

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : R-3650-2007

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

ÉNERGIE LA LIÈVRE S.E.C.,

Requérante

-et-

HYDRO-QUÉBEC,

Mise en cause

PLAN D'ARGUMENTATION DE LA REQUÉRANTE

I. LES FAITS ET LE CADRE JURIDIQUE

La Requérante réfère la Régie aux faits et au cadre juridique décrits à sa requête en révision de la décision et aux paragraphes 1 à 5 de la requête en révision :

« 1. Énergie La Lièvre s.e.c. (ci-après « **ELL** ») est propriétaire au Québec d'installations d'une tension de 44 kV et plus raccordées au réseau du transporteur d'électricité (Hydro-Québec) dans ses activités de transport d'électricité (ci-après « **HQT** »);

2. En date du 8 juin 2007, ELL a déposé une demande portant sur la détermination du statut de transporteur auxiliaire (ci-après la « **DEMANDE** ») en vertu des articles 1, 31 (5), 85.14 et suivants de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (L.R.Q., c. R-6.01) (ci-après la « **LOI** »);

3. En vertu de cette Demande, ELL entend faire la démonstration que bien qu'elle soit propriétaire de certaines installations d'une tension de 44 KV et plus situées au Québec, celle-ci n'est pas un « transporteur auxiliaire » au sens de l'article 85.14 de la Loi et ne doit donc pas être astreinte à convenir d'un contrat de service de transport d'électricité avec HQT, les dispositions des articles 85.14 à 85.18 de la Loi ne trouvant aucunement application en ce qui la concerne;

4. Dans le cadre de cette Demande, ELL allègue que ses installations et équipements, tels que présentement constitués, ne rencontrent pas la définition de l'article 85.14 de la Loi puisqu'ils sont, notamment, inaptes à fournir un service de transport à un tiers;

5. Plus précisément, ELL explique les raisons pour lesquelles elle considère ne pas avoir la capacité de fournir un service de transport de point à point à un tiers dont notamment le fait que la fourniture de ces services implique à la fois des contraintes, restrictions et conséquences de nature technique, opérationnelle ou commerciale; »

Tel qu'il appert de ce qui précède, la Demande d'ELL dans le cadre du dossier R-3636-2007 porte sur la détermination du statut de transporteur auxiliaire au sens de l'article 85.14 de la Loi et de la question de l'assujettissement aux dispositions de la Section II du chapitre VI.1 de la Loi.

Le débat devant la Régie concerne cette détermination, c'est-à-dire le non-assujettissement d'ELL aux dispositions 85.14 à 85.19 de la Loi et rien d'autre. ELL soumet qu'en vertu de ses installations et équipements tels qu'ils existent actuellement, celle-ci ne rencontre pas les critères de la définition de l'article 85.14 de la Loi et plus spécifiquement « l'aptitude à fournir un service de transport à un tiers. »

Dans le cadre de la Demande, ELL a fait l'objet de différentes demandes de renseignements dont celles concernant la présente demande de révision, lesquelles sont détaillées aux paragraphes 16 et 17 de la requête en révision.

En date du 4 octobre 2007, par sa décision D-2007-113, la Régie ordonne à ELL de répondre aux demandes de renseignements, notamment les demandes 3.2, 4.2.1 à 4.2.3 des demandes de renseignements de la Régie ainsi que la demande 9.1 des demandes de renseignements du Transporteur. La Régie invoque l'article 19 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie* R.R.Q. c R-6.01, r.0.2.01 (ci-après le « **Règlement** ») et l'importance « d'obtenir toute l'information nécessaire à un examen adéquat du dossier » à la p. 3 de cette décision.

En fonction de la détermination recherchée et eu égard aux articles 85.14 à 85.19 de la Loi, ELL soumet respectueusement que la Régie a erré dans son évaluation des éléments de preuve pertinents au dossier et de ce qui pouvait être requis de la Requêteur le tout, justifiant la révision de la décision D-2007-113.

Ainsi, ELL demande la révision de la décision D-2007-113 et l'ordonnance suivante :

« **RÉVISER** la décision D-2007-113 de façon à ne plus requérir les demandes de renseignements 3.2, 4.2.1, 4.2.2 et 4.2.3 de la Régie ainsi que la demande 9.1 du Transporteur dans le dossier R-3636-2007;

RENDRE toute autre ordonnance jugée utile dans les circonstances. »

II. LE DROIT APPLICABLE

1. LES CONDITIONS D'OUVERTURE DU RECOURS EN RÉVISION

➤ L'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q., c. R-6.01 (ci-après la « **Loi** ») prévoit :

« 37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue:

1° lorsqu'est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente;

2° lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations;

3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision.

