

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : R-3658-2008

ÉNERGIE BROOKFIELD MARKETING INC.,

Requérante

- et -

HYDRO-QUÉBEC, dans ses activités de
distribution d'électricité

- et -

TRANSCANADA ENERGY LTD.

Intimées

PLAN D'ARGUMENTATION DE LA REQUÉRANTE

1. INTRODUCTION

Énergie Brookfield Marketing Inc.(ci-après « **EBMI** ») soumet que les décisions D-2007-127 et D-2007-134 rendues dans le cadre du dossier R-3649-2007 de la Régie sont invalides, nulles et *ultra vires* des pouvoirs conférés à la Régie aux termes de sa loi habilitante, la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q. c. R-6.01 (ci-après désignée la « **Loi** »).

EBMI invoque également l'application des articles 37(2) et 37(3) vu le défaut d'avoir respecté les règles d'équité procédurale en l'instance.

Par ailleurs, EBMI soumet que les décisions sont entachées de vices de fond et de procédure de nature à les invalider aux termes de l'article 37(3).

Finalement, EBMI se réserve la possibilité d'émettre des commentaires relativement à l'application de l'article 37(1) soit la connaissance de faits nouveaux qui, s'ils avaient été connus en temps utile, auraient pu justifier une conclusion différente, tel que décrit à sa requête en révision.

2. LE CONTEXTE FACTUEL RELATIF AUX SURPLUS

Depuis 2006, Hydro-Québec, dans ses activités de distribution, (le « **Distributeur** ») fait face à des surplus d'approvisionnement d'électricité importants. Les décisions D-2007-127 et D-2007-134 s'inscrivent donc dans ce contexte factuel particulier.

En date du 26 février, la Régie dans sa décision D-2007-13, rejetait une demande d'approbation d'une entente parrainée par le Distributeur visant la suspension des contrats en base et cyclable intervenus le 15 janvier 2007 entre le Distributeur et Hydro-Québec dans ses activités de production (ci-après le « **Producteur** ») et ce, même si les surplus à revendre pour 2007 représentaient alors de 4 à 5 TWh.

Cette décision par laquelle la Régie refusait d'approuver l'entente, a établi des principes importants dont l'obligation du Distributeur d'optimiser la valeur de ces contrats d'approvisionnement d'énergie « en gestionnaire prudent, par une stratégie de revente adaptée et diversifiée et par l'usage des instruments financiers et de marché à sa disposition » (p. 11).

Il est également question du devoir du Distributeur de maximiser cette rente au profit des consommateurs tout en réduisant les risques (p. 16).

Au cours de l'année 2007, le Distributeur a effectivement entrepris des mesures afin de disposer de ses surplus d'énergie par le biais de revente dans le cadre d'appels d'offres ou de transactions bilatérales. (Ces activités de revente ont été décrites dans le dossier tarifaire du Distributeur R-3644-2007, HQD-15, document 1, partie A, page 20, tableau R-11.2).

Le 3 août 2007, le Distributeur dépose à la Régie une demande relative à l'établissement des tarifs d'électricité pour l'année tarifaire 2008-2009.

Dans le cadre de cette demande tarifaire, la Régie prévoyait faire le suivi de la décision D-2007-13 (à la p. 15 de D-2007-13. Elle requérait le Distributeur de lui soumettre « les données détaillées permettant de connaître et de juger de la prudence des choix » exercés lors de la revente de ses surplus d'approvisionnement et de la stratégie de revente employée compte tenu de « l'impact direct sur le revenu requis et sur la fixation des tarifs » (D-2007-104, à la p. 5).

Le 1^{er} novembre 2007, le Distributeur dépose pour approbation par la Régie son plan d'approvisionnement pour la période 2008-2017 dans lequel il est à nouveau état de surplus appréciables pour les années 2008 à 2010 (dossier R-3644-2007).

Malgré que les questions de revente et de gestion des surplus du Distributeur faisaient déjà l'objet de sujets à débattre dans le cadre de l'audience tarifaire et qu'une audience publique était alors prévue à compter du 4 décembre 2007, il importe de noter que le 2 novembre 2007, le Distributeur déposa une « demande d'approbation du protocole d'entente visant la suspension temporaire des activités de production d'électricité à la Centrale de Bécancour et de l'entente finale intervenue entre Hydro-Québec Distribution et TransCanada Energy Ltd » (ci-après la « **Demande** » ou le dossier « **TCE** ») pour une période maximale de deux (2) ans en vertu des articles 31, 34 et 74.2 de la Loi.

