'énergie injecté dans le réseau électrique.

Des centaines, voire des milliers, de clients de NSPI ont profité du programme de la facturation nette.

Cependant, bien que certains clients commerciaux et institutionnels aient participé au programme de facturation nette, à ce jour, la plupart des participants étaient des propriétaires résidentiels. Le plafond de 100 kW sur la capacité nominale installée a limité l'adoption par les acteurs commerciaux et institutionnels.

Modifications récentes de l'*Electricity Act*

À compter du 22 avril 2022, le ministère des Ressources naturelles et des Énergies renouvelables de la Nouvelle-Écosse a annoncé des modifications à l'*Electricity Act*[5]. Les modifications ont élargi, protégé et développé les programmes de facturation nette et autres programmes d'électricité renouvelable de la Nouvelle-Écosse, entre autres :

- en éliminant l'ancien plafond de 100 kW de capacité nominale pour permettre à un plus grand nombre de clients commerciaux et institutionnels d'utiliser le programme;

- en interdisant à NSPI d'introduire des structures tarifaires ou des frais d'accès au réseau qui découragent la participation aux programmes de facturation nette;

- en introduisant des dispositions qui soumettent NSPI à une plus grande surveillance réglementaire de la part du Nova Scotia Utilities and Review Board (NSURB) dans l'administration des programmes de facturation nette; et

- en introduisant un « droit à l'autoproduction » qui permet à tout Néo-Écossais d'installer un équipement de production et de stockage d'électricité renouvelable d'une capacité nominale maximale de 27 kW sans l'approbation de NSPI.

Modifications aux *Renewable Electricity Regulations*

À compter du 28 octobre 2022, le ministère des Ressources naturelles et des Énergies renouvelables de la Nouvelle-Écosse a annoncé des modifications aux *Renewable Electricity Regulations*[6] qui, entre autres changements, créent une filière de facturation nette plus viable pour les clients commerciaux et institutionnels.

Plus précisément, les modifications ont augmenté le plafond de facturation nette de 100 kW à un maximum de 1 MW de capacité nominale. Le règlement modifié permettra donc aux clients commerciaux, institutionnels, agricoles ou aquacoles admissibles d'installer un ou plusieurs générateurs d'énergie renouvelable admissibles jusqu'à 1 MW (ou 1 000 kW) de capacité installée par zone de distribution.

---

[5] *Supra* note 2.

[6] *Supra* note 3.

Les clients admissibles comprennent :

- Les clients qui paient une charge de demande dans le cadre de leur tarif existant (correspondant aux contribuables sous les codes de tarif général, industriel ou municipal);
- Les clients qui possèdent ou exploitent un établissement vinicole enregistré en vertu de l'*Agriculture and Marketing Act*;
- Les clients qui possèdent ou exploitent une ferme enregistrée en vertu de la *Farm Registration Act*; et
- Les clients qui possèdent ou exploitent une usine d'aquaculture agréée en vertu de la *Fisheries and Coastal Resources Act*.

Tous les autres clients peuvent installer des générateurs d'énergie renouvelable admissibles d'une capacité nominale maximale de 200 kW par zone de distribution.

Les modifications rationalisent également les processus de demande de facturation nette pour les clients ayant plusieurs emplacements et/ou générateurs différents en permettant aux clients ayant plusieurs emplacements d'installer un ou plusieurs générateurs d'électricité renouvelable dans le cadre d'une seule entente de facturation nette, à condition que :

- les générateurs sont tous installés dans la même zone de distribution;
- les générateurs sont tous assujettis au même taux ou tarif; et
- La capacité nominale totale de ces générateurs ne dépasse pas les plafonds applicables fixés par l'*Electricity Act* et aux *Renewable Electricity Regulations*.

Le règlement modifié améliore également la transparence et la surveillance en exigeant que NSPI soumette les deux éléments suivants à l'approbation du NSURB :

- Les conditions du programme, y compris les exigences de participation à la facturation nette et les motifs pour lesquels NSPI peut refuser une demande; et
- Un formulaire standard d'entente de facturation nette qui régit la vente d'électricité renouvelable et à faible impact à NSPI.

La demande de NSPI pour l'approbation de son nouveau programme de facturation nette est actuellement devant le NSURB[7]. NSPI n'est pas autorisée à apporter d'autres changements à son ou ses programmes de facturation nette sans avoir obtenu au préalable l'approbation du NSURB.

Le règlement modifié exige également que NSPI traite les demandes de facturation nette « en temps opportun » et approuve toutes les demandes de facturation nette, sauf s'il existe des « motifs raisonnables » de les refuser. Ces changements servent de base législative pour accélérer les délais de traitement des demandes de facturation nette et réduire les obstacles au traitement de l'approbation des demandes de facturation nette, de la mise en service du système et de l'interconnexion.

Enfin, le règlement modifié prévoit que, à la demande d'un client, NSPI doit enregistrer annuellement tous les « certificats d'énergie renouvelable » associés au(x) générateur(s) d'énergie renouvelable d'un client auprès d'une organisation internationalement accréditée. À la demande d'un client, NSPI doit fournir au client des certificats d'énergie renouvelable décrivant le volume et le millésime de l'électricité renouvelable produite par le ou les générateurs du client annuellement, moment auquel les certificats seront considérés comme retirés.

Le règlement modifié prévoit en outre que NSPI peut compter la production totale de toute l'énergie renouvelable produite dans le cadre d'un programme de facturation nette et de tous les clients résidentiels à facturation nette pour satisfaire à ses normes de rendement en matière d'électricité renouvelable.

L'interaction de ces dispositions suggère que les clients commerciaux ou institutionnels

[7] Nova Scotia Utility and Review Board, *In the Matter of an Application by Nova Scotia Power Incorporated for approval of a new Commercial Net-Meting Program (M10872)*, Hearing Order (NSURB, 2022), en ligne (pdf): <www.nsuarb.novascotia.ca/sites/default/files/M10872%20-%20Notice%20of%20Paper%20Hearing.pdf>.

à facturation nette peuvent appliquer les certificats d'énergie renouvelable résultant de leur(s) générateur(s) d'énergie renouvelable à leurs exigences internes de rendement en matière d'électricité renouvelable et de déclaration. Parallèlement, NSPI peut appliquer l'énergie produite par tous les systèmes à facturation nette à sa norme d'énergie renouvelable prévue par la loi. Si un client commercial souhaite enregistrer, vendre ou céder les certificats d'énergie renouvelable associés à son système de façon indépendante, il doit le faire en dehors du contexte du programme de facturation nette.

Dans l'ensemble, les changements apportés à l'*Electricity Act* et aux *Renewable Electricity Regulations* visent à étendre le programme de facturation nette à un plus grand nombre de participants commerciaux, à rationaliser le processus de demande et à conférer une plus grande transparence et obligation redditionnelle au processus d'examen des demandes de NSPI.

DÉVELOPPEMENT DE L'HYDROGÈNE VERT

Au cours des dernières années, l'excitation entourant le potentiel de l'hydrogène comme source d'énergie verte a pris de l'ampleur. L'hydrogène comme source d'énergie a suscité une attention considérable à l'échelle mondiale tout au long de 2022, et le Canada atlantique n'a pas fait exception. En effet, le Canada atlantique s'est positionné pour devenir une plaque tournante clé de l'exportation d'hydrogène et a tenu son rang dans ce secteur en plein essor. Par exemple, en août 2022, le Canada et l'Allemagne ont tenu un sommet sur l'hydrogène à Terre-Neuve et ont signé une « déclaration d'intention conjointe » pour commencer à investir dans la création d'un « corridor d'approvisionnement transatlantique Canada-Allemagne » afin de permettre l'exportation d'hydrogène produit au Canada atlantique vers l'Allemagne[8].

En Nouvelle-Écosse, il existe au moins six projets actifs d'hydrogène vert, dont quatre grands projets d'exportation visant à fournir de l'énergie à faible teneur en carbone aux marchés européens, et deux projets plus petits destinés à un usage domestique[9].

Les récentes modifications législatives en Nouvelle-Écosse visent à faciliter le développement de projets d'hydrogène vert.

Modifications du régime juridique des combustibles liquides de la Nouvelle-Écosse

En novembre 2022, l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a adopté des modifications à la *Pipeline Act*[10], à la *Gas Distribution Act*[11] et à la *Subsurface Energy Storage Act*[12] (anciennement connue sous le nom d'*Underground Hydrocarbon Storage Act*). Ces trois textes de loi établissent des règles et des normes pour le stockage, le transport et la distribution des combustibles liquides en Nouvelle-Écosse. Voici les changements spécifiques qui ont été apportés :

- l'hydrogène, l'ammoniac, la séquestration du carbone et le stockage par air comprimé ont été ajoutés au champ d'application de l'*Underground Hydrocarbon Storage Act*;
- les pipelines construits pour l'hydrogène ou les mélanges d'hydrogène ont été inclus dans la *Pipeline Act*; et
- l'hydrogène est désormais considéré comme faisant partie d'un réseau de distribution de gaz en vertu de la *Gas Distribution Act*, et donc soumis à la surveillance du NSURB en vertu de cette loi.

