

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Ontario (Commission de l’énergie) *c.* Ontario Power Generation Inc., 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147 | **Date :** 20150925**Dossier :** 35506 |

Entre :

Commission de l’énergie de l’Ontario

Appelante

et

Ontario Power Generation Inc.,

Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique,

Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 et

Society of Energy Professionals

Intimés

- et -

Corporation des services en éducation de l’Ontario

Intervenante

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 121)**Motifs dissidents :**(par. 122 à 161) | Le juge Rothstein (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon)La juge Abella |

Ontario (Commission de l’énergie) *c.* Ontario Power Generation Inc., 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147

Commission de l’énergie de l’Ontario Appelante

c.

Ontario Power Generation Inc.,

Syndicat des travailleurs et travailleuses

du secteur énergétique, Syndicat canadien

de la fonction publique, section locale 1000 et

Society of Energy Professionals Intimés

et

Corporation des services en éducation de l’Ontario Intervenante

**Répertorié :**Ontario **(**Commission de l’énergie) ***c.*** Ontario Power Generation Inc.

2015 CSC 44

No du greffe : 35506.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon.

en appel de la cour d’appel de l’ontario

 *Services publics — Électricité — Décision d’un organisme de réglementation des services publics relativement à l’établissement de tarifs — Demande d’un service public en vue d’obtenir le recouvrement de dépenses de rémunération faites ou convenues grâce aux tarifs établis par la Commission de l’énergie de l’Ontario — La Commission avait‑elle l’obligation d’employer une méthode particulière axée sur la prudence pour apprécier les dépenses du service public? — Le refus de la Commission d’approuver 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public était‑il raisonnable? — Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 78.1(5), (6).*

 *Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Appels — Qualité pour agir — La Commission de l’énergie de l’Ontario a‑t‑elle agi de manière inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir le caractère raisonnable de sa propre décision? — A‑t‑elle tenté de se servir de l’appel pour « s’auto‑justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale?*

 En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que le service public touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. La Commission a refusé certains paiements sollicités par Ontario Power Generation (« OPG ») dans sa décision sur la demande d’établissement des tarifs pour la période 2011‑2012. Elle a en fait refusé à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public au motif que ces dépenses étaient en rupture avec celles d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie. Les juges majoritaires de la Cour divisionnaire de l’Ontario ont rejeté l’appel d’OPG et confirmé la décision de la Commission. La Cour d’appel a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs.

 La thèse d’OPG en l’espèce veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission prétend pour sa part que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode fondée sur le principe de la prudence et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses convenues, mais bien des dépenses prévues.

 OPG exprime en outre des préoccupations sur la participation de la Commission à l’appel de sa propre décision et fait valoir que la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée et que l’organisme a tenté de se servir de l’appel pour s’auto‑justifier en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale. La Commission soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

 *Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d’appel est annulée et celle de la Commission est rétablie.

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : Se pose en premier lieu la question du caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. Les préoccupations relatives à la participation d’un tribunal administratif à l’appel de sa propre décision ne sauraient fonder l’interdiction absolue d’une telle participation. La démarche discrétionnaire offre le meilleur moyen d’assurer le caractère définitif de la décision et l’impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d’analyses à la fois utiles et importantes. Vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Qui plus est, dans certains cas, il n’y a tout simplement personne pour s’opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Lorsqu’aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige. Les considérations suivantes permettent de délimiter l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de révision : les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission du tribunal en cause et le mandat du tribunal, à savoir si sa fonction consiste soit à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou à enquêter, ou à défendre l’intérêt public. L’importance de l’équité, réelle et perçue, milite davantage contre la reconnaissance de la qualité pour agir du tribunal administratif qui a exercé une fonction juridictionnelle dans l’instance. Il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d’un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d’une décision bien éclairée et l’importance d’assurer l’impartialité du tribunal administratif.

 L’application de ces principes à la situation considérée en l’espèce mène à la conclusion qu’il n’était pas inapproprié que la Commission participe à l’appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. La Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n’avait d’autre choix que de prendre part à l’instance pour que sa décision soit défendue au fond. Aussi, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Sa participation au pourvoi n’avait rien d’inapproprié en l’espèce.

 La question de l’« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif est en droit d’agir comme partie à l’appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la qualité pour agir d’un tribunal c’est décider de ce qu’il peut faire valoir, alors que l’autojustification touche à la teneur des prétentions. Un tribunal s’autojustifie lorsqu’il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire. Un tribunal ne peut défendre sa décision en invoquant un motif qui n’a pas été soulevé dans la décision faisant l’objet du contrôle. Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu’il a tranché les questions dont il était saisi et qu’il a motivé sa décision, à moins qu’il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d’entendre à nouveau l’affaire, un tribunal ne puisse profiter d’un contrôle judiciaire pour modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs. Même s’il est dans l’intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, la cour de révision étant alors saisie des arguments les plus convaincants à l’appui de chacune des thèses, autoriser l’autojustification risque de compromettre l’importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Dans la présente affaire, la Commission n’a pas indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu’elle a présenté ses arguments devant la Cour. Les arguments qu’elle a invoqués en appel n’équivalent pas à une autojustification inadmissible.

 La question de fond est celle de savoir si la Commission a employé une méthode appropriée pour refuser à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération. L’approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu’un service public peut recouvrer rend compte de l’équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l’investissement dans une infrastructure robuste et protéger l’intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l’équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins. Lorsqu’il s’agit d’assurer l’équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu’il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d’exploitation et des coûts en capital. Ainsi, le consommateur a l’assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l’assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

 La *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prescrit pas la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et du consommateur lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Suivant cette loi, il incombe cependant au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables. Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision du service public de faire les dépenses était prudente. La Commission jouit d’un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’arrêter la méthode à employer dans l’examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu’établit le régime législatif.

 La question à trancher est celle de savoir si la Commission était tenue à l’application d’un critère excluant le recul et présumant la prudence pour décider si les dépenses de rémunération du personnel étaient justes et raisonnables. Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Toutefois, aucun élément du régime législatif n’appuie l’idée que la Commission devrait être tenue en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier des dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d’analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements.

 Lorsque l’organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue. Dans la présente affaire, il convient mieux de voir dans les dépenses de rémunération dont le recouvrement a été refusé à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu’elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux de ses syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu’OPG conservait une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l’attrition projetée de l’effectif. Il est déraisonnable de considérer qu’il s’agit en totalité de dépenses prévues. Cependant, la Commission n’était pas tenue d’appliquer un principe de prudence donné pour apprécier ces dépenses. Il n’est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l’application d’un critère de prudence qui exclut le recul. Présumer la prudence aurait été incompatible avec le fardeau de la preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu’il soit raisonnable ou non d’apprécier certaines dépenses avec recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s’originent ces dépenses.

 Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n’a pas agi de manière déraisonnable en n’appliquant pas le critère de l’investissement prudent pour décider s’il était juste et raisonnable d’indemniser OPG de ces dépenses et en refusant le recouvrement de celles‑ci. Puisque les dépenses en cause sont des dépenses d’exploitation, il est peu probable que le refus essuyé dissuade OPG de faire de telles dépenses à l’avenir, car les dépenses de la nature de celles dont le recouvrement a été refusé sont inhérentes à l’exploitation d’un service public. Aussi, les dépenses en cause découlent d’une relation continue entre OPG et ses employés. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l’organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu’il juge pertinente aux fins d’établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s’en tenir à une approche excluant le recul. Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public. La Commission n’entend aucunement, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés syndiqués. Il n’était pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l’une ou l’autre de ces catégories.

 Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu’OPG obtienne à court terme l’équivalent de son coût du capital. Toutefois, il visait à signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance. L’envoi d’un tel message peut, à court terme, donner à OPG l’impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s’attendre à payer pour la prestation efficace du service. L’envoi d’un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l’article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*.

 *La* juge Abella (dissidente) : La Commission a rendu une décision déraisonnable en ce qu’elle n’a pas appliqué la méthode qu’elle avait elle‑même établie pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables. Elle a à la fois méconnu le caractère contraignant en droit des conventions collectives liant Ontario Power Generation et les syndicats et omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles.

 Dans ses motifs, la Commission a dit recourir à deux examens pour arrêter le montant de paiements justes et raisonnables. En ce qui concerne les « dépenses prévues », soit celles à l’égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu’il peut toujours réduire ou éviter, la Commission a expliqué qu’elle examinait ces dépenses au regard d’une vaste gamme d’éléments de preuve et qu’il incombait au service public d’en démontrer le caractère raisonnable. Cependant, une démarche différente était suivie pour les dépenses à l’égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d’obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission a expliqué qu’elle appréciait ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence ». L’application du principe de la prudence ne soustrait pas ces dépenses à tout examen, mais elle présume que les dépenses ont été faites de manière prudente.

 Toutefois, au lieu d’appliquer la méthode qu’elle avait elle‑même établie, la Commission a considéré *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d’Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables sans se demander s’il s’agissait en partie de dépenses pour lesquelles la société ne pouvait prendre de mesures de réduction. Par son omission d’apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission a méconnu à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

 Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l’effectif obligatoire d’Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d’emploi des employés syndiqués. Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire. Ces conventions ne laissaient pas seulement au service public peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, elles rendaient *illégale* la modification par le service public — d’une manière incompatible avec les engagements qu’il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

 Or, en appliquant la méthode qu’elle avait dit qu’elle utiliserait à l’égard des dépenses prévues du service public, la Commission a en fait obligé Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de toutes ses dépenses de rémunération et a conclu que l’entreprise n’avait présenté ni preuve convaincante, ni documents ou analyses qui justifiaient les barèmes de rémunération. Si elle avait eu recours à l’approche qu’elle avait dit qu’elle utiliserait pour les dépenses à l’égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

 Il se peut fort bien qu’Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d’attrition ou grâce à d’autres mécanismes qui ne vont pas à l’encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission n’a toutefois tiré aucune conclusion de fait sur l’étendue d’une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n’indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d’Ontario Power Generation étaient fixes et dans quelle proportion elles demeuraient assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu’Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l’absence de toute preuve en ce sens.

 En choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l’hypothèse de la Commission selon laquelle les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se méprend sur l’objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l’on *suppose* constituer des dépenses excessives revient à substituer ce qui a l’apparence d’une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d’une méthode d’analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas. Même si la Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont justes et raisonnables et, à l’intérieur de certaines limites, de définir la méthode utilisée pour établir le montant de ces paiements, dès lors qu’elle a établi une telle méthode, elle doit à tout le moins l’appliquer avec constance.

 En l’absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation ne peut savoir comment déterminer les dépenses et les investissements à faire et de quelle manière les soumettre à l’examen de la Commission. Passer sporadiquement d’une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l’on prétend appliquer crée de l’incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu’il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s’y ajuster. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d’avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

 Je serais donc d’avis de rejeter le pourvoi, d’annuler la décision de la Commission et de renvoyer l’affaire à la Commission pour réexamen.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Rothstein

 **Arrêts examinés :** *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *Toronto Hydro‑Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB‑2007‑0905, November 3, 2008 (en ligne : http://www.ontarioenergyboard.ca/); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean c. Colombie‑Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis‑Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Ontario (Children’s Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Leon’s Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.‑B. (2e) 93; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

Citée par la juge Abella (dissidente)

 *Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149.

**Lois et règlements cités**

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 56, 69.

*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 1, 33(3), 78.1.

*Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.

*Payments Under Section 78.1 of the Act*, O. Reg. 53/05, art. 3, 6.

*Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277 [abr. 1973, c. 29, art. 187], art. 16(1)(*b*).

**Doctrine et autres documents cités**

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI‑84‑16, Columbus (Ohio), National Regulatory Research Institute, April 1985.

Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB‑2013‑0321, exhibit F4‑03‑01, attachment 1, September 2013 (en ligne : http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01\_Attachment%201.pdf).

Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law : Electricity*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

Falzon, Frank A. V. « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.*21.

Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616.

Kahn, Jonathan. « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. « Administrative Law and Energy Regulation », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 35.

Ontario. Bureau du vérificateur général de l’Ontario. *Rapport annuel 2011*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.*305.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Blair), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges Aitken, Swinton et Hoy), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), et une décision de la Commission de l’énergie de l’Ontario, EB‑2010‑0008, 10 mars 2011 (en ligne : http://www.ontarioenergyboard.ca/), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

 Glenn Zacher, Patrick Duffy et James Wilson, pour l’appelante.

 John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers et Carlton Mathias, pour l’intimée Ontario Power Generation Inc.

 Richard P. Stephenson et Emily Lawrence, pour l’intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000.

 Paul J. J. Cavalluzzo et Amanda Darrach, pour l’intimée Society of Energy Professionals.

 Mark Rubenstein, pour l’intervenante.

 Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendu par

1. Le juge Rothstein — En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario (« Commission ») l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que l’entreprise touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. Le présent pourvoi vise la décision de la Commission de refuser certains paiements à Ontario Power Generation Inc. (« OPG ») par suite de sa demande d’approbation de tarifs pour la période 2011‑2012. Plus particulièrement, la Commission a refusé d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération du personnel affecté aux installations nucléaires au motif que le coût de la main‑d’œuvre d’OPG était en rupture avec celui d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie.
2. OPG en a appelé devant la Cour divisionnaire de l’Ontario, dont les juges majoritaires ont rejeté l’appel et confirmé la décision de la Commission. OPG s’est alors adressée à la Cour d’appel de l’Ontario, qui a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs. La Commission interjette aujourd’hui appel devant notre Cour.
3. OPG soutient que le refus de la Commission d’approuver ces dépenses de rémunération de ses employés est déraisonnable. Sa thèse veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission n’ayant pas eu recours à pareille méthode pour se prononcer sur la prudence d’OPG, sa décision serait déraisonnable.
4. La Commission rétorque que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode pour appliquer le « principe de la prudence » et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses « convenues », mais bien des dépenses prévues.
5. OPG déplore par ailleurs que la Commission soit partie à l’appel de sa propre décision. Selon elle, la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée, et la Commission tente de se servir de l’appel pour « s’auto‑justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale.
6. La Commission fait valoir que la Cour a circonscrit la faculté qu’elle avait de plaider en appel lorsqu’elle lui a reconnu tous les droits d’une partie au moment d’autoriser le pourvoi. Subsidiairement, elle soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.
7. Il convient mieux, à mon sens, de voir dans les dépenses de rémunération qui ont été refusées à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu’elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu’OPG conserve une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l’attrition projetée de l’effectif. Il est déraisonnable de considérer qu’il s’agit en totalité de dépenses prévues. Je ne crois cependant pas, malgré ce qu’affirme OPG, que la Commission était tenue d’appliquer un principe de prudence donné pour apprécier les dépenses. La *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, et ses règlements connexes accordent à la Commission une grande latitude dans le choix d’une méthode pour apprécier les dépenses d’un service public, sous réserve de l’obligation de faire en sorte que, au final, les paiements qu’elle ordonne soient justes et raisonnables vis‑à‑vis à la fois du service public et du consommateur.
8. Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n’a pas agi de manière déraisonnable en refusant de les approuver.
9. En ce qui concerne la participation de la Commission au pourvoi, je ne crois pas qu’il soit inapproprié qu’elle défende la justesse de sa décision, ni que les arguments qu’elle invoque en appel équivalent à une « autojustification » inadmissible.
10. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision de la Cour d’appel et de rétablir la décision de la Commission.
11. Cadre réglementaire
12. La *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* fait de la Commission un organisme de réglementation investi du pouvoir de surveiller, entre autres choses, la production d’électricité en Ontario. Son article premier énonce les objectifs de la Commission dans la réglementation de l’électricité, dont les suivants :

 **1.** (1) . . .

1. Protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d’électricité.

2. Promouvoir l’efficacité économique et la rentabilité dans les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la vente d’électricité ainsi que de la gestion de la demande d’électricité et faciliter le maintien d’une industrie de l’électricité financièrement viable.

La Commission doit donc s’acquitter de sa fonction de réglementation dans le souci d’établir un équilibre entre l’intérêt du consommateur, d’une part, et l’efficacité et la viabilité financière du secteur de l’électricité, d’autre part. On lui attribue aussi un rôle de « substitut du marché » (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, par. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, par. 38). Sa fonction consiste alors à reproduire au mieux les forces auxquelles serait soumis un service public dans un contexte concurrentiel (*Toronto Hydro‑Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, par. 48).

1. L’un des leviers les plus puissants dont dispose la Commission pour atteindre ses objectifs réside dans son pouvoir de fixer le montant des paiements que touche l’entreprise pour la prestation du service. Voici l’extrait pertinent du par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* :

 (5) La Commission peut fixer les autres paiements qu’elle estime justes et raisonnables :

a) dans le cadre d’une requête en vue d’obtenir une ordonnance prévue au présent article, si elle n’est pas convaincue que le montant du paiement qui fait l’objet de la requête est juste et raisonnable; . . .

1. Le paragraphe 78.1(6) dispose pour sa part : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du présent article ».
2. Suivant mon interprétation de ces dispositions, le service public demande des paiements pour une période à venir (appelée « période de référence »). La Commission fait droit à la demande, sauf lorsqu’elle n’est pas convaincue que les paiements demandés sont justes et raisonnables. Lorsqu’elle n’en est pas convaincue, le par. 78.1(5) lui permet de déterminer les paiements qui lui paraissent justes et raisonnables.
3. Dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, la Cour a eu l’occasion de se prononcer sur le sens d’un libellé législatif semblable. Elle a alors statué que la tarification « juste et raisonnable » était celle [traduction] « qui, dans les circonstances, était juste pour le consommateur, d’une part, et qui permettait à l’entreprise d’obtenir un juste rendement sur les capitaux investis, d’autre part » (p. 192‑193).
4. Dès lors, le service public doit pouvoir à long terme recouvrer, grâce à la tarification approuvée, ses dépenses d’exploitation et ses coûts en capital, ces derniers s’entendant alors de tous les coûts liés aux capitaux investis par le service public. Le pourvoi vise principalement les dépenses d’exploitation. Si leur recouvrement n’est pas autorisé, le service public n’obtient pas l’équivalent du coût du capital, soit le rendement exigé par les investisseurs pour investir dans le service public. Le rendement exigé équivaut à celui qu’ils pourraient réaliser sur un investissement comportant un risque comparable. À long terme, à moins que le service public réglementé ne puisse obtenir l’équivalent du coût du capital, les nouveaux investissements seront découragés et l’entreprise ne pourra accroître ses activités, ni même les poursuivre. Ce sont non seulement ses actionnaires, mais aussi ses clients, qui en souffriront (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149).
5. Évidemment, la Commission n’est pas tenue pour autant d’accepter toute dépense avancée par le service public, et le rendement obtenu par les actionnaires n’est pas non plus garanti. À court terme, ce rendement peut fluctuer, notamment lorsque la consommation d’électricité est supérieure ou inférieure à celle prévue. De même, le refus d’approuver des dépenses d’exploitation dont le service public a convenu aura un effet défavorable sur le rendement des actions. Je n’entends pas me livrer à une analyse détaillée de la manière dont le coût du capital‑actions devrait être considéré par les organismes qui réglementent les services publics, mais seulement faire observer que tout refus d’approuver une dépense dont un service public a convenu a un effet sur le rendement des actions. Cet effet justifie une grande attention au vu de la nécessité qu’un service public attire les investissements à long terme et réinvestisse ses bénéfices afin de survivre et de fonctionner de manière efficace et rentable, conformément aux objectifs légaux de la Commission applicables à la réglementation de l’électricité en Ontario.
6. Rappelons qu’il incombe au service public de convaincre la Commission du caractère juste et raisonnable des paiements qu’il sollicite. S’il n’y parvient pas, la Commission peut rejeter la demande en partie à raison du montant qui, selon elle, n’est pas juste et raisonnable.
7. En cas de refus d’approbation, le service public peut renoncer, si cela lui est possible, aux dépenses d’exploitation en cause. S’il ne peut y renoncer, ses actionnaires absorbent le déficit en touchant un rendement inférieur à celui prévu, c’est‑à‑dire le coût du capital‑actions pour le service public. Il appartient dès lors à la direction de ce dernier de faire en sorte que ses dépenses correspondent à celles que la Commission tient pour justes et raisonnables.
8. Lorsqu’il s’agit d’assurer l’équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu’il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d’exploitation et des coûts en capital. Ainsi, le consommateur a l’assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l’assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.
9. Faits
10. OPG est le plus grand producteur d’énergie de l’Ontario, et sa tarification est réglementée par la Commission. Elle a vu le jour en 1999 et fait partie des entreprises qui ont succédé à Ontario Hydro. Elle exploite des installations nucléaires et hydroélectriques soumises à la réglementation de la Commission qui produisent environ la moitié de l’électricité consommée dans la province. Son unique actionnaire est la province d’Ontario.
11. Son effectif se compose d’environ 10 000 personnes pour ses activités réglementées, dont 95 p. 100 travaillent dans le secteur nucléaire. Environ 90 p. 100 des employés affectés à ses activités réglementées sont syndiqués, dont approximativement les deux tiers sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 (« STTSE »), et le tiers par Society of Energy Professionals (« Society »).
12. Dès ses débuts en tant que service public indépendant, OPG a eu conscience de l’importance d’accroître sa performance d’entreprise. Dans le cadre de mesures générales prises à cette fin, elle a entrepris de comparer le rendement de son secteur nucléaire à celui de centrales comparables dans le monde. Dans un protocole d’accord intervenu avec la province d’Ontario le 17 août 2005, OPG a pris l’engagement suivant :

 [traduction] OPG visera l’amélioration constante de son secteur nucléaire et de ses services internes. Elle comparera sa performance dans ces domaines à celle de l’exploitation des réacteurs CANDU à travers le monde ainsi qu’à celle des producteurs privés et publics d’électricité d’origine nucléaire appartenant au quartile supérieur en Amérique du Nord. Sa priorité première sera d’améliorer l’exploitation de son parc nucléaire actuel.

(d.a., vol. III, p. 215)

1. Dans la toute première demande qu’elle a présentée à la Commission en 2007 pour la période de référence 2008‑2009, OPG a sollicité l’approbation de « recettes nécessaires » se chiffrant à 6,4 milliards de dollars; ce poste correspond [traduction] « aux recettes dont l’entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d’approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Il s’agissait d’une majoration d’un milliard de dollars par rapport à ce qu’OPG avait demandé et obtenu en application du régime de réglementation en vigueur avant que la Commission ne soit investie de son pouvoir de réglementation vis‑à‑vis d’elle (EB‑2007‑0905, décision motivée, 3 novembre 2008 (« décision 2008‑2009 de la Commission ») (en ligne), p. 5‑6).
2. La Commission a estimé qu’OPG ne satisfaisait pas aux attentes de son unique actionnaire quant à la performance de son secteur nucléaire et qu’elle avait peu fait pour comparer sa performance à celle de ses pairs, alors qu’elle s’y était engagée dès 2005. De fait, la seule preuve d’une démarche en ce sens présentée par OPG dans le cadre de sa demande d’approbation de tarifs était un rapport établi par Navigant Consulting Inc. en 2006 (« rapport Navigant ») et selon lequel l’effectif d’OPG dépassait de 12 p. 100 celui de ses pairs. La Commission a conclu qu’OPG n’avait pas donné suite aux recommandations du rapport Navigant, ni commandé d’études comparatives ultérieures pour évaluer sa performance (décision 2008‑2009 de la Commission, p. 27 et 30). Elle a aussi jugé les coûts d’exploitation d’OPG aux installations nucléaires de Pickering [traduction] « bien supérieurs à la moyenne du secteur » (p. 29). Elle a donc refusé d’approuver 35 millions de dollars au chapitre des recettes nécessaires et enjoint à OPG de réaliser des études comparatives pour étayer ses demandes ultérieures (p. 31).
3. Pour expliquer l’importance de la comparaison, la Commission dit ce qui suit : [traduction] « La raison pour laquelle le protocole d’accord insiste sur la conduite d’une étude comparative est qu’une telle étude peut faire et fait ressortir toute inefficacité ou absence d’accroissement de la productivité » (décision 2008‑2009 de la Commission, p. 30).
4. Le 5 mai 2010, peu avant qu’OPG ne dépose sa deuxième demande d’approbation de tarifs — qui est l’objet du pourvoi —, le ministre de l’Énergie et de l’Infrastructure de l’Ontario a écrit au président‑directeur général du service public afin que ce dernier fasse état, dans sa demande, [traduction] « d’efforts concertés pour trouver des moyens de réaliser des économies et mette l’accent sur les postes de dépense qui sont essentiels à l’exploitation sûre et fiable de ses actifs existants et de ses installations projetées déjà en cours de réalisation » (d.a., vol. IV, p. 38).
5. Le 26 mai 2010, OPG a déposé sa demande de paiements pour la période de référence 2011‑2012. Elle a présenté à l’appui deux rapports de ScottMadden Inc., un cabinet-conseil en gestion générale spécialisé dans la comparaison et la planification opérationnelle d’installations nucléaires. Le rapport de la phase 1 compare la performance opérationnelle et financière d’OPG à celle d’autres entreprises à partir de mesures de la performance dans le secteur d’activité. Le rapport final de la phase 2 porte sur les objectifs d’accroissement de la performance dans l’optique d’une amélioration de l’exploitation du secteur nucléaire. OPG a collaboré avec ScottMadden pour l’établissement des rapports des phases 1 et 2, qui ont respectivement été publiés les 2 juillet et 11 septembre 2009.
6. La demande visait la période allant du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2012. OPG y demandait l’approbation de recettes nécessaires de 6,9 milliards de dollars, soit une augmentation de 6,2 p. 100 par rapport aux recettes d’alors compte tenu des tarifs approuvés pour la période précédente. Des 6,9 milliards de dollars sollicités au titre des recettes nécessaires, 2,8 milliards auraient été affectés à la rémunération, dont environ 2,4 milliards dans le secteur nucléaire.
7. Une grande partie des dépenses d’OPG au chapitre des salaires et de la rémunération était déterminée par des conventions collectives intervenues avec les syndicats (STTSE et Society). Lors du dépôt de la demande, OPG était liée par une convention collective conclue avec le STTSE en vigueur d’avril 2009 à mars 2012, alors que la convention collective qui la liait à Society avait expiré le 31 décembre 2010. Ces conventions collectives prévoyaient des augmentations annuelles de salaires se situant entre 2 et 3 p. 100, auxquelles s’ajoutait 1 p. 100 pour les changements d’échelon et l’avancement. Après l’audition de la demande par la Commission dans la présente affaire, un arbitre a ordonné l’application d’une nouvelle convention collective liant OPG et Society à compter du 3 février 2011. La convention collective prévoyait des augmentations de salaires de 1 à 3 p. 100.
8. Historique judiciaire
	1. Commission de l’énergie de l’Ontario (2011 LNONOEB 57 (QL) (« décision de la Commission »))
9. Dans sa décision relative à la demande d’approbation de tarifs d’OPG pour la période de référence 2011‑2012, la Commission dit que le règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 ») et l’art. 78.1 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* lui confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire quant [traduction] « au choix d’une méthode indiquée pour fixer des tarifs justes et raisonnables » (para. 73). Elle reconnaît que différents principes peuvent s’appliquer selon qu’il s’agit du recouvrement de dépenses prévues ou de l’examen après coup de dépenses déjà faites. Pour statuer sur la demande dont elle était saisie, il convenait de tenir compte de tout élément de preuve que la Commission jugeait pertinent pour apprécier le caractère raisonnable des recettes nécessaires d’OPG.
10. La Commission refuse d’approuver les 6,9 milliards de dollars demandés par OPG au titre des recettes nécessaires, les réduisant de 145 millions de dollars pour la période référence [traduction] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (par. 350). Cette décision défavorable tient surtout à l’opinion de la Commission selon laquelle OPG compte trop d’employés et ses niveaux de rémunération sont excessifs.
11. Au sujet de la taille de l’effectif, la Commission relève que, selon une étude comparative qu’OPG a elle‑même commandée (le rapport final de la phase 2 de ScottMadden), la dotation de certains postes peut être réduite, voire supprimée. Elle recommande à OPG de revoir sa structure organisationnelle et de réaffecter du personnel ou de supprimer des postes au cours des années suivantes. Vingt à vingt‑cinq pour cent du personnel d’OPG devait en effet partir à la retraite entre 2010 et 2014 et il était possible de recourir davantage à la sous‑traitance. Au chapitre de la rémunération, elle estime qu’OPG n’a pas présenté d’éléments convaincants pour justifier que les salaires de son personnel opérationnel se situent au 75e percentile des salaires versés dans le secteur selon une étude de Towers Perrin. Selon la Commission, ils devraient se situer au 50e percentile, soit le même que pour le personnel de direction. Pour décider de la réduction qui s’impose, elle reconnaît qu’OPG pourrait ne pas être en mesure, pendant la période de référence, de réaliser des économies de 145 millions de dollars par la réduction de sa seule masse salariale à cause des conventions collectives en vigueur.
	1. Cour supérieure de Justice de l’Ontario, Cour divisionnaire (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576)
12. OPG a fait appel de la décision au motif que celle‑ci était déraisonnable et mal motivée. Elle a soutenu que la Commission aurait dû appliquer le principe de l’investissement prudent, c’est‑à‑dire que, dans son examen des dépenses de rémunération, elle aurait dû seulement s’interroger sur la prudence de conclure, à l’époque, les conventions collectives qui commandaient ces dépenses. Elle a ajouté que la Commission aurait dû présumer que les dépenses étaient prudentes.
13. La décision de la formation de trois juges de la Cour divisionnaire est partagée. Au nom des juges majoritaires, la juge Hoy (aujourd’hui Juge en chef adjointe de l’Ontario) conclut que la décision de la Commission est raisonnable, car il était possible à la direction d’OPG de réduire ultérieurement ses dépenses globales de rémunération dans le respect des conventions collectives. L’application stricte du principe de l’investissement prudent n’aurait pas permis à la Commission d’atteindre son objectif, d’origine législative, de favoriser la rentabilité de la production d’électricité. Vu la présence de « deux monopoles », il importait particulièrement que la Commission exerce son pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables :

