

# D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

---

|                             |                    |                    |
|-----------------------------|--------------------|--------------------|
| <b>D-2008-062</b><br>MOTIFS | <b>R-3658-2008</b> | <b>30 mai 2008</b> |
|-----------------------------|--------------------|--------------------|

---

**PRÉSENTS :**

Richard Lassonde  
Louise Pelletier  
Marc Turgeon  
Régisseurs

---

**Énergie Brookfield Marketing Inc.**  
Requérante

et

**Hydro-Québec**  
et  
**TransCanada Energy Ltd**  
Intimées

---

**Motifs de la décision D-2008-062**

*Requête en révocation et révision des décisions D-2007-127  
et D-2007-134*

**Liste des intéressés :**

- Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROÉÉ);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA);
- Union des consommateurs (UC).

## 1. LA REQUÊTE EN RÉVOCATION ET EN RÉVISION

Le 7 janvier 2008, Énergie Brookfield Marketing Inc. (EBMI) dépose une requête en révocation et révision des décisions D-2007-127<sup>1</sup> et D-2007-134<sup>2</sup>.

Les conclusions de la requête d'EBMI sont les suivantes :

*« ACCUEILLIR la présente requête en révocation et révision;*

*RÉVOQUER les décisions D-2007-127 et D-2007-134;*

*SUBSIDIAIREMENT:*

*RÉVISER les décisions D-2007-127 et D-2007-134;*

*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;*

*RENDRE toute autre ordonnance jugée utile dans les circonstances. »*

Les deux décisions dont EBMI demande la révocation et la révision ont été rendues dans le cadre d'une demande d'Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) portant sur *l'approbation du Protocole d'entente (le Protocole) visant la suspension temporaire des activités de production d'électricité à la centrale de Bécancour et de l'entente finale entre Hydro-Québec Distribution et TransCanada Energy* (dossier R-3649-2007, ci-après la Demande initiale).

Le Protocole modifie un contrat d'approvisionnement intervenu entre le Distributeur et TransCanada Energy Ltd (TCE) à l'issue de l'appel d'offres A/O 2002-01 et approuvé par la Régie de l'énergie (la Régie) en 2003<sup>3</sup> (le Contrat d'approvisionnement).

---

<sup>1</sup> Dossier R-3649-2007, 12 novembre 2007.

<sup>2</sup> Dossier R-3649-2007, 7 décembre 2007.

<sup>3</sup> Décision D-2003-159, dossier R-3515-2003, 19 août 2003.

La décision D-2007-127 est une décision interlocutoire (la Décision interlocutoire) accueillant la demande de traitement confidentiel de TCE et du Distributeur de certains documents faisant partie de la preuve ayant mené à la décision finale D-2007-134 (la Décision).

La Décision a approuvé, en date du 7 décembre 2007, le Protocole et l'entente finale conclus entre le Distributeur et TCE (l'Entente finale).

EBMI demande la révocation et la révision de ces décisions essentiellement pour des motifs pouvant être classés en quatre catégories : (i) une erreur juridictionnelle, (ii) des manquements à l'équité procédurale lors de l'audition de la Demande initiale, (iii) des conclusions erronées en fait et en droit et (iv) des motifs reliés à des faits nouveaux.

L'audition de la présente demande en révocation et révision d'EBMI a été regroupée avec celle de la demande en révocation de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI), déposée le 7 janvier 2008 et portant le numéro de dossier R-3657-2008. La présente décision est rendue simultanément à celle rendue au dossier R-3657-2008.

Puisqu'une partie importante des arguments soumis par EBMI porte sur la façon dont la Régie a entendu la Demande initiale, il importe de rappeler les faits à cet égard. La Régie traitera ensuite de la demande de révocation et de révision de la Décision interlocutoire et finalement des motifs de révocation et de révision de la Décision.

## 2. LES FAITS

Le 31 octobre 2007, le Distributeur et TCE ont conclu le Protocole.

Le 2 novembre 2007, le Distributeur dépose une demande en vue de faire autoriser le Protocole<sup>4</sup>. Au paragraphe 10 de la demande, le Distributeur explique ce qui suit :

*« 10. En raison de la nature de la présente demande et comme la Loi n'exige pas la tenue d'une audience publique, le Distributeur prie la Régie de traiter cette*

---

<sup>4</sup> Dossier R-3649-2007, pièce B-1.

*demande sur dossier. De plus, le Distributeur souhaite que la Régie se prononce sur ce dossier le ou avant le 7 décembre 2007, et ce, notamment afin que les travaux nécessaires à la mise en veilleuse de la centrale thermique de Bécancour puissent être entrepris dans les meilleurs délais et terminés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et que le Distributeur puisse procéder aux achats requis afin de boucler son bilan de puissance pour l'année 2008. »*

Le Distributeur joint le Protocole à sa demande et souligne qu'il contient des renseignements confidentiels et demande à la Régie de « *constater et maintenir la confidentialité des renseignements décrits à la décision D-2003-146 et d'interdire la divulgation, la publication et la diffusion des renseignements, des informations et des documents produits à la Régie sous pli confidentiel aux pièces HQD-1 et HQD-2, y incluant selon le cas les compléments d'informations à être produit par le Distributeur dans ce dossier* ».