L'objectif du Distributeur selon le paragraphe 3 de la Demande est de « gérer ces surplus de façon à minimiser les coûts des approvisionnements pour la clientèle québécoise ».

Les questions soulevées par la décision D-2007-13 et les dossiers ci-haut mentionnés traitent tous, à divers niveaux, de la gestion que doit faire le Distributeur de ses surplus d'approvisionnement et de la manière la plus appropriée d'optimiser la valeur de son portefeuille d'énergie d'approvisionnement eu égard aux moyens et instruments financiers mis à sa disposition.

Suite à cette Demande, la Société en commandite Gaz Métro (« **SCGM** ») présentait une demande de modification du tarif D-4 à compter du 1^{er} janvier 2008 pour tenir compte de l'impact de ce dossier et plus particulièrement à l'égard des tarifs de SCGM et du manque à gagner anticipé de 4 M pour l'année 2008.

Alors que l'audience de la cause tarifaire avait débutée (R-3644-2007), la Régie, le 7 décembre 2007 rend sa décision finale D-2007-134 suite à la Demande du Distributeur dont révocation et subsidiairement révision est demandée par la présente.

Le 26 février 2008, la Régie rendait sa décision D-2008-24 suite au dossier tarifaire du Distributeur. Il y est prévu que le Distributeur devra fournir un compte rendu complet de ses activités de revente de 2007 lors du prochain dossier tarifaire (p. 42) et il est recommandé au Distributeur, pour les surplus de 2008 évalués à 2.3 TWh (sans le dossier TCE) et de 6.6 TWh (incluant TCE), de tenir compte « des diverses suggestions apportées par les intervenants afin de bonifier les résultats attendus de la revente des surplus en 2008 » (p. 43).

3. LA CHRONOLOGIE DU DOSSIER R-3649-2007

Tel que mentionné plus haut, le 2 novembre 2007, le Distributeur dépose sa Demande, suggère une audience sur dossier et souhaite que la Régie se prononce avant le 7 décembre 2007 afin que les travaux de mise en veilleuse de la centrale thermique de Bécancour soient terminés et que le Distributeur puisse procéder aux achats de puissance pour l'année 2008.

EBMI soumet qu'aucune véritable urgence n'est véritablement invoquée ni ne justifiait le calendrier proposé compte tenu que la question des surplus n'était pas nouvelle.

Aussi, le Distributeur et TCE demandent à la Régie de « constater et maintenir » la confidentialité des renseignements décrits à la décision D-2003-146 et de confirmer la confidentialité des pièces HQD-1 et HQD-2.

Le 6 novembre 2007, la Régie émet une lettre procédurale confirmant qu'elle procédera sur dossier. Elle prévoit une « audience orale » pour le 13 novembre 2007 qui sera tenue comme une séance de travail mais dont le contenu fera partie de la preuve au dossier.

À l'égard de la demande de confidentialité, elle demande au Distributeur d'identifier les articles d'HQD-1 faisant l'objet de la demande de confidentialité et de justifier cette demande de confidentialité avant le 9 novembre 2007.

Le 9 novembre 2007, le Distributeur précise sa demande de confidentialité en ajoutant la position de TCE qui requiert la confidentialité des documents en ces termes :

« Cependant, le Distributeur et la Régie ne peuvent ignorer, sans un examen en conformité avec l'article 30 de la Loi sur la Régie de l'énergie (LRÉ), les exigences de confidentialité de TCE. »

(Nos soulignés)

Le 12 novembre 2007, la Régie rend sa décision D-2007-127 (dont révocation et révision est demandée par la présente) portant sur les demandes de traitement confidentiel soumises par HQD et TCE sans donner l'opportunité à aucun des intervenants de soumettre leurs commentaires et informait les participants de l'ordre du jour de l'audience du 13 novembre 2007.

Le 13 novembre 2007 une audience qualifiée « de type séance de travail » est tenue par la Régie et présidée par le régisseur Jean-Paul Théôret.

La Régie expliquait comme suit le traitement spécial de ce dossier (notes sténographiques du 13 novembre 2007, à la p. 11) :

« Nous sommes ici pour examiner la demande d'Hydro-Québec Distribution de suspendre son contrat d'approvisionnement avec TransCanada Energy pour une période d'un an. La demande requiert une décision au plus tard le sept (7) décembre deux mille sept (2007).