 [traduction] Les conventions collectives sont intervenues entre un monopole réglementé qui refile ses coûts au consommateur et qui n’est pas soumis à la concurrence, et deux syndicats qui représentent environ 90 p. 100 des salariés et qui constituent presque un second monopole étant donné les conditions héritées d’Ontario Hydro et le fait qu’il serait extrêmement difficile d’exploiter des installations nucléaires sans les salariés. [par. 54]

1. Dissidente, la juge Aitken opine que,

 [traduction] dans la mesure où les coûts [de rémunération des employés du secteur nucléaire] étaient déterminés à l’avance, c’est‑à‑dire qu’ils étaient arrêtés par des conventions collectives conclues avant la demande et la période de référence, OPG devait seulement prouver la prudence ou le caractère raisonnable de la décision de conclure ces conventions au vu des circonstances connues ou qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment de prendre la décision. [par. 83]

Elle aurait statué que l’omission de la Commission d’appliquer séparément et expressément le principe de la prudence à la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont elle avait convenu, jumelée à son appréciation avec le recul du caractère raisonnable de ces dépenses, a rendu la décision de la Commission déraisonnable.

* 1. Cour d’appel de l’Ontario (2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793)
1. La Cour d’appel de l’Ontario infirme le jugement de la Cour divisionnaire et renvoie le dossier à la Commission. Elle établit une distinction entre les dépenses prévues et les dépenses convenues, ces dernières correspondant à celles que le service public [traduction] « a convenu d’acquitter pendant [la période de référence] » et qu’il « ne peut modifier ou réduire pendant cette période, généralement à cause d’obligations contractuelles » (par. 29). Même si les dépenses n’ont pas à être acquittées dans l’immédiat, comme en l’espèce, celles qui, « par contrat, doivent être acquittées pendant la période de référence constituent néanmoins des dépenses convenues, même si elles n’ont pas encore été acquittées » (par. 29). La Cour d’appel statue que la Commission doit, dans son examen de ces dépenses, appliquer le principe de la prudence énoncé dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (par. 15‑16). En ne respectant pas ce précédent et en obligeant OPG à « modifier des dépenses qu’elle ne peut juridiquement modifier », la Commission a agi déraisonnablement (par. 37).
2. Questions en litige
3. La Commission soulève deux questions dans le cadre du pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?

2. Sa décision de retrancher 145 millions de dollars des recettes nécessaires d’OPG est‑elle raisonnable?

1. Devant notre Cour, OPG fait valoir que la Commission outrepasse le rôle qui sied à un tribunal administratif dans le cadre d’un appel de sa propre décision, ce qui soulève la question supplémentaire suivante :

3. La Commission a‑t‑elle agi de manière inacceptable en se pourvoyant en tant que partie à l’appel en l’espèce?

1. Analyse
2. Il convient en toute logique d’examiner d’abord le caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. J’examinerai ensuite la norme de contrôle applicable, puis la question de fond de savoir si la décision de la Commission est raisonnable.
	1. Le rôle qui sied à la Commission dans le cadre du pourvoi
		1. La qualité pour agir d’un tribunal administratif
3. Dans *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern Utilities* »), sous la plume du juge Estey, notre Cour se demande pour la première fois en quoi la participation d’un décideur administratif à l’appel ou au contrôle de sa propre décision peut soulever des doutes sur son impartialité. Pour reprendre les propos du juge Estey, « [u]ne participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l’impartialité d’un tribunal administratif lorsque l’affaire lui est renvoyée ou lorsqu’il est saisi d’autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties » (p. 709). Il ajoute que le tribunal administratif avait déjà le loisir de s’expliquer clairement dans sa décision initiale et « [qu’il] enfreint de façon inacceptable la réserve dont [il doit] faire preuve lorsqu’[il] particip[e] aux procédures comme partie à part entière » (p. 709)*.*
4. Dans *Northwestern Utilities*, notre Cour statue finalement que la portée des observations que pouvait présenter l’Alberta Public Utilities Board — qui, à l’instar de la Commission de l’énergie de l’Ontario, jouissait légalement du droit d’être entendue en appel devant une cour de justice (voir la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 33(3)) — était limitée. Le juge Estey fait remarquer ce qui suit :

 Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître. [p. 709]

1. Dans *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, qui porte sur le contrôle judiciaire d’une décision de la commission des relations de travail de la Colombie‑Britannique, notre Cour approfondit la question de la qualité pour agir d’un organisme administratif. Même si les juges majoritaires qui ont entendu le pourvoi n’adoptent pas d’approche particulière pour se prononcer, le juge La Forest, avec l’appui du juge en chef Dickson, reconnaît qu’un tribunal administratif a qualité non seulement pour expliquer le dossier et faire valoir son point de vue sur la norme de contrôle applicable, mais aussi pour soutenir que sa décision est raisonnable.
2. Cette conclusion repose sur la nécessité de faire en sorte que la cour de révision rende un jugement parfaitement éclairé sur la décision du tribunal administratif. Le juge La Forest invoque l’arrêt *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), p. 153, pour avancer que le tribunal administratif est le mieux placé pour attirer l’attention de la cour

 sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu’un qui n’est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé.

(*Paccar*, p. 1016)

Toutefois, le juge La Forest conclut que le tribunal administratif ne peut aller jusqu’à défendre le bien‑fondé de sa décision (p. 1017)*.* Sa thèse ne convainc pas une majorité de ses collègues, mais la juge L’Heureux‑Dubé, dissidente, qui se prononce elle aussi sur la qualité pour agir du tribunal administratif, souscrit à son analyse sur le fond (p. 1026).

1. Juridictions de première instance et d’appel ont tenté tant bien que mal de concilier les opinions exprimées par les juges de la Cour dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar*. De fait, même si notre Cour n’est jamais expressément revenue sur *Northwestern Utilities*, elle a parfois autorisé un tribunal administratif à participer à l’instance à titre de partie à part entière sans expliquer sa décision (voir p. ex. *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis‑Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; voir également *Ontario (Children’s Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) (« *Goodis* »), par. 24).
2. Dans un certain nombre de décisions, les cours d’appel se sont attaquées à la question et, [traduction] « pour la plupart, elles sont désormais plus enclines à autoriser un tribunal administratif à participer au contrôle judiciaire ou à l’appel, prévu par la loi, de sa propre décision » (D. Mullan, « Administrative Law and Energy Regulation », dans G. Kaiser et B. Heggie, 35, p. 51). Le survol de trois arrêts de juridictions d’appel suffit à établir la raison d’être de ce revirement.
3. Dans *Goodis*, le Bureau de l’avocate des enfants demandait à la cour de ne pas reconnaître ou de restreindre la qualité pour agir du Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée dont la décision faisait l’objet d’une demande de contrôle. La Cour d’appel de l’Ontario a refusé de se montrer formaliste et d’appliquer une règle fixe qui aurait obligé le tribunal administratif à s’en tenir à des observations d’un certain type et elle a adopté plutôt une approche contextuelle et discrétionnaire (*Goodis*, par. 32-34). Elle a conclu que l’approche catégorique n’avait pas de fondement rationnel et a fait remarquer qu’une telle approche pouvait avoir des conséquences fâcheuses :

 [traduction] Par exemple, la règle catégorique qui refuse au tribunal administratif la qualité pour agir lorsque la contestation allègue le déni de justice naturelle peut priver la cour d’observations capitales lorsque la contestation se fonde des défaillances alléguées de la structure ou du fonctionnement du tribunal administratif, car ce sont des sujets sur lesquels ce dernier est particulièrement bien placé pour formuler des observations. De même, la règle qui reconnaît à un tribunal administratif la qualité pour défendre sa décision au regard du critère de la raisonnabilité, mais non du critère de la décision correcte, permet le débat inutile et empêche le débat utile. Parce que le meilleur moyen d’établir la raisonnabilité d’une décision peut être de démontrer qu’elle est correcte, une règle fondée sur cette distinction semble au mieux ténue, comme l’affirme le juge Robertson dans *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 1386* *c.* *Bransen Construction Ltd.*, [2002] A.N.-B. no 114,249 R.N.‑B. (2e) 93 (C.A.), par. 32.

(*Goodis*, par. 34)

1. La Cour d’appel statue qu’il faut voir dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar* la source de [traduction] « considérations fondamentales » qui doivent guider l’exercice de son pouvoir discrétionnaire eu égard au contexte de l’affaire (*Goodis*, par. 35). Les deux considérations les plus importantes, selon ces arrêts, sont « la nécessité de faire en sorte que la cour rende une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige » (par. 37) et « celle d’assurer l’impartialité du tribunal administratif » (par. 38). La cour doit limiter la participation du tribunal administratif lorsque cette participation est de nature à miner la confiance ultérieure des citoyens dans son objectivité. La Cour d’appel énumère les considérations — sur lesquelles je reviendrai — qui jouent dans la décision d’autoriser ou non le tribunal administratif à présenter des observations et dans la détermination de la mesure dans laquelle il lui est permis de le faire, le cas échéant (par. 36-38).
2. Dans *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, le juge Stratas relève deux considérations qui, en common law, limitent selon lui la participation éventuelle d’un tribunal administratif à l’appel de sa propre décision : le caractère définitif et l’impartialité. Le principe du caractère définitif veut qu’un tribunal ne puisse se prononcer de nouveau dans une affaire une fois qu’il a rendu sa décision, motifs à l’appui. J’y reviendrai plus en détail, car j’estime que ce principe se rapporte plus directement à l’« autojustification » de sa décision par le tribunal administratif qu’à sa qualité pour agir comme telle.
3. Le principe de l’impartialité entre en jeu lorsque le tribunal administratif défend une thèse en appel car, dans certains cas, sa décision peut lui être renvoyée pour réexamen. Le juge Stratas conclut que « [l]es observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien‑fondé de l’affaire soumise au tribunal administratif risquent d’empêcher celui‑ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien‑fondé de l’affaire » (*Quadrini*, par. 16)*.* Il conclut toutefois au final que les principes applicables n’imposaient pas de « règles absolues », et il souscrit à l’approche discrétionnaire de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Goodis* (*Quadrini*, par. 19-20).
4. L’arrêt *Leon’s Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110, constitue un troisième exemple récent où une cour de justice est appelée à se pencher sur le sujet. Leon’s Furniture a contesté la qualité du commissaire intimé de plaider sur le fond en appel (par. 16). La Cour d’appel de l’Alberta estime elle aussi que le droit applicable doit donner suite aux considérations fondamentales soulevées dans l’arrêt *Northwestern Utilities*, mais que la question de la qualité pour agir d’un tribunal administratif relève néanmoins d’un pouvoir discrétionnaire qu’il faut exercer eu égard aux éléments contextuels applicables (par. 28‑29).
5. Les considérations énoncées par notre Cour dans *Northwestern Utilities* témoignent de préoccupations fondamentales quant à la participation d’un tribunal administratif à l’appel de sa propre décision. Or, ces préoccupations ne sauraient fonder l’interdiction absolue d’une telle participation. La démarche discrétionnaire préconisée dans *Goodis*, *Leon’s Furniture* et *Quadrini* offre le meilleur moyen d’assurer le caractère définitif de la décision et l’impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d’analyses à la fois utiles et importantes (voir N. Semple, « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.*305; L. A. Jacobs et T. S. Kuttner, « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can*. 616; F. A. V. Falzon, « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.*21).
6. Plusieurs considérations militent en faveur d’une démarche discrétionnaire. En particulier, vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Par exemple, il peut être en mesure d’expliquer en quoi une certaine interprétation de la disposition législative en cause peut avoir une incidence sur d’autres dispositions du régime de réglementation ou sur les réalités factuelles et juridiques de son domaine de spécialisation. Il pourrait être plus difficile d’obtenir de tels éléments d’information d’autres parties.
7. Dans certains cas, il n’y a tout simplement personne pour s’opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Le contrôle judiciaire se révèle optimal lorsque les deux facettes du litige sont vigoureusement défendues devant la cour de révision. Lorsqu’aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige.
8. Les tribunaux administratifs canadiens tiennent nombre de rôles différents dans les contextes variés où ils évoluent, de sorte que la crainte d’une partialité de leur part peut être plus ou moins grande selon l’affaire en cause, ainsi que la structure du tribunal et son mandat légal. Dès lors, les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission d’un tribunal en particulier sont cruciales aux fins de l’analyse.
9. Le mandat de la Commission, comme celui des tribunaux administratifs qui lui sont apparentés, la différencie des tribunaux administratifs appelés à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties. Dans le cas de ces derniers, [traduction] « l’importance de l’équité, réelle et perçue, milite davantage » contre la reconnaissance de leur qualité pour agir (*Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, par. 42).
10. Par conséquent, je suis d’avis qu’il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d’un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d’une décision bien éclairée et l’importance d’assurer l’impartialité du tribunal administratif.
11. Dans la présente affaire, le par. 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* prévoit à titre préliminaire que « [l]a Commission a le droit d’être représentée par un avocat lors de l’audition de l’appel » devant la Cour divisionnaire. Cette disposition ne confère pas expressément à la Commission une qualité pour agir qui permet de faire valoir le bien‑fondé de sa décision en appel, ni ne limite expressément la thèse qu’elle peut défendre à la présentation d’arguments relatifs à la compétence ou à la norme de contrôle comme le fait la disposition en cause dans l’affaire *Quadrini* (voir par. 2).
12. Au vu de cette analyse de la qualité pour agir d’un tribunal administratif, lorsque le texte législatif applicable n’est pas clair sur ce point, la cour de révision s’en remet à son pouvoir discrétionnaire pour délimiter les attributs du tribunal administratif en appel. Voici quelles sont, entre autres, les considérations — relevées par les juridictions et les auteurs précités — qui délimitent l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

