

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

DOSSIER R-3658-2008

EN RÉVISION DU DOSSIER R-3649-2007

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

IN RE : DEMANDE DE RÉVISION ET
RÉVOCATION DES DÉCISIONS D-2007-127
ET D-2007-134 RELATIVES À
L'APPROBATION DU PROTOCOLE
D'ENTENTE ET DE L'ENTENTE FINALE DE
SUSPENSION HQD-TCE

ENERGY BROOKFIELD MARKETING INC.
(EBMI)

Intéressée en première instance
Requérante au dossier de révocation

-et-

HYDRO-QUÉBEC en sa qualité de Distributeur

Demanderesse en première instance
Intimée au dossier de révocation

-et-

STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES

-et-

L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE
CONTRE LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE
(SÉ-AQLPA)

Intéressées en première instance
Intervenantes au dossier de révocation

ARGUMENTATION

M^E DOMINIQUE NEUMAN, LL.B.

Procureur de :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)

Le 3 mars 2008

Régie de l'énergie - Dossier R-3658-2008

In re: Demande de révocation par EBMI des décisions d'approbation du Protocole et de l'Entente HQD-TCE

Argumentation

M^e Dominique Neuman

**Stratégies Énergétiques - Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique
(SÉ-AQLPA)**

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION	1
2.	FAITS IMPORTANTS	1
3.	POSITION DE SÉ-AQLPA SUR LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE RÉVOCATION/RÉVISION SOULEVÉS PAR EBMI.....	6
3.1	L'irrecevabilité des conclusions demandant la remise en état des parties et la tenue d'une nouvelle étude de la demande de première instance	6
3.2	L'irrecevabilité manifeste du motif de révocation/révision alléguant l'incompétence du régisseur siégeant seul	7
3.3	La tardiveté de la demande d'EBMI quant aux autres motifs	9
3.4	L'irrecevabilité des motifs spécifiques de révocation/révision d'EBMI	14
3.4.1	Le défaut d'EBMI d'avoir pu présenter ses observations sur la demande de confidentialité.....	16
3.4.2	Le défaut d'EBMI d'avoir pu présenter sa preuve en audience orale.....	18
3.4.3	Les droits de substitution consentis à TCE, la revente de la puissance, l'évaluation des risques, l'incidence de la plainte de DC Energy, l'ajustement à la baisse sur le prix de revente et l'analyse comparative des scénarios	21
3.4.4	La découverte d'un fait nouveau quant à l'accessibilité au marché de la Nouvelle Angleterre ..	22
4.	CONCLUSION.....	23

1. INTRODUCTION

1 - La Régie est saisie, au présent dossier, d'une demande logée par *Energy Brookfield Marketing inc. (EBMI)* suivant l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (L.R.Q., c. R-6.01, ci-après la *LRE*) en révocation et révision des décisions D-2007-127 et D-2007-134 rendues par la Régie de l'énergie dans le cadre d'une demande d'approbation du *Protocole d'entente (Memorandum of Understanding ou "MOU")* et de l'*Entente finale* entre Hydro-Québec, en sa qualité de distributeur (ci-après *Hydro-Québec Distribution* ou *HQD*) et *TransCanada Energy (TCE)* relatifs à la suspension de l'approvisionnement électrique et des opérations de production d'électricité par cette dernière en 2008 avec option de prolongation en 2009.

2 - Les présentes constituent l'argumentation de l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* et de *Stratégies Énergétiques (S.É.)* au présent dossier.

2. FAITS IMPORTANTS

3 - Nous comprenons que la présente formation de révocation/révision a déjà connaissance d'office de l'intégralité du dossier de première instance. Si tel n'était pas le cas, l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* et *Stratégies Énergétiques (S.É.)* donnent par la présente avis qu'elles **déposent** au présent dossier l'intégralité du dossier de première instance R-3649-2007, ce dépôt étant effectué en référant à

la page <http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3649-07/index3649.htm> du site *Internet* de la Régie où ce dossier se trouve. ¹

4 - Aux fins de la présente argumentation, nous soulignons les faits importants suivants :

- La *Demande d'approbation* au dossier R-3649-2007 a été logée par Hydro-Québec Distribution le 2 novembre 2007 (pièce B-1 du dossier R-3649-2007).
- Cette *Demande d'approbation* comportait seulement trois conclusions recherchées :
 - Une **demande de confidentialité de parties de documents** (qui sera complétée de demandes de confidentialité de parties de documents complémentaires le 9 novembre 2007 et le 30 novembre 2007).