La Régie devait donc décider du calendrier de traitement de ce dossier en fonction de cette date puisque le tarif Distributeur (sic) doit décider des gestes à poser à la suite de la décision que la Régie rendra sur sa demande.

C'est dans ce contexte que nous devons procéder rapidement à l'étude de la demande du Distributeur afin de rendre une décision en temps opportun.

Je vous remercie donc tous et toutes pour votre présence ce matin. Vous aurez compris de notre correspondance que nous entendons procéder avec rapidité et rigueur dans ce dossier. »

(Nos soulignés)

À cette même date, la Régie a également tenu une audience à huis clos (à l'exclusion de tous les participants, sauf HQD et des représentants de TCE).

Toujours en date du 13 novembre 2007, les participants, autres que HQD, n'ont pas eu l'opportunité d'interroger ou de questionner les représentants de TCE et n'ont pas eu l'opportunité contrairement à HQD et TCE de présenter des témoins.

Les participants, suite à cette audience, ont été appelés à soumettre leurs observations à la Régie et HQD a subséquemment déposé une réplique à ces observations.

Le 30 novembre 2007, après le dépôt des observations par les participants, HQD a soumis à la Régie, les modalités de l'entente finale conclue avec TCE pour approbation par la Régie.

Le 7 décembre 2007, la Régie, par son régisseur Jean-Paul Théoret, agissant seul, dans le cadre du dossier R-3649-2007 a rendu la décision D-2007-134, laquelle fait l'objet de la présente demande de révision.

4. LES MOTIFS DE RÉVOCATION ET DE RÉVISION

L'article 37 de 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. »

4.1 L'erreur de droit de nature juridictionnelle

EBMI soumet, avec respect, que la première formation a commis une erreur de droit de nature juridictionnelle et que les décisions rendues (D-2007-127 et D-2007-134) dans le cadre du dossier R-3649-2007 sont nulles, sans effet juridique et *ultra vires* des pouvoirs conférés par la Régie par la loi habilitante vu l'absence de quorum.

Le quorum est une condition essentielle à l'exercice de la compétence.

- D. Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, 2007, Publications CCH Ltée, à la page 2,435 :

Onglet #1

« L'exigence du quorum n'est pas une pure condition de forme mais touche à la compétence même d'une autorité administrative. Ainsi, « en fixant un quorum et en exigeant qu'un nombre minimum de personnes participent à une décision, le législateur se fonde sur la sagesse collective, le fait pour l'avantage du public aussi bien que pour l'avantage des personnes que la décision pourrait toucher, et il s'attend à ce que les personnes qui participent à la décision comme membres de la majorité ou comme membres dissidents, agissent de concert jusqu'au tout dernier moment, c'est-à-dire jusqu'à la prise d'une décision commune, qu'elle soit unanime ou pas. Le fait de disposer du quorum prévu chaque fois qu'il le faut, du début jusqu'à la toute fin des procédures, est une question de principe, d'intérêt public et d'administration saine et équitable de la justice ».

IBM Canada Ltd v. Sous-min. MRN, Douanes et Accise [1992] 1 C.F. 663, à 673-674 per J. Décary; *Marcel v. Tribunal des professions* [1993] R.J.Q. 830.

L'absence du quorum exigé en vertu d'une loi ou d'un règlement rend l'organisme incompetent à agir et toute décision prise sans ce quorum nécessaire sera nulle de plein droit, même si l'incompétence de l'organisme n'a pas été soulevée durant l'instance. »

(Nos soulignés)

Une exception au principe du quorum doit être interprétée restrictivement.

- *Commission de police du Québec c. Gionet*, AZ-87011228, (C.A.) aux pages 2 à 4 :

Onglet #2

« En effet, si la décision de tenir une enquête publique a été prise par deux commissaires et que la Loi de police exige un quorum de quatre commissaires à cette fin, il y a excès de juridiction donnant ouverture à évocation et nullité de l'enquête publique ab initio.

L'interprétation de l'article 11 de la Loi de police est au cœur du débat :

« Art. 11. La Commission peut siéger simultanément en plusieurs divisions composées d'au moins deux membres désignés par le président.

Lorsqu'il y a divergence entre les membres de la Commission dont les opinions se partagent également sur une question, celle-ci est référée au président qui la décide.

Sauf lorsqu'elle siège aux fins d'une enquête, le quorum de la Commission est d'au moins quatre membres dont le président.

