

LETTRE DE DÉCISION

Dossier OF-Tolls-Group1-E101-2014-03 02
Le 8 mars 2018

Destinataires : Toutes les parties à l'ordonnance d'audience RH-001-2017

**Pipelines Enbridge Inc. (Enbridge)
Demande de révision et de modification de la lettre de décision de l'Office national
de l'énergie datée du 29 octobre 2015 concernant les principes de tarification du
programme de remplacement de la canalisation 3 – Ordonnance d'audience
RH-001-2017**

1. Contexte

Le 13 mai 2014, Pipelines Enbridge Inc. (« Enbridge ») a déposé une demande d'approbation des principes de tarification relatifs au programme proposé de remplacement de la canalisation 3 (les « principes de tarification »). Ces principes négociés visaient notamment à l'établissement d'un droit majoré sur 15 ans à compter de la date de mise en service de la canalisation remplaçant la canalisation 3 (le « projet »).

Au nombre des principes de tarification énoncés dans la feuille de résolution, il y avait une disposition en matière de partage des risques liés aux coûts en capital selon laquelle la majoration proposée devrait être rajustée en fonction de toute modification de l'estimation initiale de l'ensemble des coûts en capital hors catégorie jusqu'à l'obtention de l'estimation de catégorie IV. Le rajustement en question était fondé sur un partage convenu à 75 % pour l'expéditeur et à 25 % pour Enbridge de tous les coûts de l'estimation de catégorie IV en sus de l'ensemble des coûts hors catégorie. Les coûts étaient estimés en dollars canadiens (CAD) et américains (USD).

Le 25 août 2014, l'Office national de l'énergie a approuvé la demande de principes de tarification présentée par Enbridge, y voyant « une base appropriée pour un supplément de droit juste et raisonnable pendant 15 ans ».

Le 25 novembre 2014, Suncor Energy Marketing Inc. (« Suncor ») a déposé à l'Office une lettre demandant que soient précisés et clarifiés les principes de tarification approuvés par celui-ci

.../2

le 25 août 2014 en ce qui concerne l'estimation de catégorie IV aux fins du programme de remplacement de la canalisation 3. Suncor a affirmé qu'Enbridge n'avait pas appliqué le bon taux de change canado-américain dans le calcul du supplément rajusté. Elle a déclaré que la feuille de résolution ne faisait pas état du taux de change à employer, ce qui lui donnait l'impression qu'Enbridge avait appliqué arbitrairement la parité comme taux tant pour l'estimation des coûts en capital hors catégorie que pour l'estimation de catégorie IV.

À la suite d'une période de commentaires et de trois cycles de demandes de renseignements de l'Office tant à Suncor qu'à Enbridge, l'Office a produit sa lettre de décision le 29 octobre 2015 (la « décision »). Il concluait qu'Enbridge avait mal appliqué les principes de tarification dans le calcul de l'ensemble des coûts. À son avis, la méthode de calcul employée pouvait avoir pour effet de gonfler artificiellement les coûts et de donner lieu à une perception excessive de fonds.

Dans sa décision, l'Office a jugé que la prise en compte d'un taux de change approprié était nécessaire pour que les trois quarts du risque soient attribués aux expéditeurs comme convenu dans la disposition relative au partage des risques. Il estime que, idéalement, Enbridge et ses expéditeurs auraient dû s'entendre avant l'estimation de catégorie IV sur le taux de change à prendre en compte dans cette estimation, ou sur un mécanisme de détermination de ce taux, pour ensuite l'appliquer au moment d'effectuer la prévision. L'Office a ordonné à Enbridge d'appliquer un taux de change de 1,10 CAD pour 1,00 USD dans le calcul des parties canadienne et américaine de l'estimation de catégorie IV, ainsi que dans l'estimation de même catégorie de l'ensemble des coûts. Toutefois, considérant le caractère négocié de la disposition relative au partage des risques dans les principes de tarification, l'Office a dit qu'il prendrait en considération une demande faite par Enbridge de rajustement du taux de change de l'estimation de catégorie IV à l'issue d'une poursuite des négociations en la matière avec le groupe représentatif de ses expéditeurs.

Le 26 février 2016, Enbridge a déposé une demande de révision et de modification de la décision du 29 octobre 2015 de l'Office en ce qui concerne les principes de tarification du programme de remplacement de la canalisation 3. Le 15 mars 2016, l'Office a produit une lettre où il invitait tous les intéressés à présenter leurs observations sur la question de fond de la révision soulevée par Enbridge dans sa demande de révision et de modification en précisant que les observations pourraient aussi porter sur le processus ([A4Y7F2](#)). L'Office a reçu des lettres de Total EP Canada Ltd. et de Total Trading and Marketing LP (TEPCA et TTMC) ([A4Z0C5](#)), ainsi que de Suncor ([A4Z0G3](#)).

Suncor était d'avis que la demande de révision et de modification devait être rejetée, Enbridge n'ayant pas satisfait aux critères de base d'une révision, parce qu'elle n'a pas établi de motifs pour faire douter de la justesse de la décision de l'Office. De même, TEPCA et TTMC considéraient qu'Enbridge n'avait pas soulevé un doute propre à justifier une révision. À leurs yeux, l'interprétation qu'avancait Enbridge ne semblait pas découler du libellé choisi pour la disposition de partage des risques, ni s'accorder avec cette formulation.

Le 14 avril 2016, Enbridge a répondu aux commentaires ([A4Z3C7](#)). Elle estimait qu'un doute clair existait au sujet de la justesse de la décision de l'Office et que celui-ci devait passer à

l'étape suivante dans la démarche de révision. Elle a fait remarquer que, dans ses observations, Suncor s'en prenait à une partie des faits d'intérêt. Selon Enbridge, les faits étaient importants dans cette affaire. Elle a demandé que, à la prochaine étape, on prévoie le dépôt d'une preuve écrite et la possibilité de faire des demandes de renseignements et de contre-interroger pour vérifier les éléments de preuve présentés.

Le 27 janvier 2017, l'Office a jugé qu'un doute avait bel et bien été soulevé à propos de la justesse de sa décision du 29 octobre 2015. Il a donc concédé à Enbridge une révision de cette décision en établissant un processus d'examen et un calendrier, le tout accompagné d'une demande de participation au processus, d'un dépôt d'éléments de preuve et d'éventuelles demandes de renseignements. Une audience orale avec faculté de contre-interroger et de présenter des plaidoiries orales a eu lieu à Calgary les 12 et 13 décembre 2017.