(1) lorsque, autrement, l’appel ou la demande de contrôle serait non contesté, il peut être avantageux que la cour de révision exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de reconnaître la qualité pour agir du tribunal administratif;

(2) lorsque d’autres parties sont susceptibles de contester l’appel ou la demande de contrôle et qu’elles ont les connaissances et les compétences spécialisées nécessaires pour bien avancer une thèse ou la réfuter, la qualité pour agir du tribunal administratif peut revêtir une importance moindre pour l’obtention d’une issue juste;

(3) le fait que la fonction du tribunal administratif consiste soit à trancher des différends individuels opposant deux parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou enquêter ou à défendre l’intérêt public influe sur la mesure dans laquelle l’impartialité soulève des craintes ou non. Ces craintes peuvent jouer davantage lorsque le tribunal a exercé une fonction juridictionnelle dans l’instance visée par l’appel, et moins lorsque son rôle s’est révélé d’ordre plutôt réglementaire.

1. Au vu de ces considérations, je conclus qu’il n’était pas inapproprié que la Commission participe à l’appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, la Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n’avait donc d’autre choix que de prendre part à l’instance pour que sa décision soit défendue au fond. Contrairement à d’autres provinces, l’Ontario n’a nommé aucun défenseur des droits des clients des services publics, si bien que la Commission — qui est légalement garante de l’intérêt public — n’avait pas vraiment d’autre avenue que celle de se constituer partie à l’instance.
2. Deuxièmement, la Commission a pour mandat de réglementer les activités de services publics, y compris ceux qui appartiennent au domaine de l’électricité. Son mandat de réglementation est large. Au nombre de ses nombreuses fonctions, mentionnons l’octroi de permis aux participants du marché, l’approbation de nouvelles installations de transport et de distribution et l’autorisation des tarifs exigés des consommateurs. Dans la présente affaire, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Il s’agit d’une situation différente de celle où le tribunal administratif est habilité à trancher un différend entre deux parties, le souci d’impartialité pouvant alors militer davantage contre la qualité d’agir comme partie à part entière.
3. L’objet de la réglementation est un autre élément qui milite en faveur de la pleine reconnaissance de la qualité pour agir de la Commission, puisque la crainte d’apparence de partialité est faible en l’espèce. Pour reprendre les propos du juge Doherty dans *Enbridge*, par. 28, [traduction] « [à] l’instar de tout organisme réglementé, je suis certain que [la Commission] donne parfois raison à Enbridge et lui donne parfois tort. J’ose croire qu’Enbridge comprend parfaitement le rôle de l’organisme de réglementation et sait que [la Commission] statue sur chaque demande en fonction des faits qui lui sont propres ». Je conclus donc que la participation de la Commission au pourvoi n’a rien d’inapproprié. Reste à savoir si les arguments de la Commission sont appropriés.
	* 1. L’autojustification
4. La question de l’« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif (ci‑après le « tribunal ») est en droit d’agir comme partie à l’appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la qualité pour agir d’un tribunal c’est décider de ce qu’il peut faire valoir (p. ex. des prétentions relatives à sa compétence ou à la justesse de sa décision), alors que l’« autojustification » touche à la teneur des prétentions.
5. Suivant le sens attribué à cette notion par les cours de justice qui l’ont examinée dans le contexte de la qualité pour agir, un tribunal « s’autojustifie » lorsqu’il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire (voir p. ex. *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2e) 93). Autrement dit, un tribunal ne pourrait [traduction] « défendre sa décision en invoquant un motif qui n’a pas été soulevé dans la décision faisant l’objet du contrôle » (*Goodis*, par. 42).
6. Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu’il a tranché les questions dont il était saisi et qu’il a motivé sa décision, le tribunal ait statué définitivement et que son travail soit terminé, « à moins qu’il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d’entendre à nouveau l’affaire » (*Quadrini*, par. 16, citant *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848). Partant, la cour a conclu qu’un tribunal ne peut profiter d’un contrôle judiciaire pour « modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs » (*Quadrini*, par. 16). Dans l’arrêt *Leon’s Furniture*, le juge Slatter affirme qu’un tribunal peut [traduction] « offrir différentes interprétations de ses motifs ou de sa conclusion, [mais] non tenter de remanier ses motifs, invoquer de nouveaux arguments ou se prononcer sur des questions de fait que ne soulève pas déjà le dossier » (par. 29).
7. En revanche, le juge Goudge conclut, dans l’arrêt *Goodis*, avec l’accord de tous ses collègues, que même si la commissaire invoque un argument qui ne figure pas expressément dans sa décision initiale, elle peut le soulever en appel. Il reconnaît que [traduction] « [l’]importance de décisions bien étayées pourrait être compromise si un tribunal pouvait simplement offrir, à l’appui de sa décision attaquée devant une cour de justice, des motifs différents, plus convaincants, voire opposés » (par. 42), mais il conclut finalement que la commissaire peut présenter un nouvel argument dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Le nouvel argument n’est toutefois « pas incompatible avec les motifs formulés dans la décision, car on peut en effet affirmer qu’il en fait implicitement partie » (par. 55). « La commissaire pouvait donc soulever l’argument devant la Cour divisionnaire, et celle‑ci pouvait en tenir compte pour se prononcer » (par. 58).
8. Les deux thèses avancées sur l’autojustification se défendent. D’une part, il est dans l’intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, car la cour de révision est alors saisie des arguments les plus convaincants à l’appui de chacune des thèses (Semple, p. 315). Cela demeure vrai même si ces arguments ne figurent pas dans la décision initiale. D’autre part, autoriser l’autojustification risque de compromettre l’importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel ou dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision initiale peut aussi amener les parties à conclure que le processus n’est pas équitable. Il peut surtout en être ainsi lorsque le tribunal est appelé à trancher des différends opposant deux personnes privées, puisque la présentation de nouveaux arguments en appel peut donner l’impression que le tribunal « se ligue » contre l’une des parties. Or, je le rappelle, il ne convient généralement pas que le tribunal doté d’un tel mandat participe en tant que partie à l’appel.
9. Je ne suis pas convaincu que la formulation en appel de nouveaux arguments qui interprètent la décision initiale ou qui l’étayaient implicitement, mais non expressément, va à l’encontre du principe du caractère définitif. De même, il n’est pas contraire à ce principe de permettre au tribunal d’expliquer à la cour de révision quelles sont ses politiques et pratiques établies, même lorsque les motifs contestés n’en font pas mention. Le tribunal n’a pas à les expliquer systématiquement dans chaque décision à la seule fin de se prémunir contre une allégation d’autojustification advenant qu’il soit appelé à les préciser en appel ou en contrôle judiciaire. Il peut aussi répondre aux arguments de la partie adverse dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision car il le fait dans le but de faire confirmer sa décision initiale, non de rouvrir le dossier et de rendre une nouvelle décision ou de modifier la décision initiale. L’effet de la décision initiale demeure inchangé même lorsque le tribunal demande sa confirmation en offrant une interprétation de cette décision ou en invoquant des motifs qui la sous‑tendent implicitement.
10. Cependant, je ne crois pas qu’un tribunal devrait avoir la possibilité inconditionnelle de présenter une thèse entièrement nouvelle dans le cadre d’un contrôle judiciaire, car lui reconnaître cette faculté pourrait l’exposer à des allégations d’iniquité et nuire au prononcé de décisions bien motivées au départ. Je suis d’avis qu’il y a un juste équilibre entre ces considérations et celles voulant que la cour de révision entende les arguments les plus convaincants de chacune des parties lorsqu’il est permis au tribunal d’offrir différentes interprétations de ses motifs ou de ses conclusions ou de présenter des arguments qui sous‑tendent implicitement ses motifs initiaux (voir *Leon’s Furniture*, par. 29; *Goodis*, par. 55).
11. Je ne crois pas que, dans la présente affaire, la Commission a indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu’elle a présenté ses arguments devant notre Cour. Dans son mémoire en réplique, la Commission signale — à juste titre, selon moi — que ses observations mettent simplement en évidence ce qui ressort du dossier ou répondent aux arguments des intimées.
12. J’exhorte toutefois la Commission et, de façon générale, tout tribunal qui se constitue partie à une instance à se soucier du ton qu’il adopte lors du contrôle judiciaire de sa décision. Comme le fait remarquer le juge Goudge dans l’arrêt *Goodis*,

 [traduction] le tribunal administratif qui veut faire valoir son point de vue lors du contrôle judiciaire de sa décision [doit] porte[r] une attention particulière au ton qu’il adopte. Bien qu’il ne s’agisse pas d’un motif précis pour lequel sa qualité pourrait être restreinte, il ne fait aucun doute que le ton des observations proposées offre une toile de fond à cet égard. Le tribunal qui désire contester une demande de contrôle judiciaire sera utile à la cour dans la mesure où ses observations permettront d’éclaircir les questions et où elles seront fondées sur ses connaissances spécialisées, au lieu d’être empreintes d’un parti pris agressif contre la partie adverse. [par. 61]