En mettant à jour ces trois textes de loi, la Nouvelle-Écosse a confirmé que son régime juridique actuel pour les carburants liquides

[8] Ressources naturelles Canada, « Le Canada et l'Allemagne signent un accord pour renforcer la sécurité énergétique de l'Allemagne au moyen d'hydrogène propre du Canada » (23 août 2022), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/ressources-naturelles-canada/nouvelles/2022/08/le-canada-et-lallemagne-signent-un-accord-pour-renforcer-la-securite-energetique-de-lallemagne-au-moyen-dhydrogene-propre-du-canada.html>.

[9] Natural Resources and Renewables (Nova Scotia), « Legislation Supports Green Hydrogen Development » (17 octobre 2022), en ligne : *Province of Nova Scotia* <www.novascotia.ca/news/release/?id=20221017007>.

[10] *Pipeline Act*, RSNS 1989, c. 345.

[11] *Gas Distribution Act*, SNS 1997, c 4.

[12] *Subsurface Energy Storage Act*, SNS 2001, c 37.

s'applique aux nouveaux carburants à base d'hydrogène.

Ces changements apportent une certaine certitude aux entreprises qui entreprennent (ou souhaitent entreprendre) de nouveaux projets d'hydrogène vert, et clarifient les règles, les procédures et les normes qu'elles doivent suivre.

Nouveaux projets d'hydrogène vert en Nouvelle-Écosse

En novembre 2022, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a présenté le projet de loi 207[13] visant à modifier l'*Electricity Act*. Le projet de loi 207 (a) établira un « Programme d'innovation en matière d'hydrogène » pour faciliter les projets d'hydrogène vert et (b) permettra aux entreprises d'hydrogène vert admissibles et participantes d'acheter de l'électricité en gros sur le marché libre en vertu du tarif de libre accès au réseau de transport (TLART) de la Nouvelle-Écosse.

Le paragraphe 4FA de l'*Electricity Act*[14] modifiée exigera du ministre des Ressources naturelles et des Énergies renouvelables qu'il « élabore et maintienne un programme d'innovation en matière d'hydrogène pour l'interconnexion d'une installation d'hydrogène au réseau électrique d'un service public aux fins de production et de traitement d'hydrogène » [traduction].

Les nouvelles modifications permettront au gouvernement d'adopter un règlement établissant les modalités et conditions de participation à ce nouveau programme. Les propriétaires ou les exploitants d'installations de traitement ou de production d'hydrogène pourront demander au ministre de participer au Programme d'innovation pour l'hydrogène, sous réserve des conditions établies par le nouveau règlement adopté en vertu de la modification.

Le projet de loi 207 fournit relativement peu de détails concrets sur la substance du Programme d'innovation pour l'hydrogène. Cependant, les pouvoirs réglementaires créés par le projet de loi 207 fournissent néanmoins plusieurs indices importants concernant la forme que le programme devrait finalement prendre :

- Le programme créera une voie permettant aux propriétaires ou aux exploitants d'installations d'hydrogène de s'interconnecter au réseau électrique de la Nouvelle-Écosse et d'acheter de l'électricité sur le marché libre pour exercer leurs activités. L'achat et la vente d'électricité par l'intermédiaire du réseau de NSPI sont rendus possibles par le TLART, qui impose des frais aux acheteurs et aux vendeurs d'électricité en gros qui utilisent le réseau électrique de la Nouvelle-Écosse, et y sont assujettis.

- Pour profiter de ce programme, les propriétaires et les exploitants d'installations d'hydrogène doivent se conformer aux critères d'admissibilité du programme, aux exigences de déclaration des données et aux normes de rendement établies par le règlement adopté en vertu de l'*Electricity Act* modifiée.

- Les exigences en matière de rapports et les obligations de conformité continue pour les participants au programme seront conçues pour (entre autres) : (a) permettre au gouvernement de surveiller et de mesurer les émissions de carbone de nouveaux projets d'hydrogène; (b) établir des normes de performance concernant l'intensité de carbone de ces projets; (c) établir des pénalités pour les projets d'hydrogène qui ne satisfont pas aux normes de performance; et (d) établir des exigences ou des conditions pour la vente d'hydrogène ou d'électricité produite à partir d'hydrogène dans les installations d'hydrogène participantes[15].

D'autres détails concernant le Programme d'innovation pour l'hydrogène seront probablement communiqués dans les mois qui suivront l'entrée en vigueur du projet de loi 207 (le projet de loi 207 a reçu la sanction royale le 9 novembre 2022 et entrera en vigueur lorsque le gouverneur en conseil l'aura proclamé).

---

[13] Bill 207, *Electricity Act (amended)*, 1st Sess, 64th Gen Ass, 2022 [Bill 207].

[14] *Supra* note 2.

[15] *Supra* note 13.

Clarté sur les évaluations environnementales (EE) pour les projets d'hydrogène

La Nouvelle-Écosse a également modifié deux séries de règlements afin de clarifier, pour les promoteurs d'hydrogène vert, quelles seront leurs obligations en matière d'évaluation environnementale par rapport à ces types de projets. Les changements ont été apportés aux *Environmental Assessment Regulations*[16] et aux *Activities Designation Regulations*[17], et se présentent comme suit :

- Les projets à grande échelle qui produisent et/ou stockent de l'hydrogène ou de l'ammoniac nécessitent une évaluation environnementale de classe I;
- Les installations qui produisent et/ou stockent de l'hydrogène ou de l'ammoniac nécessitent des agréments opérationnels; et
- Plusieurs agréments opérationnels peuvent être regroupés sous un seul agrément clair, au niveau de l'installation, pour les installations d'hydrogène.

Une fois de plus, ce changement législatif apporte une plus grande certitude et prévisibilité quant aux obstacles environnementaux qui devront être satisfaits au cours de la phase de planification des projets d'hydrogène.

LA BOUCLE DE L'ATLANTIQUE

Comme nous l'avons indiqué, la Nouvelle-Écosse a intégré dans sa législation son objectif de réduire les émissions de GES d'au moins 53 % par rapport aux niveaux de 2005 d'ici 2030 et d'atteindre la carboneutralité d'ici 2050. L'atteinte de ces objectifs passe en grande partie par un programme visant à réduire la dépendance de la Nouvelle-Écosse au charbon pour produire de l'électricité.

Une partie importante de ce programme est un nouveau projet de transport d'électricité de plusieurs milliards de dollars appelé la boucle de l'Atlantique qui donnera à la Nouvelle-Écosse un meilleur accès à l'hydroélectricité produite au Labrador et au Québec.

La structure de financement du projet est encore à l'étude. Le gouvernement fédéral, les gouvernements de la Nouvelle-Écosse et du Québec, ainsi que NSPI, sont engagés dans des discussions continues au sujet du projet de la boucle de l'Atlantique[18]. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a adopté la position selon laquelle la boucle de l'Atlantique ne sera pas économiquement réalisable sans financement fédéral. Plus précisément, Karen Gatien, sous-ministre du ministère des Ressources naturelles et des Énergies renouvelables de la Nouvelle-Écosse, a récemment déclaré qu'« [i] l n'y a pas de boucle sans soutien fédéral, c'est tout simplement trop coûteux[19] » [traduction].

Cependant, le projet a récemment fait face à une certaine incertitude en raison de la récente législation de la province visant à limiter les augmentations de tarifs que l'organisme de réglementation de l'énergie de la Nouvelle-Écosse pourrait accorder au service public[20].

Le 27 janvier 2022, NSPI a déposé une demande de taux général (General Rate Application) visant à obtenir des augmentations du taux moyen pondéré général sur l'ensemble des catégories de taux de 3,6 % à compter du 1er août 2022, du 1er janvier 2023 et du 1er janvier 2024. La mise à jour sur le combustible que NSPI a déposée le 2 septembre 2022 montrait une prévision considérablement plus élevée pour les coûts du combustible et de l'énergie achetée, représentant une augmentation de 681,5 millions de dollars par rapport à la prévision initiale pour la période allant de 2022 à la fin de 2024. La province de la Nouvelle-Écosse a accepté de soulager quelque peu les clients de NSPI de ce montant en exemptant NSPI d'environ 165 millions de

[16] *Environmental Assessment Regulations*, NS Reg 26/95.

[17] *Activities Designation Regulations*, NS Reg 47/95.

[18] Francis Campbell, « Nova Scotia, others still in the Atlantic loop but little progress being made, deputy minister says », *Saltwire* (11 janvier 2023), en ligne : <www.saltwire.com/atlantic-canada/news/nova-scotia-others-still-in-the-atlantic-loop-but-little-progress-being-made-deputy-minister-says-100813358/>.

[19] *Ibid*.

[20] Bill No. 212, *An Act to Amend the Public Utilities Act*, 1st Sess, 64th Assembly, Nova Scotia, 2022, en ligne : <www.nslegislature.ca/legc/bills/64th_1st/1st_read/b212.htm>.

dollars de dépenses de conformité aux normes sur les GES jusqu'à la fin de 2022.

Le 19 octobre 2022 (après la fin de l'audience, mais avant le dépôt des conclusions écrites des parties), le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a présenté le projet de loi 212 à l'Assemblée législative. La législation est entrée en vigueur le 8 novembre 2022 et a limité l'augmentation des taux pour les produits non combustibles à 1,8 % au cours des deux prochaines années[21]. Les modifications apportées à la *Public Utilities Act* ont également imposé des limites au taux maximal de rendement des capitaux propres, soit (9,25 % par rapport aux 9,5 % demandés par NSPI), et à une proportion des capitaux propres (40 % par rapport aux 45 % demandés par NSPI)[22].

