



FRASER MILNER CASGRAIN RESEARCH

FRASER MILNER CASGRAIN
PLEINS FEUX

ÉNERGIE

AOÛT 2010

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO : LES SERVICES PUBLICS RÉGLEMENTÉS DOIVENT GARDER L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS DES ACTIONNAIRES ET DES CONTRIBUABLES

PAR MICHAEL SCHAFLE ET MARINA SAMPSON

Comme le juge Bastarache l'expliquait dans ATCO : « La réglementation des services publics vise à protéger la population contre un comportement monopolistique et l'inélasticité de la demande qui en résulte tout en assurant la qualité constante d'un service essentiel ». Autrement dit, le pouvoir réglementaire de la CEO lui permet d'agir pour défendre l'intérêt public en vue de maintenir la concurrence.

Toronto Hydro-Electric System Limited v. Ontario Energy Board, 2010 ONCA 284, art. 48

Introduction

La Commission de l'énergie de l'Ontario (la « CEO ») est convaincue qu'elle peut intervenir dans des décisions d'affaires pour garantir qu'un service public réglementé exerce ses activités de manière à garder l'équilibre entre les intérêts de ses actionnaires et ceux des contribuables. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment adopté cette position.

À première vue, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Toronto Hydro-Electric System Limited v. Ontario Energy Board, 2010 ONCA 284* (« THESL v. OEB ») va à l'encontre du jugement de la Cour suprême du Canada (la « CSC ») dans l'affaire *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board), 2006 CSC 4* (« ATCO »), dans laquelle la CSC s'est penchée sur le pouvoir de l'Alberta Energy and Utility Board (l'« AEUB ») d'attribuer le produit de la vente de biens non affectés au service public à ses clients, plutôt que de reconnaître le droit de ses actionnaires au profit net. La CSC a jugé que l'AEUB n'avait pas la compétence nécessaire pour agir de la sorte et que la décision qu'elle a rendue dans l'intérêt public aurait dû aussi tenir compte du droit de propriété reconnu aux propriétaires du service public. L'affaire *THESL v. OEB* traite également de la compétence de la CEO d'intervenir sur le droit qu'a un service réglementé de déclarer des dividendes à ses actionnaires. Comme nous le verrons ci-dessous, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la CEO avait la compétence nécessaire.

Les faits

La CEO réglemente le secteur de l'électricité de l'Ontario en vertu du mandat qu'elle reçoit de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, chapitre 15 (l'« OEBA »), selon lequel elle doit « protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité » (art. 1(1)). L'une des principales responsabilités de la CEO est d'établir les « tarifs justes et raisonnables » que les services publics peuvent demander aux contribuables. THESL est une filiale à part entière de Toronto Hydro Corporation (« THC »). Toutes les actions de THC sont détenues par la Ville de Toronto. La CEO délivre des permis et réglemente les activités de THESL en tant que distributeur d'électricité.

Depuis 2004-2005, THC a versé en trop 116 millions \$ à la Ville de Toronto sous forme de dividendes et d'intérêts, ce qui en l'espèce est attribuable en grande partie à une augmentation annuelle significative des dividendes de THESL et au fait que THC faisait payer à THESL des intérêts à un taux supérieur à celui du marché dans le cadre d'un prêt entre la filiale et sa société-mère. La CEO a relevé que THESL payait de tels dividendes et frais d'intérêts sans avoir adopté un plan d'investissement visant le réinvestissement de son capital dans ses infrastructures vieillissantes.

Lorsque THESL a demandé à la CEO d'approuver ses tarifs de distribution pour 2006, la CEO a refusé d'autoriser des frais d'intérêts supérieurs aux taux du marché comme dépenses réglementaires. De plus, la CEO a exigé que dorénavant la majorité des administrateurs indépendants de THESL approuvent le paiement de dividendes. La CEO a estimé que dans le cas où THESL verserait la totalité de ses bénéfices non répartis à ses actionnaires, sa cote de crédit s'en trouverait affaiblie, ce qui pourrait porter préjudice aux contribuables (augmentation des coûts ou diminution des services). THESL a porté la décision en appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario.

Devant la Cour divisionnaire, THESL a fait valoir que la CEO n'avait pas la compétence nécessaire, que ce soit en vertu de lois ou de la common law, pour exiger que la majorité de ses administrateurs indépendants approuvent le paiement de dividendes. THESL a également soutenu que la condition fixée par la CEO est une restriction injustifiée et

illégale à l'égard du pouvoir qu'a son conseil d'administration de déclarer un dividende. La majorité des juges de la Cour divisionnaire a confirmé la position de THESL. L'honorable juge Lederman était dissident. La CEO a porté la décision en appel.