1. En l’espèce, la Commission a généralement présenté des arguments utiles dans le cadre d’un débat contradictoire, mais respectueux. Une mise en garde s’impose toutefois selon moi en ce qui concerne l’affirmation de la Commission selon laquelle l’application du critère de l’investissement prudent [traduction] « ne changerait vraisemblablement pas l’issue de l’affaire » si la décision lui était renvoyée pour réexamen (m.a., par. 99). Une telle affirmation peut, si elle est poussée trop loin, faire douter de l’impartialité du tribunal au point où une cour de justice serait justifiée d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de limiter la qualité pour agir du tribunal de manière à préserver son impartialité.
	1. Norme de contrôle
2. Les parties conviennent que la norme de contrôle qui s’applique aux actes de la Commission lorsqu’elle fait appel à son expertise pour fixer les tarifs et approuver des paiements sur le fondement de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* est celle de la décision raisonnable. Je suis d’accord. En outre, dans la mesure où l’issue du pourvoi repose sur l’interprétation de cette loi — la loi constitutive de la Commission —, l’application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée (*Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35). Rien ne donne à penser en l’espèce que la présomption soit réfutée.
3. Le pourvoi fait intervenir deux notions distinctes de ce qui est « raisonnable ». L’une est liée à la norme de contrôle : en appel, la Cour doit apprécier la « justification [. . .], [. . .] la transparence et [. . .] l’intelligibilité » du raisonnement de la Commission et se demander si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). L’autre est d’origine législative : la Commission doit utiliser son pouvoir de fixation des tarifs de manière à établir un équilibre qu’elle considère juste et raisonnable entre les intérêts du service public et ceux des consommateurs. Je m’efforce ci‑après de respecter cette distinction.
	1. Choix de la méthode suivant la Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario
4. La question de savoir si le refus de la Commission d’approuver le recouvrement de certaines dépenses est raisonnable ou non dépend du lien de ce refus avec les pouvoirs légaux et réglementaires de la Commission d’approuver des paiements au service public et de répercuter ces paiements sur les tarifs exigés des consommateurs. Les pouvoirs généraux de la Commission en matière de fixation des tarifs et des paiements sont énoncés précédemment à la rubrique « Cadre réglementaire ».
5. L’approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu’un service public peut recouvrer rend compte de l’équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l’investissement dans une infrastructure robuste et protéger l’intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l’équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins.
6. Or, la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prévoit ni à l’art. 78.1 ni à quelque autre article la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et des consommateurs lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Certes, sous réserve de certaines exceptions prévues au par. 6(2), le par. 6(1) du règlement 53/05 permet expressément à la Commission de [traduction] « définir la forme, la méthode, les hypothèses et les calculs utilisés pour rendre une ordonnance qui établit le montant du paiement aux fins de l’article 78.1 de la Loi ».
7. En revanche, la disposition 4.1 du par.  6(2) du règlement 53/05 prescrit le recours à une méthode particulière lorsque la Commission examine « les dépenses faites et les engagements financiers fermes pris dans le cadre de la planification et de la préparation relatives à la réalisation d’installations nucléaires projetées ». La Commission doit être convaincue que « les dépenses ont été faites de manière prudente » et que « les engagements financiers ont été pris de manière prudente» (la disposition 4.1 du par. 6(2)). La disposition établit donc un cadre précis où l’analyse de la Commission est axée sur la prudence de la décision de faire certaines dépenses ou de convenir de certaines dépenses. L’absence d’un libellé en ce sens dans la disposition générale qu’est le par. 6(1) constitue un autre motif de considérer que le règlement confère à la Commission un large pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer pour ordonner un paiement lorsque les dispositions particulières du par. 6(2) ne s’appliquent pas.
8. Pour ce qui concerne la question de savoir si la présomption de prudence doit s’appliquer aux décisions d’OPG de faire des dépenses, ni la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*,ni le règlement 53/05 n’établissent expressément une telle présomption. D’ailleurs, suivant cette loi, il incombe au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables (par. 78.1(6) et (7)). Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision de faire des dépenses est prudente.
9. La juge Abella conclut que l’examen des dépenses d’OPG par la Commission aurait dû consister à « contrôl[er] la prudence des dépenses après coup et [à] appliqu[er] la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables » (par. 150). Or, une telle approche est contraire au régime législatif. La Commission jouit certes d’une grande marge de manœuvre quant au choix d’une méthode, mais elle n’a pas la faculté d’inverser le fardeau de la preuve établi au par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du présent article ». Il ne s’ensuit pas, bien sûr, que le requérant doit systématiquement prouver le caractère juste et raisonnable de chacune de ses dépenses, individuellement. La Commission jouit d’un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’arrêter les méthodes à employer dans l’examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu’établit le régime législatif.
10. La cour de justice appelée à contrôler la décision de la Commission d’approuver ou non des paiements à un service public doit se demander si la conclusion de la Commission selon laquelle un paiement d’un certain montant est « juste et raisonnable » tant pour le service public que pour le consommateur est raisonnable ou non. Cette approche concorde avec les décisions de notre Cour sur l’établissement de tarifs dans d’autres secteurs réglementés où l’organisme de réglementation dispose d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recourir à une méthode ou à une autre. Dans ces décisions, la Cour signale que « [l]’obligation d’agir est une question de droit, mais le choix de la méthode est une question relevant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire et à l’égard de laquelle, selon le texte de loi, aucun tribunal judiciaire ne peut intervenir » (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 40 (tarification des télécommunications), citant *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (C.S.C.), p. 13 (tarification du transport ferroviaire des marchandises)). Certes, de nos jours, il faut voir dans ces propos la reconnaissance du pouvoir d’une cour de justice d’intervenir lorsqu’elle estime que l’exercice du pouvoir discrétionnaire a débouché sur une décision déraisonnable. Reste donc à décider si la méthode d’analyse retenue par la Commission pour refuser d’approuver les dépenses en l’espèce a rendu sa décision déraisonnable selon la norme du paiement « juste et raisonnable ».
	1. Qualification des dépenses en cause
11. Les dépenses prévues sont celles que le service public n’a pas encore acquittées et qu’un pouvoir discrétionnaire lui permet de renoncer à faire. Lorsque leur approbation est refusée, le service public peut soit modifier ses plans et renoncer aux dépenses, soit les faire malgré le refus étant entendu qu’elles seront assumées par les actionnaires plutôt que par les consommateurs. À l’opposé, les dépenses convenues sont celles que ses actionnaires et lui n’auront d’autre choix que d’assumer si l’organisme de réglementation refuse de permettre leur recouvrement et d’approuver les paiements sollicités. Cela peut advenir lorsque le service public a déjà déboursé la somme en cause ou qu’il a pris un engagement contraignant ou était assujetti à d’autres obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas acquitter la somme ultérieurement.
12. Les parties ne s’entendent pas sur la qualification des dépenses que la Commission a refusé d’approuver. Selon cette dernière, les dépenses de rémunération pour la période de référence sont des dépenses prévues dans la mesure où elles n’ont pas encore été acquittées. OPG soutient plutôt qu’il s’agit de dépenses convenues puisqu’elle est tenue par contrat de verser les sommes en cause au moment où elles deviennent exigibles. Ce désaccord est important car le contrôle de la prudence « sans recul », sur lequel je reviendrai plus en détail, a vu le jour dans le contexte de dépenses « convenues ». Il est en effet absurde d’appliquer ce critère lorsque le service public peut encore décider, en fin de compte, de faire ou non les dépenses; la décision de convenir de ces dépenses n’a pas encore été prise. Par conséquent, lorsque l’organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue.
13. En l’espèce, au moins une partie des dépenses de rémunération jugées excessives par la Commission était imputable à des conventions collectives qu’OPG avait conclues avant la présentation de sa demande et qui faisaient en sorte que sa masse salariale globale dépasse le 75e percentile pour des emplois comparables dans d’autres services publics. Les conventions collectives laissaient peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, OPG devait respecter ceux établis par les conventions collectives et elle ne jouissait d’une marge de manœuvre que pour les conditions qui n’étaient pas ainsi régies. Par conséquent, les dépenses liées aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation imposés par les conventions collectives étaient des dépenses convenues.
14. La Commission conclut cependant que les dépenses de rémunération pour la période de référence ne sont pas toutes déterminées par les conventions collectives et qu’elles ne sont donc pas toutes convenues, car OPG dispose d’une certaine marge de manœuvre pour gérer globalement les niveaux de dotation en fonction du départ prévu d’employés d’âge mûr. Toutefois, la décision de la Commission ne précise pas quel pourcentage exact des 145 millions de dollars refusés au chapitre de la rémunération pourrait être recouvré grâce à la réduction naturelle du nombre d’employés ou à d’autres ajustements, ni quel pourcentage serait nécessairement assumé par le service public et son actionnaire. Par conséquent, les dépenses refusées en l’espèce doivent être considérées comme des dépenses convenues, du moins en partie. Il est déraisonnable d’y voir en totalité des dépenses prévues étant donné l’effet contraignant des conventions collectives sur OPG.
15. Après avoir établi que les dépenses refusées sont, du moins partiellement, des dépenses convenues, il faut déterminer si la Commission a agi de façon raisonnable en appliquant le critère de l’investissement prudent sans exclure le recul. J’examine donc maintenant l’historique jurisprudentiel du critère de l’investissement prudent et les données méthodologiques y afférentes.
	1. Le critère de l’investissement prudent
16. Décider si la méthode de la Commission était raisonnable en l’espèce exige de se pencher sur l’historique du critère de l’investissement prudent (parfois appelé « contrôle de la prudence » ou « critère de la prudence ») pour déterminer ses origines, le situer dans le contexte et savoir quelle portée lui ont attribué les services publics, les organismes de réglementation et les rédacteurs législatifs.
	* 1. Jurisprudence américaine
17. La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l’application du critère de l’investissement prudent aux services publics réglementés. Rappelons d’abord l’observation de notre Cour selon laquelle, « [b]ien qu’il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États‑Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 54).
18. L’application du critère de l’investissement prudent aux services publics réglementés s’origine de l’opinion concordante du juge Brandeis, de la Cour suprême des États‑Unis, datant de 1923 et selon laquelle les services publics ont droit à la déférence lorsqu’ils cherchent à recouvrer [traduction] « un investissement qui, normalement, serait considéré comme raisonnable » (*State of* *Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1).
19. Dans les décennies qui ont suivi, les organismes de réglementation américains chargés de l’examen de dépenses déjà faites par les services publics ont généralement appliqué soit le critère axé sur [traduction] « l’emploi et l’utilité », soit le critère de « l’investissement prudent » (J. Kahn, « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, p. 49). À chacun de ces critères correspond une approche différente pour déterminer quelles dépenses peuvent équitablement et raisonnablement être refilées aux consommateurs. Le critère de l’emploi et de l’utilité permet au service public d’obtenir un rendement, mais seulement sur l’investissement qui est réellement employé et qui se révèle utile à l’exploitation de l’entreprise, étant entendu que les consommateurs ne doivent pas être tenus de payer pour un investissement dont ils ne bénéficient pas.
20. Au critère de l’investissement prudent correspond l’approche retenue par le juge Brandeis et selon laquelle des dépenses peuvent être recouvrées si elles ne sont pas imprudentes compte tenu de ce qu’on sait au moment où est fait l’investissement ou la dépense (Kahn,p. 49-50). Bien qu’il puisse sembler problématique du point de vue de la protection des intérêts des consommateurs d’adopter le critère de l’investissement prudent — dans la mesure où il autorise un paiement pour un investissement qui n’a été ni employé ni utile —, ce critère permet aux organismes de réglementation d’atténuer les possibles effets draconiens du critère de l’emploi et de l’utilité, lequel impose un lourd fardeau au service public. Par exemple, refuser le recouvrement d’un mauvais investissement qui paraissait raisonnable au moment où il a été fait risque de compromettre la santé financière du service public et d’avoir un effet dissuasif sur l’investissement ultérieur de capitaux par ce dernier. Pareil résultat peut ensuite entraîner des conséquences négatives pour les consommateurs, dont les intérêts à long terme sont mieux servis si le secteur de l’électricité est à la fois dynamique, efficace et viable. Par conséquent, un organisme de réglementation peut recourir au critère de l’investissement prudent afin d’établir un juste équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux du service public (voir Kahn, p. 53-54).
21. Les États ont eu recours à des approches différentes pour établir le fondement légal de la réglementation des services publics. Certains ont permis aux organismes de réglementation d’appliquer le critère de l’investissement prudent, alors que d’autres ont légiféré pour écarter le recouvrement de capitaux investis qui n’étaient [traduction] « ni employés ni utiles au public » (*Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), p. 302). Fait à signaler, dans cette affaire où on lui demandait si des paiements « justes et raisonnables » à un service public nécessitaient, sur le plan constitutionnel, que le critère de l’investissement prudent s’applique aux dépenses déjà faites, la Cour suprême des É.‑U. a conclu que « [l’]élévation d’une seule méthode de tarification au rang de norme constitutionnelle écarterait inutilement d’autres avenues dont pourraient bénéficier à la fois consommateurs et investisseurs » (p. 316).
22. Les cours de justice américaines ont aussi reconnu que, dans certains contextes, des aspects du critère de l’investissement prudent peuvent se révéler moins justifiables. Par exemple, saisie du contrôle judiciaire de coûts transférés à un service public par une entreprise affiliée non réglementée, la Cour suprême de l’Utah s’est demandé s’il était justifié de présumer que les coûts étaient raisonnables et elle a conclu par la négative :

 [traduction] . . . nous ne pensons pas que les dépenses de l’affiliée devraient être présumées raisonnables. Bien que la pression exercée par un marché concurrentiel puisse nous permettre de présumer, faute d’une preuve contraire, que les dépenses d’une entreprise non affiliée sont raisonnables, on ne peut en dire autant des dépenses d’une affiliée qui ne sont pas faites dans le cadre d’une opération sans lien de dépendance.

(*U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), p. 274)

1. Il appert donc de la jurisprudence américaine que le critère de l’investissement prudent s’est révélé utile pour arriver à un résultat juste et raisonnable, mais qu’il ne saurait constituer un élément obligatoire de la réglementation des services publics dont l’application s’impose même lorsqu’aucune disposition législative ne le prévoit.
	* 1. Jurisprudence canadienne
2. Sous l’impulsion de la jurisprudence américaine, plusieurs organismes de réglementation et cours de justice du Canada se sont aussi penchés sur le rôle du contrôle de la prudence et ont parfois appliqué une variante du critère de l’investissement prudent. Je passerai en revue certaines de leurs décisions dans le but non pas de répertorier toutes les applications du critère, mais bien de faire état de la manière dont on l’a appliqué dans différents contextes.
3. Dans l’arrêt *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission* *of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837, le juge Martland relève que, suivant la loi en cause, l’organisme de réglementation est tenu à ce qui suit lorsqu’il fixe des tarifs :

 [traduction]

(*a*) . . . considérer tout élément qu’il juge susceptible d’influer sur les tarifs; [et]

(*b*) . . . tenir dûment compte, notamment, de la protection du public contre les tarifs excessifs qui excèdent ce qui est juste et raisonnable en contrepartie du service de la nature et de la qualité de celui fourni et de l’obtention par le service public d’un rendement juste et raisonnable sur les biens qu’il affecte à la prestation du service ou qu’il acquiert à cette fin de manière prudente et raisonnable, selon leur valeur d’expertise. [p. 852]

(Citant *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277, al. 16(1)(*b*) (abrogé S.B.C. 1973, c. 29, art. 187).)

Le juge Martland conclut de ce libellé que l’organisme de réglementation [traduction] « appelé à se prononcer sur la fixation de tarifs jouit d’un pouvoir discrétionnaire absolu quant aux éléments qu’il juge susceptibles d’influer sur les tarifs, mais qu’il doit, lorsqu’il établit la tarification, satisfaire aux deux exigences expressément prévues à l’al. (*b*) » (p. 856). Ainsi, l’organisme de réglementation est tenu par cette loi de faire en sorte que le public ne paie que ce qui est juste et raisonnable et que le service public obtienne un rendement juste et raisonnable sur la valeur des biens qu’il a utilisés *ou acquis de manière* *prudente et raisonnable*. Cette protection légale expresse du recouvrement du coût des biens acquis avec prudence offre un exemple de libellé législatif sur le fondement duquel notre Cour a conclu à l’existence d’une obligation non discrétionnaire d’assurer au service public un rendement juste sur les immobilisations qu’il a utilisées ou acquises avec prudence.

