PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 11, NUMÉRO 2 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. Kenneth A. Barry, ancien Conseiller en chef de l'énergie, Reynolds Metals Co., Richmond, VA, ancien Avocat-conseil, Réglementation de l'énergie, Hunton Andrews Kurth, Washington, DC

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. Meredith Fowlie, BSc, MSc, PhD, Professeur, Directrice de la Faculté, Energy Institute at Haas, University of California, Berkeley, CA

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

M. Peter Gurnham, c.r., BA, LLB, ancien Président du conseil d'administration, Nova Scotia Utility and Review Board, Conseiller spécial, First Nations Financial Management Board, Halifax

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

M. Bob Heggie, BA, LLB, Chef de la direction, Alberta Utilities Commission

M. Ryan Johnson, BA, JD, Avocat, McMillan LLP, Calgary

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

Mme. Julia Loney, BA, LLB, LLM, Associée, McMillan LLP, Calgary

M. David Morton, BASc, PEng., Président du conseil d'administration et chef de la direction, British Columbia Utilities Commission

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

M. Mike Richmond, BSocSc, LLB, Associé, McMillan LLP, Toronto

M. Ted Thiessen, BA, LLB, Associé, McMillan LLP, Calgary & Vancouver

M. Ron Wallace, PhD, BA, MBA, PhD, ancien membre permanent, l'Office national de l'énergie

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

ARTICLES

La Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie atteint ses dix ans 7

Gordon E. Kaiser, David Morton, Bob Heggie, et Peter Gurnham, c.r.

Droit administratif et organismes de réglementation de l'énergie au Canada : les grands changements de la dernière décennie 14

David J. Mullan

Le nouveau programme national visant à accroître les investissements dans les énergies propres et renouvelables 44

Mike Richmond, Ted Thiessen, Julia Loney, et Ryan Johnson

Les évaluations de politiques énergétiques et les VE se rencontrent à l'intersection 51

Ron Wallace, Ph. D.

Nouvelle réforme des tarifs de l'électricité en Californie 60

Meredith Fowlie

RECENSIONS

« The Unpopular Truth » : Un contrepoids à la grande transition verte 65

Kenneth A. Barry

CARBON CHANGE: Canada on the Brink of Decarbonization, Dennis McConaghy, Dundurn Press Toronto, 2022 71

Rowland J. Harrison, c.r.

ÉDITORIAL

Rédacteurs en chef

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

Cette année marque le dixième anniversaire de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, dont le premier numéro a été publié à l'automne 2013. Dans « La Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie atteint ses dix ans », Gordon Kaiser, l'un des rédacteurs en chef fondateurs de la *Publication*, revient sur les origines de la revue et sur certains de ses articles de fond au cours de la décennie écoulée. Sa rétrospective comprend des hommages de la part de responsables principaux de la réglementation en Colombie-Britannique, en Alberta et en Nouvelle-Écosse.

L'examen annuel du professeur David Mullan sur l'évolution du droit administratif relatif à la réglementation de l'énergie est une chronique régulière (et très attendue) de la *Publication*, depuis le premier numéro en 2013. Ce numéro de la *Publication* comprend une contribution supplémentaire du professeur Mullan, dans le « Droit administratif et organismes de réglementation de l'énergie au Canada : les grands changements de la dernière décennie ».

Les politiques et la réglementation énergétiques continuent de se concentrer sur les initiatives concernant l'énergie propre et renouvelable qui sont au premier plan des efforts visant à s'adapter aux changements climatiques et à respecter les engagements de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Dans « Le nouveau programme national visant à accroître les investissements dans les énergies propres et renouvelables », les collaborateurs de McMillan LLP examinent plusieurs mesures de ce type incluses dans le budget de 2023 du gouvernement fédéral en vue d'attirer « des investissements dans les énergies propres et renouvelables dans le secteur énergétique canadien, face à la concurrence sévère des États-Unis à la lumière de l'*Inflation Reduction Act of 2022* ». Il s'agit notamment des contrats sur différence pour le carbone (CDC) et de plusieurs nouveaux crédits d'impôt à l'investissement.

Dans « Les évaluations de politiques énergétiques et les VE se rencontrent à l'intersection », Dr Ron Wallace présente un examen très critique du projet du gouvernement fédéral de *Règlement modifiant le Règlement sur les émissions de gaz à effet de serre des automobiles à passagers et des camions légers*. M. Wallace conclut que les politiques énergétiques canadiennes sont conçues et introduites en l'absence d'évaluations valables de leurs coûts et de leurs avantages :

> Les politiques relatives à la production et au transport d'énergie au Canada, qui se concentrent uniquement sur les émissions, sont adoptées sans que l'on accorde la moindre attention aux effets directs et imprévisibles sur l'économie. Le projet de règlement sur les VE ne prend pas suffisamment en compte de nombreux facteurs, dont le moindre n'est pas l'hypothèse d'une large acceptation par le public d'un parc de véhicules considérablement modifié.

Dans le même temps, l'augmentation des coûts de l'électricité, déjà élevés dans certaines régions, ralentit les progrès en matière d'électrification et représente un défi pour les fournisseurs d'énergie et les organismes de réglementation, ce qui est exacerbé par l'augmentation des coûts d'atténuation, d'indemnisation et d'entretien et de remplacement des infrastructures face à des événements tels que les incendies de forêt. Dans la « Nouvelle réforme des tarifs de l'électricité en Californie », Meredith Fowlie examine une loi californienne récente qui exige une réduction des prix de l'électricité résidentielle : les recettes non couvertes par une redevance par kWh seront perçues sous la forme d'une redevance mensuelle fixe qui augmentera avec le revenu des ménages. Toutefois, comme pour la plupart des « réformes », « il y aura des gagnants et des perdants ».

Ce numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* conclut avec des critiques de deux ouvrages qui chacun à leur manière, s'opposent aux récits dominants promouvant des « solutions » trop simplistes aux défis posés par les changements climatiques. Kenneth Barry examine *The Unpopular Truth : About Electricity and the Future of Energy*, de Lars Schenikau et du professeur William H Smith, qui, selon M. Barry, se veut « une mise en valeur sans détour et fervente des préoccupations des auteurs concernant la dépendance excessive aux technologies d'énergies renouvelables — une tendance qui, craignent-ils, a été exagérée dans les milieux politiques, médiatiques et de défense de l'environnement » [traduction]. Rowland Harrison examine *CARBON CHANGE : Canada on the Brink of Decarbonization* de Dennis McConaghy, dans lequel McConaghy soutient que la décarbonisation « est tout simplement trop coûteuse pour le risque auquel le monde est réellement confronté » [traduction]. ■

LA PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE ATTEINT SES DIX ANS

Gordon E. Kaiser, David Morton, Bob Heggie, et Peter Gurnham, c.r.

LE CONTEXTE HISTORIQUE

Le premier jour. Gordon Kaiser[1]

Il y a un peu plus de dix ans, par un bel après-midi d'automne à Ottawa, un millier d'exemplaires d'une nouvelle revue intitulée *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* sont sortis des presses. Le lendemain, ils étaient envoyés au groupe de juristes et d'autorités de réglementation de l'énergie à travers le Canada. Il s'agissait d'un projet ambitieux. Cette nouvelle revue était distribuée gratuitement en français et en anglais. Le premier éditorial de la nouvelle revue définissait le cadre de cette nouvelle publication.

> Ceci est la première parution de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*. Les lecteurs peuvent se demander pourquoi nous avons besoin d'une autre revue sur l'énergie. La réponse est simplement que ce pays n'en a aucune, à tout le moins, une consacrée à la règlementation de l'énergie.
>
> Un grand nombre de choses sont règlementées au Canada, l'environnement, la radiodiffusion sonore ou visuelle, les titres, le zonage, les taxis, les avocats, la téléphonie et le secteur ferroviaire. Au fil des années, la règlementation de l'énergie s'est hissée en tête de liste.
>
> Il existe des organismes de règlementation dans chaque province ainsi qu'à l'échelon fédéral. Cela s'explique par le fait que les entreprises de production, de transport et de distribution d'énergie gagnent en importance, non seulement au Canada, mais dans le monde entier. Aussi, c'est un secteur qui doit, de plus en plus, faire face à l'innovation technologique et il se trouve que c'est un sujet prioritaire dans la plupart des décisions examinées dans cette première parution.
>
> La *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* adopte une approche différente. Chaque parution mettra en valeur un article d'une certaine longueur rédigé par un éminent commentateur. Pour la première parution, c'est David Mullan, professeur de droit émérite de l'Université Queen's. David, qui n'a nul besoin d'être présenté au

[1] Gordon Kaiser est arbitre et médiateur au sein du cabinet Regulation Law Chambers à Toronto, où il se spécialise dans les litiges liés au droit de l'énergie et de la concurrence. Il a été vice-président de la Commission de l'énergie de l'Ontario, administrateur de la surveillance du marché pour la province de l'Ontario et conseiller spécial du procureur général du Canada pour les litiges en matière de droit de la concurrence. Il est également co-rédacteur en chef de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*.

monde du droit en Amérique du Nord, passe en revue les conférences qu'il a animées, chaque été pendant 10 ans, pour les organismes de règlementation dans le cadre d'un cours sur la règlementation énergétique de CAMPUT organisé par son université.

Outre le fait de proposer un article qui donne matière à réflexion, chaque parution promet de commenter une série de cas. Notre but ici est de lancer une discussion sérieuse concernant des décisions importantes rendues par les organismes de réglementation, ce qui est rare de nos jours.

Dans cette parution, Michal Moore de l'Université de Calgary, Glenn Zacher de Stikeman Elliott à Toronto et Jeff Christian de Lawson Lundell à Vancouver nous offrent d'importants commentaires de cas. De plus, un commentaire sur la récente décision de l'Office national de l'énergie concernant le réseau principal de TransCanada est formulé par Gordon Kaiser et un autre, par Rowland Harrison sur la décision du projet Maritime Link de la Nova Scotia Utility and Review Board.

La décision de TransCanada, comme la plupart des commentaires de cas, met l'accent sur les défis rencontrés par les organismes de règlementation relativement à la nouvelle technologie. Dans ce cas-ci, la technologie en question portait sur la fracturation hydraulique et le forage horizontal, lesquels ont perturbé l'offre du marché du gaz avec une relance économique des immenses réserves de gaz provenant des dépôts de schiste dans toute l'Amérique du Nord en moins d'une décennie.

Cette nouvelle production a changé l'image de l'abordabilité du gaz naturel, et par le fait même, le paysage de l'industrie et de la règlementation. TransCanada, à titre d'exploitant du réseau principal, ainsi que plusieurs de ses clients parmi les principales entreprises de distribution, sont confrontés à des défis importants en ce qui a trait à leur adaptation à l'environnement du nouveau marché. De nouvelles solutions en termes de règlementation sont requises.

Les autres commentaires de cas mentionnés ci-dessus mettent l'accent sur certains autres domaines où l'innovation sur le plan de la technologie pose un problème, que ce soit sur la technologie d'énergie verte, les voitures électriques ou les autres occasions visant à introduire le gaz naturel dans le marché du transport. Tous ces domaines représentent des défis pour les organismes de règlementation.

L'innovation technologique n'est pas la seule avancée à laquelle les organismes de règlementation sont confrontés. Parfois, un défi connexe est le changement de la zone géographique de l'énergie en Amérique du Nord et le besoin d'un nouveau mode de transport pour l'énergie à l'état liquide, gazeux ou électrique.

Que ce soit un oléoduc pour les côtes de l'ouest, de l'est ou du sud (États-Unis) pour approvisionner de nouveaux marchés, le gaz naturel liquéfié (GNL) et les canalisations dans les régions de l'ouest, de l'est et du centre pour s'assurer d'une livraison économique de l'approvisionnement ou du transport de l'électricité entre les marchés n'ayant jamais établi de rapports entre eux, l'acheminement de l'énergie est, sans doute, encore plus une question d'intérêt public qu'à tout autre moment de notre histoire.

Cette parution de la *Publication trimestrielle* examine certaines de ces questions sous la perspective de la récente décision sur le projet *Maritime Link* de la Nouvelle-Écosse. L'intention du projet est d'établir une nouvelle liaison de Terre-Neuve-et-Labrador au marché de l'électricité en Amérique du Nord et de permettre à la Nouvelle-Écosse l'accès à l'électricité à partir du Labrador. Par une série de transactions, l'électricité de Muskrat Falls sur la rivière Churchill sera transférée sur la partie continentale de Terre-Neuve-et-Labrador par

la liaison Labrador Island, ensuite par le *Maritime Link* jusqu'en Nouvelle-Écosse puis en Nouvelle-Angleterre. Le commentaire de Rowland Harrison offre un aperçu intéressant de la décision.

Les commentaires de cas des auteurs sont importants, mais ceux des lecteurs le sont tout autant. Chaque parution de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* consacre une section à ces commentaires. Nous vous invitons à participer aux discussions.

Nous souhaitons que la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* ne devienne pas une publication canadienne laissée pour compte. Pour aborder le côté non canadien, nous avons sollicité l'aide de Robert Fleishman, un commentateur de Washington bien connu, afin qu'il rédige un rapport américain pour chaque parution. De plus, dans la seconde parution, nous présenterons le premier commentaire européen qui sera, nous l'espérons, continuel.

Nous réalisons que le Canada n'est pas une île en termes de règlementation de l'énergie. L'énergie représente un produit international. La plupart des sociétés d'énergie exercent leurs activités à l'échelle mondiale. De plus, les procédures de règlementation canadienne adoptent souvent les mêmes règles que celles développées à l'étranger.

D'une certaine façon, la *Publication trimestrielle* constitue le troisième pilier d'une série d'initiatives élaborées. Il y a dix ans, les organismes de règlementation canadiens dans le secteur de l'énergie, conjointement avec des fournisseurs de services et de l'Energy Bar Association, ont lancé deux importantes initiatives de formation. La première était le cours d'été annuel de CAMPUT durant la saison estivale, susmentionné. Chaque année, au cours de la dernière décennie, les organismes de règlementation à travers tout le Canada se sont présentés aux séances, d'une durée d'une semaine, lesquelles ont suscité des discussions et des instructions animées. Un nombre de ceux qui donnaient des conférences ont été présents année après année, exprimant ainsi un beau geste de service public.

Au même moment, le Forum du droit de l'énergie a été créé. Il a lieu chaque mois de mai à différents endroits partout au Canada. À ce jour, le Forum s'est tenu à Kelowna en Colombie-Britannique, au lac Louise en Alberta, à St. Andrews by-the-Sea au Nouveau- Brunswick, à Val-David au Québec, à Salt Spring Island en Colombie-Britannique, à La Malbaie au Québec et à Toronto en Ontario.

Dans le cadre de ces deux initiatives, les orateurs ont souvent proposé des articles exceptionnels. Il y avait toujours une inquiétude par rapport au fait qu'aucun article n'était publié. Avec l'article du professeur Mullan, nous démontrons la manière dont la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* peut offrir un forum pour combler cette lacune.

Mais le véritable objectif de la *Publication trimestrielle* est de susciter des débats publics, à un temps opportun, sur des décisions de règlementation importantes. De plus, à cette fin, nous avons réuni un panel de collaborateurs, d'éminents spécialistes, des intellectuels/théoriciens et d'autres experts qui rédigeront des commentaires de cas. Nous leurs sommes reconnaissants de leur engagement. Certains ont contribué à cette première parution alors que d'autres noms figuraient sur le bloc générique, et nous attendons avec intérêt leurs commentaires dans les parutions subséquentes.

La toute première édition de la publication a mis en lumière un groupe intéressant de personnages. Le premier article, rédigé par David Mullan de l'Université Queen's, s'intitulait *Droit administratif et réglementation en matière d'énergie – éviter les pièges – les dix*

règles – perspective sur dix ans[2]. Comme David l'a souligné dans son article, celui-ci reflétait son expérience dans le cadre du nouveau cours destiné aux responsables de la règlementation de l'énergie à l'Université Queen's, où il a été l'orateur principal pendant toute la décennie. Il s'avère que David a suivi cette tradition et l'a poursuivie jusqu'à aujourd'hui. En fait, ce numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* contient un autre article portant le même titre. Comme par le passé, il s'agit du premier article de ce numéro de la *Publication trimestrielle*.

David n'était pas le seul collaborateur régulier en matière de règlementation. Robert Fleishman, associé principal du cabinet d'avocats Kirkland & Ellis à Washington DC, a rédigé un essai intitulé *La position de Washington*[3]. Ce fut le dernier article de ce numéro de la *Publication trimestrielle* et il continue à figurer dans le premier numéro de chaque année. D'autres collaborateurs réguliers ont apporté leur pierre à l'édifice. L'un d'entre eux était un autre Américain, Scott Hempling. L'un de ses articles, intitulé *Des tramways aux panneaux solaires : La politique des coûts échoués aux États-Unis*[4], s'est avéré être l'article le plus lu de l'histoire de la *Publication trimestrielle sur règlementation de l'énergie*. Les cinq autres articles qu'il a rédigés au cours de la décennie ont été tout aussi populaires.

Un autre article souvent cité est celui du seul juge de cour d'appel qui ait écrit pour la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*. Il s'agit de l'article intitulé *La joie de rédiger des décisions*[5] du juge David Brown de la Cour d'appel de l'Ontario. Le président d'un organisme de règlementation de l'énergie a également apporté sa contribution. Le regretté Willie Grieve nous a envoyé un joyau intitulé *Cent ans de réglementation des services publics en Alberta*.

LES CHARGÉS DE LA RÉGLEMENTATION

À l'occasion du 10e anniversaire de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, nous avons pensé qu'il valait mieux prendre contact avec les personnes que la *Publication trimestrielle* a été conçue pour informer. Comme indiqué dans le premier éditorial ci-dessus, l'objectif était dès le départ de voir si nous pouvions améliorer l'état de la réglementation de l'énergie au Canada grâce à une meilleure analyse des décisions des tribunaux et des autorités de réglementation au Canada. Nous avons demandé aux dirigeants des trois organismes de réglementation de l'énergie au Canada qui ont le plus contribué à la *Publication trimestrielle* au fil des ans. En commençant de l'océan Pacifique jusqu'à l'océan Atlantique, il s'agit de David Morton, président du conseil d'administration de la British Columbia Utility Commission (BCUC), de Bob Heggie, chef de la direction de l'Alberta Utilities Commission, et de Peter Graham, président du conseil d'administration du Nova Scotia Utilities and Review Board. Leurs commentaires suivent.

Colombie-Britannique : David Morton[6]

Au nom de la BCUC – et en fait de l'ensemble de la communauté de la réglementation – félicitations à la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* à l'occasion de son 10e anniversaire.

J'étais un commissaire relativement nouveau lorsque j'ai lu le premier numéro en 2013. Le premier éditorial s'ouvrait sur la déclaration suivante : « Les lecteurs peuvent se demander pourquoi nous avons besoin d'une autre revue sur l'énergie. La réponse est simplement que ce pays n'en a aucune, à tout le moins, une

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

[3] Robert S. Fleishman, « La position de Washington », (avril 2021) 9:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/the-washington-report-8>.

[4] Scott Hempling, « Des tramways aux panneaux solaires : La politique des coûts échoués aux États-Unis », (7 septembre 2015) 3:3 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/from-streetcars-to-solar-panels-stranded-cost-policy-in-the-united-states>.

[5] Justice David M. Brown, « La joie de rédiger des décisions », (novembre 2014) 2 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/the-joy-of-decision-writing>.

[6] Dave Morton est président du conseil d'administration et chef de la direction de la BCUC. Il occupe ce poste depuis 2017.

consacrée à la réglementation de l'énergie ». Ma curiosité a été piquée.

Je me souviens avoir tourné les pages avec un intérêt croissant à mesure que je me rendais compte de la qualité de l'écriture, de la profondeur de l'analyse et de l'étendue du sujet. Bien sûr, le fait qu'une décision récente de la BCUC sur le gaz naturel pour les transports ait été présentée a également contribué à la réussite de l'ouvrage. Cette nouvelle publication était donc à la fois opportune et pertinente pour moi.

Au cours des dix dernières années,, la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* n'a pas déçu. Remplie d'analyses réfléchies, elle informe et soutient la communauté de la réglementation, en nous rassemblant malgré les défis géographiques et les différences entre les territoires de compétence.

Le secteur de l'énergie et des services publics connaît actuellement des changements sans précédent au Canada et dans le monde entier. Il n'a jamais été aussi important d'avoir accès aux meilleurs travaux de nos pairs. Lorsque je consulte les *Publications trimestrielles sur la règlementation de l'énergie*, je vois des titres tels que :

- Une réglementation agile pour l'innovation en matière d'énergie propre : Examen de l'expérience initiale de deux institutions canadiennes[7];
- Les effets cumulatifs peuvent porter atteinte aux droits issus de traité[8];
- Réconciliation : L'intérêt public et un accord équitable[9];
- La Colombie-Britannique réduit les obstacles réglementaires à l'investissement dans l'hydrogène[10].

Je suis très heureux de constater que la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* évolue avec le temps, de manière habile et efficace. Le contenu reste aussi frais qu'il l'était le premier jour. Ce premier éditorial affirmait : « [L]e véritable objectif de la *Publication trimestrielle* est de susciter des débats publics, à un temps opportun, sur des décisions de réglementation importantes. » Mission accomplie. Poursuivez votre travail à la *Publication trimestrielle sur règlementation de l'énergie*!

Alberta : Bob Heggie[11]

J'ai l'honneur d'écrire cet avant-propos en reconnaissance de l'importante réalisation que constitue le dixième anniversaire de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*. La revue reste une publication singulière et unique au Canada avec sa perspective unique de favoriser la discussion sur la réglementation de l'énergie et les décisions des organismes de réglementation de l'énergie, à la fois au Canada et aux États-Unis.

La *Publication trimestrielle* a été lancée en 2013, grâce aux esprits visionnaires de Gordon Kaiser, Mike Cleland et Rowland Harrison. Comme pour toute nouvelle entreprise, un capital de départ a été nécessaire et fourni par l'Association canadienne du gaz. Depuis ses humbles débuts en tant que « projet pilote » de cinq numéros, la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* a atteint son ambition de fournir une discussion publique opportune sur des décisions réglementaires importantes.

---

[7] Colleen Kaiser & Geoff McCarney, « Une réglementation agile pour l'innovation en matière d'énergie propre : Examen de l'expérience initiale de deux institutions canadiennes », (décembre 2021) 9:4 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/agile-regulation-for-clean-energy-innovation-examining-the-early-experience-of-two-canadian-institutions>

[8] Maya Stano et al., « Les effets cumulatifs peuvent porter atteinte aux droits issus de traité », (décembre 2021) 9:4 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/cumulative-effects-can-infringe-treaty-rights1>.

[9] Gordon E. Kaiser, « Réconciliation : L'intérêt public et un accord équitable », (décembre 2021) 9:4 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/reconciliation-the-public-interest-and-a-fair-deal>.

[10] Eric Bremermann et al., « La Colombie-Britannique réduit les obstacles réglementaires à l'investissement dans l'hydrogène », (octobre 2021) 9:3 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/british-columbia-reduces-regulatory-barriers-to-hydrogen-investment>.

[11] Bob Heggie est le chef de la direction de l'Alberta Utilities Commission.

La nécessité d'un type particulier de périodique axé sur la réglementation de l'énergie découle du fait que cette branche d'étude recoupe de nombreuses catégories juridiques et politiques, notamment le droit public, le droit privé, le droit des contrats, l'économie et les politiques environnementales, de sécurité et énergétiques. Au cours de la dernière décennie, la réglementation de l'énergie s'est intensifiée, les organismes de réglementation tentant d'équilibrer les considérations économiques, sociales et environnementales dans l'intérêt du public. Un bon exemple de cette complexité et de cette diversité est le nombre élevé de questions juridiques et économiques soulevées par la réglementation ou la restructuration des réseaux d'électricité.

Depuis sa création, la revue a fonctionné et continue de fonctionner dans une ère de changements climatiques. Ces dernières années, le sujet des changements climatiques a attiré beaucoup plus d'attention et la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* continue d'être un véhicule de premier plan dans cette discussion compliquée. Le même commentaire pourrait être fait en ce qui concerne l'impact du développement énergétique sur les populations autochtones et le domaine croissant de la justice énergétique. Le degré élevé de diversité dans le domaine de la réglementation de l'énergie souligne l'importance de développer une littérature de base et la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* a répondu et continuera de répondre à ce besoin au fur et à mesure que ces questions mûrissent.

Sans auteurs, il n'y aurait pas de revue. D'après mes calculs, la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* a publié plus de 300 articles depuis sa création. En tant que lecteur dévoué, je suis reconnaissant à la communauté d'auteurs, de rédacteurs, d'évaluateurs et de commanditaires qui, collectivement, soutiennent le projet, maintiennent sa réputation et nourrissent des discussions stimulantes depuis une décennie.

Le succès n'est pas au rendez-vous pour toutes les publications. Le succès se mérite, article par article, édition par édition. Pour réussir, la revue doit attirer des auteurs qui, grâce au contenu publié, établiront leur crédibilité auprès des lecteurs et des praticiens dans leur travail quotidien. Dans ce numéro célébrant son dixième anniversaire, il est clair que la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* a relevé ce défi et atteint les objectifs qu'elle s'était fixés. Je me réjouis à l'idée de lire les pages de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* au cours des dix prochaines années.

Nouvelle-Écosse : Peter Gurnham[12]

Félicitations à la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie.*

La *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* canadienne est devenue une ressource importante pour les organismes canadiens de réglementation de l'énergie et fait partie de leur boîte à outils. Aucune autre revue au Canada ne se concentre sur la réglementation de l'énergie comme le fait la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie.*

La mise à jour annuelle de David Mullan sur le droit administratif est une lecture incontournable et a toujours fourni une mise à jour unique, concise et réfléchie sur les principales décisions des tribunaux et de certains organismes de réglementation. David nous a aidés à comprendre de nombreuses questions importantes telles que notre rôle en ce qui concerne l'obligation de consultation. Ses conseils opportuns et bien documentés ont été et sont toujours très appréciés.

La mise à jour annuelle de Gordon Kaiser sur les décisions réglementaires importantes prises par les conseils provinciaux nous tient au courant des défis auxquels sont confrontés les membres des conseils dans tout le pays. Son analyse franche de notre décision a été la bienvenue, même si elle nous a parfois rendus humbles.

L'éditorial de Gordon Kaiser et Rowland Harrison est un article que je lis dans chaque édition et que j'attends avec impatience.

[12] Peter Gurnham, c.r. a été président du Nova Scotia Utility and Review Board de 2004 à 2022. Il est actuellement conseiller spécial auprès du Conseil de gestion financière des Premières Nations en ce qui concerne la réglementation de l'eau et des eaux usées pour les communautés des Premières Nations.

Au-delà de ces rubriques régulières, vous trouverez un trésor d'excellents articles et d'analyses sur les questions énergétiques, des critiques de livres, des informations en provenance des États-Unis et bien d'autres choses encore.

À Gordon Kaiser, Rowland Harrison, Tim Egan et tous les responsables de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, sachez que vous avez fourni un service public excellent et apprécié de la communauté des chargés de la réglementation, des personnes intéressées par les questions énergétiques, des universitaires et d'autres personnes.

Je n'hésite pas à dire que moi et d'autres comme moi sommes devenus de meilleurs intervenants en matière de réglementation grâce à ce que nous avons appris dans la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*.

ALLER DE L'AVANT

À l'aube de la prochaine décennie, nous remercions les nombreux juristes et chargés de la réglementation de l'énergie qui ont contribué à la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* au fil des ans. Tous les trois mois, nous avons réussi à produire trois ou quatre articles, quelques critiques de livres et, plus récemment, des webinaires. Il s'avère que les webinaires sont très populaires, en particulier auprès des jeunes juristes. Au cours des dix prochaines années, nous ajouterons probablement des podcasts qui, nous l'espérons, seront tout aussi importants.

Comme toujours, nous demandons à nos fidèles lecteurs de nous faire savoir s'il y a quelque chose que nous pourrions faire pour améliorer la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*. Le secteur de l'énergie canadien évolue rapidement et nous allons nous efforcer de suivre les changements au fur et à mesure qu'ils se produisent. Au cours des dix prochaines années, les organismes de réglementation de l'énergie canadiens et la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* seront confrontés à des défis plus importants qu'au cours des dix premières années. La transition vers une économie à faibles émissions de carbone impliquera un investissement important dans les nouvelles technologies. Cela impliquera une forme de réglementation plus compliquée et plus exigeante, ainsi qu'une analyse minutieuse de la part de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*. ■

DROIT ADMINISTRATIF ET ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE AU CANADA : LES GRANDS CHANGEMENTS DE LA DERNIÈRE DÉCENNIE

*David J. Mullan**

INTRODUCTION

En 2013, dans le premier numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, les rédacteurs en chef ont eu la gentillesse de publier mon article intitulé « Droit administratif et réglementation en matière d'énergie — éviter les pièges — les dix règles — perspective sur dix ans[1] ». Cet article s'appuyait sur les présentations que j'ai faites au cours des dix dernières années à l'occasion du cours annuel sur la réglementation de CAMPUT (Canada's Energy and Utility Regulators), ainsi que sur un chapitre de la publication récente de *Energy Law and Policy*, par les rédacteurs Gordon Kaiser et Bob Heggie[2]. Dix autres années se sont écoulées, et j'ai de nouveau le privilège de participer au dixième anniversaire de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie* et de vous faire part de mes réflexions sur les changements majeurs du droit administratif canadien ces dix dernières années qui ont eu une incidence sur la législation et la réglementation de l'énergie.

J'ai choisi sept sujets. Certains découlent directement de procédures de réglementation de l'énergie, comme la nouvelle obligation de franchise qui s'applique aux participants aux audiences de réglementation; d'autres traitent des questions plus générales qui entraînent des répercussions sur les lois touchant la réglementation de l'énergie, comme la norme de contrôle appliquée par les tribunaux dans les appels prévus par la loi et les demandes de contrôle judiciaire des décisions d'entités en vertu d'une loi ou d'une prérogative.

I. APPRENDRE À VIVRE AVEC *VAVILOV* ET LES ESPIONS PARMI NOUS

Le jugement le plus important en droit administratif rendu par la Cour suprême du Canada au cours de la première décennie d'existence de la *Publication trimestrielle sur*

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

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

[2] « Administrative Law and Energy Regulation », un chapitre de *Energy Law and Policy* de Gordon Kaiser et Bob Heggie (rédacteurs) (Toronto : Carswell, 2011) à la p 35.

la règlementation de l'énergie était sans aucun doute *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*[3] (à lire avec le jugement du même genre rendu le même jour : *Bell Canada c Canada (Procureur général)*[4]. Dans ce qui pourrait être décrit comme s'assimilant davantage à la nature d'un exercice législatif qu'un exercice judiciaire, la Cour suprême a déclaré qu'elle entendait réformer et clarifier, dans ces appels de la Cour d'appel fédérale, les principes régissant le contrôle judiciaire d'une mesure administrative sur le fond [5](et non les motifs de procédure[6]) dans le but de « voir à ce que le cadre d'analyse qu'elle retient s'adapte à tous les types de décisions administratives[7] ».

Dans ce segment, compte tenu de la vaste jurisprudence et des discussions professionnelles et universitaires que le jugement a suscitées, je me limiterai à donner un aperçu, au moyen d'une liste, du recalibrage du contrôle du bien-fondé effectué par la majorité des juges de la Cour suprême. Je traiterai ensuite brièvement de la mesure dans laquelle la Cour n'a pas réalisé son ambition de réformer en profondeur les principes du contrôle judiciaire des mesures administratives.