Le premier juge, après avoir rappelé l'origine de cet article au regard des lois antérieures, en vient à la conclusion que le quorum, en vertu de la Loi de police est de quatre commissaires (art. 11) mais que,

lorsqu'ils tiennent une enquête, la loi permet que le quorum soit de deux commissaires.

Nous sommes tous d'avis que le premier juge n'a pas ce faisant, commis d'erreur.

En matière d'interprétation des lois, une exception à une règle générale doit recevoir une interprétation restrictive.

Or, ce n'est « qu'aux fins d'une enquête » que le quorum ne peut être que de deux, de quatre commissaires qu'il est normalement.

On voit mal, d'une part, que siégeant ici à quatre le 19 juillet 1985 pour décider d'entendre à huis clos le directeur de police de Ste-Foy ainsi que des membres de ce corps de police, pour vérifier s'il y avait lieu de tenir une enquête publique, seuls deux commissaires seraient habilités à décréter cette enquête publique de l'ampleur de celle qui a été ici entreprise.

D'autre part, la tenue d'enquêtes publiques n'est pas un simple acte d'administration mais, parmi les pouvoirs les plus vastes que confère la Loi de police à la Commission de police, c'est en fait sa raison d'être principale.

Si la loi a fixé le quorum à quatre commissaires, avec la seule exception qu'on connaît, on serait justifié de croire que pour l'exercice des pouvoirs les plus importants qui lui sont conférés, le législateur a voulu assurer un quorum de quatre commissaires.

La loi de police ne contient aucune autre disposition qui permette d'interpréter l'article 11 de la loi dans le sens que nous proposons les appelants.

Compte tenu de l'interprétation restrictive qui doit prévaloir, « aux fins d'une enquête » ne saurait être étendu à « pour décréter une enquête », deux notions bien différentes dont la seconde est beaucoup plus large que la première.

En conséquence, en l'absence du quorum exigé à la loi pour ce faire, la décision des deux commissaires de tenir une enquête publique sur le corps de police de la Ville de Ste-Foy constitue un excès de juridiction et telle décision est nulle ab initio. »

(Nos soulignés)

En l'espèce, la Demande du Distributeur fondée sur les articles 31, 34 et 74.2 de la Loi a été entendue par un régisseur unique alors que la formation aurait dû être composée de trois (3) régisseurs conformément aux articles 16, 31 et 74.2 de la Loi.

Ces articles se lisent comme suit :

« **16.** Une demande devant la Régie est étudiée et décidée par trois régisseurs, à l'exception d'une demande visée à l'article 96.

Toutefois, le président peut désigner un régisseur pour étudier et décider seul d'une demande visée:

1° au paragraphe 5° du premier alinéa de l'article 31;

2° au deuxième alinéa de ce même article, mais à l'exclusion d'une demande faite en vertu du premier alinéa de l'article 16 de la Loi sur

les systèmes municipaux et les systèmes privés d'électricité (chapitre S-41). »

« **31.** La Régie a compétence exclusive pour:

1° fixer ou modifier les tarifs et les conditions auxquels l'électricité est transportée par le transporteur d'électricité ou distribuée par le distributeur d'électricité ou ceux auxquels le gaz naturel est fourni, transporté ou livré par un distributeur de gaz naturel ou emmagasiné;

2° surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants;

2.1° surveiller les opérations du transporteur d'électricité, du distributeur d'électricité ainsi que celles des distributeurs de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs paient selon un juste tarif;

3° [Disposition abrogée.]

4° examiner toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de transport d'électricité par le transporteur d'électricité, de distribution d'électricité par le distributeur d'électricité, les réseaux municipaux ou privés d'électricité ou par la Coopérative régionale d'électricité de Saint-Jean-Baptiste de Rouville et voir à ce que le consommateur paie le tarif qui lui est applicable et soit assujéti aux conditions qui lui sont applicables;

4.1° examiner toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de fourniture, de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel par un distributeur de gaz naturel et voir à ce que le consommateur paie le tarif qui lui est applicable et soit assujéti aux conditions qui lui sont applicables;

4.2° établir le montant annuel que chaque distributeur d'énergie doit allouer à des programmes et à des interventions concernant l'efficacité énergétique et les nouvelles technologies énergétiques, incluant ceux qui concernent plus d'une forme d'énergie que l'Agence de l'efficacité énergétique administre;

5° décider de toute autre demande soumise en vertu de la présente loi. »

« **74.2.** La Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique, prévus à l'article 74.1, et examine si ceux-ci ont été respectés. À cette fin, elle peut exiger tout document ou renseignement utile. La Régie fait rapport de ses constatations au distributeur d'électricité et au fournisseur choisi.