Personnes concernées.

Avant de réviser ou de révoquer une décision, la Régie doit permettre aux personnes concernées de présenter leurs observations.

Restriction.

Dans le cas visé au paragraphe 3°, la décision ne peut être révisée ou révoquée par les régisseurs qui l'ont rendue. »

Les principes applicables en matière de révision ont fait l'objet de plusieurs décisions de la Régie reprenant les décisions bien connues sur cette question des tribunaux supérieurs de droit commun.

- Décision D-2007-24, dossier R-3609-2006 du 20 mars 2007, Société en commandite Gaz Métro, à la page. 5 :

Onglet 1

« La demanderesse a exposé, en argumentation, les règles applicables à la révision ou la révocation d'une décision. Ces règles ont été exposées à plusieurs reprises par la Régie et découlent essentiellement des arrêts *Épiciers unis Métro-Richelieu* et *Godin* de la Cour d'appel du Québec. »

- Décision D-2005-132, dossier R-3567-2005 du 27 juillet 2005, Hydro-Québec aux pages 18 et 19

Onglet 2

« En résumé :

• L'article 37 (3) de la Loi — l'équivalent de l'article 154 (3) de la *Loi sur la justice administrative* — ne permet pas à une deuxième formation de la Régie de réviser la décision d'une première formation uniquement parce que la deuxième formation aurait une opinion différente sur l'application d'une disposition de la Loi ou sur l'appréciation des faits;

• La deuxième formation, en révision, ne peut que corriger les erreurs fatales qui invalident la décision de la première formation;

• Il faut que la première formation ait tiré des conclusions en droit ou en fait qui soient insoutenables, qui ne puissent être défendues;

• Selon la Cour d'appel du Québec, la notion de vice de fond de nature à invalider la décision doit être interprétée assez largement pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier; il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente. »

- *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux et al.* AZ-96011353 (C.A.), à la page 9 :

Onglet 3

« Quite clearly, Sec. 37 is the provision granting the Régie jurisdiction to review and revoke its own decisions and limiting its powers to the conditions specifically mentioned in the section. If the conditions are met, the Régie has jurisdiction to review or revoke a decision it has previously made. If the conditions mentioned in Sec. 37 are not present, it has no such jurisdiction.

Since the provisions of Sec. 37 limit the power of review of its own decisions to the cases specifically mentioned, and since the conditions in this section go to its jurisdiction to review, the standard of judicial review of its errors is correctness and not limited to those errors which are manifestly unreasonable. A simple error in its interpretation of Sec. 37 or in its conclusion as to the presence of the conditions mentioned in the section will cause the Régie to lose jurisdiction and may give rise to judicial review. »

2. LA NOTION DE VICE DE FOND OU DE PROCÉDURE DE NATURE À INVALIDER LA DÉCISION

Les décisions ou auteurs suivants ont considéré la notion de vice de fond ou de procédure de nature à invalider une décision conformément à l'article 37(3) de la Loi ou des dispositions similaires dans différentes autres lois.

- *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux et al.*, supra, à la page 10 :

Voir #3

« The Act does not define the meaning of the term « vice de fond » used in Sec. 37. The English version of Sec. 37 uses the expression « substantive... defect ». In context, I believe that the defect, to constitute a « vice de fond », must be more than merely « substantive ». It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the « vice de fond » must be « ... de nature à invalider la décision ». A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under Sec. 37. A simple error of fact or of law is not necessarily a « vice de fond ». The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision. »

- *Tribunal administratif du Québec c. Godin et al.*, REJB 2003-46180 (C.A.), à la page 16 :

Onglet 4

« 139 Le pouvoir de révision n'équivaut pas à un appel sur des questions de droit ou de fait. Il ne peut non plus être comparé au pouvoir de révision judiciaire des tribunaux supérieurs puisque seule la Cour supérieure a un pouvoir d'intervention sur des questions touchant la compétence d'un tribunal inférieur. Ainsi que l'exprime justement, à mon avis, le professeur Garant, l'application indistincte du test de l'erreur manifestement déraisonnable, pour interpréter la notion de vice de fond comme motif de révision, retirerait toute utilité

au recours en révision interne puisque celui-ci serait alors assujéti aux mêmes conditions que le recours en révision judiciaire. Ce n'est donc pas, du moins en principe, sous l'angle de la déférence plus ou moins grande qui doit être apportée à la première décision que s'examinerait l'exercice du pouvoir de révision du TAQ concrétisé dans sa décision.