¹ La technique du dépôt de dossiers complets ou de documents volumineux au moyen d'une simple référence à l'adresse *Internet* ou au dossier où ils se trouvent a déjà été utilisée par Hydro-Québec, notamment au dossier R-3648-2007, Pièce HQT-2, Document 1, page 17, ligne 14 et au dossier R-3640-2007, Pièce HQT-3, Document 1, page 6, ligne 7. De même, au dossier, R-3593-2005, par sa décision D-2006-65, page 2 *in fine*, la Régie avait versé à son dossier une liasse de documents au moyen d'un simple avis dans sa décision, sans transmettre copie de ces documents aux parties, ce qui n'était pas nécessaire vu leur disponibilité sur le site *Internet* de la Régie. Enfin, au dossier R-3334-95, la Régie, par sa décision D-96-05, avait permis aux parties de référer librement à d'autres dossiers du Tribunal. ¹ De tels procédés évitent de reproduire inutilement des centaines de pages de photocopies, comme ce fut le cas au dossier R-3490-2002 (n.s, vol. 2, 22 novembre 2002, page 30), où un intervenant se crut obligé de déposer, en de multiples exemplaires papier, l'intégralité des volumes des transcriptions d'un dossier antérieur.

- Une **demande d'approbation du Protocole d'entente HQD-TCE** (au dossier R-3649-2007, la Pièce B-1, HQD-1, Document 1, dont une version révisée caviardée sera déposée sous B-2).
- Une **demande d'approbation de l'Entente finale HQD-TCE** (qui n'existait pas encore et qui n'était donc pas encore déposée, mais qui sera signée le 30 novembre 2007 et déposée le même jour au dossier R-3649-2007, sous la cote B-12, HQD-1, Document 3).

Cette *Demande d'approbation* d'Hydro-Québec ne comportait **aucune conclusion aux fins de demander à la Régie d'approuver une Lettre de HQD à TCÉ**, qui sera écrite le 30 novembre 2007 **APRÈS** l'*Entente finale HQD-TCE* précitée et "*interprétant*" cette dernière. Cette lettre a été déposée au dossier R-3649-2007 le 5 décembre 2007 dans les deux dernières pages d'une pièce B-14, HQD-1, Document 3 révisé, cette Pièce B-14 comportant en liasse deux documents, à savoir a) le même entente finale que celle déjà déposée le 30 novembre 2007 et b) cette *Lettre de HQD à TCÉ*.

- Le dossier R-3649-2007 a été entendu et décidé par un régisseur siégeant seul.
- La décision D-2007-127, accueillant la demande de confidentialité d'Hydro-Québec Distribution, a été rendue sans que la Régie ait préalablement requis les observations des intéressés. Il en est de même du traitement confidentiel ultérieur de documents complémentaires et de la décision de la Régie de tenir à huis clos la partie de la séance de travail relative à ces mêmes documents.

- Les intéressés ont pu soumettre à la Régie leurs représentations au sujet du **Protocole d'entente HQD-TCE** de la manière suivante : a) en participant à la séance de travail du 13 novembre 2007, au cours de laquelle ils ont pu entendre et contre-interroger les témoins d'Hydro-Québec et b) en déposant le 20 novembre 2007 leurs observations écrites (lesquelles pouvaient inclure tout rapport ou autre preuve écrite).
- Les intéressés n'ont jamais pu soumettre à la Régie leurs représentations au sujet de l'**Entente finale HQD-TCE** ni de la **Lettre de HQD à TCÉ**. En effet, cette *Entente finale* et cette *Lettre* n'existaient pas encore en date de la séance de travail et des observations écrites des intéressés. Dans leurs observations écrites, SÉ-AQLPA avaient invité la Régie à permettre aux intéressés de lui soumettre leurs observations sur l'*Entente finale*, lorsque celle-ci serait disponible (Voir Dossier R-3649-2007, Mémoire de SÉ-AQLPA, Pièce C-10-2 rectifiée C-10-3, Sections 4 et 5). La Régie n'a pas donné suite à cette demande.
- Le **Protocole d'entente HQD-TCE** (article 10) et l'**Entente finale HQD-TCE** (article 6) prévoient tous deux que ceux-ci deviennent nuls et sans effet s'ils ne sont pas approuvés par la Régie le ou avant le 7 décembre 2007 ou si les conditions de cette approbation ne sont pas satisfaisantes pour les parties.
- Le **Protocole d'entente HQD-TCE** prévoit, en son article 7 que les termes et conditions détaillés de la suspension seront ceux contenues dans l'*Entente finale* à venir, *Entente finale* que les parties s'engagent à négocier de bonne foi. L'**Entente finale HQD-TCE** prévoit, en ses articles 45 et 46, que celle-ci constitue désormais l'unique entente entre

les parties et remplace le *Protocole d'entente* (sauf 5 articles sur la confidentialité).