1. La présomption de contrôle de la raisonnabilité qui existait auparavant pour les décisions administratives rendues par les cours supérieures au moyen d'un appel prévu par la loi est répudiée. Dorénavant, en l'absence de prescription législative contraire, la norme de contrôle applicable à de telles décisions est celle de la décision correcte dans le cas de questions de droit pures et d'« erreur manifeste et dominante » dans le cas de questions de fait et de questions mixtes de fait et de droit où il n'y a pas de principe juridique « facilement isolable », ceci étant la norme[8] qui s'applique aux appels civils des juges de première instance. (Cela a une incidence sur un éventail d'organismes de réglementation de l'énergie et d'autres secteurs dont les décisions peuvent faire l'objet d'appels devant les cours supérieures. Par la suite, leurs décisions sont devenues assujetties au principe de la décision correcte plutôt qu'au contrôle de la raisonnabilité sur des questions de droit. De toute évidence, cela pourrait accroître leur exposition à des contestations réussies[9].

2. L'erreur de compétence est condamnée comme une catégorie de contrôle judiciaire. (Cela a également une incidence sur les organismes de réglementation dont les décisions peuvent faire l'objet d'appels devant les cours supérieures sur des questions de droit et de **compétence** en ce sens que le fondement législatif de la compétence est effectivement ou implicitement abrogé ou fusionné avec un contrôle pour cause d'erreur de droit[10] à la suite du recalibrage du contrôle judiciaire en common law.)

3. En conséquence du point 2, la compétence a disparu en tant que catégorie en vertu de laquelle la présomption normale de contrôle de la raisonnabilité pour des questions de droit est réfutée. Le nombre de situations où la présomption est réfutée semble avoir été réduit davantage par l'omission, par la Cour, d'inclure dans sa liste trois questions de droit à l'égard desquelles les cours supérieures et un tribunal ou un organisme ont compétence en première instance sur les questions de droit pertinentes[11]. Les questions constitutionnelles diverses, les

[3] 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653.

[4] 2019 CSC 66, [2019] 4 RCS 845.

[5] *Supra* note 3 aux para 2, 10–11, 16, 23.

[6] *Ibid* au para 23.

[7] *Ibid* au para 11.

[8] Énoncé par la Cour suprême dans *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 RCS 235.

[9] Pour un premier exemple où Paul Daly soutient que le changement pourrait avoir eu une incidence sur le résultat, voir « Rates and Reserves: *Manitoba (Hydro-Electric Board) v Manitoba (Public Utilities Board)*, 2020 MBCA 60 » (13 octobre 2023), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2020/10/13/rates-and-reserves-manitoba-hydro-electric-board-v-manitoba-public-utilities-board-2020-mbca-60>.

[10] Et vraisemblablement aussi une erreur manifeste et dominante dans les domaines de l'examen des conclusions de fait, des questions de droit et de fait mixtes et, de façon plus générale, du contrôle de la raisonnabilité.

[11] Cette catégorie a été rétablie en 2022 dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30.

> questions générales de droit d'importance fondamentale pour le système juridique dans son ensemble et les situations mettant en cause des revendications concurrentes de l'autorité sur les questions de droit à l'étude demeurent dans la catégorie réfutée.

Énoncé dans cette forme, le recalibrage de la Cour semble plutôt très dilué pour ce qui se voulait un projet ambitieux. Néanmoins, il y a eu des examens mitigés de l'annulation de précédents par la Cour (y compris les siens) dans lesquels la présomption de contrôle de la raisonnabilité appelant la déférence avait été rattachée à des appels prévus par la loi ainsi qu'à des demandes de contrôle judiciaire. Il y avait également des préoccupations au sujet de lacunes et du manque de clarté dans la portée des changements.

Dans l'article de recension de cette année[12], j'ai souligné deux questions de cette importance. Premièrement, pourquoi la Cour s'est-elle éloignée de l'examen de la question litigieuse de la pertinence de l'analyse de la norme de contrôle par rapport aux questions d'équité procédurale? Deuxièmement, de façon générale, est-ce que les nouvelles prescriptions se rapportaient simplement au processus décisionnel du tribunal et de l'organisme de réglementation, ou s'étendaient-elles aussi à l'examen de diverses formes de décisions des pouvoirs législatifs et exécutifs et, en particulier, à l'élaboration de règles allant de lois subordonnées officielles (règlements et règlements administratifs) à des politiques internes? Sur le plan du contrôle judiciaire et des questions relatives à la norme de contrôle, le contrôle de ces instruments reposait-il toujours sur la question quasi apparentée de l'erreur de compétence, *ultra vires* et, même si c'était le cas, est-il effectué aujourd'hui en raison des prescriptions issues de *Vavilov* et surtout des conceptions du caractère raisonnable?

En ce qui concerne l'équité procédurale, la Cour suprême a fourni une réponse partielle en 2022 dans *Law Society of Saskatchewan c Abrametz*[13]. En ce qui concerne la question de savoir si l'arrêt *Vavilov* et son ambition d'adopter une approche globale de l'examen de fond ont balayé le concept *d'ultra vires* et de prise de décisions auquel il était habituellement appliqué, la controverse persiste. Vous trouverez de plus amples renseignements sur chacun de ces enjeux dans mon examen annuel sur les développements de 2022.

Plutôt que de reprendre ici cette analyse, permettez-moi maintenant d'aborder ce qui, en fin de compte, pourrait être l'aspect le plus transformationnel de *Vavilov*. En plus de simplifier le processus d'attribution de la norme de contrôle appropriée pour les décisions faisant l'objet d'un contrôle, la Cour a indiqué, comme deuxième aspect de sa mission, l'énonciation « des indications additionnelles aux cours de révision qui procèdent au contrôle selon la norme de la décision raisonnable[14] ».

Étant donné le manque relatif d'attention que la Cour suprême avait accordé dans la jurisprudence antérieure aux aspects opérationnels ou détaillés de l'évaluation du caractère raisonnable des décisions faisant l'objet du contrôle, il ne fait aucun doute qu'il s'agissait d'une initiative louable de sa part. Il est également vrai que tous les éléments de la longue liste de facteurs sur lesquels la Cour s'appuie pour déterminer le caractère raisonnable d'une décision sont non seulement solides, du moins lorsqu'ils sont examinés isolément, mais aussi extrêmement utiles aux tribunaux inférieurs dans leur évaluation du caractère raisonnable de la décision envisagée. De façon plus générale, ils fournissent une excellente feuille de route pour une rédaction des motifs de grande qualité.

Cela commence par une proposition générale, non pas nouvelle dans *Vavilov*, mais entérinée par la Cour. L'obligation de fournir des motifs exige que les décideurs respectent les normes « à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité[15] ». Pour inciter à la présentation de motifs de grande qualité, la Cour a également souligné que, dans le cadre du contrôle judiciaire, l'instance révisionnelle devrait se consacrer principalement à l'examen

---

[12] David J. Mullan, « Évolution du droit administratif relatif au droit et à la réglementation de l'énergie en 2022 » (2023) 11:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/regular-features/2022-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation>.

[13] 2022 CSC 29.

[14] *Supra* note 3 au para 2.

[15] *Ibid* au (*inter alia*) para 100, citant *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190, au para 47.

des motifs fournis. Il existe une politique des « présents motifs[16] ».

Cependant, il y a aussi des dangers lorsque l'on regroupe les divers éléments de la liste de contrôle complète des facteurs à considérer de la Cour qui entrent dans la rédaction d'une décision qui résistera à l'examen de la raisonnabilité. Il convient de tenir compte de l'impact potentiel du synopsis partiel suivant de *Vavilov* :

- Les motifs officiels d'une décision doivent être lus à la lumière du dossier, en tenant compte du contexte administratif dans lequel ils ont été présentés[17].

- Une décision raisonnable est une décision qui est à la fois fondée sur un raisonnement interne cohérent et justifiée à la lumière des contraintes juridiques et factuelles qui influent sur la décision[18].

- Une décision déraisonnable est une décision qui ne tient pas compte des principaux arguments et des questions fondamentales, ni de la jurisprudence, ni judiciaire ni du tribunal[19].

- Une décision raisonnable s'appuie sur les règles modernes d'interprétation des lois et met l'accent sur le texte, le contexte et l'objet[20].

- Parmi les contraintes juridiques et factuelles figurent le régime législatif applicable, les autres lois et la common law, les principes d'interprétation des lois et la preuve dont dispose le décideur[21].

La rédaction d'une décision qui satisfait à toutes les mises en garde énumérées peut facilement être perçue par un décideur comme une tâche intimidante qui mène à des décisions excessivement longues et une menace à la gestion efficace du dossier du tribunal. Pour l'ensemble des décideurs administratifs, les écueils peuvent se présenter de toutes parts.

Certes, dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour reconnaît les dangers d'aller trop loin dans ce puits sans fond, et ces mises en garde ont été reprises par les tribunaux inférieurs avec des déclarations comme « Bien que les motifs soient brefs, ils sont adéquats pour expliquer et justifier la décision[22] » [traduction].

En supposant que l'on accepte la justification de la Cour du principe de déférence dans *Vavilov*[23], il se présente le danger encore plus grand que le suivi de tous ces préceptes dans la rédaction des décisions augmentera le risque qu'une cour de révision ou d'appel procède effectivement à un examen de la norme de la décision correcte en regard du produit final du décideur. Il n'est pas surprenant que la liste des critères de raisonnabilité de la Cour soit tout aussi facilement transférable à la rédaction de décisions dont la révision sera fondée sur la norme de la décision correcte. Elle s'assimile plutôt à un guide de rédaction des motifs de qualité, **peu importe** si la décision sera ultimement assujettie à la norme de la décision correcte ou à la norme de la raisonnabilité. En fait, on en retrouve plus qu'une simple allusion dans le jugement dissident de la juge Abella (généralement, du moins en théorie, une ardente défenseure de la déférence) dans l'affaire du même genre que *Vavilov*, *Bell Canada c Canada (Procureur général)*[24]. Un exemple plus récent se trouve également dans *Morningstar v Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*[25]. Plus le décideur tente de couvrir les motifs de détermination du caractère raisonnable, plus grande devient la probabilité d'un contrôle judiciaire, même lorsque la norme

[16] *Ibid* aux para 84, 143.

[17] *Ibid* au para 103.

[18] *Ibid* aux para 85, 105.

[19] *Ibid* au para 127.

[20] *Ibid* aux para 118, 120.

[21] *Ibid* aux para 105–26.

[22] *Ratman v Workplace Safety and Insurance Appeal Tribunal*, 2022 ONSC 3923 (Cour divisionnaire), au para 13 (du juge Swinton). Pour un autre exemple (également du juge Swinton), *Radzevicius v Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, 2020 ONSC 319 (Cour divisionnaire), aux para 17–20, 56–58.

[23] Comme il est énoncé dans *Vavilov*, *supra* note 3 au para 30, et ailleurs dans le jugement.

[24] *Supra* note 4 aux para 94–96.

[25] 2020 ONSC 319 (Cour divisionnaire).

de contrôle est celle du caractère raisonnable appelant la déférence.

En résumé, il se peut qu'il y ait très peu de différence pratique entre le contrôle de la décision correcte sur des questions de droit pures dans le cas des appels prévus par la loi et le contrôle de la raisonnabilité dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire. Cependant, il reste à voir si cette possibilité est devenue réalité et si elle est le fruit d'une recherche empirique à tous les niveaux de l'examen judiciaire ou de l'examen en appel de l'action ou de l'inaction administrative. Un jugement rendu au début d'avril par la Cour d'appel de l'Alberta fournit toutefois un autre exemple éloquent de cette possibilité.

Dans *ATCO Electric Ltd v Alberta Utilities*[26], l'Alberta Utilities Commission a été confrontée à la destruction causée par les feux de forêt de 2016 à Fort McMurray[27].Quelle incidence les pertes subies par les installations d'ATCO devraient-elles avoir sur les tarifs que la Commission a établis en vertu de l'*Electric Utilities Act*[28]?

ATCO cherchait à recouvrer ses pertes en capital non assurées et non amorties résultant des incendies dans les taux facturés aux clients. La Commission a refusé d'autoriser le recouvrement de ces pertes, jugeant qu'elles devraient être assumées non pas par les clients, mais par les actionnaires de la société. En termes simples, la Commission a considéré la situation comme l'inverse de ce que la Cour suprême du Canada avait évalué en fonction de la norme de contrôle de la décision correcte dans *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c Alberta (Energy and Utilities Board)*[29], l'arrêt controversé *Stores Block*. Les clients avaient-ils droit aux avantages de la vente d'actifs retirés de la base tarifaire parce qu'ils n'étaient plus utilisés ou ne devaient plus être utilisés dans le cadre du calcul de la base tarifaire d'ATCO? La Cour, dans une décision par la suite confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta sur la base du caractère raisonnable dans l'affaire *FortisAlberta c Alberta (Utilities Commission)*[30], a conclu que le produit de la vente de tels actifs était au profit des actionnaires de la société, et non de ses clients.

En référence à ces deux décisions, dans la présente affaire, l'AUC avait statué que les principes de symétrie dictaient que les pertes des actifs de la base tarifaire en raison de ces retraits d'actifs extraordinaires devraient être assumées non pas par les clients, mais par les actionnaires. Les pertes découlant de ces retraits de la base tarifaire ne devraient pas être compensées par le processus d'établissement des taux. En vertu de la Loi, ils ne devraient plus être traités comme des coûts et des dépenses raisonnablement engagés, même s'ils l'avaient été au départ et jusqu'à ce que les incendies soient traités comme tels.

ATCO a demandé et obtenu la permission d'interjeter appel pour deux motifs :

a. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en entravant son pouvoir discrétionnaire concernant le recouvrement des coûts raisonnables des actifs détruits par les feux de forêt?

b. Le Commission a-t-elle erré dans son interprétation de l'*Electric Utilities Act* en incorporant des concepts inapplicables de la législation relative aux services publics de gaz ou en ne tenant pas compte des dispositions qui exigent qu'ATCO jouisse d'une possibilité raisonnable de recouvrer les coûts et les investissements raisonnables qu'elle avait engagés pour fournir un service sûr et fiable aux clients[31]?

En guise de prélude à l'examen du bien-fondé de l'appel, dans un jugement rendu par la Cour, les

---

[26] 2023 ABCA 129.

[27] *ATCO Electric Ltd., Z Factor Adjustment for the 2016 Regional Municipality of Wood Buffalo Wildfire*, 21609-D01-2019, 2019 LNAUC 170.

[28] SA 2003 c E-5.1.

[29] 2006 CSC 4, [2006] 1 RCS 140.

[30] 2015 ABCA 295, 28 Alta LR (6th) 252, autorisation d'appel refusée [2016] 1 RCS ix, et commenté dans mon examen des faits nouveaux de 2015 : David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2015 » (2016) 4 :1, Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/articles/2015-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation>.

[31] *Supra* note 26 au para 14.

juges d'appel Watson, Slatter et Kirker avaient situé son rôle dans les principes énoncés dans *Vavilov* et, ce faisant, avaient énoncé des nuances importantes de ces principes. La Cour a d'abord reconnu que, dans la foulée de l'arrêt *Vavilov*, la norme de contrôle applicable aux affaires portées devant la Cour par voie d'appel sur des questions de droit et de compétence était celle de la décision correcte pour des questions de droit[32]. La déférence n'avait aucun rôle à jouer. En ce qui concerne la compétence, dans une note de bas de page, les juges ont excisé la « compétence » de l'interprétation de la loi :

> Toutes les erreurs de compétence sont des erreurs de droit. La référence au « droit et compétence » dans la loi n'est qu'une anomalie historique [.] Comme il n'y a plus de différence de présomption dans la norme de contrôle, la distinction n'a habituellement aucune importance [traduction][33].

Le tribunal a ensuite fourni une feuille de route pour la gestion de la transition d'une norme de contrôle principalement fondée sur la raisonnabilité à un contrôle effectué en se fondant sur les normes des appels civils. Tout en acceptant apparemment que la norme générale pour les questions de droit dans les contextes d'appel prévus par la loi, à défaut de dispositions législatives contraires, serait celle de la décision correcte, la Cour s'est demandé si, en « remplaçant[34] » les mécanismes de contrôle judiciaire de la common law par un droit d'appel, le législateur avait tenu compte des questions de norme de contrôle. S'appuyant sur cette hypothèse, le tribunal a déclaré que l'adoption d'un tel régime d'appel ne devrait pas être perçue comme une directive du législateur ordonnant à la Cour « de prendre en charge la gestion du réseau de distribution et de transport d'électricité en Alberta[35] » [traduction]. Le tribunal a appuyé cette affirmation en faisant référence à une déclaration dans *FortisAlberta*, où, dans le cadre d'une norme maintenant répudiée de contrôle de la raisonnabilité, la Cour avait déclaré que la prise de décisions réglementaires de ce genre comportait des « aspects politiques et économiques » [traduction] [36] sur lesquels les tribunaux étaient « en piètre posture pour émettre une opinion » [traduction][37]. Cela a amené la Cour à reconnaître ensuite que, dans un contexte où les appels étaient limités aux questions de droit,

> … la Cour ne devrait pas être prompte à discerner des questions de droit isolables dans ce qu'il serait plus approprié de considérer comme étant des questions mixtes de fait et de droit, des questions de politique ou des questions de pouvoir discrétionnaire [traduction][38].

---

[32] *Ibid* au para 16.

[33] *Ibid*.

[34] *Ibid*, où la Cour décrit la disposition d'appel comme ayant « remplacé » le contrôle judiciaire en common law.

[35] *Ibid*.

[36] *Ibid*.

[37] *Ibid*.

[38] *Ibid*. Cela soulève une question sérieuse, à savoir si, dans de telles situations, le contrôle judiciaire demeure une solution de rechange pour de telles questions mixtes de fait et de droit et de décisions factuelles. Il semble implicite qu'une telle voie a été supprimée par la loi; mais voir Nigel Bankes, « Statutory Appeal Rights in Relation to Administrative Decision-Maker Now Attract an Appellate Standard of Review: A Possible Legislative Response », (3 janvier 2020), en ligne (pdf) : *Ablawg* <ablawg.ca/wp/-content/uploads/2020/01/Blog_NB_Vavilov.pdf>. Je remercie également le professeur Bankes de m'avoir fourni la demande initiale de contrôle judiciaire dans l'affaire *Benga Mining Limited c Alberta Energy Regulator*, où le demandeur de contrôle judiciaire demande à la Cour du Banc du Roi de l'Alberta de procéder au contrôle judiciaire d'une décision fondée sur le caractère déraisonnable au motif d'une erreur de fait et d'une erreur relativement à des questions mixtes de droit et de fait, ni l'une ni l'autre ne relevant de la portée de la disposition législative sur l'appel applicable au contrôle des décisions de l'Alberta Energy Regulator, avec autorisation sur des questions de droit et de compétence : *Responsible Energy Development Act*, SA 2012 c R-17.3, article 45(1). Il reste à voir si cette demande survit à une requête en radiation au motif qu'elle est exclue implicitement par la disposition d'appel prévue par la loi. Si l'accès résiduel au contrôle judiciaire en raison de son interprétation est interdit, alors, comme je l'ai affirmé dans ma conversation avec le professeur Bankes, la seule justification apparente de la demande de contrôle judiciaire serait fondée sur une garantie constitutionnelle au sens d'une version modifiée de *Crevier c P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 RCS 220, la garantie de contrôle de l'erreur de compétence de Crevier étant maintenant remplacée par une garantie d'accès à une cour supérieure et une révision du caractère déraisonnable ou peut-être de toutes les erreurs de droit.

Le message semble clair : Bien qu'il n'y ait pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de questions de droit pures, dans tous les autres contextes réglementaires de ce genre, la déférence prévaut toujours. La Cour a ensuite cité[39] le jugement du juge Swinton de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Planet Energy (Ontario) Corp. v Ontario Energy Boar*[40] selon lequel les motifs de décision d'un organisme de réglementation ont un rôle important à jouer dans la détermination de la Cour d'appel du caractère correct.

La Cour a ensuite[41] conclu cette analyse en mettant en garde contre l'idée de ne pas tenir compte de ces décisions parce qu'elles ne créent plus de précédent lorsqu'elles sont rendues selon une norme de contrôle différente. Le fait que la Cour eut maintenu la décision de la Commission, dans *FortisAlberta*, selon la norme de la décision raisonnable ne signifie pas pour autant que la décision aurait été différente si la norme de la décision correcte avait été appliquée. En fait, il y avait de nombreux indicateurs dans le jugement selon lesquels la Cour aurait aussi, au besoin, conclu que la décision était jugée valable en faisant référence à la norme de la décision correcte. À la base de cette affirmation et d'autres, il y avait un sentiment plus général selon lequel les tribunaux devraient respecter ces pouvoirs autrement contraignants et les traiter comme des précédents faisant autorité[42].

Pour ce qui est des motifs précis pour lesquels la permission d'interjeter appel a été accordée, la Cour a consacré un certain temps à examiner les paramètres généraux de contrôle en regard de l'entrave au pouvoir discrétionnaire. En particulier, la Cour a insisté sur le fait que comme motif de contrôle, comme son nom l'indique, la question de l'entrave n'entre en cause que lorsqu'il existe un pouvoir discrétionnaire[43]. Lorsque la question en est purement une de droit, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire. Ainsi, même si un organisme de réglementation ou un tribunal inférieur déclare qu'il est lié par une décision antérieure, cela ne constitue pas en soi un cas d'entrave au pouvoir discrétionnaire; il s'agit plutôt d'une déclaration affirmant : « j'applique la loi parce que je suis lié par elle ». Il s'agit d'une interprétation et d'une application de la loi. Ce n'est que lorsqu'un décideur affirme à tort qu'il n'a pas de pouvoir discrétionnaire ou qu'il est lié alors qu'il ne l'est pas, qu'il y aura une erreur de droit. Cela a amené la Cour à rejeter ce motif d'appel parce qu'il n'était pas bien fondé en faisant référence à l'entrave aux principes du pouvoir discrétionnaire :

> La question à trancher en l'espèce n'est donc pas de savoir si la Commission a entravé son pouvoir discrétionnaire, mais si elle a correctement appliqué les normes juridiques qui régissaient les circonstances [traduction][44].

Cette caractérisation, sur laquelle je n'ai rien à redire, visait à fournir la méthodologie selon laquelle le bien-fondé de l'appel devait être évalué[45]. La Commission a-t-elle commis une erreur de droit dans sa compréhension et son application des jugements *Stores Block* et *FortisAlberta*? En droit, la Commission a-t-elle correctement distingué les principes juridiques sur lesquels la décision dans ces deux affaires était fondée? Et, en fait, les principes sur lesquels la Commission a déterminé le deuxième motif de la permission d'interjeter appel étaient-ils valables juridiquement? Bref, l'argument de la symétrie a échoué, *Stores Block* et *FortisAlberta* n'ont pas fourni la voie

---

[39] *Ibid*.

[40] 2020 ONSC 598 (Cour divisionnaire), aux para 26, 31. J'ai discuté des répercussions de ce jugement 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, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1>.

[41] *Supra* note 26 aux para 17–18.

[42] Pour une analyse critique convaincante de cet aspect du jugement de la Cour, voir Nigel Bankes, « *Stores Block* meets *Vavilov*: The Status of Pre-*Vavilov* ABCA Decisions », (1 mai 2023), en ligne : *ABlaw* <ablawg.ca/2023/05/01/stores-block-meets-vavilov-the-status-of-pre-vavilov-abca-decisions>.

[43] *Supra* note 26 au para 21. Toute la question de l'entrave a également été soulevée dans une affaire sur laquelle j'ai fait des commentaires dans David J. Mullan « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la règlementation de l'énergie en 2021 » (2022) 10:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/regular-features/2021-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation>; Voir aussi, *AltaLink Management Ltd v Alberta (Utilities Commission)*, 2021 ABCA 342.

[44] *Ibid* au para 22.

[45] *Ibid* au para 23

du succès. Tout dépendait de la question de savoir si, dans ces circonstances extraordinaires, le service public pouvait continuer de s'en remettre au droit de recouvrer les coûts requis dans une mesure raisonnable, comme établi par la *Loi*. Le fait que la Commission ne l'a pas compris a miné sa décision en droit. Néanmoins, dans la mesure où la décision globale était discrétionnaire, la décision appropriée en l'espèce consistait à renvoyer la cause à la Commission pour qu'elle l'examine en appliquant compréhension éclairée de la Loi et des précédents ainsi que des considérations de nature politique concurrentes[46].

Dans ce contexte, je n'irai pas plus loin dans l'examen du bien-fondé du jugement, si ce n'est que de dire que même si la Cour flirte avec le caractère raisonnable dans le cadre d'un contrôle selon la norme de la décision correcte, la substance des motifs de la conclusion de la Cour sur le fond est un authentique contrôle de la norme de la décision correcte d'un point de vue purement juridique. Néanmoins, au cours de cette période encore transitoire entre *Dunsmuir*[47] et *Vavilov*, elle fournit des indications importantes sur la façon dont, même dans les appels prévus par la loi sur de pures questions de droit, il peut néanmoins se présenter des occasions de déférence.

II. LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE AUX APPELS DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX DE PREMIÈRE INSTANCE CONCERNANT LES DEMANDES DE CONTRÔLE JUDICIAIRE ET LES APPELS PRÉVUS PAR LA LOI – LES TENTACULES DE *VAVILOV*

Dans *Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*[48], une affaire découlant d'une demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale à la suite d'une décision ministérielle, le juge LeBel, au nom de la Cour suprême, s'est penché sur la question de la norme de contrôle qui devrait être appliquée dans le cas d'un appel du jugement d'une cour supérieure de première instance, en l'occurrence un appel devant la Cour d'appel fédérale et, par la suite, devant la Cour suprême du Canada, avec autorisation. Citant[49] un jugement de la Cour d'appel fédérale, le juge LeBel a conclu que

> … le rôle de la juridiction d'appel consiste simplement à décider si la juridiction inférieure a employé la norme de contrôle appropriée et si elle l'a appliquée correctement. Le rôle de la juridiction d'appel ne se limite pas à se demander si la juridiction inférieure a commis une erreur manifeste et dominante en appliquant la norme de contrôle appropriée.[50]

Cela signifie que, dans ce contexte particulier, les principes normaux régissant les appels des décisions de première instance dans les litiges civils établis en 2002 dans *Housen c Nikolaisen*[51] ne s'appliquaient pas. Les cours d'appel étaient tenues de se mettre à la place du tribunal de première instance et de demander, sur la base de la norme de la décision correcte, si ce tribunal avait défini la norme de contrôle appropriée. Si tel était le cas, la cour d'appel déterminerait alors si cette norme de contrôle a été appliquée correctement. En effet, même dans les situations où le tribunal de première instance n'avait pas correctement déterminé la norme de contrôle appropriée, il incombait toujours à la cour d'appel d'appliquer la norme maintenant établie correctement à la décision rendue.

---

[46] *Ibid* au para 62, conformément à l'article 29(11)c) de l'*Alberta Utilities Commission Act*, qui prévoit que, lorsque la Cour ordonne la modification d'une décision, « la Cour renvoie la cause à la Commission pour qu'elle l'examine plus à fond et rende une décision » [traduction]. J'ai déjà discuté de la question « Quand renvoyer une cause » 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, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1>.

[47] *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, *supra* note 15.

[48] 2013 CSC 36, [2013] 2 RCS 559, aux para 45–46.

[49] *Ibid* au para 45.

[50] *Telfer c Agence du revenu du Canada*, 2009 CAF 23 au para 18.

[51] *Supra* note 8 au para 37.

Certaines personnes n'approuvaient pas cette décision[52]. Parmi elles, il y avait au moins un juge de la Cour d'appel fédérale, le juge d'appel Stratas[53]. En effet, la Cour suprême elle-même semblait avoir des doutes sur *Agraira*. Sans mentionner *Agraira* par son nom, dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat*[54], la Cour, dans un jugement majoritaire rendu par la juge en chef McLachlin, a appliqué *Housen* dans son examen des éléments factuels d'une décision de la Cour fédérale selon laquelle la délivrance d'un certificat de sécurité était raisonnable, une conclusion qui a assujetti Harkat à une mesure de renvoi du Canada. La norme à appliquer aux éléments factuels de la décision était une « erreur manifeste et dominante » établie par *Housen*.

Par la suite, dans *Mahjoub v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*[55], le juge d'appel Stratas, au nom de la Cour d'appel fédérale, a suivi *Harkat*. La seule différence pertinente par rapport à l'arrêt *Agraira* quant à la norme à appliquer est que l'arrêt *Harkat* a débuté non pas par une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, mais par un renvoi à un juge de cette Cour par les ministres concernés en vue d'une décision quant au caractère raisonnable de leur délivrance d'un « certificat d'interdiction de territoire ». Il est intéressant de se demander si cela aurait été suffisant pour faire la distinction entre ce contexte et l'arrêt *Agraira* et la prescription que la Cour d'appel « met[ant] à la place » du tribunal de première instance en examinant le caractère raisonnable, même des conclusions de fait sur lesquelles le certificat a été délivré. En pratique, ce que tout cela signifie probablement pour les plaideurs, c'est que le contrôle fondé sur le caractère raisonnable pourrait fort bien être une norme de déférence moins rigoureuse que celle de « l'erreur manifeste et dominante ».

Par la suite, dans une affaire précédée par Mancini[56], *Office régional de la santé du Nord c Horrocks*[57], le juge Brown, dans un jugement de 6 contre 1 de la Cour suprême, a refusé de réexaminer la position adoptée par la Cour dans *Agraira*[58]. Comme dans l'arrêt *Agraira*, le contexte était une demande de contrôle judiciaire, et le juge Brown a en fait refusé de répondre aux arguments selon lesquels il était plus approprié d'appliquer l'arrêt *Housen c Nikolaisen* aux appels de l'issue du contrôle judiciaire de première instance que de maintenir l'approche préconisée dans *Agraira*. *Agraira* était « une décision récente de la Cour et qui est toujours valable[59] ». La conséquence de cette détermination, dans une affaire de duel de compétence (l'une des catégories exceptionnelles où *Vavilov* prescrit l'examen du caractère correct), était que le rôle de la Cour d'appel continuait non seulement de consister à déterminer le bien-fondé de la sélection de la norme de contrôle, mais également le bien-fondé de l'application de cette norme prescrite aux questions de droit et de fait. La seule exception que le juge Brown était disposé à reconnaître comme une possibilité d'application générale des principes de l'arrêt *Housen* était dans les situations où le juge de révision « agit comme décideur de première instance[60] ». Bien que cela ne soit pas mentionné, *Harkat* aurait pu techniquement être un tel cas.

À la suite de l'arrêt *Horrocks*, le régime global semble encore présenter des incohérences sur

---

[52] Voir la discussion approfondie de Mark Mancini dans, « Horrocks : What Happens to Agraira? » (9 mars 2020), en ligne : *Double Aspect* <doubleaspect.blog/2020/03/09/horrocks-what-happens-to-agraira>.

[53] Voir Mancini, *ibid* citant à la p 60 de la version alors en vigueur de Justice Stratas' « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases » (Dernière mise à jour le 28 octobre 2022), en ligne : *SSRN* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049>; Voir aussi son jugement dans *Hupacasath First Nation c Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4 aux para 74–78. Soit dit en passant, le juge d'appel Stratas ne faisait pas partie du tribunal Telfer de la Cour d'appel fédérale.

[54] 2014 CSC 37, [2014] 2 RCS 33 au para 108.