Le distributeur d'électricité ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement. »

Ainsi, toute demande d'approbation de la Régie en regard des contrats d'approvisionnement du Distributeur s'inscrit dans le cadre de la compétence exclusive de la Régie conférée par les dispositions des articles 31(2) et 31(2.1) référant à sa compétence générale de surveillance.

Cette compétence générale de surveillance doit être interprétée largement.

- Yves Ouellette, *Les tribunaux administratifs du Canada*, Les Éditions Thémis 1997, à la page 46 :

Onglet #3

« On trouve fréquemment dans la loi constitutive d'un organisme de régulation une disposition attribuant une compétence générale de surveillance. Les libellés peuvent varier d'une loi à l'autre et aucun n'est sacramentel, le législateur s'exprimant dans les termes d'un mandat général de surveillance ou de contrôle de certaines entreprises ou d'une industrie. Une disposition habilitante de ce genre n'est pas un ornement mais recelle un potentiel insoupçonné de compétence. Dans une société qui adhère à la proposition que ce qui n'est pas défendu est permis, l'organe de régulation ne disposerait en principe que des compétences explicites énumérées dans la loi. Mais l'ajout d'une compétence générale de surveillance a pour effet d'élargir l'autorité de l'organisme et de lui permettre de rendre des ordonnances sur des sujets omis ou non expressément prévus par la loi, sous réserve de l'obligation de l'organisme d'exercer sa discrétion conformément à la finalité de la loi. En vertu d'une longue tradition jurisprudentielle remontant aux années 20, la compétence générale de surveillance, interprétée largement, a permis à des organismes d'exercer leur mandat de régulation même en l'absence de textes spécifiques et de rendre des ordonnances sur diverses questions reliées à leur mandat, mais qu'il était difficile pour le législateur de prévoir dans l'abstrait. »

(Nos soulignés)

Compte tenu de la compétence exclusive de la Régie qui est visée dans le cadre de la demande sous l'article 74.2 de la Loi, soit le rôle de surveillance des opérations du Distributeur pour s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants et paient selon un juste tarif, l'on ne peut conclure à l'application de l'article 31(5) référant à « toute autre demande soumise en vertu de la présente loi ».

Ainsi, le deuxième alinéa de l'article 16 de la Loi qui doit lui être interprété restrictivement comme nous l'avons vu précédemment (*Commission de la police du Québec c. Gionet, supra*) ne peut être considéré en l'instance. Le président ne pouvait pas désigner un régisseur seul puisqu'il ne s'agissait pas d'une demande en vertu du paragraphe 5^o du premier alinéa de l'article 31.

Le pouvoir de la Régie dans le cadre de l'article 74.2 a été expliqué comme suit dans le cadre de la Décision D-2007-13, à la page 3 et il est clairement lié à la compétence exclusive de la Régie de surveillance des opérations du Distributeur.

- Décision D-2007-13, dossier R-3624-2007 du 26 février 2007, Hydro-Québec, à la page : 3 :

Onglet #4

« L'article 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (Loi) prévoit que la Régie doit surveiller l'application de la procédure d'appels d'offres et d'octroi des contrats d'approvisionnement en électricité, ainsi que du code d'éthique et examiner si ceux-ci ont été respectés. Il est également prévu que le Distributeur ne peut conclure un tel contrat sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement. »

L'importance du pouvoir de surveillance dans le contexte d'une approbation sous l'article 74.2 de la Régie a également été mentionné dans la décision D-2006-27.

- Décision D-2006-27, dossier R-3573-2005 du 9 février 2006, Hydro-Québec, aux pages 6 et 7 :

Onglet #5

« Il convient ici de rappeler que le pouvoir d'approbation conféré à la Régie par l'article 74.2 de la Loi s'inscrit, à l'instar d'autres pouvoirs (tels que, par exemple, celui d'approuver le plan d'approvisionnement ou celui d'autoriser des projets d'acquisition ou de construction d'immeubles ou d'actifs), dans le contexte plus général de sa compétence exclusive de surveiller les opérations du Distributeur pour s'assurer en particulier que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants et paient selon un juste tarif. »

La Régie mentionne également ce qui suit à la page 7 :

« La Régie est d'avis que le Distributeur doit lui soumettre pour approbation préalable toute modification importante à l'Entente (notamment toute modification relative à sa durée, aux produits et obligations, aux prix et aux clauses d'indexation), ainsi que toute renonciation projetée à des éléments importants de l'Entente. Le Distributeur doit par ailleurs l'informer sans délai de toute autre modification ou renonciation de nature mineure.