1. En 2005, la Nova Scotia Utility and Review Board (« NSUARB ») a examiné puis adopté la définition du critère de l’investissement prudent proposée par l’Illinois Commerce Commission :

 [traduction] . . . la prudence est la norme de diligence qu’une personne raisonnable aurait respectée dans la situation rencontrée par la direction du service public au moment où elle a dû prendre les décisions. [. . .] Le recul est exclu lorsqu’il s’agit d’apprécier la prudence. [. . .] La décision du service public est prudente si elle fait partie des décisions qu’une personne raisonnable aurait pu prendre. [. . .] La norme de la prudence reconnaît que des personnes raisonnables peuvent sincèrement différer d’opinions sans pour autant que l’une ou l’autre soit imprudente.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (« *Nova Scotia Power 2005* »), par. 84 (CanLII))

La NSUARB conclut alors que, [traduction] « [a]près examen de la jurisprudence, [. . .] la définition d’imprudence proposée par l’Illinois Commerce Commission constitue un critère raisonnable susceptible d’application en Nouvelle‑Écosse » (par. 90). Elle se demande notamment si la stratégie récente d’achat de carburant du service public a été prudente, et elle répond par la négative (par. 94). Elle ne se dit cependant pas tenue d’appliquer le critère de l’investissement prudent.

1. En 2012, la NSUARB a renouvelé son adhésion au critère de l’investissement prudent (*Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (« *Nova Scotia Power 2012* »), par. 143‑146 (CanLII)). Dans cette affaire, le service public dont les arguments faisaient l’objet de l’examen [traduction] « a confirmé que, selon lui, il s’agit du critère que la commission devrait appliquer » (par. 146). La NSUARB a ensuite appliqué le critère de la prudence pour décider si plusieurs décisions opérationnelles du service public avaient été prudentes ou non, et elle a conclu que certaines d’entre elles ne l’avaient pas été (par. 188).
2. En 2006, dans l’arrêt *Enbridge*,la Cour d’appel de l’Ontario se penche sur la teneur du critère de l’investissement prudent. Cet arrêt revêt un intérêt particulier pour deux raisons. Premièrement, la Cour d’appel y circonscrit précisément l’application du critère :

 [traduction]

* La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
* Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.
* Le recul est exclu de l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
* La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 10]
1. Deuxièmement, elle donne plusieurs fois à entendre que le recours au critère de l’investissement prudent est nécessaire pour se prononcer sur les dépenses convenues. Plus précisément, elle signale que pour décider du caractère juste et raisonnable de l’augmentation des tarifs demandée par Enbridge,

 [traduction] la [Commission] était tenue de soupeser les intérêts opposés d’Enbridge et des consommateurs. Pour ce faire, elle devait appliquer ce qu’on appelle dans le domaine de la réglementation des tarifs des services publics le critère de la « prudence ». Enbridge était en droit de recouvrer ses coûts au moyen d’une augmentation de ses tarifs, mais seulement si la décision derrière ces coûts était « prudente ». [par. 8]

La Cour d’appel ajoute que la Commission a appliqué le [traduction] « bon critère » (par. 18). Ces affirmations tendent à indiquer que, selon la Cour d’appel, le contrôle de la prudence est fondamental et nécessaire afin que les paiements soient justes et raisonnables.

1. Or, dans cette affaire, la Cour d’appel n’était pas directement saisie de la question de savoir si, dans ce contexte, l’application du critère de la prudence était nécessaire à l’appréciation du caractère juste et raisonnable des paiements. En fait, les parties s’entendaient [traduction] « pour l’essentiel sur la démarche qui devait être celle de la Commission pour apprécier la prudence d’une décision d’un service public » (par. 10). La question en litige était celle de savoir si la Commission avait eu recours à cette démarche de manière raisonnable. En ce sens, l’affaire *Enbridge* s’apparente à *Nova Scotia Power 2012* : les deux concernent l’application du critère de la prudence lorsqu’aucune des parties ne soutient qu’une autre démarche aurait pu raisonnablement s’appliquer.
	* 1. Conclusion sur le critère de l’investissement prudent
2. Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Il existe certes des formulations différentes du contrôle de la prudence, mais l’arrêt *Enbridge* précise en détail quelle peut être la démarche d’un organisme de réglementation appelé à décider si, au moment où le service public les a faites ou en a convenu, les dépenses étaient prudentes ou non. Le plus souvent, le contrôle de la prudence excluant le recul s’applique aux coûts en capital, mais l’arrêt *Enbridge* et les décisions *Nova Scotia Power* (*2005* et *2012*) montrent qu’il s’applique aussi aux dépenses d’exploitation. Je ne vois aucune raison de principe d’interdire à un organisme de réglementation d’appliquer le critère de la prudence aux dépenses d’exploitation.
3. Toutefois, aucun élément du régime législatif ou de la jurisprudence applicable ne me paraît appuyer l’idée que la Commission devrait être *tenue* en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence énoncé dans l’arrêt *Enbridge*,de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier la prudence de dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Notre Cour n’est pas non plus justifiée de créer pareille obligation. Je le répète, lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d’analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements (règlement 53/05, par. 6(1)).
4. En résumé, il n’est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l’application d’un critère de prudence qui exclut le recul. Comme nous l’avons vu, présumer la prudence serait incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu’il soit raisonnable ou non d’apprécier certaines dépenses avec le recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s’originent ces dépenses. Je précise toutefois que la présente décision ne doit pas être interprétée de façon à permettre aux organismes de réglementation de refuser à leur guise d’approuver des dépenses convenues. Le contrôle de la prudence de dépenses convenues peut, dans bien des cas, constituer un bon moyen de faire en sorte que les services publics soient traités équitablement et demeurent aptes à obtenir les investissements de capitaux requis. Comme je l’explique plus loin, en ce qui a trait plus particulièrement aux coûts en capital convenus, le contrôle de la prudence offre le plus souvent un moyen raisonnable d’établir un équilibre entre les intérêts du consommateur et ceux du service public.
5. Cette conclusion sur le pouvoir de la Commission de décider de sa démarche découle du régime législatif qui régit son fonctionnement. D’autres régimes législatifs prévoient expressément que l’organisme de réglementation en cause est tenu d’indemniser le service public de certaines dépenses découlant de décisions prudentes (voir l’arrêt *British Columbia Electric Railway Co.*). Selon ces autres cadres législatifs, le pouvoir discrétionnaire qui permet à l’organisme de réglementation de décider de sa démarche peut être plus restreint.
	* 1. Application à la décision de la Commission
6. En l’espèce, la Commission refuse à OPG le recouvrement au total de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération dans le secteur nucléaire, sur deux ans. Rappelons qu’il faut considérer que ces dépenses constituent, du moins en partie, des dépenses convenues. Compte tenu de la nature de ces dépenses en particulier et des circonstances dans lesquelles le service public en a convenu, je ne saurais conclure que la Commission a agi déraisonnablement en n’appliquant pas le critère de l’investissement prudent pour décider s’il était juste et raisonnable d’indemniser OPG à leur égard.
7. Premièrement, il s’agit de dépenses d’exploitation, et non de coûts en capital. Les coûts en capital, en particulier ceux qui se rapportent par exemple à l’accroissement de la capacité ou à l’amélioration des installations actuelles, comportent souvent un risque et peuvent ne pas être nécessaires, à strictement parler, à la production à court terme du service public. Ces coûts peuvent néanmoins constituer un investissement judicieux pour le bon fonctionnement et la viabilité ultérieurs de ce dernier. Dès lors, le contrôle de la prudence, qui exclut le recul (et présume ou non la prudence, selon les dispositions législatives applicables), peut jouer un rôle particulièrement important pour faire en sorte que le service public ne soit pas dissuadé d’investir de manière optimale dans le développement de ses installations.
8. Les dépenses d’exploitation, comme celles visées en l’espèce, diffèrent des coûts en capital. Il est peu probable que le refus de les approuver dissuade OPG d’en faire à l’avenir, car les dépenses de la nature de celles qui ont été refusées sont inhérentes à l’exploitation d’un service public. Certes, une décision comme celle rendue par la Commission en l’espèce peut faire hésiter OPG à convenir de dépenses relativement élevées au chapitre de la rémunération, mais tel était précisément l’effet voulu par la Commission.
9. Deuxièmement, les dépenses en cause découlent d’une relation continue entre OPG et ses employés. Le contrôle de la prudence tire son origine de l’examen de décisions d’effectuer certains investissements, notamment pour accroître la capacité; il s’agit souvent de décisions isolées prises à la lumière d’un ensemble de données alors connues ou supposées.
10. À l’opposé de celles issues de telles décisions, les dépenses de rémunération convenues d’OPG découlent d’une relation continue dans le cadre de laquelle OPG devra négocier ultérieurement les barèmes de rémunération avec les mêmes parties. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l’organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu’il juge pertinente aux fins d’établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s’en tenir à une approche excluant le recul. Le contrôle de la prudence se révèle tout simplement moins indiqué lorsque la Commission n’entend pas seulement indemniser le service public des engagements déjà pris, mais aussi réguler les dépenses qui seront faites dans l’avenir. En fin de compte, le refus de la Commission ne vise pas que des dépenses convenues, mais bien la totalité des dépenses de rémunération considérées globalement. Même si la Commission reconnaît qu’OPG n’avait peut‑être pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant de réduire ses dépenses à raison du montant total refusé, le refus de la Commission vise à inciter OPG à la maîtrise constante de ses dépenses de rémunération.
11. Après que la Commission eut signifié à OPG que ses dépenses d’exploitation lui paraissaient préoccupantes (voir la décision 2008‑2009 de la Commission, p. 28‑32), il n’était pas déraisonnable qu’elle se montre plus stricte dans l’examen des dépenses de rémunération du service public afin d’en assurer la régulation réelle à l’avenir. Le fait que la Commission dit refuser l’approbation [traduction] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350) montre qu’elle a bel et bien conscience des répercussions actuelles de son refus.
12. Le caractère raisonnable du refus de la Commission d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération tient à ce qu’elle reconnaît qu’OPG était liée dans une certaine mesure par les conventions collectives dans sa prise de décisions en matière de personnel et dans la fixation des barèmes de rémunération, et à ce qu’elle en tient compte pour déterminer la somme totale refusée (décision de la Commission, par. 350). La souplesse méthodologique dont bénéficie la Commission lui permet d’éviter les extrêmes. Lorsque le service public ne peut réduire ses dépenses, la prise en charge de celles‑ci peut, si le dossier s’y prête, être modérée ou répartie entre les actionnaires du service public et les consommateurs. La modération opérée par la Commission en l’espèce montre que, en refusant d’approuver les dépenses sans recourir formellement à un contrôle de la prudence excluant le recul, elle ne perd pas de vue la nécessité de veiller à ce que tout refus ne soit pas injuste envers OPG ni, assurément, à ce qu’il ne nuise pas à sa viabilité.
13. Dans ses motifs de dissidence, la juge Abella reconnaît que, lors du contrôle de la prudence, la Commission peut, du moins dans certaines circonstances, refuser des dépenses convenues (par. 152). Elle dit toutefois craindre qu’un tel refus puisse « mettre en péril la garantie d’un service d’électricité fiable » (par. 156). Le refus d’une somme importante ou opposé sans discernement pourrait exposer à un tel risque, mais il se peut aussi que l’organisme de réglementation fasse ce que la Commission fait en l’espèce, c’est‑à‑dire modérer son refus en tenant compte des réalités auxquelles fait face le service public.
14. Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public. La coexistence du droit à la négociation collective des employés du service public et du pouvoir de la Commission de fixer le montant des paiements pour les dépenses de rémunération indique que ni l’un ni l’autre n’a préséance. La Commission ne peut empiéter sur les conventions collectives en ordonnant au service public de manquer aux obligations qu’elles lui imposent, mais les conventions collectives ne priment pas l’obligation de la Commission d’assurer un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs.
15. La juge Abella affirme que l’examen des dépenses convenues auquel se livre la Commission à partir d’éléments de recul paraît contredire ce que l’organisme affirme précédemment dans sa décision. La Commission écrit en effet qu’elle prendra en compte tout élément de preuve pertinent pour apprécier les dépenses prévues, mais qu’elle s’en tiendra à un examen sans recul pour ce qui concerne les dépenses à l’égard desquelles OPG [traduction] « ne pouvait prendre de mesures de réduction » (décision de la Commission, par. 75). À mon sens, on peut en conclure qu’elle recourt à une démarche raisonnable pour l’analyse de dépenses que l’on peut assimiler avec assurance soit à des dépenses prévues, soit à des dépenses convenues. Cependant, toutes les dépenses ne sont pas susceptibles d’une distinction aussi nette par la Commission lorsqu’il s’agit d’apprécier le montant des paiements pour une période de référence.
16. En ce qui a trait aux dépenses de rémunération en cause, la Commission refuse de préciser quelle partie de la somme totale refusée correspond à des dépenses prévues et quelle partie correspond à des dépenses convenues pour les besoins de son analyse. Le juge Hoy fait observer que, [traduction] « [v]u la complexité de l’activité d’OPG et l’autonomie de gestion dont elle jouit, [la Commission] n’a pas tenté de déterminer avec précision le montant dont les dépenses de rémunération prévues d’OPG auraient pu être réduites dans le contexte des conventions collectives en vigueur » (motifs de la C. div., par. 53). En somme, la Commission ne départage pas les dépenses de rémunération totales entre celles qui sont « prévues » et celles qui sont « convenues ». Elle considère plutôt que les dépenses de rémunération refusées se composent à la fois de dépenses prévues et de dépenses convenues sur lesquelles la direction conservait une certaine maîtrise, mais non une maîtrise totale.
17. Il n’est pas déraisonnable que la Commission considère que la prévision du taux d’attrition du personnel constitue en soi une entreprise incertaine et qu’elle n’est pas en mesure de microgérer les décisions d’affaires qui relèvent des dirigeants d’OPG. Dès lors, toute tentative de prédire la mesure exacte dans laquelle OPG pourrait abaisser ses dépenses de rémunération (autrement dit, quelle partie de ces dépenses est prévue) serait empreinte d’incertitude. Il n’est donc pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche est compatible avec l’analyse de la Commission figurant aux par. 73-75 de sa décision et correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l’une ou l’autre des catégories mentionnées dans cette analyse.
18. Tout au long de ses motifs, la juge Abella rappelle que les dépenses découlant des conventions collectives ne peuvent être rajustées. Je n’en disconviens pas. Cependant, lorsqu’elle opine que les conventions collectives « rend[ent] *illégale* la modification par le service public [. . .] des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation » à l’égard de son personnel syndiqué (par. 149 (en italique dans l’original)), d’aucuns pourraient en conclure que la Commission tente de quelque manière de s’immiscer dans l’exécution des obligations d’OPG suivant les conventions collectives. Il importe de ne pas oublier que la Commission n’entend pas, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés.
19. Enfin, la remarque de ma collègue selon laquelle la Commission canadienne de sûreté nucléaire (« CCSN ») « [a] impos[é] [. . .] des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l’exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires » (par. 127) importe peu quant aux questions soulevées en l’espèce. Bien que le régime établi par la CCSN impose sûrement des conditions d’exploitation et de dotation aux installations nucléaires (voir dossier OPG, p. 43‑46), nul élément des motifs de la Commission et nulle plaidoirie devant notre Cour n’indiquent que le refus de la Commission entraînera le non‑respect des dispositions de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.
20. Je rappelle qu’il est essentiel qu’un service public obtienne à long terme l’équivalent du coût du capital. Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu’OPG obtienne à court terme l’équivalent de son coût du capital. Toutefois, il vise à [traduction] « signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350). L’envoi d’un tel message peut, à court terme, donner à OPG l’impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s’attendre à payer pour la prestation efficace du service. L’envoi d’un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l’article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*.
21. Conclusion
22. Je conclus que la Commission n’a pas agi de manière inappropriée en se pourvoyant en tant que partie en appel; elle n’a pas non plus agi déraisonnablement en refusant d’approuver les dépenses de rémunération en cause. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision de la Cour d’appel et de rétablir celle de la Commission.