[55] 2017 CAF 157, [2018] 2 RCF 344 aux para 56–58.

[56] *Supra* note 52.

[57] 2021 CSC 42.

[58] *Ibid* au para 12.

[59] *Ibid*.

[60] *Ibid* citant (*inter alia*) J.M. Evans, « The Role of Appellate Courts in Administrative Law » (2007) 20 CJALP 1 aux pp 30–34. Le juge d'appel Evans (tel était alors son titre) a rendu le jugement de la Cour d'appel fédérale dans *Telfer*, *supra* note 50.

les plans de la logique et des politiques, sans mentionner que certaines questions restent sans réponse. Supposons qu'il était justifié, de façon générale, dans l'arrêt *Vavilov*, de faire la distinction entre la norme de contrôle applicable aux questions de droit pures, selon que la question a été soulevée dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire (la raisonnabilité présumée, sous réserve de trois ou quatre exceptions) ou qu'il s'agit d'un appel prévu par la loi (« bien-fondé »). Qu'est-ce que cela pourrait nous apprendre intuitivement?

À mon avis, cela nous indique que, dans ce dernier cas, toute évaluation judiciaire subséquente devrait évaluer le bien-fondé de la décision faisant l'objet d'un autre appel. Par contraste, dans le premier contexte, un appel devant une cour supérieure à la suite d'un contrôle judiciaire initial, à moins qu'il n'y ait des raisons de renoncer à la norme de déférence de contrôle de la raisonnabilité pour des questions de droit pures, plus la cause évolue dans la hiérarchie judiciaire[61], l'évaluation devrait porter sur la question de savoir si la décision initiale de la cour de révision peut résister à l'évaluation, par la cour d'appel, du caractère raisonnable de sa décision[62]. Si on l'accepte, je dirais qu'il serait contraire à l'esprit général de l'arrêt *Vavilov* de substituer la norme de contrôle de la décision correcte de l'appel *Housen* aux questions de droit à la présomption actuelle de caractère raisonnable comme norme d'examen en première instance applicable aux demandes de contrôle judiciaire. Autrement dit, le premier point de contact avec le tribunal est déterminant. Pour dire les choses plus directement, on ne devrait pas s'appuyer sur *Housen* dans les appels des révisions judiciaires de décisions d'une cour de première instance sur des questions de droit, du moins qu'on souhaite, pour une question de politique, perpétuer l'application du contrôle présomptif de la raisonnabilité appelant la déférence des décisions des décideurs sur des questions de droit[63] hors des régimes d'appel prévus par la loi.

Par contre, je pense qu'il faudrait élaborer beaucoup plus sur la question pour adopter une approche plus nuancée de l'examen des questions mixtes de droit et de fait et des conclusions factuelles ou probantes. En l'espèce, il devient peu utile d'établir une distinction au niveau de la cour d'appel en faveur de normes d'intervention plus rigoureuses dans le cas des appels prévus par la loi que dans le cas des demandes de contrôle judiciaire. Si l'on suppose que le « caractère raisonnable » est une norme moins déférente que « l'erreur manifeste et dominante », l'application de cette dernière comme critère dans le domaine des appels prévu par la loi de décisions de cours de première instance est incompatible avec l'évaluation de *Vavilov* de la place des appels prévus par la loi. Les appels des décisions de fait et des questions mixtes de droit et de fait inextricablement liées deviennent beaucoup plus difficiles à maintenir que le contrôle de la raisonnabilité de ces questions dans le contexte d'un contrôle judiciaire (par opposition aux régimes d'appel). En bref, il devrait généralement y avoir parité ou inversion des rôles avec la norme de l'« erreur manifeste et dominante » dans le contexte des appels interjetés dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire et avec la « raisonnabilité » dans le contexte des appels des décisions initiales des tribunaux dans les régimes d'examen fondés sur le système d'appel[64]. En bref, peut-être que la confusion actuelle tient du fait que les deux questions critiques ont attiré des réponses issues du cheminement inverse. À cet égard, *Vavilov* offre un tentacule de principes fondamentaux à saisir pour s'y retrouver dans ce dédale.

---

[61] Et peut-être bien!

[62] J'hésiterais toutefois à imposer un autre niveau de contrôle de la raisonnabilité à ce niveau, comme l'illustre la question : Était-il raisonnable que le tribunal de première instance détermine que la réponse fournie par le décideur à une question de droit était raisonnable?

[63] Y compris des questions mixtes de droit et de fait dans lesquelles il existe une question de droit pure facilement isolable.

[64] Je reconnais ouvertement l'influence de Mark Mancini sur ma réflexion au sujet de ce problème épineux, y compris « Horrocks : What Happens to Agraira? », *supra* note 52, et Keith Brown et Mark Mancini, « Post-*Horrocks* Judicial Review Appeals: Deference on Questions of Evidence? » (20 decembre 2020), en ligne : *SSRN* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4284018>, qui doit paraître dans le Canadian Journal of Administrative Law and Practice. Voir aussi le commentaire sur *Horrocks* dans Paul Daly, « Steady as She Goes: *Northern Regional Health Authority v Horrocks*, 2021 SCC 42 » (22 octobre 2021), en ligne: <www.administrativelawmatters.com/blog/2021/10/22/steady-as-she-goes-northern-regional-health-authority-v-horrocks-2021-scc-42>.

Toutefois, cette proposition soulève la question de savoir si, dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire, la substitution du critère de « l'erreur manifeste et dominante » à celui de « la raisonnabilité » sur des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait dont il n'existe pas de question de droit pure facilement isolable, irait à l'encontre de *Vavilov*. Si l'on suppose que la philosophie générale de *Vavilov* consiste à accorder une plus grande place à l'évaluation judiciaire des décisions dans le cas des appels prévus par la loi, mais un examen plus restreint dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire, cette position de principe est compromise lorsque, sur les questions de fait et mixtes de droit et de fait, les normes sont plus intrusives dans le cas des demandes de contrôle judiciaire que dans le cas des appels prévus par la loi.

Si cet argument de la philosophie générale de *Vavilov* résiste à un examen minutieux, alors, à tout le moins, la norme de l'examen en appel des conclusions sur les questions de fait et les questions mixtes de droit et de fait devrait être la même pour les deux catégories. Il en découle également la proposition selon laquelle, dans les deux cas, les tribunaux supérieurs d'appel devraient en fait poser la même question, peu importe si le premier contact avec le tribunal a eu lieu dans le cadre d'une révision ou d'un appel : Le tribunal de première instance a-t-il commis une erreur en concluant (ou non, selon le cas) qu'il y avait (ou n'y avait pas) une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de droit et de fait dans laquelle il n'y avait pas de question de droit pure facilement isolable[65]?

III. ORGANISMES DE RÉGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE ET QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES, Y COMPRIS LES QUESTIONS RELATIVES À LA *CHARTE*

En 2013 et dans le premier numéro de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, la Cour suprême avait déjà établi les paramètres généraux de la position générale actuelle sur le rôle des décideurs administratifs lorsqu'ils sont confrontés à des questions constitutionnelles (y compris liées à la *Charte*[66]). En 2003, dans l'affaire *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin*[67] la Cour avait établi, après beaucoup d'hésitations qu'en l'absence d'une intervention législative, les décideurs administratifs ayant le pouvoir exprès ou implicite de trancher des questions de droit avaient non seulement la compétence, mais en général[68] l'obligation de trancher les questions de droit constitutionnel qui se présentaient dans leur processus décisionnel. Cela s'étendait à l'examen de la loi et à la formulation d'une opinion sur la validité de celle-ci, mais pas à la déclaration formelle d'invalidité de la loi. En même temps, la Cour, dans *Paul c Colombie-Britannique (Forest Appeal Commission)*[69], a conclu qu'il en

[65] Bien entendu, cet argument suppose que la législation pertinente ne traite pas directement ou explicitement du rôle du tribunal de première instance, comme dans le cas où celui-ci est limité dans l'un ou l'autre des contextes à l'examen des questions de droit. Dans ce contexte, le problème est abordé avec adresse.

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

[67] 2003 CSC 54, [2003] 2 RCS 504.

[68] Il est vrai que cela soulève la question de savoir quels décideurs administratifs sont implicitement autorisés à traiter des questions de droit. Tous les décideurs sont-ils assujettis à une obligation d'équité procédurale dans leur prise de décisions? Si la catégorie est plus large, où doit-on tracer la ligne? Qu'en est-il de ceux qui exercent des fonctions législatives ou exécutives, comme l'établissement de règles ou la promulgation de lois subordonnées? Dans quelle mesure faut-il interpréter l'acceptation par le juge Rothstein (au nom de la Cour) dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 RCS 135 aux para 33–37,48–49 voulant que le gouverneur en conseil, lorsqu'il entend des appels de l'Office des transports du Canada, a le pouvoir non seulement de trancher des questions générales de politique et de fait, mais aussi des questions de droit. Pour une reconnaissance récente de cette position, voir *Sagkeeng v Government of Manitoba*, 2021 MBCA 88 aux para 31, 96–97. De façon plus générale, pour une analyse des suites immédiates des affaires *Martin* et *Paul*, voir John M. Evans, « Principle and Pragmatism: Administrative Agencies' Jurisdiction over Constitutional Issues », dans Grant Huscroft et Michael Taggart (éd.), *Inside and Outside Canadian Administrative Law*, (Toronto : University of Toronto Press, 2006), p 377.

[69] 2003 CSC 55, [2003] 2 RCS 585.

allait de même pour les questions de droits et de titres des peuples autochtones[70]. Sept ans plus tard, dans *R. c Conway*[71], la Cour a également conclu que lorsqu'un tribunal administratif avait compétence pour trancher une question constitutionnelle, il était généralement considéré comme un « tribunal compétent » aux fins de l'octroi d'une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*.

Cependant, même en 2013, il y avait eu une intervention législative dans au moins deux provinces. En Colombie-Britannique, l'*Administrative Tribunals Act* promulguée en 2004[72] a créé trois catégories de tribunaux — ceux qui ont compétence pour examiner toutes les questions constitutionnelles[73], ceux qui n'ont pas compétence pour trancher les questions constitutionnelles[74] et ceux qui n'ont pas compétence pour trancher les questions relatives à la Charte[75]. Cette loi a ensuite été modifiée afin d'y inclure des dispositions détaillées et des solutions de rechange relatives à la compétence sur le *Code des droits de la personne* de la province[76].

En Alberta, jusqu'en 2006, en vertu de l'*Administrative Procedures and Jurisdiction Act*[77], seuls les tribunaux désignés par règlement avaient compétence pour examiner les questions constitutionnelles, et seulement dans la mesure prescrite.

En ce qui concerne les organismes de réglementation de l'énergie, il y avait une nette distinction entre la situation en Colombie-Britannique et celle en Alberta. En Colombie-Britannique, les modifications apportées à ses lois constitutives ont fait en sorte que l'Utilities Commission[78] et le Mediation and Arbitration Board, en vertu de la *Petroleum and Natural Gas Act*[79], ont été désignés comme étant assujetties à l'article 44 et au paragraphe 46(3) de l'*Administrative Tribunals Act*, c'est-à-dire qu'ils n'avaient pas compétence pour trancher les questions constitutionnelles ou pour appliquer les dispositions du *Code des droits de la personne*. La même situation prévaut encore aujourd'hui dans le cas du Mediation and Arbitration Board qui a été rebaptisé Surface Rights Board.

En revanche, sous le régime de l'Alberta, l'Alberta Energy and Utilities Boardet l'Energy Resources Conservation Board de l'époque, ainsi que l'Alberta Utilities Commission, ont été désignés comme ayant compétence pour

---

[70] Plus récemment, cependant, des doutes ont été soulevés quant à savoir s'il existe un parallèle exact à ces fins entre les questions des droits des Autochtones et d'autres questions constitutionnelles. Dans *Ktunaxa Nation c Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 RCS 386, au para 85, la juge en chef McLachlin et le juge Rowe, pour la majorité, ont déclaré ce qui suit :

> **Sans un pouvoir expressément délégué**, les décideurs administratifs ne peuvent pas se prononcer euxmêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux, mais ils peuvent être appelés à évaluer la solidité à première vue de revendications autochtones non établies et l'effet préjudiciable de mesures gouvernementales proposées sur ces revendications afin de déterminer l'ampleur des consultations nécessaires [emphase ajoutée].

La mesure dans laquelle cela déroge aux principes généraux établis dans les arrêts *Martin* et *Paul* et, plus précisément, l'obligation de consulter, demeure incertaine. Cependant, il semble probable que cette déclaration doive être comprise à la lumière du contexte dans lequel elle a été formulée. La demande de contrôle judiciaire portait sur le caractère adéquat de la consultation dans un processus menant à l'approbation ministérielle d'un projet de développement. Dans ce cadre de contrôle judiciaire, le ministre n'aurait pas eu le pouvoir d'examiner si la revendication non encore prouvée était fondée. Il revenait à un tribunal de le déterminer dans le cadre d'un procès sur la question de la validité de la revendication non encore prouvée de la Nation. Il est toutefois malheureux que la Cour n'ait pas cité et expliqué pourquoi l'arrêt *Paul* ne s'appliquait pas. Voir l'analyse de cette question dans Heckman, Mullan, Promislow et Van Harten, *Administrative Law : Cases, Text, and Materials* (Toronto : Emond, 8e éd., 2022), ch 13, The Jurisdiction of Tribunals to Decide Constitutional Questions, à pp 765–66.

[71] 2010 CSC 22, [2010] 1 RCS 765.

[72] SBC 2004 c 45

[73] *Ibid*, art 43

[74] *Ibid*, art 44.

[75] *Ibid*, art 45.

[76] *Ibid*, arts 46.1–46.3. L'application de ces dispositions a été et est laissée aux modifications des lois constitutives des tribunaux régis par la Loi.

[77] RSA 2000 c A-3 (modifié).

[78] Voir l'*Utilities Commission Act*, (modifiée par l'*Administrative Tribunals Act*) RSBC 1996 c 473 s 2(4).

[79] Voir *Petroleum and Natural Gas Act* (modifié par l'*Administrative Tribunals Act*) RSBC 1996 c 361 para 13(6).

traiter de toutes les questions constitutionnelles (comme définies dans la *Loi*). La même situation prévaut encore aujourd'hui dans le cas de l'Alberta Utilities Commission et de l'Alberta Energy Regulator. Cependant, dans le contexte de la réglementation de l'énergie, il y a une restriction importante. En vertu de l'article 21 de la *Responsible Energy Development Act*, la loi constitutive de l'Alberta Energy Regulator, il est prévu que l'organisme de réglementation

> … n'a pas compétence pour évaluer le caractère adéquat de la consultation de la Couronne liée aux droits des peuples autochtones reconnus et confirmés en vertu de la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* [traduction].

Ce rôle et, de façon plus générale, la gestion des processus de consultation des Autochtones en vertu de la *Responsible Energy Development Act* incombe au Aboriginal Consultation Office[80], un bureau établi au sein de l'Alberta Ministry of Indigenous Relations, même s'il n'a pas de fondement législatif précis.

Dans d'autres provinces, des dispositions traitent de la capacité des tribunaux individuels de traiter des questions constitutionnelles, mais la seule autre compétence dans laquelle il existe un régime législatif semblable à celui de l'Alberta ou de la Colombie-Britannique est le Manitoba. En vertu de l'article 2 de l'*Administrative Tribunals Act*, qui a été promulguée en 2021 et qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2022, un tribunal administratif (comme défini) « n'a pas compétence pour trancher une question de droit constitutionnel » [traduction] sauf si ce pouvoir lui est conféré par un règlement pris en vertu de la Loi. Néanmoins, ici aussi, comme en Alberta, en vertu de l'article 1 de l'*Administrative Tribunal Jurisdiction Regulation*, le principal organisme de réglementation de l'énergie du Manitoba, la Public Utilities Board,

> … a compétence pour examiner toutes les questions de droit constitutionnel [traduction].

En revanche, en vertu de l'article 2 de ce règlement, la compétence du Surface Rights Board de la province sur les questions constitutionnelles, comme définie, se limite à :

> … une question de droit constitutionnel qui sous-tend la répartition des pouvoirs en vertu de la Constitution du Canada entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux [traduction].

Ce qui est également pertinent pour déterminer la portée de telles restrictions, c'est que le libellé de la loi est important. En effet, en 2010, dans *Rio Tinto Alcan Inc. c Conseil tribal Carrier Sekani*[81], la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a conclu que rien n'empêchait la British Columbia Utilities Commission d'évaluer si la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter les intérêts autochtones touchés dans le contexte d'une demande de recadrage. La définition de « question constitutionnelle » à l'article 1 de l'*Administrative Tribunals Act* incorporait par renvoi les dispositions relatives aux avis à l'article 8 de la *Constitutional Question Act* de la Colombie-Britannique[82]. Elle prévoit la remise d'un avis lorsque « la validité constitutionnelle ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi est contestée » ou « une demande de réparation constitutionnelle a été présentée » [traduction]. Selon la juge en chef McLachlin, le libellé et la structure de la loi n'établissaient pas une intention claire : « Toutefois, l'intention du législateur de soustraire à la compétence de la Commission la question de savoir si la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter les titulaires des droits ancestraux en cause ne ressort ni de l'*Administrative Tribunals Act* ni de la *Constitutional Question Act*[83] ».

---

[80] Bien que l'*Alberta Utilities Commission Act* ne contienne aucune limite de ce genre, en 2016, l'Alberta Utilities Commission a jugé qu'elle n'avait pas le pouvoir d'évaluer le caractère suffisant des consultations de la Couronne, du moins lorsque la Couronne n'en était pas saisie en tant que demandeur ou autre participant. Voir Alberta Utilities Commission, Proceeding 20130, Decision on jurisdiction to determine the questions stated in Notice of Questions of Constitutional Law, 7 octobre 2016. Pour en savoir plus sur le fonctionnement du Aboriginal Consultation Office, voir « Proponent-led Indigenous consultations », en ligne : *Government of Alberta* <www.alberta.ca/proponent-led-indigenous-consultations.aspx>.

[81] 2010 CSC 43, [2010] 2 RCS 650.

[82] RSBC 1996, c 68.

[83] *Supra* note 81 au para 72.

En 2020, ce précédent a été invoqué par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Fort McKay First Nation c Prosper Petroleum Ltd*[84]. Celle-ci portait sur une contestation par la Première Nation du refus de l'Alberta Energy Regulator d'examiner si l'approbation d'un projet avait été compromise par référence à l'honneur de la Couronne. Pour justifier son refus, l'Alberta Energy Regulator a invoqué l'article 21 de la *Responsible Energy Development Act*. Toutefois, la Cour a rejeté cet argument principalement parce que l'honneur de la Couronne sous-tendait des dimensions qui dépassaient les paramètres de l'obligation de consulter. Comme la Première Nation ne fondait pas son argumentaire sur l'obligation de consulter, l'interdiction prévue à l'article 21 ne s'appliquait pas.

La Cour a également affirmé que la définition de « constitutional law » de la loi de l'Alberta ne couvrait pas toute la gamme des questions ou des enjeux constitutionnels qu'une initiative réglementaire particulière pourrait impliquer. Au-delà de la portée de la définition, le rehaussement de ces autres normes constitutionnelles, y compris l'étendue des droits issus de traités, a déclenché le pouvoir de l'Alberta Energy Regulator « sur toutes les questions constitutionnelles » [traduction].

Pour ce qui est de l'obligation de consulter en particulier, dans les affaires qui relèvent autrement de la compétence de l'Alberta Energy Regulator, le Aboriginal Consultation Office était l'autorité désignée établie l'année précédente (2019) par le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Athabasca Chipewyan First Nation v Alberta (Minister of Aboriginal Relations, Aboriginal Consultation Office)*[85].

De façon plus générale, les principes relatifs à l'autorité sur l'obligation de consulter les peuples autochtones ont été clarifiés dans deux arrêts de la Cour suprême de 2017 dans un contexte de réglementation de l'énergie : *Clyde River (Hameau) c Petroleum GeoServices Inc.*[86] et *Chippewas of the Thames First Nation c Pipelines Enbridge Inc.*[87] J'ai discuté de l'incidence de ces décisions dans mon examen de 2017 et, dans ce contexte, je résumerai simplement les conclusions que la Cour a tirées :

1. Bien que l'obligation de consulter demeure la responsabilité globale de la Couronne, celle-ci peut transférer à d'autres parties, sous réserve d'un examen général de la Couronne, la tâche de mener des consultations. Par conséquent, comme on l'a déjà vu, en Alberta, cela comprend non seulement l'Alberta Utilities Commission, mais aussi l'Aboriginal Consultation Office, un bureau interne du ministère compétent. La Couronne peut également déployer des promoteurs dans certains aspects du processus de consultation.

2. Malgré les préoccupations exprimées par le juge Iacobucci, dans le jugement rendu en 1994 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c Canada (Office national de l'énergie)*[88] au sujet des menaces à l'indépendance des organismes de réglementation comme les services publics et les offices de l'énergie, lorsqu'ils s'acquittent des responsabilités en matière de consultation qui leur sont conférées par des mesures législatives et exécutives, ces organismes de réglementation deviennent les véhicules par lesquels la Couronne s'acquitte de ses responsabilités constitutionnelles. En agissant ainsi et en s'acquittant des obligations constitutionnelles de la Couronne, les organismes de réglementation ne sont pas autrement compromis en tant que décideurs indépendants, ce qui donne lieu à une crainte raisonnable de partialité. Le contexte dans lequel ils exercent leurs

[84] 2020 ABCA 163. J'examine ce jugement 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, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1>.

[85] 2019 ABCA 401, affg 2018 ABQB 262, une décision traitée dans David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2018 » (2019) 7:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/articles/2018-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation>.

[86] 2017 CSC 40, [2017] 1 RCS 1069.

[87] 2017 CSC 41, [2017] 1 RCS 1099.

[88] [1994] 1 RCS 159.

activités est également caractérisé comme satisfaisant à l'exigence de présence d'une obligation de consulter issue de la « mesure envisagée de la Couronne ».

3. Pour justifier le recours, en tout ou en partie, à de tels processus réglementaires, la Couronne doit tenir compte du régime législatif ou exécutif (de fond, de procédure et de réparation) dans lequel l'organisme de réglementation exerce ses activités, ainsi que de son expertise institutionnelle globale.

4. Pour leur part, les organismes de réglementation ont généralement la capacité et l'obligation d'évaluer si la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter, obligation qui, contrairement à un précédent et à une décision antérieure de l'Alberta Utilities Commission, s'applique indépendamment de la question de savoir si la Couronne est partie à l'instance devant l'organisme de réglementation.

5. Les organismes de réglementation et ceux à qui la Couronne a confié la responsabilité de mener des consultations peuvent également, par leurs propres processus, satisfaire en tout ou en partie à l'obligation constitutionnelle.

6. De même, la Couronne et ceux qui agissent au nom de la Couronne ont le droit de compter sur les efforts de consultation des promoteurs pour évaluer si, seule ou en combinaison avec leurs propres efforts, cette obligation a été respectée.

En résumé, ce qui ressort des arrêts *Clyde River* et des *Chippewas of the Thames* est presque un modèle complet pour l'élaboration d'une gamme de processus réglementaires qui, dans l'ensemble, respecteront l'étendue de l'obligation constitutionnelle et établiront également des normes structurelles à l'intérieur desquelles l'évaluation des efforts de consultation sera effectuée. Au-delà de tout cela plane bien sûr le spectre du contrôle judiciaire ou de l'appel prévu par la loi. Cependant, avec la création du cadre, les procédures judiciaires sont maintenant plus souvent axées sur une évaluation des procédures avancées pour justifier l'exécution de l'obligation que sur des questions d'autorité et de pertinence de la structure dans laquelle un régime de consultation existe.

IV. LIMITES CONSTITUTIONNELLES À LA RECONNAISSANCE JUDICIAIRE DE L'OBLIGATION DE CONSULTER

À la fin de 2014, le juge Hughes de la Cour fédérale, à la surprise de plusieurs, a conclu que l'obligation de consulter pouvait être invoquée dans le contexte d'une loi de base lorsqu'il y avait une possibilité suffisante que la loi puisse avoir un effet préjudiciable sur les droits et les intérêts des peuples autochtones. Bien qu'il n'ait pas atteint le stade de la préparation de lois de base et de la présentation de celles-ci au Parlement, une fois présentée, l'obligation de consulter a été déclenchée. L'étendue de l'obligation dépendrait de la nature de l'incidence et de la probabilité que le préjudice redouté se concrétise. Toutefois, compte tenu des normes constitutionnelles, il ne conviendrait pas qu'une cour de révision prononce une injonction. Le mieux qu'un tribunal puisse faire est plutôt de formuler une déclaration selon laquelle l'obligation n'a pas été respectée[89].

Presque deux ans plus tard, jour pour jour, la Cour d'appel fédérale a accueilli un appel de ce jugement, les juges majoritaires ayant conclu qu'en ce qui concerne la *Loi sur les Cours fédérales*, le processus législatif n'impliquait pas un « office fédéral ». De façon plus générale, le fait d'imposer une telle obligation au processus parlementaire supposerait, par référence au principe constitutionnel non écrit de la séparation des pouvoirs, une ingérence judiciaire inadmissible dans les activités du pouvoir législatif[90].

Près de deux ans plus tard, après avoir obtenu l'autorisation d'interjeter appel, la Cour suprême a conclu, à la majorité que la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence pour imposer aux processus parlementaires l'obligation de consulter lorsque les droits, les intérêts et les revendications des peuples

[89] *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2014 CF 1244.

[90] *Canada (Gouverneur général en conseil) c Première nation crie Mikisew*, 2016 CAF 311, [2017] 3 RCF 298.

autochtones étaient menacés dans le projet de loi dont le Parlement était saisi[91].

Les neuf juges ont reconnu que les procédures avaient été intentées de façon inappropriée au sens où l'entendait la Cour d'appel. Les demandes de contrôle judiciaire ne pouvaient être présentées que dans le cadre des procédures d'un « office fédéral » en général et, en vertu de l'article 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, le gouverneur en conseil ou le Parlement était exclu de cette définition. En ce qui concerne l'article 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère une compétence concurrente à la Cour fédérale « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne », cela ne s'appliquait pas aux actes des membres de l'exécutif lorsqu'ils exerçaient leur pouvoir législatif, non seulement en préparant et en déposant des mesures législatives, mais aussi aux autres étapes devant le Parlement sur la voie de la promulgation.

Une majorité[92] de la Cour, dans trois jugements différents, a ensuite conclu que dans tous les cas, l'obligation de consulter ne se rapportait pas directement aux mesures prises par le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif à quelque étape que ce soit du processus législatif, la préparation, le dépôt ou la promulgation. Pour justifier cette proposition, les juges majoritaires ont expliqué de diverses façons leur position en faisant référence au privilège parlementaire, à la séparation des pouvoirs, à la souveraineté parlementaire et à la common law canadienne voulant que les fonctions législatives, en l'absence d'une directive législative, ne bénéficient pas des protections d'équité procédurale. Cependant, au moins quatre des neuf juges ont fait valoir qu'un défaut de consultation pourrait, dans le contexte d'attaques subséquentes contre la constitutionnalité et l'application de la loi, s'avérer pertinent à l'étape de justification de l'analyse pertinente.

Pour le moment, cependant, il reste à voir si de telles spéculations sont appuyées dans un examen judiciaire ultérieur visant à déterminer si la consultation est d'une quelconque façon pertinente pour l'adoption et la mise en œuvre de lois de base.

De plus, une autre couche aurait pu être ajoutée par l'adoption, en juin 2021, de la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*[93].

L'article 19 de la *Déclaration* se lit comme suit :

> Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés — par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives — avant d'adopter et d'appliquer des mesures **législatives** ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. [emphase ajoutée]

Cet engagement est renforcé dans le préambule de la *Loi* :

> que le gouvernement du Canada est déterminé à prendre des mesures efficaces — d'ordre **législatif**, politique et administratif, entre autres — à l'échelle nationale et internationale, en **consultation** et en collaboration avec les peuples autochtones, afin d'atteindre les objectifs de la *Déclaration*. [emphase ajoutée]

Vient ensuite l'engagement « que la protection des droits ancestraux ou issus de traités — reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*[94] ».

Ces engagements fourniront-ils un tremplin vers la reconnaissance judiciaire des droits de participation dans les processus d'adoption de lois de base touchant les droits ancestraux, comme l'obligation de consulter, un concept qui trouve son origine dans l'honneur de

[91] *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 RCS 765.

[92] La juge Abella, avec le concours de la juge Martin, a accepté que l'obligation constitutionnelle de consulter puisse être imposée au nom de l'honneur de la Couronne dans le processus de promulgation des lois.

[93] LC 2021, c 14.

[94] Voir aussi l'article 2(2) de la *Loi* qui déclare que la Loi maintient les droits des peuples autochtones reconnus et confirmés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

la Couronne? À ces fins, l'une des questions essentielles est de savoir si la *Loi* donne lieu à des droits judiciairement exécutoires. Ou le plan d'action prévu aux articles 5 à 7 de la *Loi* représente-t-il l'ensemble des mécanismes juridiques par lesquels les promesses de la *Loi* seront mises en œuvre, un mécanisme juridique qui n'envisage pas explicitement la participation des tribunaux?

Une autre façon d'analyser l'incidence de la *Loi* sur le droit interne consiste à se demander si la reconnaissance par le préambule « que la *Déclaration* est une source d'interprétation du droit canadien » ne fait pas plus que traiter du déploiement de la *Loi* et de la *Déclaration* dans l'interprétation du droit canadien existant. S'agit-il seulement d'un engagement à tenir compte de la *Déclaration*, à des fins d'interprétation, lorsque les tribunaux et d'autres parties évaluent l'action de la Couronne par référence à la *Déclaration*, à la *Loi* et à d'autres sources de droit autochtone? Ou est-ce que l'article 4(a) de la *Loi*, avec son affirmation que la *Déclaration* constitue « un instrument international universel en matière de droits de la personne qui trouve **application** en droit canadien » [emphase ajoutée] promet plus que cela? L'article 4(a) est-il plutôt une source de droits normatifs et juridiquement exécutoires qui, dans le cas de l'obligation de consulter, a préséance sur la caractérisation par la Cour dans *Mikisew* du processus législatif comme étant une « zone interdite »?

On peut également faire valoir que la *Première Nation crie Mikisew* laisse planer l'importante question de savoir si l'obligation de consulter peut être invoquée relativement à la promulgation de diverses formes de mesures législatives subordonnées. Le jugement du juge Rowe était le seul (avec lequel les juges Moldaver et Côté étaient d'accord) qui faisait référence (puis indirectement) aux précédents de la common law canadienne dans lesquels la Cour suprême a établi que l'obligation implicite d'équité procédurale n'atteignait pas les fonctions « législatives » d'aucune nature. Dans leur jugement dissident, les juges Abella et Martin ont certainement abordé la question de façon générale :

> Bien que le droit régissant le contrôle judiciaire, qui s'applique à l'exercice de pouvoirs législatifs ou de la prérogative royale, soit souvent en cause dans des affaires de consultation, l'obligation de consulter ellemême se rapporte à tout exercice des pouvoirs de la Couronne, y compris aux mesures législatives[95].

Dans ce qui paraît une opinion contraire, le juge Rowe a déclaré ce qui suit (sans les références aux affaires) :

> Quant à l'obligation de consulter, les mesures de la Couronne sont susceptibles de contrôle judiciaire selon les principes généraux en la matière… Ces principes ne permettent pas aux tribunaux de contrôler des décisions de nature législative pour des motifs d'équité procédurale… Règle générale, le gouvernement n'a pas à faire preuve d'équité procédurale dans l'exercice de fonctions législatives[96].

