



PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÉGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

VOLUME 12, NUMÉRO 1 2024

RÉDACTEURS EN CHEF

M. Rowland J. Harrison, c.r., LLB, LLM, Conseiller en réglementation 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

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

Dr. André Plourde, BA, MA, PhD, Professor, Doyen, Faculty of Public Affairs, Carleton University

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

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

M. C. Kemm Yates, c.r., BA, JD, Associé, Blakes, Calgary

COLLABORATEUR 2024

Timothy Cullen, JD, MA, Associé, McMillan LLP, Ottawa

Paul Daly, LLM, PhD, Professeur, Chaire de droit administratif et de gouvernance, Université d'Ottawa, Ottawa

Charles DeLand, MA, BA, Directeur associé de la recherche, C.D. Howe Institute, Calgary

Adelaide Egan, JD, BA, Avocate, McMillan LLP, Ottawa

Anik Islam, MA, MSc, Associé de recherche, Institut Pour l'IntelliProspérité, Ottawa

Colleen Kaiser, MSc, PhD, Directrice du programme Gouvernance et politique d'innovation, Institut Pour l'IntelliProspérité, Ottawa

Geoff McCarney, PhD, Professeur adjoint, École de développement international et mondialisation, et Directeur principal de la recherche, Institut de l'environnement et l'Institut Pour l'IntelliProspérité, Ottawa

Ian Mondrow, LLB, Associé, Gowling WLG, Toronto

Martin Thiboutot, LLB, Avocat-conseil, McMillan LLP, Montreal

ÉNONCÉ DE MISSION

La mission de la publication trimestrielle sur la réglementation 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 réglementation 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 réglementation de l'énergie (www.energyregulationquarterly.ca).

PUBLICATION TRIMESTRIELLE SUR LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE

TABLE DES MATIÈRES

ÉDITORIAL

Éditorial	5
<i>Rowland J. Harrison, c.r. et Gordon E. Kaiser</i>	

CHRONIQUES RÉGULIÈRES

Évolution du droit administratif relatif au droit et à la réglementation de l'énergie en 2023	7
<i>Paul Daly</i>	

ARTICLE

Défis concernant la divulgation financière et les données liées au climat : Qu'est-ce que cela signifie pour les entreprises énergétiques du Canada?.....	41
<i>Anik Islam, Colleen Kaiser et Geoff McCarney</i>	

La transition énergétique, les actifs délaissés et la réglementation agile	52
<i>Gordon Kaiser</i>	

Pourquoi créer un organisme de réglementation indépendant de l'énergie?	65
<i>Ian A. Mondrow</i>	

Réglementation des véhicules zéro émission au Canada : le règlement fédéral définitif est maintenant en place.....	71
<i>Timothy Cullen, Martin Thiboutot et Adelaide Egan</i>	

L'Alberta a besoin d'une politique énergétique stable	74
<i>Charles DeLand</i>	

RECENSIONS

<i>BETWEEN DOOM & DENIAL: Facing Facts About Climate Change,</i> Andrew Leach, Southerland House, Toronto, 2023	77
<i>Rowland J. Harrison, c.r.</i>	

ÉDITORIAL

Rédacteurs en chef

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

Chaque année, depuis la publication de son premier numéro en 2013, la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* comprend une revue inestimable de l'« Évolution du droit administratif relatif au droit et à la réglementation de l'énergie » par le professeur émérite David J. Mullan. Après une longue et brillante carrière, le professeur Mullan a décidé de poser sa plume de critique.

Nous avons le plaisir de vous annoncer que le professeur Paul Daly, titulaire de la Chaire de recherche en droit administratif et en gouvernance à l'Université d'Ottawa, a repris le flambeau. Le curriculum vitae du professeur Daly comprend de nombreuses publications qui ont été citées par des cours et des tribunaux administratifs canadiens. Son blog primé « Administrative Law Matters » (le droit administratif est important) a été le premier blog cité par la Cour suprême du Canada. Sa première revue annuelle pour la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* constitue l'article principal de ce numéro.

L'évolution des politiques et de la réglementation énergétiques continue d'être axée sur les efforts d'adaptation aux changements climatiques afin de respecter les engagements de réduction des émissions de gaz à serre. Les effets de ces efforts sont ressentis le plus immédiatement par le large éventail de parties prenantes dans les secteurs de la production et de la distribution d'énergie, qui doivent d'abord se préoccuper du respect de la réglementation.

Les préoccupations liées aux changements climatiques ont cependant dépassé les impacts immédiats pour inclure des effets secondaires, tels que les risques liés au climat. Dans « Défis concernant la divulgation financière et les données liées au climat : Qu'est-ce que cela signifie pour les entreprises énergétiques du Canada? », Anik Islam et ses collaborateurs notent que le Canada, aux côtés d'autres pays du G7 et du G20, s'est engagé à mettre en

place des obligations de divulgation conformes aux recommandations du Groupe de travail sur l'information financière relative aux changements climatiques (2022) et du Conseil international des normes de développement durable. Alors que le Canada s'apprête à mettre en œuvre ces « mandats essentiels », les auteurs estiment que les entreprises énergétiques canadiennes devront comprendre leurs propres lacunes et défis en matière de données. Comblar les lacunes en matière de données climatiques et relever les défis liés aux données nécessitera cependant une plus grande collaboration entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ainsi que les organismes de réglementation, les organismes de normalisation, les agences statistiques/fournisseurs de données, les entreprises et les institutions financières.

La réponse la plus répandue aux préoccupations concernant les changements climatiques est bien sûr la « transition énergétique », c'est-à-dire l'abandon des combustibles fossiles. La Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) et la British Columbia Utilities Commission ont récemment examiné le risque que les actifs utilisés pour servir les clients existants et nouveaux ne soient délaissés par suite de la transition. Dans « La transition énergétique, les actifs délaissés et la réglementation agile », Gordon Kaiser (directeur de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie*) compare les deux décisions et observe qu'elles ont toutes deux été confrontées à trois questions centrales :

1. La demande de gaz naturel va-t-elle diminuer à l'avenir en raison de la transition énergétique?
2. Y aura-t-il des actifs délaissés?
3. Quelles mesures les organismes de réglementation devraient-ils prendre pour réduire les actifs délaissés?

L'article d'Ian Mondrow intitulé « Pourquoi créer un organisme de réglementation indépendant de l'énergie? » porte sur la décision de la CEO et remet en question la réaction du ministre de l'Énergie qui s'est dit « extrêmement déçu », arguant que les conclusions exprimées dans la déclaration du ministre ne concordaient pas avec les faits et les décisions prises par la CEO.

La politique précédemment annoncée par le gouvernement canadien sur l'obligation d'une transition vers les véhicules à zéro émission (VZE) a maintenant été mise en œuvre avec la promulgation du *Règlement modifiant le Règlement sur les émissions de gaz à effet de serre des automobiles à passagers et des camions légers*. À partir de la nouvelle année modèle 2026, la modification exige que les fabricants et les importations atteignent des objectifs minimaux de ventes de VZE et augmente les pourcentages attribués pour chaque année jusqu'à ce que 100 % des nouvelles ventes correspondent à des VZE en 2035 et au-delà. Le système de mise en œuvre des « unités de conformité » pour le dépassement des exigences précisées au cours d'une année donnée et pour la compensation des déficits en cas de non-respect de ces exigences fait l'objet d'un examen dans l'article intitulé « Réglementation des véhicules zéro émission au Canada : le règlement fédéral définitif est maintenant en place », de Timothy Cullen et ses collaborateurs.

En raison de sa forte dépendance actuelle aux hydrocarbures pour la production d'électricité, l'Alberta est confrontée à des défis particuliers en matière de réduction des émissions de gaz à serre. Dans « L'Alberta a besoin d'une politique énergétique stable », Charles DeLand relève les analyses, les consultations et les initiatives en cours pour aider à relever les défis et recommande instamment que [traduction] « l'Alberta ne devrait pas apporter de changements à son réseau d'électricité avant d'avoir reçu et analysé tous les rapports qui lui sont soumis afin d'éviter de compromettre la fiabilité, l'abordabilité et la sécurité en matière d'approvisionnement énergétique à mesure que le réseau évolue vers la carboneutralité ».

Le présent numéro de la *Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie* se termine par une revue, par l'un de nos rédacteurs, de l'ouvrage d'Andrew Leach intitulé *BETWEEN DOOM & DENIAL: Facing Facts About Climate Change* (entre le désastre et le déni : faire face aux faits sur les changements climatiques). M. Leach est un éminent commentateur des questions relatives aux changements climatiques au Canada, qui occupe un poste conjoint au Département d'économie et à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta. Dans

BETWEEN DOOM & DENIAL, il « s'attaque à une série de... demi-vérités, de mensonges par omission et d'excuses trop astucieuses que nous, Canadiens, déployons lorsque nous parlons des changements climatiques ». La véritable valeur de l'ouvrage se trouve cependant dans l'exposé de Leach sur les défis liés à la planification d'une transition juste : [traduction] « La transition économique sera douloureuse : il y aura des bouleversements, des douleurs régionales et des personnes qui ne s'en remettront jamais ». ■

ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF RELATIF AU DROIT ET À LA RÈGLEMENTATION DE L'ÉNERGIE EN 2023

Paul Daly

Je commence ici en présentant une excuse. Tout comme moi, le lecteur de cette publication aura certes apprécié les revues annuelles effectuées par le professeur David Mullan au cours de la dernière décennie. Elles sont des classiques du genre. Cependant, toutes les bonnes choses ont une fin, et le professeur Mullan met progressivement fin à ses activités. De toute évidence, mes compétences en matière de persuasion doivent être perfectionnées, car je n'ai pas réussi à le convaincre à ne serait-ce que de continuer à contribuer aux revues annuelles publiées dans cette publication trimestrielle. Je m'en excuse. Je suis reconnaissant envers le professeur Mullan qui m'a offert un soutien exceptionnel dans mes travaux universitaires depuis mon arrivée au Canada et qui a vu en moi le potentiel de reprendre le flambeau. Je ferai de mon mieux pour être à la hauteur de la confiance dont il fait preuve à mon endroit.

À l'heure actuelle, le droit administratif est relativement bien établi au Canada. Les années qui se sont écoulées depuis les arrêts marquants de la Cour suprême du Canada de

la fin des années 1970 — *Nicholson*¹ et *Société des Alcools du N.-B.*² — ont été marquées par des changements constants, parfois de l'ordre de l'avulsion. Dans l'arrêt *Vavilov* de 2019, la Cour a cherché à positionner le droit au contrôle judiciaire des mesures administratives sur des bases solides³. Cet effort a été couronné de succès : la stabilité a remplacé l'incertitude; le cadre transparent défini dans l'arrêt *Vavilov* a permis aux tribunaux et aux avocats d'examiner plus rapidement le bien-fondé des différends et de présenter des arguments clairs.

Depuis l'arrêt *Vavilov*, les interventions de la Cour en droit administratif ont été sporadiques. Les appels en droit purement administratif ont été peu nombreux sur le terrain et la plupart des affaires de droit administratif dont la Cour a été saisie après *Vavilov* étaient celles qui comportaient une dimension supplémentaire qui exigeait des éclaircissements. Les arrêts *Bell Canada*⁴ et *Postes Canada*⁵ ont accompagné l'arrêt *Vavilov* en 2019. Il n'y a eu aucune décision de droit administratif digne de mention en 2020, et une seule en 2021 (où

* Le professeur Paul Daly est titulaire de la Chaire de recherche de l'Université en droit administratif et gouvernance à l'Université d'Ottawa. Ses nombreuses publications dans le vaste domaine du droit public sont souvent citées. Il comparait régulièrement devant les tribunaux canadiens sur des questions de droit public et est membre à temps partiel du Tribunal de la protection de l'environnement du Canada.

¹ *Nicholson c Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1979] 1 RCS 311.

² *S.C.F.P. c Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 RCS 227.

³ *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 RCS 653 [*Vavilov*].

⁴ *Bell Canada c Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 RCS 845.

⁵ *Société canadienne des postes c Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, [2019] 4 RCS 900.

la Cour devait aussi clarifier une question sur le rôle des cours d'appel dans les affaires de contrôle judiciaire⁶). À la fin de cette année-là, j'ai fait remarquer que la Cour avait été « pratiquement silencieuse » sur la norme de contrôle depuis l'arrêt *Vavilov*⁷. Deux décisions ont été rendues en 2022 : l'arrêt *Abrametz*⁸, qui portait principalement sur les retards déraisonnables dans les procédures administratives et la norme de contrôle, n'a été mentionné que brièvement et l'arrêt *Entertainment Software Association*⁹, une affaire intéressante qui portait sur une question non tranchée dans l'arrêt *Vavilov*. Même si l'analyse s'écartait à certains égards de l'esprit de l'arrêt *Vavilov*, elle était suffisamment subtile pour que les ramifications demeurent limitées, selon toute vraisemblance. L'année dernière, la cour a été saisie d'une autre affaire étonnante portant sur les droits linguistiques et les valeurs de la *Charte* (CSFTNO)¹⁰. Une seule décision de droit administratif pur a été rendue dans l'arrêt *Mason*¹¹ (bien que son importance réside en grande partie dans la réaffirmation des principes fondamentaux du contrôle du caractère raisonnable énoncés dans *Vavilov*).

Il semble clair que l'exercice de simplification de l'arrêt *Vavilov* a réduit le nombre de questions en litige sur lesquelles les tribunaux d'appel se dissocient des autres et pour lesquelles la participation de la Cour est donc requise. La tendance voulant que la Cour n'entende que les affaires qui portent une dimension supplémentaire se poursuivra probablement, les affaires de droit administratif pur étant probablement rares sur le terrain. Bien sûr, trois des quatre affaires de droit administratif actuellement en cheminement comportent indubitablement une dimension supplémentaire : L'affaire *Yatar* a trait aux droits d'appel limités et au pouvoir judiciaire

discrétionnaire. L'affaire *York Teachers*, pour sa part, a trait à l'interrelation entre le contrôle judiciaire et la *Charte* et celle de la *Société des casinos* porte sur l'application de la jurisprudence relative à la liberté d'association par un tribunal spécialisé en relations de travail¹². La dernière des quatre est l'affaire de l'*Ontario Mandate Letters*. Elle touche même des questions de principe constitutionnel de haut niveau (bien qu'à mon avis elle eût pu être réglée en l'état devant les tribunaux inférieurs par l'application du critère standard concernant la révision des motifs)¹³. La stabilité signifie donc que la Cour tranche un moins grand nombre de cas de droit administratif pur.

Cette stabilité relative entraîne plusieurs conséquences.

Premièrement, l'aspect le plus évident est le constat que les cours d'appel gagnent en influence. Elles sont certainement plus influentes en ce qui concerne les plaideurs, car il devient de plus en plus certain que leur prononcé marquera la fin des procédures. Elles sont probablement aussi plus influentes sur le plan de l'élaboration du droit : bien entendu, elles doivent travailler dans le cadre de l'arrêt *Vavilov* (de sorte que la portée de l'innovation est limitée dans cette mesure), mais elles jouissent d'une grande latitude en ce qui concerne la détermination des exigences de contrôle de la raisonabilité dans des domaines particuliers et, lorsque la norme de la décision correcte s'applique, l'établissement du cadre juridique, en particulier dans les domaines de la réglementation économique.

Deuxièmement, dans le même ordre d'idées, la prudence est de mise avant de tirer des conclusions générales des décisions de la Cour suprême du Canada. Comme je l'ai fait

⁶ *Office régional de la santé du Nord c Horrocks*, 2021 CSC 42.

⁷ Paul Daly, "Life After Vavilov? The Supreme Court of Canada and Administrative Law in 2021", CLEBC Administrative Law Conference (18 novembre 2021), à la p 1, en ligne : <www.canlii.org/en/commentary/doc/2021CanLIIDocs13538>.

⁸ *Law Society of Saskatchewan c Abrametz*, 2022 CSC 29.

⁹ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30.

¹⁰ *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Emploi)*, 2023 CSC 31 [CSFTNO].

¹¹ *Mason c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2023 CSC 21 [Mason].

¹² *Yatar v TD Insurance Meloche Monnex*, 2022 ONCA 446, SCC File #40348; *Elementary Teachers Federation of Ontario v York Region District School Board*, 2022 ONCA 476, SCC File #40360; *Association des cadres de la société des casinos du Québec c Société des casinos du Québec*, 2022 QCCA 180, dossier no 40123 de la CSC.

¹³ *Ontario (Attorney General) v Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2022 ONCA 74, SCC File #40078.

remarquer dans un article paru en 2017 dans l'*University of New Brunswick Law Journal*, il peut être difficile de distinguer le « signal » du « bruit » en droit administratif. Les cas de contrôle judiciaire sous-tendent invariablement l'application de principes généraux à des domaines précis du droit. Cependant, une décision visant à régler une question dans un domaine particulier du droit peut entraîner des répercussions sur l'application des principes généraux¹⁴. C'est le propre d'un haut tribunal qui, par définition, ne traite que de questions d'importance nationale, et c'est précisément ce qu'on peut observer en ce moment, parce que les principes généraux du contrôle judiciaire ont été établis par l'arrêt *Vavilov*. En somme, il est très peu probable que la Cour, lorsqu'elle tranche une question dans un domaine particulier, ait l'intention de modifier le fonctionnement des principes généraux. Une décision de la Cour pourrait bien s'assimiler à du « bruit » en ce qui concerne les principes généraux. Ce n'est que lorsqu'il y a présence d'un « signal » — une déclaration claire dans une décision ou une inférence de plusieurs décisions — qu'on peut affirmer sans se tromper que les principes généraux ont changé. C'est la raison pour laquelle j'ai exprimé des réserves l'an dernier en décrivant les arrêts *Entertainment Software Association* et *Abrametz*, mon analyse s'inscrivant dans un espace balisé par des mises en garde au sujet du « signal » et du « bruit »¹⁵.

Troisièmement, et ce qui est peut-être l'aspect le plus réjouissant, l'éventail des questions qui seront abordées dans un document de type rétrospective annuelle est plus large. Étant donné que la norme de contrôle jouit d'une stabilité relative et que la Cour joue un rôle plus près du droit administratif pour ce qui

est du contrôle judiciaire, des sujets négligés depuis longtemps pourraient prendre de l'importance. L'année qui vient de s'écouler a soulevé une véritable abondance de questions de droit administratif fascinantes partout au pays, surtout dans les cours d'appel. Il y a eu des décisions importantes sur l'obligation de consulter¹⁶, l'obligation de maintenir l'examen régulier de l'entrée en vigueur de dispositions législatives¹⁷, l'indépendance administrative¹⁸, l'utilisation de l'intelligence artificielle dans l'administration publique¹⁹, le principe voulant que les procédures d'appel administratives puissent « corriger » les vices de procédure²⁰, le contenu du dossier dans le cadre du contrôle judiciaire²¹ et l'épuisement des recours²².

Cela dit, permettez-moi de revenir à ce qui est proposé dans le présent document.

Dans la partie I, je discuterai de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mason c Canada (Citoyenneté et Immigration)*²³, qui entraîne des répercussions dans tout le domaine du droit administratif, même si l'objet précis concerne l'immigration. Je vais traiter brièvement de l'arrêt *CSFTNO*, qui est peu susceptible d'entraîner des répercussions à long terme dans le domaine du droit de l'énergie, mais qui mérite néanmoins d'être surveillée. Je terminerai la partie I en soulignant certaines décisions d'appel qui soulignent l'importance d'une justification réceptive de la part de tous les décideurs, peu importe leur statut et leur perception des enjeux : les avocats du secteur de l'énergie qui rédigent et contestent des décisions devraient en prendre bonne note.

Dans la partie II, je parlerai de deux récentes décisions d'appel sur la portée des pouvoirs de réglementation, un sujet important qui a

¹⁴ Paul Daly, « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017) 68 *University of New Brunswick Law Journal*, en ligne : <journals.lib.unb.ca/index.php/unblj/article/view/29056/1882524241>.

¹⁵ Paul Daly, « Future Directions in Standard of Review in Canadian Administrative Law: Substantive Review and Procedural Fairness » (2023) 36:69 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice*.

¹⁶ *Roseau River First Nation v Canada (Attorney General)*, 2023 FCA 163.

¹⁷ *Canada Christian College and School of Graduate Theological Studies v Post-Secondary Education Quality Assessment Board*, 2023 ONCA 544.

¹⁸ *McAnsh v Ontario*, 2023 ONSC 3537.

¹⁹ *Haghsheenas v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2023 FC 464; *Safarian v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2023 FC 775.

²⁰ *British Columbia (Attorney General) v 992704 Ontario Limited*, 2023 BCCA 346.

²¹ *British Columbia (Lieutenant Governor in Council) v Canada Mink Breeders Association*, 2023 BCCA 310.

²² *Viaguard Accu-Metrics Laboratory v Standards Council of Canada*, 2023 FCA 63.

²³ *Mason*, *supra* note 11.

attiré l'attention des tribunaux fédéraux et de l'Alberta au cours de la dernière année. Les deux décisions réaffirment d'importants principes fondamentaux et, dans l'exemple de la cour de l'Alberta, la décision propose une réflexion sur des questions importantes au sujet de l'autorité des décisions antérieures à l'ère postérieure à *Vavilov*. Dans la section I, je parlerai également d'une importante décision récente de la Cour d'appel fédérale sur la transparence de la justice, qui pourrait être d'application générale, d'une contribution à l'équité procédurale intéressante de la Cour d'appel de l'Alberta, mais qui n'aura probablement pas de ramifications systémiques, et d'une décision de la Cour suprême sur la réglementation extraterritoriale.

Dans la partie III, j'aborderai une question à l'ordre du jour de la Cour suprême du Canada, à savoir l'incidence d'un droit d'appel circonscrit sur la capacité d'une partie de demander un contrôle judiciaire²⁴. Cette question a suscité énormément d'attention depuis l'arrêt *Vavilov* et a généré beaucoup de chaleur (mais pas nécessairement de lumière). La Cour suprême pourra ou non se prononcer avec autorité sur cette question dans une décision à venir, mais entre-temps, compte tenu de la jurisprudence des cours d'appel et des cours de première instance qui s'accumule, il me semble que le moment est choisi pour faire le point. Compte tenu de la prévalence des droits d'appel limités en droit réglementaire canadien, ce sujet est extrêmement important pour les avocats du secteur de l'énergie.

Je n'aborderai pas ici la norme de contrôle applicable à la réglementation²⁵, une question qui sera débattue à la Cour suprême en avril, mais le professeur Mullan en a discuté de façon exhaustive dans un numéro récent du trimestriel. Je vais donc attendre patiemment de voir ce que la Cour suprême en dit. Je suis également l'avocat de l'appelant dans l'une de ces affaires et j'ai peu à ajouter, hormis mes observations écrites, à ce que j'ai déjà dit à ce sujet. Si je suis réinvité l'année prochaine,

j'espère pouvoir vous faire part de mes réflexions sur la décision de la Cour suprême à ce sujet.

I. SÉLECTION DE LA NORME DE CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ ET APPLICATION DE LA NORME DE LA DÉCISION RAISONNABLE

Après un hiatus de près de quatre ans, la Cour suprême du Canada a appliqué cette année la norme de la décision raisonnable pour la première fois depuis l'arrêt *Vavilov* et l'arrêt semblable *Postes Canada*. L'arrêt *Mason* est important en ce qui concerne la méthodologie de contrôle de la raisonnable, à savoir (1) le besoin qu'un tribunal administratif prenne en compte les observations des parties; (2) la mesure dans laquelle les motifs implicites peuvent appuyer le caractère raisonnable d'une décision et (3) lorsqu'une cour de révision peut consulter une loi. Je commencerai toutefois par parler du choix de la norme de contrôle par les juges majoritaires, qui pourrait porter le coup de grâce à l'analyse du contexte.

SÉLECTION DE LA NORME DE CONTRÔLE : LA MORT DU CONTEXTE?

L'arrêt *Mason* est une affaire de droit de l'immigration. Dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, l'article 74(d)²⁶ autorise la Cour fédérale, après avoir entendu une demande de contrôle judiciaire portant sur une affaire d'immigration ou de statut de réfugié, à certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale que la Cour d'appel fédérale doit trancher. Pendant des années, cette disposition a été interprétée comme exigeant un examen de la décision correcte sur des questions de droit. Comme la Cour suprême l'a expliqué dans une question rhétorique dans *Pushpanathan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, « Se peut-il que le législateur ait prévu un appel exceptionnel devant la Cour d'appel sur des questions de « portée générale », mais ait exigé qu'en dépit de la « portée générale » de la question, la

²⁴ *Yatar v TD Insurance Meloche Monnex*, 2022 ONCA 446, SCC File #40348. Voir aussi *Démocratie en surveillance c Canada (Procureur général)*, 2023 CAF 39; *Georgopoulos v Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2023 ABCA 285; *Canada (Attorney General) v Pier 1 Imports (U.S.), Inc.*, 2023 FCA 209.

²⁵ *Auer v Auer*, 2022 ABCA 375, SCC File #40582; *TransAlta Generation Partnership v Alberta (Minister of Municipal Affairs)*, 2022 ABCA 381, SCC File #40570. Voir aussi *Sul v The Rural Municipality of St Andrews, Manitoba et al.*, 2023 MBCA 25; *British Columbia (Attorney General) v Le*, 2023 BCCA 200.

²⁶ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27 [LIPR].

cour accepte les décisions de la Commission qui sont erronées en droit, voire clairement erronées en droit, mais non manifestement déraisonnables? »²⁷.

En 2015, la Cour suprême a brusquement changé de cap, appliquant la norme de la décision raisonnable à une question d'interprétation dans *Kanhasamy c Canada (Citoyenneté et Immigration)*²⁸. Je n'ai pas l'intention de discuter des tenants et aboutissants de ce différend (qui est bien décrit par la juge Côté dans ses motifs convainquants concordants aux para 128–37), mais je tiens simplement à souligner que l'approche de certification des questions est depuis longtemps une source importante de contestation²⁹.

Maintenant, bien sûr, le point de départ est le cadre que procure l'arrêt *Vavilov*. Avec des collègues, j'ai comparu devant la Cour dans l'affaire *Mason* au nom de l'intervenant pour l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés. Nous avons fait valoir qu'en vertu de l'arrêt *Vavilov*, la norme de la décision correcte devrait s'appliquer. Nous nous sommes fortement appuyés sur le retour apparent de l'analyse contextuelle dans l'affaire *Entertainment Software Association*³⁰, qui rend l'intention législative et les arguments relatifs à la primauté du droit conformes à l'approche utilisée dans l'affaire *Entertainment Software Association*. Je ne répéterai pas les arguments ici, car ils sont élaborés en détail avec clarté par la juge Côté dans ses motifs concordants aux para 146–176. Il suffit ici de dire qu'après avoir glissé nos doigts dans la porte entre-ouverte par l'affaire *Entertainment Software Association*, cette porte a été fermée par le juge Jamal dans *Mason* : « reconnaître

en l'espèce l'existence d'une nouvelle catégorie de questions assujetties à la norme de la décision correcte entrerait en conflit avec l'objectif de l'arrêt *Vavilov* de simplifier et de rendre davantage prévisible le cadre d'analyse de la norme de contrôle en ne prévoyant que quelques exceptions limitées au principe du contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable »³¹.

Bien que j'aie poussé un cri de douleur pour mes doigts blessés et la fin définitive du contrôle de la décision correcte sur des questions certifiées en vertu de la *LIPR*, je ne suis pas mécontent du résultat global. L'arrêt *Vavilov* a effectivement simplifié et clarifié le droit; le rejet de la prise en compte du contexte dans le choix de la norme de contrôle a constitué une partie importante de l'exercice de simplification et de clarification. Notre argument en faveur de la décision correcte dans *Mason* était adapté strictement³², mais un rejet ferme de l'analyse contextuelle dissuadera fortement les tribunaux inférieurs d'ouvrir des catégories de la décision correcte. En effet, le juge Jamal n'a pas accordé ne serait-ce qu'un pouce de latitude à la portée des catégories existantes. Les questions certifiées ne sont pas, à son avis, des questions de droit générales d'une importance capitale pour le système juridique de par leur nature; en l'espèce, la question soulevée au sujet de la question certifiée était « spécifiquement l'interprétation des conditions » d'une disposition distincte³³, comme ce sera habituellement le cas.

C'est louablement clair. J'accueille de bon aloi la perte de la bataille sur la *LIPR* si elle signifie que la simplicité et la clarté prévalent dans les guerres qui font rage depuis des décennies en droit administratif canadien.

²⁷ *Pushpanathan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 RCS 982, au para 43.

²⁸ *Kanhasamy c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 RCS 909.

²⁹ Paul Daly, « Can This Be Correct? *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61 » (11 décembre 2015), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2015/12/11/can-this-be-correct-kanhasamy-v-canada-citizenship-and-immigration-2015-scc-61>; Paul Daly, « Certified Questions, References and Reasonableness: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Galindo Camayo*, 2022 FCA 50 » (8 avril 2022), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2022/04/08/certified-questions-references-and-reasonableness-canada-citizenship-and-immigration-v-galindo-camayo-2022-fca-50>.

³⁰ Paul Daly, « The Return of Context? *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Entertainment Software Association*, 2022 SCC 30 » (9 septembre 2022), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2022/09/09/the-return-of-context-society-of-composers-authors-and-music-publishers-of-canada-v-entertainment-software-association-2022-scc-30>.

³¹ *Mason*, *supra* note 11 au para 53.

³² Voir les motifs concordants de la juge Côté. *Ibid* au para 163.

³³ *Ibid* au para 47.

Néanmoins, nous nous trouvons maintenant dans une situation où, dans ses deux premières discussions sur la norme de contrôle à la suite de l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a adopté des approches divergentes, s'appuyant fortement sur le contexte de l'affaire *Entertainment Software Association*, mais détournant le regard de l'arrêt *Mason*. Après tout, il est remarquable qu'une loi qui ne disait absolument rien au sujet du contrôle judiciaire ou des appels ait été retenue dans l'affaire *Entertainment Software Association* pour exiger un contrôle selon la norme de la décision correcte, mais qu'une loi comportant des mécanismes complexes relatifs au contrôle judiciaire et à l'appel ait été retenue, dans l'affaire *Mason*, pour démontrer l'absence de toute intention législative pertinente.

J'ai la nette impression que si l'affaire *Mason* avait été entendue et tranchée avant l'affaire *Entertainment Software Association*, les résultats de la norme de contrôle auraient été inversés. Pourtant, des divergences inexplicables d'une année à l'autre — de ce genre particulier — ont été l'un des écueils qui ont mené à l'arrêt *Vavilov*. Si la Cour suprême veut atteindre la simplicité et la clarté promises par l'arrêt *Vavilov*, elle doit choisir une approche et s'y tenir. J'espère (pour le bien de la Cour suprême) que le rejet de l'analyse contextuelle dans *Mason* est définitif.

APPLICATION DE LA NORME DE LA DÉCISION RAISONNABLE : MÉTHODE DE CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ

La décision dans l'affaire *Mason*

La norme étant le caractère raisonnable, le juge Jamal s'est ensuite demandé si la décision en cause était raisonnable. La question particulière en l'espèce portait sur les dispositions de la *LIPR* relatives à l'interdiction de territoire, qui déterminent qui peut ou ne peut pas obtenir un statut au Canada. L'al. 34(1)e rend inadmissible quiconque « [est] l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada ». Concrètement, une conclusion d'interdiction de territoire mène généralement à l'expulsion du

Canada. M a été accusé de tentative de meurtre après avoir déchargé une arme à feu et blessé deux personnes lors d'un concert à la Légion royale canadienne en Colombie-Britannique. Les accusations ont toutefois été suspendues, et le demandeur n'a donc pas été déclaré coupable. Le ministre a soutenu — et la Section d'appel de l'immigration était d'accord — que la conduite du demandeur était visée à l'al. 34(1)e). M a fait valoir, sur la base du contrôle judiciaire, qu'il était déraisonnable d'interpréter l'al. 34(1)e) comme englobant les « acte[s] de violence » qui ne se produisent pas dans le contexte du terrorisme, des crimes de guerre ou de la criminalité organisée, étant donné qu'il s'agit des préoccupations qui sous-tendent les dispositions de la *LIPR* relatives à l'interdiction de territoire. M a fait valoir qu'il doit y avoir un lien entre la sécurité nationale et l'application de l'al. 34(1)e). Avant l'arrêt *Vavilov*, la Cour fédérale (le juge Grammond) l'a confirmé; après l'arrêt *Vavilov*, la Cour d'appel fédérale (le juge d'appel Stratas; avec le concours des juges d'appel Rennie et Mactavish) a conclu que la décision du tribunal était raisonnable.

Le juge Jamal a conclu que la décision du tribunal était déraisonnable. Le point de départ de son analyse a été les motifs du tribunal³⁴, interprétés comme éteignant le besoin que ces motifs « refléter ces enjeux »³⁵, soit la possibilité d'une expulsion du Canada. Partant de là, il a cerné trois lacunes dans la décision qui, cumulativement, ont mené à la conclusion du caractère déraisonnable. Bien que le tribunal ait « appliqué plusieurs techniques d'interprétation législative reconnues »³⁶, sa décision ne pouvait néanmoins pas résister au contrôle de la raisonabilité.

Premièrement, le tribunal n'avait pas réussi à se rendre à l'argument de M voulant que l'al. 34(1)e) exige un lien avec la question de la sécurité nationale parce que la disponibilité de l'allègement discrétionnaire (par le ministre responsable) était plus étroite pour l'al. 34(1)e) que la disponibilité de l'allègement pour les infractions de grande criminalité et de criminalité (qui peuvent entraîner l'interdiction de territoire en vertu de l'article 36). La logique de l'argument de M est que le contexte de la loi indique que les crimes liés à la sécurité nationale

³⁴ *Mason*, *supra* note 11 au para 83.

³⁵ *Ibid* au para 81.

³⁶ *Ibid* au para 84.

doivent être considérés comme étant plus graves que les autres crimes, mais selon l'interprétation divergente, les crimes moins graves (en fait, en l'espèce, un crime pour lequel il n'y a même pas eu de condamnation) porteraient les conséquences les plus graves possibles. Il s'agissait d'un argument clé avancé par M — et donc « une contrainte juridique importante à l'interprétation de l'al. 34(1)e) » — mais le tribunal n'en a pas tenu compte³⁷.

Le tribunal n'avait pas non plus réussi à s'attaquer à un argument connexe au sujet de l'incidence d'une conclusion fondée sur l'al. 34(1)e) sur l'examen des risques avant renvoi qui doit être effectué par le ministre responsable avant la déportation de M ou d'une personne se trouvant dans une situation semblable. Encore une fois, l'argument de M était que le régime législatif n'aurait de sens que si les conséquences les plus graves étaient liées au motif d'interdiction de territoire le plus grave, à savoir la sécurité nationale, mais, encore une fois, le tribunal n'a pas tenu compte « de cet argument contextuel important qui... imposait une contrainte juridique importante »³⁸.