La décision D-2003-146, à laquelle réfère le Distributeur dans sa demande, portait sur la confidentialité de certaines dispositions du Contrat d'approvisionnement que le Protocole vient amender. La Régie reconnaissait la confidentialité de certaines clauses du Contrat d'approvisionnement, notamment celles comportant des renseignements sur les prix de l'énergie et de la puissance<sup>5</sup>.

Le 6 novembre 2007, la Régie<sup>6</sup> adresse une lettre au Distributeur et aux intervenants reconnus dans les dossiers tarifaires du Distributeur, d'Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur) et de Société en commandite Gaz Métro (Gaz Métro) pour les informer de l'objet de la Demande initiale et de la procédure d'examen de cette demande. Plus spécifiquement, la Régie indiquait ce qui suit sur la procédure qu'elle entendait suivre :

*« La Régie entend procéder sur dossier à l'examen de cette demande. Elle fixe néanmoins une audience orale qui aura lieu le 13 novembre 2007, à compter de 9 h dans la Salle Jean-Paul Riopelle à ses bureaux de Montréal. Cette audience, présidée par la formation et dont le contenu sera en preuve, sera toutefois conduite comme une séance de travail. [ci-après "audience/séance de travail"]*

---

<sup>5</sup> Décision D-2003-146, dossier R-3515-2003, 18 juillet 2003, page 11.

<sup>6</sup> Dossier R-3649-2007, pièce A-1.

*Elle demande par ailleurs au Distributeur de compléter sa preuve pour le 9 novembre 2007 à 12 h au plus tard, avec les informations suivantes...*

[...]

*La Régie a jugé approprié de transmettre cette lettre aux intervenants des dossiers tarifaires du Distributeur et du Transporteur ainsi qu'à Gaz Métro. Elle la publie également sur son site Internet, afin de permettre à toute autre personne susceptible d'avoir un intérêt pertinent à l'examen de cette demande d'en informer la Régie. Les personnes intéressées pourront participer à l'audience du 13 novembre 2007 et présenter leurs observations par écrit avant le 20 novembre 2007 à 12h00. Le Distributeur pourra répliquer à ces observations avant le 23 novembre 2007 à 12h00.*

*La Régie a par ailleurs pris connaissance de la pièce HQD-1 document 1 et est d'avis qu'une grande partie des informations contenues à ce document se retrouve dans les documents publics HQD-2, documents 1 et 2. Aussi, elle demande au Distributeur de bien vouloir identifier les articles de ce document pour lesquels la confidentialité est demandée et de justifier cette demande, le tout d'ici le 9 novembre 2007, 12h00... »*

Le 9 novembre 2007, le Distributeur transmettait à la Régie<sup>7</sup> les informations additionnelles requises, dont certaines sous pli confidentiel, et précisait les documents pour lesquels TCE demandait la confidentialité.

À la suite de la lettre de la Régie du 6 novembre 2007, les intéressés suivants ont signifié leur intention de participer soit à l'audience/séance de travail du 13 novembre 2007 ou de soumettre des observations : Gaz Métro, le 6 novembre 2007<sup>8</sup>; le Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ), le 8 novembre 2007<sup>9</sup>; la FCEI, le 8 novembre 2007<sup>10</sup>; le Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEÉ), le 8 novembre 2007<sup>11</sup>; TCE, le 9 novembre 2007<sup>12</sup>; le Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME), le 9 novembre 2007<sup>13</sup>; l'Union des municipalités du

---

<sup>7</sup> Dossier R-3649-2007, pièce B-2.

<sup>8</sup> Dossier R-3649-2007, pièce C-1.1.

<sup>9</sup> Idem, pièce C-3.1.

<sup>10</sup> Idem, pièce C-4.2.

<sup>11</sup> Idem, pièce C-5.1.

<sup>12</sup> Idem, pièce C-6.1.

<sup>13</sup> Idem, pièce C-7.1.

Québec (UMQ), le 9 novembre 2007<sup>14</sup>; EBMI, le 9 novembre 2007<sup>15</sup>; Union des consommateurs (UC), le 9 novembre 2007<sup>16</sup>; Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA), le 12 novembre 2007<sup>17</sup>; l'Association de l'industrie électrique du Québec (AIEQ), le 12 novembre 2007<sup>18</sup>; le Regroupement des gestionnaires et copropriétaires du Québec (RGCQ), le 12 novembre 2007<sup>19</sup>; Option consommateurs (OC), le 12 novembre 2007<sup>20</sup>.

Le 8 novembre 2007, UC et le RNCREQ ont demandé le report de l'audition de la Demande initiale.

Le même jour, la Régie<sup>21</sup> informe les participants, dont UC et le RNCREQ, de sa décision sur leur demande de report de l'audience du 13 novembre 2007 :

*« Considérant le nombre élevé de dossiers que la Régie a à traiter de façon concurrente;*

*Considérant que le Président de la Régie a averti tous les participants à ses travaux, notamment lors de la rencontre du 18 octobre 2007, que celle-ci serait forcée de traiter de façon concurrente certains dossiers;*

*Considérant l'impact financier que pourrait avoir tout retard dans le traitement du présent dossier;*

*Considérant qu'à l'exception de la séance de travail/audience du 13 novembre 2007, la demande du Distributeur sera traitée sur dossier;*

*Considérant que les parties intéressées pourront, jusqu'au 20 novembre 2007 déposer leurs observations pertinentes à la demande;*

---

<sup>14</sup> Idem, pièce C-8.1.