2. Opinions des parties

Opinion d'Enbridge

Dans sa demande de révision et de modification, Enbridge a soutenu que l'Office avait commis une erreur dans sa décision du 29 octobre 2015. Elle a précisé ce qui suit :

- l'Office n'a pas tenu compte de la façon dont les parties avaient négocié la disposition à appliquer;
- il n'a pas tenu compte des renseignements non contestés qui lui avaient été présentés au sujet de l'intention des parties ayant négocié l'entente;
- il a tiré des conclusions allant à l'encontre des vues des parties ayant négocié cette disposition quant à la façon dont celle-ci devait être appliquée;
- il a ordonné à Enbridge de calculer l'ensemble des coûts en capital de catégorie IV d'une manière contraire à l'intention des parties négociatrices et, ce faisant, s'est trouvé à substituer son propre point de vue au leur.

En contre-preuve, Enbridge a fait valoir que, si elle ne convenait pas avec Suncor que l'intention n'entraînait nullement en ligne de compte, elle croyait qu'il n'y avait pas lieu pour l'Office de tirer des conclusions dans cette affaire juste au sujet de l'intention des parties, et ce, parce que l'Office avait devant lui une preuve irréfutable quant à la façon dont le rajustement avait été calculé en réalité et pris en compte dans les tableaux. Enbridge a fait observer que Suncor n'avait pas posé une seule question au sujet de cette preuve.

À son avis, l'Office avait commis une erreur dans sa décision en présentant les conclusions et les observations suivantes :

- Contrairement à la conclusion de l'Office selon laquelle l'approche retenue par Enbridge était incohérente dans le calcul des taux de change, Enbridge a soutenu qu'il n'y avait là aucune incohérence. Jamais l'intention n'a été d'établir une seule estimation des coûts en capital pour tout le projet en convertissant en une monnaie unique l'ensemble des coûts

des parties canadienne et américaine du projet. Enbridge a maintenu que les estimations des parties américaine et canadienne étaient toujours dans les deux monnaies pour le calcul du rajustement.

- En ce qui concerne l'observation de l'Office selon laquelle, s'il n'y avait pas de mention de taux de change dans la feuille de résolution, cela n'empêchait pas d'utiliser un taux autre que la parité dans le calcul du rajustement et de le prendre en compte dans les tableaux, Enbridge a répliqué qu'elle avait conservé dans les monnaies d'origine les estimations de coûts en capital des parties américaine et canadienne dans le calcul de rajustement.
- Enbridge a également soutenu que le rajustement de +0,095 USD le baril est ce qui permettait de recouvrer 75 % du coût majoré de l'estimation hors catégorie dans l'estimation de catégorie IV, d'une part, pour la partie américaine du projet selon la méthode de coût du service de la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) et, d'autre part, pour la partie canadienne selon un rendement du capital investi (RCI) de 11,9 %. Enbridge est d'avis que, ayant à absorber 25 % de la majoration de l'ensemble des coûts, le supplément rajusté devait donner pour la partie canadienne un RCI de 11,5 %. Pour elle, il n'y avait pas de perception excessive de fonds comme l'Office l'a déclaré dans sa décision.
- En ce qui concerne la conclusion de l'Office selon laquelle l'inclusion d'un taux de change approprié était nécessaire si 75 % du risque devait être attribué comme convenu aux expéditeurs, Enbridge pensait que le rajustement de la disposition de partage des risques permettait seulement d'obtenir 75 % pour la partie américaine conformément à la méthode de la FERC et pour la partie canadienne selon un RCI de 11,9 % là où on déterminait l'ensemble des coûts en additionnant les coûts au Canada et aux États-Unis sans conversion en une monnaie unique. Enbridge a souligné que les tableaux de rajustement avaient été établis sur cette base dans la feuille de résolution.

De l'avis d'Enbridge, l'Office n'avait tout simplement pas les éléments de preuve nécessaires pour tirer les conclusions qui avaient été les siennes et qu'il avait mal compris comment le rajustement avait été calculé et pris en compte dans les tableaux. Selon elle, l'Office avait maintenant en main les éléments pour démontrer hors de tout doute que le rajustement avait été bien calculé et que le résultat était équitable, raisonnable et approprié. Voilà pourquoi elle demandait à l'Office de rapporter sa décision où il lui demandait d'appliquer un taux de change de 1,10 CAD = 1,00 USD pour le calcul des parties canadienne et américaine de l'estimation des coûts de catégorie IV et pour l'estimation correspondante de l'ensemble des coûts.

Selon Enbridge, la question qui se posait dans cette instance était de juger si le rajustement du supplément avait été bien calculé pour la canalisation 3 dans la feuille de résolution. Elle estimait que la preuve montrait qu'elle avait calculé sans erreur le rajustement du supplément.

Enbridge avait calculé le rajustement du supplément de la manière convenue avec le groupe représentatif des expéditeurs et par la même méthode de base que dans l'Entente de tarification concurrentielle (ETC) visant à répartir les droits communs internationaux entre le réseau principal d'Enbridge au Canada et le réseau Lakehead de la société aux États-Unis. Enbridge a fait observer qu'une équipe de négociation commerciale avait été constituée par le groupe représentatif des expéditeurs conformément à l'article 16.3 de l'ETC prévoyant qu'Enbridge et ce groupe négocient des rajustements des droits communs internationaux et des droits locaux au Canada de sorte que la société puisse recouvrer les dépenses en capital consacrées à un important agrandissement de son réseau principal. Elle jugeait avoir calculé son rajustement en produisant un résultat approprié, équitable et raisonnable.

Enbridge a expliqué que les négociations avec ce comité du groupe représentatif des expéditeurs avaient été poussées et avaient duré des mois. Selon elle, ses propres témoins et ceux de Suncor avaient attesté que le processus applicable avait été suivi et que Suncor avait assisté aux séances nécessaires du groupe. L'entente avec le groupe comportait une clause exigeant que les représentants soient bien au fait des questions relatives au réseau principal d'Enbridge et à l'Entente de tarification concurrentielle. Enbridge pensait qu'elle négociait avec des parties averties qui avaient connu une foule de processus semblables par le passé.