En réponse à ce plafond législatif, NSPI a annoncé qu'elle mettait en attente le projet de la boucle de l'Atlantique[23]. Le gouvernement fédéral a déclaré qu'il est toujours déterminé à poursuivre les négociations en vue de conclure une entente de principe pour le projet de la boucle de l'Atlantique, et que malgré la pression exercée par NSPI pour mettre fin à sa participation, le gouvernement fédéral demeure engagé envers le projet[24].

Le 2 février 2023, le NSURB a rendu sa décision concernant la demande de tarif général de NSPI. La décision a largement approuvé un accord de règlement entre NSPI et plusieurs intervenants. Dans l'accord de règlement, les parties ont convenu (sous réserve de l'approbation du NSURB) d'une augmentation moyenne des tarifs de 6,9 % (pour toutes les catégories de clients pour chacune des années 2023 et 2024, et incluant les coûts de carburant et autres).

Le développement de la boucle de l'Atlantique, y compris la structure de financement qui sera mise en place pour le projet, est toujours en cours de négociation. On ne sait pas encore quel impact, le cas échéant, les récents développements auront sur l'avancement du projet de la boucle de l'Atlantique. Cependant, une chose est certaine : l'évolution de la discussion autour de la boucle de l'Atlantique sera suivie de près par tous ceux qui s'intéressent de près à l'espace énergétique du Canada atlantique au cours de l'année 2023.

CONCLUSION

Atteindre la « carboneutralité d'ici 2050 » est un objectif ambitieux. Il sera difficile à atteindre sans des changements radicaux et variés de la législation existante : il faudra l'équivalent législatif d'une « pressions des tribunaux » pour obtenir le type de changement législatif nécessaire pour relever les défis et saisir les opportunités qui ont été introduites par la transition vers les énergies renouvelables.

Dans le même temps, ces changements législatifs doivent être suffisamment flexibles pour évoluer avec le développement continu des solutions énergétiques de rechange.

Dans l'ensemble, il est de plus en plus clair qu'en matière d'énergie renouvelable, les vents de l'industrie sont en train de tourner, obligeant les législateurs à relever le défi de guider ce changement de direction : L'histoire de la Nouvelle-Écosse en 2022 fournit un exemple des efforts multiformes d'un gouvernement pour relever ce défi. ■

---

[21] *Ibid*.

[22] *Ibid*.

[23] Paul Withers, « Emera is pausing the Atlantic Loop in the wake of power rate cap legislation », *CBC News Nova Scotia*, (21 octobre 2022), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/emera-pauses-atlantic-loop-after-ns-power-rate-cap-1.6624183>.

[24] Paul Withers, « Ottawa 'very committed' to Atlantic Loop electricity mega project despite pause », *CBC News Nova Scotia* (9 novembre 2022), en ligne : <www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/trudeau-government-atlantic-loop-project-pause-emera-1.6646208>.

RÉGIMES PROVINCIAUX DU CARBONE AU CANADA : DES MESURES VARIÉES POUR LUTTER CONTRE LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES[1]

*P. Jason Kroft et Ghazal Hamedani**

Dans cet article, nous fournissons un résumé de haut niveau des aspects saillants des régimes provinciaux du carbone au Canada. Notre objectif est d'établir une base de référence pour les lecteurs en décrivant les différents régimes de tarification du carbone au Canada, en vue d'un examen plus approfondi dans des articles ultérieurs. Cet article ne se veut pas un travail exhaustif sur la législation actuelle de chaque province en matière de changements climatiques. Ce court article se veut plutôt un aperçu de certains régimes de financement du carbone actuellement en vigueur dans chaque province.

Le parcours de chaque province a commencé lorsque le gouvernement du Canada a publié l'Approche pancanadienne pour une tarification de la pollution par le carbone (le « **modèle** » fédéral), indiquant que le système de tarification fondé sur le rendement (STFR) serait utilisé comme filet de sécurité par les provinces ou territoires qui en feraient la demande ou qui ne mettraient pas en place un système conforme au modèle.

LE LITIGE CONSTITUTIONNEL

Les recours juridiques n'ont pas manqué contre la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* (la « ***Loi*** ») promulguée en 2018, en vertu de laquelle le STFR fédéral a été mis en œuvre. La constitutionnalité de la Loi a été contestée par certains gouvernements provinciaux dès sa création. La *Loi*, qui établit une norme minimale de tarification du carbone dans le but de réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES), a été confirmée comme étant constitutionnelle par la Cour suprême du Canada (CSC) en 2021. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*[2], la CSC a reconnu explicitement la menace existentielle des changements climatiques et l'importance de la tarification du carbone pour les combattre. En confirmant que le gouvernement fédéral a l'autorité légale de prendre des mesures nationales coordonnées et d'imposer un prix minimum pour le carbone, le Canada peut s'assurer qu'aucune province n'est une « pierre

[1] Cet article est une version révisée de P. Jason Kroft et Ghazal Hamedani, *Provincial carbon regimes : mixed bag to fight climate change* (9 décembre 2022), en ligne (Disponible en anglais seulement) : Miller Thomson <www.millerthomson.com/en/publications/articles/provincial-carbon-regimes-mixed-bag-to-fight-climate-change/>.

* Jason Kroft est un associé du cabinet Miller Thompson à Toronto. Ghazal Hamedani est une avocate de ce cabinet.

[2] *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la Pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11* [*Renvois relatifs à la LTPCGES* (CSC)].

d'achoppement pour les progrès réalisés dans d'autres parties du pays » [traduction].

Nous devons comprendre que la *Loi* est un texte de loi environnemental et économique. Favoriser une économie à faibles émissions de GES est l'un des nombreux objectifs de la *Loi*. La *Loi* poursuit cet objectif en offrant des incitatifs financiers aux consommateurs et aux entreprises. La tarification du carbone est un moyen d'y parvenir.

La décision de la CSC devrait apporter une certaine certitude aux professionnels des affaires et aux avocats spécialisés dans les transactions, à savoir que la tarification du carbone est là pour rester (sous une forme ou une autre) et que les considérations relatives aux changements climatiques et à l'environnement, au milieu social et à la gouvernance deviendront de plus en plus importantes dans le contexte de la levée de capitaux et des transactions commerciales.

Nous avons fourni un résumé des principales mesures prises par chaque province du Canada pour lutter contre les changements climatiques et s'aligner sur le modèle fédéral.

Québec

Le Québec a adopté un système de plafonnement et d'échange, qui est énoncé dans le *Règlement concernant le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre* (le « **Règlement de P et E** ») en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*[3] (la « ***LQE*** ») (le « **Système de P et E du Québec** »). Le Système de P et E du Québec est administré par le ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changements climatiques et il est lié au système de plafonnement et d'échange de la Californie par l'entremise de la Western Climate Initiative (la « **WCI** »).

La WCI est un groupe d'États américains et de provinces canadiennes qui ont décidé d'adopter une approche commune pour lutter contre les changements climatiques, notamment en élaborant et en mettant en œuvre un système nord-américain de plafonnement et d'échange de quotas d'émission de GES. L'Ontario a adhéré à la WCI en 2017, mais s'est retirée un an plus tard en abrogeant sa réglementation sur le plafonnement et l'échange de droits d'émission le 3 juillet 2018. À ce jour, le Québec est la seule province canadienne liée à la WCI.

La participation au Système de P et E du Québec est ouverte aux « émetteurs » et aux « participants » tels que le décrit le Règlement de P et E. Tous les émetteurs et les participants doivent s'inscrire au Système de P et E du Québec en soumettant au ministre une demande pour le système de suivi des droits d'émission (CITSS). Les obligations de déclaration sont énoncées dans le *Règlement sur la déclaration obligatoire de certaines émissions de contaminants dans l'atmosphère* du Québec. Il est important de noter que le Règlement de P et E fait appel à diverses formules d'impact basées sur le potentiel de réchauffement global de chaque GES. Les installations québécoises doivent donc veiller à mettre en œuvre la technique de mesure de quantification appropriée pour déclarer leurs émissions avec précision.

Ontario

Dans *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, la CSC a reconnu explicitement la menace existentielle des changements climatiques et l'importance de la tarification du carbone pour les combattre. À la suite de cette décision, l'Ontario, qui était autrefois une administration assujettie au filet de sécurité, a commencé à passer du STFR fédéral au programme de norme de rendement en matière d'émissions (« **NRE** ») de l'Ontario. Le concept du programme de NRE est comparable à celui des normes du STFR fédérale en ce sens qu'une installation tenue de s'inscrire au programme devra calculer, consigner en dossier et vérifier ses émissions annuelles de GES et payer le prix du carbone par tonne de CO_2 au-dessus de sa limite applicable. Cette compensation peut également prendre la forme d'« unités de performance en matière d'émissions », qui sont des crédits qu'une installation gagne pour avoir produit des émissions de GES inférieures au plafond annuel du programme de NRE. Selon la nature de ses activités industrielles et le volume de ses émissions annuelles de GES, un établissement peut être obligé ou non de

[3] RLRQ c Q-2 (dernière consultation le 15 janvier 2023), en ligne : <www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/rlrq-c-q-2/201806/rlrq-c-q-2.html>.

s'inscrire au programme de NRE. Tous les établissements (y compris les installations inscrites au programme de NRE de l'Ontario) qui se livrent à une activité produisant des GES spécifiée dans le cadre du programme, comme indiqué dans la colonne 1 de l'annexe 2 du *Règlement de l'Ontario 390/18* (*Émissions de gaz à effet de serre : quantification, déclaration et vérification*), sont tenus de remettre un rapport au directeur, si la quantité déclarée à l'égard de l'installation pour chaque année civile est de 10 000 tonnes d'équivalent de CO_2 ou plus. Les installations inscrites au programme de NRE de l'Ontario ont l'obligation supplémentaire de faire vérifier leurs déclarations par une tierce partie.