<sup>15</sup> Idem, pièce C-9.1.

<sup>16</sup> Idem, pièce C-2.1.

<sup>17</sup> Idem, pièce C-10.1.

<sup>18</sup> Idem, pièce C-11.1.

<sup>19</sup> Idem, pièce C-12.1.

<sup>20</sup> Idem, pièce C-13.1.

<sup>21</sup> Idem, pièce A-2.

*La Régie considère qu'il y a urgence à traiter le présent dossier et à rendre une décision au plus tard le 7 décembre 2007 et procédera, tel que prévu, à la séance de travail/audience du 13 novembre 2007, à compter de 9h00. »*

Le 8 novembre 2007, la FCEI<sup>22</sup> prend connaissance de la décision de la Régie sur la demande de report des intéressés UC et RNCREQ et demande néanmoins à la Régie de reporter l'audience du 13 novembre 2007 en après-midi. La Régie ne donne pas suite à cette demande.

Le 9 novembre 2007, TCE<sup>23</sup> produit, à l'appui de sa demande de confidentialité, un affidavit de monsieur Éric Nadeau, directeur commercial, opérations commerciales, région de l'est de TCE, ainsi qu'une lettre de ce dernier adressée au Distributeur et précise les renseignements pour lesquels TCE demande la confidentialité.

Le 9 novembre 2007, le ROEÉ<sup>24</sup> informe la Régie qu'il aura des représentations à faire sur la question de la confidentialité et demande d'avoir accès au moins à la version caviardée de la pièce HQD-1.

Le 9 novembre 2007, le Distributeur produit une version caviardée de la version anglaise du Protocole et une version bilingue caviardée<sup>25</sup>.

La lettre du 9 novembre 2007 d'EBMI<sup>26</sup> indiquant sa participation à l'audience/séance de travail du 13 novembre 2007, ne fait aucune mention de la question de la confidentialité ou de la procédure retenue par la Régie pour l'audition de la Demande initiale.

Le 12 novembre 2007, la Régie rend sa décision D-2007-127 relative à la demande de traitement confidentiel, en ces termes :

*« À la suite de sa lettre du 6 novembre 2007, la Régie a eu, le 9 novembre 2007, communication d'une demande de confidentialité de la part de TCE détaillant les renseignements dont la confidentialité était demandée de même qu'une preuve par affidavit justifiant la demande.*

---

<sup>22</sup> Dossier R-3649-2007, pièce C-4.1.

<sup>23</sup> Idem, pièce C-6.2.

<sup>24</sup> Idem, pièce C-5.2.

<sup>25</sup> Idem, pièce B-2.

<sup>26</sup> Idem, pièce C-9.1.



*La Régie juge satisfaisante la preuve soumise, accepte l'argument que la divulgation des informations, dont la confidentialité est demandée, peut être préjudiciable aux intérêts des parties concernées, procurer un avantage appréciable aux concurrents de TCE, nuire à sa compétitivité, révéler sa stratégie de développement de projet, d'affaires et d'exploitation, ses structures de coûts et de prix, sa capacité de substitution de production d'électricité et ses coûts de mise en veilleuse et de remise en exploitation de la centrale en cause »<sup>27</sup>.*

Le 12 novembre 2007, la Régie<sup>28</sup> transmet l'ordre du jour de l'audience orale aux participants.

Le 13 novembre 2007, la Régie tient son audience/séance de travail au cours de laquelle le Distributeur répond aux questions des participants sur deux thèmes : l'option revente des surplus provenant de TCE et l'option suspension du contrat TCE.

Sur l'option de revente des surplus de TCE, le Distributeur est contre-interrogé par les participants suivants : Gaz Métro, EBMI, FCEI, S.É./AQLPA, AIEQ, RNCREQ, AQCIE/CIFQ et RGCQ.

Sur l'option de suspension du contrat avec TCE, le Distributeur est contre-interrogé par les participants suivants : Gaz Métro, ROÉÉ, EBMI, S.É./AQLPA, RGCQ, OC et par la Régie<sup>29</sup>.

À l'ouverture de l'audience/séance de travail, la première formation explique aux participants les raisons pour lesquelles la Régie doit procéder rapidement et remercie les participants de leur présence dans ces circonstances<sup>30</sup>. Il n'y a eu aucune remarque ou demande des participants concernant la procédure adoptée par la Régie pour l'examen de la Demande initiale.

La Régie a reçu des observations écrites de plusieurs personnes et groupes environnementaux exprimant leur support à l'option suspension du contrat TCE,

---

<sup>27</sup> Décision D-2007-127, page 4.

<sup>28</sup> Dossier R-3649-2007, pièce A-4.

<sup>29</sup> Notes sténographiques (NS), volume 1, pièce A-7.1.