140 Le pouvoir de révision du TAQ est un pouvoir de redressement ou de réparation de certaines irrégularités ou erreurs qui peuvent affecter une première décision et ce, dans le but d'assurer que la décision qui sera rendue au terme du processus décisionnel administratif soit, dans toute la mesure du possible, la décision la plus conforme à la Loi. »

(...)

« 143 Notre Cour a reconnu que cette notion doit être interprétée largement. Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente.

144 Sous prétexte d'un vice de fond, le recours en révision ne doit pas être une répétition de la procédure initiale ni un appel déguisé sur la base des mêmes faits et arguments. La partie qui y a recours doit alléguer précisément l'erreur susceptible d'invalider la première décision.

145 Ce rôle qu'a voulu donner le législateur au décideur administratif d'évaluer les motifs de recevabilité de la requête en révision pour l'une des causes mentionnées à l'article 154 L.J.A. milite généralement en faveur d'une grande déférence à l'égard de la décision révisée puisque celle-ci vise à assurer le plus parfaitement possible la poursuite des objectifs de la loi. Le caractère particulier de la cause de révision tenant à un vice de fond de nature à invalider la décision exige toutefois que soit examinée, dans chaque cas, la nature du vice de fond allégué par la partie qui se pourvoit en révision administrative. »

(Nos soulignés)

- GARANT, Patrice, *Droit administratif*, 5^e édition, Éditions Yvon Blais, 2004, pp. 617 à 619 :

Onglet 5

« La Cour d'appel vient de statuer de nouveau en 2003 sur la question en considérant que le concept de « vice de fond de nature à invalider [...] » équivaut non pas à simple erreur de droit ou de fait ni à l'erreur manifestement déraisonnable selon les critères du contrôle judiciaire, mais à l'erreur déraisonnable *simpliciter* ou erreur manifeste. Pour que le tribunal en révision intervienne, il faut donc démontrer que la décision initiale est simplement déraisonnable ou entachée d'une erreur manifeste; il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle est manifestement déraisonnable. En revanche il ne suffit pas d'alléguer une erreur simple ou le critère de la décision

incorrecte.

La Cour d'appel a certes raison d'exclure une interprétation restrictive de la notion de vice de fond comme motif de révision pour cause. Nous estimons que le sévère test de l'erreur manifestement déraisonnable ne doit pas être importé dans le domaine de l'autorévision des décisions de tribunaux administratifs. Ce test a été développé dans un tout autre contexte par des cours supérieures désireuses de respecter la spécialisation et l'expertise des tribunaux administratifs. Il ne peut évidemment s'appliquer *mutatis mutandis* à la révision par ces tribunaux de leurs propres décisions. La clause privative ne protège le tribunal que face à la Cour supérieure; de plus le tribunal administratif agissant en révision est tout aussi spécialisé que ce même tribunal agissant en premier lieu. Il est donc peu logique de croire que le législateur ait voulu ainsi assimiler la révision pour cause au pouvoir d'intervention dont sont investies les cours supérieures. »

(...)

« Si l'on considère dans son ensemble la disposition qui décrit la compétence du tribunal en révision, comme par exemple l'article 154 de la *Loi sur la justice administrative*, on constate que le législateur s'en remet au tribunal pour déterminer s'il s'agit d'un fait nouveau qui aurait pu justifier une décision différente, si le requérant n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, se faire entendre par le premier décideur, et enfin si la décision initiale est entachée d'un vice de fond ou de procédure qui, selon lui, est de nature à l'invalider. Dans les trois cas le tribunal en révision détient une marge d'appréciation qui fait en sorte que l'erreur qu'on pourrait lui reprocher doit être significative, atteindre un certain niveau de gravité. On devrait s'en tenir à ce critère pour éviter d'assimiler le tribunal en révision à une cour supérieure ou à un tribunal d'appel. »

(...)