Deuxièmement, le tribunal n'a pas réussi à comprendre l'argument de M selon lequel le fait de ne pas exiger un lien avec la sécurité nationale entraînerait des conséquences absurdes que le Parlement n'aurait pas pu prévoir. La définition plus large engloberait un large éventail d'actes criminels ordinaires, allant des altercations domestiques aux bagarres dans des bars et dans les cours d'école. Ensuite, les personnes soupçonnées d'avoir commis ces actes subiraient la conséquence grave d'une interdiction de territoire au Canada (même si elles n'avaient pas nécessairement été reconnues coupables par un tribunal d'avoir commis l'acte en question)³⁹. Cela « ferait fi » également des limites de la *LIPR* relativement aux jeunes contrevenants⁴⁰. Encore une fois, le tribunal aurait dû tenir compte de cet aspect, qui n'était pas un « aspect mineur » du contexte interprétatif⁴¹.

Troisièmement, le tribunal n'avait pas tenu compte des obligations du Canada en matière de droit international. L'analyse du juge Jamal est longue, mais le point clé est le suivant :

L'interprétation de la SAI permettrait de refouler un étranger qui a été déclaré interdit de territoire en application de l'al. 34(1)e), ce qui est contraire au par. 33(1) de la *Convention relative aux réfugiés*. En effet, selon l'interprétation de la SAI, un étranger pourrait être expulsé vers un pays où il risque d'être persécuté une fois qu'il a été déclaré interdit de territoire en application de l'al. 34(1)e), et ce, même s'il n'a pas été établi qu'il représente un danger pour la sécurité du Canada ou s'il n'a pas été reconnu coupable d'une infraction grave. Une telle personne pourrait invoquer le bénéfice du par. 33(1) de la *Convention relative aux réfugiés*, puisque les exceptions prévues au par. 33(2) ne s'appliqueraient pas. Selon la conception que la SAI se fait de l'interdiction de territoire prévue à l'al. 34(1)e), il ne serait pas nécessaire d'avoir des « raisons sérieuses » de considérer l'étranger comme un « danger pour la sécurité » du Canada ou qu'il ait « été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave »⁴².

Comme la *LIPR* doit toujours être interprétée en tenant compte des obligations internationales du Canada, il s'agissait d'une lacune fatale dans les motifs du tribunal. La SAI « a fait fi du principe du nonrefoulement — la « pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés » — et elle a plutôt fait abstraction d'une contrainte juridique essentielle imposée à l'interprétation de la *LIPR*, une contrainte dont le législateur a décrété qu'elle *devait* être prise en compte pour interpréter et appliquer la

³⁷ *Ibid* au para 91.

³⁸ *Ibid* au para 95.

³⁹ *Ibid* au para 99.

⁴⁰ *Ibid* au para 102.

⁴¹ *Ibid* au para 103.

⁴² *Ibid* au para 109.

LIPR »⁴³. Il s'agissait d'une « omission cruciale » et la décision était donc déraisonnable⁴⁴. Tout cela, même si l'argument du droit international n'avait pas été présenté au tribunal.

En réalité, il n'y avait qu'une seule interprétation raisonnable de l'al. 34(1)e), à savoir qu'un lien avec la sécurité nationale est requis. Les deux éléments contextuels que le tribunal n'a pas pris en compte, et « en particulier » l'élément relatif au droit international, « appuyaient fermement » l'interprétation de l'appelant de l'al. 34(1)e)⁴⁵. Mais cette conclusion découlait de ce qu'on pourrait appeler une approche interne plutôt qu'externe, fondée sur les motifs plutôt que sur les dispositions législatives elles-mêmes⁴⁶.

La décision dans l'affaire *CSFTNO*

Dans les motifs rédigés par la juge Côté, la décision dans l'affaire *ommission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Emploi)*⁴⁷ rappelle la décision dans *Mason* à cet égard (j'ai comparu pour l'intervenant du Yukon Francophone School Board). Cette affaire comportait plusieurs exercices du pouvoir discrétionnaire du ministre de refuser l'admission dans des écoles de langue française. La ministre avait adopté une politique qui élargissait les catégories de titulaires de droits des minorités prévues à l'article 23 de la *Charte* et avait permis à un groupe élargi d'enfants de fréquenter l'école en français. Cependant, les enfants en cause dans cette affaire n'étaient pas couverts par la portée de la politique. Ils étaient soit francophones, soit autrement intégrés à la communauté francophone des Territoires du Nord-Ouest, soit susceptibles de contribuer à la vitalité de la communauté en fréquentant l'école en français. Dans chaque cas, la Commission (la commission scolaire francophone provinciale) a recommandé qu'ils soient autorisés à fréquenter une école de langue française. Mais ces enfants ne s'inscrivaient pas dans la portée de la politique. Essentiellement, pour cette raison,

la ministre avait refusé de leur permettre de fréquenter une école de langue française.

La Cour suprême a conclu à l'unanimité que les décisions de la ministre étaient déraisonnables. Dans les faits, les valeurs sous-jacentes de l'article 23 ont été engagés même si le droit lui-même ne l'était pas, car il y avait un « lien clair » entre l'article 23 et l'exercice du pouvoir discrétionnaire « puisque [les décisions] sont susceptibles d'avoir une incidence sur un milieu éducatif en situation minoritaire »⁴⁸. Les valeurs sous-jacentes à l'article 23 supposent le maintien et le développement de la vitalité de la langue de la minorité (valeurs auxquelles l'admission des enfants aurait contribué)⁴⁹. Des preuves d'un lien clair entre l'admission de ces élèves francophones ou francophiles et les valeurs qui sous-tendent l'article 23 ont été présentées à la ministre. Cependant, la ministre n'a pas réussi à justifier ses décisions compte tenu de la preuve de ce lien. (Il y a beaucoup plus à dire au sujet de la distinction entre les droits garantis par la *Charte* et les valeurs de la *Charte* et certaines des difficultés potentielles créées par l'analyse à l'arrêt *CSFTNO*, mais, heureusement, il est peu probable que les avocats spécialisés en droit de l'énergie en tiennent rigueur.)

Répercussions sur la méthode de contrôle de la raisonnable

La méthodologie de contrôle de la raisonnable comporte quatre grandes ramifications.

Premièrement, bien qu'il soit maintenant presque banal de le dire, un décideur administratif doit répondre, dans ses motifs, aux observations des parties. Remarquez que la décision du tribunal dans *Mason* a été rendue longtemps avant la décision dans *Vavilov*. Je pense que les tribunaux d'un océan à l'autre comprennent maintenant qu'il est nécessaire d'examiner les arguments qui leur sont présentés pour rendre une décision raisonnable. C'est le principe de la justification réceptive qui était

⁴³ *Ibid* au para 117.

⁴⁴ *Ibid*

⁴⁵ *Ibid* au para 121.

⁴⁶ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Mason*, 2021 CAF 156, au para 19.

⁴⁷ *CSFTNO*, *supra* note 10.

⁴⁸ *Ibid* au para 78.

⁴⁹ *Ibid* aux para 80–82.

au cœur de l'arrêt *Vavilov*. Les seules limites pertinentes sont que l'exigence de répondre à une observation ne concerne qu'un argument « clé ». Dans ce cas-ci, les arguments étaient des « éléments essentiels » à l'appui de la thèse de M⁵⁰.

C'est une caractéristique remarquable de l'arrêt *Vavilov*. Non seulement les motifs du tribunal sont-ils traités comme point de départ — ce qui élève le tribunal à un statut de partenaire égal⁵¹ (presque) en ce qui concerne l'interprétation du droit — mais les motifs du tribunal sont façonnés par l'interaction entre le tribunal et le citoyen. *Vavilov* exige, pourrait-on dire, un processus législatif dirigé par le citoyen.

Deuxièmement, l'arrêt *CSFTNO* démontre qu'un décideur doit aussi composer avec des éléments de preuve pertinents. En l'espèce, la décision de la ministre était déraisonnable parce qu'elle n'a pas tenu compte de l'appui de la Commission aux demandes⁵²; elle n'a pas tenu compte des « caractéristiques individuelles de chaque demande par rapport aux bénéficiaires qui pourraient découler de la décision de les accueillir »⁵³; elle a « accordé une trop grande importance à son obligation de prendre des décisions cohérentes »⁵⁴ et « a accordé un poids disproportionné au coût des services envisagés dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire »⁵⁵. Cela signifie qu'elle « n'a pas démontré qu'elle s'est penchée de façon significative dans ses décisions sur les valeurs que constituent le maintien et l'épanouissement de la communauté franco-ténoise, de manière à refléter les répercussions importantes que ces décisions pouvaient avoir sur celle-ci »⁵⁶. En bref, elle n'a pas fait preuve de réceptivité à l'égard de la preuve dont elle disposait quant à la contribution que l'admission de ces enfants apporterait à la vitalité de la communauté de langue officielle en situation minoritaire.

Lorsqu'il y a des éléments de preuve dans le dossier qui ont une incidence sur la décision à prendre, le décideur ne peut pas les balayer du revers de la main; il doit plutôt s'y attaquer activement (ou, subsidiairement, expliquer pourquoi il n'est pas nécessaire de s'y attaquer).

Troisièmement, pour déterminer si un décideur a traité des arguments clés, une cour de révision doit faire preuve d'une grande prudence avant de déduire qu'un argument a été examiné. Dans l'affaire *Mason*, la Cour d'appel fédérale a conclu que le tribunal avait implicitement réfléchi aux arguments présentés. Le juge Jamal n'était pas du tout d'accord⁵⁷. Comme il s'agissait d'arguments clés — des « éléments essentiels », il fallait les aborder de front et y répondant par des motifs explicites.

Il est difficile d'établir des paramètres clairs. La question est de savoir dans quelle mesure une cour de révision doit tenir compte du « contexte institutionnel » et la référence à « de l'historique et du contexte de l'instance »⁵⁸ pour déduire que les arguments ont été traités. La référence au contexte permet de combler certaines lacunes dans les motifs d'un tribunal, mais pas toutes, de toute évidence. Voici ce que j'ai écrit (en commentant la décision de la Cour d'appel fédérale) dans mon livre sur l'arrêt *Vavilov* :

[Traduction]

Pour ma part, les termes « motifs implicites » ou « motifs sous-jacents » sont trop fortement associés aux jours les plus sombres de la décennie Dunsmuir, alors je préfère dire simplement que les décisions administratives devraient être interprétées équitablement, dans leur contexte global. Ce point est bien expliqué aux paragraphes 93–94

⁵⁰ *Mason*, *supra* note 11 au para 97.

⁵¹ Paul Daly, « Administrative Tribunals in Canada: Constitutional Subordinates or Equal Partners? » (9 septembre 2023), en ligne : *Social Science Research Network* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4565804>. À paraître dans Groves, Thomson and Weeks, éd., *Administrative Tribunals in the Common Law World*, (Oxford : Hart, 2024).

⁵² *CSFTNO*, *supra* note 10 au para 98.

⁵³ *Ibid* au para 99.

⁵⁴ *Ibid* au para 102.

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ *Ibid*.

⁵⁷ *Mason*, *supra* note 11 aux para 96, 101.

⁵⁸ *Vavilov*, *supra* note 3 aux para 94, 96.

de l'arrêt *Vavilov*... sans mention des mots « implicites » ou « sous-jacents »... Je dirais que la meilleure façon de résumer ce passage, c'est qu'une décision n'est pas déraisonnable parce qu'elle ne mentionne pas expressément un point en particulier, alors qu'il est évident que le décideur n'en a pas tenu compte. Si un examen est nécessaire, ce devrait être un examen de l'évidence (note 49, aux pp 213–214)⁵⁹.

Autrement dit, le tribunal « doit avoir la certitude » qu'un argument a été traité⁶⁰. Cela rejoint l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Mason*. De toute évidence, le juge Jamal n'était pas « convaincu » que le tribunal avait examiné les principaux arguments. Cela rejoint également l'analyse de l'arrêt *CSFTNO*, car il était loin d'être évident que le ministre avait traité les éléments de preuve établissant un lien entre les demandes et les valeurs sous-jacentes à l'article 23 de la *Charte*. Pour les décideurs, la leçon à retenir, c'est qu'il faut pécher par excès de prudence lorsqu'il s'agit de traiter un argument ou une preuve; la leçon à retenir pour les cours de révision, c'est qu'il faut pécher par excès de prudence lorsqu'il s'agit de ne pas déduire qu'un argument ou une preuve a été abordé en l'absence d'un débat explicite.

Quatrièmement, le traitement du droit international crée une tension dans les motifs du juge Jamal dans *Mason* et, en fait, rappelle une tension fondamentale dans l'arrêt *Vavilov*. Le tribunal n'a pas entendu d'arguments sur le droit international. Pourtant, le juge Jamal a conclu que le droit international constituait une contrainte juridique importante pour le tribunal.

D'une part, le juge Jamal a reproché à la Cour d'appel fédérale d'avoir introduit une étape supplémentaire dans l'analyse de l'arrêt *Vavilov*. Comme la Cour l'a décrit ci-dessous,

le juge devrait procéder à « une analyse préliminaire du texte, du contexte et de l'objet de la loi, simplement pour comprendre l'état de la situation, avant d'examiner les motifs du décideur administratif »⁶¹. Le juge Jamal est d'avis que l'arrêt *Vavilov* indique clairement que la cour de révision doit commencer son analyse à partir des motifs du décideur administratif; prendre comme point de départ sa propre perception du fond de l'affaire risque d'amener la cour de révision à glisser vers un contrôle selon la norme de la décision correcte »⁶².

Par ailleurs, le juge Jamal a cherché des dispositions pertinentes de la *LIPR* qui indiquaient clairement que le législateur voulait que la *LIPR* soit interprétée conformément aux obligations internationales du Canada, comme l'alinéa 3(2)b qui stipule que l'un des objets de la *LIPR* est « de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller » et l'alinéa 3(3)f qui exige que l'interprétation et l'application de la *LIPR* soient conformes « aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire ». Cela reposait certainement sur une considération — loin d'être préliminaire — du texte de la *LIPR*, que le tribunal n'a pas examiné et qu'il n'a pas été invité à examiner. Le processus législatif dirigé par le citoyen a ses limites!

Plus sérieusement, je pense que cette question exige une analyse minutieuse. Pour commencer, dans ses motifs typiquement convaincants pour la Cour d'appel fédérale, le juge d'appel Stratas s'est attardé à un thème que j'ai développé avant l'arrêt *Vavilov* dans un article portant sur les motifs réfléchis et sophistiqués du juge Grammond en première instance dans l'affaire *Mason*⁶³. L'approche « interne » que j'ai préconisée a été conçue pour produire un

⁵⁹ Paul Daly, *A Culture of Justification: Vavilov and the Future of Administrative Law* (Vancouver : UBC Press, 2023).

⁶⁰ *Zeifmans LLP c Canada*, 2022 CAF 160, au para 10, selon le juge d'appel Stratas.

⁶¹ *Supra* note 46 au para 17.

⁶² *Mason*, *supra* note 11 au para 79.

⁶³ Paul Daly, « Unreasonable Interpretations of Law Redux: *Mason v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2019 FC 1251 » (23 octobre 2019), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2019/10/23/unreasonable-interpretations-of-law-redux-mason-v-canada-citizenship-and-immigration-2019-fc-1251>.

contrôle judiciaire déferent et est conforme à l'arrêt *Vavilov*; l'approche « externe » que j'ai décrite a été explicitement rejetée dans l'arrêt *Vavilov*. Par conséquent, la méthode d'examen préliminaire de la Cour d'appel fédérale n'a pas été conçue pour mener à un contrôle judiciaire moins déferent. Bien au contraire.

Cela ne veut pas dire qu'une cour de révision devrait littéralement élaborer un point de vue préliminaire avant même de lire les motifs du tribunal. L'approche « interne » du juge d'appel Stratas vise à s'assurer qu'une cour de révision a une compréhension de base de la structure législative. Sans une telle compréhension, une cour de révision pourrait fort bien ne pas savoir quels arguments sont importants et quelles dispositions législatives auraient vraisemblablement figuré dans les motifs du tribunal. En fait, en pratique, les observations écrites des parties présenteront les dispositions pertinentes à une cour de révision. Elle doit donc avoir une idée de la façon dont la décision est rendue par rapport au régime législatif. Le fait que le juge Jamal se soit appuyé sur les dispositions de droit international de la *LIPR* prouve qu'une cour de révision ne peut pas procéder à un contrôle de la raisonabilité dans l'abstrait, en s'écartant hermétiquement du texte législatif, du contexte et de l'objet.

Cela rappelle une tension à l'intérieur même de l'arrêt *Vavilov*. De nombreux passages de la discussion sur le contrôle de la raisonabilité témoignent d'un engagement à faire preuve de déférence, mais d'autres laissent entendre que le contrôle judiciaire est plus intrusif. La discussion des principes d'interprétation des lois est emblématique de cette approche de type « d'une part, mais d'autre part », les décideurs étant autorisés à suivre une approche que les tribunaux ne seraient pas tenus de prendre en compte, mais aussi le texte, l'objet et le contexte. De même, bien que la norme de la décision raisonnable soit la norme de contrôle présomptive et que les questions de « compétence » ne fassent plus l'objet d'un contrôle de la décision correcte, il a également été suggéré dans l'arrêt *Vavilov* que certaines contraintes juridiques imposées aux décideurs administratifs sont exécutoires. Un décideur

ne peut « élargir la portée de leurs pouvoirs au-delà de ce que souhaitait le législateur »⁶⁴ ou « de s'arroger des pouvoirs que le législateur n'a jamais voulu lui conférer »⁶⁵. En particulier, un engagement à l'égard d'un processus législatif dirigé par le citoyen et d'un processus décisionnel raisonné peut tomber sous le vénérable principe selon lequel la compétence ne peut être accordée par consentement des parties⁶⁶.

En l'espèce, le juge Jamal est tout à fait sensible aux aspects déferents de ce qui a été dit dans l'arrêt *Vavilov* au sujet de l'interprétation des lois. Je pense qu'il serait d'accord pour dire que l'approche d'un décideur administratif pourrait « enrichi[r] et rehausse[r] bel et bien l'interprétation »⁶⁷. Néanmoins, l'arrêt *Vavilov* affirme également qu'un décideur administratif « doit » tenir compte du texte législatif, du contexte et de l'objet. Dans *Mason*, l'une des raisons pour lesquelles l'interprétation du tribunal ne pouvait pas tenir, c'est qu'il n'avait pas tenu compte des éléments du régime législatif que le juge Jamal a jugés importants. Cette tension transcende l'arrêt *Vavilov*. *Mason* ne l'élimine pas.

Une chose est claire, cependant. En vertu de la *LIPR*, l'examen des obligations internationales sera obligatoire, ou presque obligatoire, dans l'interprétation de la loi à l'avenir. L'arrêt *Vavilov* a clairement indiqué que le droit international est parfois une contrainte pertinente. L'arrêt *Entertainment Software Association* a indiqué clairement que les obligations internationales sont pertinentes pour le contexte de l'analyse de l'interprétation des lois. *Mason* précise que le droit international constitue une contrainte pertinente pour les décideurs en vertu de la *LIPR*. Le fait de ne pas tenir compte des obligations pertinentes du droit international dans le contexte de la *LIPR* entraînera généralement des décisions déraisonnables. La meilleure façon de penser au troisième aspect de l'analyse du caractère raisonnable dans l'arrêt *Mason* est peut-être que le législateur a pris un engagement textuellement explicite et particulièrement puissant à l'égard de la mise en œuvre des obligations du Canada en matière de droit international dans la *LIPR*, ce qui n'aura

⁶⁴ *Vavilov*, supra note 3 au para 68.

⁶⁵ *Ibid* au para 109.

⁶⁶ *Greenwood v Buster* (1902), 1 O.W.R. 225 (H.C.J.).

⁶⁷ *Vavilov*, supra note 3 au para 119.

probablement pas la même force dans un autre contexte (sauf, peut-être, la citoyenneté).

Il est difficile d'imaginer de nombreuses autres situations dans lesquelles les parties et le décideur auront complètement ignoré une limite claire de l'autorité d'un décideur, mais l'arrêt *Mason* suggère que, lorsque tel est le cas, un tribunal doit respecter cette limite. L'arrêt *Mason* suggère également que, lorsque c'est le cas, il existe une voie de dérogation à la règle ordinaire selon laquelle un argument qui n'a pas été présenté à un décideur ne peut pas être soulevé dans le cadre d'un contrôle judiciaire⁶⁸. Il faut dire quelque chose de semblable à propos de l'arrêt *CSFTNO*, c'est-à-dire que lorsque les éléments de preuve sont manifestement pertinents pour la tâche dont est saisi le décideur, ils doivent être justifiés de façon réceptive, peu importe si une partie les a mentionnés ou non. Toutefois, pour revenir à un point que j'ai soulevé dans l'introduction, il faut se garder de voir dans deux décisions ce qui n'y serait pas. L'une (*Mason*) aurait sûrement été écrite différemment par le tribunal si elle avait bénéficié de l'arrêt *Vavilov* et l'autre (*CSFTNO*) a été rendue dans le contexte hautement litigieux des droits des minorités linguistiques et a fait intervenir le concept àprement contesté des valeurs de la *Charte*.

Pour conclure, permettez-moi d'établir un lien entre la discussion sur la norme de contrôle et la fin de la discussion sur le contrôle de la raisonnable. Il y a déjà des tensions dans la jurisprudence suivant l'arrêt *Vavilov* de la Cour suprême. Il y a des tensions à l'intérieur même de l'arrêt *Vavilov*, dont certaines sont évidentes dans *Mason*. Pour s'assurer que les tensions à l'intérieur du cadre et de la jurisprudence de l'arrêt *Vavilov* ne causent pas de difficultés graves, la Cour suprême devra tracer une voie cohérente et s'y tenir.

CONTRÔLE DE LA RAISONNABILITÉ RÉCEPTIF

Dans cette section, je tiens à souligner deux décisions d'appel qui soulignent le message de l'arrêt *Vavilov* — répété dans les arrêts *Mason*

et *CSFTNO* — au sujet de l'importance d'une prise de décisions réceptive. Un commentateur a fait remarquer que la proportion des décisions confirmées en vertu de l'arrêt *Vavilov* est probablement peu différente de la proportion confirmée en vertu de ses prédécesseurs⁶⁹. Néanmoins, l'arrêt *Vavilov* a sans aucun doute relevé la barre pour ce qui est des motifs et, dans certaines régions, ses effets ont été ressentis de façon marquée.

Prenons d'abord une affaire de droit de l'énergie, *Shell Canada Limited v Alberta (Energy)*⁷⁰. Il s'agissait du calcul des redevances à payer à la province pour un projet de sables bitumineux de Shell. Alberta Energy a vérifié le projet et a refusé certains coûts réclamés par Shell. Shell a interjeté appel en vertu des règlements applicables, mais le directeur des Services de règlement des différends a conclu que, dans le sens ordinaire et grammatical des règlements, les dépens avaient été refusés à juste titre. Shell a ensuite demandé la nomination d'un Comité de règlement des différends (CRD). Le ministre a refusé de convoquer un CRD, au motif que la position de Shell sur le point sous-jacent de l'interprétation était tout à fait sans fondement, pour les motifs suivants :

[Traduction]

La position du ministère à cet égard est que l'interprétation demandée par Shell relativement aux coûts « exclusivement réservés » est incompatible avec les règlements en l'état. Les règlements demeurent le cadre juridique dans lequel ces questions doivent être examinées⁷¹.

C'était l'ensemble du raisonnement sur le point sous-jacent de l'interprétation. Sans surprise, la Cour d'appel a conclu que c'était déraisonnable. Une simple répétition de la position du ministère qui n'est pas accompagné d'une explication de l'analyse effectuée ou du critère appliqué, l'omission de divulguer le processus de raisonnement du ministère et l'omission de toute discussion portant sur le contexte et l'objet ne respectaient pas la norme

⁶⁸ *Canada (Attorney General) v Ibrahim*, 2023 FCA 204.

⁶⁹ Andrew Green, « How Important are Ground-Breaking Cases in Administrative Law? » (2023) 73:4 *University of Toronto Law Journal*, à la p 426.

⁷⁰ *Shell Canada Limited v Alberta (Energy)*, 2023 ABCA 230.

⁷¹ *Ibid* au para 4.

de justification établie dans l'arrêt *Vavilov*⁷². Comme la position de Shell ne pouvait être qualifiée de manifestement non fondée, cela ne suffisait pas comme justification. Fait intéressant, comme le ministre avait mis beaucoup de temps — trois ans! — pour répondre à Shell, le juge de révision avait non seulement ordonné au ministre de convoquer un CRD, mais aussi formulé la question adressée à celui-ci. La Cour d'appel a jugé qu'il s'agissait de la mesure corrective appropriée dans les circonstances.

Traditionnellement, le pouvoir discrétionnaire du ministre a fait l'objet d'un examen déférent par les tribunaux, en partie en raison de la possibilité d'une responsabilité politique par l'entremise du législateur. Mais cette décision est la preuve que les ministres ne peuvent se soustraire à l'arrêt *Vavilov*; indépendamment de leur responsabilité politique, ils doivent faire preuve de réceptivité à la satisfaction des tribunaux.

Pour changer un peu de sujet, il est également clair que la perception du décideur selon laquelle les enjeux sont faibles ne justifiera pas les lacunes en matière de réceptivité. L'analyse présentée dans l'affaire *Law Society of Newfoundland and Labrador v Buckingham*⁷³ porte sur les décisions de « sélection » visant à déterminer s'il est approprié d'envoyer un professionnel réglementé à une audience disciplinaire officielle. Au moment de prendre de telles décisions, l'organisme disciplinaire pourrait très bien imposer des sanctions moindres visant à punir un comportement qui ne semble pas justifier des conséquences plus graves. Le client B est décédé en détention dans le système correctionnel provincial. Dans les commentaires des médias, B a laissé entendre que les agents correctionnels étaient responsables du décès. Un syndicat de fonctionnaires s'est plaint au Barreau et, après quelques échanges, l'affaire a été renvoyée au comité d'autorisation des plaintes. Le comité a conclu que B méritait une sanction (bien qu'il

n'ait pas renvoyé l'affaire pour une audience officielle) et a émis une « lettre de l'avocat ». Le comité était d'avis qu'il n'était pas tenu de fournir des motifs et, par conséquent, en émettant la lettre, il a simplement déclaré qu'il le faisait en fonction des renseignements au dossier :

[Traduction]

Le comité fait remarquer qu'à l'époque où il [M. Buckingham] a fait ces deux déclarations publiques, les preuves à l'appui n'existaient pas. Le dossier a démontré que [M. Buckingham] avait fait ces déclarations le 8 novembre 2019 et que la cause du décès, un homicide, avait été déclarée en décembre 2019⁷⁴.

Le juge d'appel O'Brien a annulé la décision en invoquant le caractère déraisonnable, faisant remarquer que l'arrêt *Vavilov* avait affirmé [traduction] « la nécessité de développer et de renforcer une culture de la justification au sein du processus décisionnel administratif »⁷⁵. Il a insisté sur le fait que, dans ce cas-ci, le comité prenait une décision finale et que, dans un tel contexte [traduction] « il faudra habituellement aller plus loin pour expliquer le résultat aux personnes touchées, car elles n'auront plus la possibilité de se faire entendre »⁷⁶. De façon critique, la réponse de B aux allégations faisait partie de la matrice factuelle à laquelle le comité était tenu de répondre⁷⁷. De plus, il y aurait d'importantes conséquences pour B à l'avenir s'il devait faire face à d'autres procédures disciplinaires ou demander une nomination à la magistrature. Compte tenu de ces contraintes, la décision était déraisonnable par manque de justification⁷⁸. Par conséquent, même une simple décision de sélection — qui a abouti à un résultat plus favorable pour B qu'un renvoi à une audience disciplinaire formelle — déclenche les exigences de l'arrêt *Vavilov* et oblige les décideurs à être réceptifs.

⁷² *Vavilov*, supra note 3 au para 23.

⁷³ *Law Society of Newfoundland and Labrador v Buckingham*, 2023 NLCA 17.

⁷⁴ *Ibid* au para 42.

⁷⁵ *Ibid* au para 44.

⁷⁶ *Ibid* au para 53.

⁷⁷ *Ibid* au para 55.

⁷⁸ *Ibid* au para 86.

L'arrêt *Vavilov* a réussi à rafraîchir les parties de l'état du droit administratif que les cadres précédents n'atteignaient pas — même le pouvoir discrétionnaire du ministre sur des questions délicates de politique ne fait pas exception. Bien entendu, il s'agit d'un projet en cours, alors il faut s'attendre à des erreurs et des omissions (et les établissements carcéraux⁷⁹ semblent être une exception notable jusqu'à présent). Néanmoins, les grandes lignes sont claires : un contexte institutionnel est pertinent pour évaluer le caractère raisonnable d'une décision, mais le contexte ne fournit pas à un décideur qui a rédigé des motifs déficients une carte de « sortie de prison sans frais ».

II. PORTÉE DES POUVOIRS DE RÈGLEMENTATION

En ce qui concerne la portée des pouvoirs de réglementation, deux affaires — l'une de la Cour d'appel fédérale et l'autre de la Cour d'appel de l'Alberta — ont réaffirmé les premiers principes et (dans l'affaire de l'Alberta) ont offert quelques réflexions sur l'interaction entre le cadre de *Vavilov* et des décisions antérieures. De toute évidence, les pouvoirs de réglementation de toute description sont assujettis aux exigences de réceptivité décrites précédemment dans le présent document. En outre, ceux qui exercent des pouvoirs de réglementation doivent tenir compte de la primauté des lois. La décision de la Cour d'appel fédérale dont il est question ciaprès souligne la nécessité de déterminer les attributions positives de pouvoirs dans les lois, tandis que la décision de l'Alberta met l'accent sur la façon dont les sources législatives de pouvoir peuvent être plus importantes que les décisions antérieures des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des pouvoirs de réglementation.

ENCHÂSSER LE POUVOIR DE RÈGLEMENTATION DANS LES TEXTES LÉGISLATIFS

La décision de la Cour d'appel fédérale (dans laquelle, comme nous le verrons, je n'étais pas seulement aux premières loges, mais j'ai fait mon chemin jusqu'au ring) concernait une cause fascinante, complexe et controversée au sujet de la réglementation de la radiodiffusion et de la liberté d'expression : *Société Radio-Canada c Canada (Procureur général)*⁸⁰. Dans une décision majoritaire, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a conclu que Radio-Canada avait contrevenu aux objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* en permettant la diffusion du mot commençant par le « mot en n » (en français) à répétition dans le même segment sans avertir les téléspectateurs⁸¹.

Le plaignant dans l'affaire était une personne racialisée qui était dans le studio au moment du segment. Il a déposé une plainte alléguant que Radio-Canada avait enfreint l'alinéa 3b) du *Règlement de 1986 sur la radio*,⁸² et plusieurs objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion*⁸³. La majorité du CRTC n'a pas conclu que le Règlement avait été enfreint, mais a conclu que la diffusion contrevenait aux objectifs de la *Loi*, car elle « n'a pas respecté la norme de programmation de haute qualité et n'a pas contribué au renforcement du tissu culturel et social ainsi qu'au reflet du caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne »⁸⁴.

La majorité du CRTC a situé sa compétence à l'al. 5(1) de la *Loi*, qui prévoit que le CRTC « réglementer et de surveiller tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion » énoncée à l'al. 3(1)⁸⁵.

Les membres dissidents du CRTC ont contesté l'analyse de leurs collègues, en particulier

⁷⁹ Mark Mancini, « The Promise of Habeas Corpus Post-Vavilov: The Principle of Legality » (17 mars 2022), en ligne : *Social Science Research Network* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4059757>. À paraître (2022) dans la *Revue du Barreau canadien*.

⁸⁰ *Société Radio-Canada c Canada (Procureur général)*, 2023 CAF 131.

⁸¹ Décision de radiodiffusion du CRTC, 2022-175.

⁸² *Règlement de 1986 sur la radio*, DORS/86-982, au para 3(b).

⁸³ *Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c 11.

⁸⁴ *Supra* note 81 au para 22.

⁸⁵ *Supra* note 83 au para 5(1).

le fait que les membres majoritaires n'ont pas fait référence à la protection de la liberté d'expression prévue par la *Charte* ou à la protection prévue par la loi à cette fin à l'al. 2(3) de la *Loi*.

Radio-Canada a exercé son droit d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence. Les motifs d'appel de Radio-Canada étaient les suivants : 1) que le CRTC n'a pas compétence pour punir un radiodiffuseur en se reportant uniquement à la politique de radiodiffusion énoncée dans la *Loi*; 2) que le CRTC n'avait pas abordé la question de la *Charte*; 3) que le CRTC n'avait pas tenu compte de la plainte en vertu du *Règlement* et des modalités de la licence de Radio-Canada. La Cour d'appel fédérale a accordé l'autorisation d'interjeter appel.

À ce moment-là, le dossier a pris une tournure inhabituelle. Tout d'abord, le procureur général du Canada, qui est l'intimé dans les appels du CRTC, a présenté une requête pour qu'il soit fait droit à l'appel sur consentement en vertu de la règle 349 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Deuxièmement, le CRTC a demandé l'autorisation d'intervenir pour défendre sa décision, mais a essuyé un refus, au motif que son intervention ne serait pas conforme aux principes de participation au tribunal dans les procédures d'appel ou de révision énoncés dans *Ontario (Commission de l'énergie) c Ontario Power Generation Inc*⁸⁶.

La Cour d'appel a ensuite exercé son pouvoir inhérent de gérer ses procédures pour nommer un *amicus curiae*. J'ai été nommé pour m'assurer que la cour avait une vue d'ensemble des arguments juridiques. On m'a demandé de présenter tous les arguments que le CRTC pourrait présenter pour défendre sa décision, étant donné l'immunité contre les dépens, et 20 jours après la conclusion d'une entente sur mes honoraires avec le procureur général du Canada, pour présenter des observations écrites (en français, la langue du dossier). Une bonne partie de mon mois de février a été consacrée à la recherche d'arguments en faveur de la

décision du CRTC qui, à mon avis, méritaient l'attention réfléchie de la cour.

En fin de compte, la Cour d'appel a conclu que le CRTC avait agi illégalement, rendant une décision importante sur la portée des pouvoirs de réglementation applicables à tout contexte, y compris en droit de l'énergie. Les arrêts phares sont le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*⁸⁷. Ici, une majorité de juges de la Cour suprême a conclu que, lorsqu'il prend des règlements, le CRTC ne peut pas se fier directement aux objets de la *Loi*, car les énoncés de politique dans la loi ne confèrent pas de compétence⁸⁸. Par la suite, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer que « l'article 3 et l'article 5 de la *Loi* n'attribuent pas la compétence et ne sont pas suffisants en soi pour justifier la validité de... dispositions réglementaires »⁸⁹. D'où la conclusion du procureur général du Canada selon laquelle une décision fondée sur les articles 3 et 5 de la *Loi* dépassait la compétence du CRTC et était donc indéfendable.