Bien qu'il ne l'ait jamais affirmé de façon aussi explicite, ce paragraphe soulève la question suivante : Pourquoi inclure une telle déclaration si ce n'est d'exprimer l'opinion que, du moins en général[97], l'obligation de consulter ne se rattache pas à la formulation et à l'adoption de mesures législatives subordonnées? Quoi qu'il en soit, étant donné que cela ne représente que la position de trois juges des neuf juges, il serait imprudent de traiter cette déclaration comme contraignante ou même comme source convaincante en cette matière. Bien qu'elle puisse énoncer le droit avec exactitude à l'égard d'une situation autre que l'obligation de consulter, l'obligation de consulter repose sur des fondements différents des principes

[95] *Supra* note 91 au para 75.

[96] *Ibid* au para 168.

[97] En fait, trois des quatre précédents invoqués par le juge Rowe comportaient des arguments en faveur des droits de participation dans le contexte de l'introduction et de l'adoption de lois de base : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525, à la p 558; *Wells c Terre-Neuve*, [1999] 3 RCS 199, au para 59, et *Authorson c Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 RCS 40, au para 41. La seule exception était *Proc. Gén. du Can. c Inuit Tapirisat* et autre, [1980] 2 RCS 735, aux pp 758–59, un jugement rejetant l'application de l'obligation d'équité procédurale dans le contexte d'un appel au gouverneur en conseil d'une décision du CRTC.

de common law concernant l'application de l'obligation d'équité procédurale. On peut également considérer qu'elle va à l'encontre de l'arrêt *Tsuu T'ina Nation c Alberta (Environment)*[98], dans lequel la Cour d'appel de l'Alberta a statué que l'obligation de consulter est liée à l'adoption par décret d'un plan de gestion de l'eau, ce qui constitue clairement une décision législative.

Il est également possible d'imaginer qu'une majorité de la Cour appuie la proposition selon laquelle l'obligation de consulter s'applique à des mesures législatives subordonnées. Les jugements des juges Abella et Martin voulant qu'elle s'applique à la loi primaire sous-tend évidemment qu'elle s'applique nécessairement aussi, lorsqu'invoquée autrement, aux sources de droit primaires subordonnées. La juge Karakatsanis (avec qui le juge en chef Wagner et le juge Gascon concourent) a expressément déclaré que ses conclusions concernant le texte législatif principal ne s'appliquaient pas aux sources de droit primaires subordonnées. Cela fait cinq membres de la Cour qui appuient directement ou indirectement l'application du critère de l'obligation de consulter à d'autres lois que le texte législatif principal. Dans la mesure où les tribunaux ultérieurs ne voient pas cette combinaison de points de vue autrement opposés sur la question des sources de droit primaires comme simplement une base qui aurait permis de résoudre la question. Il pourrait toutefois être imprudent de s'appuyer sur cette décision pour régler ce qui pourrait autrement sembler être un débat en cours[99].

Il est également vrai que les fondements constitutionnels de la proposition selon laquelle l'obligation de consulter ne se rattache pas au processus d'adoption d'un texte législatif principal n'ont pas la même résonance dans le cas de textes législatifs subordonnés. Dans la mesure où ils sont fondés sur les privilèges et les prérogatives du Parlement ou des Assemblées législatives et sur une suprématie législative qualifiée, ils ne transcendent pas cette arène et ne donnent pas lieu à des immunités de la part du pouvoir exécutif dans l'exercice du pouvoir législatif délégué.

V. LA COMMON LAW DÉCLENCHE L'OBLIGATION D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE

Processus d'appel et d'approbation du Cabinet

Comme il a été mentionné dans la section précédente, pour justifier sa position selon laquelle l'obligation de consulter n'a pas été soulevée dans le contexte des textes législatifs de base et subordonnés, le juge Rowe s'est fondé[100] en partie sur au moins un jugement dans lequel la Cour suprême avait rejeté, pour des motifs de common law, une demande d'équité procédurale dans le contexte d'un appel du Cabinet, en l'occurrence un appel du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) au gouverneur en conseil. Dans l'arrêt *Proc. Gén. du Can. c Inuit Tapirisat et autre*, le juge Estey a qualifié la fonction du Cabinet de législative et précisé qu'elle n'est pas assujettie à un examen sur la base de l'iniquité procédurale[101]. Il est toutefois douteux que l'*Inuit Tapirisat* ait survécu, du moins en ce qui concerne la classification d'un appel d'un organisme de réglementation au gouverneur en conseil comme étant de nature législative.

Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c Canada (Procureur général)*[102], le juge Rothstein, prononçant le jugement de la Cour, a exprimé des doutes

[98] 2010 ABCA 137.

[99] Voir l'analyse de cette question sous la rubrique « Does the Duty Apply to Legislative Action? », dans Heckman, Mullan, Promislow et Van Harten, *Administrative Law : Cases, Text, and Materials* (Toronto : Emond, 8e éd., 2022), ch 8, The Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples, 391, pp 407–10. Plus récemment, voir le jugement partiellement dissident du juge Corbett dans *Association of Iroquois and Allied Indians v Ontario (Minister of Environment, Conservation and Parks)*, 2022 ONSC 5161 (Cour divisionnaire), aux para 19–31, analysant l'arrêt *Mikisew*. La juge Swinton (avec le concours du juge Penny), au para 1 de son jugement, concourait avec le juge Corbett sur la conclusion de son jugement dans laquelle cette question a été traitée. Le juge Corbett souligne également (au para 21) la référence favorable de la juge Karakatsanis (au para 51) au texte de Nigel Bankes, « The Duty to Consult and the Legislative Process: But What About Reconciliation » (21 décembre 2016), en ligne : *ABlawg* <ablawg.ca/2016/12/21/the-duty-to-consult-and-the-legislative-process-but-what-about-reconciliation>.

[100] *Supra* note 91 au para 168.

[101] *Proc. Gén. du Can. c Inuit Tapirisat et autre*, *supra* note 97.

[102] 2014 CSC 40, [2014] 2 RCS 135.

quant au maintien du statut de l'*Inuit Tapirisat* sur la question de l'équité procédurale[103] en ce qui concerne les appels au Cabinet, et a déclaré que le gouverneur en conseil « n'agit pas à titre de législateur » lorsqu'il tranche les appels interjetés par l'Office des transports du Canada[104]. Il « il se **prononce lui-même** sur le fond de la question qui lui est soumise.[105] » [emphase ajoutée] Bien qu'elle l'ait fait dans le contexte de l'évaluation de l'application de l'analyse de la norme de contrôle à l'examen du fond d'une décision du gouverneur en conseil, la Cour a ouvert la porte à la contestation des processus d'appel au Cabinet pour des motifs d'iniquité procédurale.

L'obligation de consulter les peuples autochtones

Dans la mesure où l'obligation de consulter est considérée comme un concept de common law visant à mettre en œuvre les protections constitutionnelles écrites et non écrites dont bénéficient les peuples autochtones, elle fonctionne dans un cadre différent et plus large que les principes généraux d'équité procédurale de la common law. À l'exception controversée de l'application directe dans le contexte de l'adoption du texte législatif principal dont nous venons de discuter, il s'agit d'un devoir qui a une résonance dans tout l'univers du processus décisionnel en vertu d'une loi ou d'une prérogative. Dans les normes relatives à son invocation et à l'intensité de ses exigences, il se distingue de la mesure dans laquelle l'équité procédurale en common law est imposée au processus décisionnel gouvernemental.

Cette proposition est résumée dans le jugement dissident des juges Abella (et Martin) dans l'arrêt *Mikisew Cree Nation* :

> Comme l'honneur de la Couronne imprègne l'ensemble des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, l'obligation de consulter doit s'appliquer à l'exercice de tous les pouvoirs qui sont assujettis à un examen fondé sur l'art. 35[106].

De plus, la portée de l'obligation de consulter est probablement la plus pertinente et la plus efficace dans le domaine des décisions exécutives et politiques qui touchent les droits ancestraux, un domaine qui est normalement hors de portée pour l'obligation d'équité procédurale en common law. À d'autres égards, comme je l'ai déjà fait valoir, le seuil de déclenchement de l'obligation de consulter revêt un caractère fort différent des exigences générales du seuil en common law déclenchant l'obligation d'agir de façon équitable sur le plan de la procédure. Ainsi, lorsqu'un droit ou une revendication qui a été établi de façon définitive est en cause, l'application du devoir ainsi que l'intensité des obligations procédurales qu'il impose dépendent en grande partie de l'analyse, par le tribunal, de la force de la revendication qui n'a pas encore été déterminée ou réglée. Il s'agit de savoir si le contexte décisionnel est une action législative, exécutive ou juridictionnelle de la part de la Couronne ou s'il implique la Couronne, ou, en ce qui concerne le seuil d'équité procédurale de la common law, la prise de décisions « fondée sur des motifs généraux d'ordre public[107] ». Cela reflète également la réalité selon laquelle les revendications relatives aux avantages de l'obligation de consulter sont, pour la plupart, fondées et liées collectivement à la prise de décisions ou à une action qui a une incidence de portée générale.

Il faut toutefois reconnaître que, même lorsque le degré de consultation doit être profond, comme l'illustre le jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Nation Gitxaala c Canada*[108], l'évaluation du niveau de consultation peut ressembler beaucoup à l'analyse que les tribunaux appliquent pour vérifier la conformité aux normes procédurales de la common law en réponse aux allégations de partialité, au caractère adéquat des motifs et, de façon plus générale, à l'avis, à la divulgation et d'autres sources possibles d'injustice procédurale.

---

[103] *Ibid* au para 39. Cela « pourrait ne pas représenter l'état actuel du droit » [traduction].

[104] *Ibid* au para 51.

[105] *Ibid* au para 52.

[106] *Supra* note 91 au para 63, et cité par le juge Corbett dans *Association of Iroquois Indians*, *supra* note 99 au para 25.

[107] Voir *Martineau c Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 RCS 602 à la p 628.

[108] 2016 CAF 187, [2016] 4 RCF 418.

Principes de common law concernant l'invocation de l'obligation d'équité procédurale

Bien que ce document porte en grande partie sur les changements et les évolutions du droit administratif qui ont une incidence sur le droit et la réglementation de l'énergie, j'ai tenu pour acquis qu'il n'excluait pas l'évaluation des domaines où il y a eu peu ou pas de changement. Dans l'ensemble, le seuil d'application de la common law en matière d'équité procédurale est l'un de ces domaines. Comme il a été mentionné ci-dessus, la seule exception évidente se situe dans le contexte des appels interjetés auprès du gouverneur en conseil contre la prise de décisions réglementaires, un processus qui est maintenant classé comme étant de nature « juridictionnelle ». Des obligations procédurales peuvent également être rattachées au gouverneur en conseil et aux mesures législatives subordonnées, en général, lorsque l'obligation de consulter est déclenchée. Toutefois, de façon plus générale, dans l'arrêt *Mikisew*, le juge Rowe décrit avec exactitude l'état actuel du droit. L'arrêt *Inuit Tapirisat*, de 1980, fait encore autorité sur le principe général même s'il ne gouverne plus dans le cas des appels au Cabinet :

> En règle générale, le gouvernement n'a aucune obligation d'équité procédurale dans l'exercice d'une fonction législative [traduction][109].

Dans un examen approfondi de cette question en 2018[110], la juge Kane de la Cour fédérale a réaffirmé cet aspect de l'arrêt *Inuit Tapirisat* et a indiqué clairement que, à ces fins, une mesure législative incluait le gouverneur en conseil dans l'élaboration de mesures législatives subordonnées. La juge Kane s'est également appuyée sur un autre arrêt de la Cour suprême de 1980 qui fait autorité dans ce domaine : *Martineau c Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (no 2)*[111]. Ici, le juge Dickson (dans une décision avec laquelle le juge en chef Laskin et le juge McIntyre concourent) a déclaré ce qui suit :

> Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu[112].

Cela suggère une limitation encore plus large de la portée de l'équité procédurale implicite. Par la suite, en 1990, dans l'arrêt *Knight c Indian Head School Division No. 19*[113], la juge L'Heureux-Dubé a caractérisé ce concept en établissant une distinction entre les pouvoirs décisionnels de « nature législative et générale » qui n'entraînaient pas l'obligation d'agir de façon équitable sur le plan de la procédure et ceux d'un « de nature plus administrative et particulière » qui déclenchaient généralement cette obligation. Élaborant davantage sur la question, en 2002, la juge d'appel Oland, en rendant le jugement de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Potter v Halifax Regional School Board*[114], décrit la distinction comme existant sur une échelle mobile en termes de niveaux de généralités avec des décisions visant une personne en particulier à une extrémité et la prise de décisions ayant des dimensions politiques générales et créant des normes plutôt que de décider de leur application à des situations particulières.

C'est sur cette base qu'en 2022, dans l'affaire *TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs)*[115], la Cour d'appel de l'Alberta, dans un contexte de réglementation de l'énergie, a déterminé que la publication de lignes directrices ministérielles établissant des normes d'amortissement n'entraînait pas une obligation d'équité procédurale, bien que l'aspect particulier des lignes directrices qui faisait l'objet d'une contestation ait eu une incidence sur un nombre limitée de centrales électriques alimentées au charbon. Ce faisant,

---

[109] *Supra* note 97 au para168.

[110] *Syndicat canadien de la fonction publique c Canada (Procureur général)*, 2018 CF 518, aux para 119–34.

[111] [1980] 1 SCR 602.

[112] *Ibid* à la p 628.

[113] [1990] 1 RCS 653 au para 26.

[114] 2002 LSRN 88 au para 40

[115] 2022 ABCA 381.

la Cour d'appel a distingué[116] le jugement de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Tesla Motors Canada ULC v Ontario (Ministry of Transportation)*[117]. Ici, en annulant un programme de subvention pour l'achat de véhicules électriques, le ministre avait créé un délai de grâce, mais dans une lettre à Tesla, il avait indiqué que l'entreprise ne pouvait pas bénéficier de ce délai de grâce. En concluant que Tesla pouvait faire l'objet d'une distinction, la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré ce qui suit :

> Dans ce cas, une seule entité a été intentionnellement ciblée par un ministre à des fins non pertinentes. Il en est autrement ici. Le fait que les *2027 Linear Guidelines* puissent avoir une incidence différente sur les intérêts des propriétaires de centrales électriques alimentées au charbon par rapport à ceux des propriétaires d'autres types de propriétés ne transforme pas l'acte législatif du ministre en une décision « administrative » ouvrant droit à une obligation d'équité procédurale [traduction][118].

L'application du critère standard pourrait reposer sur ces marges étroites.

Il convient également de mentionner que dans l'affaire *TransAlta*, la Cour d'appel a rejeté l'argument selon lequel, si la common law ne déclenchait pas une obligation d'équité procédurale, les entreprises touchées pourraient néanmoins faire valoir l'application de la doctrine de l'attente légitime. En ce qui concerne le critère standard pour une conclusion d'attente légitime,

> … la preuve invoquée par les appelants n'établit pas clairement, sans ambiguïté et sans réserve que les appelants seraient consultés au sujet de la disposition contestée [traduction][119].

À première vue, cela semble imposer un lourd fardeau de la preuve à ceux qui affirment une « attente légitime » et cela soulève des questions quant à l'établissement d'une attente légitime découlant d'une conduite, comme dans le cas d'un éloignement par rapport à des pratiques de longue date.

Lorsqu'on ajoute à cela l'admonestation continue voulant que la version canadienne ne s'étende pas au déploiement d'une attente légitime comme voie vers un droit substantiel (par opposition à un droit procédural)[120], ainsi que l'incertitude quant à savoir s'il peut même être invoqué en ce qui concerne un processus décisionnel qui n'est pas autrement assujetti à une obligation d'équité procédurale en common law[121], le pronostic actuel de la santé de cette doctrine ne peut être favorable.

VI. DIMENSIONS ÉTHIQUES DES PROCESSUS DE RÉGLEMENTATION

Dans mes deux derniers examens annuels[122], j'ai discuté des procédures d'application de la loi de l'Alberta Utilities Commission concernant le groupe d'entreprises ATCO et, plus précisément, découlant d'un contrat conclu par ATCO. Les allégations ont été formulées dans le contexte d'une demande tarifaire présentée par ATCO Electric. Elles sous-tendaient, à un niveau général, une allégation de manque de

---

[116] *Ibid* aux para 95–98.

[117] 2018 ONSC 5062.

[118] *Supra* note 115 au para 98.

[119] *Ibid* au para 102, un critère approuvé par la Cour suprême du Canada dans *Agraira c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, *supra* note 48, au para 95, citant les juges Brown et Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, 7:1710.

[120] *Ibid* au para 101, citant (*inter alia*), *Agraira*.

[121] *Ibid* au para 102.

[122] David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la règlementation de l'énergie en 2021 » (mai 2022) 10:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/regular-features/2021-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation>; Voir aussi, David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la règlementation de l'énergie en 2020 », (2021) 9:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/regular-features/2020-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law1.

franchise et de candeur de la part d'ATCO Electric dans sa justification de sa demande tarifaire et ce qui aurait impliqué une stratégie visant à transférer aux contribuables d'ATCO Electric les coûts d'un contrat qu'ATCO Electric a conclu à une valeur supérieure à la juste valeur marchande en faveur d'une société affiliée non réglementée.

Il ne fait aucun doute qu'il s'agit du genre d'affaire qui suscite le scandale et ATCO a réagi rapidement lorsque le personnel d'application de la loi de la Commission a demandé à la Commission d'autoriser le début de procédures d'application de la loi en vertu des articles 8 et 63 de l'*Alberta Utilities Commission Act* en vue de déterminer si ATCO avait enfreint des dispositions des lois pertinentes et, le cas échéant, devrait se voir imposer une pénalité administrative. La demande du personnel d'application de la loi a été présentée au terme d'une enquête le 29 novembre 2021[123]. Le 30 novembre 2021, ATCO a publié les résultats de sa propre enquête interne. Voici un extrait d'un reportage paru le même jour :

> Une enquête interne menée par ATCO a révélé que des lacunes dans les procédures et les processus de divulgation de l'entreprise ont entraîné des contraventions au code de conduite entre sociétés affiliées, un ensemble de règles que les sociétés réglementées d'ATCO observent pour garantir des pratiques commerciales équitables et une divulgation appropriée [traduction][124].

L'Alberta Energy and Utilities Board avait approuvé ce code le 22 mai 2003[125]. Le premier de la liste des objectifs sous-jacents énoncés à l'article 1.1 du Code est le suivant :

> a. Créer un ensemble de règles clairement définies visant à améliorer la transparence entre les sociétés affiliées, l'équité et la responsabilisation de la haute direction à l'égard des interactions entre les sociétés affiliées ayant une incidence sur les sociétés réglementées [traduction].

Dans son introduction en ligne à son propre code de conduite entre sociétés affiliées, Fortis Inc est plus direct. Le Code

> … veille à ce que toutes les transactions entre FortisAlberta et ses sociétés affiliées soient effectuées de façon équitable et transparente [traduction][126].

Malgré les *mea culpa* et les justifications d'ATCO pour des actions qui, de son avis, étaient essentiellement au profit d'une collectivité des Premières Nations, l'autre partie au contrat pertinent, le processus a suivi son cours et a finalement abouti à l'approbation, par la Commission, d'une entente de règlement que le personnel d'application de la loi avait négociée avec ATCO[127]. Cette entente, comme je l'ai indiqué dans mon article d'enquête de 2022, a soutenu l'allégation du personnel d'application de la loi selon laquelle ATCO avait manqué à son « devoir fondamental d'honnêteté et de franchise envers son organisme de réglementation » [traduction][128] et équivalait à un défaut de s'assurer que les renseignements qu'elle a fournis à la Commission étaient « complets, justes et exacts » [traduction][129]. Parmi les sanctions imposées en vertu de l'entente de règlement figurait le paiement par ATCO d'une sanction administrative de 31 millions de dollars.

---

[123] Demande du personnel d'application de la loi de l'AUC pour l'introduction d'une instance en vertu des articles 8 et 63 de l'*Alberta Utilities Commission Act*, (30 novembre 2021), en ligne (pdf) : <mma.prnewswire.com/media/1699659/ATCO_Ltd__ATCO___Canadian_Utilities_Announce_Regulatory_Shortfal.pdf>.

[124] « ATCO and Canadian Utilities Announce Regulatory Shortfalls and Propose Corrective Actions », (30 novembre 2021), en ligne: *newswire.ca* <www.newswire.ca/news-releases/atco-amp-canadian-utilities-announce-regulatory-shortfalls-and-propose-corrective-actions-875746622.html>.

[125] « ATCO Group Inter-Affiliate Code of Conduct », (22 mai 2003), annexe 5 de la décision 2003-040 de l'EUB, en ligne (pdf) : *ATCO* <www.atco.com/content/dam/web/for-home/natural-gas/atco-group-affiliate-code-of-conduct.pdf>.

[126] « Compliance », en ligne : *FortisAlberta* <www.fortisalberta.com/about-us/our-company/compliance>.

[127] AUC Decision 27013-D01-2022.

[128] *Supra* note 119 au para 2(d).

[129] *Ibid* au para 141.

Quant à savoir si les sanctions imposées à ATCO étaient appropriées, je laisserai à d'autres le soin d'en débattre[130]. Le plus important, cependant, reste le message envoyé non seulement en raison de l'importance de la sanction, mais aussi par le précédent qu'elle établit en reconnaissant que le non-respect des normes éthiques et juridiques de conduite dans un contexte réglementaire entraîne des conséquences. À cet égard, je répète dans mon article d'enquête de 2022 la puissante déclaration du vice-président de la Commission, M. Larder, approuvant le règlement :

> 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 considérable et important [traduction][131].

Il s'agit sans aucun doute d'une indication des responsabilités de ceux qui, à divers titres, comptent sur l'impartialité des processus de réglementation. Sans franchise et sans transparence de la part de tous les participants, le pacte sur lequel ces processus sont fondés peut être gravement, voire mortellement, compromis. La décision fait également passer le statut des codes de conduite réglementaires et de la reconnaissance des obligations de franchise et de transparence à plus que simplement une composante reconnue, mais rarement invoquée, d'un site Web d'entreprise, au statut de documents qui ont un sens et qui reflètent un authentique engagement envers les valeurs sous-jacentes.

De plus, les principes enchâssés sont des principes qui ne devraient pas s'appliquer seulement aux participants à des audiences réglementaires. Comme l'illustre la fureur persistante au sujet du retard de l'Alberta Energy Regulator à divulguer de l'information au sujet d'une fuite grave à un point de sortie de rejets, qui touche particulièrement les collectivités autochtones locales[132], les organismes de réglementation eux-mêmes ont des responsabilités en matière de franchise et de transparence. Les demandes de démantèlement de l'Alberta Energy Regulator et les expressions d'une perte de confiance envers l'organisme de réglementation sont ancrées dans les mêmes valeurs qui étaient en cause dans les transgressions d'ATCO[133].

---

[130] Pour une analyse critique des pénalités financières imposées par l'Alberta Energy Regulator pour violation des modalités d'un ordre d'approbation réglementaire, l'AER *Administrative Penalty 202304-03, Ovintiv Canada ULC*, voir Drew Yewchuk, « Administrative Penalties at the Alberta Energy Regulator: A Gentle Slap on the Wrist for Ovintiv » (12 avril 2023) en ligne (pdf) : *ABlawg* <ablawg.ca/wp-content/uploads/2023/04/Blog_DY_AER_Penalties.pdf>.

[131] *Supra* note 127 au para 91.

[132] Voir Emma Graney, « Alberta didn't reveal Imperial Oil leak for months, says Environment and Climate Change Canada » (9 mars 2023), en ligne : *The Globe and Mail* <www.theglobeandmail.com/business/article-imperial-oil-leak-indigenous> et « First Nations call on Ottawa to supervise Imperial Oil investigation » (18 avril 2023), en ligne : *The Globe and Mail* <www.theglobeandmail.com/business/article-first-nations-call-on-ottawa-to-oversee-investigation-on-imperial-oil>; Voir aussi Drew Yewchuk, « The Alberta Energy Regulator and the Disclosure Without Delay Rule in *FOIP* » (6 mars 2023), en ligne : *Ablawg* <ablawg.ca/2023/03/06/the-alberta-energy-regulator-and-the-disclosure-without-delay-rule-in-foip>. Dans le contexte des demandes de contrôle judiciaire, voir Paul Daly, « The Prospects for Candour: Solutions for the Limited Record Problem » (12 avril 2022), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2023/04/12/the-prospects-for-candour-in-canada-solutions-for-the-limited-record-problem>.

[133] Pour d'autres commentaires des médias sur les manquements des organismes de réglementation qui peuvent entraîner une perte de confiance de la part des organismes réglementés et du public en général, voir, dans le contexte de la réglementation des valeurs mobilières, Ken Kivenko et Ed Waitzer : « OSC needs to take accountability seriously or risk losing public confidence », *The Globe and Mail*, (30 janvier 2023), et Nicolas Van Praet, « Quebec securities regulator says it has revised how it do investigations », *The Globe and Mail*, (15 février 2013).

VII. DÉFENSE DES DÉCISIONS – LE RÔLE DU DÉCIDEUR

Dans notre modèle de règlement des litiges traditionnel, les tribunaux ne comparaissent pas en tant que parties à des appels de leurs décisions. Il est généralement admis que leurs décisions et le compte rendu officiel de leurs procédures constituent le fondement de l'appel ou du contrôle. Il est inconvenant et inapproprié qu'ils soient autrement entendus pour justifier le bien-fondé de leurs décisions.

En 1979, ces mêmes principes ont été pour la plupart adoptés par la Cour suprême du Canada dans *Northwestern Utilities Ltd. et autre c Edmonton*[134], une procédure de demande tarifaire devant l'Alberta Public Utilities Board de l'époque. Northwestern soutenait que, du moins en ce qui concerne les faits particuliers en cause, la Commission devrait tenir compte des pertes subies avant la présentation d'une demande dans le cadre d'un exercice d'établissement des tarifs. La Commission s'est rendue à cet argument. Edmonton a interjeté appel de cette décision avec succès devant la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[135]. La Ville a également eu gain de cause sur un argument secondaire selon lequel de la Commission ne s'était pas acquittée de l'obligation légale de fournir les motifs de sa décision. Dans le cadre de l'appel interjeté par Northwestern devant la Cour suprême du Canada, le juge Estey, prononçant le jugement de la Cour, a confirmé les deux motifs du jugement de la Division d'appel[136].

Le juge Estey s'est ensuite penché sur le rôle que l'avocat de la Commission avait joué devant la Cour suprême, un rôle que le juge Estey a décrit comme une « participation aussi active[137] ». Malgré le fait que l'article 65 de la *Public Utilities Board Act*[138] donnait à la Commission le droit « d'être entendue en plaidoirie dans tout appel » [traduction], cela ne signifiait pas que la Commission avait les mêmes droits de participation que les parties qui avaient comparu devant elle. En l'absence d'une reconnaissance législative explicite du fait que la Commission avait un statut égal à celui des parties contestantes dans le cadre de l'appel ou d'une disposition prévoyant des observations complètes ou partielles du décideur, son rôle était davantage de nature *amicus curiae*. En termes concrets, cela signifiait que la participation de la Commission se limitait « à la présentation d'explications » par rapport au dossier dont disposait la Cour et visait à fournir « d'observations sur la question de sa compétence[139] ». À ces fins, les questions de justice naturelle et de respect de l'obligation légale de fournir des motifs ne comptaient pas comme des questions de compétence, et la portée et l'interprétation de la disposition

---

[134] [1979] 1 SCR 684 [*Northwestern Utilities*].

[135] (1977) 3 AR 317 (SCAD).

[136] *Supra* note 134 aux pp 708–11.

[137] *Ibid* au para 708.

[138] RSA 1970 c 302. Le paragraphe 29(12) de l'*Alberta Utilities Commission Act*, SA 2007 c A-37(2), a remplacé cette disposition. Pour d'autres dispositions concernant le statut du décideur dans les demandes de contrôle judiciaire ou les appels de ses décisions, voir par exemple le para72(4) de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*, L.C. 2019, ch 28, para 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998 ch 15, annexe B, et, de façon plus générale applicable aux tribunaux, l'alinéa 15(1)b) de la *Judicial Review Procedure Act* de la Colombie-Britannique, SBC 1996 c 241, le para 9(2) de la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch J.1, et les articles 2 et 109(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, qui, lus en parallèle prévoit la participation des tribunaux à titre d'intervenants dans les appels ou les procédures de contrôle judiciaire de leurs décisions. Je me contenterai de dire que peu importe la façon dont les droits de participation des tribunaux sont formulés dans l'une ou l'autre de ces dispositions, les tribunaux ont généralement conclu, comme dans *Northwestern Utilities*, que les principes de common law régissant la participation des tribunaux sont sous-tendus implicitement dans la disposition pertinente. Voir en particulier *Ontario (Commission de l'énergie) c Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 RCS 147, aux para 58–59 (le juge Rothstein) en ce qui concerne la disposition de l'Ontario. Pour les demandes plus récentes dans le contexte de l'*Alberta Utilities Commission Act*, voir *Milner Power Ltd c Alberta (Utilities Commission)*, 2019 ABCA 127, aux para 26–29 (par le juge O'Ferrall) et *TransAlta Corp c Alberta (Utilities Commission)* 2022 ABCA 37, au para 14. Il convient toutefois de noter que les restrictions à la participation ne s'appliquent pas lorsqu'un tribunal ou un organisme de réglementation est poursuivi en common law ou en vertu de la Charte pour dommages-intérêts, comme dans *Ernst c Alberta Energy Regulator*, 2017 CSC 1, [2017] 1 RCS 3, au para 54. Ironiquement, le juge Cromwell a vu cette exposition comme l'une des justifications d'une immunité légale contre la responsabilité. L'organisme de réglementation n'aurait pas à se justifier, « pour éviter de compromettre son impartialité ou le caractère définitif de sa décision ».

[139] *Supra* note 134 à la p 709.

législative pertinente concernant les pertes passées n'ont pas franchi ce seuil; la cause portait sur le fond de la question et n'était pas de nature juridictionnelle[140].

La déclaration suivante résume bien l'essentiel des préoccupations du juge Estey au sujet d'une participation plus active de la Commission à l'audition de l'appel sur l'une ou l'autre des deux questions :

> Une participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties. La Commission a tout le loisir de s'expliquer dans ses motifs de jugement et elle a enfreint de façon inacceptable la réserve dont elle aurait dû faire preuve lorsqu'elle a participé aux procédures comme partie à part entière, en opposition directe à une partie au litige dont elle avait eu à connaître en première instance[141].

Dans mon commentaire précédent sur cette question[142], je retrace la jurisprudence dans laquelle, lentement mais sûrement, la question s'est précisée. La Cour suprême et les cours d'appel (y compris les appels et le contrôle judiciaire des décisions des organismes de réglementation de l'énergie) ont commencé à reconnaître que cette question n'avait pas été résolue de façon satisfaisante en imposant des interdictions générales ou « catégoriques » à la participation au tribunal fondées sur la notion de compétence et l'acceptation du fait que les questions de justice naturelle ou d'équité procédurale sont de nature juridictionnelle.