« À notre avis, puisqu'il s'agit d'une juridiction statutaire, la loi seule doit nous servir de guide. Or le tribunal en révision doit se demander, premièrement, s'il est en présence d'un vice de procédure c'est-à-dire d'une irrégularité procédurale, ou d'un vice de fond c'est-à-dire d'une erreur de droit ou de fait ou mixte. Deuxièmement il doit se demander si ces vices sont d'une gravité telle qu'ils atteignent la validité même de la décision. La loi ne parle pas de vices manifestes ou déraisonnables ou de vices de compétence. On devrait éviter d'importer devant le tribunal administratif des concepts provenant de la surveillance judiciaire exercée par les cours supérieures en vertu de la Constitution, concepts inspirés des principes de retenue judiciaire et de séparation des pouvoirs. »

(Nos soulignés)

3. CERTAINS CAS D'ESPÈCE

ELL soumet que l'article 37(3) de la Loi trouve application lorsque la décision ne peut « contextuellement ou littéralement se justifier » et lorsqu'il y a erreur dans « l'interprétation ou l'application de la loi ». En l'espèce, la Régie a erré

dans sa détermination de ce qui constitue des informations nécessaires et pertinentes à ses délibérations dans le cadre de sa décision D-2007-113. La détermination de « transporteur auxiliaire » doit être effectuée en fonction des équipements et des installations existantes au moment de la présentation de sa demande.

La Régie doit considérer la situation actuelle et non pas une situation purement hypothétique (en référant aux modifications et aux ajouts possibles). La question à répondre n'est pas quels sont les ajouts ou modifications qui devraient être apportés aux installations d'ELL pour lui permettre de devenir potentiellement un transporteur auxiliaire dans le futur mais si, au moment du dépôt de la Demande, ELL était, en fonction de ses attributs actuels, un transporteur auxiliaire.

La détermination recherchée dépend de l'application de l'article 85.14 et ne requiert pas d'étude d'impact ni d'études exploratoires. Les informations demandées débordent du cadre de ce qui est requis en vertu de la Loi et de l'article 19 du Règlement et équivalent à un excès de compétence.

➤ Décision D-2007-24, supra, à la page 6 :

Voir #1

« La demanderesse cite également certains auteurs et d'autres autorités à l'appui de ses prétentions voulant qu'il y ait ouverture à la révision judiciaire, en fonction du critère du manifestement déraisonnable, d'une décision rendue en l'absence de preuve, de l'insuffisance de preuve, du manque de rapport entre la preuve au dossier et la décision. »

(Nos soulignés)

Aux pages 18 et 19 :

« Comme mentionné plus haut en référant à l'arrêt *Godin*, le fait que les conclusions d'une décision ne soient pas soutenables (*unsustainable*) ou défendables en fait ou en droit, constitue un vice de fond de nature à invalider la décision. Également, une décision qui ne reposerait pas sur les faits serait considérée comme ne pouvant se justifier contextuellement ou littéralement et, par conséquent, serait entachée d'un vice de fond de nature à l'invalider. Il en va de même d'une décision qui mettrait de côté une règle de droit (par exemple, le test de prudence) ou qui résulterait d'une erreur grave dans l'application du test en question. »

(Nos soulignés)

Et à la page 21 :

« L'analyse démontre donc que le constat d'imprudence et les Conclusions de la Décision qui en découlent ne sont pas justifiés par la preuve des faits connus par la demanderesse au moment où elle a pris ses décisions de poursuivre la réalisation du Projet. »

(Nos soulignés)

➤ Décision D-2005-132, supra, aux pages 15 à 19

Voir #2

➤ Décision D-2003-49, dossier R-3496-2002 du 7 mars 2003, Hydro-Québec (et liste d'intervenants), à la page 16 :

Onglet 6

« Le Transporteur a le fardeau de prouver à la Régie le caractère raisonnable des charges portées à son coût de service et de fournir toutes les informations pour effectuer cette démonstration. De telles informations peuvent, le cas échéant, toucher les relations contractuelles du Transporteur avec d'autres divisions d'Hydro-Québec ou des affiliés d'Hydro-Québec. La Régie est également en droit d'exiger du Transporteur toutes les explications pertinentes sur les écritures comptables, comptes des affiliés, etc. qui sont nécessaires à l'exécution de ses fonctions, lesquelles consistent à juger de l'utilité et du caractère raisonnable des coûts du Transporteur. Le corollaire de cette finalité réside dans la transparence et l'efficacité du processus de tarification. L'exigence de production de l'information est donc l'expression légale de tout pouvoir d'un tribunal de rechercher l'information pertinente à l'exercice de ses compétences.

