

**Observations of the Listuguj Mi'gmaq Government (LMG)  
Regarding Approval of Contracts for 2000 MW of Wind Power**

Listuguj Mi'gmaq Government

17 Riverside Drive West  
P.O. Box 298  
Listuguj, Quebec G0C 2R0

prepared with the assistance of  
Troy Jerome, special advisor to the LMG and Franklin S. Gertler, attorney

Régie de l'Énergie R-3676-2008 :  
Hydro-Québec application for  
Approbation des contrats d'approvisionnement électrique éolien  
issus de l'appel d'offres A/O 2005-03

September 9, 2008

## 1. INTRODUCTION

The specific observations and recommendations of the Listuguj Mi'gmaq Government ( LMG) regarding the proposed approval of contracts under A/O 2005-03 must be placed in their wider context.

The LMG is the governing body of the Listuguj Mi'gmaq. With membership of some 3,000, the community of Listuguj is located on the estuary of the Restigouche River at the head of the Baie des Chaleurs.

The Listuguj Mi'gmaq possess and assert Mi'gmaq Aboriginal title and rights and Treaty rights throughout our traditional Gespe'gewa'gi territory straddling Quebec and New Brunswick. In Quebec, Gespe'gewa'gi includes the lands, waters and marine areas of the Gaspé and in the Lower St.Lawrence .

Mi'gmaq title and rights have three related but distinct aspects, all relevant to the proposed approval by the Régie de l'Énergie of contracts in Hydro-Québec's call for tenders A/O 2005-03 for the supply of 2000 MW of wind-generated electricity:

- property interest in and over the lands, waters and resources of Gespe'gewa'gi;
- jurisdiction for their governance and allocation;
- a rightful share of the revenues that go with the property interest and economic component of Mi'gmaq title; and,
- access to a rightful share of the lands and resources for economic development purposes.

For many years, the Listuguj Mi'gmaq have protested exclusion from governance, resource allocations and revenues with respect to the fishing, forest and oil and gas resources of the Gespe'gewa'gi. It has only been after protest, confrontation and litigation that Listuguj have gained some access for purposes

of supporting employment and economic development for the Mi'gmaq population.

The LMG does not benefit from public contracts and spending by the province. Listuguj skilled workers are largely excluded from work in Quebec. By all measures of economic and social conditions, the people of Listuguj are in a disadvantaged position when compared to the broader Quebec population.

The Government of Quebec and provincial Crown, including the Minister and Ministry of Natural Resources as well as Hydro-Quebec, the Régie de l'Énergie, local and regional governments and private-sector developers of wind power, are well aware of Listuguj's interest in lands, waters and resources. Without limitation, they have been informed not only by the Listuguj Mi'gmaq Government, but also by the Mi'gmawei Mawiomí, as well as through the Assembly of First Nations of Quebec and Labrador ("AFNQL").<sup>1</sup> The steps

---

<sup>1</sup> See for example :

- Listuguj Mi'gmaq Government; "Listuguj Mi'gmaq Rights and a Fair Share of Forests of the Gaspé: Brief on *Bill 136, An Act to amend the Forest Act*", presented to the National Assembly, Commission de l'économie et du travail, October 18, 2000;
- Listuguj Mi'gmaq Government, brief to the BAPE regarding *Wind Power Development in Gespegewagi*, June 2005 including as an appendix "*The Natural Resources of Gespegewagi: Counting the Mi'gmaq In on Decisions and Benefits*", brief of the Mi'gmawei Mawiomí Assembly to the Commission d'étude sur la maximisation des retombées économiques de l'exploitation des ressources naturelles dans les régions ressources, February 6, 2003. available at: <http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/mandats/eole-valleau-sables/documents/DM28.pdf> and BAPE report 217 reflecting at pp. 26-27, 47-56 consideration of the LMG's submissions: <http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/rapports/publications/bape217.pdf> ;
- Assembly of First Nations of Quebec and Labrador challenge to the failure to adequately consult and accommodate First Nations in the criteria of the call for tenders for the allocation of 2000 MW of wind power contracts. See the AFNQL evidence [http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/APLNQL3595/B-20\\_APNQL\\_Preuve\\_3595\\_31aout06.pdf](http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/APLNQL3595/B-20_APNQL_Preuve_3595_31aout06.pdf) including Mi'gmaq affidavits [http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/Audience3595/B-29\\_APNQL\\_AffidavitMorrison\\_3595\\_10nov06.pdf](http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/Audience3595/B-29_APNQL_AffidavitMorrison_3595_10nov06.pdf) and [http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/Audience3595/B-32\\_APNQL\\_AffidavitJohnMartin\\_3595\\_15nov06.pdf](http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/Audience3595/B-32_APNQL_AffidavitJohnMartin_3595_15nov06.pdf) and the decision of the Régie de l'Énergie <http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/decisions/D-2006-166.pdf> at pp. 18-20.
- Letter from Chief Scott Martin, LMG to Minister Claude Béchard of March 31, 2008