J'ai fait valoir que la décision rendue dans *Cogeco* (et *TVA*) ne portait que sur la fonction de réglementation du CRTC. En l'espèce, le CRTC s'est acquitté de sa fonction de surveillance en utilisant les pouvoirs procéduraux énoncés (en termes très larges) au paragraphe 18(3) de la *Loi* : « Les *plaintes* et les observations présentées au Conseil, de même que toute autre question relevant de sa compétence au titre de la présente loi, font l'objet de telles audiences, d'un rapport et d'une *décision* — notamment une approbation — si le Conseil l'estime dans l'intérêt public ». J'ai fait valoir que les termes larges du paragraphe 18(3) devraient être mis en contraste avec le libellé plus restrictif — mais plus percutant — des conséquences possibles de l'article 12. De plus, dans *Capital Cities Comm. c C.R.T.C.*⁹⁰, une décision qui n'a pas été citée, encore moins infirmée par la majorité dans *Cogeco*, la Cour suprême a conclu que l'article 5 de la *Loi* conférerait effectivement compétence au CRTC.

⁸⁶ *Ontario (Commission de l'énergie) c Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 RCS 147.

⁸⁷ *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 RCS 489 [*Cogeco*].

⁸⁸ *Ibid* aux para 22–23.

⁸⁹ *Groupe TVA Inc. c Bell Canada*, 2021 CAF 153, au para 35.

⁹⁰ *Capital Cities Comm. c C.R.T.C.*, [1978] 2 RCS 141.

La Cour d'appel n'était pas convaincue :

Capital Cities appuie plutôt la position du Procureur général selon laquelle le paragraphe 5(1) n'est pas plus attributif de compétence que le paragraphe 3(1), chacun ayant comme objet de guider l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au CRTC, l'un sous la forme d'une politique et l'autre sous la forme d'une mission.

En effet, le paragraphe 5(1), de par son libellé, confère au CRTC la mission d'élaborer un cadre réglementaire et de surveiller ce qui est dit en ondes afin de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. Il s'ensuit que la prétention de l'*amicus* voulant que le CRTC puisse avoir recours à cette politique comme si elle constituait en soi une règle de conduite faisant partie du cadre réglementaire régissant ce qui peut être dit sur les ondes doit échouer.

Contrairement à la politique canadienne de radiodiffusion qui a pour vocation de guider l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au CRTC, les règles de conduite sont érigées dans le but d'établir des balises en ce qui a trait à ce qui peut et ne peut être dit sur les ondes. Il s'ensuit qu'imposer des sanctions en fonction de cette seule politique comme si elle s'érigait elle-même en règle de conduite va à l'encontre du rôle que le législateur lui a attribué⁹¹.

Il s'agit d'une décision très importante sur la portée des pouvoirs de réglementation. Pour commencer, cette affaire sert à rappeler qu'une disposition sur les « objectifs » d'une loi, qui est habituellement rédigée en termes larges, ne confère pas à un organisme de réglementation le pouvoir d'exercer un pouvoir sur les entités réglementées. La proposition centrale, fondée sur une interprétation large de la décision majoritaire de *Cogeco*, est qu'un décideur ne

peut pas utiliser des pouvoirs généraux pour imposer des sanctions lorsqu'il dispose de pouvoirs plus précis, même si ces pouvoirs généraux sont établis en termes généraux. Il s'agit d'un changement important en ce qui concerne le CRTC, puisqu'il sanctionne le discours en direct en fonction des objets de la *Loi* depuis de nombreuses années⁹². Cela peut entraîner des conséquences pour l'organisme de réglementation et dans d'autres domaines. De toute évidence, pour exercer sa compétence sur un sujet donné, le décideur doit être en mesure de signaler une délégation de pouvoir prévue par la loi — et une telle délégation de pouvoir aura probablement préséance sur une délégation de pouvoir générale.

La Cour d'appel a également conclu que le CRTC avait commis une erreur en omettant d'analyser les répercussions sur la liberté d'expression.

L'affaire a ensuite été renvoyée au CRTC pour décision pour des motifs autres que les objets de la *Loi*⁹³.

De façon plus générale, la nomination d'un *amicus curiae* par la Cour d'appel fédérale est une évolution intéressante. Le droit traitant de la qualité pour agir d'un tribunal est tel qu'il se peut fort bien qu'un tribunal ne puisse pas participer à la défense de sa décision dans le cadre d'un appel ou d'une procédure de révision judiciaire, ou même que le tribunal ne puisse pas participer pleinement par crainte de paraître partial à l'avenir. Il y a beaucoup de raisons de féliciter la Cour d'appel fédérale d'avoir utilisé sa compétence inhérente pour nommer une personne compétente pour présenter des points de vue qu'un tribunal pourrait ne pas être en mesure de présenter. L'objectif ultime, bien sûr, est de s'assurer que le tribunal a une vue aussi complète que possible des aspects juridiques et factuels de l'affaire afin de rendre une décision éclairée. Les circonstances de l'appel étaient inhabituelles, puisque le procureur général du Canada avait expressément refusé de défendre la décision. Cependant, les tribunaux devraient également envisager le recours à l'*amicus curiae* dans d'autres instances : quand la défense d'un tribunal de sa décision est susceptible de soulever des préoccupations quant à son

⁹¹ *Supra* note 80 aux para 51–53.

⁹² *Ibid* au para 34.

⁹³ *Ibid* au para 62.

impartialité à l'avenir, un *amicus curiae* pourrait utilement présenter des observations et faire en sorte que le tribunal puisse prendre une décision éclairée. En fin de compte, cela ne peut que contribuer au maintien de la primauté du droit dans les secteurs réglementés de l'économie.

POUVOIR DE RÉGLEMENTATION, LOIS ET PRÉCÉDENTS JUDICIAIRES

Dans l'affaire *ATCO* originale en 2006 (connue sous le nom de *Stores Block*)⁹⁴, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la portée du pouvoir conféré à un organisme de réglementation par sa loi habilitante, en faisant une distinction entre les pouvoirs exprès et implicites. Comme je l'ai écrit, cette distinction n'a pas beaucoup de sens et il serait préférable de se concentrer simplement sur l'intention législative, en tenant compte du texte législatif, de l'objet et du contexte⁹⁵. Récemment, la Cour d'appel de l'Alberta a examiné l'incidence de l'affaire *ATCO* originale (*Stores Block*) et a fait la lumière sur l'approche appropriée pour déterminer la portée du pouvoir de réglementation : *ATCO Electric Ltd v Alberta Utilities Commission*⁹⁶.

La question en l'espèce concernait la légalité d'une décision de la Commission refusant à ATCO la capacité de recouvrer les coûts engagés à la suite de l'incendie de Fort McMurray : de l'avis de la Commission, elle n'avait pas le pouvoir d'autoriser ATCO à inclure ces coûts dans les tarifs facturés aux consommateurs d'électricité; il s'agissait de retraits « extraordinaires » d'actifs pour lesquels les consommateurs ne devraient pas payer la note.

La Commission en est arrivée à cette conclusion parce qu'elle s'est fondée sur l'affaire *Stores Block* et la jurisprudence subséquente pour limiter sa souplesse dans le traitement des biens détruits⁹⁷. À la suite de *Stores Block*, la Commission a étendu la logique de cette décision à tous les retraits extraordinaires d'actifs⁹⁸. Dans une affaire antérieure, la Cour d'appel a jugé que cette décision, qui était une décision de politique générale qui ne tenait pas compte d'un mode disposition précis des biens ou d'une demande de tarif, était raisonnable : *FortisAlberta Inc v Alberta (Utilities Commission)*⁹⁹.

Mais comme la Cour d'appel l'a souligné, *Stores Block* concernait la vente d'un actif et le pouvoir d'un organisme de réglementation d'assortir la vente de conditions¹⁰⁰. Il s'agit d'un pouvoir beaucoup plus restreint que le pouvoir d'établissement des tarifs en cause ici. En effet, le pouvoir d'établissement de tarifs fait référence à des concepts comme la « dépréciation » et la « prudence » sans les définir, laissant à l'organisme de réglementation le soin de les définir au cas par cas¹⁰¹. À cet égard, la Commission disposait d'un « vaste pouvoir discrétionnaire »¹⁰² et rien dans la décision de 2006 de la Cour suprême n'a dicté l'issue d'une procédure d'établissement des tarifs¹⁰³.

En effet, la décision dans l'affaire *Stores Block* n'était tout simplement pas analogue à la question dont était saisie la Commission, car elle portait sur la distribution des bénéfices (entre actionnaires et clients) provenant de la cession d'un bien, alors qu'ici, la propriété avait été détruite et qu'il n'y avait pas de bénéfices à distribuer¹⁰⁴. Par conséquent, l'affaire a été

⁹⁴ *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 RCS 140 [*Stores Block*].

⁹⁵ Paul Daly, « Against ATCO » (24 novembre 2023), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2023/11/24/against-atco-text-purpose-context-not-implied-and-express-powers>. À paraître (2024) dans *Advocates' Quarterly*.

⁹⁶ *ATCO Electric Ltd v Alberta Utilities Commission*, 2023 ABCA 129 [*ATCO Electric*].

⁹⁷ *Ibid* aux para 13, 19.

⁹⁸ *Ibid* au para 30.

⁹⁹ *FortisAlberta Inc v Alberta (Utilities Commission)*, 2015 ABCA 295.

¹⁰⁰ *ATCO Electric*, *supra* note 96 au para 44.

¹⁰¹ *Ibid* au para 43.

¹⁰² *Ibid* au para 44.

¹⁰³ *Ibid* au para 46. Voir aussi *Alta Link Management Ltd v Alberta Utilities Commission*, 2023 ABCA 325, au para 3, où il est indiqué que [traduction] « le cadre législatif dans lequel elle [la Commission] exerce ses activités est complexe et est imprégné de termes d'art juridique exigeant une définition unique » [emphase ajoutée].

¹⁰⁴ *ATCO Electric*, *supra* note 96 aux para 52–53.

renvoyée à la Commission pour un nouvel examen¹⁰⁵.

Il s'agit d'un bel exemple de l'importance de tenir compte du texte législatif, de l'objet et du contexte dans la détermination de la portée du pouvoir de réglementation. La Commission avait établi une analogie avec une affaire antérieure plutôt que de s'en remettre à au pouvoir que lui confère sa loi habilitante. Il s'agissait d'une erreur qui a amené la Commission à ne pas tenir compte de l'étendue de ses pouvoirs. En effet, lorsque la Cour suprême du Canada a examiné la portée du pouvoir d'établir des tarifs justes et raisonnables, elle a adopté une vision beaucoup plus large du pouvoir de réglementation que dans la décision initiale rendue dans l'affaire *ATCO*¹⁰⁶. L'élément important à souligner ici est que le libellé législatif général confère un vaste pouvoir de réglementation, tandis que le libellé législatif plus restreint confère un pouvoir relativement plus restreint. Dans tous les cas, les organismes de réglementation devraient examiner d'abord et avant tout les lois, la jurisprudence n'étant pertinente que dans la mesure où elle porte sur la même loi qui constitue le fondement d'une décision proposée.

Il peut donc sembler étrange que la Cour d'appel se penche également sur des questions relatives à la jurisprudence, mais elle a néanmoins traité d'un point important au sujet du maintien de la force de ses décisions antérieures. Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a apporté des changements radicaux au cadre du droit administratif canadien. Par exemple, dans le cas d'un appel prévu par la loi, la norme de la décision correcte s'applique dorénavant aux questions de droit. Auparavant, la norme de la décision raisonnable s'appliquait souvent, même dans le cas d'un appel prévu par la loi sur une question de droit. Une abondante jurisprudence d'appel (surtout dans le domaine de la réglementation économique) était fondée sur l'examen du caractère raisonnable des décisions administratives. Toutefois, étant donné que le contrôle de la raisonnable est devenu synonyme de multiples interprétations possibles, quelle est la force de précédent

aujourd'hui d'une décision antérieure de la Cour d'appel selon laquelle l'interprétation du droit par un organisme de réglementation est raisonnable, étant donné que la norme de contrôle applicable maintenant est celle de la décision correcte?

La Cour d'appel a suggéré que de telles décisions devaient être considérées comme étant exécutoires par présomption :

[Traduction]

l'arrêt *Vavilov* ne devrait pas être interprété comme un déplacement automatique de toute la jurisprudence établie en vertu du régime de la norme de contrôle avant l'arrêt *Vavilov*. D'une part, même si une décision a fait l'objet d'un contrôle du « caractère raisonnable » et a été jugée raisonnable, cela ne signifie pas que la cour de révision n'était pas également d'accord pour dire que la décision était « correcte »... De plus, des décisions comme *FortisAlberta* étaient elles-mêmes fondées sur des décisions exécutoires comme *Stores Block*. Si la décision du tribunal dans l'affaire *FortisAlberta* n'avait pas respecté le précédent contraignant, elle n'aurait pas été raisonnable. L'importance de la stabilité du droit signifie qu'après l'arrêt *Vavilov*, les précédents contraignants de la Cour devraient être présumés considérés comme étant toujours exécutoires, nonobstant le changement apporté à l'analyse de la norme de contrôle [...]¹⁰⁷

Comme Nigel Bankes l'a fait remarquer¹⁰⁸, l'arrêt *Vavilov* ne traite pas clairement de cette question. Les passages cités dans l'arrêt *Vavilov* traitent du stare decisis en général et de la pertinence des précédents de la Cour suprême pour le choix de la norme de contrôle et l'application de la norme de la décision raisonnable.

¹⁰⁵ *Ibid* aux para 61–62.

¹⁰⁶ Voir en particulier *Bell Canada c Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40.

¹⁰⁷ *ATCO Electric*, *supra* note 96 au para 18.

¹⁰⁸ Nigel Bankes, « Stores Block Meets Vavilov: The Status of Pre-Vavilov ABCA Decisions » (1 mai 2023), en ligne : *ABlawg* <ablawg.ca/2023/05/01/stores-block-meets-vavilov-the-status-of-pre-vavilov-abca-decisions/>.

La Cour d'appel a-t-elle raison? Il me semble qu'il y a ici deux préoccupations distinctes qui doivent être soigneusement démêlées.

Premièrement, dans certains cas, un tribunal appliquant la norme de la décision raisonnable aura indiqué qu'une décision était non seulement raisonnable, mais aussi correcte, ou encore qu'une décision était déraisonnable parce qu'il n'y avait qu'une seule issue acceptable et possible. À mon avis, la Cour d'appel a raison de dire que ces décisions devraient être considérées comme contraignantes, même si elles ont été rendues selon la norme de la décision raisonnable.

Deuxièmement, cependant, à d'autres occasions, une cour aura confirmé qu'une décision était raisonnable sans indiquer quelle aurait été la bonne décision. La conclusion de la cour aurait pu être fondée, en tout ou en partie, sur une décision antérieure qui, à son tour, aurait pu être raisonnable (mais pas nécessairement correcte). Je pense que la préoccupation sous-jacente ici, c'est qu'il pourrait y avoir une chaîne de décisions raisonnables qui, parce qu'elles sont trop éloignées du texte législatif, de l'objet ou du contexte, pourraient être incompatibles avec l'interprétation correcte de la loi par une cour. À juste titre, la Cour d'appel craint que l'application libérale de la norme de la décision correcte ne remette en question le pouvoir de nombreuses décisions réglementaires antérieures. Il convient de signaler que l'analyse *stare decisis* dans l'arrêt *Vavilov* portait sur la question plus abstraite du choix et de l'application de la norme de contrôle, tandis que la Cour d'appel est préoccupée par le problème concret de savoir si les décisions de fond antérieures sur les pouvoirs de réglementation continuent de s'appliquer. Il y a là un risque important de bouleversement. D'où l'insistance sur la présomption d'un caractère contraignant continu.

Le professeur Bankes soutient de façon convaincante que les juges ont « tort » d'insister sur la présomption d'un caractère contraignant continu, mais je suis plus optimiste. Une fois que les préoccupations de la Cour d'appel ont été dissipées, il est plus facile de comprendre

pourquoi les juges ont jugé que la présomption était appropriée. Maintenant, il se peut que l'idée d'une présomption ne soit pas utile, car, comme le souligne le professeur Bankes, elle soulève des questions immédiates quant à savoir si et dans quelles circonstances la présomption pourrait être réfutée. Pour ma part, sans aborder la question de la présomption, je reformulerais l'avis de la Cour d'appel comme suit : lorsque la norme de la décision correcte s'applique, les cours ont le dernier mot sur ce que signifie une disposition législative, mais ce pouvoir est assorti de l'obligation de tenir compte des attentes établies et des pratiques découlant de la jurisprudence qui maintiennent le caractère raisonnable des décisions antérieures. Peu importe qu'on affirme qu'il s'agit d'une présomption, la Cour d'appel a tout à fait raison, à mon avis, d'insister pour que le changement à la norme de la décision correcte ne soit pas considéré comme un déplacement automatique de la jurisprudence antérieure appliquant le contrôle de la raisonnable. La stabilité dans des domaines importants de la réglementation économique incite à la prudence.

JUSTICE OUVERTE

Les organismes de réglementation économique traitent de questions complexes, souvent fondées sur de grandes quantités de preuves, dont certaines demeurent confidentielles pour des raisons commerciales valables. Dans quelle mesure sont-ils obligés de tenir leurs délibérations en public et de permettre un libre accès à leurs dossiers? La question pertinente ici est la portée du principe de l'« audience publique », qui prévoit de « garantir l'accès aux tribunaux nécessaire pour qu'elle [la presse] puisse recueillir cette information »¹⁰⁹. On a dit que l'oxygène de la publicité était fondamental à la « légitimité » de l'État administratif¹¹⁰. Dans une décision importante et intéressante, la Cour d'appel fédérale s'est penchée récemment sur la portée du principe de l'« audience publique » dans la mesure où il s'applique aux tribunaux administratifs. Son analyse pourrait avoir de vastes ramifications pour tous les tribunaux, y compris les organismes de réglementation économique dans les secteurs de l'énergie.

¹⁰⁹ *Société Radio-Canada c Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 RCS 480, au para 26.

¹¹⁰ *Southam Inc. c Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 CF 329, au para 9.

Dans l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation v Canada (Parole Board)*¹¹¹, la SRC a demandé un contrôle judiciaire du refus de la Commission de divulguer des copies des enregistrements audio des audiences de libération conditionnelle de trois délinquants, dont Paul Bernardo. En fin de compte, la décision de la Commission a été annulée parce que ses motifs [traduction] « étaient incohérents, s'appuyant sur des risques qui s'étaient déjà concrétisés et qui avaient une incidence sur des occasions qui étaient peu susceptibles de se présenter dans un avenir prévisible »¹¹². Il s'agissait de la norme de contrôle de la raisonnable de l'arrêt *Vavilov*.

L'approche du juge d'appel Pelletier à l'égard de l'argument plus ambitieux de la SRC, à savoir qu'elle avait un droit constitutionnel sur les enregistrements parce que la Commission est assujettie au principe de l'« audience publique » sous-jacent au paragraphe 2b) de la *Charte*. Fait intéressant, la SRC a fait valoir cet argument même si la loi constitutive de la Commission contient une disposition obligeant la Commission à permettre à quiconque présente une demande d'assister à une audience à titre d'observateur, sauf dans des circonstances définies¹¹³. L'argument de la SRC est important parce que, si elle avait eu gain de cause, elle aurait aussi eu accès aux enregistrements audio. Et la logique de l'argument irait beaucoup plus loin, c'est-à-dire que toute information dans le dossier public d'un tribunal administratif (dépôt, preuve, etc.) devrait être mise à la disposition du public, sous réserve seulement de la possibilité qu'une ordonnance de confidentialité soit rendue à l'égard de renseignements de nature délicate, conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)* et dans des affaires subséquentes¹¹⁴.

Rédigeant des motifs à la fois réfléchis et suscitant la réflexion, le juge d'appel Pelletier a

conclu que le principe de l'audience publique ne s'applique pas à la Commission.

Auparavant, le critère pour l'application du principe de l'audience publique à une entité extrajudiciaire consistait à déterminer si celle-ci exerçait une fonction quasi judiciaire¹¹⁵. Cependant, le juge d'appel Pelletier a conclu que le concept d'une fonction « quasi judiciaire » a « dépassé son utilité » dans ce contexte, parce qu'il met l'accent sur les « processus et les caractéristiques officielles d'une cour plutôt que sur sa fonction », alors que « l'intérêt public dans les procédures judiciaires ne découle pas des caractéristiques procédurales d'une cour, mais du fait qu'elle tranche des questions de droits et de devoirs entre les citoyens et entre les citoyens et l'État »¹¹⁶ [traduction]. Il s'agit d'une déclaration lucide et percutante sur la raison d'être du principe de l'audience publique et elle établit un lien approprié entre le caractère ouvert et le fond de la question à trancher plutôt que sur le concept formel d'une fonction quasi judiciaire.

Par quoi le concept de fonction quasi judiciaire devrait-il être remplacé? La Société Radio-Canada a fait valoir que le principe de l'audience publique, étayé par le paragraphe 2b), découle du droit du public d'exprimer des idées sur les institutions publiques et d'obtenir des renseignements sur leur fonctionnement¹¹⁷. Pour le juge d'appel Pelletier, cette interprétation ratisse trop large : [traduction] « Bien que le public ait intérêt à connaître le fonctionnement de tous les organismes publics, le principe de l'audience publique s'est jusqu'à présent limité aux organismes publics dont la ressemblance avec les cours favorise le même degré de surveillance publique que le principe de l'audience publique »¹¹⁸.

Le juge d'appel Pelletier a plutôt conclu que la pierre de touche devrait être la question de savoir si le tribunal est de nature accusatoire, c'est-à-dire que [traduction] « le fait qu'un

¹¹¹ *Canadian Broadcasting Corporation v Canada (Parole Board)*, 2023 FCA 166 [Parole Board].

¹¹² *Ibid* au para 85.

¹¹³ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, LC 1992, c 20, art 140(4).

¹¹⁴ *Sierra Club du Canada c Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 RCS 522.

¹¹⁵ Voir par ex *supra* note 110 au para 336.

¹¹⁶ *Parole Board*, *supra* note 111 au para 48.

¹¹⁷ *Ibid* au para 55.

¹¹⁸ *Ibid*

tribunal préside une procédure accusatoire en tant qu'organisme juridictionnel est un indicateur fiable que ce tribunal est assujéti au principe de l'audience publique »¹¹⁹. Le juge d'appel Pelletier n'a pas donné de détails, mais on peut présumer que l'idée en l'espèce est que lorsqu'un tribunal tranche une question entre un citoyen et l'État, ou entre un citoyen et un citoyen, il joue un rôle assimilable à celui d'une cour et est assujéti à toute la visibilité que procure la publicité. La difficulté évidente ici est que le fait de s'appuyer sur la notion de « ressemblance avec une cour », ce qui ressemble étrangement au concept d'une fonction quasi judiciaire sous une étiquette différente, met l'accent sur la forme plutôt que sur le fond. Un autre problème est que l'argument de fond en faveur du principe de l'audience publique est très faible en ce qui concerne certaines procédures accusatoires, où les détails de l'affaire présentent peu d'intérêt pour le public. Les différends entre les propriétaires et les locataires en seraient un bon exemple; ils sont indubitablement conflictuels, mais généralement sans importance pour le grand public et, par conséquent, de piètres candidats pour la forme la plus forte du principe de l'audience publique.

Il se peut que l'analyse en l'espèce ait été influencée par la nature du décideur en cause. Ici, on ne peut qualifier la nature du rôle de la Commission d'accusatoire. Elle s'acquiesce de ses fonctions de façon inquisitoire, en effectuant une évaluation des risques fondée sur les renseignements reçus du Service correctionnel du Canada et les observations du délinquant et des victimes. Il n'y a pas de « représentant de l'État » de l'autre côté de la table devant le délinquant¹²⁰. De plus, l'avocat du délinquant (le cas échéant) ne jouera qu'un rôle limité à l'audience. Sur le plan de la forme, la Commission ne s'assimile tout simplement pas à une cour. De plus, toutefois, sur le fond, la Commission n'est pas le candidat le plus évident pour l'application du principe de l'audience publique, étant donné la nature délicate de sa tâche et le risque que son travail soit faussé par une couverture médiatique sensationnaliste (par des médias autres que la SRC, bien sûr,

qui, à tout le moins, peuvent difficilement être accusés de sensationnalisme). Peut-être alors que c'est la queue qui a commandé la tête, en ce sens qu'un résultat raisonnable — le principe de l'audience publique ne s'applique pas à la Commission — a influencé le choix du critère.

Pour bien mettre les choses au clair, il me semble que le principe de l'audience publique serait beaucoup plus solide en ce qui concerne un tribunal de réglementation chargé de fixer les conditions de permis ou les tarifs pour un secteur important de l'économie. De telles décisions vont droit au cœur de la capacité de la collectivité de comprendre les enjeux économiques d'une importance vitale et de s'exprimer sur l'orientation de la politique. De toute évidence, un tel tribunal ne serait pas considéré comme « accusatoire » et il invoquerait également les valeurs qui le sous-tendent le paragraphe 2b) de la *Charte*¹²¹. À mon avis, un critère axé sur ces valeurs — le tribunal aborde-t-il une question importante pour la collectivité qui mérite un débat public? — aurait préséance sur les concepts de fonctions quasi judiciaires et accusatoires. Il engloberait les tribunaux de réglementation du pays dans les domaines de l'énergie et d'autres domaines, ce que le critère de la « fonction accusatoire » ne fait pas. Les tribunaux de réglementation (selon mon expérience) sont fermement engagés à l'égard de la transparence, de sorte que l'effet pratique du choix du critère n'a pas beaucoup d'importance. En ce qui concerne le principe, cependant, un critère de justice ouverte qui exclut les organismes qui forment une partie importante du tissu économique et politique de la vie canadienne me semble insuffisant.

ÉQUITÉ PROCÉDURALE

Une décision d'appel définitive — une défaite rare pour un organisme de réglementation sur une question d'équité procédurale — mérite d'être mentionnée sous la rubrique générale de la portée des pouvoirs de réglementation : *Alta Link Management Ltd v Alberta Utilities Commission*¹²². Il s'agissait d'une série de décisions prises par la Commission concernant

¹¹⁹ *Ibid* au para 53.

¹²⁰ *Ibid* au para 54.

¹²¹ Voir les commentaires de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Alta Link Management Ltd v Alberta Utilities Commission*, 2023 ABCA 325, au para 48 : [traduction] « son processus décisionnel est polycentrique; elle remplit un rôle de nature hautement politique qui comprend un mandat d'intérêt public solide ».

¹²² *Supra* note 103.

le recouvrement, au moyen des tarifs, des dépenses engagées dans le réseau de transport et de distribution d'électricité de l'Alberta.

Pour être plus précis, la principale question portait sur le recouvrement des coûts à l'interface entre le transport et la distribution, c'est-à-dire les sous-stations et autres installations qui transforment l'électricité à haute tension en électricité à basse tension afin de faciliter la livraison aux consommateurs. En Alberta, les propriétaires d'installations de transport et de distribution interagissent avec l'Alberta Electric System Operator, une société établie en vertu de l'*Electric Utilities Act*¹²³ pour diriger l'exploitation sûre, fiable et économique du réseau électrique interconnecté, planifier la capacité du système de transport, organiser l'expansion et l'amélioration du réseau et fournir un service d'accès au système de transport.

La période qui a précédé cette affaire a donné lieu à un différend entre les exploitants d'installations de transport et de distribution au sujet de la politique de l'Alberta Electric System Operator. La politique concernée, en vigueur depuis environ 20 ans, permettait aux exploitants d'installations de distribution d'investir dans des installations de transport et d'en tirer un rendement. Le résultat des procédures longues et complexes qui ont abouti à la série de décisions était que ni les exploitants d'installations de transmission ni les exploitants d'installations de distribution ne seraient autorisés à obtenir un rendement sur les contributions acheminées par l'entremise de l'Alberta Electric System Operator. Une pratique établie depuis vingt ans a donc été éliminée. L'argument qui a été retenu en appel était que la Commission avait manqué à l'équité procédurale parce que les parties n'avaient pas été informées suffisamment longtemps à l'avance qu'elle envisageait un changement de politique fondamentale.

Habituellement, les organismes de réglementation économique bénéficient d'un degré élevé de déférence à l'égard des

questions de procédure¹²⁴. Dans ce cas-ci, cependant, toute déférence a été tempérée par la reconnaissance des conséquences importantes pour les exploitants du marché, à savoir que la nature « à forte intensité de capital » de leurs investissements était reconnue comme importante, tout comme leur capacité à accéder à des capitaux sur les marchés des actions et des capitaux d'emprunt¹²⁵, et qu'ils avaient besoin d'une protection procédurale élevée. La question en l'espèce portait sur le caractère adéquat de l'avis fourni au sujet du changement de politique : [traduction] « la Commission était tenue de fournir un avis clair et transparent indiquant que l'une des questions à examiner consistait à déterminer si l'on devait interdire aux distributeurs et transporteurs d'obtenir un rendement sur leurs investissements pour couvrir ces coûts »¹²⁶. La Cour d'appel n'était pas convaincue que l'avis était adéquat.

L'argument de la Commission était que l'avis indiquait [traduction] « qu'elle tiendrait compte du fondement juridique de l'actuelle... politique relative à la contribution des clients, en ce qui concerne la transmission et la distribution, pour déterminer le besoin d'une nouvelle politique et la date à laquelle toute nouvelle politique entrerait en vigueur, en précisant clairement que l'intérêt à la fois des exploitants d'installations de transport et des exploitants de distribution d'obtenir un rendement sur les contributions des clients avait été pris en compte dans l'instance »¹²⁷. La Cour d'appel est restée impassible. Les intérêts des deux intervenants étaient peut-être en cause, mais la possibilité d'un changement de politique radical n'avait pas été contemplée :

[Traduction]

Le fait que le document d'avis de la Commission n'a pas clairement informé les appelants de la question de savoir s'ils [les exploitants d'installations de transport et de distribution] devraient se voir empêcher d'obtenir un rendement est illustré par l'absence d'observations

¹²³ *Electric Utilities Act*, SA 2003, c E-5.1.

¹²⁴ Voir par ex *Rogers Communications Canada Inc. v Ontario Energy Board*, 2020 ONSC 6549.

¹²⁵ *Supra* note 103 aux para 51–55.

¹²⁶ *Ibid* au para 57.

¹²⁷ *Ibid* au para 60.

et d'éléments de preuve sur cette question. La capacité des exploitants d'installations de transport et de distribution d'obtenir un rendement sur les contributions des clients était manifestement d'une grande importance pour les appelants. En fait, ces procédures ont vu le jour parce qu'AltaLink et Fortis ont cherché à inclure ces coûts dans leur base tarifaire et à obtenir le rendement correspondant¹²⁸.

Cette omission a eu une incidence importante sur les procédures. La préoccupation de la Commission portait sur la distorsion des prix, mais, comme l'a souligné la Cour d'appel, si cette préoccupation avait été bien communiquée aux parties, elles auraient pu présenter une preuve d'expert sur l'effet de la politique de l'exploitant sur les signaux de prix¹²⁹.

Par conséquent, la question a été renvoyée à la Commission (avec de nombreux commentaires *incidents* sur le cadre juridique, en particulier les notions de propriété et de rendement équitable). Cette décision est certainement un rappel utile du fait que les cours ont le dernier mot sur les questions d'équité procédurale, même si les organismes de réglementation économique ont généralement antécédents de succès au contrôle judiciaire. Il est quand même un peu surprenant que la Commission ait manqué à son devoir d'équité sur une question aussi technique. De toute évidence, la Cour d'appel était d'avis qu'elle était confrontée à une disparité flagrante entre ce qui a été décidé en fin de compte et la teneur de la décision aux yeux des parties. L'écart important entre les observations des parties et le résultat obtenu a certes préoccupé la Cour d'appel. La préoccupation compensatoire dans les affaires d'équité procédurale est que les cours pourraient engorger le travail de l'administration publique en imposant de trop nombreuses exigences par voie de procédures — cette préoccupation n'avait toutefois pas beaucoup de poids en l'espèce, car les procédures de la Commission se sont échelonnées sur plusieurs années. Compte tenu de la longueur et de la nature itérative des

procédures, la Cour d'appel a certainement été surprise qu'un tel fossé se soit creusé entre ce que les parties et la Commission pensaient de la question. En fin de compte, les faits inhabituels de cette affaire signifient qu'il est peu probable qu'il y ait un changement radical dans la relation entre les cours et les organismes de réglementation sur les questions d'équité.

RÈGLEMENTATION EXTRATERRITORIALE

Un problème assez fréquent dans le droit canadien est l'application des lois réglementaires aux particuliers qui résident dans une autre province ou aux entreprises établies dans une autre province. Pensez à un ingénieur de la Colombie-Britannique qui fournit des conseils (mal avisés) sur un projet de construction de services publics au Québec, un Albertain fournissant de l'information privilégiée à un Manitobain au sujet de titres du secteur énergétique négociés en Ontario ou un portail en ligne situé en Nouvelle-Écosse qui reçoit des commandes pour la livraison de prises électriques défectueuses en Saskatchewan par un fabricant du Nouveau-Brunswick.

Fait surprenant, la Cour suprême du Canada n'avait pas, jusqu'à hier, établi avec autorité le critère à appliquer pour déterminer les circonstances dans lesquelles un organisme de réglementation provincial aura le pouvoir de sanctionner un aspect extraprovincial. Les cours d'appel s'étaient généralement appuyées sur l'arrêt *Unifund Assurance Co. c Insurance Corp. of British Columbia*¹³⁰, une décision relative à la portée du régime provincial d'assurance. Dans l'arrêt *Sharp c Autorité des marchés financiers*¹³¹, la Cour suprême a confirmé que les critères de l'arrêt *Unifund* devaient être appliqués.

Dans cette affaire, des procédures réglementaires visant des résidents de la Colombie-Britannique ont été intentées au Québec. Ils étaient accusés d'avoir participé à un stratagème de type « pump and dump » et d'avoir manipulé les prix des actions dans *La belle province* et causé un préjudice financier à des investisseurs québécois. Les juges majoritaires de la Cour suprême (le juge en chef Wagner et le juge Jamal) ont

¹²⁸ *Ibid* au para 63.

¹²⁹ *Ibid* au para 64.

¹³⁰ *Unifund Assurance Co. c Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 RCS 63.

¹³¹ *Sharp c Autorité des marchés financiers*, 2023 SCC 29 [*Sharp*].

appliqué l'arrêt *Unifund* et ont conclu que les procédures relevaient de la compétence de l'organisme de réglementation du Québec (Autorité des marchés financiers – AMF) pour intenter des poursuites devant le tribunal des valeurs mobilières de la province (Tribunal administratif des marchés financiers – TAMF). Une grande partie de leur analyse porte sur l'(in)applicabilité du Code civil provincial aux tribunaux administratifs. Cependant, ayant conclu que les dispositions pertinentes du code n'accordaient pas à l'organisme de réglementation le pouvoir nécessaire, les juges majoritaires ont conclu que les lois provinciales sur les valeurs mobilières conféraient un pouvoir suffisant, pourvu qu'il y ait un lien suffisant entre les personnes visées par l'instance.

