

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No. R-3595-2006

ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU
QUÉBEC ET DU LABRADOR

Requérante

c.

HYDRO-QUÉBEC

Intimée

et

CORPORATION MÉTISSE DU QUÉBEC ET
DE L'EST DU CANADA

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Intervenants

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3595-2006
DÉPOSÉE EN AUDIENCE
Date: 22 NOVEMBRE 2006
Pièces n°: NON
COTÉ E

PLAN DE PLAIDOIRIE FINALE DE L'APNQL

Demande en révision/révocation de la décision D-2005-201 –
Décision approuvant les modifications aux exigences minimales
et à la grille de sélection applicables à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de
2000 MW

Le 22 novembre 2006

FRANKLIN GERTLER & ASSOCIÉS

Me Franklin S. Gertler
Me Mathieu Marcotte
507 Placed'Armes, suite 1200
Montréal, QCH2Y2W8
Tél.: 514.842.0748
Fax: 514.842.9983
franklin@gertlerlex.ca

Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

L'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Introduction

1. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* signale la renonciation des anciennes règles de jeu et exige un règlement équitable en faveur des peuples des Premières Nations. Le développement du territoire et des ressources naturelles ne peut plus se faire sans tenir compte de leurs droits.
2. Donc, est-ce que la Régie de l'énergie, dans l'exercice de ses compétences exclusives, doit respecter la promesse de l'article 35 de sorte à assurer aux Premières Nations leur juste place dans les décisions et les bénéfices économiques du développement nouveau des ressources énergétiques éoliennes des territoires traditionnels ? Est-ce que les Premières Nations vont encore voir leurs droits ignorés, leurs points de vue non-entendus et leurs compétences et progrès économique et social frustrés ?
3. La suprématie de la Constitution lie directement toutes les instances de l'État (y compris les tribunaux administratifs ainsi que l'exécutif et l'administration) dans l'accomplissement de leurs devoirs et l'exercice de leurs pouvoirs et leurs compétences statutaires.
4. Donc, dans l'interprétation et l'application de sa Loi, ses règlements, des décrets en rapport avec l'appel d'offres A/O 2005-03 et le dossier soumis par Hydro-Québec, la Régie devait s'assurer du respect des exigences découlant de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

5. La Régie est tenue d'exercer sa juridiction statutaire et de rendre des décisions en conformité avec les principes constitutionnels.
6. La Constitution n'a pas été respectée dans le traitement du dossier R-3589-2005 et par la décision D-2005-201, et ce, à la lumière des principes constitutionnels applicables et des faits en preuve au soutien de la Demande de l'APNQL.
7. Ces manquements aux obligations générales du respect de la primauté constitutionnelle donnent ouverture au recours en révision/révocation en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (« LRE »).
8. La présente audience publique sur la demande en révision/révocation de l'APNQL porte, en raison des instructions de la Régie du 26 mai 2006 et de la décision D-2006-117 du 6 juillet 2006, à la fois sur le fond et sur l'ouverture du recours en révision.
9. Donc, la Régie doit assurer le respect du droit constitutionnel à la consultation et à l'accommodement et des principes fondamentaux du droit administratif. Ces exigences doivent être respectées tant au chapitre du processus suivi que des résultats ou effets de l'approbation par la Régie des critères de sélection pour la grille de pondération de l'appel d'offres A/O 2005-03.
10. De plus, la Régie doit se pencher sur la satisfaction dans les circonstances des critères de l'article 37 LRE.

11. Dans ce contexte et de manière concise, les questions en litige sont :

Question 1 : Le manquement à l'obligation de donner un avis suffisant et le dénie du droit d'être entendu de l'APNQL et des Premières Nations.

Question 2 : La non-inclusion des Premières Nations au dossier en violation du devoir de la Régie de l'énergie de respecter l'obligation de consultation et d'accommodement conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Question 3 : Le non-respect par la Régie de l'article 5 du Décret 927-2005 et l'omission de la Régie d'interpréter cette disposition en conformité avec les principes constitutionnels et les règles d'interprétation applicables en la matière.