regarding allocation of forestry resources

  
letter minister re gds  
tenrex march 31 2008

underway for comprehensive Mi'gmaq negotiations with the federal and provincial Crown as evidenced notably by the Statement of Claim submitted by the Chiefs of the three Mi'gmaq communities of Gespe'gewa'gi make the situation unequivocal.<sup>2</sup>

The constitutional duty to consult and accommodate the Listuguj Mi'gmaq is engaged and must be fulfilled prior to land and resource allocations and development that may affect the rights and interests that will be part the expected negotiations.<sup>3</sup> It is knowledge of unresolved claims, not legal proof of rights, which triggers the constitutional obligation of consultation and accommodation. The obligation of the Crown is to negotiate and in the interim to protect the interests of the Listuguj Mi'gmaq through consultation and accommodation.

In his closing remarks at the Socio-economic Summit in October 2006, Premier Jean Charest recognized that First Nations must share in access to natural resources and the prosperity they represent. As the Supreme Court has made clear, both the process and the economic outcome of Crown resource allocations must respect First Nation rights.<sup>4</sup>

Nonetheless, the LMG was not consulted when the government of Quebec lifted the moratorium on the allocation of valuable wind power sites on public lands.<sup>5</sup> This is contrary to the acknowledged legal obligations of the

---

<sup>2</sup> *Nm'tginen: Me'mnaq ejiglighmuetueg gis na naqtmueg*, October 2007.

<sup>3</sup> *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511 <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc73/2004scc73.html>. See also the AFNQL Consultations Protocol (2005) <http://www.iddpnql.ca/fichiers/protocol2005.pdf> and ; D-166-2006, p. 20.

<sup>4</sup> *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 , par. 62 <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1996/1996rcs2-723/1996rcs2-723.html> ; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, par. 164

<sup>5</sup> <http://www.mrnf.gouv.qc.ca/english/territory/program/index.jsp> ; <http://www.mrnf.gouv.qc.ca/publications/territoire/programme/guide-eoliennes.pdf>

Ministry of Natural Resources.<sup>6</sup> Listuguj did not share in setting the rules and does not share in the revenues for these uses of the traditional Gespe'gewa'gi territory.

The Quebec Government acting through Hydro-Quebec has proposed to significantly exploit the natural resources within Gespe'gewa'gi, a portion of the greater Mi'gmaq Nation, to meet its objective of having an installed capacity of 4,000 MW of electricity derived from wind energy in the province. Currently the Government of Québec has issued permits and other instruments creating an investment market of \$7.4 billion with a potential annual income of \$840 million.

Neither the process nor the substantive outcomes of the current allocation of rights to develop and sell wind power by the provincial Crown and Government of Quebec and its arms that are the Ministry of Natural Resources and Wildlife, Hydro-Quebec and the Régie de l'Énergie respect Listuguj rights.

Excellent wind power sites and contracts to sell the electricity are finite and valuable resources. Possible First Nation participation in calls for tenders does not address First Nation property, governance and fiscal rights and only addresses in part the right to access to lands and resources for economic development purposes.