Le pouvoir de statuer sur les infractions réglementaires découle des lois provinciales :

la compétence juridictionnelle du TAMF en l'espèce découle de la compétence législative normative de la province. Aux termes de l'art. 93 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, le TAMF exerce la compétence prévue par la *Loi sur les valeurs mobilières*. Étant donné que, d'une part, la législature québécoise a décidé que le TAMF statue sur les allégations de violations de la *Loi sur les valeurs mobilières* et que, d'autre part, la conduite que l'on reproche aux appelants a un lien réel et substantiel avec le Québec, le TAMF a nécessairement compétence sur les appelants en ce qui concerne les contraventions qu'ils auraient commises. Les dispositions législatives particulières, dûment interprétées, prévoient donc la compétence juridictionnelle du TAMF¹³².

En termes simples, si une personne pose un geste qui contrevient à une loi de réglementation provinciale, il pourrait être assujéti à l'application de la loi par l'organisme de réglementation provincial.

La question suivante est de savoir s'il y a un lien suffisant entre la province et la cible des mesures d'application de la loi. Un lien suffisant dépend de l'application des facteurs énoncés par le juge Binnie au para 56 de l'arrêt *Unifund* :

1. La limitation territoriale de la portée du pouvoir de légiférer des provinces empêche les lois d'une province de s'appliquer aux affaires qui ne présentent pas de lien suffisant avec cette dernière.
2. Le caractère « suffisant » du lien dépend du rapport qui existe entre le ressort ayant légiféré, l'objet du texte de loi et l'individu ou l'entité qu'on cherche à assujéti à celui-ci.
3. L'applicabilité d'une loi provinciale par ailleurs valide à un défendeur de l'extérieur de la province concernée est fonction des exigences d'ordre et d'équité qui sous-tendent nos structures fédérales.
4. Comme ils visent une finalité, les principes d'ordre et d'équité sont appliqués d'une manière souple, en fonction de l'objet de la loi¹³³.

Le juge en chef Wagner et le juge Jamal confirment que les facteurs d'*Unifund* doivent être appliqués pour déterminer à quel moment les lois réglementaires provinciales peuvent être appliquées avec un effet extraprovincial¹³⁴. Il ne s'agit pas d'en décider de la validité de la législation provinciale (relevant habituellement de la compétence provinciale de légiférer en matière de propriété et de droits civils dans la province), mais plutôt de son applicabilité, c'est-à-dire de sa portée et non de sa légalité. Ces facteurs déterminent donc si des mesures d'application de la loi peuvent être prises dans la province contre des acteurs de l'extérieur de la province (ou lorsqu'il y a un autre aspect extraprovincial).

Les facteurs utilisés dans l'arrêt *Unifund* sont considérés comme un principe d'interprétation des lois¹³⁵, essentiellement comme un moyen de déterminer qu'un type particulier de transaction ou d'action qui serait réglementé dans la

¹³² *Ibid* au para 136.

¹³³ *Supra* note 130 au para 56 [souligné dans l'original].

¹³⁴ *Sharp, supra* note 131 au para 102.

¹³⁵ *Ibid* aux para 113–114.

province par un résident provincial ne relève pas de l'autorité de l'organisme de réglementation provincial. En l'espèce, comme l'explique l'analyse des juges majoritaires, les facteurs n'ont pas pesé contre la réglementation provinciale.

L'analyse de *Sharp* elle-même est très utile. Le Québec a servi de « façade » pour le système de type « pump and dump »¹³⁶. Il était donc juste d'appliquer le régime québécois aux activités des contrevenants : « Comme les appelants ont fait du Québec la façade de leur opération de manipulation de titres, leur accession au marché québécois n'était pas accidentelle ou sans importance, mais faisait plutôt partie intégrante du stratagème »¹³⁷. Cette conclusion n'a pas été minée par la possibilité de poursuites dans d'autres provinces, car les chevauchements de compétence en matière de réglementation des valeurs mobilières sont une caractéristique nécessaire du droit canadien¹³⁸. (En pratique, ces chevauchements sont traités par la législation provinciale¹³⁹ ou la coopération en matière de droit souple¹⁴⁰.)

À noter également l'approbation explicite par la Cour de la nécessité d'une approche souple et téléologique pour déterminer la portée territoriale de la législation réglementaire : « Comme la manipulation de titres et la fraude contemporaines en valeurs mobilières sont souvent transnationales et dépassent les frontières provinciales et nationales, les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent adopter une approche souple et téléologique lorsqu'ils appliquent les principes d'ordre et d'équité dans le contexte des valeurs mobilières. À notre avis, il est conforme aux principes d'ordre et d'équité que le TAMF ait compétence sur les appelants »¹⁴¹. Il s'agit d'un élément de l'approche relativement non interventionniste de la Cour suprême à l'égard de la conformité à la *Charte* des lois réglementaires conçues pour protéger le public (même si, bien sûr, la caractérisation de cette législation est controversée, car elle a souvent

des effets anticoncurrentiels qui favorisent les exploitants actuels du marché).

La norme de contrôle a aussi été présentée, bien sûr. Les parties n'ont pas contesté le fait que l'applicabilité de la législation réglementaire à des acteurs de l'extérieur de la province devait être déterminée selon la norme de la décision correcte. Même si l'analyse tient compte du contexte et des faits, la Cour suprême a confirmé qu'il s'agit d'une question constitutionnelle qui exige un examen de la décision correcte pour garantir des réponses uniformes¹⁴².

De plus, la question de la pertinence du Code civil par rapport à la compétence en matière de réglementation a été considérée comme étant d'une importance capitale pour le système juridique et nécessitant également un examen de la décision correcte. Il est juste de dire que celui-ci était aussi une question de droit, comme on peut l'imaginer.

En effet, les questions en l'espèce transcendaient la sphère des valeurs mobilières et étaient pertinentes pour tout régime de réglementation provincial. Par conséquent, la cohérence judiciaire imposée était requise pour garantir l'uniformité. Ce sont des exemples de paradigmes des catégories étroites de la décision correcte établies dans l'arrêt *Vavilov*, en ce qu'elles se rapportent à des situations où une dérogation à la norme par un seul organisme de réglementation minerait la cohérence du système juridique.

Somme toute, je pense que c'est une décision instructive. Les critères de l'arrêt *Unifund* sont utiles pour répondre aux questions difficiles concernant des acteurs de l'extérieur d'une province, comme les tribunaux inférieurs l'ont constaté dans les années précédentes, et ils fournissent un cadre permettant aux organismes de réglementation de coopérer en matière d'application de la loi.

¹³⁶ *Ibid* au para 129.

¹³⁷ *Ibid* au para 133.

¹³⁸ *Ibid* au para 134.

¹³⁹ Voir par ex *McLean c Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 RCS 895.

¹⁴⁰ Voir par ex les Autorités canadiennes en valeurs mobilières et, en particulier, son Comité permanent de l'Application de la loi.

¹⁴¹ *Sharp*, *supra* note 131 au para 135.

¹⁴² Voir aussi *Office régional de la santé du Nord c Horrocks*, 2021 CSC 42.

III. DROITS D'APPEL LIMITÉS

Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême du Canada a mentionné à deux reprises l'effet d'un droit d'appel circonscrit. Au paragraphe 45, les juges majoritaires considèrent qu'il est évident qu'un droit d'appel circonscrit à des questions de droit ou à des questions de droit ou de compétence n'empêche pas le contrôle judiciaire. Il s'agit du point de vue exprimé par quatre juges dissidents dans l'affaire *Edmonton East*, avant l'arrêt *Vavilov*, selon lequel à savoir que le « législateur savait sans doute que toute question qui n'est pas assujettie à un droit d'appel limité peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire »¹⁴³. Plus loin, au paragraphe 52, les juges majoritaires ont répété ce point, mais ont ajouté qu'un droit d'appel circonscrit n'empêche pas le contrôle judiciaire. La décision rendue par la Cour suprême dans les années 1980 dans l'arrêt *Crevier*, invalidant une disposition privative qui, si elle avait été appliquée, aurait empêché les cours de corriger les erreurs de « compétence », plane sur ces paragraphes. Cependant, le terme compétence n'est « plus tellement en vogue aujourd'hui »¹⁴⁴ et, en fait, la compétence n'a plus grand effet, sinon aucun, dans la common law du contrôle judiciaire¹⁴⁵. Nous nous trouvons maintenant dans une situation où l'autorité principale — l'arrêt *Crevier* — parle de « compétence », un concept largement désuet. Il faut maintenant déterminer que faire ensuite.

Depuis 2019, les cours inférieures et les commentateurs ont fait couler beaucoup d'encre sur le sens à donner à ces déclarations aux paragraphes 45 et 52 de l'arrêt *Vavilov*. Ces cours et commentateurs peuvent être regroupés en trois camps : les intentionnalistes législatifs, les défenseurs du pouvoir discrétionnaire et les constitutionnalistes traditionalistes. Comme l'a fait remarquer le juge d'appel Stratas dans une analyse typiquement colorée, on peut dire qu'il s'agit d'une « question ouverte » à savoir lequel de ces camps a raison¹⁴⁶.

Je vais décrire ces camps à tour de rôle, mais je dois prévenir le lecteur que je suis un constitutionnaliste traditionaliste. À mon avis, le principe énoncé dans l'arrêt *Crevier* est que les cours supérieures doivent être en mesure de maintenir les décideurs administratifs dans les limites de leurs pouvoirs en appliquant les principes de common law du contrôle judiciaire¹⁴⁷. En fait, j'ai été l'un des premiers à soulever la question. Cependant, tout ce que j'ai lu depuis n'a fait que renforcer ma conviction que le traditionalisme constitutionnaliste est conforme à l'arrêt *Vavilov* et aux principes fondamentaux de la tradition canadienne en matière de droit public. En revanche, la position des intentionnalistes législatifs est — avec tout le respect que je leur dois — impossible à concilier avec les principes fondamentaux du droit public canadien. En ce qui concerne les défenseurs du pouvoir discrétionnaire, leur insistance sur le pouvoir judiciaire discrétionnaire exigerait des modifications au droit du contrôle judiciaire des mesures administratives qui sont aussi nouvelles qu'elles posent problème et doivent être rejetées. La discrétion peut être utile dans certaines circonstances, mais elle ne peut fournir une réponse complète aux questions soulevées par ces paragraphes de l'arrêt *Vavilov*.

INTENTIONNALISME LÉGISLATIF

Les intentionnalistes législatifs ont une vision étroite de l'arrêt *Crevier* et une vision large de l'organisation institutionnelle. À leur avis, l'aspect judiciaire de l'intention législative exige que des restrictions partielles au contrôle judiciaire (comme les appels limités à des questions de droit ou de compétence) soient appliquées, dans la mesure où le décideur en cause n'est pas complètement à l'abri de la surveillance de la cour.

Les motifs minoritaires du juge d'appel Near dans l'affaire *Canada (Attorney General) v Best Buy Canada Ltd.*¹⁴⁸ sont donnés en exemple. La question était de savoir si le Canada pouvait contester une décision de classement tarifaire sensible aux faits rendue par le Tribunal

¹⁴³ *Edmonton (Ville) c Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, au para 78 [*Edmonton East*], citant *Habtenkiel c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 180, [2015] 3 RCF 327, au para 35.

¹⁴⁴ *Démocratie en surveillance c Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 208, au para 39.

¹⁴⁵ *Vavilov*, *supra* note 3 aux para 65–68.

¹⁴⁶ *Démocratie en surveillance c Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 208, au para 45.

¹⁴⁷ *Immeubles Port Louis Ltée c Lafontaine (Village)*, [1991] 1 RCS 326, à la p 360.

¹⁴⁸ *Canada (Procureur général) v Best Buy Canada Ltd.*, 2021 FCA 161.

canadien du commerce extérieur : il existe un droit d'appel sur les questions de droit seulement devant la Cour d'appel fédérale¹⁴⁹ et les décisions du Tribunal sont autrement protégées par une clause privative¹⁵⁰.

Le juge d'appel Near estimait que ces dispositions avaient pour effet d'empêcher le contrôle judiciaire. Il s'est fortement appuyé sur le fait que la Cour suprême s'est fondée sur la notion d'« organisation institutionnelle » dans l'arrêt *Vavilov*. Si l'intention législative doit être prise au sérieux, a-t-il expliqué, le choix réfléchi du législateur de restreindre la surveillance des appels devrait être respecté : « Si l'on veut respecter les choix d'organisation institutionnelle du législateur, les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit desquelles aucune question de droit ne peut être isolée ne doivent *pas* faire l'objet d'un contrôle par notre Cour »¹⁵¹. Le juge Near n'a vu aucun problème constitutionnel découlant de la limitation des appels interjetés par le Tribunal pour décaler des questions de droit, car l'arrêt *Crevier* ne fait que limiter « le pouvoir du législateur de soustraire entièrement le TCCE à *tout* contrôle par une cour supérieure »¹⁵².

Résumant son point de vue sur l'intention législative et la portée du principe de l'arrêt *Crevier*, le juge d'appel Near a posé la question suivante pour la forme : « À quoi serviraient les dispositions expresses de la *Loi sur les douanes* et d'un grand nombre d'autres lois fédérales qui limitent le contrôle s'il était possible de s'adresser aux Cours fédérales pour toute question... »¹⁵³. Par la suite, le juge d'appel Stratas a laissé entendre que des restrictions *partielles* au contrôle judiciaire (comme celles créées par un droit d'appel circonscrit) qui « poursuivent un objectif

législatif valide et important » pourraient être constitutionnelles¹⁵⁴.

Plus récemment, le juge d'appel Slatter a formulé un raisonnement semblable dans *Georgopoulos v Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*¹⁵⁵. La Commission avait accordé à G une indemnisation inférieure à celle qu'il avait réclamée. G a interjeté appel d'une question de droit ou de compétence et a demandé un contrôle judiciaire de la décision de la Commission. En première instance, la Cour supérieure a rejeté l'appel parce qu'aucune erreur de droit ou violation de l'équité procédurale n'avait été commise et a également rejeté la demande de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable. Pour les juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge d'appel Feehan s'est contenté de rejeter l'appel au motif que G n'avait pu démontrer une erreur dans l'analyse de la Cour supérieure.

Cependant, le juge d'appel Slatter est allé plus loin dans ses motifs concordants. Notant que la législation contient une clause privative forte ainsi que le caractère circonscrit de l'appel sur des questions de droit ou de compétence¹⁵⁶, il a conclu que G n'était nullement fondé de demander un contrôle judiciaire, car cela serait « incompatible » avec l'intention du législateur de donner à la Commission [traduction] « le dernier mot sur les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit, y compris l'évaluation de la preuve médicale d'expert »¹⁵⁷. Le juge d'appel Slatter en est arrivé à cette position après avoir réfléchi au [traduction] « mandat très vaste dont doit s'acquitter le législateur de définir la nature et la disponibilité du contrôle judiciaire »¹⁵⁸ et à la « règle générale » selon laquelle [traduction] « un droit d'appel prévu par la loi visant la décision d'un

¹⁴⁹ *Loi sur les douanes*, LRC [1985], c 1 [2^e suppl.], art 68(1).

¹⁵⁰ *Ibid*, art 67(3).

¹⁵¹ *Supra* note 148 au para 46.

¹⁵² *Ibid* au para 59. Voir aussi *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 RCF 294, au para 102; *Démocratie en surveillance c Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 208, aux para 42–44.

¹⁵³ *Supra* note 148 au para 60.

¹⁵⁴ *Démocratie en surveillance c Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 208, au para 45.

¹⁵⁵ *Georgopoulos v Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2023 ABCA 285.

¹⁵⁶ *Ibid* au para 22.

¹⁵⁷ *Ibid* au para 24.

¹⁵⁸ *Ibid* au para 16.

tribunal administratif a pour objet d'épuiser les recours dont dispose le requérant »¹⁵⁹.

En toute déférence, je ne crois pas que la position d'intentionnalisme législatif soit défendable.

Premièrement, il est vrai que la décision dans *Crevier* était étroite, mais le *principe* qui dictait le résultat était beaucoup plus large. Le juge en chef Laskin a conclu qu'une loi qui protège un décideur administratif du contrôle judiciaire de questions de compétence « doit être déclarée inconstitutionnelle parce qu'elle a comme conséquence de faire de ce tribunal une cour au sens de l'art. 96 »¹⁶⁰. Cependant, il a fondé cette conclusion sur un principe plus large : « Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l'art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision »¹⁶¹. Donc, oui, une loi qui prétend fournir une immunisation complète contre un contrôle judiciaire est inconstitutionnelle, mais seulement parce qu'elle permet à un décideur administratif de déterminer librement les limites de ses pouvoirs. Ces limites peuvent dépendre de conclusions de fait¹⁶² ou de décisions fondées sur des faits¹⁶³. En effet, dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a placé les contraintes juridiques et factuelles sur un pied d'égalité : pour être raisonnable, une décision doit être justifiée à la fois par la loi et par les faits. La décision rendue en 2023 dans l'affaire

CSFTNO, qui mettait l'accent sur l'incapacité de s'attaquer adéquatement aux éléments de preuve pertinents, nous le rappelle cruellement.

Deuxièmement, par le passé, le contrôle judiciaire a toujours été possible — bien avant l'arrêt *Crevier* — pour veiller à ce que les décideurs administratifs agissent dans les limites de leurs pouvoirs¹⁶⁴. Les dispositions qui pourraient restreindre l'accès aux cours ont été interprétées de façon étroite pendant des siècles¹⁶⁵.

Lorsque l'histoire est bien comprise, l'approche d'intentionnalisme législatif est difficile à appuyer. En ce qui concerne le vaste mandat du législateur, la pierre angulaire de l'analyse constitutionnelle du juge d'appel Slatter dans l'affaire *Georgopoulos* était sa proposition selon laquelle, historiquement, il n'y avait pas de contrôle judiciaire des erreurs factuelles : [traduction] « En common law, le *certiorari* se limitait à l'examen des erreurs de compétence et des erreurs de droit au vu du dossier; les erreurs de fait n'étaient pas en cause »¹⁶⁶.

Sauf votre respect, je ne crois pas que ce soit exact. Le *certiorari* est accessible depuis longtemps pour corriger des erreurs sur des questions de fait attributif de compétence¹⁶⁷. L'accessibilité du *certiorari* pour des questions de compétence faisait partie intégrante du maintien des décideurs administratifs dans les

¹⁵⁹ *Ibid* au para 13.

¹⁶⁰ *Crevier c P.G. (Québec) et autres*, 1981 CSC, [1981] 2 RCS 220, à la p 234.

¹⁶¹ *Ibid* à la p 238 [emphase ajoutée].

¹⁶² Voir par ex *Blanchard c Control Data Canada Ltée*, 1984 CSC, [1984] 2 RCS 476. Voir Paul Daly, « Facticity: Judicial Review of Factual Error in Comparative Perspective » dans Peter Cane et al eds., *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (OUP, 2021), 901 aux pp 905–907.

¹⁶³ Voir par ex *Office régional de la santé du Nord c Horrocks*, 2021 CSC 42, aux para 7–9.

¹⁶⁴ Voir par ex *Boston v Lelievre*, 1864 CarswellQue 4, au para 15.

¹⁶⁵ Voir par ex *R. v York Justices* 1835, 1 NBR 108; *Ex Parte McNeil*, 1857, 8 NBR. 493.

¹⁶⁶ *Supra* note 155 au para 17.

¹⁶⁷ *Bunbury v Fuller*, 1853, 9 Ex. 109; *R. v Licence Commissioners of Point Grey*, 1913, 14 DLR 721; *R. v Nat Bell Liquors Limited*, 1922, 65 DLR 1; voir aussi *Green v Alberta Teachers' Association*, 2016 ABCA 237.

limites de leur pouvoir légitime, une fonction essentielle de la cour supérieure¹⁶⁸.

En ce qui concerne la règle générale de l'épuisement des recours, cette règle n'a jamais été appliquée à des recours adéquats et efficaces¹⁶⁹. Un appel qui se limite à des questions de droit ne peut, de toute évidence, constituer une réparation adéquate et efficace des erreurs de fait alléguées¹⁷⁰. En effet, il existe une jurisprudence abondante, bien qu'elle soit depuis longtemps oubliée, selon laquelle l'existence d'un droit d'appel n'empêche pas le contrôle judiciaire : le *certiorari* était accessible pour corriger une erreur de compétence, même s'il y avait un droit d'appel¹⁷¹. En outre, même l'exercice du droit d'appel n'a pas empêché un requérant de demander un *certiorari* à l'égard d'un vice de compétence¹⁷².

Bien entendu, les questions de « compétence » ont été retirées de la common law du contrôle judiciaire depuis l'arrêt *Vavilov*. Quoi qu'il en soit, la notion qui sous-tend le contrôle judiciaire depuis des siècles — à savoir que les cours supérieures doivent veiller à ce que les décideurs administratifs agissent dans les limites établies par la loi et la common law — demeure une partie intégrante de la tradition canadienne du droit public. L'arrêt *Vavilov* indique clairement que les cours ont le « devoir constitutionnel » de veiller à ce que les décideurs administratifs respectent les limites de leurs pouvoirs¹⁷³.

Troisièmement, la position avancée par les juges d'appel Near et Slatter s'appuie fortement

sur une analyse contextuelle de l'intention législative. Mais comme la Cour suprême l'a réaffirmé dans l'arrêt *Mason* (une correction de cap après une déviation observée dans *Entertainment Software Association*), l'analyse contextuelle est maintenant formellement interdite dans le choix de la norme de contrôle. L'« organisation institutionnelle » invoquée dans l'arrêt *Vavilov* est un concept fragile qui met l'accent sur l'application des normes de contrôle d'appel lorsque la table à un « appel » a déjà été mise; le concept ne va pas plus loin. Il est donc difficile de comprendre pourquoi on devrait s'en servir pour empêcher l'accès au contrôle judiciaire.

DISCRÉTION

Ceux qui sont dans le camp du pouvoir discrétionnaire ne prennent pas parti, contrairement aux intentionnalistes législatifs et aux constitutionnalistes traditionalistes. Ils utiliseraient plutôt le pouvoir discrétionnaire des cours supérieures pour refuser d'accorder une réparation pour une erreur de fait dans la plupart des cas. Dans cette optique, on peut respecter l'intention de la loi en limitant l'accès aux recours en contrôle judiciaire, sans pour autant le rendre indisponible à proprement parler. Il ne fait aucun doute que le pouvoir discrétionnaire de réparation est depuis longtemps une caractéristique du droit du contrôle judiciaire des mesures administratives, mais les défenseurs du pouvoir discrétionnaire préconisent un nouveau départ, afin d'établir une position entre les intentionnalistes législatifs et les constitutionnalistes traditionalistes.

¹⁶⁸ Le problème avec la position avancée par Mark Mancini dans un récent document intitulé « Foxes, Henhouses and the Constitutional Guarantee of Judicial Review » (2024) *Revue du Barreau canadien* (à venir), c'est qu'il confond « autorité légitime » et « questions de droit ». En toute déférence, il n'y a pas de fondement à cet amalgame, notamment parce qu'à divers moments de l'histoire, il a été reconnu que certaines « erreurs de droit » échapperaient au contrôle judiciaire si elles étaient commises « dans le champ de compétence ». Il serait donc tout à fait étrange, sur le plan historique, qu'il y ait une garantie constitutionnelle de contrôle judiciaire sur des questions de droit. Il n'est pas surprenant qu'il n'existe pas de pouvoir de ce genre. M. Mancini cite l'arrêt *Procureur général (Québec) et autre c Farrab*, 1978, 195 CSC, [1978] 2 RCS 638, mais, en tout respect, le principe de cette affaire est qu'un législateur ne peut utiliser une disposition privative et d'autres moyens pour transférer une partie de la compétence de surveillance des cours à un organisme créé par une loi (ce qui était l'effet du régime législatif). Cela ne tient pas compte de la proposition selon laquelle l'essence constitutionnelle minimale du contrôle judiciaire ne concerne que des « questions de droit ». En fait, cela correspond à la proposition selon laquelle les « questions de droit » font au moins partie de l'essence constitutionnelle minimale.

¹⁶⁹ *Fooks v Alberta Association of Architects*, 1982, 139 DLR (3d) 445.

¹⁷⁰ *Legal Profession Act (Re)*, 1967, 64 DLR (2d) 140, à la p 146 (Alta SC App Div).

¹⁷¹ *Harris v The Law Society of Alberta*, [1936] SCR 88, aux pp 92, 102–103; voir aussi *Dierks v Altermatt*, [1918] 1 WWR 719, à la p 724 (Alta SC App Div).

¹⁷² *Hespeler v Shaw* (1858), 16 U.C.Q.B. 104, au para 6.

¹⁷³ *Vavilov*, *supra* note 3 au para 68.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Yatar* est la principale cause dans laquelle les juges ont exercé leur pouvoir discrétionnaire. Cette décision est actuellement en délibéré à la Cour suprême du Canada. (J'ai comparu pour l'intervenant Association canadienne des télécommunications.)

Dans l'affaire *Yatar v TD Insurance Meloche Monnex*¹⁷⁴, la Cour divisionnaire a refusé d'entendre un appel et une demande de contrôle judiciaire simultanés d'une décision du Tribunal d'appel en matière de permis rejetant une demande d'indemnités d'accident légales. Pour la juge Kristjanson, l'appel n'a pas pu être accueilli, car il soulevait des questions mixtes de fait et de droit dépassant la portée de l'appel sur des questions de droit seulement. Et la demande de contrôle judiciaire ne devrait pas être prise en considération : le contrôle judiciaire est discrétionnaire et, lorsqu'il y a un droit d'appel, il ne devrait être pris en considération que dans des circonstances exceptionnelles. Elle a donné quatre motifs justifiant le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire.

Premièrement, le législateur avait clairement l'intention de limiter la surveillance des questions de fait dans le domaine des indemnités d'accident légales, en mettant en œuvre une série de réformes [traduction] « conçues pour fournir une réponse simplifiée, en priorisant l'accès à la justice d'une manière plus rapide et plus efficace »¹⁷⁵. Deuxièmement, il existe un pouvoir de réexamen interne, qui peut être exercé « de la même façon » que la norme de la décision correcte¹⁷⁶. Troisièmement, la nature des erreurs alléguées — sur des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait concernant l'évaluation de la preuve — était telle que tout contrôle judiciaire serait effectué selon une [traduction] « norme élevée de déférence »¹⁷⁷. Quatrièmement, les appels et les contrôles judiciaires simultanés créent des

« difficultés systémiques »¹⁷⁸. Par conséquent, le contrôle judiciaire ne serait possible que dans des [traduction] « circonstances exceptionnelles » qui n'étaient pas présentes en l'espèce¹⁷⁹.

La Cour d'appel de l'Ontario a affirmé, pour des motifs légèrement différents : *Yatar v TD Insurance Meloche Monnex*¹⁸⁰. Le juge d'appel Nordheimer a conclu que le contrôle judiciaire d'une révision de décision ne serait possible que dans des « rares cas », car les cours pourraient exercer leur pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas entendre la demande de contrôle judiciaire¹⁸¹. Il en était ainsi parce que le législateur avait l'intention de régler rapidement et efficacement les différends relatifs aux indemnités¹⁸².

À mon avis et en tout respect (et étant donné que mon client dans l'appel *Yatar* a tenté de mettre en doute l'analyse du juge d'appel Nordheimer), cette décision ne devrait pas être suivie. Prenons d'abord l'intention du législateur. Il convient de souligner que le pouvoir de révision en l'espèce ne figurait pas dans la loi existante pertinente. Il prend plutôt source dans les propres règles du Tribunal. La *Loi sur l'exercice des compétences légales* renferme une disposition générale qui autorise les tribunaux à prendre des règles relatives à la révision interne des décisions¹⁸³. Mais cette disposition générale peut difficilement indiquer une intention législative précise à l'égard du régime de règlement des différends relatifs aux indemnités. Dans ce cas-ci du moins, l'argument de l'intention législative repose sur des bases chancelantes.

Outre cela, pour peu qu'un contrôle judiciaire ait été effectué, les cours peuvent procéder à un contrôle judiciaire de toute décision administrative définitive, qu'il y ait eu ou non un processus interne élaboré menant à

¹⁷⁴ *Yatar v TD Insurance Meloche Monnex*, 2021 ONSC 2507.

¹⁷⁵ *Ibid* au para 41.

¹⁷⁶ *Ibid* au para 43.

¹⁷⁷ *Ibid* au para 44.

¹⁷⁸ *Ibid* au para 45.

¹⁷⁹ *Ibid* au para 46.

¹⁸⁰ *Yatar v TD Insurance Meloche Monnex*, 2022 ONCA 446.

¹⁸¹ *Ibid* au para 47.

¹⁸² *Ibid* au para 38.

¹⁸³ *Loi sur l'exercice des compétences légales*, LRO 1990, c S.22, art 21.2(1).

cette décision. Le fait de donner aux cours le pouvoir discrétionnaire de ne pas entendre les demandes de contrôle judiciaire en raison de leur perception de la qualité et de la quantité des révisions internes reviendrait à leur donner le pouvoir discrétionnaire d'outrepasser le principe constitutionnel. La qualité et la quantité des révisions internes peuvent avoir une incidence sur le degré de déférence dû au décideur, mais cela ne devrait pas avoir d'incidence sur la question de savoir si la personne qui conteste une décision a droit à sa comparution devant la cour. Il existe des motifs fondés sur des principes pour refuser un recours — prématurité, caractère théorique, absence de qualité pour agir, défaut d'épuiser les autres recours — mais celui mentionné dans *Yatar* n'en fait pas partie. Malgré l'approche créative de la juge Kristjanson et du juge d'appel Nordheimer (et encore une fois avec la mise en garde que mon client dans l'appel *Yatar* a un intérêt), je ne suis pas convaincu.

Le pouvoir discrétionnaire est présenté d'une façon légèrement différente dans *Canada (Attorney General) v Pier 1 Imports (U.S.), Inc.*¹⁸⁴. Dans cette affaire, le juge d'appel Boivin a suggéré, après avoir examiné la controverse actuelle, que : [traduction] « dans la pratique et dans la grande majorité des cas, l'appel prévu par la loi sera suffisant pour régler la question à l'étude, et le contrôle judiciaire, bien qu'il soit disponible, deviendra superflu »¹⁸⁵. Pour le juge d'appel Boivin, un appel *peut* constituer un recours adéquat et efficace (et, en fait, il peut *souvent* l'être), mais on ne peut pas se prononcer de façon catégorique à ce sujet. À mon avis, le pouvoir discrétionnaire relatif aux recours ne peut être poussé plus loin que cela dans le règlement du litige jurisprudentiel sur l'effet des droits d'appel limités. En particulier, si un appel se limite à des questions de droit, mais que le demandeur d'un contrôle judiciaire cherche à s'attaquer une conclusion de fait, il est difficile de voir comment l'appel peut constituer un recours adéquat et efficace.

CONSTITUTIONNALISME TRADITIONALISTE

Les constitutionnalistes traditionalistes ont une vision large de l'arrêt *Crevier* et une vision étroite de l'intention législative. Pour les membres de ce camp, le contrôle judiciaire du caractère raisonnable du fond et de l'équité procédurale doit toujours être possible, tant pour les questions de droit que pour les questions de fait. La seule situation excluant le contrôle judiciaire se présenterait lorsque le législateur a prévu un mécanisme de contrôle de type appel ou équivalent dans les attributions d'un organisme indépendant. Les constitutionnalistes traditionalistes pourraient également être portés à croire qu'un droit d'appel prévu par la loi, parce qu'il est rédigé dans le contexte bien accepté que le contrôle judiciaire est toujours possible, doit être interprété de façon à donner à l'appelant éventuel quelque chose de plus que ce qui peut être obtenu au moyen d'un contrôle judiciaire.

Comme le montrera clairement ma critique de l'intentionnalisme législatif, je crois que l'histoire appuie fermement la position du constitutionnaliste traditionaliste. Le contrôle judiciaire a changé de bien des façons au fil des siècles, les brefs de prérogative ayant été déplacés récemment par un droit fondé sur principes généraux encadrant la mesure administrative. Cependant, des notions fondamentales subsistent. Le contrôle judiciaire est distinct d'un appel sur le fond. Les dispositions qui entravent la capacité de demander un contrôle judiciaire sont interprétées de façon étroite. Et la fonction des cours supérieures, telle que constitutionnalisée par l'arrêt *Crevier*, est de garder les décideurs administratifs dans les limites de la légalité. De nos jours, comme la Cour suprême l'a indiqué dans l'arrêt *Vavilov*, les tribunaux doivent appliquer la norme de la décision raisonnable pour « veiller à ce que les organismes administratifs agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés »¹⁸⁶. De même, lorsqu'ils surveillent le respect de l'équité procédurale, les cours peuvent prévoir des protections supplémentaires dans

¹⁸⁴ *Canada (Attorney General) v Pier 1 Imports (U.S.), Inc.*, 2023 FCA 209.

¹⁸⁵ *Ibid* au para 52.

¹⁸⁶ *Vavilov*, *supra* note 3 au para 67.

les régimes législatifs afin d’assurer la prise de décisions dans les limites de la légalité¹⁸⁷.

Le principal membre des constitutionnalistes traditionalistes est la juge d’appel Gleason, qui a rédigé les motifs majoritaires de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Best Buy*. Pour elle, au moins certaines erreurs de fait doivent pouvoir être examinées, peu importe les choix du législateur en matière d’organisation institutionnelle. Se fondant sur un examen magistral de l’élaboration de l’« analyse de la norme de contrôle » en droit canadien, qui a culminé dans l’arrêt *Vavilov*, elle a cerné trois propositions fondamentales. Premièrement, la Cour suprême a statué dans l’arrêt *Vavilov* qu’« en principe, l’existence d’un mécanisme d’appel limité n’interdit pas le recours au contrôle judiciaire »¹⁸⁸. Deuxièmement, rien dans l’arrêt *Vavilov* n’indique que des clauses privatives comme au paragraphe 67(3) de la *Loi sur les douanes* interdisent l’accès au contrôle judiciaire ou à la surveillance judiciaire de tout type d’erreur :

Une interdiction complète de recourir au contrôle judiciaire pour tout type de question irait à l’encontre de la primauté du droit, comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Dunsmuir*, une décision qui a été expressément entérinée dans l’arrêt *Vavilov*, au para 24. De plus, dans les arrêts *Dunsmuir* et *Vavilov*, la Cour n’a pas infirmé la jurisprudence datant de plusieurs décennies selon laquelle ce qui était auparavant considéré comme des erreurs de fait manifestement déraisonnables, auparavant appelé erreurs juridictionnelles, demeure susceptible de contrôle, bien qu’il s’agisse maintenant de la norme de la décision raisonnable¹⁸⁹.

Troisièmement, l’arrêt *Vavilov* affirme expressément que « les questions de fait

peuvent donner lieu à une conclusion de décision déraisonnable »¹⁹⁰. Par conséquent, une disposition privative ne peut être interprétée comme « interdisant le contrôle judiciaire à l’égard de toutes les questions de fait »¹⁹¹. Les considérations relatives à l’organisation institutionnelle « font plutôt partie du cadre législatif pertinent — un facteur contextuel important pour déterminer les paramètres d’une décision raisonnable selon l’arrêt *Vavilov* et la jurisprudence de notre Cour »¹⁹².