<sup>30</sup> NS, volume 1, pages 11 et 12.

principalement en raison de la réduction des gaz à effet de serre résultant de la fermeture temporaire de la centrale thermique de Bécancour<sup>31</sup>.

Les intéressés suivants se sont dits favorables à l'approbation du Protocole, c'est-à-dire à la suspension du contrat TCE et à l'arrêt temporaire de la centrale de Bécancour : RGCQ<sup>32</sup>, AQCIE/CIFQ<sup>33</sup>, OC<sup>34</sup>, ROEE<sup>35</sup>, S.É./AQLPA<sup>36</sup>, UMQ<sup>37</sup> et AIEQ<sup>38</sup>.

Les intéressés suivants se sont dits défavorables à l'approbation du Protocole et favorables à l'option revente des surplus d'électricité : FCEI<sup>39</sup>, Gaz Métro<sup>40</sup> et EBMI<sup>41</sup>.

Les intéressés suivants n'ont pas exprimé de position arrêtée à l'égard de l'une ou l'autre des options (suspension vs revente) : UC<sup>42</sup> et RNCREQ<sup>43</sup>.

Les observations écrites d'EBMI ont été déposées en dehors du délai fixé par la Régie et ont, par conséquent, dans un premier temps, été rejetées du dossier,<sup>44</sup> mais subséquemment réintroduites au dossier<sup>45</sup> vu que le Distributeur y avait répliqué.

Les observations écrites d'EBMI comportent un mémoire de 20 pages, copie d'observations produites par EBMI au dossier R-3624-2007 portant sur la suspension d'un contrat d'approvisionnement entre le Distributeur et HQP<sup>46</sup>, copie du mémoire d'EBMI au dossier tarifaire du Distributeur R-3644-2007 et certaines autres pièces y reliées<sup>47</sup>.

---

<sup>31</sup> Voir les pièces C-14.1, C-15.1, C-16.1, C-17.1, C-18.1, C-19.1, C-20.1 et C-22.1 au dossier R-3649-2007.

<sup>32</sup> Dossier R-3649-2007, pièce C-12.2.

<sup>33</sup> Idem, pièce C-21.1.

<sup>34</sup> Idem, pièce C-13.2.

<sup>35</sup> Idem, pièce C-5.3.

<sup>36</sup> Idem, pièce C-10.3.

<sup>37</sup> Idem, pièce C-8.2.

<sup>38</sup> Idem, pièce C-11.2.

<sup>39</sup> Idem, pièce C-4.4.

<sup>40</sup> Idem, pièce C-1.2.

<sup>41</sup> Idem, pièce C-9.4.

<sup>42</sup> Idem, pièce C-2.3.

<sup>43</sup> Idem, pièce C-3.2.

<sup>44</sup> Idem, pièce A-8.

<sup>45</sup> Idem, pièce A-12.

<sup>46</sup> Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité.

<sup>47</sup> Idem, pièce C-9.4.

Le 30 novembre 2007, le Distributeur produit l'Entente finale dans sa version confidentielle, accompagnée d'une lettre et d'un affidavit du représentant de TCE confirmant les exigences relatives à la confidentialité de certaines parties des dispositions de l'Entente finale<sup>48</sup>.

Le 7 décembre 2007, la Régie rend sa décision finale D-2007-134 sur l'approbation du Protocole et de l'Entente finale.

Le 7 janvier 2008, EBMI dépose une requête en révocation et révision de la Décision interlocutoire rendue le 12 novembre 2007 et de la Décision rendue le 7 décembre 2007.

### 3. ANALYSE

#### 3.1 DEMANDE DE RÉVOCATION ET DE RÉVISION DE LA DÉCISION INTERLOCUTOIRE

##### 3.1.1 POSITION D'EBMI

EBMI allègue que la première formation a manqué à son obligation d'équité procédurale et l'a privée de son droit d'être pleinement entendue et qu'elle n'a pas respecté le *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*<sup>49</sup> (le Règlement) lorsqu'elle a rendu la Décision interlocutoire.

Plus précisément, dans sa requête<sup>50</sup> et en argumentation orale le 17 mars 2008<sup>51</sup>, EBMI soumet que certains intéressés avaient indiqué leur intention de faire des représentations à cet égard et que la première formation a néanmoins rendu sa décision sans leur donner cette occasion. Cela irait à l'encontre de l'article 34 du Règlement. De plus, EBMI souligne que la première formation a procédé à huis clos le 13 novembre 2007, lors de l'audience/séance de travail, sans entendre les représentations des participants sur l'opportunité du huis clos.

---

<sup>48</sup> Idem, pièce B-12.

<sup>49</sup> (2006) 138 G.O. II, 2279.

<sup>50</sup> Dossier R-3658-2008, pièce B-1, par. 59 à 61.

<sup>51</sup> NS, volume 3, pages 63 et suivantes.

En argumentation orale, EBMI a soumis que la décision D-2003-146, rendue trois ans auparavant sur les éléments de confidentialité du Contrat d'approvisionnement, ne devait pas s'appliquer aux modifications au Contrat d'approvisionnement dont fait l'objet la Demande initiale<sup>52</sup>.