Décision

La question devant la Cour d'appel était de savoir « si la CEO avait la compétence, dans le cadre de la décision qu'elle a rendue sur les tarifs de 2006, d'exiger que THESL obtienne l'approbation de la majorité de ses administrateurs indépendants avant de déclarer des dividendes ».

La Cour a d'abord cherché à savoir si la CEO avait outrepassé ses pouvoirs statutaires, reconnaissant d'entrée de jeu que la CEO doit trouver un équilibre entre les intérêts des contribuables et la viabilité financière de l'industrie électrique, tant du point de vue de la rentabilité économique que financière. La Cour a par ailleurs déterminé, à la suite de son analyse de la jurisprudence applicable, notamment de l'affaire *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario Energy Board et al.* (2009), 252 O.A.C. 188 (Div. Ct.) (l'autorisation d'appel à la Cour d'appel a été refusée), que le pouvoir de la CEO d'établir des tarifs doit être interprété d'une façon générale et qu'il sort du cadre strict de la simple définition de la tâche :

[TRADUCTION] À la différence des causes sur lesquelles la Cour s'appuyait, la présente affaire est directement liée à l'établissement de coûts par la CEO et touche à l'essence même de son autorité et de ses compétences réglementaires. Il est convenu et entendu que la CEO a le pouvoir, que lui confère l'OEBA, d'établir des tarifs, lequel est suffisamment large pour englober le pouvoir de fixer des conditions quant à la diminution des sources de recettes à la suite de la vente de biens non excédentaires. [*Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario Energy Board et al.* (2009), 252 O.A.C. 188, para 17.]

La Cour a statué que l'OEBA dénote une intention claire du législateur de conférer des pouvoirs subjectifs et non limitatifs en vue d'autoriser la CEO à procéder aux enquêtes qu'elle juge nécessaires pour accomplir sa fonction de tarification. La Cour a ensuite conclu que la CEO avait le droit, au titre de sa fonction de tarification, de tenir compte de l'historique des paiements de dividendes de THESL.

La Cour n'a pas tenu compte de la décision dans ATCO, statuant qu'il ne s'agissait pas d'une « affaire d'établissement des tarifs » :

[TRADUCTION] La présente affaire peut être distinguée d'ATCO. Le pouvoir conféré par la

loi dans ATCO d'« imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge[ait] nécessaires dans l'intérêt public » est différent du pouvoir conféré par la loi dans la présente affaire. Le juge Bastarache mentionne que les dispositions sont vagues, élastiques et sujettes à diverses interprétations. Dans la présente affaire, la condition que la CEO juge appropriée d'imposer (art. 23(1)) doit prendre en compte les objectifs législatifs énoncés à l'article 1(1). Ces objectifs ne sont ni vagues, ni élastiques, ni sujets à diverses interprétations. Dans la mesure où la réalisation des objectifs prévus à l'article 1(1) est incertaine, il s'agit indéniablement d'un dossier qui tombe dans le champ de compétence de la CEO. De même, contrairement à la disposition dans ATCO, les objectifs de la loi obligent la CEO à protéger les intérêts des clients *et* du service public [para 33].

La Cour a statué que la CEO n'avait pas outrepassé ses pouvoirs statutaires. La suite de son analyse consistait à déterminer si la CEO pouvait exiger que les dividendes soient d'abord approuvés par la majorité des administrateurs indépendants de THESL. Contrairement à la majorité des juges de la Cour divisionnaire, qui ont appliqué la norme de la décision « correcte », la Cour d'appel a plutôt appliqué celle de la décision « raisonnable ». La Cour a relevé que le fait que des principes de droit commercial soient en jeu n'engage pas à lui seul l'application de la norme de la décision correcte et que de tels principes seront souvent appliqués au moment de prendre une décision concernant des sociétés réglementées. Cependant, il relève du devoir de la CEO d'appliquer des principes de droit corporatif *dans le contexte de l'atteinte de ses objectifs*.