 Version française des motifs rendus par

1. La juge Abella (dissidente) — La Commission de l’énergie de l’Ontario a été mise sur pied en 1960. Son mandat était alors d’établir les tarifs applicables à la vente et au stockage de gaz naturel et d’autoriser les projets de construction de pipelines. Au fil du temps, ses compétences et ses fonctions ont évolué. En 1973, le législateur lui a confié la responsabilité d’examiner les tarifs d’électricité puis de faire rapport au ministre de l’Énergie. Pendant cette période, en Ontario, le marché de l’électricité était peu réglementé. Il était dominé par la société d’État Ontario Hydro, qui possédait des installations de production d’énergie fournissant plus de 90 p. 100 de l’électricité dans la province (Ron W. Clark, Scott A. Stoll et Fred D. Cass, *Ontario Energy Law : Electricity* (2012), p. 134; *Rapport annuel 2011*, Bureau du vérificateur général de l’Ontario, p. 1 et 72).
2. À la fin des années 1990, une série de mesures législatives a été adoptée en vue d’axer le secteur de l’électricité sur le marché et de le soumettre à la concurrence. Ontario Hydro a été scindée en cinq entités. L’une d’elles, Ontario Power Generation Inc., s’est vu confier l’actif de production d’électricité de l’ancienne société Ontario Hydro. Elle a été constituée en société commerciale dont le seul actionnaire est la province d’Ontario (Clark, Stoll et Cass, p. 5‑7 et 134).
3. Depuis le 1er avril 2008, la Commission est légalement investie du pouvoir de fixer les paiements pour l’électricité produite par les installations prescrites que possède Ontario Power Generation (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, par. 78.1(2); O. Reg. 53/05 (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 »), art. 3). Suivant le régime législatif, Ontario Power Generation est tenue de faire une demande à la Commission pour obtenir l’approbation de paiements « justes et raisonnables » (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 78.1(5)). La Commission établit sa propre méthode pour déterminer ce qui constitue des paiements « justes et raisonnables » au regard des objectifs législatifs qui consistent à maintenir une « industrie de l’électricité financièrement viable » et à « protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d’électricité » (règlement 53/05, par. 6(1); *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, dispositions 1 et 2 du par. 1(1).
4. Ontario Power Generation demeure le plus grand producteur d’électricité de la province. L’Ontario Hydro Employees’ Union (auquel a succédé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique) a été accrédité comme agent négociateur auprès de l’entreprise dans les années 1950, alors que Society of Energy Professionals l’a été à son tour en 1992 (Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (en ligne), art. 6.2). Le personnel d’Ontario Power Generation affecté à ses activités réglementées se compose aujourd’hui d’environ 10 000 personnes, dont 90 p. 100 sont syndiquées. Deux tiers de ces employés syndiqués sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, un tiers par Society of Energy Professionals.
5. Le syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals avaient tous deux conclu des conventions collectives avec Ontario Hydro avant la création d’Ontario Power Generation. Lorsqu’elle a succédé à Ontario Hydro, Ontario Power Generation a hérité de la totalité des obligations issues de ces conventions (*Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 69), qui la lient et l’empêchent de réduire unilatéralement les niveaux de dotation ou les barèmes de rémunération.
6. La Commission canadienne de sûreté nucléaire, un organisme fédéral indépendant chargé de faire respecter la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9, impose également des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l’exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires.
7. Le 26 mai 2010, Ontario Power Generation a demandé à la Commission d’approuver des recettes nécessaires se chiffrant à 6 909,6 millions de dollars pour la période allant du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2012, dont 2 783,9 millions devaient être affectés à la rémunération du personnel — salaires, avantages sociaux, prestations de retraite et incitatifs annuels (EB‑2010‑0008, p. 8, 49 et 80).
8. Dans sa décision, la Commission dit soumettre à [traduction] « deux types d’examen » les dépenses du service public. En ce qui concerne les dépenses prévues — par le service public, pour une période ultérieure et qu’il est toujours possible de réduire ou d’éviter —, la Commission soutient qu’il incombe à Ontario Power Generation de démontrer leur caractère raisonnable. En revanche, pour ce qui est des dépenses à l’égard desquelles « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction », à savoir les dépenses convenues, la Commission dit qu’elle effectuera « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence », c’est‑à‑dire une présomption selon laquelle les dépenses du service public sont raisonnables (p. 19).
9. La Commission ne fait aucune distinction entre les dépenses de rémunération qui sont réductibles et celles qui ne le sont pas. Elle soumet plutôt toutes les dépenses de rémunération à l’appréciation qu’elle réserve aux dépenses prévues réductibles et elle refuse d’approuver les paiements demandés à raison de 145 millions de dollars au motif que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation sont trop élevés.
10. En appel, les juges majoritaires de la Cour divisionnaire confirment l’ordonnance de la Commission. Dans ses motifs dissidents, la juge Aitken conclut que la décision de la Commission est déraisonnable, car elle n’applique pas la bonne approche aux dépenses de rémunération, lesquelles constituent, par l’effet de conventions collectives contraignantes en droit, des dépenses fixes et non ajustables. Selon elle, la Commission [traduction] « regroupe » plutôt toutes les dépenses de rémunération et ne fait aucune distinction entre celles qui découlent d’obligations contractuelles obligatoires et celles qui n’en découlent pas. Comme elle l’affirme :

 [traduction] Premièrement, j’estime que les dépenses de rémunération du secteur nucléaire [d’Ontario Power Generation], pour une période ultérieure, assujetties à une contrainte en raison de conventions collectives qui s’appliquaient avant la demande et la période de référence, constituent des dépenses déjà faites qui doivent faire l’objet d’un contrôle de la prudence après coup, en deux étapes. Deuxièmement, dans l’analyse (mais pas nécessairement dans l’appréciation finale) des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont fait état la demande, la [Commission] était tenue de faire une distinction entre les dépenses déjà effectuées et d’autres réellement prévues, mais non préétablies. Troisièmement, à mon avis, la [Commission] devait soumettre à un contrôle de la prudence la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire qui découlait de contrats obligatoires conclus avant la demande et la période de référence. Pour ce qui est des autres facteurs présidant à la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] pouvait, en se fondant sur toute la preuve disponible, décider s’ils étaient raisonnables ou non. Quatrièmement, si un contrôle de la prudence avait été effectué, des éléments de preuve auraient pu raisonnablement permettre à la [Commission] de conclure à la réfutation de la présomption de prudence en ce qui a trait aux éléments issus des conventions collectives qui influaient sur les dépenses. Malheureusement, je constate que nulle part dans sa décision la [Commission] ne se livre à une telle analyse. Elle regroupe sans distinctions toutes les dépenses de rémunération du secteur nucléaire. Elle considère qu’elles ont toutes la même origine et qu’aucune ne découle d’obligations contractuelles auxquelles [Ontario Power Generation] était tenue par une convention collective conclue avant la demande et la période de référence. Enfin, j’estime que, lorsqu’elle se penche sur le caractère raisonnable de la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] commet l’erreur de tenir compte d’éléments de preuve ayant vu le jour après la conclusion des conventions collectives pour apprécier le caractère raisonnable des barèmes de rémunération et d’autres dispositions contraignantes des conventions collectives. [par. 75]

1. La Cour d’appel souscrit à l’unanimité à la conclusion de la juge Aitken et statue que [traduction] « les dépenses de rémunération en cause devant la [Commission] étaient des dépenses convenues » qu’il aurait donc fallu apprécier en présumant leur prudence. Elles reconnaissent toutes deux qu’il était loisible à la Commission de conclure que la présomption était réfutée en ce qui concerne les obligations contractuelles obligatoires, mais qu’elle a agi déraisonnablement en ne tenant pas compte de la nature immuable des coûts fixes.
2. Je suis d’accord. Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l’effectif obligatoire d’Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d’emploi des employés syndiqués. Les dépenses de rémunération d’Ontario Power Generation étaient donc en très grande partie préétablies et ne pouvaient être rajustées par l’entreprise au cours de la période considérée. Il s’agit précisément du type de dépenses que la Commission qualifie, dans sa décision, de dépenses à l’égard desquelles [traduction] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » et qui doivent faire l’objet d’un « contrôle de la prudence comportant l’application d’une présomption de prudence » (par. 75).
3. Soit dit tout en respect, la Commission rend une décision déraisonnable en ne reconnaissant pas le caractère contraignant en droit et non réductible des dépenses auxquelles le service public s’était engagé lors de la signature des conventions collectives et en omettant de soumettre ces dépenses au contrôle qui s’imposait pourtant selon elle à leur égard.

Analyse

1. Conformément au par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, sur demande d’Ontario Power Generation, la Commission fixe le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit le service public.Dans le contexte de la réglementation des services publics, l’expression « justes et raisonnables » traduit l’objectif qui consiste à [traduction] « naviguer entre les récifs » que sont, d’une part, les tarifs excessifs imposés au consommateur et, d’autre part, la rétribution insuffisante du service public (*Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), p. 481; voir aussi *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192‑193).
2. La méthode retenue par la Commission pour déterminer le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit Ontario Power Generation prend en partie appui sur la notion de « prudence ». En droit réglementaire, la prudence offre un [traduction] « fondement juridique pour se prononcer sur le respect des obligations des services publics liées à l’intérêt public, plus particulièrement en ce qui concerne le processus de tarification » (Robert E. Burns et autres, *The Prudent Investment Test in the 1980s*, rapport NRRI‑84‑16, The National Regulatory Research Institute, avril 1985, p. 20). Apparue au début du 20e siècle, cette notion jurisprudentielle visait à remédier à la [traduction] « complexité paralysante » des approches différentes utilisées par les organismes de réglementation pour arrêter des montants « justes et raisonnables », et elle présumait que le service public réglementé avait agi raisonnablement (*Verizon Communications*, p. 482). Ainsi, comme l’explique le juge Brandeis dans un extrait bien connu datant de 1923 :

 [traduction] L’emploi de l’expression « investissement prudent » n’est pas décisif. L’établissement de la base de tarification ne devrait pas exclure les investissements qui, dans des circonstances ordinaires, seraient considérés raisonnables. Cet emploi vise plutôt à exclure les dépenses qui pourraient être jugées malhonnêtes ou manifestement excessives ou imprudentes. On peut supposer que tout investissement considéré a été fait dans l’exercice d’un jugement raisonnable, sauf preuve du contraire. [Je souligne.]

(*State of* *Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1, le juge Brandeis (dissident))

1. La présomption de prudence constitue le point de départ de l’examen que la Commission appelle [traduction] « contrôle de la prudence ». Lorsqu’elle entreprend ce contrôle de la prudence, la Commission applique un « ensemble bien établi de principes » :

 [traduction]

* La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
* Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.
* Le recul est exclu dans l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
* La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), par. 55, citant *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), par. 3.12.2.)

1. Dans *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, par. 3.12.1 à 3.12.5, conf. par *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 8 et 10‑12, la Commission et la Cour d’appel de l’Ontario considèrent ce contrôle — qui comporte l’application d’une présomption de prudence et exclut le recul — comme la méthode appropriée pour fixer des tarifs « justes et raisonnables ».
2. Toutefois, dans la présente affaire, la Commission choisit de ne pas soumettre toutes les dépenses à un contrôle de la prudence. Elle dit plutôt recourir à deux examens. Le premier s’appliquerait aux « dépenses prévues », soit celles à l’égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu’il peut toujours réduire ou éviter. Dans ses motifs, la Commission explique qu’elle examine ces dépenses au regard d’une vaste gamme d’éléments de preuve et qu’il incombe au service public de démontrer le caractère raisonnable de ses dépenses :

 [traduction] Lors de l’examen des dépenses prévues, il incombe à la société d’établir le bien‑fondé de sa demande et d’étayer son allégation selon laquelle ces dépenses sont raisonnables. Elle doit fournir un large éventail d’éléments de preuve en ce sens, notamment des analyses de rentabilité et de tendances, des données de référence, etc. Le critère applicable n’est pas celui de la malhonnêteté, de la négligence ou de la perte menant au gaspillage, mais bien celui du caractère raisonnable. Et dans l’appréciation du caractère raisonnable, la Commission n’est pas tenue d’examiner uniquement les données qui intéressent [Ontario Power Generation]. Elle a le pouvoir discrétionnaire de conclure que les dépenses prévues sont déraisonnables au vu de la preuve, laquelle peut se rapporter à l’analyse coût/bénéfice, à l’incidence sur les consommateurs, aux comparaisons avec d’autres entités ou à autre chose.