La juge d’appel Gleason a également cité avec approbation le commentaire universitaire suivant :

[Traduction]

Premièrement, dans le même paragraphe [de l’arrêt *Vavilov*] qui a éliminé l’erreur de compétence comme catégorie de contrôle de la décision correcte, on trouve l’affirmation suivante : « En l’appliquant adéquatement [la norme], les cours de justice sont en mesure d’accomplir leur *devoir constitutionnel* de veiller à ce que les organismes administratifs agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés. » Le langage du devoir constitutionnel est celui des arrêts *Crevier* et *Dunsmuir*. Cela laisse entendre que le contrôle de la raisonnabilité *ne peut* en fait être écarté, car son élimination pourrait empêcher les cours de s’acquitter de leur devoir constitutionnel.

Deuxièmement, bien que ce point ne soit pas exprimé en termes constitutionnels, la majorité a indiqué très clairement qu’elle enjoignait désormais aux décideurs administratifs d’« adhérer à une culture de la justification et démontrer que l’exercice du pouvoir

¹⁸⁷ *Innisfil Township c Vespra Township*, 1981, 59 CSC, [1981] 2 RCS 145, à la p 169, citant *Cooper v Wandswoth Board of Works*, 1863, 14 C.B. (N.S.) 180.

¹⁸⁸ *Supra* note 148 au para 111.

¹⁸⁹ *Ibid* au para 112. Voir aussi aux para 82–87, la discussion traitant de « la possibilité que les conclusions de fait gravement erronées constituent des erreurs manifestement déraisonnables », et au para 116.

¹⁹⁰ *Ibid* au para 113.

¹⁹¹ *Ibid* au para 116.

¹⁹² *Ibid* au para 117. Voir aussi *Koebisch v Rocky View (County)*, 2021 ABCA 265, au para 24.

public qui leur est délégué peut être « justifié aux yeux des citoyens et citoyennes sur les plans de la rationalité et de l'équité ». Si le contrôle de la raisonnable a été éliminé, les décideurs administratifs ne sont jamais tenus de démontrer que leur exercice du pouvoir public peut être justifié par la rationalité et l'équité. Cela fracturerait le socle d'un pilier central de l'architecture de l'arrêt *Vavilov*.

Le résultat, à mon avis, est que l'arrêt *Vavilov* établit l'essence constitutionnelle minimale du contrôle de la raisonnable¹⁹³.

Cette position a également été adoptée au Manitoba¹⁹⁴.

Il reste à savoir quand exactement le contrôle judiciaire peut être interdit. Rappelons qu'au paragraphe 52 de l'arrêt *Vavilov*, la proposition est qu'un droit d'appel circonscrit ne peut « à lui seul » empêcher une cour supérieure d'exercer sa fonction de révision. Qu'est-ce que cela signifie?

La réponse que je donne (et qui est présentée à la Cour suprême dans l'arrêt *Yatar*) est que cela est permis lorsque le caractère raisonnable (et, d'ailleurs, l'équité procédurale) de tous les aspects d'une décision peut être évalué par un organisme indépendant dans le cadre d'un contrôle de type appel : [traduction] « Lors que

la compétence en matière de contrôle judiciaire des tribunaux a été écartée avec succès par une loi, on constate qu'il y a plus qu'une simple disposition dont le libellé est privatif, c'est-à-dire que le législateur a fourni un moyen particulier de surveillance de la légalité, de la rationalité et de l'équité procédurale des mesures administratives »¹⁹⁵. L'un des premiers arrêts de la Cour suprême du Canada en est un bon exemple. Dans l'affaire *Kelly v Sullivan*¹⁹⁶, une propriétaire demandait le contrôle judiciaire (par l'entremise d'une demande de *certiorari*) d'une décision de la cour du commissaire, un tribunal administratif établi en vertu de la *Prince Edward Island Land Purchase Act, 1875*, qui avait pour effet d'acquérir toutes les terres de son canton à l'Île-du-Prince-Édouard. La Cour a conclu qu'une demande de *certiorari* n'était pas disponible, mais seulement parce que la loi interdisant l'accès au *certiorari* prévoyait également qu'une demande puisse être présentée à la Cour supérieure, dans les 30 jours, pour corriger toute erreur, absence de formalisme ou omission dans l'adjudication¹⁹⁷. Ce recours couvrirait le même motif que le *certiorari* et pouvait donc écarter la compétence de la Cour supérieure. Mais seulement parce qu'il couvrirait le même motif que le *certiorari*¹⁹⁸.

Il peut aussi l'être lorsqu'il existe un droit d'appel circonscrit devant les tribunaux (peut-être sur des questions de droit) et une disposition prévoyant un contrôle de type appel des aspects restants de la décision. La signification du contrôle de type appel, et en particulier la question de savoir si un appel

¹⁹³ Paul Daly, « Unresolved Issues after Vavilov IV: The Constitutional Foundations of Judicial Review » (17 novembre 2020), en ligne : *Administrative Law Matters* <www.administrativelawmatters.com/blog/2020/11/17/unresolved-issues-after-vavilov-iv-the-constitutional-foundations-of-judicial-review>.

¹⁹⁴ *Smith v The Appeal Commission*, 2023 MBCA 23, aux para 43–44.

¹⁹⁵ Paul Daly, « Understanding Administrative Law in the Common Law World » (Oxford University Press, Oxford, 2021), à la p 188 [emphasis dans l'original].

¹⁹⁶ *Kelly v Sullivan*, 1877 1 SCR 3 [*Kelly*].

¹⁹⁷ Même dans ce cas, on a laissé entendre que le *certiorari* demeurerait disponible pour corriger les erreurs de compétence : [traduction] « Je suis d'avis que le mode indiqué par la loi est celui qui aurait dû être poursuivi par le propriétaire en l'espèce en cas d'erreur, d'absence de formalisme ou d'omission dans l'adjudication et que la Cour n'avait pas d'autre pouvoir d'enquêter sur les procédures des commissaires, si ce n'est que pour voir si la question dont ils étaient saisis était recevable et, peut-être, pour voir s'ils avaient été coupables de fraude dans leurs procédures », *ibid* à la p 37 [emphasis ajoutée]. Le soulignement est le mien et saisit l'ancienne idée voulant qu'un décideur doit avoir « compétence pour participer à l'enquête ».

¹⁹⁸ Voir parallèlement, *Loi sur les cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, art 18.5. Mark Mancini cite l'arrêt *Kelly* dans « Foxes, Henhouses and the Constitutional Guarantee of Judicial Review » (2024) *Revue du Barreau canadien* (à paraître) comme un exemple de la recevabilité d'une loi interdisant le contrôle judiciaire. Toutefois, la portée de l'arrêt *Kelly* est manifestement très limitée, car les commentaires sur l'exclusion du contrôle judiciaire ont été formulés dans un contexte où — en fait — le contrôle judiciaire n'a pas été exclu du tout de l'interprétation du régime législatif par la Cour suprême. L'arrêt *Kelly* ne défend pas la simple proposition selon laquelle le contrôle judiciaire peut être interdit par la loi.

devant le cabinet fédéral ou provincial répond à la norme, a déjà été débattue devant les tribunaux¹⁹⁹ et pourrait devenir de nouveau pertinente dans un proche avenir.

Il reste à voir si la Cour suprême nous dira, dans *Yatar*, lequel de ces camps a raison. La loi en cause prévoit expressément que le droit de demander un contrôle judiciaire n'est pas exclu²⁰⁰. La signification juridique de ce fait n'est toutefois pas claire. Que la loi le dise ou non, le contrôle judiciaire serait possible en vertu de la *common law*²⁰¹. Ensuite, la question est de savoir si un droit d'appel circonscrit peut constituer une limitation de la portée du contrôle judiciaire, soit par pouvoir discrétionnaire (comme les tribunaux ciaprès l'ont soutenu dans *Yatar*) soit d'une autre façon. Personnellement, j'ai du mal à voir une distinction de principe entre l'exclusion du contrôle judiciaire découlant du pouvoir discrétionnaire et l'exclusion du contrôle judiciaire découlant d'une loi; dans les deux cas, il est nécessaire de clarifier la mesure dans laquelle le contrôle judiciaire est inscrit dans la Constitution (surtout sur les questions de fait) afin d'expliquer pourquoi il ne peut être exclu. À moins que la Cour suprême adopte la position de la défense du pouvoir discrétionnaire, sa décision dans *Yatar* sera révélatrice.

IV. CONCLUSION

J'ai abordé un certain nombre de questions dans ce document de type « Rétrospective annuelle ». Il y a quelque chose de soulageant à pouvoir commenter un paysage relativement aménagé. Les premières années qui ont suivi l'arrêt *Vavilov* se sont avérées beaucoup plus stables et satisfaisantes que celles qui ont précédé cet arrêt déterminant de 2019. Au cours des prochains mois, la Cour suprême sera saisie d'une multitude de questions qui mettront à l'épreuve le cadre de l'arrêt *Vavilov*, mais tant que la simplicité et la clarté demeureront les pierres de touche, il y a lieu d'être optimiste quant à l'avenir à moyen terme du droit administratif canadien. Que la stabilité se maintienne encore longtemps! ■

¹⁹⁹ Voir par ex *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c Scott*, 2018 CAF 148.

²⁰⁰ *Loi sur les assurances*, LRO 1990, c I.8, art 280(3).

²⁰¹ *Edmonton East*, *supra* note 143 au para 78.

DÉFIS CONCERNANT LA DIVULGATION FINANCIÈRE ET LES DONNÉES LIÉES AU CLIMAT : QU'EST-CE QUE CELA SIGNIFIE POUR LES ENTREPRISES ÉNERGÉTIQUES DU CANADA?

*Anik Islam, Colleen Kaiser et Geoff McCarney**

1. INTRODUCTION

Alors que le Canada s'oriente vers la réalisation de la carboneutralité d'ici 2050 dans un effort concerté pour atténuer les pires conséquences des changements climatiques, une profonde transformation est en cours dans le secteur de l'énergie. Cette transition englobe un large éventail d'intervenants, allant des conglomérats pétroliers et gaziers verticalement intégrés aux producteurs d'électricité indépendants et aux services publics. Ces intervenants sont confrontés à une tâche impérieuse : faire face de manière proactive à leur éventail croissant de risques liés au climat et modifier leurs pratiques commerciales pour s'aligner sur les opportunités économiques associées aux changements climatiques et à la transition vers la carboneutralité.

Une gestion saine des risques et des opportunités liés aux changements climatiques exige une

compréhension commune et une transparence concernant les informations liées au climat, ce qui doit être facilité par la divulgation de renseignements financiers de haute qualité, fiables et comparables sur le climat. Avec les nombreux pays qui vont de l'avant, le Canada est sur le point d'adopter la divulgation obligatoire d'informations financières liées au climat pour les entreprises. Les entreprises canadiennes du secteur de l'énergie, qui se caractérisent par leur taille importante, un environnement réglementaire rigoureux et un engagement fort de l'industrie et du secteur de la réglementation, devront se préparer à mesure que le Canada s'achemine vers la mise en œuvre de ces mandats essentiels.

Pour commencer, les entreprises du secteur de l'énergie doivent comprendre leurs propres lacunes et défis en matière de données. De meilleures données aideraient non seulement ces entreprises à réaliser leurs propres divulgations

* Anik Islam est associée principale de recherche à l'Institut pour l'IntelliProsperité. Colleen Kaiser, Ph. D., est directrice de programme pour la gouvernance et la politique d'innovation à l'Institut pour l'IntelliProsperité. Geoff McCarney est professeur adjoint d'environnement et de développement à l'École du développement international et des études mondiales, et directeur de la recherche à l'Institut de l'environnement et du développement durable et directeur de la recherche à l'Institute of the Environment et à l'Institut pour l'IntelliProsperité.

sur le climat, mais aussi à divulguer des renseignements selon des normes établies, ce qui contribuerait à améliorer l'accès aux données et la comparabilité des risques liés au climat à travers le Canada.

Que sont les informations financières liées au climat?

Les informations financières liées au climat sont des informations qui aident les entreprises et les intervenants à analyser, quantifier et intégrer les risques et les opportunités liés au climat dans leurs processus décisionnels et opérationnels¹. Il s'agit notamment d'informations sur les processus de gestion des risques et des opportunités liés au climat, les émissions de GES actuelles et futures, les objectifs de carboneutralité/réduction des émissions de GES, les investissements futurs prévus dans des technologies plus propres et plus efficaces sur le plan énergétique, la capacité d'adaptation à différents scénarios liés aux changements climatiques, etc. Ces informations permettent aux institutions financières, telles que les banques, les compagnies d'assurance, les investisseurs institutionnels à long terme et autres, d'analyser et de prendre en compte les risques et les opportunités liés au climat et de prendre de meilleures décisions en matière de prêt, de souscription d'assurance et d'investissement.

La plupart des entreprises divulguent des informations liées au climat sur la base de cadres et d'orientations volontaires tels que les recommandations du Taskforce on Climate-related Financial Disclosures (Groupe de travail sur l'information financière relative aux changements climatiques) (TCFD). Les quatre éléments fondamentaux des recommandations du TCFD sont les suivants² :

1. **la gouvernance** – décrire les rôles du conseil d'administration et de la direction dans la gestion des opportunités et des risques connexes;

2. **la stratégie** – examiner l'impact réel et potentiel sur les activités, la stratégie et la planification financière de l'organisation;
3. **la gestion des risques** – divulguer les processus utilisés pour cerner, évaluer et gérer les risques associés;
4. **les mesures et les objectifs** – déterminer les mesures utilisées pour évaluer et gérer les risques et les opportunités liés au climat.

1.1 PROGRÈS INTERNATIONAUX EN MATIÈRE D'INFORMATIONS FINANCIÈRES LIÉES AU CLIMAT

L'adoption de cadres volontaires a gagné du terrain au fil des ans. Selon le Progress Report 2023 du TCFD, le pourcentage d'entreprises divulguant des renseignements alignés sur les recommandations du TCFD à l'échelle mondiale est passé de 18 % pour l'exercice 2020 à 58 % pour l'exercice 2022³. Au Canada, parmi les entreprises qui font partie de l'indice composé S&P/TSX, 64 % ont adopté les recommandations du TCFD pour leurs divulgations sur le climat, ce qui représente une augmentation de 113 % depuis la mise en œuvre du TCFD en 2019⁴. Cependant, les divulgations volontaires conduisent à des déclarations multiples et parfois différentes de la part d'une même entreprise, ce qui complique les évaluations individuelles et les comparaisons sectorielles. L'absence de rapports normalisés a également suscité des inquiétudes quant à la fiabilité, l'utilité et la comparabilité de ces renseignements.

Afin de normaliser la communication des informations liées à la durabilité et au climat, lors de la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques (COP26) en novembre 2021, l'International Financial Reporting Standards Foundation (IFRS) a annoncé la création de l'International Sustainability Standards Board (ISSB). L'ISSB

¹ « 2022 Status Report » (octobre 2022), en ligne (pdf) : *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* <assets.bbhub.io/company/sites/60/2022/10/2022-TCFD-Status-Report.pdf>.

² Sean Cleary, « Why companies are getting on board with climate related disclosures » (2021), en ligne : *Institute for Sustainable Finance* <smith.queensu.ca/centres/isf/resources/primer-series/financial-disclosures.php>.

³ « 2023 Status Report » (octobre 2023), en ligne (pdf) : *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* <fsb.org/wp-content/uploads/P121023-2.pdf>.

⁴ Millani, « Millani's 7th Annual ESG Disclosure Study: A Canadian Perspective » (octobre 2023), en ligne (pdf) : <66e92bb4-13f5-462a-98c4-69b0f2ad5f7d.usrfiles.com/ugd/66e92b_184f379cd39d4cbfa22c1e237478ae75.pdf>.

a pour mission de publier des normes qui fournissent un référentiel mondial complet d'informations financières liées à la durabilité en s'appuyant sur les recommandations du TCFD et d'autres cadres⁵. En juin 2023, l'ISSB a mis au point ses premières normes⁶. La IFRS S1 fournit un ensemble d'exigences de divulgation conçues pour permettre aux entreprises de communiquer leurs risques liés à la durabilité et les opportunités qui se présentent à elles à court, moyen et long terme. La IFRS S2 se concentre sur le thème du climat et établit comment les entreprises doivent divulguer les informations liées au climat.

Bien que les normes de durabilité soient mondiales, il appartient aux pays de mettre en œuvre la divulgation obligatoire des informations financières liées au climat conformément à ces normes. Des pays comme le Royaume-Uni, la Chine, la Nouvelle-Zélande, la Suisse et d'autres vont de l'avant dans la mise en œuvre d'exigences de divulgation obligatoire conformément aux recommandations du TCFD et maintenant aux normes de l'ISSB⁷. La divulgation obligatoire de l'information favorisera la normalisation des marchés, réduira la fragmentation et simplifiera le paysage des renseignements pour tous les intervenants⁸.

Certaines administrations progressent plus rapidement que d'autres. L'Union européenne a adopté les normes européennes d'information

en matière de durabilité, sous réserve de la directive sur la publication d'information en matière de durabilité par les entreprises, qui obligera toutes les grandes entreprises et toutes les sociétés cotées en bourse (à l'exception des micro-entreprises cotées) à publier des informations sur les risques et les opportunités liés aux questions sociales et environnementales, ainsi que sur l'impact de leurs activités sur les personnes et sur l'environnement⁹. La Securities and Exchange Commission des États-Unis a proposé des règles obligeant les entreprises cotées en bourse à divulguer des informations liées au climat, allant des émissions de GES aux plans de transition en passant par les risques climatiques attendus¹⁰. Cependant, la mise en œuvre des règles de divulgation a été reportée à plus tard en 2024 (en avril selon les estimations)¹¹. Devançant les règles fédérales, l'État de la Californie a proposé une loi qui exigera de certaines entreprises américaines publiques et privées exerçant des activités dans l'État qu'elles fournissent des informations quantitatives et qualitatives sur les émissions de GES et les risques liés au climat¹².

Informations financières liées au climat au Canada

Le gouvernement du Canada, aux côtés d'autres homologues du G7 et du G20, s'est engagé à s'orienter vers des divulgations obligatoires alignées sur les recommandations du TCFD

⁵ « Climate-related Disclosure » (juin 2023), en ligne : *International Financial Reporting Standards* <ifrs.org/projects/completed-projects/2023/climate-related-disclosures>.

⁶ « ISSB issues inaugural global sustainability disclosure standards » (26 juin 2023), en ligne : *International Financial Reporting Standards* <ifrs.org/news-and-events/news/2023/06/issb-issues-ifrs-s1-ifrs-s2>.

⁷ Jonathan Arnold, « Au-delà de la norme : les règles de divulgation mondiales ne suffiront pas à garantir la réussite économique à long terme du Canada » (28 octobre 2021), en ligne : *L'Institut climatique du Canada* <institutclimatique.ca/au-dela-de-la-norme>.

⁸ Jennifer Fairfax et al., « International Sustainability Standards Board releases draft sustainability and climate change disclosure proposals for public comment » (24 mai 2022), en ligne : *Osler* <osler.com/en/resources/governance/2022/international-sustainability-standards-board-releases-draft-sustainability-and-climate-change-disclo>.

⁹ Union européenne, « The Commission adopts the European Sustainability Reporting Standards » (31 juillet 2023), en ligne : *Commission européenne* <finance.ec.europa.eu/news/commission-adopts-european-sustainability-reporting-g-standards-2023-07-31_en>.

¹⁰ U.S. Securities and Exchange Commission, « Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures » (2022), en ligne (pdf) : *U.S. Securities and Exchange Commission* <sec.gov/files/33-11042-fact-sheet.pdf>.

¹¹ Maia Gez White, Scott Levi et Danielle Herrick, « Fall 2023 Reg Flex Agenda: Climate Rules Pushed to April 2024 » (8 décembre 2023), en ligne : *Lexology* <www.lexology.com/library/detail.aspx?g=9864456e-d723-4243-b1e4-13e7a14754b2>.

¹² Deloitte, « California adopts legislation requiring climate disclosures » (11 octobre 2023), en ligne : *IAS Plus* <iasplus.com/en/news/2023/10/california-climate-bills>.

et désormais sur les normes de l'ISSB¹³. Dans le budget 2021, le gouvernement du Canada a annoncé que les sociétés d'État fédérales feront preuve de leadership en matière de climat en adoptant les recommandations du TCFD/normes de l'ISSB comme élément de leurs rapports d'entreprise¹⁴. Le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) a élaboré une ligne directrice sur la gestion des risques climatiques et les exigences en matière de divulgation, fondée sur des principes, à l'intention des institutions financières sous réglementation fédérale¹⁵. Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM), qui chapeautent les organismes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières, ont élaboré des exigences provisoires de divulgation d'information sur le climat à l'intention des entreprises canadiennes cotées en bourse¹⁶. Cependant, à la suite du lancement de l'ISSB, les ACVM attendent de mener d'autres consultations pour s'assurer qu'elles adoptent des normes de divulgation conformes aux normes de l'ISSB¹⁷. L'énoncé économique d'automne 2023 du gouvernement fédéral a également annoncé que le gouvernement fédéral élaborera des options pour rendre les divulgations climatiques obligatoires pour les entreprises privées afin de combler l'écart de couverture réglementaire pour les divulgations climatiques dans l'ensemble de l'économie canadienne¹⁸.

Ces développements suggèrent que la divulgation obligatoire d'informations financières liées au climat est imminente au Canada. Les entreprises canadiennes du secteur de l'énergie doivent prendre les mesures nécessaires en matière

d'information sur le climat non seulement pour comprendre les risques et les opportunités liés au climat dans le cadre de leurs activités, mais aussi pour accéder aux capitaux et aux autres services financiers dont elles ont tant besoin pour entreprendre leur propre transition commerciale vers la carboneutralité d'ici à 2050 et être compétitives au niveau mondial.

2. LES DIVULGATIONS CLIMATIQUES NÉCESSITENT DES DONNÉES CLIMATIQUES ADÉQUATES

Le mandat de divulgation financière liée au climat récemment annoncé par le Canada exigera des entreprises énergétiques qu'elles produisent des données climatiques solides, de haute qualité et fiables afin de garantir que les divulgations sur le climat fournissent des informations utiles à la prise de décision. Cependant, les lacunes et les défis en matière de données demeurent un obstacle majeur aux progrès en matière de divulgation et aux objectifs climatiques plus larges du Canada.

Pour commencer, les entreprises du secteur de l'énergie devront comprendre où se situent les lacunes et les difficultés en matière de données et y remédier rapidement afin de pouvoir élaborer et compléter leurs propres informations sur le climat. De plus, en divulguant leurs données en fonction de normes uniformes, les entreprises énergétiques (les services publics en particulier) ont la possibilité de favoriser l'uniformité des données sur les émissions de GES et les risques de la transition liés au climat pour les parties prenantes du paysage économique canadien.

¹³ « Déclaration des ministres des Finances et des gouverneurs des banques centrales du G7 sur les questions climatiques » (12 octobre 2022), en ligne : [Gouvernement du Canada <canada.ca/fr/ministere-finances/nouvelles/2022/10/declaration-des-ministres-des-finances-et-des-gouverneurs-des-banques-centrales-du-g7-sur-les-questions-climatiques.html>](https://www.gouvernement.ca/canada.ca/fr/ministere-finances/nouvelles/2022/10/declaration-des-ministres-des-finances-et-des-gouverneurs-des-banques-centrales-du-g7-sur-les-questions-climatiques.html).

¹⁴ « Budget 2021 : une relance axée sur les emplois, la croissance et la résilience » (dernière modification le 19 avril 2021), en ligne : [Gouvernement du Canada <canada.ca/fr/ministere-finances/nouvelles/2021/04/budget-2021-une-relance-axee-sur-les-emplois-la-croissance-et-la-resilience.html>](https://www.gouvernement.ca/canada.ca/fr/ministere-finances/nouvelles/2021/04/budget-2021-une-relance-axee-sur-les-emplois-la-croissance-et-la-resilience.html).

¹⁵ Bureau du surintendant des institutions financières Canada, « Ligne directrice B-15: Gestion des risques climatiques » (mars 2023), en ligne (pdf) : [BSIF <osfi-bsif.gc.ca/sites/default/files/import-media/guidance/guideline/2023-04/fr/b15-dft.pdf>](https://www.bsisf.gc.ca/sites/default/files/import-media/guidance/guideline/2023-04/fr/b15-dft.pdf).

¹⁶ « Déclaration des Autorités canadiennes en valeurs mobilières relativement au projet d'obligations d'information liées au changement climatique » (5 juillet 2023), en ligne : [Autorités canadiennes en valeurs mobilières <autorites-valeurs-mobilieres.ca/nouvelles/declaration-des-autorites-canadiennes-en-valeurs-mobilieres-relativement-au-projet-dobligations-dinformation-liees-au-changement-climatique>](https://www.acvm.ca/nouvelles/declaration-des-autorites-canadiennes-en-valeurs-mobilieres-relativement-au-projet-dobligations-dinformation-liees-au-changement-climatique).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ « Énoncé économique de l'automne 2023 », en ligne (pdf) : [Gouvernement du Canada <budget.canada.ca/fes-eea/2023/report-rapport/FES-EEA-2023-fr.pdf>](https://www.budget.canada.ca/fes-eea/2023/report-rapport/FES-EEA-2023-fr.pdf).

Pour comprendre les exigences en matière de données, la recherche entreprise par l'Institut pour l'IntelliProsperité¹⁹ compare les normes, les cadres et les lignes directrices en matière de divulgation au Canada. Parmi les cadres et instruments réglementaires pertinents pour les entreprises du secteur de l'énergie figurent notamment les *Final Recommendations from the Task Force on Climate-Related Financial Disclosures* (recommandations finales du Groupe de travail sur l'information financière relative aux changements climatiques) de la TCFD²⁰, l'*IFRS S2 Climate-related Disclosures* (les informations liées au climat) de l'ISSB²¹ et la proposition de règlement de *National Instrument 51-107 Disclosure of Climate-related Matters* (Règlement 51-107 sur l'information liée aux questions climatiques)²² des ACVM pour les entreprises cotées en bourse au Canada.

La comparaison des normes et règlements pertinents en matière de divulgation montre que les entreprises qui préparent les divulgations ont besoin d'un mélange de données qualitatives et quantitatives, d'informations, de méthodologies et d'analyses prospectives basées sur les grands piliers suivants : *la gouvernance, la stratégie, la gestion des risques, les mesures et les objectifs, et la planification de la transition et les stratégies d'engagement*. Les informations qualitatives relatives à la gouvernance, à la stratégie, à la gestion des risques et à la planification de la transition sont spécifiques aux organisations qui en préparent la divulgation. En revanche, les informations quantitatives reposent sur l'élaboration d'indicateurs et d'objectifs communément acceptés, ainsi que sur les méthodologies et les hypothèses qui les sous-tendent.

La divulgation quantitative est souvent la première étape du processus de divulgation. Elle

alimente et complète les exigences qualitatives et aide les décideurs à déterminer et à analyser les facteurs, l'exposition et les impacts financiers des risques et des opportunités liés au climat. C'est pourquoi les entreprises doivent donner la priorité aux données quantitatives sur le climat pour étayer leurs informations.

Les consultations des intervenants et les recherches documentaires montrent qu'il existe un consensus autour des cinq types d'informations financières quantitatives liées au climat qui doivent être considérées comme prioritaires²³ :

- **Émissions de GES** – informations, chiffres et méthodologies pour la mesure et la déclaration des émissions dans l'ensemble des chaînes de valeur (champs d'application 1, 2 et 3, y compris les émissions financées et les émissions associées à l'assurance).
- **Objectifs de carboneutralité/réduction des émissions de GES** – informations et chiffres nécessaires pour fixer des objectifs de carboneutralité/réduction des émissions de GES (par exemple, objectifs intermédiaires de réduction des émissions).
- **Risque physique** – informations, chiffres et analyses permettant de comprendre l'exposition et la vulnérabilité des activités commerciales ou des actifs aux risques physiques.
- **Risque lié à la transition** – informations, chiffres et analyses permettant de comprendre l'exposition et la vulnérabilité des activités ou des actifs de l'entreprise à la transition vers une

¹⁹ Anik Islam, Colleen Kaiser et Marena Winstanley, « Climate Data Requirements, Gaps, and Challenges to Support Climate-Related Financial Disclosures » (août 2023), en ligne (pdf) : *Institut pour l'IntelliProsperité* <institute.smartprosperity.ca/sites/default/files/Climate%20Data%20Requirements%20Gaps%20and%20Challenges%20to%20Support%20Climate-Related%20Financial%20Disclosures.pdf>.

²⁰ « Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures » (juin 2017), en ligne : *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* <fsb-tcfd.org/recommendations>.

²¹ « IFRS S2 Climate-related Disclosures » (juin 2023), en ligne : *International Sustainability Standards Board* <ifrs.org/content/dam/ifrs/publications/pdf-standards-issb/english/2023/issued/part-a/issb-2023-a-ifrs-s2-climate-related-disclosures.pdf?bypass=on>.

²² Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « Consultation Climate-related Disclosure Update and CSA Notice and Request for Comment Proposed National Instrument 51-107 Disclosure of Climate-related Matters » (18 octobre 2021), à la p 74, en ligne (pdf) : *Autorités canadiennes en valeurs mobilières* <osc.ca/sites/default/files/2021-10/csa_20211018_51-107_disclosure-update.pdf>.

²³ *Supra* note 19.

économie à carboneutralité, résultant de changements politiques, juridiques, de marché, de réputation, de technologie ou d'adaptation sociale.

- **Analyse de scénarios** – méthodologies, analyses prospectives et résultats nécessaires pour évaluer les risques physiques et de transition ainsi que les opportunités.

Pour les cinq types de divulgation prioritaires, les besoins en données sont évalués à partir des attentes en matière de divulgation figurant dans les recommandations du TCFD/normes

de l'ISSB. Les besoins en données pour les cinq domaines prioritaires sont énumérés ci-dessous. Il convient de noter que certaines données, telles que les données sur les émissions de GES, sous-tendent plusieurs domaines d'informations financières liées au climat. Pour évaluer et divulguer les risques liés à la transition, les entités en cours de préparation ont d'abord besoin de données sur les émissions de GES pour alimenter l'analyse et la divulgation des objectifs de carboneutralité/réduction des émissions. De même, l'analyse des scénarios s'appuie sur les données relatives aux risques physiques et liés à la transition.

Divulgations prioritaires	Besoins en matière de données
Émissions de GES (champs d'application 1, 2 et 3)	Données sur les activités (champs d'application 1 et 2) – activités qui génèrent des émissions à partir d'actifs que possède/contrôle l'entreprise (champ d'application 1) et d'énergie achetée (champ d'application 2).
	Facteur d'émissions ou potentiel de réchauffement climatique (champs d'application 1 et 2) – valeurs utilisées pour convertir l'activité de la source en émissions de GES/tonnes équivalentes d'émissions de dioxyde de carbone.
	Données sur les activités (champ d'application 3) – les activités qui génèrent des émissions mais dont l'origine ne relève pas du contrôle direct de l'entreprise/de l'actif, incluant les chaînes de valeur en amont et en aval.
	Facteur d'émissions ou potentiel de réchauffement climatique (champ d'application 3) – valeurs utilisées pour convertir l'activité de la source en émissions de GES/tonnes équivalentes d'émissions de dioxyde de carbone.
	Méthodologie et hypothèses relatives aux GES – utilisées pour calculer les émissions, principalement à partir du Protocole de GES.
Émissions financées et associées à l'assurance	Émissions de l'entreprise/de l'immobilisation/de l'actif – émissions directement déclarées par l'entreprise ou l'entité détenue (vérifiées ou non) ou estimées à partir d'activités physiques ou économiques (sur la base de facteurs d'émissions pertinents et crédibles et/ou du potentiel de réchauffement climatique).
	Méthodologie et hypothèses de la norme du PCAF – y compris le facteur d'attribution et les cotes de qualité des données.
Carboneutralité / réduction des émissions de GES	Émissions de GES – inventaire des émissions de GES des champs d'application 1 et 2 et du champ d'application 3 à l'échelle de l'entreprise afin de fixer un objectif de carboneutralité ou de réduction des émissions de GES.
	Voies sectorielles – lien entre la science du budget restant de carbone qui peut être émis et les mesures détaillées qu'un secteur/une entreprise spécifique peut prendre pour réduire les émissions de GES à un niveau particulier dans un délai spécifié.
	Plans de transition – informations sur les impacts, les stratégies, les investissements visant à soutenir la réduction des émissions de GES ou la carboneutralité (p. ex. dépenses pour des initiatives d'économie d'énergie, adoption de sources d'énergie renouvelables, utilisation de crédits ou de compensations carbone).

Risques physiques	Données sur les risques physiques – données et analytique concernant les types et l’impact des événements météorologiques extrêmes passés (historiques) et prévus (prospectifs) (inondations, tempêtes, incendies de forêt, etc.) et les changements progressifs du climat (élévation prévue du niveau de la mer, polluants atmosphériques dangereux, etc.)
	Données spécifiques aux actifs – informations sur les actifs (p. ex. la valeur de l’actif, la taille, l’année de construction, le matériau de construction, etc.) et l’emplacement des actifs physiques (p. ex. les installations des entreprises) et les chaînes de valeur et d’approvisionnement (emplacement des fournisseurs et des clients des entreprises) au niveau le plus granulaire possible.
	Capacité d’adaptation – informations et analytique concernant le degré de sensibilité aux phénomènes météorologiques extrêmes (p. ex. données sur la manière dont les entreprises ont fait face aux phénomènes météorologiques extrêmes dans le passé).
	Évaluation de la vulnérabilité – données et analytique permettant de traduire les risques physiques en dommages/pertes pour les actifs exposés.
Risques liés à la transition	Émissions de GES – données et informations sur les émissions des champs d’application 1, 2 et 3.
	Objectifs de carboneutralité/réduction des émissions et voies sectorielles – données et informations sur les objectifs de carboneutralité ou de réduction des émissions (en valeur absolue et en fonction de l’intensité) et les voies sectorielles pour montrer comment les émissions seront réduites au fil du temps.
	Paramètres de transition – données et informations qui permettent de convertir les politiques du secteur officiel, les changements dans les préférences des consommateurs et le développement technologique en paramètres normalisés pour mesurer les risques liés à la transition.
	Préparation à la transition – données et analytique concernant le degré de préparation à la transition vers la carboneutralité (p. ex. les plans de transition des entreprises, les expositions à la tarification du carbone, etc.)
Analyse de scénarios	Modèles et types d’analyse de scénarios – données et informations sur le modèle utilisé et les différents types de scénarios utilisés pour réaliser des évaluations.
	Intrants et hypothèses de l’analyse de scénarios – informations sur les processus, les hypothèses, les horizons temporels, les résultats et les réponses potentielles de la gestion aux différents scénarios.