Les jugements du juge d'appel Goudge de la Cour d'appel de l'Ontario en 2005[143] et du juge d'appel Stratas de la Cour d'appel fédérale en 2010 ont particulièrement influencé l'évolution de la jurisprudence[144]. De façon plus générale, le fait que le droit canadien en matière de contrôle judiciaire s'éloigne de la notion de compétence pour établir une limite a exigé une refonte de l'approche « catégorique » dans ce domaine. Plus la jurisprudence relative à la norme de contrôle a évolué, plus il est devenu évident que la compétence était loin d'être un fondement clair pour déterminer ce qui était autorisé et ce qui ne l'était pas.

Le point culminant est survenu en 2015 quand le juge Rothstein a rendu le jugement d'une majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie) c Ontario Power Generation Inc.*[145]. En l'espèce, la Cour a rejeté explicitement l'approche catégorique pour déterminer le rôle du décideur dans les contestations judiciaires de ses décisions. À sa place, le juge Rothstein a conclu que l'approche appropriée consistait à traiter la question comme une question de pouvoir discrétionnaire pour la cour de révision ou d'appel dans laquelle divers facteurs, parfois contradictoires, devraient être soupesés pour déterminer l'étendue, le cas échéant, du rôle du décideur.

D'une part de cet exercice d'équilibre, il y avait les préoccupations au sujet du maintien de l'impartialité et du principe de finalité que le juge Estey a exprimé si fermement dans l'extrait de son jugement que j'ai cité plus tôt et que le juge Rothstein a reconnu[146]. Cependant, il y avait des préoccupations contradictoires fondées sur l'importance, pour la cour d'appel ou la cour de révision, de bénéficier de la meilleure défense de la décision du tribunal, ce qui exigerait au moins à l'occasion l'accès à « de[s] données et d[es] analyses à la fois utiles

---

[140] *Ibid* aux pp 709–11.

[141] *Ibid* à la p 709.

[142] David J. Mullan, « Évolution du droit administratif pertinent au droit et à la réglementation de l'énergie en 2015 » (2016) 4:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/articles/2015-developments-in-administrative-law-relevant-to-energy-law-and-regulation>.

[143] *Ontario (Children's Lawyer) v Goodis* (2005) 75 OR (3d) 309 (CA).

[144] *Canada (Procureur général) v Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 FCR 3; Voir aussi le jugement du juge d'appel Robertson dans *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 NBR (2d) 93.

[145] *Supra* note 138 aux para 42–72 [*Ontario Power Generation*].

[146] *Ibid* aux para 41, 52.

et importantes » à la disposition du tribunal, mais qui ne figurent pas autrement dans le dossier de l'audience[147].

Évidemment, comme dans le cas de *Northwestern Utilities*[148], la décision faisant l'objet du contrôle était celle d'un organisme de réglementation de l'énergie. Cependant, contrairement à *Northwestern Utilities*, où les parties en cause devant la Commission étaient des participants actifs aux deux procédures judiciaires, aucune partie n'a défendu la décision de la Commission devant la Cour divisionnaire dans l'affaire *Ontario Power Generation*[149]. Pour le juge Rothstein, il s'agissait d'un facteur important dans l'évaluation du rôle du décideur dans le contrôle judiciaire, et il en est toujours ainsi chaque fois que des questions relatives à la participation du décideur sont soulevées. Sans la présence improbable du procureur général ou la nomination d'un *amicus curiae*, la décision de la Commission n'aurait pas été défendue autrement.

Toutefois, il convient de souligner que, dans un autre appel entendu parallèlement à celui d'*Ontario Power Generation*, un organisme de réglementation a présenté des observations pour défendre le caractère adéquat de ses motifs et la norme de contrôle appropriée, malgré la présence d'une partie défendant le bien-fondé de sa décision. C'était dans l'affaire *ATCO Gas and Pipelines Ltd c Alberta (Utilities Commission)*[150], mettant en cause un successeur de l'Alberta Public Utilities Board, le décideur dans *Northwestern Utilities*, et la participation à l'appui de la décision de la Commission de l'Utilities Consumer Advocate. Dans son jugement dans cette affaire, la Cour suprême n'a pas dit s'il était approprié que la Commission présente des observations compte tenu de la présence de l'Utilities Consumer Advocate. Cela demeure curieux, surtout compte tenu du fait que le juge d'appel Slatter, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel de l'Alberta, a vivement critiqué la portée des observations de la Commission[151]. Toutefois, à tout le moins, dans l'esprit du jugement du juge Rothstein, il est implicitement clair que, selon des normes de participation contextuelles et de nature nuancée, la présence d'une partie plaidant en défense de la décision de la Commission ou du tribunal demeure un facteur à prendre en considération, mais ni à l'heure actuelle, ni même dans le cas de *Northwestern Utilities*, cela disqualifie la participation du décideur.

Ce qui établit une distance entre *Northwestern Utilities* et le nouveau régime est l'acceptation, par le juge Rothstein, que sur la base des faits d'*Ontario Power Generation*, à une exception mineure près, la Commission n'a pas outrepassé la portée permise de sa licence de participation lorsqu'elle a présenté des observations à la Cour suprême quant au caractère raisonnable de la décision faisant l'objet du contrôle[152]. Ce n'est certainement pas un aspect en faveur duquel le juge Estey aurait penché dans *Northwestern Utilities*. Ce qui est également important, c'est que le juge Estey a semblé regrouper tous les tribunaux administratifs afin d'établir les règles de base du rôle du décideur dans les procédures de contrôle judiciaire et d'appel prévues par la loi. Il en va autrement, a fait valoir le juge Rothstein dans *Ontario Power Generation.* La nature des procédures du tribunal était pertinente aux fins de l'évaluation du poids à accorder aux préoccupations relatives à l'impartialité et à l'attribution ultime de la capacité de participer à un appel ou à un contrôle judiciaire :

> Le fait que le tribunal tranche des différends individuels entre deux parties opposées, ou qu'il joue plutôt un rôle d'interprétation de politiques, de réglementation ou d'enquête, ou qu'il agisse au nom de l'intérêt public, exerce une influence sur la mesure dans laquelle des préoccupations relatives à l'impartialité sont soulevées [traduction][153].

---

[147] *Ibid* au para 52.

[148] *Supra* note 134.

[149] *Supra* note 134 au para 60.

[150] 2015 CSC 45, [2015] 3 RCS 219.

[151] *ATCO Gas and Pipelines Ltd c Alberta Utilities Commission*, 2013 ABCA 310, 556 AR 736, aux para 12–13.

[152] *Supra* note 138 au para 60.

[153] *Ibid* au para 59.

À cet égard, la Commission de l'énergie de l'Ontario s'inscrivait clairement dans cette dernière catégorie et méritait donc une plus grande tolérance à son endroit lorsqu'elle comparaissait pour défendre sa décision ou des aspects de celle-ci.

Quoi qu'il en soit, il est important de reconnaître que la caractérisation d'un tribunal comme une instance qui tranche des différends entre deux parties opposées plutôt que comme une instance qui se consacre davantage aux questions de politiques et de règlements d'intérêt public ne signifie pas pour autant que la participation du tribunal à la défense de ses décisions est nécessairement amputée. Au-delà du domaine de la réglementation de l'énergie, il existe un exemple clair dans le contexte des décisions relatives aux demandes d'indemnisation des accidentés du travail. En effet, la nature du processus se rapproche beaucoup plus des fonctions décisionnelles traditionnelles que, par exemple, la réglementation sur l'établissement des tarifs. Cependant, il est aussi vrai que bien souvent, lors d'un appel ou d'un contrôle judiciaire des répartitions de ces prestations, personne ne se présentera pour appuyer la décision du tribunal. Dans ce contexte, les rouages peuvent paraître quelque peu différents. N'empêche, depuis *Ontario Power Generation*, les tribunaux reconnaissent effectivement une plus grande participation que ce qui aurait été acceptable pour le juge Estey dans *Northwestern Utilities*. Cette reconnaissance accrue ressort d'une série de jugements de la commission d'indemnisation des accidentés du travail de la Colombie-Britannique dans lesquels personne ne s'est présenté pour appuyer la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire. Cela a permis au Workers' Compensation Appeal Tribunal de présenter des observations sur le bien-fondé de la décision faisant l'objet du contrôle[154].

Même si une partie se présente à l'appui de la décision faisant l'objet d'un appel ou d'un contrôle, il peut arriver qu'une participation limitée du tribunal soit autorisée. Cela est bien illustré par un jugement de l'Ontario impliquant l'équivalent ontarien du Workers' Compensation Appeal Tribunal de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Hydro Ottawa v Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeal Tribunal*[155], la Cour a autorisé le Tribunal, malgré la présence d'une partie défendant sa décision, à :

> … présenter des arguments concernant la norme de contrôle applicable, les questions de compétence, les considérations stratégiques et l'interrelation des dispositions législatives [de deux lois pertinentes][156] [traduction].

Toutefois, la Cour a indiqué qu'elle ne tiendrait pas compte des parties du mémoire du Tribunal dans lesquelles il traite du « caractère raisonnable de la décision » [traduction][157].

Certains pourraient déplorer le changement de l'approche catégorique à la question de la participation du décideur à la défense de ses décisions parce qu'ils y voient un recul par rapport à la certitude. Cependant, une fois que l'on accepte la nature poreuse de la compétence comme concept de contrôle et l'incertitude inhérente des limites précises d'un rôle explicatif, il devrait être évident, selon les principes de *Northwestern Utilities*, les appels aux avantages de la certitude plutôt qu'au pouvoir discrétionnaire contextuel perdent une grande partie de leur impact. Ce qui est également clair, c'est que les facteurs contextuels pertinents interagiront de différentes façons dans la recherche d'une délimitation appropriée du rôle précis du décideur.

TransAlta Corp c Alberta (Utilities Commission)[158] en donne une illustration éloquente. Dans le contexte d'une instance où la question critique était l'application et l'interprétation des principes de la chose jugée, la Cour a reconnu que la Commission

---

[154] Voir *CS v British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2019 BCCA 406, 31 BCLR (6th) 1, au para 48. Plus récemment, la même position a été adoptée dans *Pereira v British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2022 BCSC 1654, aux para 22–23, et *Ahluwalia v British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2022 BCSC 2139, aux para 18–21.

[155] 2019 ONSC 4898.

[156] *Ibid* au para 7.

[157] *Ibid*.

[158] *Supra* note 138.

avait le droit de présenter des observations sur le bien-fondé de cette question. Malgré la participation d'autres parties à l'appel[159], chacune avait reconnu ne pas avoir la capacité de défendre cet aspect de la décision de la Commission[160]. Toutefois, la Cour a pris soin de préciser que cela ne s'assimilait pas à une autorisation de compléter ses motifs pour résister à d'éventuelles préoccupations quant à leur caractère adéquat. Cela équivaudrait à une mesure d'« autojustification » inadmissible, de sorte que la Cour a indiqué qu'elle ne tiendrait pas compte de quoi que ce soit dans le mémoire de la Commission qui étofferait le renvoi, dans la décision de la Commission, à des « décisions antérieures [non mentionnées] » [traduction]. L'affaire reposait sur une pure question de droit qui pouvait et devait être traitée sur la base du compte rendu officiel des procédures, « tel qu'il existe et sans ajouts » [traduction][161].

En fait, s'il y a la moindre trace d'une approche catégorique de la question de la participation au tribunal, c'est bien la reconnaissance qu'il n'est pas permis de s'autojustifier ou de présenter des arguments entièrement nouveaux. Bien entendu, comme le juge Rothstein l'indique clairement dans l'arrêt *Ontario Power Generation*[162], il ne s'agit pas d'une interdiction qui s'applique exclusivement aux observations présentées par un tribunal dont la décision faisant l'objet d'un appel ou d'une demande de contrôle judiciaire. Elle a une portée beaucoup plus vaste et s'applique comme principe d'application générale dans le contexte de restrictions à la capacité d'agir d'une partie à un appel ou à une demande de contrôle judiciaire. Toutefois, dans le contexte de la participation du tribunal aux appels et aux demandes de contrôle judiciaire, il faut distinguer les principes interdisant l'autojustification et la présentation de nouveaux arguments des autres formes de représentation qui sont autorisées, surtout dans le contexte des organismes de réglementation et des organismes à vocation politique. Comme l'a souligné le juge Rothstein dans l'arrêt *Ontario Power Generation*[163], l'interdiction d'autojustification n'interdit pas les arguments qui sont implicites dans les motifs donnés pour la décision maintenant contestée, ou, de façon plus générale, qui fournissent des explications, des interprétations et un contexte par rapport à cette décision. Pour peu qu'il n'y ait pas d'incompatibilité avec les motifs de la décision ou de tentative de fournir des variations ou des interprétations de ces motifs, des observations explicatives devraient généralement être autorisées.

De toute évidence, compte tenu de l'étendue de la jurisprudence interprétant largement la question, mais, dans certains cas, s'appuyant sur *Ontario Power Generation*, il reste, dans les marges, des questions en suspens et des points de vue divergents sur la façon d'appliquer les principes de Rothstein. Comme on l'a déjà souligné, compte tenu des variations contextuelles dans lesquelles cette question peut se poser, il n'y a là rien de surprenant. Je crois qu'il est également juste de dire que certains juges ont, de façon intuitive, moins de tolérance à l'égard de la défense de leurs décisions par le tribunal que d'autres. Néanmoins, l'abandon de l'approche fondée sur des règles dans

[159] Normalement, la présence d'autres parties pour défendre la décision contestée signifie que le rôle du décideur sera [traduction] « considérablement restreint » : *The Office of the Utilities Consumer Advocate v Alberta (Utilities Commission)*, 2021 ABCA 282, au para 3 (selon le juge d'appel Slatter), dans le contexte d'une demande acceptée de trois services publics d'être ajouté en tant que parties à une demande d'autorisation d'appel. Toutefois, il convient de souligner que dans *Consumer Advocate v Newfoundland and Labrador (Board of Commissioners of Public Utilities)*, 2022 NLCA 39, aux para 11–27, la Cour a permis à la Commission de défendre le bien-fondé dans le contexte d'une demande d'autorisation d'appel, malgré la participation de Newfoundland Power qui plaidait en faveur de la décision de la Commission et contre l'octroi de l'autorisation d'appel. (Fait intéressant, dans *Fortis Alberta Inc v Alberta (Utilities Commission)*, 2020 ABCA 271, aux para 72–78, le juge d'appel Watson, en refusant d'entendre les observations orales de la Commission, a remis en question toute défense de la Commission à l'égard de sa décision dans le contexte d'une demande d'autorisation d'appel.)

[160] *Ibid* au para 14.

[161] *Ibid* au para 16.

[162] *Supra* note 138 au para 63.

[163] *Ibid* aux para 63–72.

Northwestern Utilities[164] a donné naissance à une approche plus nuancée et adaptée à la situation à l'égard de cette importante question, ce qui est une bonne chose.

CONCLUSIONS

Au cours de la dernière décennie et depuis la parution de la *Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie*, une grande partie du discours sur le droit administratif a continué d'être axée sur la norme de contrôle. Cette attention s'est intensifiée avec le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vavilov*. Pour ceux qui, pour quelque raison que ce soit, étaient en faveur d'une diminution de la retenue judiciaire à l'égard des décisions en vertu d'une loi ou d'une prérogative, ils ont certainement pu trouver un certain réconfort dans l'arrêt *Vavilov*, bien que le changement apporté par le jugement qui a fait l'objet des discussions les plus abondantes — plus aucune déférence pour les questions de droit pures dans les appels législatifs — ne se soit pas avéré aussi transformateur qu'on pensait. De plus, dans la mesure où la Cour a déclaré explicitement qu'elle menait un exercice qui établirait des normes encadrant l'univers de l'action administrative, cette ambition ne s'est pas concrétisée. Il subsiste encore de l'incertitude au sujet des modèles de norme de contrôle pour le contrôle judiciaire de l'iniquité procédurale et, ce qui est encore plus important, du contrôle judiciaire des lois subordonnées et d'autres manifestations du pouvoir exécutif.

Cependant, si nous détournons notre attention des subtilités de la norme de contrôle et des folies fréquentes qui ont présidé à l'évolution de cet aspect du droit relatif au contrôle judiciaire dans une perspective davantage axée sur le processus, il y a de quoi se réjouir de l'évolution observée cette dernière décennie. Malgré tous ses vices en ce qui concerne la norme de contrôle, l'effet durable de l'arrêt *Vavilov* peut reposer dans la formulation des divers éléments qui sous-tendent le contrôle du caractère raisonnable. Dans une perspective générale, j'ai souscrit au projet de déférence, et je m'inquiète de la mesure dans laquelle l'arrêt *Vavilov* implique un rejet de l'expertise en tant qu'influence contraignante sur le contrôle judiciaire. Quoi qu'il en soit, la formulation de la Cour des facteurs sur lesquels les décideurs administratifs qui souhaitent éviter le contrôle judiciaire devraient se concentrer fournit également une liste de contrôle de premier ordre pour la rédaction de motifs de grande qualité. Assurément, personne ne peut en disputer.

Au début de la période de dix ans visée par l'examen, on a aussi mis un accent important sur un processus qui a contribué à la conduite efficace des procédures de contrôle judiciaire. Je parle ici du jugement rendu par le juge Rothstein dans l'affaire *Ontario Power Generation*, qui a éloigné le droit d'une approche formaliste et catégorique pour le rapprocher d'une approche fonctionnelle pour déterminer dans quelle mesure les tribunaux eux-mêmes pourraient participer au processus de contrôle judiciaire. Enfin, on a reconnu qu'il y avait de nombreuses situations où au moins un certain degré de participation de la part du décideur pourrait mener à une prise de décisions plus éclairée.

Au niveau des organismes de réglementation, la Cour suprême, avec l'aide, dans une certaine mesure, des cours d'appel et des organismes eux-mêmes, a continué d'établir des normes procédurales encadrant l'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder les peuples autochtones dont les droits, les revendications et les intérêts ont été touchés par des procédures réglementaires. Encore une fois, le fonctionnalisme et le pragmatisme ont largement contribué à cette évolution.

---

[164] Un aspect du jugement du juge Estey qui a survécu est sa condamnation apparente de la « participation aussi active » de la part du décideur, vraisemblablement même pour les motifs de compétence et d'explication alors permis : *supra* note 134. Le juge d'appel Rothstein, *supra* note 138, aux para 71–72 (citant le juge d'appel Goudge dans Goodis, *supra* note 143, au para 61, met en garde la Commission (et ses avocats) quant au « ton » avec lequel ils défendent leurs décisions. Ils ne devraient pas adopter la « partisanerie agressive d'un adversaire » [traduction] (citant le juge d'appel Goudge). À cet égard, le juge Rothstein (au para 72) a reproché à la Commission d'affirmer que, même si la position de la Commission sur la question centrale était rejetée, dans toute remise, cela n'aurait aucune incidence sur le résultat global. Toutefois, on ne sait pas trop ce qui, dans d'autres circonstances, constituerait une participation « aussi active » et quelles sanctions seraient imposées dans le cas d'un mémoire ou d'un exposé oral trop accusatoire. À cet égard, le juge Rothstein (au para 72) parle de prendre des mesures pour « limiter la qualité pour agir du tribunal de manière à préserver son impartialité ». Cependant, il omet cruellement de préciser la nature d'une telle mesure de limitation. Il faudrait peut-être faire une mise en garde « d'adopter un ton posé » dans le cas des observations orales et de supprimer les parties offensantes d'un mémoire.

Fait remarquable, le même esprit n'a généralement pas éclairé les initiatives judiciaires tentant de faire passer le seuil pour invoquer l'obligation d'agir équitablement de critères qui ne sont rien d'autre que des incantations par formule à une approche plus fonctionnelle et souple des possibilités de participation. À cet égard, on devrait être reconnaissant de la mesure dans laquelle les législateurs, tant principaux que subordonnés, ainsi que de nombreux organismes et tribunaux, mais malheureusement pas tous, par l'entremise de leur pouvoir de réglementation, ont contribué au projet d'équité procédurale.

J'espère également que la récente instance disciplinaire de l'Alberta Utilities Commission contre ATCO fera mieux comprendre qu'il est dans l'intérêt de tous les participants aux processus réglementaires (y compris les organismes eux-mêmes) que la transparence et la franchise deviennent la norme attendue et acceptée. L'engagement à l'égard de la protection de l'intérêt public ne demande rien de moins et devrait mener à la reconnaissance d'un nouveau pacte réglementaire, même dans le cadre de la réglementation de ce qui est parfois des marchés fortement concurrentiels. ■

LE NOUVEAU PROGRAMME NATIONAL VISANT À ACCROÎTRE LES INVESTISSEMENTS DANS LES ÉNERGIES PROPRES ET RENOUVELABLES[1]

*Mike Richmond, Ted Thiessen, Julia Loney et Ryan Johnson**

Les initiatives en matière d'énergie propre et renouvelable sont au premier plan de l'action mondiale et de la politique gouvernementale dans le cadre des efforts déployés pour s'adapter aux changements climatiques et respecter les engagements en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES). Dans cette optique, le gouvernement du Canada (le « **gouvernement** ») a renforcé son engagement à l'égard de ce qui précède dans le budget de 2023 qu'il a récemment annoncé. Principalement, le gouvernement a fait des progrès pour établir le Canada comme un « endroit sûr, bien choisi et concurrentiel pour faire du commerce », en cherchant à attirer des investissements dans les énergies propres et renouvelables dans le secteur énergétique canadien, face à la concurrence sévère des États-Unis à la lumière de l'*Inflation Reduction Act of 2022* (loi américaine de 2022 sur la réduction de l'inflation).

L'engagement renouvelé du Canada est structuré de manière à offrir une certitude en matière d'investissement grâce à un certain nombre d'initiatives, notamment des contrats sur différence pour le carbone (CDC) et une multitude de crédits d'impôt à l'investissement (CII) pour les projets d'électricité propre, l'acquisition de technologies propres, la fabrication de technologies propres, l'extraction et le traitement de minéraux critiques et les projets de capture, d'utilisation et de stockage du carbone (CUSC).

Ensemble, les CDC et les différents CII visent à promouvoir un nouveau programme national destiné à garantir des investissements dans les projets de réduction des émissions de carbone et à développer une économie basée sur les secteurs de la technologie et de l'énergie propres.

A) CONTRATS SUR DIFFÉRENCE POUR LE CARBONE

Selon le budget de 2023, les CDC fourniront un nouvel outil d'investissement grâce auquel le Fonds de croissance du Canada, doté de 15 milliards de dollars, pourra soutenir des

[1] Le présent article consiste en une version révisée et combinée de (i) Ted Thiessen, « Budget 2023 : incitatifs pour les énergies propres et mesures pour le secteur des ressources » (23 mars 2023), en ligne : *McMillan LLP* <mcmillan.ca/fr/perspectives/publications/budget-2023-incitatifs-pour-les-energies-propres-et-mesures-pour-le-secteur-des-ressources>; et de (ii) Julia Loney et Mike Richmond, « Budget fédéral 2023 : compromis et concurrence – climat, carbone et contrats sur différence pour le carbone », en ligne : *McMillan LLP* <mcmillan.ca/insights/canadas-budget-2023-compromise-and-competition-climate-carbon-and-ccfds>.

*Mike Richmond, Ted Thiessen et Julia Loney sont partenaires chez McMillan LLP.

Ryan Johnson est stagiaire en droit à la firme.

projets de croissance propre. Les entreprises canadiennes qui envisagent des projets de décarbonisation et d'innovation technologique hésitent à faire les investissements nécessaires en raison de l'incertitude liée aux revenus de la vente de réductions de carbone ou de quotas excédentaires, étant donné que les prix futurs du carbone sont difficiles à prévoir. Cela est d'autant plus vrai que les avancées technologiques se produisent en parallèle et que les marchés du carbone n'en sont qu'à leurs débuts.

Les CDC sont destinés à répondre à cette incertitude en comblant les lacunes financières et réglementaires afin d'encourager les technologies à faible émission de carbone et les projets d'énergie renouvelable. Les CDC sont des contrats par lesquels un gouvernement convient avec la contrepartie d'un prix fixe du carbone sur une période déterminée. Au cours de cette période, la contrepartie se voit garantir le prix contractuel pour toute vente de réductions d'émissions de carbone ou de quotas excédentaires générés par le projet. Si le prix du marché du carbone auquel le crédit est vendu est supérieur au prix d'exercice contractuel, la contrepartie reverse le revenu supplémentaire au gouvernement. Si le prix du marché du carbone est inférieur au prix d'exercice, la contrepartie reçoit la différence.

Bien qu'ils soient nouveaux sur les marchés canadiens, les CDC sont couramment utilisés en Europe. Au Canada, ils offrent des opportunités dans le secteur des énergies renouvelables, notamment pour les projets liés à l'hydrogène, à l'énergie éolienne et à l'énergie solaire. Les CDC sont favorables aux producteurs et aux autres parties intéressées, car ils garantissent un revenu fixe pour les crédits carbone (qu'il s'agisse de réductions d'émissions de carbone ou de quotas excédentaires) générés par le projet.

En plus de servir d'outil de couverture pour les futurs prix du carbone et de stabiliser les revenus de projets d'énergie renouvelable, ils apportent également une crédibilité réglementaire aux industries naissantes. En effet, les gouvernements sont incités à maintenir les prix du marché du carbone à un niveau élevé afin que le coût financier d'un CDC sous-jacent soit moins élevé. Cela donne des garanties à ceux qui développent et utilisent de nouvelles innovations — à la fois en termes de soutien gouvernemental, mais aussi de marchés pour leur énergie, leurs produits et leur technologie.

Les CDC ont toutefois leurs limites :

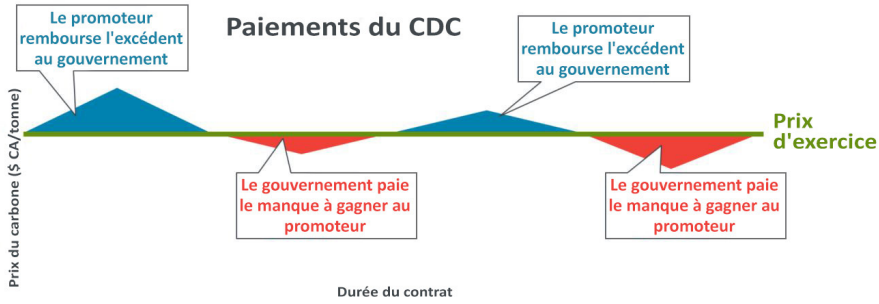
- Ils sont susceptibles d'être accordés à des projets spécifiques d'énergie renouvelable — et non à des sources spécifiques d'énergie renouvelable dans leur ensemble.

- Ils devront peut-être être adaptés à des zones géographiques ou à des secteurs d'activité particuliers afin de refléter les différences régionales. En outre, certains CDC pourraient refléter une collaboration entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial, en particulier si les gouvernements fournissent conjointement des fonds et partagent les risques.

- Ils garantissent le prix du crédit, mais pas le volume de crédits. Ainsi, l'exposition à des changements réglementaires pourrait nuire au volume de crédits générés par un projet, même si le prix est garanti.

- Ils peuvent être soumis à des restrictions en matière de commerce ou à d'autres conditions.

- Ils ne captent que le flux de revenus liés au carbone. Tous les autres revenus d'un projet devraient être pris en compte



et documentés, et les risques associés devraient également être pris en compte et atténués dans le cadre du portefeuille de contrats du projet.

- Les détails réglementaires concernant une procédure de passation de marché ou d'appel d'offres concurrentiel devront être déterminés. Le processus pourrait se concentrer sur des technologies spécifiques, ou sur des domaines plus vastes. En outre, le processus pourrait prendre en compte différentes technologies utilisées à différents stades du cycle de vie de l'énergie (comme l'exploration et la production, les secteurs intermédiaires, les secteurs en aval et les considérations relatives à la fin de vie ou à la remise en état (c'est-à-dire l'économie circulaire)).

- Ils peuvent être lourds sur le plan administratif, en particulier aux premiers stades.

- Ils devront être utilisés par le gouvernement fédéral en coordination avec d'autres outils contractuels et financiers afin d'assurer une compétitivité financière.

B) CRÉDITS D'IMPÔT À L'INVESTISSEMENT

i. Crédit d'impôt à l'investissement dans l'électricité propre

Le Canada ayant structuré une grande partie de son budget de 2023 autour de l'investissement dans les énergies propres et renouvelables, il est primordial de s'appuyer davantage sur un réseau électrique propre. La demande d'électricité du pays devant doubler d'ici 2050, le réseau et la capacité électriques du Canada doivent être multipliés par 2,2 à 3,4 par rapport à leur état actuel. Le gouvernement considère les crédits d'impôt à l'investissement comme le point d'ancrage des investissements significatifs dans l'évolution des énergies propres. Un crédit d'impôt à l'investissement pour l'électricité propre servira de véhicule pour atteindre ces objectifs.

Le crédit d'impôt à l'investissement dans l'électricité propre (le « **crédit EP** ») introduit un crédit d'impôt remboursable de 15 % pour les investissements admissibles dans les domaines suivants:

- Les systèmes de production d'électricité sans émissions : l'éolien, le solaire concentré, le solaire photovoltaïque, l'hydroélectricité (y compris à grande échelle), les énergies houlomotrice, marémotrice et nucléaire (y compris les grands et petits réacteurs modulaires);

- La production d'électricité au gaz naturel abattue (qui serait soumise à un seuil d'intensité d'émissions compatible avec un réseau net zéro d'ici à 2035);

- Les systèmes stationnaires de stockage de l'électricité qui n'utilisent pas de combustibles fossiles en fonctionnement, tels que les batteries, le stockage hydroélectrique par pompage et le stockage d'air comprimé;

- Les équipements de transport d'électricité entre provinces et territoires.

Il est proposé que le crédit EP devienne disponible le jour du budget de 2024 pour les projets dont la construction n'a pas commencé avant le 28 mars 2023. Le crédit EP devrait rester en vigueur jusqu'en 2034, et aucune période de suppression progressive n'a été mentionnée dans les documents budgétaires.

L'admissibilité à l'intégralité du taux de crédit EP dépendra du respect de certaines exigences en matière de main-d'œuvre, tel qu'il est décrit ci-dessous. En cas de non-respect des exigences prescrites en matière de main-d'œuvre, le taux de crédit de formation continue applicable sera ramené à 5 %.

L'accès au crédit nécessitera également l'engagement d'une autorité compétente que le financement fédéral sera utilisé pour réduire les factures d'électricité, ainsi que l'engagement de parvenir à un secteur de l'électricité à consommation nette zéro d'ici à 2035. Des détails supplémentaires concernant ces engagements et toute autre exigence devraient apparaître à l'issue des consultations entre le gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux et territoriaux.

ii. Crédit d'impôt à l'investissement dans l'hydrogène propre

Le Canada a fait des progrès considérables dans la diversification de sa production d'énergie. Comme indiqué ci-dessus, l'électricité propre est une pierre angulaire de l'évolution énergétique du pays. L'utilité de l'hydrogène propre en tant que source de carburant pour les transports routiers, maritimes et aériens est liée à ces développements. Comme pour le développement des technologies propres,

la praticabilité de l'hydrogène dépend de l'augmentation des investissements.

Pour stimuler cette croissance, le crédit d'impôt pour l'investissement dans l'hydrogène propre (le « **crédit HP** »), un crédit d'impôt remboursable sur le coût d'achat et d'installation de « l'équipement admissible » pour les projets qui produisent de l'hydrogène à partir (i) de l'électrolyse ou (ii) du gaz naturel, à condition que les émissions soient réduites en utilisant le CUSC, a été introduit dans le budget de 2023.