Enbridge a ajouté que la feuille provisoire de résolution avait circulé parmi les membres du groupe et que ceux-ci avaient eu l'occasion de formuler leurs commentaires et de poser des questions. Elle a affirmé que Suncor avait participé en livrant ses commentaires sur la détermination de l'ensemble des coûts en capital aux fins de la disposition de partage des risques. Il reste que les commentaires de Suncor n'avaient pas été retenus dans le consensus dégagé par le groupe. La feuille de résolution avait reçu sa forme définitive et avait été approuvée par un vote du groupe le 26 février 2014.

Selon Enbridge, il était clair pour les membres, peut-être à une exception près, que le rajustement de la disposition relative au partage des risques serait établi sans conversion de l'ensemble des coûts en une monnaie unique. Elle a demandé à l'Office de bien noter que l'ensemble des coûts en capital pour lequel le sous-comité commercial du groupe avait négocié le montant de la majoration et établi le rajustement était exprimé en dollars, et non en dollars canadiens ni en dollars américains à proprement parler.

À ses yeux, il convenait de noter qu'elle n'avait pas calculé un RCI pour l'ensemble du projet au Canada et aux États-Unis. Le rendement américain serait fondé sur les coûts en capital aux États-Unis et sur la méthode de tarification appliquée par la FERC. Dans la partie canadienne, le rendement le serait sur les recettes résiduelles et sur les coûts en capital au Canada. Enbridge a signalé que l'ETC s'appliquait depuis plus de six ans et que le groupe comprenait très bien comment elle fonctionnait. Les immobilisations se faisaient par Enbridge au Canada et aux États-Unis, il n'y avait pas d'interaction des parties canadienne et américaine.

Enbridge a fait valoir que, parmi les principes sous-tendant l'ETC, il y avait la volonté d'assurer une certitude et une stabilité des droits aux expéditeurs et que, dans l'éventualité où les

hypothèses financières ou les coûts en capital changeraient et que le RCI serait différent, il y avait là un risque qu'Enbridge assumait. La société a mentionné que le même principe de base s'appliquait à la négociation de la feuille de résolution et que cela expliquait que, dans cette feuille, on fixe la majoration au départ et fixe ensuite un rajustement en fonction du partage des risques comme source de certitude et de stabilité des droits. Elle a affirmé que, en fin de compte, la majoration initiale de la canalisation 3 représentait un montant négocié qui n'était pas fonction du « coût du service ».

Enbridge a ajouté que, quand la feuille de résolution avait été élaborée, les parties ne disposaient que des estimations hors catégorie pour les parties canadienne et américaine du projet. Les estimations de catégorie IV n'étaient pas encore là. Voilà pourquoi la feuille de résolution comportait une disposition de partage des risques avec 75 % pour les expéditeurs et 25 % pour Enbridge en cas de hausse ou de baisse des coûts en capital entre l'estimation hors catégorie et l'estimation de catégorie IV. Les parties s'étaient également entendues pour rajuster la majoration initiale de la canalisation 3 en fonction de ce partage des risques.

Enbridge a déclaré que les rajustements figuraient dans les tableaux de la feuille de résolution, et ce, aussi bien dans l'énoncé de la disposition de partage des risques qu'à l'annexe C. Elle a indiqué que la méthode en cinq étapes de calcul du rajustement du supplément (qu'elle a décrite dans sa déclaration d'ouverture) n'avait pas été contestée. Selon elle, ces étapes disaient bien comment le rajustement avait été effectivement calculé et comment les rajustements nécessaires avaient été pris en compte dans les tableaux. Pour elle, la feuille de résolution n'avait rien d'un contrat commercial; c'était là un règlement de tarification qui avait été approuvé par l'Office en tant qu'entente non contestée. S'il s'agissait là d'un contrat commercial, le document compterait probablement des centaines de pages et serait accompagné de tout le détail des calculs du rajustement au paragraphe n° 2 de la déclaration d'ouverture d'Enbridge.

La société a expliqué comment les droits communs internationaux se répartissaient entre le réseau principal et le réseau Lakehead dans l'Entente de tarification concurrentielle. D'abord, les droits sont attribués à la partie américaine selon ce qu'établit la FERC comme droits par la méthode de coût du service. Les droits américains sont déduits de l'ensemble des recettes pour la majoration initiale de la canalisation 3 et les droits résiduels sont attribués à la partie canadienne du projet. On calcule ensuite le RCI de la partie canadienne en se fondant sur les recettes résiduelles et l'estimation des coûts hors catégorie pour cette même partie. On a ainsi dégagé un RCI de 11,9 %. Enbridge a précisé s'être appuyée sur des hypothèses de volume dans des prévisions internes de la société, et sur des hypothèses pour d'autres paramètres financiers (amortissement, ratio d'endettement, charges d'exploitation, impôt sur le revenu, etc.).

Enbridge a précisé avoir ensuite calculé le rajustement du supplément initial pour la canalisation 3 de manière à pouvoir recouvrer 75 % de la variation des coûts hors catégorie et à maintenir pour la partie canadienne un RCI de 11,9 % pour 75 % de cette même variation. Le calcul commence là aussi par la partie américaine, parce que la FERC est l'organisme qui prescrit les recettes. Enbridge a expliqué que le rajustement de la majoration avait été déterminé de sorte que la variation puisse être recouverte et que, après prise en compte des recettes résiduelles révisées pour la partie canadienne, le RCI demeure à 11,9 %. Si les coûts en capital

de la partie américaine devaient augmenter, les recettes prescrites aux États-Unis s'accroîtraient, d'où une diminution des recettes résiduelles du supplément initial de la canalisation 3 pour la partie canadienne.

Enbridge a signalé que, dans le calcul du rajustement de la disposition de partage des risques, les estimations des coûts en capital hors catégorie pour la partie américaine et la partie canadienne étaient restées dans les monnaies d'origine. Il n'y avait pas deux régimes commerciaux bien distincts, l'un pour le Canada et l'autre pour les États-Unis, et les coûts américains étaient recouverts en USD et les coûts canadiens en CAD. Selon Enbridge, il n'y avait pas d'incohérence dans l'application d'un taux de change autre que la parité dans la composante en USD par rapport à la partie canadienne de l'estimation des coûts de catégorie IV. Elle a ajouté n'avoir jamais eu l'intention de dégager une estimation unique pour le projet en convertissant en une monnaie unique l'ensemble des coûts des parties canadienne et américaine.