Les crédits excédentaires accordés à une installation de l'Ontario en vertu du STFR fédéral doivent être remis ou transférés avant le 15 février 2023, faute de quoi les crédits feront l'objet d'une suspension et ne pourront être remis ou transférés à titre de compensation pour la période de conformité 2022 ou les périodes de conformité ultérieures.

Alberta

En Alberta, le régime réglementaire régissant la tarification des émissions de gaz à effet de serre est créé par l'*Emissions Management and Climate Resilience Act* (« ***EMRCA*** «) et le *Technology Innovation and Emissions Reduction Regulation* (*TIER*) connexe. Dans le cadre d'un examen obligatoire du TIER effectué à la fin de 2022, plusieurs modifications du TIER ont été promulguées et sont entrées en vigueur le 1er janvier 2023. Parmi ces modifications figure l'introduction d'un crédit de séquestration.

Par conséquent, il existe maintenant quatre types de crédits et de compensations en Alberta :

- Compensations d'émissions;
- Crédits de performance en matière d'émissions;
- Crédits de fonds; et
- Crédits de séquestration.

Il existe des différences nuancées entre les différentes formes de crédits et de compensations.

Les compensations d'émissions sont générées par des projets qui ont volontairement réduit leurs émissions de GES. Les compensations d'émissions sont quantifiées à l'aide de méthodologies approuvées par l'Alberta, appelées protocoles de quantification, et sont vérifiées par un fournisseur d'assurance tiers qualifié. Les projets de compensation d'émissions doivent répondre aux exigences du TIER, de la norme pour les promoteurs de projets de compensation d'émissions de GES et d'un protocole de quantification pertinent approuvé par l'Alberta (les « **protocoles de quantification** »). Les projets de compensation des émissions de l'Alberta sont enregistrés et répertoriés publiquement. Les installations du STFR de l'Alberta sont tenues de soumettre des rapports de conformité annuels. Celles qui émettent plus de 100 000 tonnes d'équivalent de CO_2 par an sont également tenues de soumettre un rapport prévisionnel annuel.

Un crédit de performance en matière d'émissions est généré lorsque les émissions réglementées totales de l'installation sont inférieures d'une tonne d'équivalent de CO_2 à ses émissions réglementées admissibles. Comme pour les compensations d'émissions, les crédits de performance en matière d'émissions peuvent être enregistrés dans l'Alberta Emission Performance Credit Registry.

Un crédit de fonds est un crédit qui est créé en versant de l'argent dans le Fonds au taux spécifié par l'arrêté ministériel. Le 1er décembre 2021, le ministre de l'Environnement et des Parcs de l'Alberta a rendu l'arrêté ministériel 87/2021[4] confirmant l'augmentation du coût d'obtention de crédits de fonds pour la technologie, l'innovation et la réduction des émissions (Fonds) dans le cadre du TIER de 40 $ CA par crédit en 2021 à 50 $CAN par crédit en 2022 (une tonne d'équivalent de CO_2 réduite = 1 compensation de carbone = 50 $/tonne en 2022).

Par l'arrêté ministériel 62/2022, le coût des crédits de fonds a été à nouveau établi pour 2023 à 2030. L'arrêté actuel s'aligne sur les

[4] "Arrêté ministériel 87/2021 [Environnement et Parcs] : Arrêté relatif au montant du crédit du Fonds d'innovation technologique et de réduction des émissions" (dernière consultation le 15 janvier 2023), en ligne : *Gouvernement de l'Alberta* <www.open.alberta.ca/publications/aep-ministerial-order-87-2021 #detailed>.

exigences de tarification du carbone en vertu du STFR fédéral. Selon le résultat de l'évaluation des systèmes provinciaux et territoriaux par rapport au modèle fédéral mis à jour le 22 novembre 2022, la redevance fédérale sur le carburant continuera de s'appliquer en Alberta.

Un crédit de séquestration est créé par la conversion d'une compensation d'émissions, si la compensation d'émissions a été créée par la séquestration géologique nette de dioxyde de carbone, pendant ou après 2022.

Des protocoles de quantification approuvés par le gouvernement ont été élaborés pour soutenir le système de compensation de l'Alberta. Ces protocoles fournissent des méthodologies de quantification normalisées pour des possibilités spécifiques de réduction des émissions de GES en Alberta. Les protocoles ont été élaborés à l'aide des meilleures données scientifiques disponibles adaptées aux conditions de l'Alberta, des conseils sur les bonnes pratiques provenant d'autres territoires de compétence, de l'expertise provinciale/nationale et de l'expérience acquise dans le cadre de projets internationaux similaires. Bien que les protocoles de quantification servent de guide pour la mise en place d'un projet et la quantification des réductions/suppressions d'émissions associées, il demeure la responsabilité du promoteur d'un projet de démontrer comment le projet répond aux exigences décrites dans le protocole, et que l'activité continue de se conformer à toutes les exigences réglementaires applicables.

Colombie-Britannique

Le système de tarification du carbone de la Colombie-Britannique comporte deux parties principales : (1) une taxe sur le carbone pour les émissions de carburant, qui est énoncée dans la *Carbon Tax Act* et le *Carbon Tax Regulation* (collectivement la « **Taxe sur le carbone de la Colombie-Britannique** »); et (2) un STFR pour les émissions industrielles, qui est énoncé dans la *Greenhouse Gas Industrial Reporting and Control Act*[5] et son Règlement (le « **Cadre de la C.B.** »).

La taxe sur le carbone de la C.B. est perçue au point de consommation au détail (par exemple, à la pompe pour l'essence et le diesel). Tous les particuliers et les entreprises doivent payer la taxe sur le carbone de la C.-B. sur toutes les utilisations de carburant, même si le carburant n'est pas brûlé, à moins qu'une exemption spécifique ne s'applique. Des exemptions sont disponibles, entre autres, pour le carburant qui est acheté par un consommateur enregistré, un service aérien enregistré ou un service maritime enregistré (tels qu'il est défini dans la *Carbon Tax Act*).

Le Cadre de la C.-B. s'applique uniquement aux installations qui mènent des activités dans le secteur du gaz naturel liquéfié (GNL) et dont la production annuelle d'émissions est égale ou supérieure à 10 000 tonnes d'équivalent CO_2. Le directeur (tel qu'il est défini dans le Cadre de la C.B.) doit recevoir un rapport de chaque établissement (y compris les installations relevant du Cadre de la C.B.) qui émet 10 000 tonnes d'équivalent CO_2 ou plus pour chaque période de conformité (année civile). Ce rapport doit inclure des informations sur les émissions annuelles de GES de l'établissement et, le cas échéant, la quantité d'émissions de GES qui ont été capturées et stockées à partir de l'établissement. Les installations déclarantes qui émettent plus de 25 000 tonnes d'équivalent CO_2 par an ont l'obligation supplémentaire de faire vérifier leur déclaration d'émissions de manière indépendante par un organisme de vérification reconnu.

LES PROVINCES DE L'ATLANTIQUE

À l'instar de l'Ontario, le Nouveau-Brunswick a commencé sa transition vers son propre STFR provincial comme alternative acceptée au système fédéral en 2021. Il s'applique aux mêmes gaz que le système fédéral et applique la même échelle de prix de 50 $ par tonne en 2022. En raison de cette transition, les crédits fédéraux excédentaires délivrés à une installation du Nouveau-Brunswick n'étaient pas une compensation admissible pour la période de conformité de 2021 ou la période ultérieure s'ils n'ont pas été transférés ou remis avant le 15 février 2022.

À partir du 1er juillet 2023, le STFR fédéral et la taxe sur le carburant s'appliqueront à la Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard. Le plan de tarification proposé par ces deux provinces ne répondait pas à la norme

[5] *Greenhouse Gas Industrial Reporting and Control Act* [SBC 2014] ch. 29.

supérieure de tarification du carbone qui entrera en vigueur le 1er janvier 2023.

De même, à compter du 1er juillet 2023, le STFR fédéral sera imposé à Terre-Neuve-et-Labrador, abrogeant son système provincial de taxe sur le carbone en place depuis janvier 2019. La stratégie de Terre-Neuve-et-Labrador avait empêché l'imposition d'un prix du carbone sur le carburant utilisé pour le chauffage domestique ainsi que sur un certain nombre d'autres usages liés au carburant. Le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador s'est ouvertement opposé au retrait des exemptions du prix du carbone par le gouvernement fédéral du Canada.

Les gouvernements de toutes les provinces de l'Atlantique ont fait valoir que les ménages à faible revenu, qui consacrent un pourcentage plus élevé de leur revenu au chauffage et à l'électricité, sont touchés de façon disproportionnée par la hausse des coûts de l'énergie entraînée par le nouveau modèle fédéral. Ils ont également fait valoir que la rigueur du gouvernement fédéral dans la mise en œuvre du filet de sécurité de la taxe sur le carbone limitera inévitablement la capacité financière du gouvernement provincial à fournir des programmes d'aide à ses résidents. Enfin, ils ont fait valoir qu'en plus d'augmenter le coût du carburant, le nouveau modèle fédéral augmente aussi indirectement le coût de nombreux autres articles, y compris l'épicerie.