 L’avantage d’une période de référence ultérieure est qu’elle permet à la société de connaître à l’avance la décision de la Commission concernant le recouvrement de dépenses prévues. Par exemple, lorsque des dépenses sont refusées, la société peut modifier ses plans en conséquence. Autrement dit, l’actionnaire n’a pas nécessairement à assumer un coût (à moins que la société ne décide, en tout état de cause, de maintenir les dépenses jugées excessives). [par. 74-75]

1. Selon la Commission, une démarche différente serait suivie pour les dépenses à l’égard desquelles la société ne pouvait [traduction] « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d’obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission explique qu’elle jauge ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence » qui comporte l’application d’une présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente :

 [traduction] Des considérations quelque peu différentes entreront en jeu lors d’un contrôle de la prudence après coup. La dépense que la Commission refusera alors d’approuver sera nécessairement assumée par l’actionnaire. La société ne pourra plus prendre de mesures de réduction à son égard. C’est pourquoi la Commission estime qu’il existe une différence entre les deux types d’examen, le contrôle après coup constituant un contrôle de la prudence assorti d’une présomption de prudence. [par. 75]

1. À titre d’exemple, dans *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, la Commission conclut qu’elle doit effectuer un contrôle de la prudence pour apprécier les dépenses qu’Enersource a déjà faites :

 [traduction] Le présent dossier porte sur des dépenses que la société a déjà faites en grande partie. [. . .] Comme il est question de dépenses antérieures qui sont aujourd’hui contestées, la Commission doit effectuer un contrôle de la prudence. [par. 55]

1. Comme le dit la Commission dans ses motifs, il est logique de soumettre à un contrôle de la prudence des dépenses convenues, car refuser d’approuver des dépenses auxquelles Ontario Power Generation ne peut se soustraire oblige le service public à acquitter sur ses propres deniers des dépenses déjà faites. Cela pourrait nuire au bon fonctionnement d’Ontario Power Generation et l’amener à restructurer ses liens avec les milieux financiers et ses fournisseurs de services, voire à faire faillite (voir Burns et autres, p. 129‑165). Dès lors, [traduction] « les coûts en capital et les tarifs seraient supérieurs à ce qu’ils auraient été si une sanction modérée avait résulté de l’application du principe de prudence », de sorte que le consommateur ontarien serait contraint de payer des tarifs d’électricité plus élevés (Burns et autres, p. vi).
2. Le présent pourvoi a donc pour objet la décision de la Commission de considérer *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d’Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables, sans se demander s’il s’agit en partie de dépenses pour lesquelles [traduction] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » (par. 75). La Commission ne les qualifie pas à proprement parler de dépenses prévues, mais lorsqu’elle affirme que « les conventions collectives peuvent rendre ardue l’élimination rapide de certains postes » et que « modifier des conventions collectives [. . .] prend du temps » (par. 346 et 352), elle considère clairement qu’il s’agit de dépenses théoriquement compressibles. De plus, l’omission de soumettre celles‑ci au contrôle de la prudence qu’elle dit pourtant s’appliquer aux dépenses non réductibles confirme l’assimilation des obligations issues de négociations collectives à des obligations ajustables.
3. La Commission ne dit pas pourquoi elle estime que les dépenses de rémunération issues des conventions collectives constituent des dépenses prévues ajustables, mais par l’adoption de son approche, elle empêche Ontario Power Generation de bénéficier de l’application de sa méthode d’appréciation qui considère différemment les dépenses convenues. À mon humble avis, en omettant d’apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission méconnaît à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.
4. Ontario Power Generation était partie à des conventions collectives obligatoires qui étaient intervenues avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals et qui s’appliquaient pendant la plus grande partie de la période considérée. À l’époque de la demande, elle avait déjà conclu une convention collective avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique pour la période comprise entre le 1er avril 2009 et le 31 mars 2012.
5. La convention collective intervenue avec Society of Energy Professionals et imposant la médiation‑arbitrage pour le règlement des différends pendant des négociations collectives a expiré le 31 décembre 2010. Par suite d’une impasse dans les négociations, les conditions d’une nouvelle convention collective pour la période du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2012 ont été imposées par voie d’arbitrage obligatoire (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)).
6. Les conventions collectives conclues avec les deux syndicats prescrivaient les barèmes de rémunération des employés syndiqués, réglementaient rigoureusement les niveaux de dotation aux installations d’Ontario Power Generation et limitaient le pouvoir du service public de réduire unilatéralement ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation. Par exemple, la convention collective conclue avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique prévoyait qu’il n’y aurait aucun licenciement pendant la durée de son application. Bien au contraire, Ontario Power Generation serait contrainte soit de réaffecter tout employé excédentaire, soit de lui offrir une indemnité de départ selon les barèmes établis au préalable par le service public et le syndicat (« Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers’ Union », 1er avril 2009 au 31 mars 2012, art. 11).
7. De même, la convention collective conclue avec Society of Energy Professionals limitait grandement le pouvoir du service public de négocier et de déterminer les barèmes de rémunération. À l’expiration de cette convention le 31 décembre 2010, le service public défendait la position de son unique actionnaire, la province d’Ontario, à savoir l’exclusion de toute augmentation nette des salaires pendant les deux années suivantes. Les parties n’ont pu parvenir à un accord, de sorte que le dossier a été renvoyé à l’arbitrage obligatoire comme convenu lors de négociations précédentes. Dans sa décision, l’arbitre Kevin M. Burkett a ordonné une augmentation générale des salaires de 3 p. 100 le 1er janvier 2011, de 2 p. 100 le 1er janvier 2012 et, en sus, de 1 p. 100 le 1er avril 2012 (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, par. 1, 9 et 28).
8. Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire (*Loi de 1995 sur les relations de travail*, art. 56). Il était donc interdit à Ontario Power Generation de réduire unilatéralement les niveaux de dotation, les salaires ou les avantages sociaux de ses employés syndiqués. Contrairement à ce qu’affirment les juges majoritaires (par. 84), ces conventions ne laissaient pas seulement « peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble », elles rendaient *illégale* la modification par le service public — d’une manière incompatible avec les engagements qu’il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.
9. En appliquant la méthode qu’elle a dit qu’elle utiliserait à l’égard des dépenses prévues du service public, la Commission oblige en fait Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de ses dépenses et conclut que l’entreprise n’a présenté ni [traduction] « preuve convaincante », ni « documents ou analyses » qui justifient les barèmes de rémunération (par. 347). Si elle avait eu recours à l’approche qu’elle a dit qu’elle utiliserait pour les dépenses à l’égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.
10. Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, appliquer le contrôle de la prudence à ces dépenses de rémunération serait difficilement « incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ». Considérer que le par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* prévoit un fardeau de preuve aussi strict a essentiellement pour effet d’empêcher totalement la Commission d’effectuer des contrôles de la prudence, alors qu’elle en a effectués sans difficulté dans le passé et qu’elle a affirmé — comme dans ses motifs en l’espèce — qu’il y a lieu de soumettre les dépenses convenues à « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence ». Or, suivant le raisonnement des juges majoritaires, comme le contrôle de la prudence présume toujours la prudence, la Commission ne verrait pas seulement sa marge de manœuvre réduite sur le plan méthodologique, mais elle contreviendrait aussi à la Loi.
11. L’application du principe de la prudence ne soustrait pas les dépenses de rémunération du service public à tout examen. Comme le fait remarquer la Cour d’appel, le contrôle de la prudence

 [traduction] n’écarte pas la possibilité que la [Commission] puisse contrôler les barèmes de rémunération applicables aux employés syndiqués d’[Ontario Power Generation] ou le nombre de leurs postes. Lors d’un tel contrôle, il peut ressortir de la preuve, d’une part, que la présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente doit être écartée et, d’autre part, que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation convenus ne sont pas raisonnables; cependant, la [Commission] ne peut se prononcer avec le recul, mais doit tenir compte de ce qui était connu ou qui aurait dû l’être à l’époque. Le contrôle de la prudence admet un tel résultat et permet à la [Commission] de s’acquitter de son mandat légal et de jouer son rôle de substitut du marché tout en assurant un juste équilibre entre les intérêts d’[Ontario Power Generation] et ceux de ses clients. [par. 38]

1. L’affirmation des juges majoritaires selon laquelle, « si le législateur avait voulu que les dépenses [. . .] issues [de conventions collectives] se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public » (par. 114), laisse perplexe. Le législateur ne voulait pas que *toute* dépense se répercute « inévitablement » sur les consommateurs. Son intention était de donner à la Commission le pouvoir d’arrêter des paiements justes et raisonnables en fonction des engagements actuels et projetés d’Ontario Power Generation. Ni les conventions collectives ni aucune autre obligation contractuelle ne devaient « inévitablement » se répercuter sur qui que ce soit. Cependant, elles devaient inévitablement peser dans la balance. Or, c’est précisément la nature unique des engagements contraignants qu’a invoquée la Commission lorsqu’elle a affirmé qu’elle soumettrait ces dépenses à un contrôle différent.
2. Il se peut fort bien qu’Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d’attrition ou grâce à d’autres mécanismes qui ne vont pas à l’encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission ne tire toutefois aucune conclusion de fait sur l’étendue d’une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n’indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d’Ontario Power Generation sont fixes et dans quelle proportion elles demeurent assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. La Commission ne tire pour ainsi dire aucune conclusion de fait quant à savoir dans quelle mesure l’entreprise pouvait réduire ses dépenses de rémunération issues des conventions collectives. Au contraire, comme le souligne la juge Aitken, la Commission [traduction] « regroupe » sans distinctions toutes les dépenses liées à la rémunération, reconnaît que la réduction de celles issues des conventions collectives « prend[rait] du temps » et « [serait] ardue », et considère qu’elles sont globalement ajustables.
3. Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu’Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l’absence de toute preuve en ce sens. Pour reprendre les propos des juges majoritaires, ces dépenses correspondent à des « obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire [. . .] permettant [au service public] de ne pas acquitter la somme ultérieurement » (par. 82). Selon la propre méthode de la Commission, les dépenses à l’égard desquelles [traduction] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » bénéficient d’une « présomption de prudence » (par. 75).
4. Refuser d’approuver des dépenses qu’Ontario Power Generation est juridiquement tenue d’acquitter en raison de ses conventions collectives obligerait le service public et son seul actionnaire, la province d’Ontario, à combler la différence en puisant ailleurs. Ontario Power Generation pourrait notamment être forcée de réduire ses investissements dans l’accroissement de sa capacité et dans l’amélioration de ses installations. Et, comme il s’agit du plus grand producteur d’électricité de l’Ontario, un tel refus pourrait non seulement nuire à la « viabilité financière » du secteur de l’électricité de la province, mais également mettre en péril la garantie d’un service d’électricité fiable.
5. Les juges majoritaires tiennent cependant pour acquis que la relation continue entre Ontario Power Generation et les syndicats devrait conférer à la Commission, relativement aux dépenses de rémunération issues de négociations collectives, un pouvoir de refus plus grand que celui dont elle bénéficie dans le cadre d’une analyse qui exclut le recul et présume la prudence. Ils font droit également à la conclusion de la Commission selon laquelle les dépenses de rémunération issues de négociations collectives auxquelles Ontario Power Generation a participé pourraient être [traduction] « excessives » et concluent donc que la Commission a agi raisonnablement en écartant le principe de la « prudence » pour arriver à sa conclusion. Leur approche ne trouve aucun appui, pas même dans la méthode que la Commission établit elle‑même pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables.
6. En tout respect pour l’opinion contraire, en choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l’hypothèse que les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se méprend sur l’objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l’on *suppose* constituer des dépenses excessives revient, soit dit tout en respect, à substituer ce qui a l’apparence d’une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d’une méthode d’analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas.
7. Je reconnais que la Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont « justes et raisonnables » et, à l’intérieur de certaines limites, de [traduction] « définir la [. . .] méthode » utilisée pour établir le montant de ces paiements (règlement 53/05, art. 6; *Loi de 1998 sur la Commission de l’Énergie de l’Ontario*, art. 78.1). Cela dit, dès lors qu’elle a établi une méthode pour déterminer ce qui est juste et raisonnable, la Commission doit à tout le moins l’appliquer avec constance (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149 (CanLII), par. 30‑32, le juge Rothstein). Pour autant, les conventions collectives ne « priment » pas le pouvoir de la Commission de fixer les paiements, mais une fois que la Commission a choisi une méthode pour exercer son pouvoir discrétionnaire, elle doit s’y tenir. En l’absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation serait vouée à l’incertitude quant à la démarche à suivre pour déterminer les dépenses et les investissements à faire et quant à la manière de les soumettre à l’examen de la Commission. Passer sporadiquement d’une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l’on prétend appliquer crée de l’incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu’il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s’y ajuster.
8. En refusant d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au motif qu’Ontario Power Generation pouvait réduire ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation, la Commission a méconnu le caractère contraignant en droit des conventions collectives et a omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d’avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.
9. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi, d’annuler la décision de la Commission et, à l’instar de la Cour d’appel, de renvoyer l’affaire à la Commission pour qu’elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

 *Pourvoi accueilli, la juge* Abella *est dissidente.*

 Procureurs de l’appelante : Stikeman Elliott, Toronto.

 Procureurs de l’intimée Ontario Power Generation Inc. : Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

 Procureurs de l’intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

 Procureurs de l’intimée Society of Energy Professionals : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

 Procureurs de l’intervenante : Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.