Question 4 : L'ouverture du recours en vertu de l'article 37 LRE.

Question 5 : Les conclusions et ordonnances que la Régie peut et doit accorder.

Rappel du processus suivi et de la preuve.

Voir preuve principale, les affidavits, les pièces et les témoignages à l'appui.

Analyse des questions en litige

Question N°1 : L'avis insuffisant et le droit d'être entendu

12. L'APNQL et les Premières Nations la formant sont des intéressées qui n'ont pas pu, dans les circonstances, présenter leurs observations. La procédure suivie dans le dossier R-3589-2005 et la décision D-2005-201 du 28 octobre 2005, étaient contraires aux protections fondamentales assurées par la loi, y compris la *Loi sur la Régie de l'énergie*, la justice naturelle, l'équité procédurale et le principe fondamental *d'audi alteram partem*.

13. La procédure et la décision sont viciées, notamment en raison de :

- la nature insuffisante et trop courte de l'avis d'audience.
- Le dénie de l'opportunité de prendre connaissance des échanges de la Régie avec Hydro-Québec et certains intervenants touchant les droits, intérêts et bénéfices des Premières Nations en rapport avec l'appel d'offres et de commenter les faits et positions véhiculés par ces acteurs.
- La décision administrative de la Régie de procéder sur dossier et sans audience publique.

- Le déni effectif aux Premières Nations et à l'APNQL du droit de se faire entendre ou de présenter les observations

Autorités sur les exigences procédurales

- P. Garant, *Droit administratif*, 5^e édition, 2004, pages 754 à 759 ONGLET 1
- D.J. Mullan, *Administrative Law*, 2001, pages 227 à 230 ONGLET 2
- *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311 ONGLET 3
- *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643 ONGLET 4
- *Supermarchés Jean Labrecque Inc c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219 ONGLET 5
- *Mobil Oil Canada Ltd c. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 R.C.S. 202 ONGLET 6
- D.J. Mullan, *Administrative Law*, 3rd édition, 1996, paragraphes 111 et suivants ONGLET 7
- *Confederation Broadcasting (Ottawa) Ltd. v. Canada (Canadian Radio-Television Commission)*, [1971] S.C.R. 906 ONGLET 8

Question N°2 : Violation des droits constitutionnels des autochtones de manière à invalider la décision D-2005-201

14. La Régie est tenue d'exercer sa juridiction statutaire en rendant ses décisions en conformité avec la Constitution, y compris les droits reconnus et confirmés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

15. Cela comprend le devoir de la Régie du respect de l'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodement lorsqu'elle est appelée à exercer des pouvoirs pouvant avoir une incidence sur les droits et intérêts des Premières Nations.

- D. Schulze, « Le nouveau rôle des autochtones dans le développement au Québec : les obligations de consultation et d'accommodement », 2005, Congrès annuel du Barreau du Québec, onglet 9.

16. L'obligation constitutionnelle de consulter les Premières Nations et de tenter d'accommoder leurs intérêts dans tous processus décisionnels ayant une incidence sur leurs droits, que ces droits soit reconnus ou non par une décision judiciaire ou un processus de négociation, est maintenant bien établie.

- *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, PG, onglet 10;
- *Première nation Tlinget de Taku River c. C.-B. (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, PG, onglet 11
- *Première nation crie Mikisew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, onglet 11.

17. L'article 35 de *la Loi constitutionnelle de 1982* et les principes qui en découlent s'appliquent au Québec et aux ressources et territoires de la province comme ailleurs au Canada.

- *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 42-54, autorités de l'APNQL sur les moyens préliminaires, onglet 7.