TAXES SUR LE CARBONE AUX ÉTATS-UNIS ET EN EUROPE

Au sud de la frontière, les États américains ont pris les choses en main. La Californie gère son propre programme **de plafonnement et d'échange**. Premier du genre aux États-Unis lorsqu'il a été lancé en 2013, ce programme fixe un objectif de réduction des émissions de GES de 40 % d'ici 2030. Le système offre aux entreprises la possibilité d'acheter ou d'échanger des crédits, ainsi que de créer un plafond sur la quantité de pollution qu'elles peuvent produire dans le cadre du programme. Une société doit acheter des crédits de quotas à l'État lors d'une vente aux enchères si elle souhaite émettre plus de GES qu'elle n'est autorisée à le faire. L'argent récolté lors de ces enchères, qui ont rapporté plus de deux milliards de dollars l'année dernière, est utilisé pour financer d'autres projets climatiques. Malheureusement, un examen de l'efficacité du programme a révélé que les entreprises ont acheté et conservé environ 321 millions de ces quotas de pollution pour une utilisation future, ce qui pourrait rendre difficile pour l'État d'exiger de ces entreprises qu'elles réduisent leurs émissions afin d'atteindre les objectifs de l'État pour 2030.

En conséquence, neuf États de la côte est ont formé leur propre conglomérat de plafonnement et d'échange appelé la Regional Greenhouse Gas Initiative. Le programme fixe un plafond annuel pour les émissions globales de CO_2 du secteur de l'électricité de la région. Ce plafond diminue au fil du temps de manière planifiée et prévisible (2,5 % par an de 2015 à 2020). Les permis de pollution (appelés « **quotas** ») sont régulièrement mis aux enchères pour les entités inscrites (centrales électriques). Un quota est équivalent à une tonne de CO_2.

À l'instar du STFR fédéral, l'Union européenne dispose d'un **système d'échange de quotas d'émissions** (**SEQE**) qui permet aux entreprises d'acheter des crédits de carbone à d'autres entreprises. Basé sur le principe du plafonnement et de l'échange, le système fixe une limite absolue ou « plafond » sur la quantité totale de certains GES qui peuvent être émis chaque année par les entités inscrites au système. Ce plafond est réduit au fil du temps de sorte que les émissions totales diminuent. Tous les États membres de l'Union européenne (plus l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège) font partie du SEQE. À l'exception de la Suisse, de l'Ukraine et du Royaume-Uni, tous les pays européens qui prélèvent une taxe sur le carbone font également partie du SEQE. La Suisse a son propre système d'échange de quotas d'émissions, mais il est lié au SEQE depuis janvier 2020. À partir de janvier 2021, le Royaume-Uni a adopté son propre SEQE à la suite du Brexit.

Malheureusement, le SEQE a été critiqué, entre autres, pour la « surdélivrance » des permis, la volatilité des prix et son incapacité à atteindre ses objectifs. Pour lutter contre ses écueils, l'Union européenne a annoncé les grandes lignes de son mécanisme d'ajustement à la frontière des tarifs du carbone (MAFTC) le 13 décembre 2022. Le MAFTC permettra de taxer les importations en provenance de nations aux réglementations environnementales plus laxistes dans les industries les plus polluantes (acier, ciment, engrais, etc.). L'objectif est d'empêcher les « fuites de carbone » et les « déversements environnementaux », qui obligeraient les industries à déménager leur production hors d'Europe, et de motiver le reste du monde à intensifier ses efforts pour diminuer les émissions de GES.

CONCLUSION

La tarification du carbone prend de l'ampleur à l'échelle mondiale. Nous avons vu des propositions de tarification du carbone en cours dans 47 territoires de compétence dans le monde entier en octobre 2022[6].

Certains éléments clés sont nécessaires pour assurer la réussite d'un système de tarification du carbone. En examinant les différents territoires de compétence au Canada, il est évident que pour faire avancer le programme national de tarification du carbone, il faut d'abord se préparer à la tarification du carbone. Cela implique à la fois un leadership politique et une préparation technique/institutionnelle. On peut se demander si la préparation à la tarification du carbone existait au Canada lorsque l'approche fédérale pancanadienne a été adoptée en 2018.

Nous avons vu se développer des réponses provinciales disparates depuis 2018, date de la décision de la CSC. Il n'y a pas encore beaucoup d'uniformité au Canada, bien qu'il y ait certainement un signal émergent de tarification du carbone pour les entreprises et l'industrie. Au Canada, le gouvernement fédéral a tenté de mettre en œuvre un prix du carbone à l'échelle nationale, en commençant par 20 $ par tonne d'équivalent de CO_2 en 2019 et en le portant à 50 $ par tonne à partir du 1er avril 2022. Ce prix passera à 65 $ par tonne d'équivalent de CO_2 en 2023, et continuera d'augmenter de 15 dollars par an, jusqu'à ce qu'il atteigne 170 $ par tonne d'équivalent de CO_2 en 2030. La question de savoir s'il existe des fuites de carbone au Canada en raison du traitement disparate des émissions de GES reste ouverte. ■

[6] "Carbon Pricing Dashboard" (dernière consultation le 1 avril 2022), en ligne : *The World Bank* <www.carbonpricingdashboard.worldbank.org/map_data>.

CALIFORNIA BURNING DE KATHERINE BLUNT

*Ahmad Faruqui**

Le sous-titre, « The Fall of PG&E — and what it means for America's power grid » (la chute de PG&E — et ce que cela signifie pour le réseau électrique des États-Unis), est très révélateur. Le livre se lit comme une nécrologie d'entreprise.

C'est une histoire de malheur du début à la fin, avec une lueur d'espoir à la fin quand on regarde l'avenir de la société de services publics appartenant à des investisseurs du nord de la Californie sous la direction d'un nouveau chef de la direction.

Le livre se concentre sur les incendies de forêt provoqués par PG&E au cours des dernières années, dont plusieurs ont donné lieu à des poursuites pénales contre l'entreprise. Ainsi, il se penche en profondeur sur les lignes de transmission qui étaient si mal entretenues que lorsque les incendies se sont produits, l'entreprise ne savait même pas quel était leur âge. Dans un cas, l'incendie a été causé par un minuscule crochet qui s'est brisé parce qu'il avait dépassé sa durée de vie utile depuis longtemps.

L'incendie qui a réduit en cendres la ville Paradise, du comté de Butte s'est déroulé en 2018. Il a incité une personne à observer qu'on pouvait compter sur PG&E pour transformer le paradis en enfer. L'incendie a tué 85 personnes, s'est étendu sur 150 000 acres et a causé 16 milliards de dollars de dommages. L'entreprise a tenté de dissimuler sa culpabilité mais a été reconnue coupable et a fait faillite, la deuxième fois en deux décennies.

Le livre aborde également l'explosion d'un gazoduc à San Bruno, près de l'aéroport de San Francisco, qui s'était produite plus tôt, en 2010. L'incendie qui a suivi a détruit 38 maisons et en a endommagé 70. Il a tué huit personnes, tout en en blessant des dizaines. Lorsque les enquêtes ont commencé, il est apparu que l'entreprise n'avait même pas de dossiers systématiques sur l'historique de ses pipelines. On a fini par découvrir que la canalisation avait été posée en 1956 et qu'elle était mal soudée.

PG&E est probablement la seule compagnie d'électricité qui a fait faillite deux fois. En effet, un grand film hollywoodien a été réalisé à son sujet[1] et il existe une référence voilée à ses travers dans un autre film. C'est une entreprise qui, pendant des années, n'a pas eu un mais deux chef de la direction, un pour la société mère et un pour le service public (qui était la seule filiale).

Ses chef de la direction se sont succédé au gré des crises qui s'enchaînaient. Leurs allées et venues ont conféré une notoriété peu enviable à la compagnie. Chaque nouveau chef de la direction arrivait en fanfare — quatre fois sur cinq, il venait d'un autre État. Leurs incroyables primes à l'embauche faisaient souvent la une des journaux. Ils partaient avec l'opprobre sur le visage mais avec une incroyable indemnité de départ qui atténuait la douleur. L'un d'entre eux est parti avec une indemnité qui s'élevait à 35 millions de dollars.

Le chef de la direction le plus notoire a été Peter Darbee. PG&E l'a fait venir d'une entreprise de téléphonie et l'a nommé directeur financier. Avec le temps, il s'est élevé au rang de chef de la direction. Darbee, soucieux de faire sa marque, a engagé Accenture, une société de conseil en gestion très coûteuse, pour refaire la culture de la compagnie d'électricité en la « transformant ». Au moins cent millions de dollars ont été dépensés en frais de consultation sans que les

* Ahmad Faruqui, PhD, est un économiste itinérant qui possède quatre décennies d'expérience en matière de conseil, de recherche et d'enseignement.

[1] L'entreprise a été reconnue coupable de la contamination des eaux souterraines.

résultats ne soient à la hauteur de ces largesses. Apposée entre les ascenseurs de chaque étage, une affiche de « transformation » qui, malgré sa complexité, ne disait rien de tangible.