Enbridge a fait valoir que, s'il y avait eu conversion entre les deux monnaies à un taux de change autre que la parité, il aurait fallu des rajustements différents du supplément si on avait voulu maintenir un RCI de 11,9 % pour la partie canadienne dans le recouvrement de 75 % de la variation des coûts en immobilisation du projet.

À ses yeux, il serait déraisonnable d'appliquer la parité pour calculer l'ensemble des coûts en capital hors catégorie et un taux de change 1,10 CAD = 1,00 USD pour estimer l'ensemble des coûts de catégorie IV, et ce, pour ensuite prendre les tableaux avec les mêmes rajustements dans la disposition de partage des risques et à l'annexe C, et ainsi calculer le rajustement de la majoration de la canalisation 3. Selon elle, ce n'était pas la façon dont avaient été calculés les montants de rajustement dans les tableaux en fonction des hausses et des baisses en pourcentage de l'ensemble des coûts en capital; le résultat aurait été un RCI de 9,3 % seulement pour la partie canadienne, ce qui allait à l'encontre selon elle de ce qui avait été convenu avec les expéditeurs.

De plus, Enbridge a soutenu que l'ensemble des coûts hors catégorie avait changé à maintes reprises pendant la période de négociation avec l'évolution de la portée du projet et que ces coûts n'avaient pas été arrêtés avant février 2014 au moment où le taux de change était d'environ 1,00 CAD = 0,905 USD. La valeur du dollar canadien était alors plus basse qu'au moment où on avait estimé les coûts de catégorie IV. Il en serait résulté un rajustement de la majoration de la canalisation 3 qui aurait dépassé les 9,5 cents américains.

Selon Enbridge, le rajustement correspondant à la variation en pourcentage permet de recouvrer 75 % de la variation des coûts en capital aux États-Unis et au Canada selon la méthode de coût du service de la FERC et selon un RCI de 11,9 %. Le rajustement ne donne ce résultat que si on détermine les coûts en capital en additionnant les coûts canadiens et américains à parité des changes. Enbridge a fait valoir qu'il aurait été illogique de calculer le rajustement du supplément de la canalisation 3 en se fondant sur les taux de change en vigueur au moment où les estimations ont été établies, ce qui aurait dû faire rejeter la plainte du 25 novembre 2104 de Suncor, mais qui devait plutôt mener à la décision du 29 octobre 2015 de l'Office.

Enbridge a demandé à l'Office d'annuler sa décision, alléguant que celui-ci avait commis une erreur en lui ordonnant d'appliquer un taux de change autre que la parité pour le calcul de l'ensemble des coûts de catégorie IV dans l'application des tableaux de rajustement de la feuille de résolution. Faute de donner raison à Enbridge dans sa demande, l'Office devrait ordonner que l'ensemble des coûts de catégorie IV soit calculé en dollars canadiens.

Opinion de Suncor

Suncor a fait valoir que les éléments de preuve au dossier étaient suffisants pour démontrer que l'Office n'avait pas commis d'erreur dans sa décision du 29 octobre 2015. En tant qu'auteur de la demande de révision et de modification, Enbridge avait l'obligation de prouver que l'Office avait pris une mauvaise décision. À son avis, Enbridge ne s'était pas acquittée de cette obligation.

Suncor a affirmé que la position d'Enbridge reposait sur l'argument selon lequel l'intention du comité de négociation commerciale liait tous les membres du groupe représentatif des expéditeurs et motivait l'interprétation qu'elle voulait imposer à l'Office. Elle prétendait que l'intention n'avait rien à y voir. Il ne s'agissait pas d'une question d'entente négociée par deux parties qui s'adressaient aujourd'hui à un tribunal pour lever une ambiguïté, mais plutôt d'une négociation multipartite qui, par concertation, donnait lieu à l'approbation par vote d'une feuille de résolution.

Selon Suncor, l'entente conclue par le groupe permettait à toute partie de s'adresser à l'organisme de réglementation pour obtenir satisfaction si des problèmes se posaient. C'était là le droit d'un expéditeur et rien ne venait grever ce droit. Si une partie lésée usait du droit que lui accordait l'entente du groupe représentatif des expéditeurs, tout ce qu'Enbridge avait à faire était de présenter le type d'arguments qui avaient été les siens dans cette instance, ce qui rendait vain tout recours à l'aide de l'Office si un expéditeur avait des préoccupations.

D'après Suncor, toute discussion sur ce qui avait été dit et quand, avec quelle force on l'a fait et combien de préoccupations ont été soulevées et pendant quel laps de temps n'entraînait nullement en ligne de compte. Elle avait le droit de recourir à l'Office et elle l'a fait dans ce cas. Suncor a fait valoir qu'il serait absurde, en cas de manifestation d'une intention, d'imposer au groupe représentatif des expéditeurs une manière de voir pour une chose pour laquelle Enbridge n'a pas pu démontrer qu'elle a été proprement débattue ou communiquée. Suncor a soutenu aussi qu'Enbridge n'avait pas répondu à la question de l'avocat de l'Office sur la façon dont le calcul proposé par elle pour l'estimation de l'ensemble des coûts de catégorie IV avait été communiqué au groupe.

Suncor a prétendu qu'Enbridge n'a pas fourni de données objectives pour démontrer que les parties avaient eu l'intention de faire fonctionner la feuille de résolution comme Enbridge disait qu'elle devrait le faire. Pour elle, rien dans la feuille ne confirmait la vue exprimée par Enbridge que les variations dues au taux de change devaient être traitées différemment des autres variations des coûts en capital. Une question d'une telle importance qui allait à l'encontre de ce qu'on pouvait raisonnablement attendre en affaires était digne de mémoire.

À dûment considérer les données objectives disponibles sur les circonstances ayant entouré l'élaboration de la feuille de résolution, tout comme les principes dans *Sattva*¹, on constatait que cette feuille est claire et exempte d'ambiguïtés. Selon Suncor, une seule conclusion était possible : l'estimation des coûts de catégorie IV doit se faire en dollars américains à l'aide d'un taux de change approprié. Qui plus est, les contrats commerciaux doivent être interprétés selon de sains principes commerciaux et le bon sens en affaires et on doit se tenir loin des résultats absurdes commercialement. Dire comme Enbridge que la monnaie n'entre pas en ligne de compte, c'est dire en réalité que la valeur ne compte pas dans un contrat, ce qui pèche contre de tels principes fondamentaux.