- Le ***Protocole d'entente HQD-TCE*** prévoit, en ses articles 24 à 26, qu'HQD indemniserait TCE pour tout changement tarifaire de Gaz Métro "*directement attribuable*" à la suspension ; HQD s'engage à demander à la Régie de déterminer quel est le changement tarifaire de Gaz Métro ainsi attribuable, à défaut de quoi le *Protocole* prévoit une méthode de détermination basée sur l'inflation. L'***Entente finale HQD-TCE*** modifie le *Protocole* à ce sujet; elle prévoit, en son article 25, qu'HQD indemniserait TCE pour tout changement tarifaire de Gaz Métro "*raisonnablement attribuable*" à la suspension, et ne prévoit plus de demander à la Régie de déterminer quel est ce changement tarifaire de Gaz Métro "*raisonnablement attribuable*". De plus, subséquent à cette *Entente finale*, dans une ***Lettre de HQD à TCÉ***, HQD accepte d'avance que tout changement tarifaire de Gaz Métro qui sera décidé au dossier portant le numéro R-3653-2007 de la Régie de l'énergie constitue un changement tarifaire donnant droit à une indemnité à TCE par HQD (sans requérir, dorénavant, que ce changement soit "*raisonnablement attribuable*" à la suspension).
- La Régie de l'énergie a rendu sa décision finale D-2007-134 au dossier R-3649-2007 le 7 décembre 2007 vers 16h30.
- Dans cette décision, en page 3, la Régie fait notamment état de l'***Entente finale HQD-TCE***, qu'elle décrit comme ayant été *déposée le 30 novembre 2007*. Elle fait également état de la ***Lettre de HQD à TCÉ*** (qui, comme on l'a vu, n'a été déposée auprès de la Régie que le 5 décembre 2007). Dans son dispositif, en page 18, la Régie approuve le

Protocole d'entente HQD-TCE et l'**Entente finale HQD-TCE**, sans faire mention de la **Lettre de HQD à TCÉ**.

- L'**Entente finale HQD-TCE** est entrée en vigueur et (comprenons nous) est effectivement exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008 par HQD et TCE, pour une durée d'un an. Toute prolongation pour un an en 2009 devra faire l'objet d'une nouvelle demande par HQD et d'une nouvelle approbation par la Régie.
- La demande de révocation/révision de décision au présent dossier a été déposée le 7 janvier 2008.

3. POSITION DE SÉ-AQLPA SUR LA RECEVABILITÉ DES MOYENS DE RÉVOCATION/RÉVISION SOULEVÉS PAR EBMI

3.1 L'irrecevabilité des conclusions demandant la remise en état des parties et la tenue d'une nouvelle étude de la demande de première instance

5 - La demande de révocation/révision du 7 janvier 2008 d'EBMI comporte notamment les conclusions suivantes :

ORDONNER une remise en état du dossier R-3649-2007 avant que ne soit rendues les décisions D-2007 -127 et D-2007 -134;

ORDONNER une nouvelle étude de la demande versée au dossier R-3649-2007 par une nouvelle formation;

6 - Ces conclusions sont manifestement irrecevables à l'égard de la révocation de la décision finale D-2007-134. En effet, si cette décision est révoquée, cela entraînera automatiquement le rejet de la demande d'approbation du *Protocole d'entente HQD-TCE* et de l'*Entente finale HQD-TCE*, puisque le délai-limite pour cette approbation était le 7 décembre 2007. Si la Régie accorde la demande de révocation, cela met donc fin de plein droit au dossier et il n'y aura plus lieu de convoquer de nouvelle audience, puisque celle-ci sera sans devenue objet.

Ces conclusions ne sont toutefois pas irrecevables pour ce motif à l'égard de la révocation de la décision interlocutoire de confidentialité D-2007-127.

3.2 L'irrecevabilité manifeste du motif de révocation/révision alléguant l'incompétence du régisseur siégeant seul

7 - EBMI plaide que les décisions D-2007-127 et D-2007-134 seraient invalides du fait qu'elles auraient été rendues par un régisseur siégeant seul au lieu d'une formation de 3 régisseurs selon l'article 16 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*.

8 - Bien qu'EBMI ne semble jamais avoir plaidé ce moyen en première instance, nous sommes d'opinion que celle-ci n'est pas forclosée de le faire, car l'incompétence *ratione materiae* d'un Tribunal peut être plaidée en tout temps. La juridiction d'un Tribunal est d'ordre public ; elle ne peut être acquise par le simple silence ou le consentement des parties.

9 - En l'espèce toutefois, EBMI fait manifestement erreur en plaidant l'incompétence d'un régisseur siégeant seul à entendre une demande d'approbation de contrat telle que celle soumise au dossier R-3647-2007.