Accenture a tenté de comparer le processus de l'entreprise à celui de ses pairs, mais a découvert que PG&E ne disposait même pas de données sur l'état de ses fils et pipelines. La tenue de registres n'était pas une priorité. Il n'y avait pas de budget pour cela.

L'arrogance de Darbee était légendaire. Il était largement détesté chez PG&E. Il s'entourait de MBA issus des meilleures écoles et ils travaillaient à l'élaboration de présentations astucieuses qu'il donnait lors de forums dans tout le pays. Un autre signe de son arrogance était que les cadres avaient la priorité lorsqu'ils appuyaient sur le bouton de l'ascenseur. L'ascenseur arrivait immédiatement à leur étage, et à son bord il y avait parfois d'autres employés qui avaient voulu aller à un autre étage.

Dans sa quête d'une plus grande gloire, Darbee a licencié pas moins de 45 dirigeants pour transformer PG&E. Malheureusement, avec leur licenciement, l'entreprise a perdu beaucoup de connaissances institutionnelles car il les a surtout remplacés par des personnes issues des milieux de la finance ou des télécommunications.

Le livre n'entre pas dans les détails de son époque à la tête de l'entreprise. Grâce à des personnes qui travaillaient au service public, j'ai appris que les nouveaux cadres ne pouvaient pas faire la différence entre un kWh et un kW, et encore moins comprendre les volts, les VAR et la puissance réactive. Les frais de demande, les tarifs en fonction de l'heure de consommation, la tarification dynamique et la tarification en temps réel étaient des concepts tout aussi étrangers.

Selon un cadre supérieur de la compagnie d'électricité, Darbee a inspiré le patron aux cheveux pointus du dessin animé Dilbert, dont le créateur, Scott Adams, avait travaillé avec Darbee chez PacBell.

Le livre n'aborde pas les raisons pour lesquelles le système de choix par agrégation communautaire appelé *Community Choice Aggregation* (CCA) a commencé à prendre son essor en Californie, en commençant par le comté de Marin. Ce mouvement a été motivé en grande partie par un sentiment anti-service public, ainsi que par la crainte que les tarifs soient trop élevés et que l'électricité livrée ne soit ni verte ni d'origine locale.

Il est de notoriété publique que PG&E estimait qu'elle risquait de perdre tous ses clients au profit de ces nouveaux entrants. Elle s'est battue bec et ongles pour écarter la menace du CCA, a dépensé des millions pour sa campagne anti-CCA, et a échoué. Une loi d'État a été adoptée pour mettre fin au harcèlement de PG&E. Aujourd'hui, plus de 60 % des clients de son territoire de service sont maintenant desservis par des CCA.

Il y a environ dix ans, les sécheresses sont devenues une caractéristique acceptée de l'hydrologie de la Californie. Le livre nous apprend que PG&E a engagé une société d'ingénierie, Quanta, pour examiner le risque d'incendie de forêt associé à son système de transport d'énergie. Quanta a constaté que le risque était élevé puisque 60 % du système de transport d'énergie a été construit entre 1920 et 1950 et que près de 30 % du reste a été construit au cours des deux premières décennies du XXe siècle. Au milieu de tout cela, PG&E a été pénalisée par la *California Public Utilities Commission* (CPUC) pour avoir détourné vers les actionnaires près de 500 millions de dollars destinés à la gestion de la végétation.

Le livre évoque la rotation rapide des PDG de l'entreprise. Après la catastrophe des feux de forêt de 2017, la PDG Geisha Williams, qui avait été amenée de Floride quelques années auparavant, a été escortée vers la sortie tard un dimanche. Bill Johnson a été amené de la Tennessee Valley Authority, où il était l'employé fédéral le mieux payé. Auparavant, il avait été PDG de Florida Power, qui avait fusionné avec Duke Power, pour créer Duke Energy. Il a été nommé PDG de Duke Energy mais a été licencié dans l'heure qui a suivi pour des raisons qui n'ont pas été divulguées. Il est parti avec une indemnité de départ de plusieurs millions de dollars.

Johnson a mis en place le programme de coupure de courant pour la sécurité publique appelé *Public Safety Power Shutoff* (PSPS) chez PG&E, ce qui signifie que des milliers de clients ont dû endurer des jours sans électricité. Cela allait s'avérer être sa perte. Lors d'une réunion publique, une femme s'est plainte de l'inconfort qu'elle et ses jeunes enfants avaient dû endurer pendant un événement PSPS de plusieurs jours. Sa réponse, « au moins votre maison n'a pas brûlé », était dénuée d'empathie et totalement dénuée de tact.

Il a été remplacé par Patti Poppe, la cinquième PDG de PG&E en une décennie. Elle occupait le poste de PDG de Consumers Energy, la deuxième plus grande compagnie d'électricité

du Michigan, dont la taille représente un tiers de celle de PG&E. Comme tous les nouveaux arrivants chez PG&E, elle a commencé à remanier l'équipe de direction, en faisant venir des cadres de Floride et de Californie du Sud. Sur les médias sociaux, elle a commencé à poster des selfies d'elle-même avec le personnel de base de l'entreprise dans différents endroits. Sa rémunération de 51 millions de dollars pour la première année a fait la une des journaux.

Elle apparaît désormais régulièrement dans les publicités de l'entreprise à la télévision. Dans le livre, elle est citée comme ayant déclaré que l'entreprise ne peut rien faire pour empêcher les arbres de tomber sur ses lignes électriques. Elle va donc enfouir 10 000 miles de lignes de distribution pour un coût de 20 milliards de dollars. Certains experts sont d'avis que les coûts pourraient être encore plus élevés, peut-être de 15 à 20 milliards de dollars supplémentaires.

En théorie, l'enfouissement réduirait le risque que les lignes déclenchent un incendie en touchant les arbres ou la végétation et réduirait également la nécessité de dépenser de l'argent pour la gestion de la végétation à perpétuité.

Elle permettrait à l'entreprise de garder une plus grande partie de ses lignes sous tension lorsque les vents de Diablo soufflent, évitant ainsi de devoir déclarer des événements PSPS. Mais le livre indique clairement que la mise sous terre ne serait pas une tâche facile. Il n'est pas certain que même la moitié des lignes puissent être enterrées. L'enfouissement nécessitera de nombreux permis, des autorisations des propriétaires fonciers (y compris le gouvernement fédéral), une ingénierie complexe et une grande quantité de travail. Pendant ce temps, PG&E est pressé de mettre à niveau son système pour électrifier les autres 95 % de ses clients.

De plus, le fait de ne mettre sous terre que les lignes de distribution n'éliminera pas le risque de déclencher des incendies de forêt. Les lignes de transport sont très difficiles à enterrer et ne sont pas incluses dans le plan de mise sous terre de l'entreprise. Ainsi, les fils de PG&E peuvent toujours déclencher des incendies de forêt.

Vient ensuite la question du coût. L'entreprise demande déjà aux organismes de réglementation de l'État 7,6 milliards de dollars de nouveaux investissements jusqu'en 2026, ce qui devrait augmenter les factures des clients de 5 % chaque année. À cela s'ajouteront de 20 à 35 milliards de dollars pour l'enfouissement du réseau de distribution. Tous ces investissements sont susceptibles d'augmenter les tarifs payés par les clients de 50 % d'ici 2026. Mais la PDG Poppe a ceci à dire : « Nous savons que nous avons longtemps soutenu que l'enfouissement était trop coûteux. C'est ici que nous disons qu'il est trop cher de ne pas enfouir » [traduction].

Reste à savoir si les organismes de réglementation approuveront ce montant colossal. Ce que cela fera aux factures des clients est tout à fait certain : elles vont monter en flèche. PG&E a déjà des tarifs d'électricité parmi les plus élevés du pays. Quel sera l'effet de cette hausse des tarifs sur les objectifs de l'État visant à remplacer les appareils de chauffage au gaz par des pompes à chaleur électriques? De combien les charges énergétiques des consommateurs vont-elles augmenter? La hausse des factures accélérera-t-elle le passage aux panneaux solaires sur les toits, voire le départ des clients derrière leurs propres micro-réseaux? Le livre n'aborde pas ces questions.

Dans de nombreuses parties du territoire desservi par la compagnie d'électricité, les lignes de distribution sont déjà enfouies dans le sol. Pourtant, elles ont subi des coupures de courant, même dans des conditions météorologiques normales.

Dans les zones où les lignes électriques sont aériennes, on voit souvent les fils passer à travers les arbres ou très près des arbres. Les poteaux sont souvent en bois et, bien souvent, ils sont penchés dans la chaussée à un angle dangereux. Des sommes insuffisantes ont été consacrées à la gestion de la végétation. Ce point n'est pas abordé dans le livre.

Le livre ne cherche pas non plus à savoir pourquoi l'entreprise a une culture de l'arrogance qui remonte aux années 1980, bien avant les faillites, l'explosion de San Bruno et l'incendie de Paradise. Les désastres de PG&E sont devenus un irritant pour les services publics du monde entier. Un expert en énergie a documenté 20 erreurs de gestion de PG&E qui ont coûté des milliards de dollars aux clients (mais qui ont souvent rapporté de l'argent aux actionnaires)[2].