As appears clearly from the various documents referred to above, since at least 2003, Listuguj has been actively seeking a real role in the development of this last major natural resource of Gespe'gewa'gi. The LMG has devoted capital and resources to the effort. Listuguj leaders and officials have met in good faith

---

<sup>6</sup> MRNF, *Guidelines for the Installation of Wind Generating Facilities on Public Land*, 2007, p. 22: Recent developments in aboriginal caselaw have led to new legal requirements. For example, the Supreme Court of Canada has required the government to consult and, as the case may be, accommodate aboriginal communities before making any decisions on land development projects likely to have an adverse effect on their potential ancestral rights. Consequently, MRNF will consult Aboriginal communities on wind farm projects indicated in developer's letter of intent. <http://www.mrnf.gouv.qc.ca/english/publications/territory/program/guidelines-eolien.pdf>

with ministers and officials of the government and of Hydro-Quebec and have participated through the AFNQL and in providing evidence in proceedings before the Régie de l'Énergie.<sup>7</sup> Partnering with Skypower, the LMG put in bids in the both the 1000 MW and 2000 MW wind power calls for tenders. Furthermore, having been promised a tailored solution, the LMG has sought to be not bidders in calls for tenders, but rather partners through a Power Production Contract directly with Hydro-Québec Production. The Listuguj Mi'gmaq refuse to be treated as just another economic stakeholder.

The LMG remains particularly concerned that in the 2000 MW call for tenders, the provincial cabinet of Quebec went against the proposal of Hydro-Quebec and the decision of the Régie de l'Énergie<sup>8</sup>, treating municipal economic interests on the same footing as Mi'gmaq Constitutional rights. First Nations wind power development needs special arrangements.

The LMG participated in good faith in the first two calls for tenders for 1000 MW and 2000 MW, but all Aboriginal bids have been shut out. The LMG can only conclude that the technical and financial realities are such that a First Nations bid could not succeed despite a supposedly level playing field.

In short, despite an elaborate process, the substantive outcome of provincial decision making and resource allocations has been to totally exclude the Listuguj Mi'gmaq. This is an intolerable result that does not accord with the Constitutional nature of Mi'gmaq rights, the Mi'gmaq relationship with the Crown and the requirements of consultation and accommodation.

For the LMG, this is the real context of the present application by Hydro-Quebec. Failure to acknowledge the true situation will only lead to continued disrespect for the requirements of the Constitution and failure to choose the path

---

<sup>7</sup> <http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3595-06/index3595.htm> ;  
<http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/3628-07/index3628.htm>

<sup>8</sup> <http://www.regie-energie.qc.ca/audiences/decisions/D-2006-166.pdf>

of harmonious mutual benefit and development for the Listuguj Mi'gmaq, the non-Aboriginal populations of the Gaspé and lower St. Lawrence and the wider society of Quebec.

The LMG submits its comments without prejudice to Listuguj Mi'gmaq rights and jurisdiction and without acknowledgment that the requirements of the constitutional duty to consult and accommodate have been met. The purpose here is to nonetheless give some indication of how the Listuguj Mi'gmaq interests are affected by the proposed approval of contracts and of the measures that the LMG views as required in the circumstances.

## **2. ABORIGINAL PARTICIPATION AND OUTCOME OF THE CALL FOR TENDERS FOR 2000 MW OF WIND POWER (A/O 2005-03)**

In the wake of the orders in council and regulations adopted by the provincial Cabinet and the decisions of the Régie, call for tenders A/O 2005-03 included non-monetary selection criteria linked to sustainable development. Nine points were allocated under this heading, of which three were for participation of Aboriginal communities in the development of the project plus a further two points for the support of a band council and four points for payment or profits paid to an Aboriginal community.<sup>9</sup>

In the result, out of 399 supply-years (offers-années) analyzed at the second stage of the tenders process, 57 obtained points under the criteria of participation by municipalities, MRCs and Aboriginal communities.<sup>10</sup>

Nonetheless, no bid including a partnership with local or aboriginal authorities was successful.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> HQD-3, doc.2, p.5, GRAME DDR, no 3, tableau A-8.1

<sup>10</sup> HDQ-3, doc.2, p.6-7, GRAME DDR, no 5

<sup>11</sup> HQD-3, doc.2, p.6, GRAME DDR, no 4

The LMG submits that given this outcome, the Régie can and must look beyond the formal accomplishment of the steps in the bid process. The exercise of the Régie's powers of oversight and regulation in the present matter require consideration of the substantive effectiveness of the modified non-monetary bid criteria approved by the Régie on the motion of Hydro-Quebec for the acquisition of 2000 MW of wind power<sup>12</sup> The question is whether the bid criteria were effective in translating the policy choice of the provincial Cabinet to favour local and Aboriginal economic and social development into contractual and energy-supply reality?