Le pouvoir d'approbation de contrat selon l'article 74.2 al.2 LRÉ est en effet un pouvoir distinct des pouvoirs de surveillance prévus ailleurs dans la même *Loi*. La Cour supérieure l'a clairement affirmé dans *Tembec c. Régie de l'énergie* :

« *Pouvoir de surveillance et adjudication des contrats sont distincts.* »²

Il est donc erroné pour EBMI de plaider que le pouvoir d'approbation de contrat serait *inclus* dans le pouvoir de surveillance de l'article 31 al. 1 (2^o) et (2.1^o) de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, lequel doit être exercé par une formation de trois régisseurs. Le pouvoir d'approbation de contrat ne fait pas partie de la liste de pouvoirs de l'article 31 al. 1 (1^o) à (4^o) ; il s'agit plutôt d'un pouvoir supplémentaire s'inscrivant dans le cadre de l'article 31 al. 1 (5^o), pouvant être exercé par un régisseur siégeant seul selon l'article 16 de la *Loi*.

Certes, ce pouvoir d'approbation de contrat selon l'article 74.2 al.2 LRÉ doit être interprété de façon large, en tenant compte du faisceau d'autres pouvoirs dont la Régie est investie dans l'ensemble de sa *Loi*, dont le pouvoir de surveillance. Toutefois cette règle d'interprétation large n'a pas pour effet de transformer le pouvoir d'approbation de contrat lui-même en un pouvoir de surveillance. C'est en ce sens qu'il nous faut comprendre l'extrait suivant de la décision D-2006-27 que cite EBMI :

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

² *Tembec c. Régie de l'énergie*, [2007]QCCS 2068, CSM 500-17-033289-060, jugement rectifié le 4 mai 2007, J. François Tôth, parag. 29.

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^{3, 4}

10 - Ce moyen de révocation/révision d'EBMI doit donc être rejeté.

3.3 La tardiveté de la demande d'EBMI quant aux autres motifs

11 - Nous soumettons de plus que la demande de révocation/révision d'EBMI est tardive (quant aux motifs autres que l'incompétence du régisseur agissant seul) car, non seulement il n'est plus possible d'accueillir la demande d'approbation du *Protocole d'entente HQD-TCE* et de l'*Entente finale HQD-TCE* depuis le 8 décembre 2007, mais il est maintenant également devenu également impossible *de facto* de la rejeter, puisque celle-ci est déjà en vigueur et est exécutée par les parties depuis le 1^{er} janvier 2008.

Depuis le 1^{er} janvier 2008, la présente formation de révocation/révision ne peut donc plus accorder de remède à EBMI.

12 - Il était du devoir d'EBMI de loger sa demande de révocation/révision suffisamment rapidement après la décision D-2007-134 pour que celle-ci puisse être entendue et décidée par la Régie, tant sur la recevabilité qu'au mérite avant le 1^{er} janvier 2008, et donc de manière à ce

³ Cité dans le texte : Article 31 de la *Loi* [NDLR: La *Loi sur la Régie de l'énergie*].

⁴ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3573-2005, Décision D-2006-27, le 9 février 2006, R. Boulianne, page 7. Voir aussi page 7.

que le seul remède restant depuis le 8 décembre 2007 (le rejet de la demande d'autorisation du *Protocole* et de l'*Entente finale*) reste encore possible au Tribunal.

Or cela est maintenant impossible, de sorte que, si la révocation/révision de la décision D-2007-134 est prononcée, la Régie ne peut désormais ni accueillir ni refuser la demande d'autorisation du *Protocole* et de l'*Entente finale*.

13 - C'est une erreur que de croire que le délai raisonnable pour loger une demande de révision ou de révocation selon l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* est de 30 jours dans tous les cas.

La notion de délai raisonnable s'inspire de la jurisprudence applicable en matière de révision judiciaire et d'action directe en nullité devant les tribunaux supérieurs. Or, en de tels cas, il a toujours été jugé que l'appréciation de la raisonnable du délai pouvait varier selon les circonstances. Dans certains cas, le délai raisonnable sera supérieur à 30 jours, dans d'autres cas, il sera inférieur à 30 jours.