18. Tel qu'explicité dans *Haïda*, l'obligation de consultation et d'accommodation des gouvernements provinciaux découlent des circonstances dans lesquelles les provinces ont acquis les terres et les ressources :

¶ 59 La réponse à cet argument est que les intérêts que détenait la province sur les terres sont subordonnés à «tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province» (art. 109). L'obligation de consulter et d'accommoder en litige dans la présente affaire est fondée sur l'affirmation de la souveraineté de la Couronne qui a précédé l'Union. Il s'ensuit que la province a acquis les terres sous réserve de cette obligation [...]

19. Dans *Haïda*, la Cour confirme la nature fondamentale, générale et continue de l'honneur de la Couronne et des obligations procédurales et substantielles du gouvernement qui en découlent :

¶ 16 L'obligation du gouvernement de consulter les peuples autochtones et de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l'honneur de la Couronne. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones. [...] Il ne s'agit pas simplement d'une belle formule, mais d'un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes [nous soulignons].

[...]

¶ 42 À toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi. Le fil conducteur du côté de la Couronne doit être «l'intention de tenir compte réellement des préoccupations [des Autochtones]» à mesure qu'elles sont exprimées (*Delgamuukw*, précité, par. 168), dans le cadre d'un véritable processus de consultation. [...]

20. Dans *Taku*, la Cour abonde dans le même sens et confirme que la mise en branle de ces obligations ne dépend pas de la preuve de l'existence de droits et de titres ancestraux spécifiques :

¶ 24 Les prétentions de la province donnent une vision étroite de l'honneur de la Couronne et

de tout ce que ce principe implique. Comme il a été expliqué dans l'arrêt connexe *Haïda*, précité, l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements à leurs préoccupations, même avant que l'existence des droits et titres ancestraux revendiqués n'ait été établie, repose sur le principe de l'honneur de la Couronne. L'obligation d'agir honorablement découle de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Ce principe a été consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits et titres ancestraux existants des peuples autochtones. Un des objectifs visés par le par. 35(1) est la négociation de règlements équitables des revendications autochtones. Dans toutes ses négociations avec les Autochtones, la Couronne doit agir honorablement, dans le respect de ses relations passées et futures avec le peuple autochtone concerné. Le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste. Au contraire, il convient de lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le par. 35(1).

21. L'obligation de consulter et d'accommoder est engagée avant que les revendications soient prouvées. À ce propos, les motifs dans *Haïda*, aux paragraphes 33 et 35, sont explicites :

¶ 33 Limiter l'application du processus de conciliation aux revendications prouvées comporte le risque que la conciliation soit considérée comme un objectif formaliste éloigné et se voie dénuée du « sens utile » qu'elle doit avoir par suite de l'« engagement solennel » pris par la Couronne lorsqu'elle a reconnu et confirmé les droits et titres ancestraux : *Sparrow*, précité, p. 1108. Une telle attitude risque également d'avoir des conséquences fâcheuses. En effet, il est possible que, lorsque les Autochtones parviennent finalement à établir le bien-fondé de leur revendication, ils trouvent leurs terres

changées et leurs ressources épuisées. Ce n'est pas de la conciliation, ni un comportement honorable.

¶ 35 Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci: voir *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)*, [1997] 4 C.N.L.R. 45 (C.S.C.-B.), p. 71, le juge Dorgan [nous soulignons].

22. Conformément à cette approche, l'obligation de consulter et d'accommoder doit être rencontrée au stade de « *la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause* ».

- *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, onglet 10, par. 75

23. Dans le même ordre d'idée, *Taku* reconnaît que la consultation et l'accommodement peut nécessiter une démarche qui se rattache à différents niveaux et stades du processus.

- *Première nation Tlinget de Taku river c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, onglet 11, par. 18 et 45.