Même si, en principe, la Régie peut exiger le dépôt de données financières par des affiliés non réglementés, il n'en demeure pas moins que l'exercice de ce pouvoir peut excéder sa compétence lorsque les moyens utilisés sont disproportionnés pour atteindre la finalité recherchée dans un dossier particulier. Ce critère de proportionnalité entre la finalité et les moyens utilisés est d'autant plus important à analyser que la Régie agit aux limites de sa compétence. »

(Nos soulignés)

Et à la page 17 :

« La Régie, dans sa décision D-2002-95, exige des données financières de tous les affiliés. Or, certains de ces affiliés, voire la quasi-totalité d'entre eux n'ont aucune relation contractuelle avec le Transporteur. Il n'y a donc pas ou très peu de questions de validation des coûts de service du Transporteur à anticiper avec ses affiliés. De plus, comme la Régie voulait « *juger de l'exercice réalisé par le transporteur pour identifier les activités réglementées et non réglementées [...]* » et « *s'assurer de la transparence des transactions* », dès lors, l'exigence de données financières d'affiliés ne faisant pas affaire avec le Transporteur devenait en l'espèce clairement inappropriée. En outre, la nature des informations financières requises s'avère non adéquate en regard de l'objectif recherché.

En résumé, la décision de demander de tous les affiliés non réglementés les données financières exigées ne se justifie pas par les finalités recherchées dans la décision D-2002-95 et cette ordonnance spécifique doit être révisée. »

(Nos soulignés)

4. LES PRINCIPES APPLICABLES EN MATIÈRE DE PRODUCTION DE DOCUMENTS

Outre la question de la pertinence, il y a lieu de reconnaître qu'en matière de production de documents, l'on ne peut forcer une partie à communiquer des documents qui n'existent pas ni la contraindre à créer de nouveaux documents.

Par ailleurs, bien que la Régie soit maître de sa procédure, celle-ci ne peut contraindre une partie à assumer des frais aussi substantiels (voir paragraphe 52 de la requête en révision) alors qu'elle possède les informations nécessaires et pertinentes pour déterminer si ELL est un transporteur auxiliaire au sens de la Loi.

- ROYER, Jean-Claude, *La preuve civile*, 3^e Édition, Éditions Yvon Blais, 2003, à la p. 439 :

Onglet 7

« 620 – *Conditions* – Deux conditions particulières sont requises pour qu'un plaideur obtienne la communication d'un écrit. La première est que le document existe et que la partie qui désire l'obtenir puisse établir son existence et l'identifier. Ainsi, une partie ne peut contraindre son adversaire à préparer un nouveau document et à le lui communiquer. »

- *Construction Ondel inc. c. Groupe Axor inc.*, AZ-01021766 (2001-06-27) (C.A.), à la p. 2

Onglet 8

« [8] Même si l'on peut dire en pratique qu'en matière de procédure, c'est-à-dire de droit judiciaire privé, les parties, de consentement, peuvent faire presque tout sauf ce qui est interdit comme étant contre la loi ou l'ordre public, cela ne veut pas dire que l'on peut demander au tribunal des ordonnances qui ne correspondent pas aux règles de procédure.

Et à la p. 4 :

« [22] En réalité, ce que la défense exige, c'est de produire un document, fruit d'une opération comptable, de le placer entre les mains du représentant de la compagnie qui témoigne et de l'obliger à en laisser prendre communication. Ce n'est pas ce que l'on qualifie de document pertinent à l'interrogatoire d'un représentant de la demanderesse.

[23] Tout ce qu'exige du témoin l'article 397 C.p.c. c'est de remettre à la partie adverse un document qu'il a en sa possession. L'interrogé n'a pas ce document, il n'existe pas, de sorte que l'interrogeant ne peut le contraindre.

[24] Nous ne sommes pas dans l'hypothèse où le document existerait, mais que cacherait volontairement le représentant de la demanderesse. En l'espèce, peu importe que l'on puisse faire le montage d'un tel document, ce ne sera toujours qu'une preuve aléatoire, donnant probablement lieu à de l'interprétation plus qu'à de la certitude. »