Suncor a soutenu que, dans l'affaire *Sattva*, la Cour suprême du Canada avait reconnu que, quand on considère les circonstances par lesquelles interpréter un contrat, on devrait uniquement tenir compte des faits objectifs que connaissaient ou que devaient connaître toutes les parties au moment de passer le contrat ou avant. De plus, dans l'affaire *Taggart*² devant la Cour d'appel de Colombie-Britannique, le tribunal a déclaré que la matrice des faits servant à l'interprétation d'un contrat devait comprendre seulement ce qui était commun aux deux parties; on se doit ainsi d'exclure une version de la matrice des faits qui était particulière à une des parties contractantes.

Suncor a fait également valoir que le droit reconnaît que les circonstances applicables comprennent l'objet ou la fin que recherchent les parties dans une entente; on peut parler, par exemple, de la finalité commerciale d'un contrat, ce qui présuppose à son tour une connaissance de la genèse de ce contrat, de l'historique, du contexte et du marché où les parties exercent leur activité³.

De l'avis de Suncor, les circonstances régnant à la date d'approbation de la feuille de résolution (26 février 2014) étaient utiles à l'interprétation de la disposition de partage des risques dans cette feuille :

- Comme objet ou origine de la feuille de résolution, il y avait le recouvrement des dépenses à assurer à Enbridge, plus un taux de rendement raisonnable, dans son investissement dans le cadre du remplacement de la canalisation 3 de son réseau principal.
- Enbridge et Suncor étaient toutes deux des parties averties qui avaient adhéré par le passé à des ententes de tarification qui, comme la feuille de résolution, comportaient une disposition de partage des coûts en capital.
- Les parties comprenaient qu'un rendement du capital investi qui s'inscrit dans une disposition de partage des risques établissait par définition un lien entre ce qui est investi et le rendement qui en est tiré par une majoration des droits.

¹ *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53.

² *Taggart v. McLay*, [1998] BCJ n° 3079.

³ *Canadian Deposit Insurance Corp. v. Commonwealth Trust Co (in Liquidation)*, [1997] BCJ n° 2302, [1998] 1 WW4 484, au par. 10 (BCCA); *Reardon Smith Line Ltd v. Hansen Tangen* [1976] All ER 570 (HL) à la p. 574, citation dans *Sattva*, supra, au par. 47.

- Les deux parties comprenaient par les ententes du passé que les risques étaient assumés dans un partage. Par le passé, Enbridge avait prescrit quel risque elle assumerait dans une entente en ce qui concerne les coûts en capital. C'est ce qu'elle avait fait dans le règlement Alberta Clipper Canada.
- Les deux parties connaissaient le risque lié aux taux de change. On savait, par exemple, qu'Enbridge était active sur le marché des changes.

À propos de certaines présentations d'Enbridge au groupe représentatif des expéditeurs, Suncor a fait remarquer que les données produites par la société n'avaient pas donné un message cohérent au groupe. Si on considérait l'argument d'Enbridge selon lequel le mot « dollars » ne désignait pas une monnaie en particulier, cette affirmation était contraire à ce qu'avait dit Enbridge à Suncor dans une lettre datée du 30 septembre 2014 où elle mentionnait avoir pris les dollars américains et canadiens à parité aux fins de l'estimation de l'ensemble des coûts de catégorie IV. Selon Suncor, la question des monnaies avait alors de l'importance, mais sans en avoir autant aujourd'hui.

Suncor a mentionné qu'Enbridge avait soutenu que le risque lié aux taux de change ne devait pas entrer dans la disposition de partage des risques et que ce n'était pas là non plus un risque qu'on demandait à Enbridge d'accepter. L'entente ne concordait pas avec ce que faisait Enbridge en réalité en choisissant de fixer le taux de change entre l'estimation hors catégorie et l'estimation de catégorie IV. De l'avis de Suncor, Enbridge avait pris en fait 100 % du risque lié aux taux de change.

Suncor considère qu'Enbridge n'était pas fondée à établir une distinction entre les variations liées aux taux de change et les variations liées aux autres coûts en capital. Selon elle, adopter une telle approche était se mettre carrément à innover en matière de tarification. Enbridge avait prescrit par le passé les risques qu'elle était prête à assumer en matière de coûts en capital. À titre d'exemple, dans l'entente Canada Alberta Clipper de 2007 à l'article 7 sur le partage des risques⁴, Enbridge différenciait les coûts contrôlables et incontrôlables. Elle acceptait une exposition partielle au risque des coûts en capital en tenant compte uniquement des coûts contrôlables. Il reste que, en ce qui concerne la majoration pour la canalisation 3, la feuille de résolution n'énonçait aucune exception et ne prévoyait aucune disposition spécifique pour ce qui est du risque lié aux coûts en capital.

Suncor a fait valoir qu'Enbridge formulait comme avis que, si les parties à la négociation avaient voulu estimer l'ensemble des coûts par une conversion en une monnaie unique, elles auraient jugé nécessaire de préciser s'il devait s'agir de la monnaie canadienne ou américaine et d'indiquer le taux de change à employer. À son avis, c'était essentiellement dire dans ce cas que, comme la feuille de résolution était muette sur ce point, l'opinion d'Enbridge devait prévaloir en la matière. Pour Suncor, cet argument était sans fondement aussi bien dans la documentation que dans l'information au dossier et était tout autant absent dans la loi.

⁴ Règlement Alberta Clipper Canada, partie 1 sur 2, article 7, [A1R8Q2](#).

Suncor a ajouté que, bien que la feuille soit muette à propos de la conversion des coûts américains en dollars canadiens pour la partie canadienne de l'estimation des coûts de catégorie IV et qu'elle ne parle pas du taux de change à employer, Enbridge a pourtant effectué cette conversion. Ce silence n'avait pas semblé influencer sa manière de procéder dans le tout premier calcul nécessaire à une mise en comparaison utile de l'estimation des coûts hors catégorie au moment de convertir en CAD certains montants en USD de l'estimation de catégorie IV. Il n'y avait néanmoins rien pour guider Enbridge en ce sens dans la conversion. Aux yeux de Suncor, la façon dont Enbridge avait abordé la question était entachée d'incohérence au départ.