EBMI soumet que la Décision interlocutoire était une décision finale qui donnait ouverture à une demande en révision en vertu de l'article 37 (3) de la Loi « *une fois le dossier terminé* »<sup>53</sup>.

En réplique aux représentations du Distributeur et de S.É./AQLPA, EBMI n'explique pas<sup>54</sup> pourquoi, si l'accès aux documents confidentiels était à ce point important, elle n'a pas saisi la Régie d'une demande en révision avant que la décision finale ne soit rendue le 7 décembre 2007.

### **3.1.2 POSITION DE S.É./AQLPA**

Ce participant a plaidé<sup>55</sup> que la Décision interlocutoire est affectée d'un vice de fond du fait que la première formation n'avait pas donné aux parties l'opportunité de faire leurs représentations sur la question de la confidentialité. Cependant, le participant n'y voit pas un vice de fond de nature à invalider la Décision interlocutoire pour différents motifs :

- la première formation n'était pas tenue au délai de 10 jours de l'article 34 du Règlement;
- les participants pouvaient, malgré la décision sur la confidentialité, faire valoir leurs représentations sur le sujet à la séance de travail et dans leurs observations écrites;
- un participant aurait pu proposer, malgré la Décision interlocutoire, que les documents confidentiels soient rendus accessibles de façon restreinte comme cela se fait dans d'autres dossiers;

---

<sup>52</sup> Idem, pages 65 et suivantes.

<sup>53</sup> NS, volume 3, pages 80 et 81.

<sup>54</sup> Idem, pages 103 à 106.

<sup>55</sup> Idem, pages 169 et suivantes.

- à partir du moment où EBMI n'a pas réagi, n'a pas demandé à ce que ce vice de fond soit corrigé, elle n'est plus admissible à se servir de ce vice de fond pour demander à la fois la révision et la révocation de la Décision interlocutoire et de la Décision<sup>56</sup>.

### **3.1.3 POSITION DU DISTRIBUTEUR**

Le Distributeur soutient que l'aspect confidentialité du Protocole ou de l'Entente finale porte sur des renseignements dont la Régie avait déjà reconnu le caractère confidentiel par sa décision D-2003-146. La Décision interlocutoire venait simplement constater que les informations et renseignements produits avec la Demande initiale étaient confidentiels en application de la décision D-2003-146. Selon le Distributeur, la Régie n'avait pas à tenir une seconde audience à l'égard de renseignements qui avaient déjà été tenus pour confidentiels lors de l'approbation du Contrat d'approvisionnement<sup>57</sup>.

De plus, le Distributeur souligne que la demande de révision ou de révocation de la Décision interlocutoire est tardive puisqu'elle a été déposée environ deux mois après que cette dernière ait été rendue. Il souligne que si la question de la confidentialité était à ce point importante pour EBMI, cette dernière aurait dû agir plus tôt<sup>58</sup>.

### **3.1.4 OPINION DE LA RÉGIE**

La Décision interlocutoire portant sur la confidentialité de certaines dispositions du Protocole a été rendue le 12 novembre 2007. La demande de révision de cette décision a été déposée le 7 janvier 2008, presque deux mois après la décision. Le délai habituel pour demander la révocation ou la révision d'une décision, suivant l'article 37 de la Loi, est de 30 jours.

Dans le contexte particulier des délais à l'intérieur desquels la Régie devait traiter la Demande initiale, il importait de faire diligence à cet égard.

---

<sup>56</sup> Idem, page 171.

<sup>57</sup> Plan d'argumentation sommaire du Distributeur, p. 4.

<sup>58</sup> NS, volume 4, pages 17 et 18.

Bien que la confidentialité de certaines dispositions du Contrat d'approvisionnement et du Protocole le modifiant était connue depuis 2003, la première formation devait statuer sur une nouvelle demande de confidentialité présentée par le Distributeur. En absence d'instruction de la part de la Régie, le délai prévu à l'article 34 du Règlement, portant sur le délai pour contester une telle demande, s'appliquait.

La présente formation constate là une erreur dans l'application du délai prévu, qu'elle ne peut cependant que constater.

En effet, la Décision interlocutoire n'a d'interlocutoire que le fait d'avoir été rendue en cours d'instance. En fait, cette décision tranchait définitivement sur le caractère confidentiel des renseignements visés par la demande. Cette décision était donc immédiatement susceptible d'être contestée par une partie insatisfaite.

De plus, dans le contexte où la Régie devait procéder avec célérité sur la Demande initiale et considérant que les documents confidentiels contenaient des données intrinsèquement reliées à l'audition de la Demande initiale, EBMI aurait dû agir en temps opportun, sujet à demander, avec sa demande en révocation et révision de la Décision interlocutoire, la suspension de l'audition de la Demande initiale si EBMI pensait avoir un droit d'accès aux documents confidentiels et que cela était essentiel à l'élaboration de sa position sur la Demande initiale. Rien de cela n'a été fait.

La Régie rejette donc la demande de révocation et de révision de la Décision interlocutoire.