Ces exigences découlent implicitement de l'article 74.2 de la Loi et du contexte plus général de la compétence exclusive de la Régie pour surveiller ses opérations, tel qu'indiqué dans la section 3.1 de la présente décision. »

- Décision D-2003-49, dossier R-3496-2002 du 7 mars 2003, Hydro-Québec, aux pages 12 et 13 :

Onglet #6

« La protection des consommateurs est un élément essentiel du mandat de la Régie. Explicite à l'article 5, cet objectif est également présent dans l'ensemble des dispositions figurant aux chapitres III et IV de la Loi.

Plus particulièrement, l'article 31(1) mentionne la compétence exclusive de la Régie de fixer les conditions auxquelles l'électricité est transportée et la Régie considère que le code de conduite s'inscrit dans cette perspective. L'article 31(2.1) confère à la Régie un rôle de surveillance des opérations du Transporteur afin d'assurer le maintien de tarifs justes et raisonnables. En outre, les articles 49(2), 49(4), 49(6) et 49(7) sont autant de dispositions dont l'économie générale impose à la Régie de vérifier non seulement le caractère raisonnable des tarifs mais également celui des autres conditions applicables à la prestation du service.

La Régie est d'avis que l'exercice de ces compétences implique qu'elle puisse faire appel à un certain nombre d'outils de contrôle réglementaire, tant préventifs que curatifs, dont celui d'approuver un code de conduite.

Enfin, l'ensemble des dispositions énoncées ci-dessus recèle une dimension préventive dont l'efficacité de la régulation dépend largement et dont, avec justesse, la décision D-2002-95 fait état pour motiver son exigence d'un tel code.

En conclusion sur ce premier moyen, la Régie est d'avis que l'ordonnance faite au Transporteur de déposer un code de conduite pour approbation finale relève d'un pouvoir implicite de la Loi et que les exigences de la décision D-2002-95 sont conformes à la finalité et à l'économie générale de la Loi. »

(Nos soulignés)

Au surplus, EBMI soumet que dans la mesure où la demande d'approbation dans le dossier R-3649-2007 en est une traitant de modifications à un contrat ayant déjà été approuvé par une formation de trois (3) régisseurs (D-2003-159), toute demande de modification liée à ce contrat devrait nécessairement, sous peine de nullité, être étudiée et décidée par une formation de trois (3) régisseurs.

La diminution à un seul régisseur équivaut essentiellement à une perte de quorum.

La décision *ultra vires* est clairement visée par l'article 37(3) et la révocation est le remède approprié. (Voir ci-après la jurisprudence citée sous l'article 37(3) et la notion de vice de fond de nature à invalider la décision).

4.2 La violation d'une règle de droit

EBMI soumet ici à la fois le fait que la Régie ait décidé de la confidentialité de certains documents produits par le Distributeur sans lui donner l'opportunité d'émettre des commentaires contrairement à l'article 34 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** ») ainsi que la décision unilatérale d'imposer un huis clos mais aussi tout le contexte procédural du dossier qui ne lui a pas permis d'être valablement et équitablement entendu.

Le non-respect des principes d'équité procédurale et plus spécifiquement le droit d'être entendu (la règle *audi alteram partem*) constitue un cas d'application de l'article 37(2), ainsi que de l'article 37(3) relatif au vice de procédure et de fond de nature à invalider la décision.