Selon la Cour suprême du Canada dans son arrêt *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (village)* :

*[...] le juge doit tenir compte de la nature de l'acte attaqué, de la nature de l'illégalité commise et ses conséquences, et d'autre part, des causes du délai entre l'acte attaqué et l'institution de l'action*⁵

Dans *Syndicat des employés de commerce de Rivière-du-Loup (section Emilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte*, la Cour d'appel a statué dans le même sens que :

⁵ *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

Pour juger si le délai est raisonnable, il faut tenir compte de toutes les circonstances qui ont entouré tant la procédure attaquée que les faits qui se sont déroulés subséquemment. ⁶

La Cour d'appel ajoute :

Ce n'est pas tellement le nombre de jours ou de semaines qui importe comme l'injustice que le délai peut causer à l'une et l'autre des parties. ⁷

Selon le professeur Yves Ouellette :

[...] un organisme qui prendrait sur lui d'adopter une politique rigide d'imposer systématiquement un délai fixe (par exemple 60 jours), sans égard à toutes les circonstances, se tromperait aussi lourdement, car il limiterait ainsi arbitrairement sa propre compétence de réexamen et, [ce] faisant, modifierait aussi la loi. ⁸

Il s'agit d'une question d'interprétation, où il faut tenir compte du contexte et de la finalité de la loi, de la nature des enjeux, de la cause du retard ou du fait que la loi ait pu envisager un processus décisionnel rapide. ⁹

⁶ *Syndicat des employés de commerce de Rivière-du-Loup (section Emilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte*, [1984] C.A. 316, 318.

⁷ *Id.*, 319.

⁸ **Yves OUELLETTE**, *Les tribunaux administratifs au Canada. Procédure et preuve*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997, pp. 515-516.

⁹ **Yves OUELLETTE**, *Les tribunaux administratifs au Canada. Procédure et preuve*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997, p. 516.

De même, selon le professeur P. Lemieux :

Pour juger si le délai est déraisonnable, il faut tenir compte de toutes les circonstances qui ont entouré tant la procédure attaquée que les faits qui se sont déroulés subséquemment.

Il faut tenir compte, (...) de la matière dont il s'agit (civile ou pénale), (...) du fondement de droit que le requérant prétend exercer, (...) de la nature de l'organisme dont on attaque la juridiction, (...) de la nature de l'ordonnance qui a été prononcée, (...) de ses conséquences, (...) de la nature de l'erreur qui aurait été commise par le tribunal inférieur (...) et des causes du délai entre la décision attaquée et la présentation de la requête (...).¹⁰

Ces réflexions doctrinales du professeur Yves Ouellette et du professeur P. Lemieux ont été citées avec approbation par la Régie de l'énergie dans sa décision de révision D-2000-51.¹¹

14 - En l'espèce, nous soumettons respectueusement que *la nature de l'acte attaqué, la nature de l'illégalité commise et ses conséquences* rendent déraisonnable le fait d'avoir attendu jusqu'au 7 janvier 2008 pour loger la demande de révocation/révision, alors que la décision attaquée, rendue le 7 décembre 2007, avait pour objet d'autoriser un *Protocole* et une *Entente finale* qui commençaient à produire des effets dès le 1^{er} janvier 2008.

¹⁰ **P. LEMIEUX**, *Droit administratif, Doctrine et jurisprudence*, 3^e édition, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1998, pp. 345 et 346.

¹¹ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3434-99 (demande de révision par le RNCREQ au dossier R-3397-98), Décision D-2000-51, 30 mars 2000 (RR. Lambert, Dupont, Vallière), pp. 7-9.

C'est bien avant qu'EBMI aurait dû loger son recours, de manière à laisser raisonnablement le temps au Tribunal d'en disposer au complet, d'urgence, avant le 1^{er} janvier 2008.

15 - Une autre manière de poser le problème est de constater que les avantages plaidés par EBMI en faveur de l'Option de revente d'électricité, même s'ils auraient pu exister si la Régie avait procédé sur la demande de révocation avant le 1^{er} janvier 2008, sont devenus caducs puisque Hydro-Québec Distribution a déjà commencé à encourir les coûts de l'Option de Suspension depuis cette date. Les mois de janvier et de février sont d'ailleurs ceux où la demande d'électricité d'Hydro-Québec Distribution est la plus forte, et donc ceux pendant lesquels le Distributeur a vraisemblablement déjà dû s'approvisionner sur des marchés extérieurs durant certaines heures de pointe, pour suppléer à l'indisponibilité de son fournisseur TCE.

Il n'est ainsi plus possible de revenir en arrière sur les coûts déjà encourus par Hydro-Québec Distribution, de sorte que la plaidoirie d'EBMI sur les avantages économiques éventuels de l'Option de revente se trouve désormais inapplicable.

16 - Nous invitons donc respectueusement la Régie à rejeter la demande de révocation d'EBMI pour cause de tardiveté.

3.4 L'irrecevabilité des motifs spécifiques de révocation/révision d'EBMI

17 - Subsidiairement, si la Régie ne rejetait pas la demande de révocation/révision pour cause de tardiveté, celle-ci devrait, en tout état de cause, la rejeter en raison de l'irrecevabilité des motifs spécifiques de révocation qui sont soulevés par EBMI.