3. LACUNES ET DÉFIS CONCERNANT LES DONNÉES

Les lacunes et les défis pour chacun des cinq types prioritaires de divulgation sont résumés ci-dessous :

Émissions de GES : Les grandes entités, telles que les entreprises du secteur de l’énergie, ont apparemment accès à des données d’activités

pertinentes, à des facteurs d’émissions ainsi qu’à des orientations et méthodologies pertinentes pour mesurer et divulguer les émissions de GES provenant de leurs activités (champ d’application 1) et de leur consommation d’énergie (champ d’application 2). Cependant, elles risquent de rencontrer des difficultés pour accéder à des données pertinentes et suffisamment granulaires pour mesurer et divulguer les émissions de leurs chaînes de

valeur en amont et en aval (champ d'application 3). Les raisons vont de l'impossibilité pour les entreprises préparatrices d'obtenir des informations auprès des entités de la chaîne de valeur, à l'incapacité de ces dernières à mesurer leur activité de manière cohérente et précise, en passant par la complexité des structures d'entreprise qui complique la collecte des données, l'absence de facteurs d'émissions spécifiques aux fournisseurs pour calculer les émissions de GES et le fait que les entités de la chaîne de valeur ont des calendriers de déclaration différents, ce qui se traduit par des retards importants dans la déclaration²⁴.

Pour combler les lacunes en matière de données, les préparateurs utiliseront probablement une combinaison de données d'activités spécifiques aux fournisseurs, lorsqu'elles sont disponibles, et de données d'activités physiques ou économiques au niveau sectoriel avec des facteurs d'émissions secondaires (moyennes industrielles) et/ou des informations provenant de fournisseurs de données tiers²⁵. Cette quantification peut impliquer une prise de décision subjective, des divulgations et un recalcul potentiel au cours des années suivantes, ce qui conduit à des données moins fiables et comparables. De même, des recherches récentes mettent en évidence la complexité de l'application des méthodologies et des hypothèses pour mesurer et divulguer les émissions du champ d'application 3 dans les chaînes de valeur en amont et en aval, ce qui a une incidence négative sur les informations communiquées²⁶. Les entreprises du secteur de l'énergie doivent être conscientes de ces défis en matière de collecte de données, d'analyse et de quantification afin d'étayer leurs divulgations, en particulier en ce qui concerne le champ d'application 3, qui devrait représenter la majorité des émissions totales de GES de l'entreprise.

Objectifs de carboneutralité et de réduction des GES : Les objectifs de réduction des

émissions de GES/carboneutralité sont souvent divulgués par les entreprises qui préparent les informations. Les entités préparatrices s'appuient sur des estimations pour combler les lacunes dans les données liées à la mesure des émissions de GES, ce qui pose des problèmes de fiabilité et de comparabilité. Pour fixer de manière crédible des objectifs de carboneutralité/réduction des émissions de GES, les entreprises préparatrices doivent comprendre leur voie sectorielle pour parvenir à la carboneutralité²⁷. Cependant, il existe différentes approches et compromis dans l'analyse des voies sectorielles qui créent des difficultés dans l'analyse des actions et des résultats au niveau de l'entité. De plus, le manque de clarté concernant l'application des cadres et des orientations existants sur la planification de la transition vers le carboneutralité a un impact négatif sur leur développement et, en fin de compte, sur les informations à fournir²⁸. Pour les entreprises du secteur de l'énergie, la fixation d'objectifs est susceptible d'être entravée pour les trois champs d'application pour les émissions de GES, en particulier les objectifs d'émissions du champ d'application 3, en raison des défis décrits ci-dessus.

Risque physique : Les risques physiques tels que les vagues de chaleur et les inondations liées au climat peuvent être importants et très imprévisibles. Les entreprises du secteur de l'énergie ont besoin de données prospectives solides pour prendre en compte et divulguer ces risques. Les données sur les différents types d'aléas physiques proviennent principalement d'ensembles de données « prêts à l'emploi ». Ces ensembles de données peuvent être coûteux à obtenir et peuvent ne pas saisir les risques physiques infranationaux/régionaux spécifiques au Canada avec la granularité spatiale et temporelle requise. Ces défis créent le besoin pour des ensembles de données sur les risques physiques infranationaux/régionaux spécifiques au Canada, granulaires et régulièrement mis

²⁴ Emma Cox et Casey Herman, « Tackling the Scope 3 challenge » (28 octobre 2022), en ligne : [PWC < pwc.com/gx/en/issues/climate/scope-three-challenge.html >](https://www.pwc.com/gx/en/issues/climate/scope-three-challenge.html).

²⁵ *Supra* note 19.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Glasgow Financial Alliance for Net Zero, « Draft Recommendations for the Development of the Net-Zero Data Public Utility » (2022), en ligne (pdf) : assets.bbhub.io/company/sites/63/2022/09/Development-of-the-Net-Zero-Data-Public-Utility-September-2022.pdf.

²⁸ « Metrics Targets and Transition Plans Consultations » (octobre 2021), en ligne (pdf) : [Task Force on Climate-related Financial Disclosures < assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/October_2021_Metrics_Targets_and_Transition_Plans_Consultation_Summary_of_Responses.pdf >](https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/October_2021_Metrics_Targets_and_Transition_Plans_Consultation_Summary_of_Responses.pdf).

à jour²⁹. De plus, les entreprises du secteur de l'énergie qui préparent des informations doivent analyser et divulguer les informations pertinentes relatives à l'exposition (probabilité de la gravité d'un danger dans un lieu donné) et à la vulnérabilité (probabilité que les actifs soient endommagés/détruits/affectés lorsqu'ils sont exposés à un danger) des activités et des actifs³⁰. La disponibilité des caractéristiques des actifs et des données de localisation est limitée pour cartographier les expositions spécifiques à chaque lieu. Les données relatives à la capacité d'adaptation ne sont pas facilement ou uniformément disponibles dans tous les secteurs et sont difficiles à mesurer pour les préparateurs³¹. Il n'existe pas, au sein d'un secteur ou d'un sous-secteur, de paramètres et d'objectifs de mesure du risque physique spécifiques à l'industrie, par rapport auxquels une entreprise pourrait être évaluée³². L'évaluation de la vulnérabilité aux risques physiques pose également des problèmes de modélisation, ce qui rend difficile la traduction des risques physiques en impacts économiques et la divulgation de ces informations.

Risque lié à la transition : Toutes choses égales par ailleurs, les entreprises dont les émissions sont plus élevées ou dont les objectifs de réduction des émissions ou de carboneutralité sont moins stricts devraient être confrontées à des risques plus importants liés à la transition³³. Les principaux obstacles à une analyse et à une publication efficaces des risques quantitatifs liés à la transition sont la mesure incomplète des émissions des champs 1 et 2, la disponibilité limitée des émissions du champ 3, la fixation d'objectifs pour des champs d'émissions restreints et les compromis liés à l'utilisation de différentes approches de voie sectorielle. Il n'y a pas assez de paramètres normalisés pour évaluer correctement les risques liés à la transition, tandis qu'il n'est pas toujours possible de publier des données sur l'état de

préparation à la transition³⁴. En leur absence, les entreprises énergétiques doivent s'en remettre à des fournisseurs de données tiers qui peuvent combler les lacunes en matière de données et d'analyse en utilisant leurs propres modèles et hypothèses, ce qui conduit à des informations incomparables et peu fiables pour les utilisateurs des informations divulguées, tels que les institutions financières.

Analyse de scénarios : Des modèles tels que ceux développés par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), l'Agence internationale de l'énergie (AIE) et le Network for Greening the Financial System (NGFS), ainsi que d'autres documents d'orientation, sont disponibles pour aider les préparateurs à entreprendre et à divulguer les risques et les opportunités liés au climat dans le cadre de différents scénarios. Cependant, il existe moins de données et d'outils pertinents pour les entreprises qui leur permettent de réaliser des analyses de scénarios. Pour combler ces lacunes, différentes entreprises, y compris les entreprises du secteur de l'énergie, doivent faire appel à leur jugement subjectif ou à l'expertise de tiers fournisseurs de données, ce qui peut poser des problèmes de fiabilité et de comparabilité et avoir une incidence négative sur les informations communiquées.

4. RÉSUMÉ ET RECHERCHE FUTURE

Le Canada progresse dans la mise en œuvre de l'obligation de divulguer l'information financière liée au climat dans l'ensemble de l'économie. Des données de bonne qualité, comparables et fiables sur le climat sont nécessaires pour progresser en matière d'information sur le climat. Cependant, le présent rapport constate que les entités sont susceptibles d'être confrontées à des lacunes et à des défis différents pour les cinq types d'informations prioritaires. La disponibilité

²⁹ Sean Cleary et Simon Martin, « Partial Disclosure: Assessing the state of physical and transition climate risk disclosure in Canada » (octobre 2022), en ligne (pdf) : <smith.queensu.ca/centres/isf/pdfs/ISF-partial-disclosure-paper.pdf>.

³⁰ Financial Stability Board, « The Availability of Data with Which to Monitor and Assess Climate-Related Risks to Financial Stability » (7 juillet 2021), en ligne (pdf) : <fsb.org/wp-content/uploads/P070721-3.pdf>.

³¹ Network for Greening the Financial System, « Progress report on bridging data gaps » (mai 2021), en ligne (pdf) : <ngfs.net/sites/default/files/medias/documents/progress_report_on_bridging_data_gaps.pdf>.

³² Katherine Bakos et Blair Feltmate, « Transitioning From Rhetoric to Action: Integrating Physical Climate Change and Extreme Weather Risk Into Institutional Investing » (juillet 2023), en ligne (pdf) : <intactcentreclimateadaptation.ca/wp-content/uploads/2023/07/UoW_ICCA_2023_07_Integrating_Physical_Climate_Change_Risk_Into_Investing.pdf>.

³³ *Supra* note 19.

³⁴ *Supra* note 30.

des données varie selon les cinq types d'informations prioritaires et, lorsque des données sont disponibles, elles peuvent ne pas être complètes, comparables et/ou fiables. Les entreprises du secteur de l'énergie sont susceptibles de disposer de données pour mesurer les émissions de GES des champs d'application 1 et 2, soit directement auprès des entités, soit par le biais d'estimations indirectes. Elles peuvent également fixer des objectifs de carboneutralité ou de réduction des émissions de GES en valeur absolue et/ou en fonction de l'intensité, ainsi que des objectifs intermédiaires. Cependant, elles sont susceptibles de rencontrer des difficultés pour estimer et divulguer l'étendue complète de leurs émissions de GES du champ d'application 3, pour traduire les voies sectorielles de transition existantes au niveau mondial afin de fixer des objectifs d'émissions au niveau de l'entité, pour élaborer des mesures axées sur la transition afin de fournir des perspectives d'avenir sur les risques de transition liés au climat et pour rassembler des données d'entrée et des outils pertinents pour les entreprises afin de mener des analyses de scénarios.

Pour combler en permanence les lacunes en matière de données climatiques et relever les défis liés aux données, une plus grande coordination est nécessaire entre les intervenants comme les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, les organismes de réglementation, les organismes de normalisation, les agences statistiques et les fournisseurs de données, les entreprises et les institutions financières. Les entreprises canadiennes du secteur de l'énergie — qui bénéficient d'une solide coordination entre l'industrie et les organismes de réglementation — peuvent jouer un rôle de premier plan dans la coordination avec les autres intervenants afin de favoriser la disponibilité des données et de combler les lacunes en matière de fiabilité et de comparabilité. Voici quelques domaines dans lesquels les responsables de la réglementation, y compris les organismes de réglementation de l'énergie et des valeurs mobilières, et d'autres intervenants peuvent se coordonner :

- Les organismes de réglementation peuvent collaborer avec d'autres intervenants tels que les gouvernements et les organismes de normalisation pour actualiser en permanence les orientations existantes sur l'utilisation de facteurs d'émissions granulaires, de données d'activités et/

ou d'approximations pour calculer les émissions de GES (en particulier les émissions du champ d'application 3) et la reformulation des données d'émissions. De plus, ces intervenants peuvent suggérer des mesures uniformes applicables à l'ensemble du secteur si les informations ne sont pas disponibles, et/ou si de nouvelles informations et méthodes de calcul deviennent disponibles.

- Les organismes de réglementation, les gouvernements, les agences statistiques et les fournisseurs de données peuvent s'aligner pour fournir des conseils et un soutien analytique aux entreprises énergétiques sur des scénarios et des voies spécifiques au Canada pour les secteurs (p. ex. pétrole et gaz, services publics) afin d'aider à traduire les voies sectorielles de transition en voies de réduction des émissions au niveau de l'entité et de faciliter l'établissement d'objectifs de carboneutralité ou de réduction des émissions de GES. Ces intervenants peuvent également collaborer à l'élaboration d'ensembles de données granulaires, facilement accessibles et régulièrement mises à jour sur les dangers physiques à l'échelle infranationale/régionale au Canada.
- Les organismes de réglementation, les gouvernements, les institutions financières et les entreprises peuvent se coordonner pour mettre au point des mesures normalisées de la capacité d'adaptation aux risques physiques et de la préparation à la transition, afin de mesurer et de suivre les progrès réalisés en matière de risques physiques et de risques liés à la transition dans le secteur de l'énergie.

En comblant leurs propres lacunes et défis en matière de données, les entreprises du secteur de l'énergie peuvent ouvrir la voie à des solutions de données pour d'autres secteurs de l'économie confrontés à des lacunes en matière de données climatiques. Par exemple, selon les recommandations du Conseil d'action en matière de finance durable du Canada, la quantification des émissions de GES des champs d'application 1 et 2 serait plus facile et plus précise si les entreprises avaient accès aux données sur les émissions associées à leur consommation d'énergie et de carburant directement auprès de leurs services publics

respectifs ou de leurs compagnies d'énergie (par le biais de leurs factures de services publics)³⁵. Ce processus peut permettre d'améliorer sensiblement la fiabilité et la comparabilité des données sur les émissions de GES entre les différentes entités et soutenir d'autres domaines tels que la fixation d'objectifs de carboneutralité et l'évaluation des risques liés à la transition. Cependant, une analyse plus approfondie est nécessaire pour s'assurer que cela fonctionne dans la pratique, y compris les défis pratiques et les coûts associés auxquels les entreprises de services publics/d'énergie et les organismes de réglementation peuvent être confrontés dans la mise à disposition des données.

À un niveau plus élevé, il est également important de reconnaître que les exigences en matière de données et les normes de divulgation, ainsi que les taxonomies, dépendent les unes des autres et se renforcent mutuellement³⁶. Les données, les normes de divulgation et les taxonomies forment ensemble les éléments interconnectés de l'architecture de l'information sur le climat³⁷. Cette architecture contribue à promouvoir la transparence, à quantifier les risques et les opportunités liés au climat et à fournir aux investisseurs des informations et des signaux clairs et cohérents pour prendre des décisions de financement. Cependant, les recherches futures doivent comprendre les défis et les opportunités qui se présentent au secteur énergétique canadien dans son alignement sur les exigences et les pratiques canadiennes et mondiales en matière de données climatiques, de divulgation et de taxonomie. Cela contribuera à la mise en place d'un système énergétique durable, véritablement aligné sur les objectifs environnementaux et économiques du Canada. ■

³⁵ Conseil d'action en matière de finance durable, « Recommandations du Conseil d'action en matière de finance durable (CAFD) au gouvernement du Canada sur l'amélioration des divulgations liées aux changements climatiques au Canada » (2 février 2023), en ligne (pdf) : <canada.ca/content/dam/fin/programs-programmes/fsp-psf/SFAC-Disclosure-FR.pdf>.

³⁶ Anik Islam, Colleen Kaiser et Geoff McCarney, « Guiding Sustainable Finance Toward a Net-zero Future » (5 septembre 2023), en ligne : *Institut pour l'IntelliProspérité* <institute.smartprosperity.ca/ClimateInformationArchitecture>.

³⁷ Caio Ferreira, David L. Rozumek, Ranjit Singh et Felix Suntheim, « Strengthening the Climate Information Architecture » (8 septembre 2021), en ligne : *Fonds monétaire international* <imf.org/en/Publications/staff-climate-notes/Issues/2021/09/01/Strengthening-the-Climate-Information-Architecture-462887>.

LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE, LES ACTIFS DÉLAISSÉS ET LA RÈGLEMENTATION AGILE

Gordon Kaiser*

INTRODUCTION

Les politiques de lutte contre les changements climatiques dans le monde entier ont eu un impact significatif sur la réglementation de l'énergie. Le présent article traite des trois premières affaires canadiennes qui ont porté sur l'impact de la transition énergétique sur les actifs délaissés. Il traite également de l'impact de la transition énergétique sur la pratique et la procédure en matière de réglementation énergétique.

Cet article vise également à explorer ce que nous appelons aujourd'hui la réglementation agile, soit une nouvelle forme de réglementation qui nécessite que l'on fasse preuve d'innovation et de souplesse en temps réel pour répondre aux exigences de la transition énergétique. Les affaires que nous examinons ont été traitées par trois organismes de réglementation qui se situent dans trois différentes provinces : l'Ontario, la Colombie-Britannique et la Nouvelle-Écosse.

Les trois affaires ont trait à un principe fondamental du droit des services publics qui prévoit que les entreprises de ce secteur ne peuvent récupérer que le coût des immobilisations qui sont « utilisées et utiles ». La notion d'utilisation et d'utilité fait partie depuis longtemps du droit canadien¹ et américain². La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *ATCO*³ indique clairement que les actifs qui ne sont plus nécessaires pour répondre aux besoins des services publics ne peuvent pas être inclus dans les actifs réglementés et considérés comme faisant partie de la base tarifaire.

La transition énergétique est confrontée à la règle « d'utilisation et d'utilité » tous les jours pour un certain nombre de raisons. Premièrement, la transition énergétique entraîne d'importantes dépenses en immobilisations dans de nouvelles technologies dont certaines ne fonctionneront pas⁴. Si la technologie ne fonctionne pas, elle ne sera pas utilisée ni utile. Deuxièmement, la nouvelle technologie peut rendre inutile la technologie existante ou réduire sa durée de vie utile.

* Gordon Kaiser est associé au sein d'Energy Law Chambers à Toronto. Il a déjà été vice-président de la Commission de l'énergie de l'Ontario et administrateur de la surveillance du marché de l'Alberta.

¹ Voir *London Hydro Inc.* (20 mars 2009), EB-2008-0235; *PowerStream Inc.* (27 juillet 2009), EB-2008-0244; *Toronto Hydro Electric System* (2 avril 2013).

² Voir James J. Hoecker, « Used and Useful, Autopsy of a Ratemaking Policy » (1987) 8:303 *Energy Law Journal*, en ligne (pdf) : <www.eba-net.org/wp-content/uploads/2023/02/25_8EnergyLJ3031987.pdf>.

³ *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4.

⁴ *Nova Scotia Power Incorporated (Re)*, 2022, NSUARB 2; Gordon Kaiser, « Les organismes canadiens de réglementation de l'énergie et les nouvelles technologies : La transition vers une économie à faible émission de carbone » (juillet 2021) 9:2 Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie, en ligne : *ERQ* <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/canadian-energy-regulators-and-new-technology-the-transition-to-a-low-carbon-economy>.

LES DÉCISIONS

Ontario

Le 21 décembre 2023, la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) a rendu une décision de 145 pages dans le cadre d'une demande tarifaire déposée par Enbridge Gas Inc. (Enbridge) à l'issue d'une audience de 18 jours⁵. La participation à cette audience n'a pas manqué. En effet, la Commission a examiné les mémoires de 20 intervenants et 385 lettres de commentaires. Dans un communiqué de presse publié le même jour, la Commission a souligné qu'il s'agissait de la première procédure de la CEO à examiner une demande de tarification du gaz naturel dans le contexte de la transition énergétique.

La première section de la décision Enbridge expose les principales conclusions de la Commission concernant la transition énergétique :

[Traduction]

1. La transition énergétique pose le risque que les actifs utilisés pour desservir les clients actuels et nouveaux d'Enbridge soient délaissés. Enbridge n'a pas fourni d'évaluation adéquate de ce risque pour démontrer que son plan de dépenses en immobilisations est prudent. Le risque d'actifs délaissés affecte tous les aspects du réseau d'Enbridge ainsi que ses propositions de dépenses en immobilisations pour l'expansion et le renouvellement du réseau.
2. La CEO a réduit de 250 millions de dollars le budget des immobilisations global proposé pour 2024. On s'attend à ce qu'Enbridge suive son processus de priorisation des projets pour tenir compte de cette réduction de l'enveloppe. La CEO n'a pas accepté l'actuel plan de gestion des actifs comme base pour soutenir les investissements en immobilisations proposés.
3. En ce qui concerne le plan de dépenses en immobilisations proposé pour l'expansion

du réseau, la CEO a déterminé que pour les raccordements de clients à faible volume, l'horizon de revenus qu'Enbridge utilise pour déterminer la faisabilité économique des nouveaux raccordements doit être réduit de 40 ans à zéro année, réduisant ainsi le risque d'actifs délaissés pour ces nouveaux raccordements à zéro année, à compter du 1^{er} janvier 2025⁶.

Enbridge Gas Inc. est la plus grande entreprise de distribution de gaz naturel au Canada, desservant plus de 3,5 millions de clients. L'entreprise est issue de la fusion, en 2018, d'Enbridge Gas Distribution Inc. et d'Union Gas Limited. Il s'agit de la première demande de hausse tarifaire fondée sur le coût des services depuis que la fusion des deux entreprises.

Il s'agit essentiellement d'un dossier tarifaire. Toutefois, l'élément qui a dominé la demande et la décision était la question trois énoncée ci-dessus. Il s'agit de la décision de la CEO de réduire de 40 ans à zéro l'horizon de revenus pour les raccordements des clients à faible volume. Le raccordement d'un client au gaz coûte à Enbridge un peu plus de 4 000 dollars. En réduisant ce chiffre à zéro, les nouveaux clients devaient payer d'emblée le coût total du raccordement. La CEO a estimé que cela permettait d'éviter tout risque d'actifs délaissés.

La CEO a conclu que la compagnie de gaz avait complètement ignoré l'impact de la transition énergétique et supposé qu'il s'agissait d'un « maintien du statu quo » :

[Traduction]

La CEO conclut que la proposition d'Enbridge Gas n'est pas adaptée à la transition énergétique et qu'elle augmente le risque d'actifs délaissés ou sous-utilisés, un risque qui doit être atténué. En particulier, Enbridge Gas ne s'est pas acquittée du fardeau de démontrer que le plan de dépenses en immobilisations qu'elle propose dans son plan de gestion des actifs est prudent et qu'elle a tenu compte comme il se doit du risque découlant de la transition énergétique.

⁵ OEB EB-2022-0200, 21 décembre 2023, *Decision and Order*, Enbridge Gas Inc.

⁶ *Ibid* à la p 2.

Deux thèmes importants sont apparus au cours de cette procédure :

- la politique sur les changements climatiques entraîne une transition énergétique qui entraîne un risque d'actifs délaissés;
- la façon habituelle de faire les choses n'est plus viable.

[...]

Comme l'a indiqué le personnel de la CEO,

Enbridge Gas prévoit de continuer à ajouter de nouveaux clients et à élargir sa base tarifaire selon une approche qui semble reposer sur le « maintien du statu quo ».

[...]

Face à la transition énergétique, il incombe à Enbridge Gas de démontrer que le plan de dépenses en immobilisations que l'entreprise propose dans son plan de gestion des actifs est prudent et qu'elle a tenu compte de manière appropriée des risques liés à la transition énergétique.

Le dossier montre clairement qu'Enbridge Gas ne l'a pas fait. Enbridge Gas a adopté la position selon laquelle il n'y a pas de risque d'actifs délaissés aux fins de l'établissement des tarifs pour 2024. Cette position n'est pas logique⁷.

Il y a eu beaucoup de controverse quant à savoir si l'horizon de revenus devait être zéro ou une période plus longue. Les estimations des chiffres sont devenues un jeu de devinette. Enbridge était prête à passer provisoirement de 40 à 30 ans si la période définitive pouvait être déterminée lors d'une audience distincte. Le personnel de la Commission et un membre de celle-ci se sont mis d'accord sur une période de 20 ans, tandis que d'autres se sont entendus sur

15 ans. Deux intervenants et deux membres de la Commission voulaient conserver un horizon de revenus de zéro année. Cette dernière période a été retenue. Comme Enbridge l'a souligné à de nombreuses reprises, les chiffres étaient en grande partie des arguments plutôt que des preuves.

L'estimation de l'ampleur des actifs délaissés a nécessité une prévision nouvelle et difficile. Le personnel de la Commission, Enbridge et quatre intervenants ont suggéré que le calcul des actifs délaissés soit reporté à une audience distincte. Cette proposition a été rejetée par la Commission, qui a rendu sa décision :

[Traduction]

Enbridge Gas n'a pas démontré que l'horizon de revenus de 40 ans est approprié à la lumière de la transition énergétique en cours. Enbridge Gas le reconnaît dans sa réponse. Elle propose un horizon de revenus de 30 ans à titre provisoire, en attendant qu'une instance distincte détermine ce que devrait être l'horizon de revenus. La CEO est d'avis que le dossier dont elle dispose est plus que suffisant pour trancher cette question et qu'il n'y a aucun avantage à la reporter à une instance ultérieure.

[...]

La CEO estime que zéro année est l'horizon de revenus optimal, car cela permet de couvrir entièrement le risque d'actifs délaissés résultant de la transition énergétique pour les projets de nouveaux branchements⁸.

Enbridge a réagi à cette décision par deux recours. Le premier était une demande auprès des tribunaux indiquant que la décision devait être annulée parce qu'il n'y avait pas de raisons ou de preuves à l'appui des conclusions. Cette demande a été soutenue par le ministre de l'Énergie, qui a déclaré le lendemain qu'il utiliserait toute son autorité pour suspendre et annuler la décision de la Commission de l'énergie de l'Ontario.

⁷ *Ibid* aux pp 19–21.

⁸ *Ibid* à la p 39.

La seconde était une requête en révision qui demandait à la Commission d'établir un nouveau comité d'experts qui réviserait la décision du premier comité d'experts. Les motifs étaient essentiellement les mêmes que ceux exposés dans la demande à la Cour d'appel — il n'y avait pas de preuves ou de raisons. Il y avait cependant un joker.

Dans l'avis de motion, Enbridge déclare ce qui suit :

[Traduction]

« La décision établit effectivement une nouvelle politique qui va directement à l'encontre de la politique du gouvernement de l'Ontario. Ainsi, des aspects clés de la décision sont fondamentalement erronés. De façon appropriée, le rôle du gouvernement provincial est d'élaborer la politique fondamentale et celui de la CEO est de la mettre en œuvre. En tant qu'organisme de réglementation économique, la CEO a pour rôle de servir et de promouvoir la politique énergétique provinciale. Lorsque la CEO crée une nouvelle politique qui entre en conflit avec la politique du gouvernement de l'Ontario, il s'agit d'une erreur de droit contraire aux objectifs statutaires de la CEO en ce qui concerne le gaz naturel et d'un dépassement de compétence qui doit être corrigé »⁹.

À la page 5 de son argumentation en réponse, Enbridge déclare :

[Traduction]

« Les politiques de transition énergétique sont du ressort du gouvernement et non de la CEO, et spéculer sur un état futur en anticipant les directives du gouvernement est au mieux improductif et au pire aboutit à ne pas répondre aux besoins de

l'Ontario en matière de fiabilité, d'accessibilité financière et d'accès à l'énergie »¹⁰.

L'avis d'appel qu'Enbridge a déposé auprès de la Cour divisionnaire se rapproche de ce principe lorsqu'elle y affirme que :

[Traduction]

[...] « la CEO a commis une erreur de droit lorsqu'elle a :

Agi contrairement aux objectifs statutaires pour le gaz, tels qu'ils sont définis dans la Loi sur la CEO et en conformité avec les politiques du gouvernement de l'Ontario »¹¹.

Si elle est confirmée, l'affirmation selon laquelle le fait de ne pas agir conformément aux politiques du gouvernement constitue une erreur de droit et de compétence de la part d'un organisme de réglementation de l'énergie pourrait modifier de manière significative la réglementation canadienne en matière d'énergie.

Comme indiqué, la CEO a rejeté d'emblée la demande d'Enbridge d'étaler le coût sur 40 ans. Plus important encore, la Commission a ignoré la demande d'Enbridge, du personnel de la Commission, de l'un des membres de la Commission et d'un certain nombre d'intervenants de tenir une audience séparée pour déterminer correctement le chiffre à retenir. Ces parties ont toutes fait valoir que les preuves étaient insuffisantes et qu'un certain nombre de parties concernées par la décision n'étaient pas présentes et n'avaient pas reçu d'avis.

Aucune inquiétude n'a été exprimée quant à un éventuel retard causé par la seconde audience. Enbridge et le personnel de la Commission ont convenu qu'il n'y aurait pas d'actifs délaissés au cours de la première année. Il semble qu'une période de 30 ou 20 ans conviendrait à titre

⁹ OEB EB-2022-0200/EB-2024-0078, January 29, 2024, *Enbridge Gas Motion for Review and Variance*, au para 14.

¹⁰ OEB EB-2022-0200, October 11, 2023, *Reply Argument*, au para 11.

¹¹ OEB EB-2022-0200, January 22, 2024, *Notice of Appeal*, à la p 5.

provisoire. Cependant, la CEO n'était pas d'accord et a déclaré :

[Traduction]

« La CEO est d'avis que le dossier dont elle dispose est plus que suffisant pour trancher cette question et qu'il n'y a aucun avantage à la reporter à une instance ultérieure »¹².

La décision Enbridge a fait l'objet de nombreuses critiques. Le ministre de l'Énergie de l'Ontario a notamment réagi en proposant une nouvelle loi qui donnerait au gouvernement le pouvoir d'annuler la décision. Elle prévoit également le droit pour le gouvernement d'ordonner des audiences génériques sur certains aspects d'une procédure lorsque le gouvernement estime que les preuves sont insuffisantes.

Il y a cependant une caractéristique de la décision pour laquelle la CEO mérite d'être félicitée. Il s'agit d'un aspect de la réglementation agile appelé « directive réglementaire ». Dans la décision Enbridge, cet aspect est énoncé à l'article 10 de l'ordonnance comme suit :

[Traduction]

10. Pour sa prochaine demande de changement de l'année de base, Enbridge Gas doit :

a. déposer un plan de gestion des actifs qui établit des liens clairs entre les dépenses d'investissement et les risques liés à la transition énergétique. Le plan de gestion des actifs doit porter sur les scénarios associés au risque de créer des actifs sous-utilisés ou délaissés et indiquer des mesures d'atténuation;

b. déposer un rapport portant sur les solutions possibles pour s'assurer que sa politique

d'amortissement traite de manière appropriée le risque d'engager des coûts pour les actifs délaissés. Ces solutions doivent englober toutes les approches de rechange raisonnables, y compris l'approche des unités de production;

c. suivre et étudier les dix comptes proposés par InterGroup en ce qui concerne la récupération nette et déposer un rapport sur les résultats;

d. déposer une proposition visant à réduire à zéro les frais généraux indirects capitalisés restants;

e. déposer une étude d'un expert indépendant qui porte sur l'évaluation de sa méthode de capitalisation des frais généraux;

f. effectuer une évaluation des risques et élaborer un plan visant à réduire le risque lié aux actifs délaissés dans le cadre du renouvellement du réseau¹³.

Il s'agit là d'un élément de pratique et de procédure important dans la réglementation agile de l'énergie qui a déjà été utilisé par l'autorité de réglementation de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Annapolis Tidal Generation*, sur laquelle on se penche plus loin dans le présent article.

Colombie-Britannique

La décision Enbridge n'est pas la seule décision canadienne à traiter de la réglementation des tarifs et de la transition énergétique. Le lendemain, le 22 décembre 2023, la British Columbia Utilities Commission (BCUC) a rendu une décision portant sur la même

¹² *Supra* note 5 à la p 39.

¹³ *Ibid* aux pp 140–141.

question. La décision¹⁴ de la BCUC concernait une demande de FortisBC Energy Inc. (FortisBC ou FEI) visant à prolonger un gazoduc dans la région de l'Okanagan de la Colombie-Britannique.

Dans le cas de la Colombie-Britannique, la compagnie d'électricité FortisBC a demandé à la BCUC de prolonger un gazoduc dans l'Okanagan pour un coût de 327 millions de dollars. FortisBC a déclaré que le prolongement du gazoduc était nécessaire pour répondre à l'augmentation prévue de la demande de gaz naturel dans la région de l'Okanagan en raison de la croissance de la population.

La BCUC a rejeté la demande en déclarant :

[Traduction]

FEI justifie la construction du projet OCU par le fait que la croissance de la population et le développement dans la région de l'Okanagan sont solides et que la courbe de croissance se poursuivra sans relâche. Les trois prévisions de demande de pointe vont toutes dans ce sens, bien qu'il y ait une grande variabilité entre elles. Ce qui préoccupe particulièrement la Commission, c'est que FEI admet qu'aucune de ses prévisions n'a pris en compte la possibilité d'un aplatissement ou même d'une inversion de la courbe en raison des engagements pris dans la feuille de route CleanBC et de l'impact des changements apportés au BC Energy Step Code, à d'autres directives de planification ou à des règlements de zonage. Malgré ces risques, FEI a maintenu une approche de « statu quo » dans ses prévisions en s'attendant à une augmentation continue de la demande de pointe au cours des 20 prochaines années.

[...]

Si le projet OCU représentait une dépense mineure, le comité d'experts pourrait être enclin à aller de l'avant avec une décision favorable à ce stade. Mais selon la dernière estimation, le coût total du projet s'élève à 327,4 millions de dollars, avec un impact de 2,37 % sur le taux d'exécution. Il s'agit d'une dépense très importante et, pour qu'elle soit approuvée, il doit y avoir une plus grande certitude que la portée proposée du projet est entièrement requise¹⁵.

La BCUC a également demandé à FortisBC d'examiner une question non abordée dans la demande. Il s'agissait d'une solution à court terme qui pourrait répondre à une demande supplémentaire au cours des premières années. La Commission a demandé à la compagnie d'électricité de déposer un nouveau plan avant la fin du mois de juillet 2024 pour traiter cette question.

Nouvelle-Écosse

Les organismes de réglementation de l'énergie d'aujourd'hui vivent dans un monde nouveau. Les organismes de réglementation de l'énergie du monde entier doivent investir 131 billions de dollars dans de nouvelles technologies conçues pour réduire la quantité de carbone dans la production, la distribution et l'utilisation de l'électricité¹⁶. Il n'est pas facile de choisir les nouvelles technologies qui seront retenues et celles qui seront écartées. Ce choix représente toujours un défi.

L'approbation d'un projet pilote de technologie n'est que le premier problème. Le deuxième, c'est ce que font les organismes de réglementation lorsque la technologie fait défaut. La première décision concernant ce problème a récemment dû être prise en Nouvelle-Écosse¹⁷. Dans cette affaire, l'organisme de réglementation de l'énergie a dû faire face à une demande de Nova Scotia Power visant à amortir des coûts importants liés à un

¹⁴ BCUC Order G-361-23, Fortis BC Energy Inc.

¹⁵ BCUC Order G-361-23, 22 décembre 2023, *Decision and Order*, à la p 24.

¹⁶ International Renewable Energy Agency, « World Energy Transition Outlook » (2021), à la p 28, en ligne (pdf) : www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Publication/2021/Jun/IRENA_World_Energy_Transitions_Outlook_2021.pdf?rev=71105a4b8682418297cd220c007da1b9.