### **3. THE LEGAL AND REGULATORY CONTEXT**

The LMG submits the power and responsibilities of the Régie in the present matter must be understood in the overall regulatory context so as to give full effect to the intention of the legislator.

The Régie must at all times give effect to its overarching responsibility under section 5 of the *Act respecting the Régie de l'Énergie* (R.S.Q, c.R-6.01) (LRE):

Functions.

**5.** In the exercise of its functions, the Régie shall reconcile the public interest, consumer protection and the fair treatment of the electric power carrier and of distributors. It shall promote the satisfaction of energy needs through sustainable development and with due regard for equity both on the individual and collective planes.

In terms of specifics, the approval of contracts concluded under a call for tenders is part of the exercise of broad Régie powers that include:

---

<sup>12</sup> D-2007-59



- s. 31 – Exclusive jurisdiction over Hydro-Quebec rates, the monitoring of the utility to ensure adequate supply and fair and reasonable rates and all other applications under the Act;
- ss. 52.1 and 52.2 – Making rates for electric power distribution by Hydro-Quebec that include the cost of electric power needs met out of an energy block determined by Government regulation.
- s. 74 – Hydro-Quebec supply planning, including for such blocks of power; and
- s .74.1 – Approval of a tender solicitation and contract awarding procedure and code of ethics,

Of course, s.74.2 LRE itself provides:

Monitoring by Régie.

**74.2.** The Régie shall monitor the implementation of the tender solicitation and contract awarding procedure and code of ethics provided for in section 74.1 and ascertain whether they are complied with. To that end, the Régie may require any document or information it considers useful. The Régie shall report its findings to the electric power distributor and to the supplier chosen.

Approval.

The electric power distributor may not enter into an electric power supply contract unless it has obtained the approval of the Régie, under the conditions and in the cases determined by regulation by the Régie.

The LMG submits that both the first and second paragraphs of s.74.2 are engaged in the present application;<sup>13</sup> the first paragraph conditions the second, indicating that the power of approval of electric supply contracts allows for a broad enquiry encompassing “any document or information” the Régie considers useful.

---

<sup>13</sup> The distinctions drawn by the Régie in D-2001-191 regarding the two parts of s. 74.2 address different concerns and so not preclude reading the section as a whole and recognizing that one part feeds the other.

The unified and integrated nature of all of these powers and responsibilities with respect to energy supply and planning, rates, calls for tenders and approval of supply contracts is reflected in the Régie's regulation-making powers (s.112 (2.1) and s.114 (7 and 8)).

The broad and unified nature of the scheme is also reflected in the decisions of the Régie:

Dans l'exercice de cette compétence, la Régie doit veiller au respect, par la procédure d'appel d'offres et d'octroi, des critères prévus aux paragraphes 1 à 4 du deuxième alinéa de l'article 74.1 de sa loi constitutive. Les conclusions de la présente décision visent en conséquence à permettre la participation de tout fournisseur intéressé, à accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées et enfin à permettre la satisfaction de l'appel d'offres par une combinaison de contrats d'approvisionnement.

La présente décision sur la Procédure d'appel d'offres et d'octroi et sur le Code d'éthique s'inscrit dans un processus plus global visant l'approvisionnement des consommateurs québécois en électricité par le distributeur. Ce processus inclut la préparation d'un plan d'approvisionnement à être approuvé selon l'article 72 de la Loi. Par la suite, des appels d'offres seront lancés pour différents produits (puissance, énergie, etc.), échéanciers et termes. Ces appels d'offres devront respecter la procédure découlant de la présente décision.