Le crédit HP varie de 15 à 40 % des coûts du projet, en fonction de l'intensité en carbone de l'hydrogène produit, évaluée conformément au *Modèle d'analyse du cycle de vie des combustibles* gérés par Environnement et Changement climatique Canada, et soumis au gouvernement pour vérification :

Intensité en carbone (kg d'éq. CO_2 par kg d'H)	Taux du crédit HP
<0,75 kg	40 %
0,75 kg à <2,0 kg	25 %
2,0 kg à <4 kg	15 %
≥ 4 kg	0 %

Le crédit HP est disponible pour l'équipement admissible qui est acquis et devient prêt à être utilisé au Canada à compter du 28 mars 2023, mais il est réduit de moitié pour les biens acquis et prêts à être utilisés en 2034, et il est éliminé après 2034. Pour qu'un équipement soit admissible, il doit être utilisé en totalité ou en quasi-totalité pour produire de l'hydrogène par électrolyse ou à partir de gaz naturel. L'équipement utilisé pour produire de l'hydrogène à partir de gaz naturel n'est admissible que s'il n'est pas admissible au crédit CUSC (voir ci-dessous).

Pour les projets qui reposent sur la production d'ammoniac, le crédit HP permet un crédit d'impôt de 15 % pour l'équipement utilisé pour convertir l'hydrogène en ammoniac à des fins de transport.

Le crédit est assorti d'exigences en matière de main-d'œuvre qui, si elles ne sont pas respectées, réduisent le taux de crédit de 10 points de pourcentage.

iii. Crédit d'impôt à l'investissement dans les technologies propres

Le crédit d'impôt à l'investissement dans les technologies propres (le « **crédit TP** »), initialement annoncé dans l'Énoncé économique de l'automne 2022 (EEA 2022) du gouvernement, a été élargi. Le crédit TP est un crédit d'impôt remboursable égal à 30 % du coût des biens admissibles qui sont acquis et deviennent prêts à être utilisés à partir du 18 mars 2023 et avant 2035. Le taux du crédit d'impôt sera ramené à 15 % en 2034 et supprimé en 2035.

L'EEA 2022 comprenait la liste suivante de biens admissibles au crédit TP :

- Les systèmes de production d'électricité : solaire photovoltaïque, petits réacteurs nucléaires modulaires, solaire concentré, éolien et hydraulique (petites centrales hydroélectriques, centrales au fil de l'eau, centrales houlomotrices et marémotrices);
- Les systèmes stationnaires de stockage d'électricité qui n'utilisent pas de combustibles fossiles dans leur fonctionnement, y compris, mais sans en exclure d'autres : les batteries, les volants d'inertie, les supercondensateurs, le stockage d'énergie magnétique, le stockage d'air comprimé, le stockage d'eau par pompage, le stockage d'énergie par gravité et le stockage d'énergie thermique;
- Les équipements de chauffage à faible émission de carbone, y compris le chauffage solaire actif, les thermopompes à air et les pompes géothermiques;
- Les véhicules industriels à zéro émission et les équipements de recharge ou de ravitaillement connexes, tels que les équipements lourds à hydrogène ou électriques utilisés dans l'exploitation minière ou la construction.

Le budget de 2023 élargit la liste initialement proposée pour inclure l'équipement décrit au sous-paragraphe (d)(vii) de la catégorie 43.1 et utilisé principalement pour produire de l'énergie électrique, de l'énergie thermique ou les deux, uniquement à partir de l'énergie géothermique. Il peut s'agir, par exemple, de tuyauteries, de pompes, d'échangeurs de chaleur, de séparateurs de vapeur et d'équipements de production d'électricité. Il est important de noter que les équipements utilisés pour des projets d'énergie géothermique qui coproduisent des combustibles fossiles ne sont pas admissibles au crédit TP.

Comme pour le crédit HP, l'admissibilité au taux plein du crédit TP dépend du respect de certaines exigences prescrites en matière de main-d'œuvre. Le taux du crédit TP sera réduit à 20 % (ou 10 % en 2034) pour les entreprises qui ne respectent pas les exigences prescrites, qui sont discutées plus en détail ci-dessous.

iv. Crédit d'impôt à l'investissement dans la fabrication de technologies propres

Les minéraux critiques sont au cœur de l'actualité du secteur énergétique canadien, avec la Stratégie canadienne sur les minéraux critiques (la « **Stratégie** ») publiée en décembre 2022. La *Stratégie met l'accent sur l'intersection des minéraux critiques* et de la technologie moderne — ce sentiment ayant été reproduit dans le budget de 2023 sous la forme d'un crédit d'impôt à l'investissement dans la fabrication de technologies propres (le « **crédit FTP** »).

Alors que le crédit TP est conçu pour encourager l'adoption de technologies propres, le crédit FTP est destiné à ceux qui fabriquent ou traitent des technologies propres et leurs précurseurs.

Le crédit FTP est un crédit d'impôt remboursable de 30 % pour les investissements dans de nouvelles machines et de nouveaux équipements utilisés pour fabriquer ou traiter des technologies propres clés, ou pour extraire, traiter ou recycler des minéraux critiques clés, ainsi que les systèmes de contrôle associés.

Le crédit FTP est disponible pour le coût en capital de certains biens amortissables admissibles dont la totalité ou la quasi-totalité de l'utilisation est destinée à l'une des activités admissibles suivantes :

- la fabrication de certains équipements d'énergie renouvelable (solaire, éolienne, hydraulique ou géothermique) et nucléaire;
- le traitement ou le recyclage de combustibles nucléaires et d'eau lourde;
- la fabrication de barres de combustible nucléaire;
- la fabrication d'équipements de stockage de l'énergie électrique utilisés pour fournir un stockage à l'échelle du réseau ou d'autres services auxiliaires;
- la fabrication d'équipements pour les systèmes de pompes aérothermiques et géothermiques;
- la fabrication de véhicules à zéro émission, y compris les conversions de véhicules routiers; ainsi que la fabrication de batteries, de piles à combustible, de systèmes de recharge et de stations de ravitaillement en hydrogène pour les véhicules à zéro émission;
- la fabrication d'équipements utilisés pour produire de l'hydrogène par électrolyse;
- la fabrication ou la transformation de composants, sous-ensembles et matériaux en amont, à condition que la production soit construite à dessein ou conçue exclusivement pour faire partie intégrante d'autres activités admissibles de fabrication et de transformation de technologies propres, telles que les matériaux d'anode et de cathode utilisés pour les batteries de véhicules électriques;
- l'extraction et certaines activités de transformation liées au lithium, au cobalt, au nickel, au graphite, au cuivre et aux terres rares.

v. Crédit d'impôt pour le captage, l'utilisation et le stockage du carbone

La technologie de captage, d'utilisation et de stockage du carbone (« **CUSC** ») consiste à capturer les émissions de dioxyde de carbone dans l'atmosphère pour les stocker ou les utiliser dans d'autres processus de fabrication. Présenté pour la première fois dans le budget de 2022, le crédit d'impôt à l'investissement pour le captage, l'utilisation et le stockage du carbone (le « **crédit CUSC** ») inclura désormais les équipements à double usage qui produisent de la chaleur et/ou de l'électricité, ou qui utilisent de l'eau, et qui sont utilisés à la fois pour le CUSC et pour un autre processus (à condition que ces équipements remplissent toutes les autres conditions du crédit CUSC). Pour que les équipements de production d'électricité et/ou de chaleur à double usage soient admissibles, les émissions de CO_2 devront être capturées, stockées ou utilisées, et ces équipements devront être principalement utilisés pour soutenir soit le processus de CUSC, soit la production d'hydrogène qui est admissible au crédit HP.

En outre, d'autres mises à jour du crédit CUSC sont prévues :

- en plus d'être disponible en Saskatchewan et en Alberta, il sera désormais également disponible pour des projets de stockage de CO_2 dans des formations géologiques désignées en Colombie-Britannique;

- certains coûts de rénovation encourus au cours de la période de 20 ans suivant immédiatement le début de l'exploitation du projet deviendront admissibles;

- exiger que le processus d'utilisation et de stockage du CO_2 soit validé par une tierce partie qualifiée (plutôt qu'approuvé par Environnement et Changement climatique Canada) avant que ce processus ne constitue une utilisation admissible aux fins du crédit CUSC.

vi. Exigences en matière de main-d'œuvre pour les crédits EP, HP et TP

L'admissibilité au plein avantage de chacun des crédits EP, HP et TP dépend de l'adhésion du bénéficiaire, à compter du 1er octobre 2023, à certaines exigences en matière de main-d'œuvre relatives aux objectifs salariaux et d'apprentissage en ce qui concerne le projet bénéficiant du crédit applicable. Les exigences en matière de main-d'œuvre s'appliquent aux travailleurs (qu'il s'agisse d'employés ou d'entrepreneurs) qui effectuent principalement un travail manuel ou physique, et ne s'appliquent pas à ceux qui occupent des postes administratifs, de bureau, de supervision ou de direction.

L'exigence salariale requiert généralement que les travailleurs impliqués dans le projet soient rémunérés à un niveau égal ou supérieur à un « salaire pertinent » (en tenant compte de la valeur monétaire des avantages sociaux standard et des cotisations de retraite), tel que spécifié dans une « convention collective admissible ». Au Québec, une telle convention serait négociée conformément à la loi provinciale. Pour les territoires et les provinces autres que le Québec, une « convention collective admissible » est la convention collective multi-employeurs la plus récente conclue entre un syndicat et un groupe d'employeurs qui peut raisonnablement être considérée comme la norme du secteur pour le métier concerné dans la région, la province ou le territoire en question.

L'obligation d'apprentissage exige généralement que, sous réserve de la loi du travail et des conventions collectives applicables, au moins 10 % du nombre total d'heures de travail des travailleurs couverts sur un projet donné soit effectué par des apprentis inscrits. Dans ce contexte, on entend par « travailleurs couverts » les travailleurs dont les tâches correspondent à celles d'un compagnon dans un métier Sceau rouge.

vii. Situations comprenant de multiples crédits

Compte tenu de la nature des critères d'admissibilité sous-jacents à chaque régime de crédit, il est certainement possible qu'une seule pièce d'équipement ou un seul bien réponde aux critères de plusieurs crédits. Le budget de 2023 prévoit que, dans de tels cas, un seul crédit peut être demandé pour l'équipement ou le bien en question. Par conséquent, les contribuables doivent soigneusement analyser le crédit qui offre le plus d'avantages dans leur situation, compte tenu des conditions d'admissibilité. Le taux de crédit le plus élevé est celui du régime de crédit HP, qui prévoit un crédit de 40 % pour les coûts admissibles lorsque le projet atteint le seuil d'intensité de carbone le plus bas et qu'il respecte pleinement les conditions de travail prescrites.

C) AUTRES INCITATIFS FISCAUX

i. Continuité des taux d'imposition réduits pour les fabricants de technologies à zéro émission

Le budget de 2021 a introduit des taux d'imposition réduits sur les revenus admissibles de fabrication et de transformation de technologies à zéro émission pour les fabricants admissibles. Le budget de 2023 prévoit que, pour les années commençant après 2023, le revenu admissible comprendra le revenu provenant de la fabrication d'équipement d'énergie nucléaire, du traitement ou du recyclage de combustibles nucléaires et d'eau lourde, et de la fabrication de barres de combustible.

Le budget de 2023 prolonge de trois ans la disponibilité des taux réduits. Les taux seront désormais soumis à une réduction progressive à partir de 2032, l'élimination étant prévue pour 2034.

ii. Inclusion du lithium provenant de saumures comme minerai critique

Le budget de 2023 propose d'inclure le lithium provenant de saumures comme une ressource minérale et un minerai critique aux fins de la *Loi de l'impôt*. À compter du 18 mars 2023, les dépenses liées au lithium provenant de saumures pourront être qualifiées de frais d'exploration au Canada ou de frais d'aménagement au Canada et seront admissibles au crédit d'impôt pour l'exploration minière au Canada qui a été introduit dans le budget de 2022.

D) RECONSTITUER LE RÉCIT

Les CDC, associés aux incitatifs fiscaux, signifient que l'industrie énergétique canadienne joue un rôle central dans les plans de croissance économique du gouvernement. Dans le même temps, il est important d'être conscient des risques et des clés d'une mise en œuvre réussie.

En ce qui concerne les CDC, leur utilité et leur efficacité sont limitées au Canada, bien que leur utilisation et leur acceptation généralisées en Europe soient prometteuses. En outre, la complexité administrative et les restrictions potentielles d'un CDC, ainsi qu'un système réglementaire qui doit s'adapter à ces changements, pourraient constituer des obstacles importants. En outre, leur efficacité peut être limitée en fonction de la manière dont ils sont attribués, et étant donné qu'ils ne fournissent une certitude de prix que pour un élément du modèle financier.

Les complications liées aux incitatifs fiscaux sont moins évidentes à ce stade, mais les gestionnaires de projets et les investisseurs devront se familiariser avec les conditions d'admissibilité qui détermineront si les crédits d'impôt peuvent être maximisés.

Le budget de 2023 dote le Canada des outils fondamentaux et d'un plan stratégique pour accroître les investissements dans les projets et les technologies d'énergie propre et renouvelable. Si ces efforts continus ont l'effet escompté de soutenir le secteur florissant de l'énergie propre, il pourrait y avoir des effets durables sur la marche vers une économie verte et propre dynamique. ■

LES ÉVALUATIONS DE POLITIQUES ÉNERGÉTIQUES ET LES VE SE RENCONTRENT À L'INTERSECTION

*Ron Wallace, Ph. D.**

INTRODUCTION

Les règlements et les politiques énergétiques entraînent des conséquences importantes pour l'économie canadienne. De plus en plus, les décisions en matière de politique énergétique sont fondées sur des analyses coûts-avantages totalement déficientes. Il en résulte des conséquences importantes pour les consommateurs et l'économie. Les bonnes politiques énergétiques devraient être fondées sur des analyses solides. Au lieu de cela, de nombreuses politiques énergétiques, et pas seulement canadiennes, sont justifiées sans une évaluation adéquate des coûts et des avantages réels, ce qui entraîne des conséquences économiques et sociales considérables.

En mars 2022, le gouvernement du Canada a publié son Plan de réduction des émissions (PRE) pour 2030[1] conformément aux engagements internationaux en matière de climat convenus dans le cadre de l'Accord de Paris. L'objectif est de réduire les émissions nationales de GES de 40 à 45 % par rapport aux niveaux de 2005 d'ici 2030 et d'atteindre des émissions nettes nulles d'ici 2050. Le PRE comprend un plan visant à introduire un objectif réglementé de ventes de véhicules à zéro émission (VZE) qui exigera que 100 % des ventes de voitures particulières et de camions légers soient des VZE d'ici 2035, avec des objectifs intermédiaires d'au moins 20 % d'ici 2026 et d'au moins 60 % d'ici 2030. Le nouveau projet de « *Règlement modifiant le Règlement sur les émissions de gaz à effet de serre des automobiles à passagers et des camions légers*[2] » a été, avec une témérité remarquable pour une politique aussi importante, annoncé sans tambour ni trompette par un secrétaire parlementaire juste avant Noël 2022.

En vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), les ministères fédéraux de l'Environnement et du Changement

---

* M. Wallace a pris sa retraite comme membre permanent de l'Office national de l'énergie en 2016. Il est membre du conseil d'administration de la Canada West Foundation et membre de l'Institut canadien des affaires mondiales.

L'auteur tient à remercier plusieurs personnes pour les conseils éclairés qu'elles lui ont prodigués dans le cadre de la préparation de ce document : M. Steve Kelly, ingénieur, Dr Murray Lytle, Dr Jack Mintz, Dr Colleen Collins, M. Neil McCrank, ingénieur, et M. G. Dale Friesen, ingénieur. Toute erreur ou omission relève de la seule responsabilité de l'auteur.

[1] « Le Plan de réduction des émissions du Canada pour 2030 » (12 juillet 2022), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/services/environnement/meteo/changementsclimatiques/plan-climatique/survol-plan-climatique/reduction-emissions-2030/plan.html>.

[2] Gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada. « La Gazette du Canada, Partie I, volume 156, numéro 53 : Règlement modifiant le Règlement sur les émissions de gaz à effet de serre des automobiles à passagers et des camions légers» (31 décembre 2022), en ligne : *La Gazette du Canada* <gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2022/2022-12-31/html/reg1-fra.html>.

climatique et de la Santé ont rédigé un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (le REIR ou le Résumé) sur la base d'un précédent Résumé coûts-avantages (RCA). Une période de consultation, qui a pris fin le 16 mars 2023, a été établie par le gouvernement pour recevoir des commentaires sur le projet de règlement.

POLITIQUES ÉNERGÉTIQUES ET ANALYSES COÛTS-AVANTAGES

L'auteur affirme que les conclusions tirées pour justifier la mise en œuvre du projet de règlement relatif aux VZE sont substantiellement erronées, car elles ignorent les coûts matériels associés qui ont un impact sur l'économie canadienne. Outre les préoccupations liées à l'augmentation de la demande sur nos systèmes de production et réseaux de transport d'électricité, le projet de règlement relatif aux véhicules électriques (VE) constitue une diminution significative du choix des consommateurs et s'accompagnera d'une augmentation des taxes, d'une réduction des recettes publiques, de perturbations liées à la circulation et d'une augmentation des primes d'assurance pour les automobilistes.

Les limitations qui en résultent pour le choix des consommateurs auront à elles seules des conséquences économiques importantes pour les Canadiens. Par ailleurs, les « avantages » escomptés seront largement limités aux zones urbaines proches des sites hydroélectriques, nucléaires ou de transport d'électricité, tandis que les coûts et les inconvénients qui toucheront de nombreuses communautés rurales, nordiques et autochtones sont minimisés, voire ignorés. Par conséquent, le projet de règlement est loin d'une détermination adéquate de l'intérêt public pour l'intérêt national.

Le RCA incorpore plusieurs hypothèses erronées. Par exemple, l'analyse coûts-avantages fait état d'un bénéfice net de 28,6 milliards de dollars, dont 19,2 milliards de dollars sont attribués aux « dommages mondiaux évités[3] ». En effet, cela suppose un ensemble infini de dommages liés aux changements climatiques contre lesquels tout « avantage » supposé peut être évalué. Cependant, le REIR ne présente aucune analyse des 19,2 milliards de dollars de bénéfices allégués, tout en affirmant que ce chiffre pourrait être « prudent ». Un « ouvrage universitaire » non référencé est utilisé pour évaluer le coût social du carbone, qui attribue ensuite des bénéfices de 9,4 milliards de dollars aux économies d'énergie réalisées grâce à l'utilisation de VZE. En fait, les « dommages mondiaux évités » utilisés dans la déclaration supposent un puits sans fond de coûts économiques contre lesquels tout projet de politique pourrait être justifié. Le REIR estime également que (de 2026 à 2050) les coûts supplémentaires prévus pour les VZE et les chargeurs domestiques s'élèveront à 24,5 milliards de dollars, ce qui se traduira par des économies de coûts énergétiques nets avoisinant les 33,9 milliards de dollars et par des réductions cumulées des émissions de GES de 430 mégatonnes (Mt). La conclusion est qu'il en résulterait des bénéfices nets de 28,6 milliards de dollars, tout en « aidant le Canada à atteindre ses objectifs de réduction des émissions de GES de 40 % par rapport aux niveaux de 2005 d'ici à 2030 et d'émissions nettes nulles d'ici à 2050[4] ».

Des experts, tels que M. McKitrick, qui ont évalué d'autres politiques telles que la norme sur les carburants à faible teneur en carbone et les obligations en matière de biocarburants, concluent que les comparaisons habituellement utilisées pour justifier les politiques de lutte contre les changements climatiques ne sont pas pertinentes[5]. Son témoignage devant la Commission des ressources naturelles[6] chargée d'étudier le mandat relatif aux biocarburants indique que les comparaisons correctes doivent prendre en compte (d'une part) les coûts des changements climatiques sur l'horizon de prévision sans la politique, et (d'autre part) les coûts des changements climatiques sur l'horizon de prévision avec la politique, plus le coût de la politique. Pour le projet de règlement (même si une telle analyse pouvait être réalisée), il est probable que la différence dans les coûts des

[3] *Ibid*.

[4] *Ibid*.

[5] Ross McKitrick, « Economic Analysis of the 2022 Federal Clean Fuels Standard » (6 septembre 2022), en ligne (pdf) : *LFX Associates* <www.lfxassociates.ca/uploads/4/8/0/8/4808045/cfs_report_2022.pdf>.

[6] « Ross McKitrick, Ph.D. Professor of Economics University of Guelph ... », en ligne (pdf) : *Presentation to House of Commons Standing Committee on Natural Resources* <www.ourcommons.ca/Content/Committee/432/RNNR/Brief/BR11467603/br-external/McKitrickRoss-e.pdf>.

changements climatiques entre le cas « ne rien faire » et le cas « faire quelque chose » (avec ou sans mise en œuvre de réductions d'émissions beaucoup plus rigoureuses en imposant l'achat de VZE) soit confrontée à l'inévitable et important problème de la fuite de carbone par les frontières internationales. À lui seul, ce problème invaliderait toute autre conclusion, car les prétendus 19,2 milliards de dollars de « dommages mondiaux évités » ne peuvent être considérés comme significatifs d'un point de vue statistique. La conclusion inéluctable est que l'augmentation mondiale des émissions provenant de sources internationales fera plus que compenser toutes les réductions canadiennes, y compris celles provenant du secteur des transports.

De manière significative pour l'évaluation des VE, alors que le gouvernement soutient que son analyse pourrait en fait sous-estimer les dommages causés par les changements climatiques, il admet que : « *Le Ministère met actuellement à jour ses estimations du CSC, mais les résultats ne sont pas encore disponibles*[7] ». Il s'agit d'une omission importante car ces données non disponibles, même si elles s'avèrent raisonnables et correctes, sont fondamentales pour la détermination des constatations et des conclusions de la déclaration. En effet, l'évaluation est basée sur des « estimations » discutables qui ne sont pas confirmées.

L'utilisation actualisée[8] du « coût social du carbone » par Environnement et Changement climatique Canada a depuis été critiquée[9] par l'économiste canadien Ross McKitrick, qui y voit « un tout nouveau modèle que personne n'a jamais vu auparavant, et qui produit une estimation du coût social du carbone complètement différente, qui va à l'encontre de toutes les recherches effectuées jusqu'à présent » [traduction].

Il y a ensuite la question de la production électrique requise. La déclaration affirme qu'une légère augmentation de la production électrique canadienne, allant de 2,6 à 4,8 %, serait nécessaire pour parvenir à une conversion nationale à 100 % des flottes de véhicules électriques d'ici à 2035 et que l'augmentation du prix de l'électricité ne serait pas « significative ». Bien que cela puisse être le cas, en choisissant de se concentrer uniquement sur les exigences nécessaires pour soutenir un parc automobile national électrifié, le REIR ignore d'autres facteurs importants impliqués dans la transition proposée vers la carboneutralité et omet apparemment de prendre en compte les questions associées à un système de production et de transport d'électricité élargi qui serait nécessaire pour réaliser la « transition ».

S'appuyant sur de nombreuses études, l'Institut climatique du Canada a récemment indiqué que le système électrique canadien devra doubler, voire tripler, sa capacité de production d'ici à 2050 :

> *Plus précisément, des études indiquent que sur la voie de la carboneutralité, la demande en électricité sera multipliée par un facteur de 1,6 à 2,1 d'ici 2050. Parallèlement, la capacité des systèmes — la quantité maximale d'électricité qu'un système peut produire en théorie — doit s'accroître encore davantage, c'est-à-dire au moins doubler, sinon plus que tripler, pendant la même période. Des améliorations ambitieuses en matière d'efficacité énergétique sont nécessaires pour que les systèmes canadiens soient en mesure de satisfaire à une demande en électricité « adaptée ». Mais même avec d'importantes améliorations, les systèmes devront s'étendre considérablement pour s'inscrire dans un monde carboneutre. En fait, le Canada doit, en moyenne, ajouter trois à six fois plus de capacité de production chaque année jusqu'en 2050 par rapport à la décennie précédente pour répondre à une demande en électricité croissante associée à la carboneutralité*[10].

---

[7] *Supra* note 2.

[8] Coût social des émissions de gaz à effet de serre, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/changements-climatiques/recherche-donnees/cout-social-ges.html>.

[9] ANALYSIS: Behind Guilbeault's 'Social Cost of Carbon' Speech, en ligne : *The Epoch Times* <www.theepochtimes.com/analysis-behind-guilbeaults-social-cost-of-carbon-speech_5216490.html>.

[10] « Volte-Face : Comment alimenter un Canada carboneutre » (4 mai 2022), en ligne (pdf) : *Institut climatique du Canada* <climateinstitute.ca/wp-content/uploads/2022/05/Volte-face-4-mai-2022.pdf>.

Après avoir écarté les changements radicaux qui affecteront les systèmes canadiens de production et de transport d'électricité dans le cadre d'une transition vers la carboneutralité, le projet de règlement vise à mettre en œuvre une solution unique pour réduire les émissions générées par l'ensemble de la flotte de transport canadienne. En outre, la déclaration admet que dans les zones rurales ou éloignées, l'adoption des VE peut se heurter à une résistance importante, car ces communautés : « *peuvent avoir un faible accès aux infrastructures de recharge publiques* » et parce que « *des périodes prolongées de températures basses [...] peuvent avoir une incidence sur l'autonomie utilisable de véhicules électriques à batterie* ». Les communautés rurales ne seront pas les seules à être touchées, les ménages à faibles revenus le seront également, car ces ménages sont plus susceptibles de vivre dans des « *unités locatives, ce qui peut être incompatible dans certains cas avec l'équipement de recharge à domicile* » et que ces « *ménages à faible revenu seraient touchés de manière disproportionnée et négative*[11] » [c'est moi qui souligne].

Par conséquent, non seulement les consommateurs, en particulier les familles à faible revenu, seront confrontés à des effets économiques négatifs « disproportionnés », mais les possibilités de compenser ces effets économiques seront presque certainement limitées par la diminution du choix des consommateurs sur le marché. Le règlement suppose également que les futurs VE auront un écart de prix de 3 300 dollars par rapport aux véhicules à combustion interne actuels, en partant de l'hypothèse que les économies d'échelle et les innovations technologiques et de fabrication produiront des solutions rentables pour limiter les prix. Si cette hypothèse est correcte, elle ne tient pas compte d'autres facteurs qui pourraient la remettre en cause, comme l'augmentation de la demande de minerais de terres rares pour les batteries des VE, qui entraînerait une escalade des prix. En outre, la déclaration admet que :

> « *Les coûts de fabrication des VZE ont tendance à être plus élevés que ceux des véhicules conventionnels, et on s'attend à ce qu'ils soient directement assumés par les consommateurs qui opteront pour l'achat d'un VZE dans le scénario réglementaire, même si la différence de prix devrait diminuer au fil du temps*[12] » [c'est moi qui souligne].

Par conséquent, le coût supplémentaire supposé de 15,3 milliards de dollars pour atteindre un taux de passage de 100 % aux véhicules électriques est très probablement très prudent. Si l'on assiste actuellement à des réductions de prix sur certains VE, elles concernent généralement des modèles haut de gamme et onéreux. Un autre facteur est qu'il est généralement plus coûteux d'assurer les VE que les véhicules traditionnels (certaines données indiquent des taux jusqu'à 27 % plus élevés). Le coût de la réparation des véhicules est encore plus préoccupant. Comme les VE ne représentent actuellement qu'une petite fraction des véhicules en circulation, les données relatives à l'ensemble du secteur de l'assurance sont loin d'être définitives. Toutefois, des tendances se dessinent, qui montrent que les véhicules à faibles émissions sont de plus en plus souvent radiés après avoir subi des dommages mineurs. Les batteries peuvent coûter des dizaines de milliers de dollars et représentent jusqu'à 50 % du prix d'un véhicule électrique, ce qui rend souvent leur remplacement non rentable. Étant donné que les batteries ont été incorporées en tant qu'éléments « structurels » de ces véhicules, les assureurs semblent disposer de peu d'options pour évaluer, réparer ou certifier les batteries endommagées à la suite d'accidents, même mineurs. Non seulement cette situation compromet les gains économiques escomptés des VE, mais elle fait également apparaître le spectre de coûts environnementaux importants, les batteries endommagées étant envoyées à la ferraille. Il s'agit là d'une lacune coûteuse dans la présumée « économie circulaire ». Pire encore, les installations de recyclage des batteries de VE, où les batteries endommagées ou mises au rebut peuvent être stockées dans des conteneurs spécialisés, sont soit inexistantes, soit balbutiantes.

[11] *Supra* note 2.

[12] Chris Randall, « Ford raises prices for the F-150 Lightning by up to $8,500 », *electrive.com* (10 août 2022), en ligne : <www.electrive.com/2022/08/10/ford-raises-prices-for-the-f-150-lightning-by-up-to-8500/#google_vignette>.

EXAMEN DES PRÉTENDUS AVANTAGES EN TERMES DE COÛTS DES POLITIQUES DE CARBONEUTRALITÉ

L'adoption de l'*Inflation Reduction Act* (loi sur la réduction de l'inflation — *IRA*) aux États-Unis et ses initiatives économiques en matière de décarbonisation ont provoqué une réaction mondiale de la part de leurs partenaires commerciaux, y compris le Canada[13]. Parallèlement, le gouvernement Trudeau a annoncé 80 milliards de dollars canadiens de crédits d'impôt pour les technologies propres au cours de la prochaine décennie, dont 25 milliards de dollars canadiens pour les investissements dans l'électricité propre. Bien que les États-Unis ne soient pas en mesure d'atteindre l'objectif de réduction de 50 % des émissions de GES d'ici 2030 (sur la base des niveaux de 2005), les gouvernements occidentaux continuent d'accélérer les politiques visant à réaliser la transition vers une économie zéro émission nette.

Néanmoins, les gouvernements occidentaux, y compris le Canada et l'UE, ont adopté les concepts de « mieux reconstruire » associés à une « reprise économique verte », largement basés sur des tentatives de réduction des émissions de GES provenant de toutes les sources. Par exemple, en plus des projets de règlements existants et en attente, le budget canadien de 2023[14] a élargi les mesures annoncées dans l'Énoncé économique de l'automne 2022 pour y inclure de nouvelles incitations :

- Crédit d'impôt à l'investissement dans l'électricité propre;
- Crédit d'impôt à l'investissement dans la fabrication de technologies propres;
- Crédit d'impôt à l'investissement dans l'hydrogène propre;
- Bonification du crédit d'impôt à l'investissement dans le captage, l'utilisation et le stockage du carbone;
- Crédit d'impôt à l'investissement dans les technologies propres.

Ces politiques, dont certains pensent qu'elles reposent sur des concepts douteux de planification centrale, ont récemment été remises en question par le National Bureau of Economic Research (NBER)[15] dans une étude qui conclut que, pour les États-Unis au moins, ces politiques peuvent imposer des coûts significatifs à leur économie. Étant donné l'accélération de la législation sur la réduction des émissions de GES au Canada, mesures qui comprennent non seulement une taxe sur le carbone mais de nombreuses autres initiatives de réduction des émissions de GES telles que des normes réglementaires pour les carburants propres, la production d'électricité et le projet de règlement sur les véhicules électriques, cette étude pourrait également entraîner des conséquences importantes pour le Canada. L'étude conclut que, pour les États-Unis, les coûts annuels récurrents des politiques vertes pourraient atteindre 483 milliards de dollars par an, avec des prévisions de PIB réel et de consommation « *inférieures de 2 à 3 % à long terme si les politiques sont mises en œuvre comme prévu, ce qui souligne les coûts d'opportunité liés à la réalisation des objectifs verts alors que les ressources pourraient être déployées plus efficacement* » [traduction][16]. Les auteurs mettent également en garde contre les dangers liés à la mise en œuvre de politiques qui embrassent de grands idéaux sans bénéficier d'analyses réfléchies et réalistes :

> « *Les programmes politiques ne sont pas des projets de politiques détaillés, mais des documents d'orientation destinés à fournir une vision de la direction politique. De nombreux détails sont réglés ultérieurement, si les électeurs investissent leurs votes dans la vision*

[13] Maura Forrest, « Canada's C$80B response to U.S. clean energy push: 'We will not be left behind' », *Politico* (29 mars 2023), en ligne : <www.politico.com/news/2023/03/29/canada-u-s-clean-energy-ira-00089284>.