Selon elle, Enbridge avait soutenu à un niveau général que les montants majorés en dollars américains figurant à l'annexe C de la feuille de résolution étaient négociés et n'étaient donc pas liés aux monnaies à utiliser ou employées effectivement aux fins des deux estimations de coûts en capital. De l'avis de Suncor, Enbridge était une partie avertie, ayant une vaste expérience de la négociation des droits. Il était raisonnable d'en conclure que, s'il y avait eu entente comme l'allègue Enbridge, quant à la façon d'estimer les coûts de catégorie IV sans application d'un taux de change, une certaine documentation existerait sur cette entente. Le seul document qui existait, la feuille de résolution, ne disait rien de l'approche retenue par Enbridge.

Suncor a fait valoir que le moment où elle avait décidé de demander réparation à l'Office n'entraînait pas en ligne de compte. Ce qui importait, c'était de savoir si la méthode de calcul de la majoration par Enbridge était juste et raisonnable. Selon elle, l'Office ne saurait perdre de vue le fait que ce qui lui revenait et lui incombait avant tout, c'était de veiller à ce que les droits soient justes et raisonnables conformément à l'article 62 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. À son avis, l'approche retenue par Enbridge créait des droits qui n'étaient ni justes ni raisonnables, parce qu'ils ne respectent pas deux principes fondamentaux : premièrement, les monnaies ont de l'importance, conférant une valeur économique dans toute négociation ou entente commerciale; deuxièmement, les produits doivent s'accorder avec les charges et, par conséquent, le supplément pour la canalisation 3 doit reposer sur les coûts réels à attendre, et non sur une certaine valeur gonflée.

Suncor a affirmé qu'il était impossible d'additionner deux montants exprimés dans des monnaies différentes sans d'abord convertir l'une de ces monnaies en l'autre. Agir ainsi n'était ni logique ni raisonnable commercialement; qu'Enbridge additionne le coût de la partie canadienne au coût de la partie américaine sans conversion ou qu'elle détermine la majoration de la partie canadienne d'après une majoration totale en dollars américains sans conversion. La difficulté était la même dans les deux cas. Que le Canada et les États-Unis emploient le terme « dollars » pour parler de leurs monnaies respectives ne voulait pas dire que les deux monnaies pouvaient être combinées hors de toute conversion.

Selon Suncor, si on appliquait les rajustements à l'annexe C de la feuille de résolution, l'estimation de l'ensemble des coûts de catégorie IV devait se faire en dollars américains. Cela correspondait à la monnaie du supplément et c'était la seule façon avec les recettes de la majoration de la canalisation 3 de réaliser le partage des risques à 75 et 25 % dans cette feuille. Pour Suncor, quelle que soit l'approche retenue par Enbridge, le coût moindre pour la partie

canadienne à cause du taux de change n'était pas répercuté sur les expéditeurs et, par conséquent, Enbridge percevrait en trop quelque 60 millions par an pour les coûts effectifs à attendre de cette partie canadienne. Suncor juge que cela est injuste et déraisonnable, et devrait constituer un motif suffisant pour que la demande d'Enbridge soit rejetée.

Pour Suncor, ce qui importait, c'était de procéder à une comparaison significative des estimations et d'établir un supplément qui traduise les coûts effectifs à attendre. C'était le principe qui ressortait de la question des changes, puisque la monnaie met une valeur sur le coût à capitaliser et sur la majoration à appliquer en cas de différence entre les deux estimations des coûts en capital. À ses yeux, c'était là l'objet même de la majoration.

Suncor a invité l'Office à se reporter à la preuve qu'elle avait présentée le 5 avril 2017 où elle illustre en quoi les produits ne s'accordaient pas avec les charges. À son avis, Enbridge ne tenait pas compte des coûts réels en capital à attendre. Il n'était pas tenu compte de l'incidence d'un coût moindre pour la partie canadienne qui mettait fin à cette correspondance. Avec les exemples qu'elle avait présentés dans ce témoignage, Suncor voulait s'assurer que le rapport serait juste entre les variables des produits et des charges, et que la majoration traduirait fidèlement la variation des coûts en capital.

D'après Suncor, Enbridge avait fait valoir au départ que l'intention des parties était de ne pas appliquer un taux de change au moment d'additionner la partie canadienne de l'estimation de catégorie IV en dollars canadiens et la partie américaine en dollars américains. Enbridge a changé d'optique dans sa déclaration d'ouverture et adopté le calcul en cinq étapes qu'elle y présentait. Elle n'avait pas produit de données objectives pour démontrer son intention dans son optique nouvelle ou ancienne, bien que l'Office lui ait demandé à plusieurs reprises de le faire.

Selon Suncor, la méthode en plusieurs étapes de rajustement du supplément de la canalisation 3 dont parlait Enbridge dans sa déclaration d'ouverture accusait la même lacune fondamentale que dans sa façon de combiner sans conversion les parties canadienne et américaine de son estimation des coûts de catégorie IV. Elle a maintenu qu'Enbridge n'avait pas tenu compte du taux de change dans son approche et avait donc négligé la valeur. Selon Suncor, cela était évident lorsqu'on considérait le calcul en cinq étapes dans la déclaration d'ouverture d'Enbridge.

En passant en revue ces cinq étapes, Suncor a souligné qu'Enbridge prétendait que les recettes de la partie canadienne du projet étaient perçues en dollars canadiens. Pour Suncor, cela exigeait une conversion en dollars canadiens des recettes de la majoration qui resteraient après application de la méthode de la FERC à la partie américaine. Enbridge semblait également dire que le taux de change appliqué devait être la parité. Suncor a fait valoir que, au moment de l'estimation des coûts de catégorie IV, Enbridge avait utilisé dans ses propres calculs un taux de change de 1,10 CAD = 1,00 USD pour les coûts américains dans la partie canadienne. Pour Suncor, on ne pouvait simplement pas appliquer un taux dans un premier calcul et un autre dans le reste.

Selon Suncor, les produits devaient correspondre aux charges, parce qu'il existait un lien entre le rendement, les coûts en capital auxquels sont exposés les expéditeurs et le supplément. Enbridge

appuyait cette proposition dans son témoignage et convenait également que, pour que le RCI soit d'une valeur significative, le revenu net et l'avoir des actionnaires devaient être exprimés dans la même monnaie.