En outre, le législateur confère à la Régie le pouvoir de surveiller l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que celle du Code d'éthique s'y rattachant.. Ce pouvoir de surveillance est distinct du pouvoir d'approbation des contrats d'approvisionnement qui seront adjugés à l'issue des appels d'offres. La Régie effectuera une surveillance de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi selon les modalités qu'elle déterminera. En fin de processus, les contrats entre le distributeur et les fournisseurs devront être approuvés par la Régie selon les cas et conditions déterminés par règlement en vertu de l'article 74.2.<sup>14</sup> (our underlining)

Similarly, the Régie clearly established the requirements of rigour, structure and transparency in the establishment and evaluation of bid criteria.

---

<sup>14</sup> D-2001-191, p.6-7

The establishment and application of the criteria is not a regulatory no-go-zone and the process of contract approval is not a mere formality:

La Régie PREND ACTE de l'engagement suivant du distributeur :

- « *Les critères et la pondération de la grille d'évaluation applicables aux divers appels d'offres seront présentés dans le plan d'approvisionnement triennal.* »;
- « *En ce qui concerne les méthodes d'évaluation des critères, celles-ci seront développées par le distributeur en fonction de la nature des critères retenus en appliquant des pratiques généralement reconnues dans le domaine. Le distributeur prévoit décrire ces méthodes en termes généraux dans le plan d'approvisionnement.* »

La Régie est d'avis que l'article 5 de la Loi est d'application générale à l'exercice de ses fonctions, dont celle exercée par la présente décision. En outre, les critères et pondérations pourront être précisés lors de l'approbation du plan d'approvisionnement en fonction de ce que la formation de régisseurs nommée à ce dossier décidera.

À cet égard, la Régie PREND ACTE des réponses du distributeur. La discrétion du distributeur se résume à choisir les critères en fonction de son plan d'approvisionnement approuvé par la Régie.

La Régie considère essentiel, pour assurer un traitement impartial des fournisseurs et un traitement égal des sources d'approvisionnement, que le contenu de la grille, les critères, les pondérations et les méthodes d'évaluation soient clairement explicités dans le document d'appel d'offres. Une application simple et rigoureuse de cette grille favorisera le processus de sélection et permettra d'éviter des contestations éventuelles.<sup>15</sup>

After the initial decision of the Régie<sup>16</sup> and the revision on the motion of the AFNQL in which the Listuguj Mi'gmaq participated<sup>17</sup>, the provincial Government modified its economic, social and environmental concerns under ss..52.1 and 72 LRE regarding the second block of wind energy to read as follows:

---

<sup>15</sup> D-2001-191, p.14-15

<sup>16</sup> D-2005-201

<sup>17</sup> D-2006-166

5. L'apport du projet au développement économique des communautés locales et autochtones en Assurant un traitement identique aux communautés, étant entendu qu'une proposition reposant sur un partenariat impliquant à la fois des communautés locales et autochtones devra bénéficier d'un traitement preferential.<sup>18</sup>

The Régie has clearly determined the real weight must be given to such non-monetary sustainable development criteria:

La Régie étudie ce plan d'approvisionnement sur la base de sa mission exprimée à l'article 5 de sa Loi et le gouvernement ne lui a pas indiqué spécifiquement de préoccupations économiques, sociales ou environnementales dans le présent dossier. La Régie avait d'ailleurs demandé, à l'issue de la phase 1 du dossier, que le Distributeur lui démontre que son plan d'approvisionnement répond aux impératifs du développement durable, de l'intérêt public et au critère d'équité au plan individuel comme au plan collectif.

La Régie reconnaît que le Distributeur a introduit dans son plan d'approvisionnement certains éléments qui répondent aux impératifs du développement durable. Cependant, elle considère qu'en plus, il y aurait lieu d'ajouter un critère non monétaire relié à ce concept dans la grille d'évaluation des offres.

Le processus de sélection doit favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour les quantités d'électricité et les conditions demandées. Le concept de développement durable intègre, selon la compréhension de la Régie, non seulement les préoccupations économiques, mais aussi les préoccupations sociales et environnementales. Ce concept est justement né du besoin de jumeler ces trois préoccupations dans un processus décisionnel, dans un souci d'équité intragénérationnelle et intergénérationnelle.