[14] « Budget 2023 – Un plan canadien : une classe moyenne forte, une économie abordable, un avenir prospère » (dernière modification le 28 mars 2023), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.budget.canada.ca/2023/home-accueil-en.html>.

[15] Timothy Fitzgerald et Casey B. Mulligan, « The Economic Opportunity Cost of Green Recovery Plans » (2023) National Bureau of Economic Research Working Paper No 30956.

[16] *Ibid*

> *exprimée dans le programme. L'analyse présentée ici souligne l'importance de cette étape de conception et de mise en œuvre des politiques. Si elle est mise en œuvre littéralement, sans ajustement ni nuance, la transformation audacieuse du système énergétique décrite dans le plan Biden, ou des variantes plus proches du Green New Deal, promettent des coûts d'opportunité économique substantiels »* [traduction][17].

De plus en plus de signes indiquent que les analyses économiques utilisées pour justifier les dépenses en capital matériel qui sous-tendent ces objectifs politiques peuvent être trompeuses, voire déplacées. Par exemple, alors que l'on continue d'affirmer que la taxe fédérale sur les carburants[18] présente un bénéfice net, le directeur parlementaire du budget du Canada a récemment déclaré que :

> *« Quand l'incidence économique est conjuguée à l'incidence financière, le coût net augmente pour l'ensemble des ménages, ce qui montre l'incidence économique globale négative de la redevance fédérale sur les combustibles. Compte tenu de l'incidence à la fois financière et économique, nous estimons que la plupart des ménages subiront une perte nette, car le montant plus élevé qu'ils paieront de la redevance fédérale sur les combustibles et en TPS et les revenus réduits qu'ils perçoivent, ne seront pas compensé par les paiements de l'incitatif à agir pour le climat et la réduction de leur impôt sur le revenu des particuliers (due à la baisse de leurs revenus).*
>
> *Vu la structure de la redevance fédérale sur les combustibles, son incidence budgétaire globale se limitera dans les faits à l'incidence économique de la baisse des recettes de l'impôt sur le revenu. Nous estimons que la redevance fédérale sur les combustibles réduira le solde budgétaire (c'est-à-dire fera augmenter le déficit budgétaire) de 1,8 milliard de dollars en 2023–2024 et, au bout du compte, de 7,1 milliards de dollars en 2030–2031[19] ».*

Compte tenu de l'ampleur du déficit actif consacré à ces programmes de « transition », qui ont tous un impact direct sur le secteur de l'énergie, le rapport du Bureau parlementaire du budget devrait susciter des inquiétudes, non seulement quant à la validité des avantages présumés de ces initiatives réglementaires en termes de coûts, mais aussi quant à l'intérêt d'accélérer, et a fortiori de poursuivre, ces dépenses :

> *« [L]e Canada a respecté ses engagements de Paris au cours des sept dernières années en prenant des mesures, en investissant plus de 120 milliards de dollars pour réduire les émissions, protéger l'environnement, stimuler les technologies propres et l'innovation, et aider les Canadiens et les collectivités à s'adapter aux effets des changements climatiques[20] ».*

À cet égard, l'Institut Fraser met en garde :

> *« Selon le plan de réduction des émissions de 271 pages du gouvernement, 'la tarification de la pollution est largement reconnue comme le moyen le plus efficace de réduire les émissions de gaz à effet de serre'. Corollaire évident : d'autres politiques, telles que les dépenses de 120 milliards de dollars, sont largement reconnues comme des*

---

[17] *Ibid.*

[18] Spencer Van Dyk « Guilbeault defends carbon price, says on average, households will pay more but rich will shoulder burden », (2 avril 2023), en ligne : *CTV News* <www.ctvnews.ca/politics/guilbeault-defends-carbon-price-admits-average-household-will-pay-more-even-after-rebates-1.6338974>.

[19] Bureau du directeur parlementaire du budget, *Analyse distributive de la redevance fédérale sur les combustibles dans le cadre du Plan de réduction des émissions pour 2030,* (30 mars 2023), en ligne : <www.pbo-dpb.ca/en/publications/RP-2223-028-S--distributional-analysis-federal-fuel-charge-under-2030-emissions-reduction-plan--analyse-distributive-redevance-federale-combustibles-dans-cadre-plan-reduction-emissions-2030>.

[20] Environnement et Changement climatique Canada, 8e communication nationale sur les changements climatiques et cinquième rapport biennal du Canada sur les changements climatiques (2 janvier 2023), en ligne : <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/changements-climatiques/emissions-gaz-effet-serre/cinquieme-rapport-biennal-changements-climatiques-sommaire.html>.

> *moyens relativement inefficaces et donc inutilement coûteux de réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) »* [traduction][21].

L'intention du gouvernement canadien de parvenir à des émissions nettes de GES nulles d'ici 2050 en recourant à de multiples options politiques, y compris des normes sur les carburants propres et l'interdiction des plastiques à usage unique, s'est révélée non seulement coûteuse, mais aussi peut-être irréalisable. D'autres[22] ont mis en garde contre le fait que, même si les politiques canadiennes de « carboneutralité » étaient efficaces, la douleur économique serait compensée par l'accélération des émissions de la Chine et de l'Inde. À elle seule, la Chine a approuvé des plans visant à ajouter un total de 8,63 gigawatts (GW) de nouvelles centrales électriques au charbon au cours du premier trimestre de 2022, avec des émissions qui, selon les prévisions, submergeront tous les efforts déployés par le Canada pour atteindre la « carboneutralité ».

Pendant ce temps, le gouvernement canadien, se faisant l'écho de la plupart des économistes qui soutiennent que les mécanismes de tarification tels que la taxe carbone sont le moyen le plus efficace de réduire les émissions de GES, poursuit néanmoins des politiques supplémentaires. Un exemple récent (1er avril 2023) est celui des nouvelles directives exigeant que le béton de plus de 10 millions de dollars utilisé dans les projets fédéraux soit « 10 % moins intensif en GES » que la moyenne régionale[23]. Une fois de plus, le gouvernement n'a fourni aucune analyse coûts-avantages pour justifier ces mesures.

Même lorsque des analyses économiques de projets d'énergies de rechange sont fournies, il semble que la modélisation utilisée pour les projections soit discutable. Des études récentes[24] menées au Royaume-Uni, comparant les modèles de prix gouvernementaux aux résultats réels des producteurs d'énergie éolienne, ont révélé des « irrégularités surprenantes ». Bien que le ministère britannique de l'Énergie ait prédit que les dépenses d'investissement par mégawatt (MW) d'éoliennes extracôtières diminueraient de plus de 50 % entre 2018 et 2025 et que les coûts d'exploitation et de maintenance seraient divisés par quatre (avec une production moyenne de 51 % de la capacité installée au cours de la durée de vie d'une éolienne), il a été démontré que les coûts d'installation et d'exploitation des parcs éoliens ont en fait augmenté tout au long des années 2010. En fait, les coûts d'exploitation par MW pour les nouvelles turbines extracôtières ont quadruplé entre 2008 et 2018, tandis que les dépenses d'investissement ont doublé.

De manière plus générale, le Manhattan Institute a remis en question les hypothèses les plus fondamentales qui sous-tendent les affirmations selon lesquelles l'énergie éolienne, l'énergie solaire et les VE ont atteint la parité de coût avec les sources d'énergie traditionnelles ou les autres modes de transport :

> *« Même avant la dernière période de hausse des prix de l'énergie, l'Allemagne et la Grande-Bretagne, qui sont toutes deux plus avancées que les États-Unis sur la voie de la transition vers un réseau électrique, ont vu les tarifs moyens de l'électricité augmenter de 60 à 110 % au cours des deux dernières décennies. La même tendance est observée en Australie et au Canada. Cela se voit également dans les États et les régions des États-Unis où les mandats ont donné lieu à des réseaux comportant une part plus importante d'énergie éolienne/solaire. D'une manière générale, les coûts de l'électricité résidentielle aux États-Unis ont augmenté au cours des 20 dernières années. Mais ces tarifs auraient dû baisser en raison de l'effondrement du coût du gaz naturel et du charbon, les deux sources d'énergie qui, ensemble,*

[21] Matthew Lau, « Federal government's climate spending tab excludes costs you'll pay », (8 février 2023), en ligne : *Fraser Institute* <www.fraserinstitute.org/article/federal-governments-climate-spending-tab-excludes-costs-youll-pay>.

[22] Kenneth P. Green, « Federal government continues nonsensical 'net-zero' policy », (27 juillet 2022), en ligne : *Fraser Institute* <www.fraserinstitute.org/article/federal-government-continues-nonsensical-net-zero-policy>.

[23] Matthew Lau, "Ottawa's new rules for suppliers will concretize greenflation" (30 mars 2023), en ligne : *Financial Post* <financialpost.com/opinion/ottawa-new-rules-suppliers-concretize-greenflation>.

[24] Gordon Hughes, *Wind Power Economics: Rhetoric & Reality*, vol 1 (Salisbury, R.-U. : Renewable Energy Foundation, 2020), en ligne (pdf) : <www.ref.org.uk/Files/performance-wind-power-uk.pdf>.

> *ont fourni près de 70 % de l'électricité au cours de cette période. Au lieu de cela, les tarifs ont augmenté en raison des dépenses élevées consacrées à l'infrastructure, par ailleurs inutile, nécessaire au transport de l'électricité produite par le vent et le soleil, ainsi qu'à l'augmentation des coûts liés au maintien de l'éclairage pendant les périodes de 'sécheresse' de vent et de soleil, qui s'explique par le fait que les centrales électriques conventionnelles restent disponibles (comme une voiture supplémentaire avec le plein de carburant, garée et prête à partir) en raison des dépenses consacrées à deux réseaux. Rien de tout cela ne tient compte des coûts cachés sous forme de subventions financées par les contribuables et destinées à rendre les énergies de rechange moins chères. Au cours des deux dernières décennies, les subventions cumulées dans le monde pour les biocarburants, l'énergie éolienne et l'énergie solaire avoisinent les 5 000 milliards de dollars, tout cela pour fournir environ 5 % de l'énergie mondiale »* [traduction][25].

Au Canada, du moins, il semble que certaines agences aient tendance à ne pas examiner activement, ou à ne pas expliquer, les différences émergentes entre les projections et l'expérience réelle en matière de production d'énergie. Est-il possible que cela soit une conséquence de leur incapacité à répondre aux exigences légales imposées en matière d'énergie nette zéro ? Pendant ce temps, les consommateurs supportent le coût de factures d'électricité et de chauffage de plus en plus élevées. Dans l'UE, les prix de l'énergie ont atteint des niveaux record en 2022, les prix à la production et à la consommation ayant plus que doublé[26]. Cette situation a contraint les gouvernements de l'ensemble de l'UE à plafonner les prix, des interventions qui devraient coûter plus de 500 milliards de dollars[27]. Le groupe de réflexion Bruegel a noté que l'Union européenne et le Royaume-Uni ont engagé 280 milliards d'euros pour compenser les augmentations des prix de l'énergie pour les consommateurs, tandis que le gouvernement allemand a annoncé un programme d'aide de 65 milliards d'euros pour les coûts de l'énergie. En somme, les récentes subventions énergétiques dans l'UE et au Royaume-Uni ont atteint plus de 500 milliards d'euros.

La conclusion inéluctable est que les augmentations actuelles des émissions de sources internationales seront plus que compensées, même avec les réductions canadiennes les plus strictes des émissions du secteur des transports. En effet, la contribution globale du Canada aux GES est relativement minime (moins de 2 %). Par conséquent, la valeur imputée de 19,2 milliards de dollars utilisée pour les « dommages mondiaux évités » dans la déclaration sera entièrement dépassée par l'augmentation des émissions internationales, dont la Chine et l'Inde ne seront pas les moindres. En effet, toute aspiration du Canada à un « leadership climatique » en réduisant les émissions nationales sera balayée par la croissance certaine des émissions internationales, tandis que les coûts économiques et sociaux matériels se répercuteront sur les Canadiens — sans aucune réduction des émissions mondiales de GES.

CONCLUSION

Les politiques relatives à la production et au transport d'énergie au Canada, qui se concentrent uniquement sur les émissions, sont adoptées sans que l'on accorde la moindre attention aux effets directs et imprévisibles sur l'économie. Le projet de règlement sur les VE ne prend pas suffisamment en compte de nombreux facteurs, dont le moindre n'est pas l'hypothèse d'une large acceptation par le public d'un parc de véhicules considérablement modifié. Nombreux sont ceux qui considèrent l'évaluation réglementaire comme une tentative voilée de justifier des politiques dont les objectifs sont inatteignables et les conséquences imprévisibles. En bref, s'agit-il d'une politique de l'énergie et des transports

[25] Mark P. Mills, « The 'Energy Transition' Delusion A Reality Reset », (30 août 2022), en ligne : *Manhattan Institute* <www.manhattan.institute/article/the-energy-transition-delusion>.

[26] Conseil de l'Union européenne, « Infographie – Hausse des prix de l'énergie depuis 2021 » (dernière modification le 28 mars 2023), en ligne : *Conseil européen* <www.consilium.europa.eu/fr/infographics/energy-prices-2021>.

[27] Anna Cooban et Lauren Kent, « Price of war: UK and EU throw $500 billion at energy subsidies », (8 septembre 2022), en ligne : *CNN Business* <www.cnn.com/2022/09/08/business/liz-truss-energy-price-cap-europe/index.html>.

conçue pour réduire les émissions canadiennes ou pour éliminer de manière sélective toute une catégorie de technologies de transport ?

Les politiques énergétiques canadiennes sont conçues et introduites en l'absence d'évaluations valables de leurs coûts et de leurs avantages, alors que les dépenses et les déficits fédéraux explosent. Le Bureau parlementaire du budget s'est ainsi vu confier la tâche peu enviable de produire des évaluations indépendantes et rétroactives des lois adoptées. Même des observateurs impartiaux concluraient probablement que les consommateurs et les contribuables canadiens voient leur situation se dégrader du fait de ces politiques, en grande partie inconsidérées. McKitrick a fourni une évaluation claire, mais sévère, des conséquences de politiques énergétiques irréfléchies :

> *« En Ontario, nous subissons les conséquences d'une série de mauvaises décisions politiques prises entre 2004 et 2014 concernant le secteur de l'électricité. L'enthousiasme pour l'abandon progressif de l'énergie au charbon et l'ajout de grandes capacités éoliennes et solaires, combiné à l'acceptation sans critique des affirmations selon lesquelles cela créerait des emplois sans augmenter les coûts, nous a mis sur la voie d'une augmentation rapide des prix des produits de base de l'électricité par rapport à ceux de territoires concurrents. La province de l'Ontario a commencé à subventionner l'électricité afin d'endiguer l'exode de l'industrie manufacturière et d'alléger les difficultés des ménages. Un nouveau rapport de l'Institut CD Howe estime que ces mesures coûtent désormais 6,5 milliards de dollars par an à la province. C'est 700 millions de dollars de plus que ce que l'Ontario dépense chaque année pour les établissements de soins de longue durée »* [traduction][28].

Les Canadiens, et pas seulement le directeur parlementaire du budget, devraient prêter attention à la politique énergétique. ■

[28] *Supra* note 6.

NOUVELLE RÉFORME DES TARIFS DE L'ÉLECTRICITÉ EN CALIFORNIE

*Meredith Fowlie**

INTRODUCTION DE L'AUTEURE

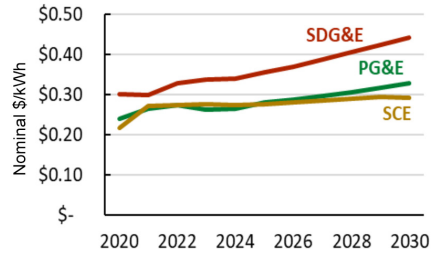
Au cours des cinq dernières années, les services d'électricité du Canada et des États-Unis ont été confrontés à d'importantes pressions sur les coûts liés aux investissements dans les énergies renouvelables nécessaires pour atteindre les objectifs de réduction des émissions de carbone fixés par les autorités fédérales, provinciales et étatiques. La Californie est en tête de liste.

La Californie n'est cependant pas la seule dans ce cas. Les coûts des incendies de forêt auxquels les services californiens ont dû faire face ont également été constatés en Alberta. Les tensions entre les services d'électricité californiens et les exploitants solaires se sont également manifestées récemment au Canada dans la querelle entre le gouvernement de la Nouvelle-Écosse et Nova Scotia Power.

Le présent article est une analyse précise d'un nouveau plan innovant visant à limiter les augmentations de tarifs résultant de la grande transition énergétique. Les organismes de réglementation canadiens du secteur de l'énergie pourraient en tirer d'importantes leçons.

LE NOUVEAU PLAN CALIFORNIEN

La Californie vient de franchir une nouvelle étape[1] dans la modification du mode de paiement de l'électricité par les ménages. Si tout se passe comme le prévoient les nouveaux plans proposés[2], les Californiens paieront l'électricité moins cher et paieront des frais fixes proportionnels à leurs revenus d'ici 2025. La raison d'être de la réforme des tarifs de l'électricité ? Les prix de détail de l'électricité en Californie sont élevés et en augmentation. On prévoit une augmentation des tarifs de l'électricité résidentielle pour les trois compagnies d'électricité : San Diego Gas and Electric, Pacific Gas and Electric et Southern California Edison.



Remarque : Une augmentation accélérée des tarifs d'électricité résidentiels groupés est prévue pour les trois services publics appartenant au secteur privé (SPASP)[3].

---

* Meredith Fowlie est professeure et directrice du Haas Energy Institute à l'Université de la Californie à Berkeley. Une version antérieure de cet article a été publiée par le Haas Energy Institute dans son bulletin mensuel Energy Bulletin, voir : energyathaas.wordpress.com/2023/04/17/whos-afraid-of-retail-electricity-rate-reform.

[1] Danielle Echeverria, « Californians' Electricity Bills could see huge change if PG&E proposal goes through », (1 juin 2023), en ligne : *San Francisco Chronicle* <www.sfchronicle.com/bayarea/article/pge-utility-electricity-bills-restructure-plan-17895445.php>.

[2] California Public Utilities Commission. (7 avril 2023) en ligne (pdf) : *CPUC* <docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/SupDoc/R2207005/5911/505748665.pdf>.

[3] Ankit Jain, « Key Takeaways from the CPUC Rates and Costs En Banc Hearing and Update on Affordability Metrics », (10 juin 2021), en ligne (pdf) : *CPUC* <ww2.arb.ca.gov/sites/default/files/2021-06/cpuc-metrics_sp_kickoff-electricity_june2021.pdf>.

Nous avons fait valoir que ces prix sont trop élevés parce que nous taxons effectivement la consommation d'électricité du réseau pour payer des coûts qui ne varient pas en fonction de l'utilisation (p. ex. les coûts croissants de l'atténuation des risques d'incendie de forêt, l'indemnisation des victimes d'incendies de forêt, les coûts d'infrastructure, les programmes d'intérêt public)[4]. Ces prix trop élevés de l'électricité ralentissent les progrès en matière d'électrification et pèsent sur le portefeuille des ménages à faible revenu.

En réponse à ces défis, une nouvelle loi californienne exige que les prix de l'électricité résidentielle soient réduits[5]. Les recettes non récupérées par le biais d'un frais par kilowattheure seront perçues sous la forme d'un frais mensuel fixe qui augmentera en fonction des revenus du ménage. Dans quelle mesure les prix de l'électricité doivent-ils être réduits ? Comment fixer les frais fixes en fonction des revenus ? Telles sont les questions actuellement débattues.

Dans le cadre de ce type de réforme, il y aura des gagnants et des perdants. La plupart des ménages à faibles revenus « gagneront » des réductions de leur facture d'électricité. Les ménages comme le mien — des ménages à revenus plus élevés équipés de toits solaires — sont les plus grands perdants. Personne n'aime payer plus, c'est pourquoi certains défenseurs de l'énergie solaire sur toiture — entre autres — s'insurgent.

Nous adorons les panneaux solaires. C'est incroyable que nous puissions charger notre véhicule électrique (VE) avec des kilowattheures faits maison. Quiconque souhaite investir dans la production de sa propre électricité solaire devrait pouvoir le faire. Mais la manière dont nous payons actuellement l'électricité est défectueuse et doit être corrigée. Cet article propose donc une perspective pro-solaire — et pro-réforme tarifaire.

QU'EST-CE QUE L'ÉNERGIE SOLAIRE SUR TOITURE A À PERDRE ?

Avant de se plonger dans les détails des différentes propositions, il convient de rappeler comment nous rémunérons actuellement la production d'énergie solaire sur toiture en Californie, pourquoi le statu quo n'est pas respecté et quelles seraient les conséquences des structures tarifaires proposées par les services d'électricité sur la facture d'électricité d'un propriétaire d'installation solaire photovoltaïque (PV).

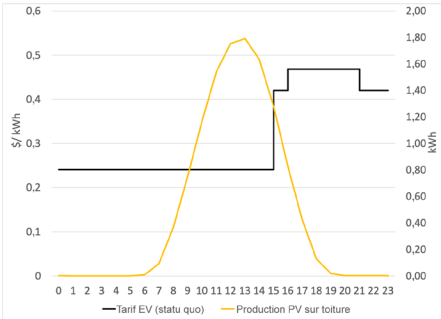
Compensation de l'énergie solaire sur toiture (statu quo)

L'année dernière, nos panneaux solaires ont produit plus de 4 300 kWh. Lorsque nous avons consommé notre électricité solaire maison, nous avons évité de payer le tarif de détail de l'électricité du réseau. Dans le cadre de la facturation nette, lorsque nous avons exporté notre surplus d'électricité vers le réseau, nous avons été indemnisés au tarif de détail moins une taxe d'environ 2 cents/kWh. Ce que nous « gagnons » grâce à nos exportations solaires compense la majeure partie du coût de l'électricité du réseau que nous consommons lorsque le soleil se couche.

Le graphique ci-dessous présente notre production solaire PV horaire moyenne en 2022 et le tarif pour VE en fonction de l'heure de consommation, calculé en moyenne sur les heures de l'année. En tenant compte des charges non contournables, notre production solaire PV a réduit nos factures de plus de 1 200 $ en 2022!

[4] Energy Institute at Haas, UC Berkeley, « Designing Electricity Rates for An Equitable Energy Transition », (23 février 2021), en ligne (pdf) : <www.next10.org/sites/default/files/2021-02/Next10-electricity-rates-v2.pdf>; voir aussi Energy Institute at Haas, University of California, « Paying for Electricity in California: How Residential Rate Design Impacts Equity and Electrification », (22 septembre 2022), en ligne (pdf) : <www.next10.org/sites/default/files/2022-09/Next10-paying-for-electricity-final-comp.pdf>.

[5] US, AB 205, *Committee on Budget. Energy*, 2021-22, Reg Sess, Cal, 2021, ch 61 (édicté).

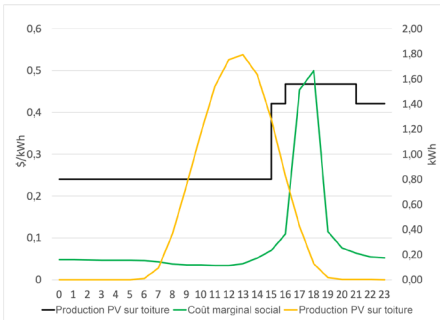


Remarque : La ligne noire représente la moyenne du prix de détail de l'électricité sur l'ensemble des heures de l'année. Nous bénéficions d'un tarif pour VE de la Pacific Gas and Electric Company (PG&E) qui propose des tarifs avantageux en heures creuses afin de promouvoir la recharge des véhicules pendant les heures creuses. La ligne jaune résume notre production PV horaire, que nous pouvons suivre sur mysunpower.com.

Quel est le problème avec cette image ?

En Californie, nous utilisons les prix de détail de l'électricité pour augmenter les revenus afin de couvrir une longue liste de dépenses non incrémentales que j'ai décrites plus haut. Cela signifie que seule une fraction des économies que je vois sur ma facture sont des économies que mes panneaux solaires génèrent réellement pour le monde. Une part importante de mes « économies » est simplement reportée sur la facture de quelqu'un d'autre, puisque ces coûts doivent toujours être payés.

La California Public Utilities Commission (CPUC) utilise le calculateur de coûts évités E3 pour estimer les bénéfices sociaux générés par les ressources énergétiques décentralisées[6]. Ces estimations horaires incluent les coûts de carburant évités, les bénéfices associés à la réduction des émissions de gaz à serre, les émissions de méthane évitées, les coûts marginaux de capacité évités, etc. Si l'on compare ces valeurs horaires du coût marginal social (CMS) de 2022 à mon tarif de détail, le contraste est frappant.



Remarque : Les chiffres du coût marginal social (CMS) proviennent de ce calculateur des coûts évités des ressources énergétiques décentralisées de 2022[7].

Pendant les heures de la journée où le soleil brille, mon prix de détail (en noir) est bien supérieur à ces estimations du CMS (en vert). L'évaluation de notre production solaire PV horaire de 2022 à l'aide de ces estimations du CMS aboutit à environ 185 $ de coûts évités, ce qui est bien inférieur aux 1 200 $ que notre famille économise. (E3 travaille à l'intégration d'estimations plus élevées des valeurs d'émissions évitées — mais ces changements devraient avoir un impact limité pendant les heures où mes panneaux solaires fonctionnent)[8].

En quoi les réformes tarifaires proposées changeraient-elles cette situation ?

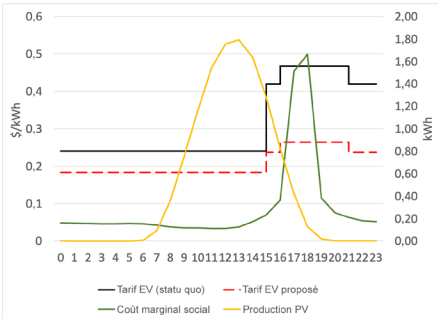
PG&E a récemment publié une proposition de réforme des tarifs de détail qui apporterait

[6] California Public Utilities Commission "2022 ACC Documentation" (22 juin 2022), en ligne (pdf) : *CPUC* <www.cpuc.ca.gov/-/media/cpuc-website/divisions/energy-division/documents/demand-side-management/acc-models-latest-version/2022-acc-documentation-v1a.pdf>

[7] « Avoided Cost Calculator for Distributed Energy Resources », en ligne : *Energy and Environmental Economics* <www.ethree.com/public_proceedings/energy-efficiency-calculator>.

[8] California Public Utilities Commission, « Societal Cost Test Impact Evaluation », (janvier 2022), en ligne (pdf) : *CPUC* <www.cpuc.ca.gov/-/media/cpuc-website/divisions/energy-division/documents/integrated-resource-plan-and-long-term-procurement-plan-irp-ltpp/2019-2020-irp-events-and-materials/societal_cost_test_impact_evaluation.pdf>.

deux changements importants à mes factures d'électricité[9]. Tout d'abord, mon tarif de détail horaire serait réduit de plus de 30 %(en moyenne sur l'ensemble des heures). Deuxièmement, je paierais un frais fixe de 92 $ par mois en fonction de mes revenus (les ménages à très faibles revenus ne paieraient que 12 $). Le graphique ci-dessous montre le tarif d'utilisation des VE proposé par PG&E.



Remarque : Le tarif EV2 proposé est résumé en rouge. La version originale de ce billet reprenait les chiffres du tableau 1–4 de la proposition de PG&E. Ces chiffres étaient inexacts et la figure montre les chiffres corrigés.

Les changements proposés réduiront les « économies » que j'ai réalisées grâce à l'énergie solaire PV et augmenteront mes factures d'électricité mensuelles. (La réforme de la facturation nette de l'énergie qui vient d'entrer en vigueur ne changera pas la donne pour moi et tous ceux qui ont déjà une installation solaire)[10].

La réduction de la compensation pour ma production solaire signifie que moins de coûts fixes sont transférés à ceux qui ne produisent pas d'énergie solaire. Ce n'est que justice. Comme tout le monde, je bénéficie de la réduction du risque d'incendie de forêt. Je suis également tributaire de l'infrastructure du réseau électrique pour exporter l'électricité solaire que je ne consomme pas et pour maintenir mes lumières allumées lorsque le soleil se couche.

Même si je n'aime pas l'idée d'envoyer plus d'argent à PG&E chaque mois, je considère cette augmentation de la facture comme une particularité — et non un bogue — d'une réforme qui vise à recouvrer les coûts du réseau électrique de manière plus efficace et plus équitable. Mais tout le monde n'est pas d'accord avec moi...

À LA DÉFENSE DU STATU QUO ?

Selon la proposition de PG&E, mes tarifs d'électricité au détail seraient réduits de plus de 30 %. Mais il existe d'autres propositions qui préconisent des réductions de tarifs beaucoup plus faibles. La Solar Energy Industries Association (SEIA) recommande que le prix du kilowattheure ne diminue que de 2 %[11].

Voici les principaux arguments en faveur du maintien des prix de détail à un niveau plus élevé (tels que je les comprends).

1. ***Nous devons respecter les règles :*** La SEIA cite une décision antérieure de la CPUC selon laquelle les frais fixes ne devraient inclure que les coûts « causés simplement par la présence du client sur le réseau ». Selon cette définition étroite, les frais fixes ne comprennent que les coûts de connexion au réseau et d'envoi d'une facture d'électricité compliquée chaque mois. Cette définition exclut des milliards de dollars de coûts qui ne varient pas en fonction de l'augmentation de l'utilisation (p. ex. l'atténuation des incendies de forêt, certaines infrastructures du réseau électrique, les programmes d'intérêt public).

S'il s'agit effectivement de la règle en vigueur, elle doit être modifiée. En y adhérant, nous nous enfermons dans une tarification au détail de l'électricité inefficace et régressive.

2. ***Des prix élevés favorisent la conservation et l'efficacité :*** La proposition de la SEIA affirme que des réductions modestes des tarifs « maintiendraient une forte incitation à conserver l'énergie et à l'utiliser de manière efficace ».

[9] California Public Utilities Commission, (avril 2023) en ligne (pdf) : *CPUC* <docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/SupDoc/R2207005/5903/505736526.pdf>.

[10] Energy institute at Haas, « Can Net Metering Reform Fix the Rooftop Solar Cost Shift? », (25 janvier 2021) en ligne : <energyathaas.wordpress.com/2021/01/25/can-net-metering-reform-fix-the-rooftop-solar-cost-shift>.

[11] California Public Utilites Commission (7 avril 2023), en ligne (pdf) : *CPUC* <docs.cpuc.ca.gov/PublishedDocs/SupDoc/R2207005/5907/505462900.pdf>.