### **3.2 DEMANDE DE RÉVOCATION ET DE RÉVISION DE LA DÉCISION**

Comme mentionné plus haut, EBMI demande la révocation et la révision de la Décision pour des motifs pouvant être classés en quatre catégories : (i) une erreur juridictionnelle, (ii) des manquements à l'équité procédurale vu la procédure retenue par la Régie pour entendre la Demande initiale, (iii) des conclusions erronées en fait et en droit et (iv) des motifs reliés à des faits nouveaux.

Avant d'aborder ces motifs de révocation et de révision invoqués par EBMI, il importe de traiter de l'utilité de ce recours dans les circonstances propres à la Demande initiale.

### 3.2.1 L'UTILITÉ DU RECOURS EN RÉVOCATION ET RÉVISION

Les conclusions recherchées par EBMI en révocation et révision de la Décision sont les suivantes :

*« ACCUEILLIR la présente requête en révocation et révision;*

*RÉVOQUER les décisions D-2007-127 et D-2007-134;*

*SUBSIDIAIREMENT:*

*RÉVISER les décisions D-2007-127 et D-2007-134;*

*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;*

*RENDRE toute autre ordonnance jugée utile dans les circonstances. »*  
(nous soulignons)

Même en tenant pour avérés les faits et arguments d'EBMI à l'appui de ses prétentions voulant que la Décision soit entachée de vices de fond de nature à l'invalidier, sa demande en révocation pourrait être déclarée irrecevable pour les motifs suivants :

1. La Régie ne peut faire ce qu'EBMI demande aux conclusions de sa requête;
2. La révocation n'est pas un recours utile dans les circonstances.

#### 3.2.1.1 La Régie ne peut accueillir les conclusions d'EBMI telles que libellées

EBMI demande la révocation de la Décision, c'est-à-dire qu'elle demande en fait d'annuler la décision de la Régie qui approuvait le Protocole. Subsidièrement, EBMI demande à la Régie *une remise en état du dossier R-3649-2007*, c'est-à-dire, de se prononcer à nouveau sur l'autorisation ou non du Protocole.

Cela n'est pas possible pour la simple raison que l'article 10 du Protocole (et l'Entente finale à son article 6) prévoit spécifiquement que si le Protocole n'est pas autorisé au plus tard le 7 décembre 2007, il devient nul, non avvenu et sans effet.

La Régie, en révoquant la Décision qui autorisait le Protocole, ne ferait que rendre sans effet le Protocole et rendrait sans objet, du moins en partie, la demande en révocation visant à faire réévaluer l'ensemble du dossier ou à reprendre l'audition de la Demande initiale d'autorisation du Protocole.

La Régie est, à cet égard, en partie d'accord avec les prétentions du participant S.É./AQLPA.

### **3.2.1.2 La révocation n'est pas un recours utile dans les circonstances**

Même en présumant que les motifs de révision et de révocation allégués par EBMI soient bien fondés (ce sur quoi la Régie se prononce néanmoins plus loin), la Régie doit également se demander si, plusieurs mois après la fermeture de la centrale thermique de Bécancour, elle est en mesure d'agir de façon utile et dans l'intérêt public en donnant suite à cette demande de révocation et de révision.

La révocation de la Décision ne changerait rien à la situation de fait qui prévaut depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008 : la centrale de Bécancour est fermée. Le Distributeur et TCE ne seraient plus liés par le Protocole et seraient obligés de revenir rétroactivement aux termes du Contrat d'approvisionnement pourvu que cela soit possible. Tout cela risque de créer une situation confuse et problématique où la situation de fait et la situation juridique ne seraient plus en harmonie. Il pourrait en résulter une certaine instabilité et imprévisibilité au niveau du traitement réglementaire des coûts découlant de cette situation.

Il n'est pas inutile de rappeler que le libellé de l'article 37 de la Loi est à l'effet que la Régie a une certaine discrétion pour agir en révision ou révocation :

*« La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue... » (nous soulignons)*

Comme le souligne l'auteur Yves Ouellette, lorsque le texte de la loi est rédigé en termes permissifs et non impératifs, cela ne veut pas dire que le mécanisme de révision soit



entièrement discrétionnaire,<sup>59</sup> mais l'organisme dispose néanmoins d'une certaine discrétion pour, entre autres, rejeter sommairement les demandes de réexamen qu'il considérerait peu sérieuses ou comme un abus de procédure. La présente demande n'est pas abusive, mais elle est peu utile pour les raisons invoquées plus haut. Dans ces circonstances, la Régie serait justifiée d'exercer sa discrétion et de disposer sommairement de cette demande.

Cela étant dit, la Régie procède néanmoins à l'étude des motifs de révocation et de révision allégués par EBMI.

### **3.2.2 L'ERREUR JURIDICTIONNELLE**

#### **3.2.2.1 Position d'EBMI**

EBMI soumet que la Décision aurait dû être rendue par une formation de trois régisseurs et non par un régisseur seul.

L'argument d'EBMI tient essentiellement au fait qu'elle considère que l'approbation d'un contrat d'approvisionnement et d'une modification à un tel contrat en vertu de l'article 74.2 de la Loi relève des pouvoirs ou fonctions de la Régie visés aux paragraphes 2 et 2.1 du premier alinéa de l'article 31 de la Loi, c'est-à-dire que le pouvoir d'approbation de l'article 74.2 de la Loi ferait partie intégrante de l'exercice du pouvoir de surveillance de la Régie. Selon EBMI, cette fonction ou ce pouvoir de surveillance, aux termes de l'article 16 de la Loi, doit être exercé par trois régisseurs.