La Régie considère que le développement durable est un concept global introduit en particulier dans la politique énergétique du gouvernement du Québec. Dans le présent dossier, le faire équivaloir au simple respect des lois environnementales existantes le dénuderait de son sens. Les projets, même s'ils respectent les normes gouvernementales, ont des impacts sociaux et environnementaux variables et il apparaît raisonnable à la Régie que ces impacts soient pris en compte.

...

---

<sup>18</sup> Décret 96-2007, 8 february 2007

En conclusion, la Régie demande au Distributeur de proposer à la Régie, avant le prochain appel d'offres de long terme, un critère non monétaire relié au développement durable et de lui attribuer un pointage significatif à l'intérieur des 40 points alloués à l'ensemble des critères non monétaires de la grille de sélection.<sup>19</sup>

Similarly and this time explicitly with respect to the importance of social aspects of the non-monetary sustainable development criteria, the Régie said:

La Régie décide que le critère s'appliquera à tous les appels d'offres de long terme, qu'ils soient ou non ouverts à toutes les sources d'approvisionnement. Cependant, lorsque le gouvernement indiquera des préoccupations économiques, sociales ou environnementales à prendre en compte pour un bloc d'énergie, le Distributeur devra présenter une demande à la Régie pour modifier sa grille d'évaluation des soumissions en conséquence.

À défaut d'indications particulières par le gouvernement, le critère de développement durable, tel qu'adopté, s'appliquera. Le cas échéant, le Distributeur devra soumettre à la Régie, pour fins d'approbation, tout changement qu'il voudra appliquer à l'évaluation des soumissions.

...

Les considérations sociales représentent un aspect très important du développement durable. La Régie retient de la preuve qu'il est difficile de trouver des indicateurs faisant l'objet d'un consensus et permettant de les évaluer.

Dans la décision D-2002-16948, la Régie rappelle que le processus de sélection des offres prend surtout en compte des aspects économiques et ajoute que les aspects sociaux et environnementaux doivent aussi être considérés de façon équilibrée.

Pour la Régie, l'inclusion d'un indicateur à caractère social dans le cadre des appels d'offres est essentielle. Pour devenir fournisseur d'une partie de l'approvisionnement énergétique du Québec, une entreprise sérieuse doit disposer d'un programme d'insertion dans la communauté concernée. Cette sensibilité sociale doit se traduire, notamment, par une démarche d'information, une volonté de favoriser la création d'emplois locaux et un appui concret des autorités locales et régionales.

...

---

<sup>19</sup> D-2002-169, p.71-72

La Régie doit d'abord déterminer quel serait le pointage significatif à allouer au critère de développement durable. Elle estime qu'il doit avoir un impact réel sur le classement des soumissions effectué à l'étape 2 puisque ce sont les meilleures soumissions de chaque catégorie qui sont retenues à l'étape 3 pour former des combinaisons permettant d'atteindre les quantités d'électricité indiquées à l'appel d'offres. Toute chose étant égale par ailleurs, avec un pointage significatif alloué au critère de développement durable, les soumissions les plus intéressantes du point de vue social et environnemental devraient pouvoir arriver en tête de classement.

...

La Régie estime que 15 points permet d'atteindre cet équilibre. Ainsi, le développement durable devient le critère non monétaire le plus important. Il reste cependant un nombre de points adéquat pour assurer une importance suffisante aux autres critères non monétaires.

...

La Régie ne peut se rendre à l'argument du Distributeur à l'effet que la flexibilité des pointages des indicateurs lui est nécessaire. Dans le cas du critère de développement durable, la Régie préfère identifier les pointages de chacun des indicateurs afin d'assurer leur cohérence.

Compte tenu de l'importance qu'elle entend accorder à l'intégration sociale des entreprises, la Régie fixe à 3 points cet élément du critère de développement durable.<sup>20</sup> (our underlining)

It is the position of the LMG that for Constitutional reasons it should not and cannot be treated on an equal footing with municipalities. Without prejudice to that position and taking the economic, social and environmental concerns expressed by the Government at face value, they represent a clear expression of will that the regulation on the second block of wind energy<sup>21</sup> is to be carried out so as to give true and substantial effect to the non-monetary sustainable development social criteria of Aboriginal participation in the wind power projects submitted in response to Hydro-Quebec's call for tenders A/O 2005-03.