24. Dans les circonstances du dossier R-3589-2005, cette obligation était engagée et ce notamment :

- puisque ce dossier traite de la portée de l'article 5 du Décret 927-2005 dans lequel le gouvernement indique à la Régie l'importance de « l'apport du projet au développement économique des communautés locales et autochtones » et le reflet de cette préoccupation dans la Grille de pondération qui va être utilisée dans l'appel d'offres A/O 2005-03.
- Parce qu'en traitant et décidant des exigences minimales et de la grille de sélection pour l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2000 MW, la Régie participe à l'allocation, au développement et à la gestion des ressources naturelles en territoire autochtone et prend des décisions qui affectent potentiellement les droits des autochtones en ce qui a trait à l'accès aux ressources, au partage de la richesse et au développement économique et social.
- parce que les projets qui seront proposés dans le cadre de l'appel d'offres A/O 2005-03 seront situés sur des terres faisant l'objet de droits issus de traités, de titres aborigènes, de revendications en cours et/ou de droits ancestraux des Premières Nations du Québec.

25. Les choix procéduraux de la Régie et sa décision D-2005-201 ont eu pour effet la non-inclusion des Premières Nations et l'établissement de la grille de pondération de manière à manquer au respect de la lettre et la finalité du décret. En effet, le décret visait à favoriser la participation autochtone à l'appel d'offres A/O 2005-03 et aux bénéfices en découlant.

26. Le processus suivi par la Régie et la décision D-2005-201 violent l'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodation.

Autorités sur la L.C. 1982, a.35 —

L'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodement

- D. Schulze, « Le nouveau rôle des autochtones dans le développement au Québec : les obligations de consultation et d'accommodement », 2005, Congrès annuel du Barreau du Québec **ONGLET 9**
- *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 **ONGLET 10**
- *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550 **ONGLET 11**
- *Première nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388 **ONGLET 12**
- *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 **ONGLET 13**
- *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 **ONGLET 14**
- *Huu-Ay-Aht First Nation et al. v. British Columbia (Minister of Forests) et al.*, 2005 B.C.S.C. 697 **ONGLET 15**

Question N°3 : Le non-respect de l'article 5 du décret 927-2005 et la négligence des principes constitutionnels et d'interprétation applicables.

27. Dans le dossier R-3589-2005, la Régie était tenue de vérifier la conformité de la procédure d'appel d'offres A/O 2005-03 proposée par Hydro-Québec avec les Décrets gouvernementaux d'octobre 2005.

28. Dans l'exercice de ses pouvoirs, la Régie était tenue de se conformer avec les règles d'ordre constitutionnel.

29. Notamment :

- Les actes juridiques, tel que le Décret 927-2005 affectant les droits des Premières Nations, doivent être interprétés de manière large, libérale et de façon à donner effet aux droits des Premières Nations.
- Les actes juridiques, tel que le Décret 927-2005, doivent être interprétés conformément à la présomption que l'Exécutif agit en accord avec les principes constitutionnels.

30. Ces principes sont violés par la modification que la Régie a apportée au sous-critère sur la participation autochtone parce qu'un projet n'impliquant aucune participation autochtone pourrait néanmoins se voir allouer 3 points lorsqu'il est évalué en vertu de la nouvelle grille et la préoccupation du gouvernement concernant l'apport d'un projet au développement économique des communautés autochtones énoncé à l'article 5 du Décret 927-2005 devient lettre morte.

31. Ces omissions de la Régie d'interpréter et d'appliquer l'article 5 du Décret 927-2005 en conformité avec les principes constitutionnels et les règles

d'interprétation applicables constituent un vice de fond de nature à invalider la décision D-2005-201.

- R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 4th édition, 2002, pages 1 à 3, 66 à 69, 195 et suivantes, 366 à 369, 409 et suivantes **ONGLET 16**
- P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e édition, 1999, pages 463 et suivantes, 483 et suivantes, 629 à 633 **ONGLET 17**
- *Nowejick c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 29 **ONGLET 18**

Question N°4 : L'ouverture du recours

32. Ces motifs concernant le non-respect du droit de l'APNQL et des Premières Nations de présenter leurs observations et concernant des vices de fond et de procédure de nature à invalider la décision D-2005-201 donnent ouverture à la révision/révocation suivant l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*.