18 - Ces motifs de révocation semblent fondés tant sur le paragraphe 1^o (faut nouveau) que le paragraphe 2^o (défaut de pouvoir présenter ses observations) et que sur le paragraphe 3^o (vice de fond ou de procédure de nature à invalider la décision) de l'alinéa 1 de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*.

19 - Quant au défaut allégué par EBMI de pouvoir présenter ses observations sur la confidentialité et de pouvoir présenter sa preuve en audience orale (qu'EBMI semble peut-être plaider selon l'article 37 al. 1 (2^o) LRÉ), nous soumettons respectueusement que, pour avoir droit à la révocation ou à la révision de la décision sur ce motif, une partie doit démontrer non seulement qu'elle n'a pu, pour des raisons suffisantes, présenter sa preuve en audience orale, mais également que, si ces représentations avaient été présentées, la décision aurait été différente. C'est ainsi que la Régie de l'énergie a appliqué ce motif de révision dans ses décisions D-98-55¹² et D-99-145¹³.

¹² **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3404-98 (Demande de révision par Pétrolière Impériale et al. au dossier R-3499-98), Décision D-98-55, 21 juillet 1998 (RR. Lambert, Dupont, Frayne), pp. 10-11. Confirmé sur ce point en évocation.

¹³ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3421-99 (Demande de révision par le SPSI au dossier R-3395-97), Décision D-99-145, 5 août 1999, (RR. Lambert, Dupont, Vallière), pp.9-12.

En l'espèce, comme sa demande de révocation/révision a été logée après le 1^{er} janvier 2008, EBMI aura à démontrer, **dès le stade de la recevabilité** de son recours selon ce motif, que non seulement la décision aurait été différente si ses représentations avaient été présentées comme celle-ci le souhaitait, mais que la décision qui aurait alors dû être rendue aurait nécessairement consisté à rejeter la demande d'autorisation du *Protocole* et de l'*Entente finale*, et qu'un tel résultat final est celui qui doit être rendu à l'issue du présent recours malgré le fait que l'*Entente finale* soit déjà exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008.

20 - Quant à l'existence alléguée par EBMI de vices de fond ou de procédure de nature à invalider la décision (selon l'article 37 al. 1 (3^o) LRÉ), la jurisprudence des arrêts *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux*¹⁴, *Tribunal administratif du Québec c. Godin*¹⁵ et *C.S.S.T. c. Fontaine*,¹⁶ reconnaît qu'il doit s'agir d'un vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision.

En l'espèce, comme sa demande de révocation/révision a été logée après le 1^{er} janvier 2008, EBMI aura à démontrer, là encore, **dès le stade de la recevabilité** de son recours selon ce motif, que non seulement le vice est tel que la décision initiale doive être *invalidée*, mais que la décision qui aurait dû être rendue aurait nécessairement consisté à rejeter la demande d'autorisation du *Protocole* et l'*Entente finale*, et qu'un tel résultat final est celui qui doit être rendu à l'issue du présent recours malgré le fait que l'*Entente finale* soit déjà exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008.

¹⁴ *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), 613.

¹⁵ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.). par. 138 (correspondant au paragraphe 141 de l'arrêt tel que publié par la Cour d'appel, REJB 2003-46178).

¹⁶ *C.S.S.T. c. Fontaine*, [2005] R.J.Q. 2203 (C.A.), 2220 (par. 49).

21 - Quant au fait nouveau qu'EBMI souhaite présenter (selon l'article 37 al. 1 (1^o) LRÉ), celle-ci aura notamment à démontrer **dès le stade de la recevabilité** de son recours selon ce motif que, s'il avait été connu, la décision initiale aurait nécessairement consisté à rejeter la demande d'autorisation du *Protocole* et l'*Entente finale*, et qu'un tel résultat final est celui qui doit être rendu à l'issue du présent recours malgré le fait que l'*Entente finale* soit déjà exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008.

3.4.1 Le défaut d'EBMI d'avoir pu présenter ses observations sur la demande de confidentialité

22 - EBMI a raison de plaider que la formation de première instance a commis un vice de fond en n'invitant pas les intéressés à lui soumettre leurs commentaires avant de rendre sa décision D-2007-127 accueillant la demande de confidentialité d'Hydro-Québec Distribution.

23 - Ce vice de fond était toutefois remédiable en cours d'instance au dossier R-3549-2007.

La décision D-2007-127 ne constituait en effet qu'une décision interlocutoire qui pouvait toujours être modifiée en temps utile avant ou pendant la séance de travail ou avant la date des observations écrites :

- **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3401-98, Décision D-2001-49, 14 février 2001, pages 8-10.
- **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3419-99, Décision D-99-53, 8 avril 1999, pages 5-7.

- **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3620-2006, Décision D-2006-162, 8 décembre 2006, pages 6-7 et page 8.