Une demande sous l'article 74.2 de la Loi ne serait pas visée par l'exception prévue à l'article 16 de la Loi voulant que le président de la Régie puisse désigner un régisseur pour étudier et décider seul une demande visée au paragraphe 5 du premier alinéa de l'article 31 de la Loi. En d'autres mots, une demande sous l'article 74.2 de la Loi n'entrerait pas, selon EBMI, dans la catégorie de « *toute autre demande soumise en vertu de la présente loi* » pour utiliser le libellé du paragraphe 5 du premier alinéa de l'article 31 de la Loi.

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

---

<sup>59</sup> Yves OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Les Éditions Thémis, page 512.

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° (paragraphe abrogé ;

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.*

*Elle a la même compétence pour décider d'une demande soumise en vertu de l'article 30 de la Loi sur Hydro-Québec ( chapitre H-5), du paragraphe 3° de l'article 12 et des articles 13 et 16 de la Loi sur les systèmes municipaux et privés d'électricité ( chapitre S-41), et des articles 2 et 10 de la Loi sur la Coopérative régionale d'électricité de Saint-Jean-Baptiste de Rouville et abrogeant la Loi pour favoriser l'électrification rurale par l'entremise de coopératives d'électricité (Lois du Québec, 1986, chapitre 21).*

*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. »*

*(nous soulignons)*

À titre subsidiaire, EBMI rappelle que la décision initiale de la Régie qui a approuvé le Contrat d'approvisionnement a été rendue par une formation de trois régisseurs. Selon EBMI, toute modification, altération, annulation, résiliation ou modification de ce contrat devait être rendue également par une formation de trois régisseurs. Selon EBMI, on ne peut permettre à un régisseur seul de défaire, modifier ou altérer ce qui a fait l'objet d'une approbation par trois régisseurs.

### 3.2.2.2 Position de S.É./AQLPA

S.É./AQLPA réfère d'abord à une décision de la Cour supérieure du Québec, l'arrêt *Tembec*<sup>60</sup>, où la Cour a clairement distingué le pouvoir de surveillance de la Régie de celui d'approbation des contrats.

De plus, l'historique des décisions de la Régie montre que, sur neuf décisions portant sur l'approbation de contrats d'approvisionnement, seulement trois décisions ont été rendues par trois régisseurs<sup>61</sup>. Selon S.É./AQLPA, le pouvoir de surveillance, tel qu'il a été abordé par la Régie dans ses décisions D-2006-27<sup>62</sup> et D-2007-13<sup>63</sup>, n'est considéré qu'en tant que contexte du pouvoir d'approbation des contrats sous l'article 74.2 de la Loi<sup>64</sup>.

L'historique législatif de la Loi montre que l'article 16 de la Loi, dans sa version antérieure aux amendements de 2000, prévoyait déjà que l'approbation d'un contrat d'achat d'électricité par Hydro-Québec faisait partie des exceptions, c'est-à-dire des cas où un régisseur pouvait agir seul. Il souligne que l'approbation d'un contrat d'achat d'électricité sous l'ancienne version de la Loi est très similaire aux pouvoirs de l'article 74.2 de la Loi dans sa version actuelle<sup>65</sup>.

### 3.2.2.3 Position du Distributeur

Selon le Distributeur, les articles 16 et 31(5) de la Loi autorisent un régisseur seul à entendre la Demande initiale portant sur l'approbation du Protocole et de l'Entente finale. La position d'EBMI voulant que l'approbation d'un contrat comme le Protocole soit reliée au pouvoir de surveillance de la Régie et doive être donnée par trois régisseurs, n'est pas conforme au cadre réglementaire<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> *Tembec inc. c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068.

<sup>61</sup> NS, volume 3, pages 159 et 160.

<sup>62</sup> Dossier R-3573-2005, 9 février 2006.

<sup>63</sup> Dossier R-3624-2007, 26 février 2007.

<sup>64</sup> NS, volume 3, pages 164 et 165.

<sup>65</sup> NS, volume 3, pages 165 et 166.

<sup>66</sup> Plan d'argumentation sommaire du Distributeur, page 3 et complément, page 2; NS, volume 4, 18 mars 2008, pages 17 et suivantes.

Le Distributeur conteste la position d'EBMI qui implique que tout soit relié au pouvoir de surveillance de la Régie ou que tout soit tarifaire — donc traité par trois régisseurs — en raison du fait que tout ce que la Régie est appelée à autoriser entraîne des conséquences financières<sup>67</sup>.

Selon le Distributeur, l'approbation du Protocole s'inscrit dans le cadre réglementaire spécifique englobant l'approbation du plan d'approvisionnement, la surveillance des appels d'offres et l'approbation des contrats d'approvisionnement. L'approbation d'un contrat sous l'article 74.2 de la Loi est une opération distincte de la fonction de surveillance de la Régie en vertu de l'article 31(1), (2) ou (3) (sic) de la Loi<sup>68</sup>.