Au début de l'histoire de PG&E, David Roe, avocat du Fonds de défense de l'environnement,

[2] Richard McCann, « PG&E apologizes, yet again » (2019), en ligne (blog) : *Economics Outside the Cube* <www.mcubedecon.com/2019/10/14/pge-apologizes-yet-again/>.

a écrit « Dynamos and Virgins », une critique du modèle commercial de l'entreprise : construire, construire et construire. C'est ainsi que toutes les compagnies d'électricité ont gagné de l'argent. Ce parti pris existe même lorsque des options moins coûteuses, telles que l'efficacité énergétique, la réponse à la demande et l'énergie solaire à petite échelle, peuvent réduire considérablement la nécessité de construire des centrales électriques, des lignes de transport et des lignes de distribution, ainsi que les installations associées.

Les problèmes remontent plus loin dans le temps, avec la construction de la centrale nucléaire de Diablo Canyon. L'estimation initiale du coût était d'un milliard de dollars. Mais en raison d'erreurs majeures dans la construction, elle a fini par coûter plus de cinq fois plus cher.

Une grande partie de cette « couleur » est absente du livre de Katherine Blunt, qui se fonde principalement sur des entretiens avec les victimes des catastrophes de l'entreprise, des incendies de forêt et des explosions de pipelines, sur des entretiens avec les procureurs, les juges et les jurys, et sur un examen diligent des documents publics. La dimension client est absente. Cela empêche le livre de plonger profondément dans la culture de l'entreprise, qui était visible bien avant les incendies de forêt.

Même avec ces limites, le livre est à lire absolument. Il documente dans les moindres détails les nombreuses gaffes qui ont terni, peut-être de manière irrévocable, l'image de l'une des plus grandes compagnies d'électricité et de gaz d'Amérique, dont la zone de service comprend la célèbre Silicon Valley.

D'autres dirigeants de services publics devraient le lire également, afin de savoir ce qu'il ne faut pas faire. Et, plus important encore, chaque responsable de la réglementation devrait le lire. À bien des égards, la mise en accusation de PG&E exposée dans le livre est une mise en accusation tout aussi forte de la CPUC. Indirectement, le livre met également en cause les gouverneurs qui les ont nommés et les législateurs qui ont adopté les lois permettant la mauvaise conduite de PG&E, non pas une ou deux fois mais de nombreuses fois. ■

GUIDE TO ENERGY ARBITRATIONS

*Ralph Cuervo-Lorens**

Le *Guide to Energy Arbitrations*[1] (guide des arbitrages dans le secteur énergétique) du Global Arbitration Review (GAR) maintient son rythme soutenu de publication avec ce qui est maintenant sa cinquième édition (2022) publiée au beau milieu des défis continus auxquels sont confrontés les marchés de l'énergie par suite de la pandémie de la COVID-19, de la perturbation de l'approvisionnement énergétique causée par l'invasion de l'Ukraine par la Russie et de l'impact des sanctions russes imposées en conséquence et des réponses à celles-ci. Le domaine de la résolution des litiges dans le secteur de l'énergie en ces temps troublés bénéficiera tout particulièrement des racines profondes ainsi que de l'ampleur et de la portée de cette compilation de premier plan rédigée par J. William Rowley en tant que rédacteur général avec Doak Bishop et Gordon E. Kaiser, tous habilement assistés par un ensemble de conseillers et d'arbitres de premier plan en tant qu'auteurs collaborateurs.

Il s'agit d'un livre sur l'arbitrage international tel qu'il est pratiqué dans son secteur principal, l'énergie, « le modèle idéal de la mondialisation arbitrale[2] » [traduction]. Il y a donc beaucoup à apprendre pour tout praticien de l'arbitrage international grâce à la perspicacité et à l'expérience des auteurs et à la rigueur de ce livre.

L'ouvrage combine un aperçu et des conseils pratiques utiles, une analyse pointue des cas et des développements clés et de précieuses prédictions pour l'avenir, tous fournis par des personnes se trouvant dans les tranchées. Il vise à être non pas un manuel, mais l'ouvrage de référence de bureau essentiel pour les praticiens et les acteurs sur le terrain ainsi que pour les partis et les décideurs politiques.

Comme dans les éditions précédentes, les chapitres fondamentaux de l'ouvrage ont été mis à jour, tant sur le plan thématique que sur celui des développements et des principaux cas. Cette cinquième édition veille à ce que rien ne manque au praticien de l'arbitrage en matière d'énergie, du panorama du domaine dans la préface aux décisions faisant autorité des cours et tribunaux internationaux et nationaux, en passant par les nouveaux instruments internationaux et les développements clés depuis la dernière édition en 2020. Reflétant les évolutions en cours sur la scène internationale, l'ouvrage ajoute un chapitre sur les arbitrages relatifs au gaz naturel liquéfié (GNL).

Le chapitre 1 sert d'introduction au sujet et au secteur pour tout lecteur qui souhaite avoir une vue d'ensemble de l'industrie énergétique internationale et des différends en matière d'investissement liés à l'énergie. Le chapitre commence par la nature de l'industrie énergétique, le rôle joué par les organisations supranationales telles que l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP), ainsi que l'évolution des rôles et de l'influence des « États hôtes » et des sociétés pétrolières nationales. La deuxième partie est consacrée aux différends en matière d'investissement liés à l'énergie et aborde des sujets tels que les divers instruments internationaux applicables et le rôle des traités bilatéraux d'investissement.

---

* Ralph Cuervo-Lorens est associé et avocat spécialisé en réglementation chez McMillan LLP. Il est co-président du groupe environnemental national du cabinet et membre du groupe des ressources naturelles et de l'énergie du cabinet ainsi que du groupe des litiges complexes et des régimes réglementaires.

[1] J William Rowley, Doak Bishop et Gordon E Kaiser, *The Guide to Energy Arbitration*, 5e éd. (Londres, UK : Law Business Research Ltd, 2022), en ligne : Global Arbitration Review <globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/fifth-edition>.

[2] *Ibid*.

La partie I, « Investor-State Disputes in the Energy Sector » (litiges investisseur-État dans le secteur de l'énergie), consiste en un chapitre sur ces litiges liés à la fiscalité, couvrant les litiges relatifs aux investissements dans le secteur de l'énergie et « l'exercice par l'État de son droit souverain concernant son régime fiscal » [traduction]. L'article rédigé par trois collaborateurs de Dentons se concentre sur la question de savoir quand les différends liés à la fiscalité peuvent être portés devant l'Institut des auditeurs internes (IIA); il examine dans quelles circonstances une mesure fiscale peut constituer une violation des normes de protection de l'IIA, puis entreprend un examen approfondi des décisions arbitrales d'Amérique latine, d'Inde, de Mongolie et d'Afrique.

La partie II, « Commercial Disputes in the Energy Sector » (litiges commerciaux dans le secteur de l'énergie) comprend cinq chapitres avec l'ajout opportun d'un chapitre par les avocats de K&L Gates Ben Holland et Steven Sparling sur les arbitrages relatifs au GNL. Les litiges couverts comprennent les litiges concernant les installations énergétiques, la construction de navires hauturiers, les services publics réglementés, les litiges dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM), ainsi que les litiges liés au GNL susmentionnés.

Le chapitre 3, « Construction Arbitrations Involving Energy Facilities » (arbitrages liés aux projets de construction touchant les installations énergétiques) et le chapitre 4, « Offshore Vessel Construction Disputes » (différends liés à la construction de navires hauturiers) ont été révisés et mis à jour. Le premier se consacre aux arbitrages commerciaux entre les participants aux projets de construction d'installations énergétiques, soulignant le fait que l'arbitrage commercial est devenu le principal moyen de résolution de ce type de litige. Doug Jones expose avec talent les considérations commerciales uniques qui s'appliquent aux installations énergétiques, y compris celles qui ont des implications politiques et économiques telles que les conditions d'échange, les subventions et les taxes. En ce qui concerne les litiges relatifs à la construction de navires hauturiers, les auteurs de Haynes and Boone commencent par expliquer pourquoi l'arbitrage est la méthode préférée de résolution des litiges de construction liés au secteur maritime, principalement sous l'égide de la London Maritime Arbitrators Association (LMAA), passant en revue les types de litiges qui surviennent le plus souvent dans le cadre de la construction de navires hauturiers ainsi que la manière dont ils sont résolus. Le chapitre se termine en proposant des stratégies précieuses pour une résolution réussie de ce type de litige par l'arbitrage.

Le chapitre 5, « Disputes Involving Regulated Utilities » (litiges mettant en cause des services publics réglementés) est proposé par Gordon E. Kaiser avec un léger changement de titre dans cette édition, de l'arbitrage des activités réglementées à l'arbitrage impliquant des organismes de réglementation. Le chapitre reflète la centralité des services publics, des générateurs, des transporteurs et des distributeurs, tous soumis à une surveillance réglementaire et concluant des contrats entre eux ainsi qu'avec des tiers dans le cadre de l'exercice de leurs activités (réglementées). Nombre de ces contrats contiendront des clauses d'arbitrage. M. Kaiser se concentre donc ici sur les problèmes particuliers qui se posent dans les litiges impliquant des services publics réglementés, tels que la juridiction et les procédures parallèles, opposant souvent les organismes de réglementation aux arbitres, et soulignant les approches contrastées des tribunaux et des organismes de réglementation américains et canadiens dans ce domaine. Fondamentalement, les litiges impliquant un service public réglementé doivent-ils être soumis à l'arbitrage? Et si oui, y a-t-il des limites ou des contraintes?