Cet argument est erroné. Si nous nous préoccupons de la conservation de l'environnement et de l'utilisation efficace de l'énergie, nous devrions nous efforcer d'accélérer l'électrification efficace des maisons et des véhicules. Maintenir les prix de l'électricité à un niveau supérieur à celui du CMS fait l'inverse en décourageant le changement de carburant efficace.

3. ***Les prix de détail élevés de l'électricité soutiennent les investissements dans l'énergie solaire sur toiture :*** Le Sierra Club recommande que, si les réformes tarifaires « réduisent de manière déraisonnable » la période de récupération pour l'énergie solaire et le stockage, les éléments de coût soient retirés du frais fixe échelonné en fonction du revenu.

Les utilisateurs d'énergie solaire sur toiture devraient être indemnisés pour les bénéfices qu'ils génèrent pour le réseau. Cependant, dans le cadre du régime tarifaire actuel, nous sommes de plus en plus surcompensés. Maintenir des tarifs d'électricité élevés pour que la période de récupération d'énergie solaire soit artificiellement courte donnerait la priorité à l'énergie solaire sur toiture par rapport à d'autres objectifs essentiels tels que l'efficacité de l'électrification, la décarbonisation rentable du réseau et le caractère abordable de l'énergie solaire.

LES PERDANTS DE L'ÉNERGIE SOLAIRE, NE SOYEZ PAS DES MAUVAIS PERDANTS

Les tarifs de détail de l'électricité en Californie sont mal en point. Le régime tarifaire actuel fausse les incitatifs, décourage l'électrification et pèse de manière disproportionnée sur les ménages à faibles revenus. En l'absence de réformes, la situation ne fera qu'empirer, car de plus en plus de ménages à hauts revenus investissent dans l'énergie solaire sur toiture pour réduire leurs factures d'électricité, ce qui aggravera le transfert des coûts vers les ménages qui n'ont pas accès à l'énergie solaire.

La Californie a maintenant l'occasion de rectifier le tir. L'abaissement des tarifs d'électricité et l'augmentation des recettes grâce à une redevance fixe modulée en fonction des revenus réduiront les obstacles à une électrification efficace et déplaceront la charge des coûts vers les ménages qui ont le moins les moyens de payer. Amis perdants de l'énergie solaire, nous espérons que nous pourrons tous prendre un peu de recul et reconnaître qu'il s'agit d'une grande victoire pour la Californie et le climat. ■

« THE UNPOPULAR TRUTH » : UN CONTREPOIDS À LA GRANDE TRANSITION VERTE

*Kenneth A. Barry**

En ce qui concerne *The Unpopular Truth: About Electricity and the Future of Energy*[1] (2022), il importe de préciser d'abord ce dont il s'agit, et ensuite, ce dont il ne s'agit pas. Cet ouvrage concis (123 pages et 25 pages d'annexes) de Lars Schernikau, Ph. D., et du professeur William H. Smith propose une explication directe et condensée des préoccupations des auteurs au sujet de la dépendance excessive aux technologies d'énergie renouvelable — une tendance qui, déplorent-ils, a été exagérée dans les sphères de la politique, de la défense des intérêts écologiques et médiatiques. L'ouvrage est plutôt technique, par le ton et la substance, et il est fortement imprégné de faits et de chiffres, de principes de physique de l'électricité et d'illustrations graphiques. Dépouillé de toute anecdote ou toute digression qui pourraient étoffer une présentation orale portant sur un sujet semblable, le lecteur a parfois l'impression de lire un synopsis ou une aide à l'étude utilisée dans un cours magistral d'université. Se gardant de donner raison à l'adage voulant que « la cuillérée de sucre aide à faire passer le médicament », *The Unpopular Truth* s'assimile plutôt à l'administration du médicament dans sa forme pure.

L'avantage de ce type de discours sans artifices, où l'information est pratiquement martelée, c'est qu'il confère une certaine aura de sérieux à la matière traitée. Celle-ci consiste à détourner la marche apparemment obstinée des sociétés occidentales avancées vers des technologies énergétiques intermittentes, mais prétendument « propres ». Le ton prédicateur de *The Unpopular Truth* s'axe autour des inquiétudes des auteurs qu'une dépendance trop forte à l'égard de l'énergie éolienne, solaire, de l'hydrogène « vert » et de sources d'énergie similaires néglige de tenir compte de la physique du réseau et de la myriade de technologies, d'impératifs liés à l'approvisionnement en matériaux et d'obstacles à l'efficience que comporte cette dépendance. Les auteurs soutiennent également que les coûts du cycle de vie complet des énergies renouvelables ont été largement sous-estimés, pour que la solution paraisse plus simple et plus concurrentielle par rapport à une solution fondée sur l'énergie thermique conventionnelle.

Lars Schernikau, Ph. D., est un économiste de l'énergie et un négociant de marchandises établi en Suisse et à Singapour, tandis que William Hayden Smith est professeur des sciences planétaires et de la terre au McDonnell Center for Space Sciences de l'Université de Washington à St. Louis, au Missouri. De toute évidence, ils en savent long sur la production et le transport d'énergie, tant à l'échelle régionale que mondiale.

* Kenneth A. Barry est l'ancien avocat-conseil en énergie de Reynolds Metals Co. à Richmond, en Virginie. Il a été avocat-conseil à la section de la réglementation de l'énergie du bureau de Hunton Andrews Kurth à Washington, D.C. Il a également été un contributeur régulier à deux publications nationales sur le droit de l'énergie.

[1] Lars Schernikau & William Hayden Smith, *The Unpopular Truth: About Electricity and the Future of Energy* (Energeia Publishing, 2022).

Dans un avant-propos, Schernikau dame le pion à tout programme politique :

> Un accès fiable et abordable à l'énergie ne devrait jamais passer par la politique. Malheureusement, l'énergie a été mal utilisée par les deux côtés de l'échiquier politique précisément pour cette raison, des programmes politiques. Il devrait être dans l'intérêt de tout gouvernement de disposer d'un vaste bouquet énergétique, de réduire les dépendances, d'assurer l'abordabilité, la fiabilité et, bien sûr, de limiter l'empreinte environnementale. Malheureusement, l'histoire regorge d'exemples du contraire[2] [traduction].

Le titre *The Unpopular Truth* pourrait évoquer le documentaire célèbre de l'ancien vice-président des États-Unis, Al Gore, intitulé *An Inconvenient Truth*[3]. Bien que l'ouvrage ne conteste pas directement l'appel à l'action de Gore au sujet du réchauffement planétaire, il examine en profondeur les prémisses sous-jacentes, ainsi que la faisabilité technique, d'une transition abrupte vers l'abandon des combustibles à base de carbone, lesquels sont largement blâmés pour les changements climatiques. Un autre indice qui trahit l'angle des auteurs est qu'ils ont toujours inclus le mot « renouvelable(s) » entre guillemets.

Il est important de mentionner que les auteurs ont un point de vue critique sur la notion selon laquelle l'énergie renouvelable variable (ERV), principalement l'énergie éolienne et solaire, est autant concurrentielle sur le plan économique ou autant inoffensive sur le plan environnemental qu'elle prétend être. Leur analyse fait un zoom arrière pour examiner de façon holistique l'ensemble des coûts du « cycle de vie » et des défis quantitatifs liés à l'extraction et au traitement des matières premières nécessaires, ainsi que la fabrication et l'installation de l'équipement nécessaire à l'échelle du réseau pour remplacer les combustibles fossiles — actuellement la source d'environ 80 % de l'énergie électrique mondiale — par l'énergie éolienne et solaire. Ils se demandent également si l'effort, compte tenu de la « faible densité énergétique » de l'énergie éolienne et solaire, vaut la chandelle. Le cheval de bataille des auteurs est toujours l'« efficience » et, à leur avis, l'ERV est gravement déficiente à cet égard.

VISÉES GLOBALES

Les auteurs ont inclus un « résumé » (présenté au dos du livre, ce qui est un peu inhabituel) qui présente un inventaire concis de leurs visées. Ils qualifient *Unpopular Truth* « d'introduction aux systèmes électriques et… aux coûts », mais d'un « point de vue macroéconomique de la "transition énergétique" » [traduction][4]. En effet, l'ouvrage aborde les principes fondamentaux du réseau électrique, d'une part (*p. ex.* le besoin d'un parfait équilibre en temps réel de l'offre et de la demande), et la « transition énergétique » proposée, d'autre part, d'un point de vue « macroéconomique » distinct. Les inconvénients inévitables de l'ERV, soulignent-ils, sont nombreux et comprennent :

- Faibles densités d'énergie et efficiences;
- Production d'électricité faible et imprévisible;
- Inefficacités sur les plans de la conversion, du conditionnement des fréquences et de la transmission;
- Apport élevé de matières;
- Courte durée de vie de [l'équipement];
- Difficultés sur les plans du recyclage et de l'économie[5].

Ce défilé de désavantages pratiques mène, de l'avis des auteurs, à une « faible efficacité énergétique nette » [traduction] (une mesure qu'ils appellent souvent « eROI[6] »).

Le stockage de l'énergie éolienne et solaire excédentaire, lorsque leur production est trop importante pour la demande actuelle,

---

[2] *Ibid* à la p 17.

[3] *An Inconvenient Truth* (Paramount Classics 2006) [Réalisateur : Davis Guggenheim].

[4] *The Unpopular Truth: About Electricity and the Future of Energy*, *supra* note 1 à la p 125.

[5] *Ibid* à la p 126.

[6] *Ibid*.

est souvent louangé, observent-ils, comme le remède à l'intermittence de ces technologies. Mais les auteurs jettent une douche froide sur cette perspective en affirmant :

> … tout stockage — qui ajoute toujours de la complexité et exige une transformation énergétique… réduira toujours davantage le rendement énergétique et l'efficience de l'utilisation des matières d'un système énergétique parce qu'il coûte ou « gaspille » de l'énergie. Cependant, aucune solution de stockage à long terme à l'échelle du réseau ne résoudra véritablement le problème de l'énergie[7] [traduction].

Le résumé aborde également la question épineuse des nouvelles menaces géopolitiques à la sécurité énergétique. Les auteurs font remarquer que 2021 a été une année charnière dans ce débat, où [traduction] « une pénurie de matières premières énergétiques, une production d'électricité insuffisante et irrégulière provenant de l'énergie éolienne et solaire, et des changements géopolitiques » se sont traduits par « des prix élevés et de la volatilité dans les grandes économies[8] ». Ces points sont évidemment liés à l'invasion de l'Ukraine par la superpuissance énergétique russe et aux effets d'entraînement en Europe de l'Ouest. Mais l'ombre de la géopolitique est également jetée par la Chine, selon les auteurs, parce que [traduction] « la Chine domine presque toutes les chaînes d'approvisionnement de transformation de matières premières "vertes", y compris la production critique de systèmes solaires photovoltaïques, d'énergie éolienne et de VE[9] ». L'ouvrage souligne ici comment une transition rapide des combustibles fossiles vers des technologies plus propres procurerait à la Chine des avantages imprévisibles dont elle ne jouirait pas autrement :

> La sécurité énergétique concerne l'approvisionnement en matières premières énergétiques — à savoir le pétrole, le charbon, le gaz et l'uranium — ainsi que le contrôle de la capacité de production d'énergie « renouvelable » à court terme et de l'équipement de consommation[10] [traduction].

Une autre thèse critique avancée par *Unpopular Truth* est que les voies de la « carboneutralité » du milieu du siècle définies par les institutions gouvernementales reposent sur une sous-estimation de la demande future. Ces scénarios optimistes misent en effet sur la conservation de l'énergie omniprésente dans les économies développées, selon les auteurs, et la croissance de la demande d'électricité attribuable à trois facteurs distincts : (1) l'amélioration du niveau de vie dans les pays sous-développés; (2) la croissance démographique globale; et (3) la politique d'« électrification » de la consommation d'énergie historiquement alimentée par la combustion directe de combustibles fossiles[11]. En fin de compte, ils rejettent carrément toute attente selon laquelle l'énergie renouvelable pourrait même répondre à la demande des consommateurs dans les décennies à venir :

> Il est prudent de supposer que l'énergie éolienne et l'énergie solaire à elles seules ne seront pas en mesure de produire suffisamment d'électricité pour répondre à la demande totale d'énergie prévue, et il serait inopportun d'en forcer l'adoption à l'échelle du réseau. Il va sans dire que toute perte d'énergie « renouvelable » attribuable à la conversion pour le stockage ou le transport est inefficace, contribuera au réchauffement de notre biosphère et doit être évitée à tout prix[12] [traduction].

Prises hors du contexte du « Résumé », ces déclarations peuvent paraître tout à fait concluantes et irréconciliablement opposées au consensus des planificateurs du système et des décideurs politiques du gouvernement qui accélèrent l'abandon du charbon, du gaz naturel et du pétrole. Il ne fait aucun doute que ces perspectives sont opposées, mais en

---

[7] *Ibid*.

[8] *Ibid* à la p 125.

[9] *Ibid* à la p127.

[10] *Ibid*.

[11] *Ibid* aux pp 102–103.

[12] *Ibid*.

toute justice, il convient de souligner que les auteurs offrent une pléthore de données, de graphiques, de concepts scientifiques et de citations d'études techniques pour étayer ces affirmations « impopulaires ». Bref, ils ne se contentent pas de lancer des éclairs du haut du mont Olympe.

PÉNURIES D'ÉNERGIE À L'HORIZON

La morosité des perspectives des auteurs, si l'on suppose que les politiques nationales de transition énergétique actuellement ambitieuses ne sont pas révisées, ne peut être plus visible que dans leur tableau des [traduction] « conséquences économiques logiques » que subiraient les sociétés si la marche vers la « carboneutralité » se poursuivait. Ils prédisent que :

- « l'adoption généralisée » des énergies renouvelables « réduirait l'efficacité énergétique nette de l'humanité en deçà du niveau critique pour soutenir notre civilisation moderne actuelle »;

- On ne peut pas s'attendre à ce que les solutions de stockage pour capter l'énergie éolienne et solaire produite en période d'excès permettent de remédier à la situation, car « aucune solution viable et à long terme à la pénurie d'énergie à l'échelle du réseau n'a encore été trouvée[13] » [traduction].

L'ouvrage illustre ces prévisions à l'aide de citations sur les tensions relativement récentes sur le système énergétique dans les régions économiquement développées. À la fin de 2021 et jusqu'en 2022, des articles dans les médias grand public ont commencé à parler de pénuries d'électricité ou de gaz, et de l'escalade concomitante des coûts de l'énergie[14]. Les répercussions sur les industries qui dépendent des coûts concurrentiels de l'énergie ainsi que sur les petits clients de détail qui ont de la difficulté à payer leurs factures de services publics sont mentionnées dans ces articles, dont des extraits sont brièvement cités dans ce chapitre. L'article se termine par cette observation qui donne à réfléchir :

> **Nous avons montré pourquoi la « transition énergétique » vers des formes d'énergie variable « renouvelable », comme l'énergie éolienne et l'énergie solaire, entraînera des coûts d'électricité plus élevés**. L'expert-conseil en stratégie de soutien à la transition énergétique McKinsey… confirme et résume en ces mots : « Une transition vers la carboneutralité aurait un effet important et souvent immédiat sur la demande, l'affectation du capital, les coûts et les emplois[15] » [caractères gras dans l'original] [traduction].

Cette mise en garde est accompagnée d'une section qui documente la diminution des investissements de capitaux dans les modes de production conventionnels alors que les pays occidentaux — l'Allemagne étant l'enfant-vedette d'affiche dans ce chapitre — ont surveillé des investissements massifs dans les énergies éolienne et solaire, ce qui a mené, selon les auteurs, aux graves pénuries d'énergie que l'on observe déjà dans la présente décennie. L'ouvrage suggère ensuite que les pays développés n'auront guère d'autre choix que d'inverser la tendance, citant une étude de décembre 2020 où il est déclaré que [traduction] « d'ici 2030, les niveaux d'investissement [dans le pétrole et le gaz] devront augmenter d'au moins 225 milliards de dollars par rapport aux niveaux de 2020 pour éviter une crise[16] ».

MAIS QU'EN EST-IL DU RÉCHAUFFEMENT PLANÉTAIRE?

En raison des préoccupations liées à l'excès d'émissions de CO_2 provenant de sources d'énergie et de sources industrielles, qui sont à l'origine des changements climatiques, Schernikau et Smith ne peuvent ignorer la présence de l'éléphant dans la pièce. Et ils ne le font pas, du moins, pas entièrement. Ils commencent par une dénégation générale de responsabilité, à savoir « Le présent ouvrage

[13] *Ibid* à la p 105.

[14] *Ibid* aux pp 108–109.

[15] *Ibid* à la p 109.

[16] *Ibid* à la p 106. Cette étude de 2020 a été réalisée par le Boston Consulting Group et le Forum international de l'énergie.

n'a pas pour objet de quantifier la cause ou les répercussions d'un réchauffement planétaire[17] » [traduction], mais propose tout de même des avenues générales pour combattre la notion populaire voulant qu'une transition massive et précipitée vers des sources d'électricité autres que le carbone soit justifiée.

Leur approche est plutôt oblique que frontale. Ils ne nient pas que la planète se réchauffe ou que les émissions de CO_2 provenant de l'activité humaine ont contribué à ce réchauffement. Mais ils répliquent par plusieurs arguments. En plus de faire remarquer que la terre se réchauffe depuis bien avant que la civilisation moderne et industrialisée ait commencé à augmenter les émissions de gaz à effet de serre (GES), ils suggèrent que la consommation d'énergie elle-même émet de la chaleur — réchauffant la « biosphère » — indépendamment de sa méthode de production. Citant une étude, ils avancent :

> « La neutralité climatique ne vient pas des économies décarbonisées », car l'énergie consommée produit une chaleur à forte entropie et à faible valeur (voir le chapitre 3.3) qui réchauffe notre biosphère. Moins nos systèmes énergétiques sont efficients, plus nous réchauffons notre planète pour utiliser la même quantité d'énergie utile[18] [traduction].

En plus de sous-entendre ainsi que l'abandon des combustibles fossiles pourrait ne pas être très efficace pour réduire le réchauffement planétaire, les auteurs font remarquer que les concentrations de CO_2 et de GES dans l'atmosphère varient au fil du temps et sont causées par des activités anthropiques et non anthropiques[19]. Il est donc difficile, affirment-ils, de déterminer dans quelle mesure le réchauffement observé à la fin du 20e siècle et au début du 21e siècle découle des activités humaines. Ils citent également l'ouvrage de Steven Koonin publié en 2021, *Unsettled*, pour étayer la proposition selon laquelle les modèles climatiques qui tentent de prédire la trajectoire future des températures si les émissions de GES ne sont pas réduites divergent considérablement entre eux[20].

L'ouvrage met également en doute la thèse selon laquelle la Terre se dirige vers une crise climatique, en soulevant le principe « incontesté — mais moins connu » selon lequel *l'impact de la température* de la concentration de GES dans l'atmosphère diminue à mesure que le taux de concentration augmente (en d'autres termes, l'impact de la hausse des émissions sur la température mondiale n'est pas linéaire[21]). Mais les auteurs insistent, par-dessus tout, sur le fait que les énormes engagements financiers pris pour stopper les changements climatiques — ils citent des estimations de coûts allant de 3 à 4 billions de dollars par an à plus de 9 billions de dollars par an en dollars américains — sont « mal dépensés », compte tenu de l'incertitude quant aux raisons pour lesquelles [traduction] « le climat s'est réchauffé et s'est refroidi au cours du dernier millénaire » et l'hypothèse douteuse (aux yeux des auteurs) [traduction] « que le réchauffement présumé des 150 dernières années est attribuable à l'activité humaine[22]… ».

UN AVENIR ÉNERGÉTIQUE DURABLE « RÉALISTE »

Le dernier chapitre de l'ouvrage constitue surtout un avant-goût. Les auteurs n'ont pas de plan sur la façon de parvenir à la Terre promise de la durabilité au-delà des combustibles fossiles. Ils ne font que pointer dans une direction : l'avenir, disent-ils, réside « peut-être dans une combinaison

---

[17] *Ibid* à la p 111.

[18] *Ibid* à la p 112. Les lecteurs remarqueront la saveur scientifique de ces arguments ainsi que l'accent souvent mis par les auteurs sur l'« efficience » comme la marque d'un système de production et de distribution d'énergie solide, globalement.

[19] *Ibid*.

[20] Kenneth A. Barry, « Analyse de Unsettled de Steven Koonin » (2022) 10:1 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/book-reviews/review-of-steven-koonins-unsettled1>.

[21] *Ibid*.

[22] *Ibid* à la p 116. Voir à la p 117 (dans un argument connexe, l'ouvrage suggère que les dirigeants de l'UE auraient peut-être été mieux avisés d'avoir déclaré que le charbon et le nucléaire étaient des technologies « vertes » acceptables, plutôt que la production au gaz naturel, puisque le méthane [allèguent-ils] qui s'échappe de la chaîne de valeur du GNL est responsable d'une plus grande quantité d'émissions de GES que le CO_2).

de fusion ou de fission, de sources d'énergie solaire, marémotrice, géothermique ou d'une source actuellement inconnue… La solution reposerait probablement sur la puissance de la force nucléaire, la puissance de notre système planétaire… et l'énergie au cœur de notre planète »[traduction][23]. Mais ils mettent en garde :

> « Cela aura peu à voir avec les technologies éoliennes et photovoltaïques d'aujourd'hui en raison des limites physiques de la densité énergétique… et surtout, leur intermittence[24] » [traduction].

Ils recommandent également d'investir dans l'éducation liée aux systèmes énergétiques et dans la recherche fondamentale[25].

Entre-temps, les auteurs affleurent une dernière fois l'imprudence, à leur avis, d'une politique énergétique qui néglige la sécurité et l'abordabilité de l'approvisionnement — deux objectifs stratégiques essentiels — en se consacrant presque exclusivement à un troisième objectif, la protection de l'environnement, rendu possible par [traduction] « la décarbonisation… en remplaçant les combustibles fossiles par de l'énergie éolienne et solaire nettement inefficace[26]. » Ils réitèrent également leur avertissement selon lequel les estimations des coûts de production axées sur le *coût égalisé* de l'énergie éolienne et solaire (par rapport aux sources d'énergie conventionnelles équivalentes) laissent les arbres cacher la forêt. Schernikau et Smith se font les champions d'une autre mesure plus vaste, appelée « *coût total de l'électricité* », qui tient compte de l'ensemble du cycle de vie et de la chaîne de valeur de l'énergie éolienne et solaire, y compris de leurs besoins en matière d'espace et de leurs coûts de sauvegarde[27].

CONCLUSION

On ne peut s'empêcher d'être impressionné par la sincérité des préoccupations des auteurs à l'égard des politiques énergétiques qui visent à réduire radicalement le rôle des combustibles fossiles dans le bouquet énergétique. Bien sûr, une grande partie de l'argument présenté dans *The Unpopular Truth* va à l'encontre d'une grande partie de la pensée contemporaine des experts et des décideurs, tant au gouvernement qu'à l'extérieur. Schernikau et Smith laissent entendre qu'il y a beaucoup de *vœux pieux* sous-jacents aux versions les plus populaires de notre feuille de route énergétique vers l'avenir.

Ce que le lecteur peut faire, c'est de réfléchir à la question de savoir si les profondes réserves des auteurs au sujet de la forte dépendance à l'égard des technologies énergétiques intermittentes méritent plus de visibilité et de débat au sein des communautés d'experts qualifiés pour les évaluer. À tout le moins, les auteurs ont présenté une preuve *prima facie* de la nécessité de délibérer plus en profondeur, et avec le scepticisme scientifique traditionnel, des fondements techniques et des calculs qui sous-tendent la promotion d'une transition complète vers des « énergies renouvelables ». *The Unpopular Truth*, comme la plupart des ouvrages du genre, ne met l'accent que sur l'un des côtés de la médaille. La quête de la vérité, qu'elle soit populaire ou non, exige une ventilation maximale.

L'édition actuelle du livre pourrait être améliorée de plusieurs façons. Certains des graphiques et des images, aussi intrigants soient-ils, sont trop denses et difficilement lisibles en raison des très petits caractères utilisés. À l'occasion, certains passages glissent dans des concepts techniques ou du jargon qui peuvent échapper à un certain nombre de lecteurs. Mais, dans l'ensemble, la rédaction est cohérente et suffisamment simplifiée pour qu'un auditoire général, ayant certaines connaissances préexistantes en matière d'énergie, puisse s'y retrouver. Et si le récit devient souvent répétitif, les auteurs ont probablement senti qu'il était essentiel de marteler leurs points les plus importants de cette façon. ■

---

[23] *Ibid* à la p 122.

[24] *Ibid*.

[25] *Ibid*.

[26] *Ibid* à la p 119.

[27] *Ibid* à la p 120. Cependant, l'ouvrage n'entreprend pas la tâche très compliquée d'étoffer et de comparer le « coût total de l'électricité » pour divers choix de combustibles. Il en sera question une autre fois.

CARBON CHANGE: CANADA ON THE BRINK OF DECARBONIZATION, DENNIS MCCONAGHY, DUNDURN PRESS TORONTO, 2022

*Rowland J. Harrison, c.r.**

Dans son ouvrage de 2019 intitulé *BREAKDOWN: The Pipeline Debate and the Threat to Canada's Future*,[1] Dennis McConaghy a fait valoir que, malgré la polarisation provoquée par le débat sur la politique climatique, le Canada « peut et doit trouver un consensus qui équilibre une politique climatique crédible et proportionnée[2] » [traduction]. Trois ans plus tard, il ressort clairement du plus récent ouvrage de McConaghy[3], *CARBON CHANGE: Canada on the Brink of Decarbonization*, que le Canada, à son avis, est loin d'avoir atteint cet équilibre.

Il convient de souligner d'entrée de jeu que McConaghy ne nie pas les changements climatiques. Au contraire : « Le risque lié aux changements climatiques est bien réel et inquiétant… et il est clairement attribuable, en grande partie, à l'activité humaine[4] » [traduction]

Cependant, il est tout aussi catégorique lorsqu'il affirme qu'il conviendrait de revoir le point de mire de la politique climatique, à savoir la « décarbonisation », voulant que « les hydrocarbures ne puissent plus être produits ou utilisés[5] » [traduction]. Il soutient plutôt que l'accent devrait être mis sur la gestion du risque de changements climatiques, en utilisant une analyse coûts-avantages « fondée sur un prix du carbone établi au moyen de taxes sur le carbone visant les activités productrices de GES et appliquées de façon uniforme dans les économies développées du monde entier[6] » [traduction]. McConaghy présente des arguments convaincants.

Premièrement, il s'attaque au processus des Nations Unies qui vise à réduire la concentration des gaz à effet de serre (GES) dans l'atmosphère. Ce processus attribue des réductions d'émissions ciblées aux pays développés qui sont de grands

---

* Conseiller en réglementation de l'énergie, codirecteur de la rédaction, *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*.

[1] Rowland J. Harrison, c.r., « *BREAKDOWN: The Pipeline Debate and the Threat to Canada's Future*, Dennis McConaghy, Dundurn Toronto, 2019 » (2019) 7:4 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/book-reviews/breakdown-the-pipeline-debate-and-the-threat-to-canadas-future-dennis-mcconaghy-dundurn-toronto-2019>.

[2] *Ibid* à la p 5.

[3] Voir aussi Dennis McConaghy, « *DYSFUNCTION*: Canada after Keystone XL Dennis McConaghy, Dundurn Toronto, 2017 » (2017) 5:2 Publication trimestrielle sur la règlementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/book-reviews/dysfunction-canada-after-keystone-xl-dennis-mcconaghy-dundurn-toronto-2017>.

[4] Dennis McConaghy, *CARBON CHANGE: Canada on the Brink of Decarbonization* (Toronto, Ontario : Dundurn, 2022), à la p 2.

[5] *Ibid* à la p 1.

[6] *Ibid* à la p 3.

émetteurs « tout en permettant à d'autres pays, comme la Chine et l'Inde, de demeurer des "resquilleurs" [traduction]; le processus devrait être "réinventé[7]". Au passage, il propose un examen précieux de l'émergence de l'approche des Nations Unies, depuis la mise sur pied du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) de l'ONU en 1988, jusqu'au Protocole de Kyoto de 1997 et à l'Accord de Paris de 2015 à la Conférence des Parties de Glasgow de 2021, et montre comment les « cibles » précédentes se sont transformées en « décarbonisation ». Il souligne par ailleurs les répercussions que ces évolutions du processus des Nations Unies ont entraînées sur les projets d'infrastructure énergétique proposés au Canada, particulièrement au cours de la période de 2019 à mars 2020[8].

Deuxièmement, McConaghy soutient :

> La décarbonisation est tout simplement trop coûteuse par rapport au risque couru par l'humanité. L'humanité aurait avantage à tolérer un certain risque de phénomènes météorologiques extrêmes et des discontinuités à incidence élevée, mais moins probables, dans le climat mondial[9] [traduction].

Il souligne que le processus de l'ONU n'a jamais précisé le coût net de la décarbonisation[10] et mentionne la conclusion d'un rapport de McKinsey Consulting publié en 2022 selon laquelle l'atteinte de la carboneutralité n'exigerait rien de moins que « une transformation de l'économie mondiale[11] » [traduction].

McConaghy tire également des leçons instructives de la comparaison des réponses stratégiques au défi que présentent les changements climatiques avec les réponses à la pandémie de COVID-19, à compter de 2020. Dans les deux cas « des actions indépendantes et sans contrainte de la part de particuliers, d'entreprises ou d'États peuvent créer des risques et des dommages collatéraux pour d'autres — refuser la vaccination dans le cas de la COVID-19; consommer de plus en plus d'hydrocarbures dans le cas des changements climatiques[12] » [traduction]. N'empêche, bien que la COVID-19 « présente un risque immédiat pour la quasi-totalité de l'humanité[13] » [traduction], celle-ci accepte le risque résiduel qui découle de la réalisation qu'un objectif d'élimination complète de la COVID-19 n'est pas raisonnable[14]. Il pose la question : « Cette réalité peut-elle justifier de vivre avec une augmentation de la température mondiale de 3 °C[15] ? » [traduction] Il remarque que, malgré le « langage fleuri » utilisé pour décrire les changements climatiques comme une « crise », une « catastrophe », un « code rouge pour l'humanité » et une « menace existentielle », le GIEC n'a jamais explicitement déclaré qu'une augmentation de 3 °C se traduirait par l'extinction humaine[16]. Après avoir examiné le précédent établi par certains éléments de la réponse du Canada à la COVID-19, il s'inquiète de la possibilité d'un « confinement climatique » comme complément logique à l'objectif principal de décarbonisation, sans qu'on en ait analysé les coûts et les avantages[17].

Le débat climatique est l'une des manifestations les plus extrêmes de la polarisation destructrice qui contamine une grande partie de la société, imprégnée de zèle, d'intolérance et de déni. De toute évidence, les changements climatiques représentent un défi mondial sérieux auquel il faut répondre de façon rationnelle et éclairée. *BREAKDOWN: The Pipeline Debate and the Threat to Canada's Future* devrait apporter une contribution inestimable à l'élaboration d'une telle réponse. ■

---

[7] *Ibid* à la p 2.

[8] McConaghy était le membre de l'équipe de direction de TransCanada ayant pour principale responsabilité le projet Keystone XL Project, *supra* note 3.

[9] *Supra* note 4 à la p 41.

[10] *Ibid* à la p 130.

[11] *Ibid* à la p 37.

[12] *Ibid* à la p 120.

[13] *Ibid* à la p 131.

[14] *Ibid* à la p 129.

[15] *Ibid*.

[16] *Ibid* à la p 130.

[17] *Ibid* à la p 139.