In all of this context, it becomes clear that the results of the call for tenders has not fulfilled a key aspect of its purpose and that Hydro-Quebec has not

---

<sup>20</sup> D-2004-212, p.8, 17, 21-23

<sup>21</sup> Décret 926-2005

demonstrated the conformity of the process and substance of its call for tenders to the orders in council and regulations of the Government.

#### 4. THE ABORIGINAL RIGHTS CONTEXT

As already seen, call for tenders A/O 2005-03 arose and has evolved in the context of concerns regarding protection, exercise and negotiation of rights recognized and affirmed in under s.35 of the *Constitution Act, 1982*. Mi'gmaq rights in Gespe'gewa'gi have been at the centre of these concerns.

In the revision proceedings brought by the Assembly of First Nation of Quebec and Labrador (AFNQL), file no R-3595-2006, the Régie recognized that:

Dans le cadre de ce pouvoir d'approbation, le choix des critères a une influence directe sur les résultats de l'appel d'offres en termes de développement économique, dont celui des communautés autochtones visées par le décret 927-2005. De fait, l'appel d'offre pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW porte sur la quasi-totalité de la capacité de production éolienne facilement intégrable au réseau de transport québécois.

...

Dans d'autres circonstances, il aurait fallu que l'intéressée se manifeste avant la décision pour justifier un délai plus long mais, dans le présent dossier, la nature des représentations dont la Régie fut privée, à savoir l'impact des droits constitutionnels autochtones sur le processus d'approbation par la Régie des appel d'offres du distributeur, est fondamentale. De plus, les observations des Premières Nations sont manifestement pertinentes au débat sur l'interprétation à donner au décret 927-2005 et à la grille de sélection présentée initialement par le distributeur en application de ce décret.<sup>22</sup> (our emphasis)

The Régie recognized that the government allocation of wind resources by requiring a call for tenders for 2000 MW of wind power could prejudice Aboriginal

---

<sup>22</sup> D-2006-166, p.8, 10

territorial claims, including those of the Mi'gmaq and thus triggered the obligation of consultation and accommodation:

Sur la naissance de l'obligation, par opposition à son contenu, la Régie conclut que l'APNQL a rempli son fardeau de preuve par la démonstration non contredite de la connaissance, à tout le moins par imputation, de l'existence potentielle de droits autochtones par la preuve des revendications territoriales des Innus, des Mi'gmaq et des Malécites sur le territoire québécois et ce sans que la Régie soit appelée à se prononcer sur leur portée ou sur leur validité. Il en est de même à l'égard d'une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable par le décret 926-2005 ordonnant l'attribution d'un bloc d'énergie éolienne de 2000 MW par appel d'offres du Distributeur. L'impact d'une telle allocation de ressources doit être suffisant pour permettre à l'APNQL de rencontrer le test d'arrêt Nation Haïda.<sup>23</sup>

Though it found itself not bound by the duty to consult and accommodate<sup>24</sup>, the Régie did find that the Government orders in council in question had to be given full effect as part of the overall regulation of supply planning, supply contracts and rates and with a view to promoting the economic development of local and Aboriginal communities:

Le décret 927-2005 ainsi que le décret 926-2005 concernant le *Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne* s'inscrivent dans le cadre de la réglementation des approvisionnements du Distributeur en électricité. Ils donnent effet aux préoccupations que peut exprimer le gouvernement à l'égard du plan d'approvisionnement du Distributeur en vertu de l'article 72 de la Loi ainsi que de l'acquisition de ces approvisionnements dans le cadre d'un marché ouvert à la concurrence en vertu de l'article 74.1 de la Loi et de la détermination de ses tarifs en vertu de l'article 52.2 de la Loi : ...

De fait, la Régie a approuvé une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois. Elle approuve aussi, au besoin, les modifications nécessaires à cette procédure d'appel d'offres au gré des caractéristiques des approvisionnements du distributeur.