Le chapitre de la dernière édition intitulé « NAFTA Energy Arbitrations » (arbitrages de l'ALENA sur l'énergie), également rédigé par M. Kaiser, a été élargi à juste titre ici pour inclure les arbitrages en vertu de l'ACEUM, qui remplace l'ALENA depuis juillet 2020. L'auteur fait le point sur les arbitrages énergétiques de l'ALENA à ce jour, y compris un certain nombre d'arbitrages hérités des dispositions transitoires, puis examine l'incidence sur le secteur de l'énergie de l'élimination, dans le nouvel accord, du chapitre 11 de l'ALENA qui donnait aux investisseurs privés le droit d'intenter des actions dans le pays hôte. Le mécanisme du chapitre 11, en donnant aux investisseurs étrangers et aux groupes d'arbitrage qui entendent leurs réclamations un moyen de passer outre la loi nationale, avait laissé le Canada et les États-Unis insatisfaits,

comme le note M. Kaiser. Des cas tels que *Mobil Oil*[3], *Mercer International*[4] et *Mesa Power*[5] illustrent de manière frappante le problème tel qu'il s'est présenté dans le secteur de l'énergie. En revanche, le processus de règlement des différends d'État à État contenu dans le chapitre 20 de l'ALENA a été maintenu et même légèrement amélioré. Le chapitre se termine par un examen des recours disponibles pour les investisseurs lésés en l'absence d'un mécanisme semblable à celui du chapitre 11, comme l'expropriation de facto ou déguisée et d'autres fondements de la common law pour un redressement fondé sur des concepts tels que la bonne foi dans l'exécution du contrat et la faute dans l'exercice d'une fonction publique.

Le chapitre 7 est nouveau en termes d'accentuation. Il développe un sujet introduit précédemment reflétant l'importance du GNL dans le monde d'aujourd'hui. Ici, les auteurs s'appuient sur un chapitre antérieur de Steven P. Finizio et de ses collègues de WilmerHale (dans la troisième édition) fournissant un aperçu détaillé des arbitrages dans ce sous-secteur particulier du marché de l'énergie, qui a acquis une importance géopolitique significative à la suite de l'invasion de l'Ukraine, la Russie étant le plus grand exportateur mondial de gaz naturel par gazoduc. Le conflit a entraîné une croissance importante du marché du GNL en peu de temps et a créé un besoin pressant de construire d'autres installations ou d'agrandir les installations existantes pour recevoir ou regazéifier le GNL. Le chapitre se penche principalement sur les types de litiges liés au GNL qui peuvent conduire à l'arbitrage, tels que le défaut de livraison, les cargaisons manquées, les effets de l'offre excédentaire, le rééchelonnement et le détournement, les problèmes de capacité/d'utilisation des terminaux, les litiges sur les prix et diverses circonstances de force majeure.

La troisième partie est intitulée « Contractual Terms » (dispositions contractuelles) et comprend, comme les éditions précédentes, des chapitres sur l'évolution des arbitrages de révision des prix du gaz naturel et des arbitrages de révision des prix du gaz. Dans le premier, le chapitre 8, Stephen P. Anway, George M. von Mehren, Michelle Glassman Bock et Max Rockall exposent l'évolution des arbitrages de révision des prix depuis le milieu des années 1990, et présentent une analyse et un historique intéressants de la clause de révision des prix, ainsi qu'une vue d'ensemble de l'état actuel et de l'avenir anticipé des cas d'arbitrage de révision des prix, « les litiges commerciaux de plus grande valeur dans le monde d'aujourd'hui » [traduction]. Dans leur section « Asia-the future is now » (l'Asie – l'avenir, c'est maintenant), les auteurs font le point sur ce qu'ils avaient prédit précédemment comme étant le nouveau « champ de bataille pour les arbitrages de révision des prix du GNL » [traduction], à savoir la Chine, le Japon et la Corée du Sud, les trois plus grands importateurs de GNL au monde. Citant l'impact d'événements externes tels que la crise économique et le conflit russo-ukrainien, les auteurs soulignent le rôle démesuré des événements externes, plutôt que des changements dans les clauses contractuelles, les droits légaux ou les actions des parties, comme les principaux moteurs de changement dans ce type d'arbitrage énergétique.

Dans le chapitre 9, « Gas Price Review Arbitrations » (arbitrages relatifs à la révision des prix du gaz), Marco Lorefice, d'Edison SpA, développe le chapitre précédent de la quatrième édition en fournissant des informations précieuses basées sur son expérience personnelle des cas de révision des prix et des contrats de vente et d'achat de gaz à long terme. Après une explication utile de la nature de ces litiges (distincts des réclamations pour force majeure ou difficultés économiques) et du processus de révision des prix, Lorefice souligne que les arbitrages de révision des prix du gaz ne sont « pas seulement un litige juridique ». Au contraire, « une partie importante du litige[...] est basée sur l'économie du marché, l'algèbre et des calculs sophistiqués » [traduction]. Le chapitre comprend de nouveaux éléments sur les déclencheurs, leur relation avec le prix de vente contractuel ainsi qu'une analyse détaillée des questions relatives à la compétence et à l'admissibilité.

---

[3] *Mobil Investments Canada Inc. v Canada*, 2020 ICSID ARB/15/6; *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v Canada*, 2015 ICSID ARB(AF)/07/4 [*Mobil Oil*].

[4] *Mercer International, Inc. v Canada*, 2018 ICSID ARB(AF)/12/3 [*Mercer International*].

[5] *Mesa Power Group LLC (USA) v Government of Canada*, 2016 PCA 2012-17 [*Mesa Power*].

Le livre se termine par la partie IV, « Procedural Issues in Energy Arbitration » (questions de procédure dans les arbitrages au sein du secteur énergétique), qui fait suite aux éditions précédentes de cet ouvrage. Le chapitre 10 contient un examen complet et une mise à jour des principaux développements sur les clauses de règlement des différends à plusieurs niveaux en tant que conditions juridictionnelles préalables à l'arbitrage, un sujet de plus en plus important dans les arbitrages internationaux de tous types, par les avocats de Bennet Jones Vasilis F. L. Pappas et Artem N. Barsukov, un sujet abordé pour la première fois dans l'édition 2017 de cet ouvrage. Les auteurs proposent un examen complet du traitement de ces clauses tant par les tribunaux nationaux de divers pays que par les tribunaux arbitraux. Le chapitre se termine par un ensemble de lignes directrices pratiques utiles à la fois pour les praticiens de l'arbitrage et les avocats transactionnels.

La conclusion du chapitre 11 offre un commentaire réfléchi et sévère de M. Kaiser. Dans « The Challenges Going Forward » (défis en allant de l'avant), l'auteur nous rappelle les commentaires précédents sur les défis très réels auxquels sont confrontés les arbitrages en matière d'énergie, à savoir l'augmentation des coûts, le chevauchement des procédures, la partisanerie rampante et ce qu'il appelle le conflit de politique publique : les droits des investisseurs privés qui se heurtent à la législation nationale, entravant parfois la capacité des pays hôtes à poursuivre leurs programmes législatifs et politiques, un problème illustré de la manière la plus frappante par l'ALENA, mais qui, selon l'auteur, ne se limite pas à l'Amérique du Nord. Le défi pour l'arbitrage international en matière d'énergie aujourd'hui, explique M. Kaiser, vient du changement du paysage énergétique, qui passe des combustibles fossiles aux énergies renouvelables. Les énergies renouvelables ont radicalement changé les marchés et les politiques énergétiques à l'échelle mondiale et, selon M. Kaiser, ce changement modifie également « le visage de l'arbitrage ». L'impact des programmes d'incitation mis en place par les gouvernements nationaux pour stimuler le passage aux énergies renouvelables a entraîné une vague d'arbitrages difficiles (100 cas en deux ans!) qui, avec le conflit de politique publique susmentionné, a conduit à un véritable retour de bâton contre l'arbitrage international. Il en résulte que les États tentent de plus en plus de microgérer les règles, la pratique et la procédure de l'arbitrage international, comme en témoignent les nouvelles dispositions du nouvel ACEUM limitant la portée du traitement équitable et national et de la protection et de la sécurité intégrales et, surtout, la restriction de l'utilisation de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) pour importer des normes et de la jurisprudence d'autres traités. Selon M. Kaiser, les prochaines années s'annoncent tout aussi difficiles que les précédentes : les conséquences de l'échec de l'Accord de Paris sur les objectifs d'émissions deviennent évidentes et se répercutent sur le monde de l'arbitrage en matière d'énergie et toutes les implications (et peut-être les séquelles) de la guerre en Europe inciteront à développer de nouvelles technologies et de nouvelles sources d'énergie. Les nouveaux investissements massifs prévus dans l'énergie exigeront beaucoup du processus d'arbitrage international.

Les arbitrages dans le secteur de l'énergie et des ressources ont constitué la majorité des arbitrages internationaux au cours des dernières années. On peut s'attendre à ce que cela se poursuive dans les années à venir, voire à ce que cela augmente. Le *Guide to Energy Arbitrations* du GAR, comme il l'est depuis 2015, continue d'être le guide opportun des praticiens en ce qui concerne tant les développements juridiques et macroéconomiques que la défense des intérêts et la pratique dans ce domaine important de l'arbitrage international. ■