- J.P. Villaggi, *L'administration publique québécoise et le processus décisionnel*, Éditions Yvon Blais 2005, à la page 114 :

Onglet #7

« L'équité procédurale, que certains qualifient de « nouvelle justice naturelle », est un construit de règles élaborées par la jurisprudence de common law qui s'imposent, selon le contexte, avec plus ou moins d'intensité à l'Administration gouvernementale. À l'origine, les règles issues de la jurisprudence de common law que l'Administration devait respecter étaient regroupées sous le concept de règles de « justice naturelle ». La « justice naturelle » ne s'appliquait qu'aux situations où le pouvoir exercé était un pouvoir quasi judiciaire (chapitre I). On imposait alors aux organismes qui exerçaient un pouvoir de cette nature « d'agir judiciairement ». La jurisprudence a peu à peu créé un nouveau concept : « l'équité procédurale ». Ce nouveau concept régissait les situations où un organisme administratif rendait une décision administrative qui, bien qu'elle ne puisse être qualifiée de quasi judiciaire, avait des répercussions suffisamment importantes pour le justiciable pour que les tribunaux jugent opportun d'assujettir cet organisme à certaines règles minimales de comportement. On lui imposait alors « d'agir équitablement ». Au début des années « 90 », la Cour suprême disait : « Il n'est plus nécessaire, sauf peut-être lorsque la loi l'exige, de faire la distinction entre les décisions judiciaires, quasi judiciaires et administratives. [...] En effet, antérieurement [...], « l'obligation d'agir de manière judiciaire » était considérée comme incombant uniquement aux tribunaux qui rendaient des décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire, et non à ceux qui rendaient des décisions de nature administrative. À la suite de l'arrêt *Nicholson [Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311]*, cette distinction est devenue moins importante et a été jugée peu utile étant donné que l'obligation d'agir équitablement et celle d'agir de manière judiciaire tirent toutes les deux leur origine des mêmes principes généraux de justice naturelle [...] » (*Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653, 669*). On en est donc venu à utiliser tant l'expression « équité procédurale » que celle de « justice naturelle » pour décrire un même faisceau d'obligations.

Les règles de conduite circonscrites sous la notion d'équité procédurale s'articulent autour de deux grands concepts : la règle « *audi alteram partem* » qui se traduit par un ensemble de principes permettant de conclure que l'administré a pu être entendu par l'Administration (section II) et la règle « *nemo iudex in sua causa* » qui constitue le droit d'être « jugé », par un décideur impartial et indépendant (section III). »

(Nos soulignés)

- Décision D-2003-40, dossier R-3506-2002 du 27 février 2003, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, à la page : 13 :

Onglet #8

« Sur ce point, la Régie constate que la FCEI annonçait, dans sa demande d'intervention, qu'elle entendait demander à la Régie que lui soient remboursés les frais qu'elle devra encourir pour sa participation à l'audience. Avant de rendre une décision négative à ce sujet, la Régie est d'avis que la première formation devait d'abord donner l'opportunité à la FCEI de faire valoir ses observations sur cette question. La Régie est d'opinion que cette omission de la part de la première formation constitue une violation de la règle « *audi alteram partem* », ce qui constitue un motif de révision en vertu de l'article 37 (2) ou même 37 (3) de la Loi. »

(Nos soulignés)

- Décision D-2005-39, dossier R-3544-2004 du 2 mars 2005, Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique, à la page : 15 :

Onglet #9

« La Régie n'a pas respecté la prescription de l'article 28 de son Règlement qui se lit ainsi :

« 28. Le participant qui réclame des frais peut, dans les dix jours qui suivent la date de réception de ces objections ou commentaires, faire parvenir une réponse écrite à la Régie avec copie au distributeur. »

Le délai de dix jours pour répondre aux objections ou commentaires d'Hydro-Québec se terminait le 26 juillet 2004, or la décision D-2004-150 est datée du 22 juillet 2004.

Le droit de répliquer est une composante, selon la jurisprudence, de la règle *audi alteram partem*. Cette règle n'est toutefois pas absolue. Elle est relative en ce sens qu'une partie peut y renoncer explicitement ou implicitement par son comportement. Le législateur peut aussi encadrer ou exclure les règles de common law.

L'article 31 du Règlement confère à la Régie le pouvoir de déroger à la procédure du chapitre VII du même Règlement relatif au paiement des frais « *afin d'accélérer ou de faciliter le paiement des frais* ». Cet objectif est cohérent avec l'article 18 de la Loi qui exige que les décisions de la Régie soient rendues avec diligence.

Toutefois, même si l'article 31 n'exige pas spécifiquement que la Régie prévienne par avis préalable de son intention de déroger à la procédure du Chapitre VII du Règlement, la procédure adoptée par la Régie en dérogation du Règlement doit demeurer équitable en traitant tous les participants sur le même pied et en ne faisant pas en sorte que seuls certains participants puissent répliquer.