Les intéressés (dont EBMI) auraient donc pu, en temps utile, plaider devant la formation du dossier R-3549-2007 que la décision D-2007-127 devait être modifiée afin de rendre publics les documents confidentiels ou, comme EBMI semble le souhaiter, permettre un accès confidentiel restreint.

EBMI ne s'est pas prévalu de ces possibilités. Elle est donc irrecevable à plaider, à ce stade, l'invalidité des décisions D-2007-127 et D-2007-134 pour ce motif et, de surcroît, de le faire après le 1^{er} janvier 2008 vu les circonstances évoquées plus haut d'entrée en vigueur de l'*Entente finale*.

La confidentialité de documents ultérieurs à la décision D-2007-127 et la tenue d'une partie de séance de travail à huis clos sur des documents confidentiels sont des conséquences de la décision D-2007-127 qui était déjà rendue.

Enfin, même si EBMI avait raison quant à l'invalidité de la décision D-2007-127, elle n'a pas démontré qu'il en résulterait un vice de fond sérieux et fondamental affectant la validité de la décision finale D-2007-134.

24 - Ce moyen d'EBMI doit donc être rejeté, tant en ce qui a trait la décision D-2007-127 que la décision D-2007-134.

3.4.2 Le défaut d'EBMI d'avoir pu présenter sa preuve en audience orale

25 - Nous soumettons respectueusement que c'est à tort qu'EBMI plaide, au paragraphe 60(g) de sa demande de révocation/révision, que la première formation de la Régie aurait commis un vice donnant ouverture à révocation en n'entendant pas oralement la preuve des intéressés **en ce qui a trait au Protocole d'entente HQD-TCE.**

La Régie de l'énergie est, comme tout tribunal administratif, maître de sa procédure. Elle peut choisir de recevoir la preuve des intéressés, soit oralement soit par écrit. En l'espèce, la Régie a permis aux intéressés de lui présenter leurs observations par écrit le 20 décembre 2007 au sujet du *Protocole d'entente HQD-TCE*, lesquelles pouvaient inclure toute forme de preuve (y compris des rapports ou témoignages écrits). La séance de travail du 13 novembre 2007 avantageait même les intéressés, puisqu'elle leur donnait l'occasion de contre-interroger les témoins d'Hydro-Québec au sujet de ce *Protocole d'entente*, alors qu'Hydro-Québec n'avait pas la possibilité de contre-interroger ultérieurement les témoins des intéressés. En tous les cas, il s'agissait là d'un choix procédural que la formation de première instance pouvait valablement édicter dans la cause R-3649-2007.

La manière choisie par la Régie pour entendre la preuve au sujet du *Protocole d'entente* ne constitue donc pas un vice donnant ouverture à la révocation de décision.

26 - La Régie a toutefois omis de permettre aux intéressés de lui communiquer leurs observations (orales ou écrites) **au sujet de l'Entente finale déposée par Hydro-Québec Distribution le 30 novembre 2007 et au sujet de la Lettre de HQD à TCÉ déposée au dossier le 5 décembre 2007.** Comme on l'a vu plus haut, l'*Entente finale* et la *Lettre de HQD à TCÉ* modifient de façon substantielle la règle servant à déterminer l'indemnité payable par HQD à TCE en cas de modification tarifaire de Gaz Métro :

- Le **Protocole d'entente HQD-TCE** prévoit, en ses articles 24 à 26, qu'HQD indemniserait TCE pour tout changement tarifaire de Gaz Métro "*directement attribuable*" à la suspension ; HQD s'engage à demander à la Régie de déterminer quel est le changement tarifaire de Gaz Métro ainsi attribuable, à défaut de quoi le *Protocole* prévoit une méthode de détermination basée sur l'inflation.
- L'**Entente finale HQD-TCE** modifie le *Protocole* à ce sujet; elle prévoit, en son article 25, qu'HQD indemniserait TCE pour tout changement tarifaire de Gaz Métro "*raisonnablement attribuable*" à la suspension, et ne prévoit plus de demander à la Régie de déterminer quel est ce changement tarifaire de Gaz Métro "*raisonnablement attribuable*".
- Subséquemment à cette *Entente finale*, dans la **Lettre de HQD à TCÉ**, HQD accepte d'avance que tout changement tarifaire de Gaz Métro qui sera décidé au dossier portant le numéro R-3653-2007 de la Régie de l'énergie constitue un changement tarifaire donnant droit à une indemnité à TCE par HQD (sans requérir, dorénavant, que ce changement soit "*raisonnablement attribuable*" à la suspension).