THESL est présentée comme un monopole réglementé. En conséquence, la Cour a statué qu'elle peut imputer le coût de n'importe quelle décision d'affaires aux consommateurs – en augmentant les prix ou en diminuant les services. Comme l'a écrit le juge Lederman dans sa dissidence (que la Cour d'appel a citée avec approbation) : « [TRADUCTION] [...] il n'est pas inhabituel que les contraintes qui sont imposées à un service public réduisent la marge de manœuvre de son conseil d'administration. Il en est ainsi parce que les administrateurs des services publics ont une obligation non seulement envers l'entreprise *mais envers le grand public* » [para 49] [l'italique ne figure pas dans le texte original].

Des principes différents s'appliquent selon qu'il s'agisse de services publics réglementés opérant comme monopole ou de compagnies privées. Dans le secteur privé, les entreprises non réglementées, les administrateurs et les dirigeants doivent agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise ou de ses actionnaires. À l'inverse, un service

public réglementé doit maintenir un fragile point d'équilibre : il doit concilier les intérêts des actionnaires et ceux des contribuables. En l'espèce, la CEO était très préoccupée du vieillissement des installations et du manque de capitaux de THESL, alors que l'entreprise a versé d'importants dividendes en 2004 et 2005. Peu importe que THESL fasse peu de cas du vieillissement de ses infrastructures ou qu'elle contracte un prêt pour gérer la situation, ce seront ses clients qui, ultimement, en assumeront les frais.

La CEO se préoccupait du fait que les dividendes ne soient pas payés alors que l'entreprise ne disposait pas des fonds nécessaires à l'entretien de la centrale. La CEO a statué, ce que la Cour a confirmé, que le meilleur compromis dans une telle situation était d'exiger que la majorité des administrateurs indépendants approuve le paiement des dividendes. La solution proposée par la CEO respecte le pouvoir discrétionnaire des administrateurs de THESL de déclarer un dividende, mais propose que des mesures de protection supplémentaires soient mises en place directement par les administrateurs indépendants de THESL, permettant ainsi d'équilibrer les intérêts des actionnaires et des clients. La Cour d'appel est de cet avis.

Commentaire

La Cour d'appel de l'Ontario a rétabli la décision de la CEO, qui exigeait en l'espèce que THESL obtienne l'approbation de la majorité de ses administrateurs indépendants avant de verser des dividendes. Ce faisant, la Cour a adopté une approche prudente et large concernant le pouvoir de réglementation de la CEO. L'un des objectifs de la CEO, tel que prévu dans l'OEBA, est de protéger les intérêts des clients en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité. La Cour n'est pas d'avis que la CEO a manqué à son devoir de protéger les intérêts des consommateurs; cependant, elle croit que cela pourrait éventuellement être le cas et a rendu sa décision en conséquence. Dans les faits, la Cour autorise la CEO à intervenir pour éviter aux contribuables d'éventuels préjudices : les contribuables s'exposent à des augmentations de coûts ou à une diminution des services si THESL continue de verser d'importants dividendes.

Les lois s'appliquant dans ATCO comportent une disposition qui confère à l'AEUB le pouvoir d'« imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public ». La CSC est d'avis que ces termes ne permettent pas à l'AEUB d'exercer l'étendue de son pouvoir discrétionnaire. Au contraire, la CSC a statué que l'énoncé est « vague, élastique et sujet à diverses interprétations ».

La Cour d'appel n'a pas tenu compte de la décision dans ATCO. De nombreuses questions restent cependant sans réponse. Le régime législatif de l'Alberta est-il à ce point différent de celui de l'Ontario? Certaines personnes pourraient être tentées de répondre par la négative. La différence n'est pas si marquée, l'approche de l'Ontario est-elle alors simplement l'expression d'une préférence judiciaire à l'égard d'une réglementation plus forte envers les monopoles? Dans sa recherche d'un équilibre, la Cour fera-t-elle davantage pencher la balance du côté des contribuables, au détriment des actionnaires? Les tribunaux, de même que le public, cherchent-ils une meilleure surveillance de toutes les institutions, incluant les services publics? Probablement que seul le temps nous le dira. D'ici-là, les contribuables en assumeront apparemment les frais.

Le présent article a été publié dans le numéro de juillet 2010 du Canadian Corporate Counsel.

COMMUNIQUEZ AVEC NOUS

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec un membre de notre [groupe national de droit de l'énergie](#)



FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

PRÉSENTS POUR VOTRE AVENIR

MONTREAL • OTTAWA • TORONTO • EDMONTON • CALGARY • VANCOUVER