- Demande de révocation et/ou révision de la décision D-2004-150 – D-2005-39 (R-3544-2004), 2 mars 2005 **ONGLET 19**
- Requête en révision de la décision D-2005-34 concernant l'établissement des tarifs d'électricité pour l'année tarifaire 2005-2006 – D-2005-132 (R-2567-2005), 27 juillet 2005 **ONGLET 20**

Question N°5 : Les conclusions et ordonnances que la Régie peut et doit accorder.

33. La Régie possède les pouvoirs nécessaires pour accorder et doit accorder des conclusions qui permettent un processus et des mesures de fond qui rencontrent les exigences du droit administratif et droit constitutionnel, et ce en rapport avec l'actuel appel d'offres et à titre de principe réglementaire ou générique.

34. L'obligation de consulter et d'accommoder est variable et un grand éventail d'arrangements, de structures et de procédés peuvent être déployés afin de respecter les principes découlant de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'APNQL ne demande guère de discussions de type « one-on-one » avec la Régie. L'APNQL demande plutôt que le processus appliqué respecte et fonctionne en harmonie avec la Constitution.

35. L'APNQL soumet donc que la Régie doit, dans toutes les circonstances factuelles et juridiques, accorder les conclusions consolidées et ré-amendées de la demande en révision/révocation de la décision D-2005-201, soit :

- a. **ÉMETTRE** une décision procédurale dans le dossier R-3595-2006;
- b. **CONVOQUER** une audience publique dans le dossier R-3595-2006;
- c. **DÉSIGNER** une nouvelle formation de régisseurs;
- d. **ORDONNER** une nouvelle audience portant sur l'application et la portée de l'article 5 du Décret 927-2005 dans laquelle les

Premières Nations seront dûment avisées, convoquées et représentées conformément aux principes constitutionnels;

- e. **ACCUEILLIR** la présente demande ré ré-amendée;
- f. **REVISER/RÉVOQUER** la décision D-2005-201 de la Régie de l'énergie.
- g. **DÉCLARER OU ÉTABLIR** un ou des principes ou politiques réglementaires ou générique, de la Régie pour s'assurer que les Premières Nations sont consultées et accommodées en conformité avec les principes constitutionnels dans tous processus décisionnels impliquant la Régie de l'énergie susceptibles d'affecter leurs droits.
- h. **RÉÉTABLIR** le premier sous-critère du critère concernant le développement durable de la grille de pondération des critères non monétaires proposée par Hydro-Québec qui se lisait comme suit : « Participation autochtone au projet à la hauteur de 10% et plus : 3 points ».
- i. **INVITER OU ORDONNER À** Hydro-Québec de proposer à la Régie d'autres mesures d'accommodement des Premières Nations, qui pourraient être intégrées à l'appel d'offres A/O 2005-03, telles que des garanties aux chapitres des emplois, de la formation, du financement et des contrats en rapport avec l'assemblage, la manufacture et le montage des tours et la construction d'infrastructures en rapport avec les parcs éoliens et leur exploitation, ainsi que la concession aux Premières Nations de parts sociales dans la propriété des projets et le partage des revenus.

- j. **DONNER** instruction à Hydro-Québec de modifier le Document d'appel d'offres A/O 2005-03 pour tenir compte de ces mesures, y compris la date d'inscription du 15 décembre 2006 (section 1.4) dans la mesure qu'elle juge nécessaire afin de permettre aux soumissionnaires d'assurer une participation autochtones répondant à la grille révisée.

- k. **ACCORDER** toutes autres ordonnances que la Régie trouve juste et approprié dans les circonstances.

- l. **ACCORDER** tout les frais de la demande.

36. Le tout respectueusement soumis.

Montréal, le 22 novembre 2006

FRANKLIN GERTLER & ASSOCIÉS

Procureurs de l'APNQL