Ce qui préoccupe Suncor, c'est que, en réalité, le RCI du projet s'accroissait à cause de l'approche et de la méthode qu'employait Enbridge dans le calcul de la variation des coûts en capital. Enbridge calculait en dollars américains un droit devant assurer un rendement bien défini par rapport aux coûts. De l'avis de Suncor, ce qui importait, c'était que certains des coûts supportés étaient en dollars canadiens et dévalorisés par rapport aux dollars américains, mais sans être convertis en monnaie américaine et avec pour conséquence qu'Enbridge recevait un rendement artificiellement élevé par rapport aux coûts réellement engagés. Pour Suncor, ce n'est ni logique ni raisonnable.

Suncor a fait valoir que la majoration doit traduire la variation effective des coûts en capital. Les recettes d'Enbridge ne correspondaient pas aux coûts quelle que soit l'approche retenue et, par conséquent, le partage des risques à 75 et 25 % n'était pas respecté. À ses yeux, cela n'est pas juste et raisonnable ni logique commercialement. Sur cette seule base, la demande de révision et de modification d'Enbridge devait être rejetée.

Suncor a demandé à l'Office de refuser la demande d'Enbridge et d'ordonner à cette dernière d'estimer les coûts de catégorie IV en dollars américains de manière à s'en tenir à la monnaie du supplément de la canalisation 3 et à garantir le caractère juste et raisonnable des droits.

3. Opinion de l'Office

L'Office conclut qu'il a commis une erreur dans sa décision du 29 octobre 2015 et a décidé de l'annuler au complet.

L'Office croit que le processus ayant mené à sa décision du 29 octobre 2015 n'a pas suffisamment donné la possibilité aux parties de déposer des témoignages et de vérifier les preuves présentées. À son avis, ce processus aurait dû permettre un dépôt de témoignages et des demandes de renseignements par les parties, en plus d'offrir la possibilité de contre-interroger et de présenter des plaidoiries finales. N'ayant pas pris de telles dispositions et n'ayant pas recherché activement de renseignements complémentaires, l'Office ne pouvait pas s'appuyer sur un dossier de preuve complet pour prendre sa décision. Le processus n'avait ni l'exhaustivité ni l'équité voulues pour qu'il puisse adopter une décision nette et éclairée. Il n'avait pas une pleine compréhension des questions quand il a tiré les conclusions de sa décision et ordonné à Enbridge de recalculer le rajustement du supplément. Il aurait dû mener un processus permettant de recueillir des éléments de preuve et d'acquérir une compréhension des enjeux. Il a commis une erreur en tirant les conclusions qu'il a tirées et en enjoignant à Enbridge de faire ce qu'il a dit de faire sans s'appuyer sur le dossier de preuve nécessaire pour conclure et ordonner comme il l'a fait.

Il est à noter que, dans sa décision et ses directives à Enbridge, l'Office n'a pas dit de rendre les droits justes et raisonnables. Il a toujours maintenu que les principes de tarification approuvés en

août 2014 constituait une base appropriée pour que le supplément imposé soit juste et raisonnable pendant les 15 ans prévus. Ce qui le préoccupait, c'était la façon dont Enbridge avait calculé ses prévisions de coûts. Il ne comprenait pas comment le calcul s'était fait et il aurait dû rechercher des éléments de preuve pour en venir à comprendre. Pouvant à présent s'appuyer sur la preuve présentée à l'instance de révision et de modification, il comprend aujourd'hui comment la majoration et son rajustement ont été calculés et constate que les négociations ayant mené à de tels calculs donnent un résultat équitable, raisonnable et approprié.

Après avoir dûment considéré la preuve présentée par les deux parties dans le cadre de la demande de révision et de modification, il juge avoir commis une erreur dans sa décision du 29 octobre 2015 quant aux conclusions qu'il a formées et à l'ordre donné à Enbridge de recalculer comme il l'a fait. Il a donc décidé d'annuler sa décision au complet.

Il a acquis cette conviction en examinant les observations faites au sujet du processus de négociation ayant porté sur la feuille de résolution. Le dossier de la preuve démontre que le groupe représentatif des expéditeurs comprend des parties averties connaissant bien le système d'Enbridge, l'accord conclu et l'Entente de tarification concurrentielle (ETC) qui s'applique depuis 2011. Suncor et Enbridge conviennent toutes deux que le processus de négociation ayant donné naissance à la feuille de résolution est conforme aux modalités de l'ETC et de l'entente relative au groupe représentatif des expéditeurs, bien que certains délais aient été abrégés après entente de ce groupe et d'Enbridge.

L'Office observe qu'aucune partie n'a contesté dans cette instance le processus ayant mené à l'approbation des principes de tarification par le groupe le 26 février 2014 et au feu vert donné par l'Office le 25 août 2014. Il convient que les parties ont négocié de bonne foi pour parvenir à un règlement satisfaisant pour tous. Il considère donc que le processus d'approbation de la feuille de résolution était juste et conforme aux exigences de l'ETC et de l'entente relative au groupe représentatif des expéditeurs.

Il comprend qu'une entente à long terme comme le présent accord vise à partager les risques. Enbridge et le groupe ont engagé la négociation sur la feuille de résolution en fonction de l'intérêt propre de chacun. Les deux étaient prêts à négocier et connaissaient un processus qui n'avait rien de nouveau. Les membres du groupe ont eu l'occasion de poser des questions et de se prononcer sur les modalités de la feuille de résolution. Comme nous l'avons mentionné, des compromis se font dans tous les pourparlers. Dans le cas présent, les membres du groupe représentatif des expéditeurs désiraient une certitude et une stabilité des droits pour la durée de l'entente. Quant à Enbridge, son but était d'obtenir un rendement sur le capital investi permettant de la dédommager des risques qu'elle assumait.

Dans son examen du dossier de preuve, l'Office observe que, au moment où le groupe a tenu son vote d'approbation de la feuille de résolution, l'ensemble des coûts en capital hors catégorie avait été estimé en dollars canadiens pour la partie canadienne et en dollars américains pour la partie américaine. Cette manière de procéder était connue de toutes les parties. L'Office remarque en outre que les parties savaient comment le supplément serait rajusté dans une certaine marge suivant l'annexe C de la feuille de résolution une fois que serait connue la

variation entre l'estimation hors catégorie et l'estimation de catégorie IV. Les taux de change fluctuaient au moment où le groupe s'est vu présenter l'estimation hors catégorie et de nouvelles fluctuations n'avaient rien d'inattendu pour ces parties averties.