¹⁷ *Nova Scotia Power Incorporated (Re)*, 2022, NSUARB 2.

projet pilote de nouvelle technologie qui, après de nombreuses années, n'était plus viable sur le plan commercial.

Le projet en question est connu sous le nom d'Annapolis Tidal Generation Station. Au moment de sa mise en service au milieu des années 1980, la centrale se voulait une initiative de recherche à court terme visant à tester la viabilité de la technologie des barrages marémoteurs dans la baie de Fundy¹⁸. Dans les dernières années, le service public qui exploitait le projet, Nova Scotia Power, a dû assumer d'importants coûts d'exploitation et d'entretien liés à la centrale. Les dépenses en immobilisations augmentaient considérablement alors que la quantité d'électricité produite diminuait.

Dans sa demande, Nova Scotia Power a demandé à la Commission des services publics et d'examen de la Nouvelle-Écosse (NSUARB) d'approuver l'amortissement de la valeur non amortie et du reste des travaux de construction en cours sur une période de dix ans. Nova Scotia Power n'a pas présenté parallèlement de demande de mise hors service.

La décision de la Commission et son raisonnement montrent à quel point ces cas peuvent devenir complexes. Nova Scotia Power a demandé à la Commission de conclure que le projet n'était plus utilisé ni utile. Il s'avère qu'il n'est pas facile de trancher sur cette question.

Il ne fait aucun doute qu'au moment de la demande, la centrale n'était pas utilisée. La question était de savoir si la technologie pouvait s'avérer utile à l'avenir. La NSUARB a souligné les arguments des groupes d'intervenants au paragraphe 32.

[Traduction]

Dans ses observations finales, le défenseur de la petite entreprise, le groupe industriel, le défenseur du consommateur et la Ville d'Annapolis Royal ont tous exprimé des préoccupations au sujet de

l'affirmation de NS Power selon laquelle la mise hors service de la centrale est la solution possible la moins coûteuse pour les clients. Les quatre intervenants ont fait remarquer qu'ils ne sont pas d'accord pour dire que NS Power a présenté une analyse suffisamment complète pour les convaincre qu'il n'y a pas d'utilisation future viable des biens en question à des fins d'utilité publique¹⁹.

L'analyse de la NSUARB est mieux décrite dans les paragraphes suivants :

[Traduction]

Dans ce cas, compte tenu du montant important du coût non amorti restant dans la base tarifaire, NS Power a proposé une période d'amortissement de 10 ans. Aucune partie n'a contesté la durée proposée de la période d'amortissement. M. Reed et Grant Thornton l'ont appuyée. La Commission convient que, si la mise hors service est la solution possible la moins coûteuse, une période d'amortissement de 10 ans semble créer un équilibre raisonnable entre les répercussions négatives pour les contribuables actuels et les considérations relatives à l'équité intergénérationnelle.

La question de fond en litige est de savoir si NS Power a démontré que la mise hors service de la centrale est la solution possible la moins coûteuse pour les contribuables. La Commission reconnaît qu'en préparant son dossier, NS Power a pris plusieurs mesures appropriées dans la préparation de la demande. Le recours à des consultants externes pour compléter l'expertise interne est conforme aux directives de la Commission. La Commission reconnaît que ces consultants

¹⁸ Pour obtenir des renseignements détaillés sur le projet, voir : William Lahey, « Réglementation et création d'une nouvelle industrie de l'énergie : énergie marémotrice en Nouvelle-Écosse » (septembre 2015) 3:3 Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie, en ligne : [ERQ <energyregulationquarterly.ca/fr/articles/regulation-and-development-of-a-new-energy-industry-tidal-energy-in-nova-scotia>](http://ERQ.energyregulationquarterly.ca/fr/articles/regulation-and-development-of-a-new-energy-industry-tidal-energy-in-nova-scotia).

¹⁹ *Supra* note 17 at para 32.

appuient l'approche énoncée dans la demande. De plus, l'utilisation de la modélisation probabiliste était appropriée dans ce cas, compte tenu du nombre d'incertitudes qui pourraient avoir une incidence sur les estimations des coûts. Cela dit, la Commission a déterminé qu'elle n'a pas suffisamment d'information pour conclure que la mise hors service est, en fait, la solution possible la moins coûteuse. Par conséquent, la Commission conclut que NS Power ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait d'obtenir la réparation en matière de traitement comptable demandée en l'espèce.

Compte tenu de la preuve déposée par Midgard et MS Consulting, la Commission est généralement d'accord avec les intervenants pour dire qu'il y a un trop grand nombre de variables relatives aux coûts qui n'ont pas été examinées suffisamment ou qui l'ont été de façon incohérente en ce qui a trait aux diverses solutions possibles. La Commission reconnaît que NS Power et MS Consulting ne s'entendent pas au sujet de l'incidence réelle de certains intrants sur les résultats de la modélisation, y compris certains intrants utilisés par MS Consulting. La Commission reconnaît également que la recommandation finale de Midgard était que la solution de prolongement de la vie et de modernisation (PVM) soit maintenue. En théorie, cela pourrait se faire en approuvant la demande actuelle et en réexaminant la question, au besoin, lorsqu'une demande de mise hors service est déposée.

Cela dit, compte tenu de l'ampleur et de la portée des problèmes non réglés, la Commission conclut que l'approbation du traitement comptable à ce stade est prématurée. Les données probantes indiquent qu'il y a différents niveaux d'estimations par catégorie pour les différentes solutions possibles. En

particulier, l'écart entre les valeurs actualisées nettes des besoins en matière de revenus de la solution de PVM et de celle de la mise hors service n'est pas si grand. Dans certains scénarios, la solution de PVM pourrait en fait être plus rentable, bien qu'elle comporte un risque plus élevé.

Il est donc important de comparer, dans la mesure du possible, des pommes avec des pommes entre la solution de PVM et celle de la mise hors service. La Commission est préoccupée par le fait que, si le traitement comptable est approuvé maintenant, on pourrait avoir tendance à mettre l'accent sur l'approbation de la solution de mise hors service. Cela pourrait inciter moins à continuer d'évaluer rigoureusement la solution de PVM²⁰.

En fin de compte, la NSUARB a conclu qu'elle n'avait pas suffisamment d'information pour prendre une décision. La complexité des enjeux auxquels sont confrontés les organismes de réglementation dans ce type de cas est évidente dans les ordonnances que la Commission a données à Nova Scotia Power au sujet des renseignements supplémentaires requis pour régler adéquatement le problème :

[Traduction]

Bien qu'elle n'ordonne pas à NS Power d'entreprendre des études particulières, il semblerait, pour la Commission, que les renseignements suivants aideraient à déterminer la solution possible la moins coûteuse dans cette affaire :

1. une évaluation plus complète des coûts de PVM;
2. une évaluation plus complète de la nouvelle solution technologique possible, y compris :
 - a. une évaluation plus

²⁰ *Ibid* aux para 89–93.

approfondie des solutions possibles et des coûts pour changer la capacité de la centrale dans le cadre de la nouvelle solution technologique possible; et b. la sollicitation de prix auprès de plusieurs fabricants de la nouvelle solution technologique possible;

3. une évaluation plus complète des problèmes de sédimentation et des coûts associés à la solution de mise hors service;

4. la réalisation des études environnementales nécessaires pour évaluer les risques environnementaux et les coûts associés à chaque solution de rechange;

5. une évaluation plus complète des solutions possibles d'élimination des actifs de la centrale;

6. une explication détaillée de la raison pour laquelle les estimations des dépenses en immobilisations pour la solution de mise hors service ont diminué de façon spectaculaire par rapport aux estimations incluses dans l'étude de 2018 sur les actifs hydroélectriques de NS Power;

7. la mobilisation du personnel du ministère des Pêches et des Océans (MPO) pour déterminer si NS Power peut présenter de façon satisfaisante des études ou des données de rechange sur les périodes de migration du poisson et la mortalité du poisson pour le site, à moins que la centrale ne soit remise en service; y compris la possibilité de modifier

son exploitation afin de réduire ou d'atténuer les effets potentiels sur le poisson de manière à éviter l'obligation d'obtenir une autorisation du MPO;

8. la mobilisation du personnel du MPO pour déterminer s'il envisagerait un plan de conformité avec une demande d'autorisation connexe. Si le MPO accepte une telle demande, NS Power pourrait estimer le coût de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un plan de conformité dans son analyse de la décision;

9. la mobilisation du personnel du MPO et de la province à l'égard de toute question liée à la Loi sur les pêches ou à la conformité environnementale dans le cadre de la solution de mise hors service en ce qui a trait au rétablissement de la zone à son état initial (c.-à-d. qu'il n'y a pas d'écoulement d'eau dans le pont-jetée à l'emplacement de la centrale et que les coûts de conformité liés à la mise hors service concernent les vannes des écluses, au pont-jetée et aux passages pour poissons). Les résultats de ces discussions pourraient être intégrés à la solution de mise hors service dans l'analyse décisionnelle;

10. en ce qui concerne les initiatives susmentionnées, la mobilisation des collectivités autochtones à l'égard des diverses solutions possibles (y compris le PVM, la nouvelle solution technologique possible et la mise hors service) afin de mieux éclairer les

coûts potentiels à intégrer
à l'analyse décisionnelle²¹.

La Commission a conclu que tant qu'elle ne recevrait pas ces renseignements présentés dans une nouvelle demande, elle ne serait pas en mesure de rendre une décision :

[Traduction]

La Commission a déterminé qu'elle n'a pas suffisamment de données probantes, à l'heure actuelle, pour conclure que la mise hors service de la centrale est la solution possible la moins coûteuse pour les contribuables. Elle n'est donc pas en mesure de déterminer que le bien n'est pas utilisé et n'est pas utile au sens de la convention comptable 6350. Par conséquent, la Commission n'approuvera pas la demande pour le moment. La Commission est d'avis que la meilleure façon de procéder consiste à réexaminer la demande d'approbation du traitement comptable ainsi que la demande de mise hors service. Cela dit, NS Power est libre de rouvrir l'affaire si elle est en mesure de répondre aux préoccupations de la Commission²².

L'arrivée de nouvelles technologies crée deux problèmes pour les organismes de réglementation de l'énergie. Le premier est celui de définir les modalités selon lesquelles les organismes de réglementation acceptent et approuvent les investissements dans les nouvelles technologies. Le deuxième, tel qu'il est décrit dans l'affaire de la Nouvelle-Écosse, concerne les modalités selon lesquelles les organismes de réglementation retirent les coûts liés à ladite technologie de la base tarifaire lorsque celle-ci s'avère inutile.

UNE RÈGLEMENTATION AGILE

Récemment, trois économistes de l'Université d'Ottawa ont publié une étude sur la réglementation de l'énergie pendant la transition énergétique, préparée pour le gouvernement canadien. Cela a commencé par la prémisse suivante :

[Traduction]

La réalisation de l'ambitieuse stratégie de réduction des émissions du gouvernement du Canada exigera une échelle et un rythme d'innovation sans précédent. Dans ce contexte, il n'a jamais été aussi urgent de passer à un système de réglementation plus agile ... le passage à un système de réglementation plus agile comporte deux dimensions. Il implique de changer les instruments politiques et les institutions réglementaires²³.

Les auteurs ont ensuite ajouté : [traduction]
« L'excellence en matière de réglementation suppose l'utilisation des meilleures données probantes disponibles et la promotion de la transparence et de l'inclusivité »²⁴.

Plus récemment, le ministre de l'Énergie de l'Ontario a envoyé une nouvelle lettre d'instructions au président par intérim de la Commission de l'énergie de l'Ontario déclarant :

[Traduction]

« Au fur et à mesure que l'électrification et la transition énergétique progressent, la CEO devrait continuellement explorer comment maximiser sa flexibilité pour faciliter l'innovation dans le cadre réglementaire existant. La CEO devrait continuer de collaborer avec la Société indépendante d'exploitation du réseau d'électricité (SIERE), les représentants du

²¹ *Ibid* au para 99.

²² *Ibid* au para 118.

²³ Colleen Kaiser, Geoff McCarney et Stewart Elgie, « Agile Regulation for Clean Energy Innovation » (juillet 2021), à la p 1, en ligne (pdf) : [Institut pour l'IntelliProsperité <institute.smartprosperity.ca/sites/default/files/WP_Agile_regulation.pdf>](https://institute.smartprosperity.ca/sites/default/files/WP_Agile_regulation.pdf).

²⁴ *Ibid* à la p 4.

ministère et les parties prenantes du secteur à cet égard. L'innovation dans les secteurs du gaz et de l'électricité est essentielle pour atteindre nos objectifs de répondre à la demande future en énergie tout en réduisant les émissions »²⁵.

Les trois décisions examinées dans le présent article ont été les premières décisions au Canada où les organismes de réglementation de l'énergie ont affronté de plein fouet la force de la transition énergétique en termes d'impact sur les actifs délaissés. Cette question est importante aujourd'hui. Elle le sera encore plus demain.

Les pratiques et procédures réglementaires dans ce domaine devront être affinées. Les organismes de réglementation de l'énergie devront devenir plus souples et plus innovants, ce que le ministre de l'Énergie de l'Ontario a approuvé. Les économistes d'Ottawa ont suggéré qu'une réglementation agile est une réglementation qui est non seulement transparente mais qui recherche les meilleures preuves possibles.

Les décisions examinées dans cet article indiquent que la réglementation de l'énergie concernant la transition énergétique et les actifs délaissés nécessite la prise en compte de six facteurs : de meilleures preuves, des solutions différentes, de nouvelles directives réglementaires, la répartition des coûts, l'ajustement des risques et l'harmonisation des politiques.

MEILLEURES PREUVES

Il est intéressant de se demander pourquoi la CEO n'a pas demandé de meilleures preuves dans l'affaire Enbridge. Un certain nombre de parties à cette procédure, y compris le personnel de la Commission, ont demandé à la CEO de reporter l'affaire à une audience générale afin d'obtenir de meilleures preuves. Cette procédure n'est pas nouvelle dans la réglementation de l'énergie. Récemment, lorsque Nova Scotia Power a demandé à la NSUARB d'approuver l'amortissement de

la valeur non amortie de l'*Annapolis Tidal Generation Station*²⁶, la NSUARB a indiqué qu'elle ne pouvait pas rendre sa décision tant que des informations supplémentaires traitant correctement de certaines questions n'auraient pas été fournies.

La CEO a traité le cas Enbridge comme un cas de tarification ordinaire. Dans ce cas, si le demandeur ne s'acquitte pas du fardeau de la preuve qui lui incombe, la demande est rejetée. Le traitement des actifs délaissés dans le cadre de la transition énergétique exige une approche différente.

Les organismes de réglementation canadiens du secteur de l'énergie devront revoir leurs pratiques et procédures pour relever ce nouveau défi. Le point de départ est la procédure adoptée par la NSUARB dans l'affaire *Annapolis Tidal Generation*. Lorsque les preuves relatives aux actifs délaissés ne sont pas satisfaisantes, les organismes de réglementation doivent prendre des mesures pour obtenir de meilleures preuves. L'organisme de réglementation devrait également fournir de meilleures directives et être plus précis quant aux informations requises, comme l'a fait la NSUARB dans l'affaire *Annapolis Tidal Generation*.

Différentes solutions

La décision de la Colombie-Britannique dans l'affaire FortisBC est un bon exemple d'une autre caractéristique du monde de la réglementation agile. Plutôt que de rejeter purement et simplement la demande, la BCUC a décidé que, bien qu'elle ne puisse pas approuver le projet de pipeline de 327 millions de dollars, il était important de résoudre un problème à court terme. La BCUC était préoccupée par le fait que, sur la base des preuves, il pourrait y avoir un manque de capacité à court terme, voire à long terme, et qu'il convenait d'y remédier. La BCUC a donc ordonné à la compagnie de préparer une autre demande pour résoudre les problèmes avant la fin du mois de juillet 2024. Il s'agit là d'un autre exemple de l'importance d'une réglementation agile.

²⁵ Lettre d'instructions du ministre de l'Énergie au président par intérim de la Commission de l'énergie de l'Ontario, (29 novembre 2023), à la p 3, en ligne (pdf) : <www.oeb.ca/sites/default/files/letter-of-direction-from-the-Minis-ter-of-Energy-20231129.pdf>.

²⁶ *Supra* note 17.

Nouvelle directive réglementaire

Un autre nouveau domaine de pratique et de procédure en réglementation de l'énergie qui aide les parties dans les cas difficiles comme ceux impliquant la transition énergétique et les actifs délaissés est la « nouvelle directive ». Les principaux exemples dans les trois décisions examinées dans le présent article sont la décision Enbridge de la CEO et la décision Annapolis Tidal Generation de la NSUARB.

L'article 10 de l'ordonnance rendue dans l'affaire Enbridge Gas, citée plus haut, énumère six calculs et documents différents que la Commission a demandé à Enbridge de présenter dans sa prochaine demande de révision tarifaire.

Dans l'affaire *Annapolis Tidal Generation*, la NSUARB a énuméré en détail les informations qu'elle rechercherait dans une demande révisée concernant ce projet. La Commission avait jugé qu'elle ne disposait pas de suffisamment d'informations pour prendre les décisions appropriées dans le cadre de la première demande. La Commission a mis cette demande en veilleuse et a demandé au demandeur de présenter une demande révisée. Dans les cas difficiles, cette approche est plus productive que le rejet pur et simple de la demande initiale.

Répartition des coûts

Un élément important dans les affaires d'actifs délaissés est la compréhension par toutes les parties de la question de savoir qui assume le coût; et dans quelle proportion. Pour citer Scott Hempling, éminent spécialiste américain de la réglementation de l'énergie, les organismes de réglementation disposent d'un large pouvoir d'appréciation. Dans un article bien connu, Hempling déclare :

Les situations liées aux coûts échoués combinent toujours deux facteurs clés : les investissements prudents et les circonstances après investissement qui n'avaient pas pu être prévues au moment de l'investissement.

Ces développements factuels peuvent être des réductions dans la demande, une augmentation des coûts des intrants, l'obsolescence et les changements dans la politique de réglementation. La question est toujours la suivante : lorsque des actions prudentes produisent des résultats non économiques, qui doivent en assumer les coûts non recouverts : les actionnaires ou les clients? Les lecteurs espérant des directives claires sur les choses « à faire » ou « à ne pas faire » seront déçus; ceux espérant une grande discrétion réglementaire seront ravis. Le principe de base est le suivant : les organismes de réglementation ont différentes options, allant d'un recouvrement avec profit à aucun recouvrement sans profit, et tous les points entre ceux-ci²⁷.

Les décisions canadiennes concernant la prise en charge du coût des actifs délaissés varient également considérablement. La décision de la CEO concernant Enbridge n'est qu'un exemple parmi d'autres. Enbridge y affirmait que tous les coûts liés aux actifs délaissés devaient être assumés par les clients. Un certain nombre de parties ont contesté cette affirmation, mais la Commission, pour une raison quelconque, n'a pas pris de décision à ce sujet. Cependant, la décision prise dans cette affaire, selon laquelle le client devait payer d'emblée tous les coûts de raccordement, laisse entendre que la Commission estimait que les clients devaient assumer tous les coûts des actifs délaissés.

Il se peut que si les autorités de réglementation indiquent clairement la façon dont les coûts échoués seront répartis entre le service public et le client, les demandeurs puissent estimer avec plus de soin dans quelle mesure le projet entraînera des coûts échoués. Il convient de rappeler que dans ces trois premières affaires, deux d'entre elles reposaient sur une conclusion de l'autorité de réglementation selon laquelle il n'y avait pas eu de tentative sérieuse d'estimer le potentiel de coûts échoués du projet.

²⁷ Scott Hempling, « Des tramways aux panneaux solaires : La politique des coûts échoués aux États-Unis » (septembre 2015) 3:3 Publication trimestrielle sur la réglementation de l'énergie, en ligne : ERQ<energyregulationquarterly.ca/ft/articles/from-streetcars-to-solar-panels-stranded-cost-policy-in-the-united-states>.

Rajustement en fonction des risques

Le facteur de rajustement en fonction des risques est un autre instrument important auquel les organismes de réglementation sont confrontés dans les cas d'actifs délaissés. Il s'agissait d'une question brûlante dans l'affaire Enbridge, où la structure financière aux fins de la tarification correspondait à un ratio de 64 % de dettes pour 36 % de capitaux propres. Enbridge a proposé d'augmenter l'épaisseur des capitaux propres de 36 à 42 %. Le personnel de la Commission et quatre intervenants ont recommandé une augmentation à 38 %, tandis que huit intervenants ont recommandé un maintien à 36 %. En fin de compte, la CEO a approuvé l'augmentation de l'épaisseur des capitaux propres d'Enbridge de 36 à 38 %.

Il s'agit d'un facteur de rajustement important dont disposent les organismes de réglementation, bien qu'il soit généralement limité aux cas de tarification. Il nécessite cependant une estimation très fiable de la mesure dans laquelle le demandeur est confronté à un risque d'actifs délaissés.

Harmonisation des politiques

Les cas d'actifs délaissés existent depuis longtemps. Cependant, les actifs délaissés causés par la transition énergétique soulèvent des problèmes uniques. Il s'agit de décisions réglementaires qui vont à l'encontre de la politique gouvernementale.

Par définition, la transition énergétique est le fruit d'une politique gouvernementale et, dans de nombreux cas, d'investissements publics importants. Ce facteur s'est avéré être la principale caractéristique de l'affaire Enbridge qui a conduit le gouvernement de l'Ontario à introduire une nouvelle loi qui permettrait au gouvernement d'annuler certains aspects de la décision de la CEO. Ceux qui croient fermement à l'importance d'une réglementation indépendante en matière d'énergie ont trouvé cette évolution troublante.

Une meilleure approche consisterait à avertir les agences gouvernementales concernées de tout aspect d'une audience proposée qui soulève la possibilité d'un conflit avec la politique gouvernementale. Il n'y a aucune raison pour que les agences gouvernementales ne puissent pas intervenir dans les audiences réglementaires.

L'affaire Enbridge a soulevé une grave question juridique. Il s'agit de l'argument selon

lequel, dans la mesure où un organisme de réglementation de l'énergie rend une décision qui entre en conflit avec la politique du gouvernement, cet organisme de réglementation agit au-delà de sa compétence légale. Dans le monde de la transition énergétique et des actifs délaissés, il s'agit d'un problème permanent. Il sera difficile de le résoudre au moyen de directives politiques du gouvernement à l'intention des organismes de réglementation. Des solutions plus dynamiques en temps réel sont nécessaires.

La réglementation agile exige une plus grande transparence. Cela signifie que toutes les parties concernées, y compris le ministre de l'Énergie, doivent être informées. Le gouvernement est par définition partie à chaque cas de transition énergétique.

Cet article et ces trois cas ne sont que le début de ce qui pourrait facilement devenir une réforme très importante de la réglementation canadienne de l'énergie. Nous vous tiendrons au courant. ■

POURQUOI CRÉER UN ORGANISME DE RÉGLEMENTATION INDÉPENDANT DE L'ÉNERGIE?

*Ian A. Mondrow**

PARCE QUE LES FAITS SONT IMPORTANTES.

Le secteur de l'énergie est complexe. La transition énergétique accroît encore davantage sa complexité. Dans les prochaines années, les décideurs en matière d'énergie devront faire des choix, et il ne sera pas toujours facile de mettre en œuvre le résultat de ces choix.

Pour garantir une application réfléchie des modalités de la politique énergétique globale dans les domaines de responsabilité relevant de la compétence d'un organisme de réglementation de l'énergie, celui-ci doit être indépendant et spécialisé en la matière. Les processus transparents, inclusifs et fondés sur des faits qu'utilise l'organisme indépendant de réglementation de l'énergie de l'Ontario, soit la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO), pour s'acquitter de son mandat produisent des résultats solides et favorisent l'acceptation de ces résultats par la population.

Ainsi, pour le ministre responsable d'un portefeuille de plus en plus complexe et d'une importance indéniable, comme celui de l'énergie, la valeur d'un organisme de réglementation indépendant qui guide le secteur dans des changements complexes, et parfois perturbateurs, serait déterminante. Elle serait déterminante tant sur le plan de la qualité des

décisions réglementaires détaillées qu'il prend pour mettre en œuvre les choix stratégiques du gouvernement que pour favoriser l'acceptabilité publique de ces décisions et de leurs résultats, ainsi que la confiance du public à l'égard de leur bien-fondé. Il deviendrait important de prendre soin d'éviter de miner inutilement le travail de cet organisme de réglementation.

Il est donc curieux que, quelques heures à peine après le dépôt récent, par la CEO, d'une importante décision sur les tarifs de distribution concernant Enbridge Gas Inc. (EGI), le ministre de l'Énergie de l'Ontario a publié une déclaration critiquant publiquement la décision et annonçant son intention de l'infirmier. Il semble que le ministre ait été informé de manière incomplète ou inexacte. Cette approche établit un précédent qui n'est guère prometteur.

QUE SE PASSE-T-IL AVEC ENBRIDGE?

Le 21 décembre 2023, à 18 h, la CEO a rendu publique une décision détaillée concernant une demande d'EGI d'approuver des tarifs de distribution du gaz naturel qui s'appliqueraient en Ontario à compter du 1^{er} janvier 2024. La décision est le résultat d'un processus d'audience publique approfondi qui a exigé un examen qui s'est échelonné sur plus d'un an. Elle s'appuie sur des témoignages d'experts

* Ian Mondrow est associé chez Gowling WLG qui exerce dans le domaine de la réglementation et des politiques en matière d'énergie. Il exerce ses activités au bureau de Toronto. Ian comparait régulièrement devant la CEO et d'autres organismes de réglementation de l'énergie. Il a comparu dans l'affaire qui fait l'objet du présent article.

et d'entreprises de plusieurs milliers de pages, une audience orale exhaustive et un processus rigoureux d'examen de mémoires présentés par EGI, le personnel de la CEO et de nombreux intervenants informés, en fait des experts, ainsi que de représentants des clients et de défenseurs des intérêts du public. La décision complète, bien rédigée et entièrement étayée compte 147 pages (dont trois pages détaillant une dissidence partielle).

Tôt le lendemain, après la publication de cette décision, le ministre de l'Énergie de l'Ontario a publié une déclaration dans laquelle il se disait « *extrêmement déçu* » de la décision de la CEO concernant un nouvel horizon de revenus pour le raccordement au gaz naturel. « *Cette décision, qui signifierait que des coûts normalement échelonnés sur 40 ans devraient être entièrement acquittés dès le départ, pourrait se traduire par des dizaines de milliers de dollars supplémentaires sur les frais de construction de nouvelles maisons [et]... ralentirait ou empêcherait la construction de nouveaux logements, y compris de logements abordables* ».

Si ces allégations étaient fondées, le ministre pourrait en effet soulever une préoccupation légitime exigeant la prise de mesures immédiate par rapport à la politique du logement. Cependant, les faits établis dans la décision de la CEO n'appuient pas l'allégation d'une augmentation du coût des maisons de l'ordre de « *dizaines de milliers de dollars* », et il ne semble pas par ailleurs que la décision « *ralentira ou arrêtera la construction de nouvelles maisons* ». Les conclusions formulées dans la déclaration du ministre sont incompatibles avec les faits sur lesquels s'est appuyé le groupe de trois commissaires de la CEO pour rendre ses décisions à la suite du processus d'audience exhaustif suivi.

QU'EST-CE QU'UN « HORIZON DE REVENUS » ET POURQUOI EST-CE IMPORTANT?

La CEO a déterminé, entre autres décisions dans cette affaire, qu'en évaluant les projets de raccordement au gaz naturel pour de nouveaux clients résidentiels et de petits clients commerciaux après le 1^{er} janvier 2025, EGI devrait utiliser un « horizon de revenus » de zéro. Le ministre a raison de dire que cette décision de la CEO signifie que les coûts des nouveaux raccordements au gaz naturel, qui auparavant étaient récupérés sur une période de 40 ans à même les tarifs de distribution du

gaz naturel deviendront entièrement payables dès le départ à compter de 2025.

Les règles actuelles d'évaluation de la réalisabilité économique du raccordement des nouveaux clients intègrent un calcul des revenus à tirer des nouveaux clients résidentiels et commerciaux sur une période de 40 ans. Ces revenus sont ensuite déduits du coût du nouveau raccordement afin de déterminer si ce nouveau raccordement particulier est « économiquement viable », à savoir s'il sera payé, au fil du temps, par les nouveaux clients raccordés au réseau. Si ce n'est pas le cas, le nouveau client raccordé doit payer dès le départ une « contribution au titre de l'aide à la construction » (CAC) afin de protéger les intérêts des clients existants et de s'assurer qu'ils ne financent pas indirectement le coût des nouveaux raccordements.

Comme à de nombreux autres égards, la transition énergétique soulève des questions sur la pertinence continue de cette approche historique. Compte tenu des répercussions à court et à long terme de la transition énergétique, y compris des plans de l'Ontario pour un « *avenir énergétique propre* » caractérisé par une augmentation de l'électrification, la CEO a déterminé ce qui suit :

- il n'est plus approprié de tenir pour acquis que les actifs requis pour raccorder de nouveaux clients au gaz naturel continueront d'être « utilisés et utiles » sur un horizon de 40 ans;
- les futurs clients du gaz naturel sont maintenant exposés à un risque lié à une sous-utilisation des actifs de distribution du gaz naturel et aux coûts que pourraient engendrer ces actifs délaissés;
- la pratique actuelle consistant à fournir sans frais (pour les constructeurs de maisons) de nouveaux raccordements au gaz naturel transfère le risque lié au délaissement de ces nouveaux actifs de raccordement au gaz naturel aux acheteurs de maisons et aux futurs clients et elle n'est plus appropriée;
- les clients sont mieux protégés si l'on encourage les constructeurs de maisons neuves et leurs clients à examiner le coût des nouveaux raccordements au gaz naturel et de l'équipement de chauffage au gaz naturel connexe au regard de la solution de rechange qui consiste à utiliser

les raccordements électriques déjà requis en combinaison avec les thermopompes électriques à haut rendement disponibles, et à ensuite prendre la décision la plus économique pour alimenter la nouvelle maison.

Afin d'aider les constructeurs et les acheteurs de maisons neuves à évaluer de façon appropriée et éclairée les solutions possibles en matière d'alimentation en énergie offertes aujourd'hui et les coûts connexes, la CEO a déterminé que les coûts des nouveaux raccordements devaient être payés par les constructeurs de maisons (selon un modèle « d'horizon de revenu » zéro), au lieu de les amortir sur plusieurs décennies en les intégrant dans les tarifs de distribution payés par les clients du gaz naturel. Pour prendre cette décision, la CEO a tenu compte des éléments de preuve dont elle disposait, à savoir :

- Le coût historique moyen pour raccorder une maison au service du gaz naturel est de 4 412 \$ (moyenne pondérée des nouvelles constructions et des maisons existantes¹), et il faudrait environ 31 ans, en moyenne, pour recouvrer ces coûts auprès des futurs propriétaires².
- Le fait qu'un constructeur de maisons choisisse d'inclure le service de gaz naturel et de payer le coût de raccordement au réseau connexe à l'avance ferait augmenter le coût de la maison d'une moyenne d'environ 4 400 \$, et d'un peu moins dans le cas des nouveaux lotissements, tout en réduisant les coûts de fonctionnement de la nouvelle construction en raison de la baisse des prix du gaz naturel — *une considération largement sans effet pour les acheteurs*³.
- Les constructeurs de maisons ont l'autre possibilité de ne pas choisir le raccordement au service de gaz naturel

afin d'éviter le coût initial. Cette décision réduit le coût de construction, en plus de réduire le coût de fonctionnement en énergie de la nouvelle construction — *un gain pour les acheteurs de maisons et un atout pour les promoteurs qui peuvent demeurer concurrentiels dans le marché de l'habitation*⁴.

- L'électrification du chauffage dans une maison unifamiliale de Toronto se traduirait par des économies d'énergie d'environ 16 750 \$ sur la durée de vie utile de l'équipement de chauffage. *L'analyse d'experts examinée par le comité d'audience de la CEO indique que les acheteurs de maisons neuves économiseraient 37 % sur leurs factures d'énergie de la première année, et 46 % sur la durée de vie utile moyenne de 18 ans du nouvel équipement de chauffage, le tout avant l'application des remises du gouvernement fédéral et de l'Ontario liées aux solutions écoénergétiques*⁵.
- Le fait d'exiger que les coûts des nouveaux raccordements soient payés d'avance réduirait les coûts en immobilisations d'EGI, des coûts qui pourraient devenir non recouvrables à l'avenir, de l'ordre *d'un milliard de dollars* au cours de la période de cinq ans du plan tarifaire proposé par EGI, ce qui réduirait considérablement les tarifs de distribution du gaz naturel⁶.

Lorsqu'elle a rendu sa décision sur l'horizon de revenus, la CEO a formulé la précision suivante :

[Traduction]

En élaborant sa stratégie énergétique, l'Ontario a cerné le besoin d'une alimentation en électricité fiable,

¹ OEB EB-2022-0200, 21 décembre 2023 *Decision and Order*, à la p 25.

² Compte tenu de l'augmentation récente des coûts des nouveaux raccordements au service de gaz naturel, le coût rattaché au raccordement des nouveaux clients entre 2021 et 2023 en Ontario est plus élevé que les revenus qui seront tirés des tarifs au cours de l'horizon de revenus de 40 ans alors applicable. *Ibid*

³ *Ibid* à la p 37 [emphasis ajoutée].

⁴ *Ibid* [emphasis ajoutée].

⁵ Exhibit M9, Evidence of Chris Neme, *Energy Futures Group*, à la p 23.

⁶ *Supra* note 1 à la p 48. Les données compilées indiquent que l'adoption d'un horizon de revenus de 10 ans réduirait les dépenses en immobilisations de 853 millions de dollars sur cinq ans. Une réduction de l'horizon de revenus à zéro entraînerait une réduction beaucoup plus importante des dépenses en immobilisations.

*d'autant plus que les ménages augmentent leur consommation pour chauffer et refroidir leur domicile et faire fonctionner leur véhicule⁷. [citation dans l'original, *Alimenter la croissance de l'Ontario*, page 39]*

...

Tout au long de cette instance, le principal facteur pris en considération a été le risque que des actifs soient délaissés en raison de la transition énergétique. La conclusion de la CEO selon laquelle un horizon de revenus zéro tient pleinement compte de ce risque pour les projets de nouveaux raccordements. Dans un marché concurrentiel, lorsqu'un promoteur est confronté à la possibilité de devoir payer le coût total de l'inclusion d'un service de gaz naturel dans un projet, il est incité à choisir la solution possible la plus écoénergétique et la plus rentable d'une manière qui non seulement procure des gains d'efficacité sur le plan du coût du logement et réduit les coûts de fonctionnement de ce logement, mais qui maximise aussi la contribution aux objectifs de la politique de décarbonisation du gouvernement. Cela élimine également le problème des incitatifs divisés [où le promoteur choisit la solution possible d'approvisionnement en énergie tandis que le coût rattaché à ce choix est refilé au futur propriétaire]⁸.