Dans cette même optique, le Distributeur a soumis à la Régie, le 18 octobre 2005, une demande visant à modifier la grille de sélection applicable à l'appel d'offres décrété par le décret 926-2005.

---

<sup>23</sup> D-2006-166, p.20

<sup>24</sup> D-2006-166, p.24



Les préoccupations adressées à la Régie par le décret 927-2005 visent, entre autres, à promouvoir le développement économique des communautés locales et autochtones. Un tel décret doit être interprété par la Régie de manière à donner effet aux objectifs qu'il met de l'avant.<sup>25</sup>

*Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16 :*

*41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.*

*Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.*

(our underlining)

Finally, further to the ultimate modification of the concerns indicated by the Government in Order-in-Council D-96-2007, the Régie ruled that:

Cette modification au décret a amené le Distributeur à proposer une modification à sa grille de pondération des critères non monétaires, afin de la rendre conforme audit décret.

Quant à la Régie, elle a l'obligation de tenir compte des préoccupations du gouvernement,

...

Ainsi, le rôle de la Régie est de s'assurer que la grille de pondération respecte la Loi et les règlements applicables, ainsi que les préoccupations que le gouvernement peut lui indiquer par décret.<sup>26</sup> (our underlining)

## 5. CONCLUSION AND RECOMMANDATIONS

The LMG submits that the implication is clear. The Régie has a positive statutory obligation to follow through on the application of the bid criteria. It has ruled itself not directly bound by the Constitutional duty of consultation and

---

<sup>25</sup> D-2006-166, p.24, 26, 27

<sup>26</sup> D-2007-059, p. 10.

accommodation. But the LMG respectfully submits that it must act in such a way as to ensure that not only the letter of the law is complied with. What is required is that the substantive social and economic policy choice in favour of local and Aboriginal participation in the projects and profits of wind power embodied in the bid criteria resulting from the Government order in council be respected.

Similarly, if the order in council and the bid criteria are themselves the embodiment of the Crown's attempt to give effect to the duty to consult and accommodate, then the Régie, without being itself being bound, must have an obligation to give maximum effect to the legislative text in question.

The announced 250 MW call for tenders for wind power reserved for Aboriginal communities is not answer. The proposed call for tenders for 250 MW is flawed. Notably:

- The overall amount is too small to ensure that Aboriginal presence in the sector will be viable. This problem is only intensified by limiting each project to 25MW. Ability to carry out the required preliminary work, raise necessary capital, recruit and train specialized personnel, purchase turbines and other equipment and achieve operating efficiencies will be severely compromised. Our rights are not respected if the only opportunities are for projects that in the end will not be meaningful and successful.
- Provision is required for access to capital in the form of government grants and loan guarantees. Even at the smaller scale of these projects, raising the necessary capital is likely to be a major problem.
- The time frame for proposals is too short to allow for effective Aboriginal participation.

The experience of call for tenders A/O 2005-03 clearly shows that the contracts should not be approved for failure to conform to the requirements of s. 74.2 LRE and section 1(2<sup>o</sup>) of the *Regulation respecting the conditions under which and the cases in which a supply contract entered into by the electric power distributor must be approved by the Régie de l'énergie*<sup>27</sup> :

---

<sup>27</sup> c. R-6.01, r.0.04.01

1. ...

The application must include the contracts and must contain the following information :

...

(2) where the tender specifications provide that all or part of the needs of Québec markets met by a particular source of electric power supply must be supplied out of an energy block determined by regulation of the Government, a description of the contribution of each contract to the energy block determined by regulation of the Government, to the supply plan, and to the tender solicitation where it is filled by several contracts;

Given the results of the call for tenders by which the intended beneficiaries of the Government's policy choice were entirely shut out of any contracting opportunities, **the LMG respectfully submits that the contracts cannot be said to be truly contributing to the energy block determined by the Government.**

Furthermore, the LMG asks the Régie **to decide and report that the non-monetary sustainable development social and economic development criteria of Aboriginal participation in wind power have failed to be given effect by the criteria and process established on the application of Hydro-Québec and approved by the Régie.**

LMG

Listuguj

9 September 2008