Tel que mentionné précédemment, dans leurs observations écrites, SÉ-AQLPA avaient invité la Régie à permettre aux intéressés de soumettre leurs observations sur l'*Entente finale*, lorsque celle-ci serait disponible (Voir Dossier R-3649-2007, Mémoire de SÉ-AQLPA, Pièce C-10-2 rectifiée C-10-3, Sections 4 et 5). La Régie n'a pas donné suite à cette demande.

Le défaut de permettre aux intéressés de communiquer leurs représentations sur l'*Entente finale* à la formation de première instance au dossier R-3649-2007 constitue un vice de fond et de procédure sérieux et fondamental.

Toutefois, nous soumettons que ce vice n'est pas de nature à invalider la décision D-2007-134, et encore moins de l'invalider de façon telle que la décision qui aurait dû être rendue aurait nécessairement consisté à rejeter la demande d'autorisation de l'*Entente finale*, et qu'un tel résultat final serait celui qui doit être rendu à l'issue du présent recours malgré le fait que l'*Entente finale* soit déjà exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008.

En effet :

- Le changement apporté par l'*Entente finale* quant à l'indemnité payable par HQD à TCE n'aurait pas suffi, croyons nous, à amener la Régie à la rejeter tout en approuvant par ailleurs le *Protocole* dans la décision.
- Le changement apporté à cette indemnité par la *Lettre de HQD à TCE* est quant à lui, beaucoup plus important, puisqu'il oblige HQD à indemniser TCE même si le changement tarifaire de Gaz Métro au dossier R-3653-2007 n'est pas attribuable à la Suspension. Toutefois, Hydro-Québec Distribution n'a jamais demandé à la Régie d'approuver cette lettre et celle-ci ne l'a pas approuvée dans sa décision D-2007-134.

27 - Pour l'ensemble de ces motifs, nous soumettons respectueusement que l'allégation d'EBMI au paragraphe 60(g) de sa demande de révocation/révision quant au défaut de permettre aux intéressés de présenter leur preuve doit être rejeté comme motif de révocation de la décision D-2007-134.

3.4.3 Les droits de substitution consentis à TCE, la revente de la puissance, l'évaluation des risques, l'incidence de la plainte de DC Energy, l'ajustement à la baisse sur le prix de revente et l'analyse comparative des scénarios

28 - Quant aux autres allégations d'EBMI, relatives aux droits de substitution consentis à TCE, la revente de la puissance, l'évaluation des risques, l'incidence de la plainte de DC Energy, l'ajustement à la baisse sur le prix de revente et l'analyse comparative des scénarios, celles-ci ne constituent pas, à leur face même, des *vice sérieux et fondamentaux de nature à invalider la décision*, et encore moins des vices tels que la décision qui aurait dû être rendue aurait nécessairement consisté à rejeter la demande d'autorisation du *Protocole* et de l'*Entente finale*, et qu'un tel résultat final est celui qui doit être rendu à l'issue du présent recours malgré le fait que l'*Entente finale* soit déjà exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008.

29 - Ces moyens sont de l'ordre de l'appel sur des questions de fait. Ils sont irrecevables dans le cadre d'une demande de révocation.

Il faut aussi garder à l'esprit qu'EBMI ne s'est pas prévalu de son droit de soumettre des observations écrites en temps utile au dossier R-3649-2007. Celles-ci ont été rejetées pour cause de tardiveté et EBMI n'a pas demandé la révocation ou la révision de cet aspect des décisions rendues en première instance.

3.4.4 La découverte d'un fait nouveau quant à l'accessibilité au marché de la Nouvelle Angleterre

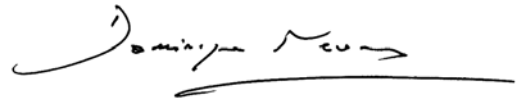
30 - Finalement, nous soumettons respectueusement qu'EBMI n' a pas démontré que le fait nouveau qu'elle a découvert quant à l'accessibilité au marché de la Nouvelle Angleterre soit déterminant au point que, s'il avait été connu, la décision initiale aurait nécessairement consisté à rejeter la demande d'autorisation du *Protocole* et l'*Entente finale*, et qu'un tel résultat final est celui qui devrait être rendu à l'issue du présent recours malgré le fait que l'*Entente finale* soit déjà exécutée depuis le 1^{er} janvier 2008.

4. CONCLUSION

31 - Pour l'ensemble de ces motifs, l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* et *Stratégies Énergétiques (S.É.)* plaident que la demande de révocation/révision logée par *Energy Brookfield Marketing inc. (EBMI)* à l'encontre des décisions D-2007-127 et D-2007-134 du dossier R-3649-2007 doit être rejetée, au stade de sa recevabilité.

32 - Le tout, respectueusement soumis.

Montréal, le 3 mars 2008



Dominique Neuman, LL.B.

Procureur

Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)

Stratégies Énergétiques (S.É.)