En fait, la CEO a également demandé à EGI d'élaborer un crédit tarifaire pour les acheteurs de maisons neuves raccordées au gaz naturel, afin qu'ils ne paient pas le coût de raccordement à deux reprises : la première fois dans le prix d'achat de la maison et la deuxième fois dans les tarifs de distribution du gaz naturel qui comprennent les coûts historiques liés au raccordement de nouveaux clients. Comme l'a souligné une analyse effectuée par deux professeurs agrégés de la Ivey Business School de

l'Université Western⁹, les acheteurs de maisons neuves paient généralement leur maison au fil du temps au moyen d'un financement hypothécaire, et le crédit tarifaire prescrit par la CEO compenserait, sur une base mensuelle, tout coût de financement supplémentaire pour le propriétaire de la maison neuve rattaché au choix du constructeur de raccorder la maison neuve au service de gaz naturel.

QU'EN EST-IL DES PRÉOCCUPATIONS DU MINISTRE?

À la lumière des faits, il semble que le ministre se soit dit préoccupé par le fait que la nouvelle politique de la CEO sur l'horizon des revenus « *pourrait se traduire par des dizaines de milliers de dollars supplémentaires sur les frais de construction de nouvelles maisons [et]... ralentirait ou empêcherait la construction de nouveaux logements, y compris de logements abordables* ».

En fait, l'analyse des professeurs agrégés de la Ivey Business School concluait ce qui suit :

[Traduction]

... la décision du gouvernement d'infirmar la décision de la CEO ne devrait avoir pratiquement aucun effet sur le logement abordable dans la province. Selon nos estimations approximatives, sa politique pourrait réduire le coût annuel de l'achat d'une maison de 92,74 \$ ou l'augmenter de 32,90 \$. Il est difficile de voir le bien-fondé d'une érosion de l'indépendance réglementaire pour si peu¹⁰.

Si les faits sur lesquels s'est appuyée la CEO sont exacts (souvenez-vous du processus d'audience exhaustif qui a abouti à cette décision réglementaire bien étayée et bien raisonnée fondée sur de nombreuses observations de parties spécialistes, bien renseignées et bien informées ayant divers intérêts), la seule partie véritablement lésée par la détermination de l'horizon de revenu de la CEO semble être EGI.

⁷ *Ibid* à la p 37.

⁸ *Ibid* à la p 41.

⁹ Adam Fremeth et Brandon Shaufele, « When Housing Policy meets the Energy Regulator: Understanding the Minister's Decision to Effectively Overrule the Ontario Energy Board » (janvier 2024), en ligne (pdf) : *Ivey Energy Policy Management Centre* <www.ivey.uwo.ca/media/atnhvecf/iveyenergycentre_blog_housingenergy_jan2024.pdf>.

¹⁰ *Ibid* à la p 6.

En tant que service public réglementé, EGI tire ses profits des capitaux propres investis dans ses actifs. Depuis toujours, EGI finance le coût en capital des nouveaux raccordements au gaz et recouvre ces coûts auprès des clients du gaz naturel sur une période de 40 ans. Pendant cette période, les nouveaux coûts de raccordement non recouverts sont ajoutés aux actifs d'EGI, sur lesquels il obtient un rendement sur son investissement. Ces actifs et leur rendement connexe sur une période de cinq ans après le raccordement de nouveaux clients représentent une valeur d'environ un (1) milliard de dollars. La nouvelle politique de la CEO signifierait qu'à compter de 2025, le taux de croissance des actifs et des bénéfices (c.-à-d. le chiffre d'affaires) d'EGI diminuerait considérablement. Dans l'hypothèse où le risque lié un abandon éventuel de cet investissement était assumé par les consommateurs de gaz naturel plutôt que par l'actionnariat d'EGI, on peut facilement comprendre pourquoi EGI pourrait se préoccuper vivement de cet effet sur la croissance de ses affaires.

QUE SE PASSE-T-IL SI LES FAITS SONT ERRONÉS OU INCOMPLETS?

Et si la CEO se trompait?

EGI a peut-être fait part d'autres préoccupations au ministre ou à son personnel. Ces préoccupations, même si elles n'ont pas été soulevées pendant le processus d'audience, concernent peut-être des répercussions sur les clients qui ne sont pas prises en compte dans les décisions de la CEO? Peut-être que ce sont les constructeurs de maisons qui ont soulevé des préoccupations? Est-il possible que la CEO ait commis une erreur ou ait omis un élément important dans son analyse?

Si la CEO se trompe, il existe deux mécanismes d'examen bien établis, hautement crédibles et indépendants pour répondre à ces préoccupations. En fait, EGI cherche activement à activer ces deux mécanismes.

- Par voie d'un avis d'appel daté du 22 janvier 2024, EGI a interjeté appel de la décision de la CEO, *notamment* en ce qui concerne l'horizon de revenus, devant la Cour divisionnaire de l'Ontario.
- Par voie d'un avis de motion daté du 29 janvier 2024, EGI a demandé à la CEO de nommer un nouveau groupe de commissaires pour examiner, *entre autres*, la décision relative à l'horizon de revenus.

Bien que la décision de la CEO sur l'horizon de revenus des nouveaux raccordements ne s'applique pas avant 2025, dans les deux appels, EGI a demandé une suspension de cette décision, au besoin, tandis que ces appels sont dûment tranchés.

Dans le cours normal des choses, une Cour s'en remet maintenant à l'examen de la question par la CEO, réservant le processus de la Cour à toute préoccupation justifiable d'EGI qui persisterait après l'achèvement du processus d'examen réglementaire. Cette déférence à l'égard de l'expertise du tribunal de réglementation est instructive.

Il n'est pas nécessaire pour le moment que le ministre infirme la décision réfléchie et raisonnée de l'organisme de réglementation de l'énergie de l'Ontario, un organisme indépendant et respecté à l'échelle internationale. Si, après la conclusion de tous les examens en cours, la décision relative à la politique réglementaire sur l'horizon de revenus de la CEO est maintenue, et si, de l'avis du ministre, il persiste un problème de politique publique entravant la mise en œuvre de cette décision méritant d'être examinée, le ministre peut alors, et devrait peut-être alors, intervenir.

La fin d'une époque caractérisée par une croissance constante des entreprises de distribution de gaz pose-t-elle un problème de politique publique? Peut-être bien que oui. Est-ce qu'une augmentation d'environ 1 % du coût initial du raccordement d'une nouvelle maison, même si elle est compensée par la réduction du tarif de distribution du gaz naturel à l'avenir, représente un défi pour la politique d'abordabilité du logement du gouvernement de l'Ontario? Si tel était le cas, l'intervention du gouvernement pourrait alors être appropriée. Une telle intervention peut et doit se faire par voie législative, de façon transparente et officielle, faire l'objet de débat et être adoptée à l'Assemblée législative. Il existe aussi un processus de longue date et bien établi en cette matière.

QUE POURRAIT FAIRE LE MINISTRE MAINTENANT?

Le secteur de l'énergie est complexe. Les objectifs de politique publique comme la décarbonisation de notre économie et la promotion de la croissance de l'énergie propre peuvent sembler simples, mais la transition de l'état actuel à l'état souhaité ne le sera pas. Les coûts — actifs nouveaux et bloqués — pourraient être énormes. Il y aura

des gagnants et des perdants. Cette transition ne sera pas facile et ne sera probablement pas bon marché.

Heureusement, en Ontario, nous avons un organisme de réglementation de l'énergie bien établi, doté de ressources adéquates, transparent, expert et indépendant qui dispose des ressources et de la détermination nécessaire pour nous guider durant cette transition, dans l'intérêt public, et jouissant du respect nécessaire, de la part du public et des intervenants, pour légitimer ses décisions.

En même temps, les compromis plus vastes en matière de politique publique ne dépendent pas toujours des faits. Il incombe aux élus de surveiller et de diriger ces compromis plus vastes en matière de politique publique. Le travail de l'organisme de réglementation consiste à mettre en œuvre les orientations générales en matière de politique publique qui ont été déterminées et établies par les élus. Dans un scénario idéal, elles devraient être éclairées par des faits, mais parfois, des compromis et des jugements d'ordre politique sont requis. Des personnes raisonnables peuvent bien sûr être en désaccord avec de tels compromis. Notre gouvernement et les ministres qu'il nomme sont élus pour prendre ces décisions de la manière qu'ils jugent dans l'intérêt du grand public. Et pour ce faire, ils utilisent un processus législatif ouvert et généralement bien équilibré.

En décembre 2023, le ministre a déclaré que le gouvernement présenterait un projet de loi pour infirmer la décision de la CEO concernant l'horizon de revenu.

Il existe également un autre processus qui mérite d'être examiné, un processus qui peut être dirigé par le ministre et qui peut également maintenir la transparence, la cohérence, la responsabilité publique, l'examen réfléchi et raisonné des faits détaillés et de leurs répercussions, et l'équilibre des intérêts, ce qui caractérise le travail de la CEO dans le domaine souvent complexe de la politique de réglementation détaillée.

Le 19 janvier, le Comité de la transition relative à l'électrification et à l'énergie nommé par le gouvernement a publié son rapport intitulé *Perspectives de l'Ontario en matière d'énergie propre*. Parmi les nombreuses recommandations

qu'il renferme, l'une demande à la CEO d'examiner les politiques de recouvrement des coûts pour les raccordements au gaz naturel et à l'électricité, précisément la question examinée par la CEO dans l'affaire Enbridge et qui préoccupe le ministre Smith.

Le ministre pourrait demander ou exiger¹¹ que la CEO entreprenne un tel examen élargi et pourrait fournir tout contexte ou objectif d'intérêt public qu'il juge nécessaire ou approprié que la CEO examine expressément dans le cadre de cet examen. Cette démarche répondrait aux préoccupations soulevées tout en maintenant et en renforçant la transparence, la cohérence, la responsabilité publique et l'équilibre réfléchi et raisonné des intérêts qui caractérisent le travail important et en cours de la CEO. Après tout, là est la raison d'être d'un organisme indépendant de réglementation de l'énergie. ■

¹¹ *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, LO 1998, c 15, ann B, art 35.

RÈGLEMENTATION DES VÉHICULES ZÉRO ÉMISSION AU CANADA : LE RÈGLEMENT FÉDÉRAL DÉFINITIF EST MAINTENANT EN PLACE

*Timothy Cullen, Martin Thiboutot et Adelaide Egan**

Le 20 décembre 2023, le Canada a publié la version définitive du *Règlement modifiant le Règlement sur les émissions de gaz à effet de serre des automobiles à passagers et des camions légers*, qui exigera que 100 % des automobiles et des camions légers (véhicules légers, « VL » ci-après) neufs vendus au pays à partir de 2035 soient des véhicules zéro émission (les « modifications »¹ ci-après).

Un véhicule zéro émission (un « VZE » ci-après) est défini comme une « automobile qui est un véhicule électrique, un véhicule électrique hybride rechargeable ou un véhicule à pile à combustible »². Les modifications visent à retirer progressivement du marché tous les véhicules légers qui ne sont pas des VZE³. Pour que ce

but soit atteint, elles obligent les fabricants et les importateurs à offrir annuellement un pourcentage précis de VZE légers neufs pour la vente au Canada (la « cible de vente » ci-après); créent un système de points de conformité qui aidera les fabricants et les importateurs à atteindre les cibles annuelles; et fixent des exigences de déclaration permettant de suivre les progrès accomplis vers la cible de 100 %.

LE NOUVEAU PLAN

Pour les fabricants et les importateurs, l'obligation d'offrir un pourcentage minimal de véhicules légers neufs qui sont des VZE s'applique à partir de l'année de modèle 2026. Les cibles passent de 20 % à 100 % des

* Timothy Cullen est associé chez McMillan LLP au bureau d'Ottawa, Martin Thiboutot est avocat-conseil auprès au bureau de Montréal, et Adelaide Eganest est avocate chez McMillan LLP au bureau d'Ottawa.

¹ *Règlement modifiant le Règlement sur les émissions de gaz à effet de serre des automobiles à passagers et des camions légers*, DORS/2023-275.

² *Ibid.*, art 1 (art 1(1) du règlement modifié).

³ *Ibid.*, art 2 (art 2 du règlement modifié).

ventes de VZE d’ici 2035 et pour les années ultérieures, comme indiqué ci-dessous :

Année de modèle	Exigence VZE (pourcentage minimal des ventes)
2026	20
2027	23
2028	34
2029	43
2030	60
2031	74
2032	83
2033	94
2034	97
2035 et ultérieures	100

À compter de 2026, les fabricants et les importateurs dont le parc dépassera l’objectif de vente pour une année de modèle donnée recevront des « unités de conformité » pour l’année de modèle en cause⁴. De la même manière, ils encourront un « déficit » si leur parc n’atteint pas l’objectif de vente pour l’année de modèle en cause⁵. Les déficits devront être compensés par : 1) des unités de conformité précoce, 2) des unités de conformité régulières provenant d’années antérieures ou 3) des unités de bornes de recharge⁶.

1) Une entreprise pourra obtenir des unités de conformité précoce si son parc des années de modèle 2024 et 2025 comportait déjà des VZE. Elle pourra accumuler des unités de conformité précoce pour compenser un déficit futur, mais ne pourra pas en transférer à une autre entreprise. Les unités de conformité précoce seront valides jusqu’à l’année de modèle 2027 seulement.

2) À compter de l’année de modèle 2026, une entreprise obtiendra des unités de conformité régulières si son parc dépasse la cible de vente. Elle pourra accumuler des unités de conformité régulière ou en transférer à une autre entreprise. Les unités de conformité régulières seront valides jusqu’à l’année de modèle 2035.

3) Une entreprise pourra obtenir des unités de bornes de recharge en contribuant au déploiement d’infrastructures de recharge rapide au Canada (détails ci-dessous).

Les fabricants et les importateurs devront soumettre un « rapport de fin d’année de modèle » contenant des renseignements sur leur parc; le nombre de véhicules électriques hybrides rechargeables et de véhicules électriques que comporte leur parc; un sommaire des unités de conformité et des compensations; et d’autres renseignements prescrits par le Règlement⁷. Les modifications autorisent les entreprises à inclure dans leurs calculs toute « technologie innovatrice » qui entraîne une réduction quantifiable des émissions de CO₂⁸. Le Canada tire la définition de « technologie innovatrice » (innovative technology) de la législation fédérale américaine sur le même sujet. Les rapports devront être présentés au plus tard le 1^{er} mai de l’année civile suivant chaque année de modèle.

NOUVEAUX CRÉDITS POUR L’INFRASTRUCTURE DE RECHARGE

L’une des critiques les plus souvent formulées quant au plan du Canada pour atteindre la cible de 100 % de VZE est que les infrastructures de recharge qui seraient nécessaires pour l’atteindre ne sont pas disponibles en nombre suffisant au Canada. Grâce aux modifications, les fabricants et les importateurs pourront obtenir des crédits de conformité pour leur contribution au déploiement d’infrastructures

⁴ *Ibid.*, art 13 (art 30.14(1) du règlement modifié).

⁵ *Ibid.*, art 13 (art 30.14(2) du règlement modifié).

⁶ *Ibid.*, art 13 (art 30.15(3) du règlement modifié).

⁷ *Ibid.*, art 14 (art 33(4) du règlement modifié).

⁸ *Ibid.*, art 9 (art 18.3(1) du règlement modifié).

de recharge rapide au pays⁹. Ils devront présenter une demande de projet de bornes de recharge et ils obtiendront des points selon une formule tenant compte du montant de leur investissement (de façon générale, un point par tranche de 20 000 \$ investis), du nombre d'investisseurs et de la puissance nominale des bornes¹⁰. Les bornes de recharge mises en service au plus tôt le 1^{er} janvier 2024 et au plus tard le 31 décembre 2027 donneront droit à des points de bornes de recharge¹¹. Ces points pourront être accumulés pour être utilisés ultérieurement ou être transférés à une autre entreprise, mais ils seront valides jusqu'à la fin de l'année de modèle 2030 seulement.

HARMONISATION AVEC LES NORMES AMÉRICAINES

Les modifications ne se limitent pas à rendre obligatoire la vente de 100 % de VZE. Elles visent aussi à réduire le fardeau réglementaire pour les entreprises qui exercent des activités sur les marchés canadiens et américains, en veillant à ce que les exigences administratives associées aux normes d'émissions de GES pour les véhicules jusqu'à l'année de modèle 2026 soient harmonisées dans les deux pays¹².

CONCLUSION

Les nouvelles exigences fédérales viennent s'ajouter à celles des régimes provinciaux (de la Colombie-Britannique et du Québec en particulier) qui encouragent l'adoption des VZE et la croissance des ventes de ces véhicules. Elles s'alignent sur le Plan de réduction des émissions que le gouvernement fédéral a publié en mars 2022 et signalent un virage progressif de la stratégie de la carotte vers celle du bâton. D'ailleurs, le gouvernement du Canada a investi plus de 2 milliards de dollars dans des incitatifs à l'achat de VZE, mais ces mesures prendront fin le 31 mars 2025. ■

⁹ *Ibid*, art 13 (art 30.17 du règlement modifié).

¹⁰ *Ibid*, art 13 (art 30.21 du règlement modifié).

¹¹ *Ibid*, art 13 (art 30.21 du règlement modifié).

¹² *Ibid*, art 6 (art 17 du règlement modifié).

L'ALBERTA A BESOIN D'UNE POLITIQUE ÉNERGÉTIQUE STABLE

*Charles DeLand**

INTRODUCTION DE LA PART DES AUTEURS

Aujourd'hui, le coût des dommages causés par les changements climatiques et l'investissement nécessaire pour la transition énergétique afin de réduire les émissions de carbone sont les principaux facteurs qui dominent les décisions de la plupart des organismes canadiens de réglementation de l'énergie. En Alberta, les organismes de réglementation sont confrontés à un problème supplémentaire. L'économie de la province est dominée par le secteur de la production de pétrole et de gaz et, dans ce contexte, elle doit composer avec une opposition considérable. Cette opposition complique d'autant la vie du gouvernement et de l'organisme de réglementation de l'Alberta.

Il s'agit d'un article unique. L'un des principaux économistes de l'énergie du Canada prête de sages conseils à l'organisme de réglementation et au gouvernement qui doivent relever ce défi.

CONTEXTE

Au Canada, de nos jours, tout revient à l'électricité en tout temps, tandis que nous nous adaptons à la transition écologique et à ses véhicules électriques, à ses thermopompes électriques et à tout ce qui est électrique. Dans ce contexte, il appartient aux gouvernements provinciaux, à leurs organismes et offices de réglementation de planifier et de concrétiser un demain où l'électricité prendra encore plus

de place, et ce, en veillant à l'abordabilité et à la fiabilité de l'énergie.

Toutes les provinces doivent relever ce défi, mais maintenant en faisant face à deux enjeux importants. Premièrement, elles doivent répondre au projet de règlement sur l'électricité propre (REP)¹ du gouvernement fédéral, conçu pour exiger que les réseaux d'électricité parviennent à la « carboneutralité » d'ici 2035. Deuxièmement, et dans le même ordre d'idées, elles doivent affiner leurs réseaux de manière à intégrer des volumes croissants d'énergies renouvelables, lesquelles sont intrinsèquement intermittentes, en particulier l'énergie éolienne et solaire, tout en garantissant la fiabilité de l'alimentation presque en tout temps.

LA SITUATION EN ALBERTA

L'Alberta est confrontée à une tâche titanesque. L'exploitation de ses riches ressources solaires et éoliennes intermittentes ne peut être appuyée par les solutions de production au nucléaire de l'Ontario ou de production hydroélectrique du Québec, de la Colombie-Britannique et du Manitoba. L'Alberta dépend plutôt de ses vastes réserves de charbon et de gaz naturel. Ces sources d'électricité de base fiables et abordables émettent plus de GES que la production hydroélectrique ou au nucléaire. La province compte également sur le secteur privé pour financer son parc de centrales à combustibles fossiles. Les décisions sur le type, la taille, l'emplacement et le calendrier des nouveaux

* Charles DeLand est directeur associé de recherche à l'Institut C.D. Howe de Calgary. Une version antérieure de cet article a été publiée par l'Institut C.D. Howe dans son bulletin daté du 19 décembre 2023, voir : <www.cdhowe.org/intelligence-memos/charles-deland-alberta-needs-stable-policy-approach-power>.

¹ « Règlement sur l'électricité propre » (19 août 2023) 157:33 *Gazette du Canada*, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2023/2023-08-19/html/reg1-fra.html>.

projets sont entièrement dictées par les rendements économiques que les investisseurs privés attendent du marché de gros. Les risques financiers créés par le REP dissuaderont indubitablement les investisseurs d'investir dans de nouveaux projets de production d'électricité de base à partir du gaz naturel.

Le gouvernement de l'Alberta a pris acte de ses difficultés en matière de production d'électricité, mais jusqu'à maintenant, sa réponse semble improvisée et ses décisions sont brusques. Une approche plus mesurée allégerait le fardeau de la province. En août 2023, le gouvernement a suspendu l'approbation de nouveaux projets de production d'énergie renouvelable, manifestement en réponse aux préoccupations relatives à leur fiabilité et à l'utilisation des terres qu'ils proposent. Cependant, cette décision pourrait entraîner des effets² néfastes sur le plan des investissements. À la fin de novembre 2023, la première ministre a déposé à l'Assemblée législative une motion visant à appliquer l'*Alberta Sovereignty within a United Canada Act*³, qui vise à donner à l'Alberta le pouvoir de rejeter des lois ou des règlements fédéraux qui portent atteinte à la province. La motion n'a pas encore fait l'objet de débat. Si elle est adoptée, elle déclencherait également l'examen de la « faisabilité et de l'efficacité » de la création d'une société d'État qui servirait de moyen de défense contre les limites imposées par Ottawa aux nouveaux projets de production au gaz naturel.

Au lieu de répondre rapidement à chaque problème à mesure qu'il se présente, l'Alberta devrait procéder en compilant des analyses réfléchies et mesurées auprès de sources spécialisées et les intégrer à ses processus décisionnels. Autrement, la province risque

d'imposer des coûts d'électricité élevés aux Albertains. L'un des aspects positifs de cette démarche est que de nombreuses analyses sont déjà en cours dans le cadre de diverses consultations⁴ distinctes, mais interreliées. Au milieu de 2023, l'Alberta Energy System Operator (AESO) a lancé l'initiative Market Pathways⁵ afin d'examiner les changements à apporter au cadre du marché pour appuyer la transition énergétique. En octobre, le gouvernement a entrepris un examen de la politique sur le transport d'électricité⁶ au moment même où l'Alberta Utilities Commission instituait une enquête⁷ distincte à deux volets sur la production d'électricité. De plus, on a demandé à l'AESO et aux administrateurs de la surveillance des marchés de donner des conseils sur les réformes nécessaires.

Les responsables de ces initiatives devraient obtenir un avis d'expert auprès de ces organismes. S'ils ne bénéficient pas de l'expertise requise, il faudrait qu'ils la cherchent ailleurs, et l'organisme devrait renforcer sa capacité de fournir elle-même cette expertise. Le gouvernement devrait ensuite publier les résultats de toutes ces enquêtes, et tout changement de politique devrait être clairement et publiquement lié à ces résultats.

Entre-temps, le gouvernement devrait en dire et en faire le moins possible. Même la suggestion d'établir une société d'État soutenue par le gouvernement dans un marché privé a peut-être déjà refroidi les investisseurs.

Par ailleurs, à titre d'exemple d'un organisme appartenant à l'État exploité dans un environnement concurrentiel, non sans soulever des préoccupations, la première ministre

²Note de service de G. Kent Fellows à Nathan Neudorf, ministre de l'Abordabilité et des Services publics de l'Alberta, « Renewables Moratorium Risks Harming Alberta's Investment Climate » (21 août 2023), en ligne : *Institut C.D. Howe* <www.cdhowe.org/intelligence-memos/g-kent-fellows-renewables-moratorium-risks-harming-albertas-investment-climate>.

³*Alberta Sovereignty within a United Canada Act*, SA 2022, c A-33.8

⁴Jessica Kennedy, Larissa Lees, Nathan Green et Siobain Quinton, « Change on the Horizon for Alberta's Electricity Regulatory Regime in 2024 » (23 novembre 2023), en ligne : *Bennet Jones* <www.bennetjones.com/Blogs-Section/Change-on-the-Horizon-for-Albertas-Electricity-Regulatory-Regime-in-2024>.

⁵« Market Pathways » (dernière modification le 30 janvier 2024), en ligne : *AESO* <www.aesoengage.aeso.ca/market-pathways>.

⁶Gouvernement de l'Alberta, « Transmission Policy Review: Delivering the Electricity of Tomorrow » (23 octobre 2023), en ligne (pdf) : *ABlawg* <ablawg.ca/wp-content/uploads/2023/11/Transmission-Policy-Green-Paper-2023.pdf>.

⁷« AUC inquiry into the ongoing economic, orderly and efficient development of electricity generation in Alberta » (23 octobre 2023), en ligne (pdf) : *AUC* <efiling-webapi.auc.ab.ca/Document/Get/795151>.

Danielle Smith a mentionné l'Alberta Treasury Branch, une banque appartenant à l'État. En effet, il reste peu de raisons convaincantes justifiant que le gouvernement continue de participer à un marché des services financiers bien développé, et il en va de même pour le marché de l'électricité⁸.

POUR L'AVENIR

L'électricité ne devrait pas en soi soulever un intérêt particulier. Elle doit simplement être disponible quand et où les gens et les entreprises en ont besoin, au prix le plus bas possible. Les réseaux électriques et les marchés de l'électricité sont complexes et dynamiques, et tout changement doit être réfléchi et bien conçu pour réduire au minimum le risque de perturbations et de conséquences imprévues. Les politiciens doivent écouter attentivement les conseils des organismes techniques et de réglementation, et des spécialistes externes s'ils veulent comprendre toutes les ramifications que peuvent générer les divers plans d'action.

L'Alberta ne devrait pas apporter de changements à son réseau d'électricité avant d'avoir reçu et analysé tous les rapports qui lui sont soumis afin d'éviter de compromettre la fiabilité, l'abordabilité et la sécurité en matière d'approvisionnement énergétique à mesure que le réseau évolue vers la carboneutralité. ■

⁸ Glen Hodgson à Travis Toews, ministre des Finances et président du Conseil du Trésor de l'Alberta, « Time to Review ATB Financial: Is It Still Needed as a Crown Corporation? » (13 janvier 2022), en ligne : *Institut C.D. Howe* <www.cdhowe.org/intelligence-memos/glen-hodgson-time-review-atb-financial-it-still-needed-crown-corporation>.

*BETWEEN DOOM &
DENIAL: FACING FACTS
ABOUT CLIMATE CHANGE,*
ANDREW LEACH,
SOUTHERLAND HOUSE,
TORONTO, 2023

Rowland J. Harrison, c.r.

Le débat sur les changements climatiques est souvent obscurci par des allégations extrêmes, parfois empreintes de zèle, d'intolérance et de déni. Les positions extrêmes, de part et d'autre, peuvent dépasser les limites d'une discussion intelligente des faits, où les véritables enjeux se perdent dans la confusion et où il devient plus difficile de déterminer les voies à suivre. De plus, certaines allégations peuvent comporter un élément superficiel de raisonnabilité ou un appel intuitif qui ne résiste tout simplement pas à un examen plus approfondi.

BETWEEN DOOM & DENIAL: Facing Facts About Climate Change d'Andrew Leach est une contribution précieuse au maintien du débat sur les changements climatiques, en particulier dans le contexte canadien. L'ouvrage ne propose pas de marche à suivre particulière, comme le titre principal *BETWEEN DOOM & DENIAL* (entre le pessimisme et le déni) pourrait le laisser entendre. Sa teneur est plutôt décrite dans le sous-titre : *Facing Facts About Climate Change* (constater les faits sur les changements climatiques). Pour reprendre les mots de M. Leach, le livre [traduction] « s'attaque à une série de... demi-vérités, de mensonges par omission et de demi-excuses plutôt audacieuses que nous, Canadiens, répétons lorsque nous parlons des changements climatiques »¹.

Les qualifications et l'expérience de Leach sont éminemment à la hauteur de la tâche. Titulaire d'un doctorat en économie et d'un baccalauréat ès sciences en sciences de l'environnement, il occupe un poste au Département d'économie et à la Faculté de droit de l'Université de l'Alberta. En 2015, il a présidé le Climate Leadership Panel (groupe d'experts sur le climat) de l'Alberta, dont les recommandations ont servi de base à l'établissement du Climate Leadership Plan (plan de leadership climatique) mis en œuvre en Alberta.

Dans les premiers chapitres de *BETWEEN DOOM & DENIAL*, M. Leach se penche sur plusieurs assertions répandues au sujet des répercussions des changements climatiques pour le Canada qui, à son avis, ne résistent pas à un examen minutieux. Bien qu'il n'utilise pas le mot « mythe », il fait valoir de façon convaincante que c'est exactement ce qu'elles sont.

Dans le chapitre 2, M. Leach aborde le point de vue exprimé par certains selon lequel les changements climatiques ne seront pas aussi dommageables qu'envisagé et que la société peut s'y adapter. Il souligne toutefois qu'il existe trois solutions possibles pour faire face aux changements climatiques — les atténuer,

¹ Andrew Leach, « *BETWEEN DOOM & DENIAL* », à la p 1.

s’y adapter et les subir — et adopte l’argument éloquent présenté par le directeur du Bureau de la politique scientifique et technologique de la Maison-Blanche, sous le gouvernement Obama, voulant que [traduction] « plus nous prenons des mesures d’atténuation, moins il devient nécessaire de nous adapter et moins il y aura de souffrances »². De plus, bien que les stratégies d’adaptation puissent être utiles dans certains cas (par exemple, éventuellement avec la substitution de cultures vivrières), certains des effets négatifs les plus importants ne pourront être évités que par l’atténuation.

Dans les quatre chapitres suivants, M. Leach se penche sur des allégations douteuses qui sont propres à la situation du Canada, la première étant que le Canada, en tant que pays froid, pourrait profiter des changements climatiques, qui offrirait de nouvelles possibilités dans les domaines de l’agriculture et de l’exploitation pétrolière, gazière et minérale dans l’Arctique, en plus d’augmenter [traduction] « le confort personnel de vivre dans un climat plus favorable »³. Qualifiant la prémisse du pays froid d’« insidieuse », il souligne que, bien que le froid puisse offrir une certaine protection contre les pires effets de l’élévation des températures, les changements climatiques entraîneront également la fonte du pergélisol, l’élévation du niveau de la mer, une multiplication des vagues de chaleur et une augmentation des conditions météorologiques propices aux incendies forestiers.

M. Leach traite ensuite de la résistance aux mesures d’atténuation des changements climatiques parce que le Canada est responsable de moins de 2 % des émissions mondiales. Le rejet de l’argument par M. Leach repose à la fois sur la « contribution importante et historique du Canada aux changements climatiques » et sur le fait que, avec des émissions par habitant environ trois fois plus élevées que la moyenne mondiale, [traduction] « le Canada aggrave le problème des changements climatiques »⁴.

Dans le chapitre consacré à la discussion de l’avenir de l’industrie pétrolière et gazière canadienne dans le contexte de la lutte contre les changements climatiques, M. Leach conclut que le prix que chacun est prêt à payer pour les combustibles fossiles importera beaucoup plus que la quantité de pétrole et de gaz utilisée : [traduction] « Tant et aussi longtemps que les gens seront prêts à payer suffisamment pour le pétrole et le gaz, la production canadienne restera vraisemblablement plus résiliente que vous ne le pensez face aux mesures nationales et mondiales de lutte contre les changements climatiques »⁵. Il propose l’argument convaincant d’un collègue économiste de l’Université de Calgary : [traduction] « Il existe un argument raisonnable selon lequel, si un dernier baril de pétrole est produit en Amérique du Nord, il proviendra [des sables bitumineux] à moins que la politique gouvernementale ne décide de renoncer activement à cette possibilité économique »⁶.

En ce qui concerne le rôle des énergies renouvelables, en particulier l’énergie solaire, M. Leach fait remarquer que le défi n’est pas tant que le soleil ne brille pas la nuit, mais plutôt l’hiver (comme en témoigne le récent accrochage de l’Alberta avec la menace de pannes d’électricité). Les panneaux solaires produiront la moitié moins d’énergie au plus fort de l’hiver, lorsque la demande d’électricité au Canada atteint un sommet, qu’au cours des mois d’été. De nouvelles infrastructures de transport d’électricité de grande envergure seront nécessaires, mais le transport [traduction] « pourrait être la composante la plus importante d’un réseau électrique à faibles émissions de carbone et pourtant, celle dont on discute le moins »⁷.

La dissection que fait M. Leach de ces « demi-vérités et excuses astucieuses » est en soi une contribution importante au débat sur les changements climatiques. La véritable valeur de *BETWEEN DOOM & DENIAL* se trouve toutefois dans son avant-dernier

² *Ibid* à la p 8.

³ *Ibid* à la p 14, en citant l’ancien ministre fédéral des Finances et des Ressources naturelles, Joe Oliver.

⁴ *Ibid* à la p 27.

⁵ *Ibid* à la p 55.

⁶ *Ibid* à la p 47, en citant G. Kent Fellows, « Last Barrel Standing? Confronting the Myth of ‘High-Cost’ Canadian Oil Sands Production » (20 décembre 2022) commentaire 635, en ligne (pdf) : *Institut C. D. Howe* <www.cdhowe.org/sites/default/files/2022-12/Commentary_635.pdf>.

⁷ *Ibid* à la p 65.

chapitre, qui traite des défis de la planification d'une « transition juste ». L'accent est mis sur le caractère unique sans précédent de ces défis :

[Traduction]

La transition économique sera pénible : il y aura des bouleversements, des difficultés régionales et des personnes qui ne s'en relèveront jamais.

Les promesses d'une transition juste vont se heurter à deux dures réalités. Premièrement, l'industrie de l'énergie fossile, et en particulier le secteur du pétrole et du gaz, est beaucoup plus vaste et diversifiée que d'autres industries auxquelles les gouvernements canadiens ont tenté de fournir un soutien traditionnel. Deuxièmement, une transition imposée par la politique pour abandonner le pétrole et le gaz est différente des autres transitions économiques que nous avons traversées au Canada en raison des salaires élevés que gagnent les travailleurs du secteur pétrolier et gazier, des revenus importants que l'extraction pétrolière et gazière procure au gouvernement et du potentiel très réel des signaux du marché pour contrecarrer la planification de la transition du gouvernement⁸.

Diverses expériences canadiennes et internationales sont souvent considérées comme des « précédents » qui peuvent guider l'approche du Canada pour relever le défi, y compris le moratoire sur la morue de l'Atlantique, l'élimination progressive en Alberta et en Ontario de la dépendance au charbon pour la production d'électricité et l'élimination progressive du secteur pétrolier et gazier du Danemark. Bien que ces expériences puissent offrir une certaine orientation, le message de M. Leach est que leur véritable valeur est d'aider à déterminer le caractère unique du défi d'une « transition juste » dans le contexte canadien.

BETWEEN DOOM & DENIAL est une contribution précieuse et rafraîchissante au processus visant à relever ce défi. ■

⁸ *Ibid* à la p 72.