L'Office reconnaît que les approches proposées par les parties peuvent différer dans la négociation d'une entente. Il constate que, dans le présent cas, la méthode d'attribution des recettes dans la partie canadienne n'avait rien de nouveau pour les membres du groupe, ayant été employée pendant plus de six ans dans le cadre de l'ETC. Ce qui importe à l'Office est de savoir si, dans l'ensemble, le règlement constitue une base permettant une majoration juste et raisonnable.

Il est persuadé au vu de la preuve présentée par Enbridge de la justesse d'une méthode où on attribue les recettes d'abord à la partie américaine de la canalisation 3 pour ensuite appliquer les recettes résiduelles à la partie canadienne. Il convient avec Suncor que les produits doivent correspondre aux charges et que la monnaie importe. Il reste que, dans ce cas, le supplément n'était pas fondé sur le coût du service, étant plutôt négocié.

En s'appuyant sur le dossier de preuve dont il a été saisi, l'Office conclut que l'approche retenue par Enbridge pour calculer le rajustement du supplément ne va pas à l'encontre des modalités de la feuille de résolution. Le groupe représentatif des expéditeurs a voté sur ce document qui contenait la disposition de partage des risques. Dans son évaluation de l'application initiale des principes de tarification, l'Office a conclu que ces principes donneraient des droits justes et raisonnables. À l'issue du présent processus de révision et de modification et compte tenu de la preuve recueillie, il conclut que le dossier de preuve ne démontre pas que le supplément rajusté selon le calcul d'Enbridge entraînerait des droits injustes ou déraisonnables.

Choix du moment pour le dépôt d'une plainte

L'Office ne souscrit pas à l'opinion exprimée par Enbridge que la plainte de Suncor devrait avoir moins de poids ou être tout simplement rejetée du fait qu'elle n'a pas été déposée avant (à temps d'après Enbridge). De l'avis de l'Office, un expéditeur a le droit de soulever toute question à tout moment s'il craint que des droits ne soient ni justes ni raisonnables, et ce, même si ce sujet d'inquiétude n'est pas formulé en temps utile ou se rapporte à un règlement déjà négocié. Dans sa décision RH-1-2011, l'Office a déclaré ce qui suit :

L'Office est d'avis que la meilleure façon de régler toute divergence d'opinion pouvant surgir eu égard aux changements proposés est d'établir un dialogue propice à des négociations entre toutes les personnes intéressées. L'Office s'attend à ce que les personnes intéressées redoublent d'efforts pour en venir à une entente. Si une entente se révèle impossible, elles ont le loisir de demander à l'Office de régler les questions en litige⁵.

⁵ Motifs de décision RH-1-2011 relativement à Enbridge Southern Lights GP Inc., 9 février 2012, page 47 du document PDF [A2Q0E0].

Niveau de détail requis pour un règlement

Enbridge a prétendu dans sa plaidoirie finale que la feuille de résolution représentait une entente multipartite, et non un contrat. S'il y avait eu contrat, le document aurait compté des centaines de pages comme l'a expliqué Enbridge et des annexes auraient livré tous les détails de manière à lever toute ambiguïté pour toute question. L'Office reconnaît que ce niveau de détail serait fastidieux à inclure dans une entente de tarification et que, en réalité, il n'a rien de nécessairement souhaitable, mais il est aussi d'avis que les principaux points d'un règlement pour le calcul des droits, tout comme les approches nouvelles pour calculer les tarifs, les recettes ou les coûts, devraient être décrits suffisamment en détail pour que toutes les parties connaissent les modalités et leur incidence sur la tarification. Ce qui serait un « point principal » ou une « approche nouvelle » dans un règlement pourrait dépendre de circonstances diverses. L'Office fait observer que, d'après les lignes directrices relatives aux règlements négociés pour le transport, les droits et les tarifs, une entente doit être suffisamment détaillée pour que l'Office puisse évaluer indépendamment son caractère juste et raisonnable, qu'il y ait ou non opposition à l'accord.

Ordonnance

L'Office convient avec Suncor que le RCI d'Enbridge dans ce projet risque d'augmenter à cause de la façon dont la société a calculé la variation des coûts en capital. Il croit qu'une surveillance et une transparence s'imposent en raison du caractère unique et des répercussions financières éventuelles de la méthode employée par Enbridge pour calculer la variation de l'ensemble des coûts en capital. Il est également d'avis que la disponibilité d'une information fiable et transparente contribue à l'efficacité et au bon fonctionnement du marché.

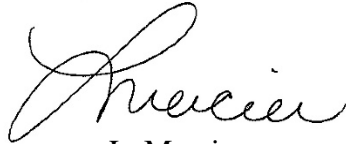
Il ordonne donc à Enbridge de présenter à ses expéditeurs, chaque année et dans les 90 jours suivant la fin de l'exercice de la société, le RCI applicable à la partie canadienne de la canalisation 3 avec les données et les calculs permettant de déterminer ce rendement. Enbridge doit préciser la monnaie et le taux de change de ce calcul. Elle doit en outre indiquer autant que possible la formule employée et les calculs qui en découlent avec tout renseignement utile sur les taux de change ayant servi dans ces calculs à la conversion des produits et des charges.

Si un membre du groupe représentatif des expéditeurs ou un expéditeur de la canalisation 3 devait craindre que le supplément imposé ne soit ni juste ni raisonnable dans l'avenir, il pourrait exposer ses préoccupations à l'Office en lui demandant de régler la question. L'Office ne saurait déterminer maintenant quel niveau devrait atteindre le RCI pour qu'une majoration cesse d'être juste et raisonnable. Il appartiendrait à la personne qui a ainsi recours à l'Office de démontrer que le supplément a perdu ce double caractère.

L'Office ordonne à Enbridge de signifier la présente lettre aux expéditeurs du réseau principal et aux parties intéressées.

3. Décision

Ce qui précède constitue nos motifs de décision relativement à la demande que l'Office a examinée dans le cadre de l'instance RH-001-2017.



L. Mercier
Membre présidant l'audience



R. George
Membre



S. Parrish
Membre