Le recours par la Régie au pouvoir de déroger aux articles 25 à 30 du Règlement doit être exercé de façon claire pour tous les participants. En rendant la décision le 22 juillet 2004, la Régie a surpris les participants qui bénéficiaient encore du délai légal pour soumettre leur réplique.

Le fait de ne pas appliquer le Règlement sur le droit de réplique est illégal et le fait d'agir de telle sorte que certains intervenants aient l'opportunité de produire leur réplique alors que d'autres n'ont pas réussi à la produire bien qu'ils étaient toujours dans les délais pour la soumettre, a entraîné dans le présent dossier un traitement inéquitable, lequel constitue un vice sérieux et fondamental de procédure de nature à invalider la décision en ce qui concerne l'AQLPA/S.É./G.S. La présente requête en révision et/ou révocation est donc recevable. »

(Nos soulignés)

- Décision D-2007-125, dossier R-3633-2007 du 6 novembre 2007, Hydro-Québec, à la page : 9 :

Onglet #10

« La Décision serait révisable s'il y a eu manquement à l'équité procédurale. Un manquement à l'équité procédurale ou à une règle de justice naturelle est un vice de fond de nature à invalider une décision au sens de la jurisprudence : »

Dans le cadre de cette décision, la Régie citait le passage suivant de la décision *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 au sujet des attentes légitimes faisant partie de la doctrine d'équité ou de la justice naturelle au paragraphe 28 :

« Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision. (Nous soulignons) »

La Régie citait aussi l'affaire *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)* [2004] 2 R.C.S. 650 où l'on a considéré les facteurs suivants dans l'analyse de l'obligation de l'équité procédurale au paragraphe 5 :

« Le contenu de l'obligation d'équité qui incombe à un organisme public varie en fonction de cinq facteurs : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi par l'organisme public pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les dispositions législatives précises en vertu desquelles agit l'organisme public; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la partie qui conteste la décision; et (5) la nature du respect dû à l'organisme : (Nous soulignons) »

La norme du droit d'être entendu signifie que l'autorité doit écouter chacune des parties équitablement. Elle comprend le droit de s'exprimer dans un délai raisonnable et la présentation de témoins surtout si cette opportunité a été donnée à une des parties pour valoir preuve.

- Y. Ouellette, *Les tribunaux administratifs au Canada*, supra, à la page 130 :

**Voir
Onglet #3**

« Section 3.

Les droits procéduraux des intervenants

L'importance de la contribution des intervenants d'intérêt public au processus décisionnel dépend largement de l'étendue de leurs droits procéduraux. Faut-il les considérer comme des parties à part entière, bénéficiant de droits procéduraux en toute égalité avec ceux des requérants? Convient-il de limiter leur participation à une déclaration d'ouverture, au dépôt d'un mémoire, en leur refusant le droit de participer à la conférence préparatoire, de faire entendre des témoins, de contre-interroger, d'avoir accès aux données économiques déposées par la partie requérante? Les textes, quand ils existent, sont souvent vagues ou insuffisants et la jurisprudence encore en voie de développement, permet tout au plus de dégager quelques réflexions et principes généraux.

Sous-section 1.

L'interprétation libérale des textes attribuant des droits aux intervenants

Il arrive que les textes reconnaissant expressément aux intervenants des droits procéduraux : celui de faire des représentations, celui de contre-interroger. La tentation peut être forte d'interpréter ces dispositions de façon littérale ou limitative, sans égard à l'économie générale et l'objet de la loi et à la liberté du tribunal administratif de maîtriser sa procédure. Prenant résolument position en faveur d'une large participation des intervenants, l'arrêt *American Airlines c. Canada (Tribunal de la concurrence)* fixe maintenant la jurisprudence : il faut interpréter les textes comme laissant au tribunal administratif une compétence implicite pour permettre une large participation aux intervenants. Il peut certes en résulter un alourdissement de la procédure mais c'est le prix à payer pour une participation significative et utile des intervenants. »

(Nos soulignés)

Or, dans le présent dossier, il y a lieu de considérer ce qui suit :

- La Régie a traité ce dossier comme un dossier urgent alors que « l'urgence » avait été entièrement déterminée par les agissements du Distributeur;
- La Régie a décidé de procéder dans ce dossier et ce, même si la question des surplus et l'analyse de la stratégie du Distributeur devait faire l'objet de la cause tarifaire (R-3649-2007);
- EBMI a été privée de certaines informations déterminantes qui ont fait l'objet de l'étude dans le cadre du dossier tarifaire (R-3649-2007);