L'application des articles 16 et 31(5) de la Loi permet au président de la Régie d'assigner un seul régisseur pour entendre et décider d'une « autre demande » au sens de l'article 31(5) de la Loi. Le Distributeur souligne que cela est cohérent avec toutes les décisions de la Régie à date<sup>69</sup>.

Le Distributeur réfère également à l'arrêt Tembec cité plus haut<sup>70</sup> où la Cour a reconnu que, pour faire autoriser un contrat d'approvisionnement, un seul régisseur peut agir. En réplique à cet argument, EBMI a souligné que cet élément n'avait pas été spécifiquement plaidé devant la Cour dans l'affaire Tembec.

#### **3.2.2.4 Opinion de la Régie**

La question est donc de savoir si la demande sous l'article 74.2 de Loi (approbation du Protocole) impliquait l'exercice du pouvoir de surveillance de la Régie (formation de trois régisseurs) ou s'il s'agit d'une *autre demande* au sens du paragraphe 5 du premier alinéa de l'article 31 de la Loi cité plus haut (formation d'un régisseur). En d'autres mots, y a-t-il une distinction, dans la Loi, entre l'exercice du pouvoir de surveillance et l'approbation d'un contrat par la Régie ou le premier englobe-t-il le second?

---

<sup>67</sup> NS, volume 4, pages 20 et 21.

<sup>68</sup> Idem, page 22.

<sup>69</sup> Idem, pages 23 et 24.

<sup>70</sup> *Tembec inc. c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068, par. 51.

Une demande d'autorisation d'un contrat en vertu de l'article 74.2 de la Loi est une demande distincte non reliée à l'exercice par la Régie de son pouvoir de surveillance.

La Loi a été adoptée en 1996 et amendée en 2000. L'historique législatif montre que la distinction évoquée plus haut existe aujourd'hui et existait également en 1996 avant les amendements de 2000.

La loi de 1996<sup>71</sup> prévoyait un pouvoir de surveillance des activités d'Hydro-Québec et des distributeurs de gaz [art. 31(2)] et le même pouvoir de décider toute *autre demande* en vertu de la loi [art. 31 (5)] :

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

*[...]*

*2° surveiller les opérations d'Hydro-Québec ou des distributeurs de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants et paient selon un juste tarif ;*

*[...]*

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

L'article 16 de la loi de 1996 prévoyait spécifiquement que, malgré le pouvoir de surveillance des activités d'Hydro-Québec, le président de la Régie pouvait désigner un seul régisseur pour décider différentes demandes. Ces cas étaient prévus aux articles 73(2) (Autorisation pour étendre ou modifier un réseau de distributeur), 74 al. 1 (Approbation contrat d'achat et d'échange d'électricité), 78 al. 1 (Demande d'ordonner à un distributeur de gaz naturel d'étendre son réseau), 81 (Approbation d'un contrat d'approvisionnement) et 84 al. 1 (Fixation de certaines conditions pour l'installation d'équipements de distribution de gaz) :

*« 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 faite en vertu du paragraphe 2° de l'article 73, du premier alinéa de l'article 74, du premier alinéa de l'article 78, de l'article 81 et du premier*

*alinéa de l'article 84 de la présente loi, de l'article 30 de la Loi sur Hydro-Québec (L.R.Q., chapitre H-5), et de l'article 2 de la Loi sur la Coopérative régionale d'électricité de Saint-Jean-Baptiste de Rouville et abrogeant la Loi pour favoriser l'électrification rurale par l'entremise de coopératives d'électricité.*

*73. Hydro-Québec ou un distributeur de gaz naturel doit obtenir l'autorisation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement, pour :*

*1° acquérir, construire ou disposer des immeubles ou des actifs destinés à la production, au transport ou à la distribution d'électricité ou de gaz naturel ;*

*2° étendre ou modifier son réseau de distribution ;*

*74. Hydro-Québec ne peut conclure un contrat d'achat ou d'échange d'électricité sans obtenir l'approbation de la Régie dans les cas que cette dernière détermine.*

[...] » (nous soulignons)

À l'époque, l'intention du législateur de limiter les cas où un régisseur pouvait agir seul était sans équivoque. Avant les modifications législatives de 2000 — et c'est encore le cas aujourd'hui —, l'article 31 de la Loi décrivait les fonctions et pouvoirs de la Régie en énumérant quelques pouvoirs spécifiques et le texte se terminait par une formule générale « *décider de toute autre demande soumise en vertu de la présente loi* ». En même temps, l'article 16 de la Loi posait la règle générale : une demande est étudiée et décidée par trois régisseurs. L'exception était formulée sous la forme d'une énumération de cas où un seul régisseur peut agir.

En termes de technique législative, l'utilisation d'une énumération (e.g., les cas où un seul régisseur peut agir) est une méthode restrictive. Cela donne ouverture à l'application de la règle « *expressio unius est exclusio alterius* » (la mention spéciale d'un cas est l'exclusion implicite des autres)<sup>72</sup>.

En 2000, on a changé le libellé de l'article 16 de la Loi. Le principe est toujours le même : une demande est étudiée par trois régisseurs. L'exception est libellée en référant à une formule plus générale : *toute autre demande soumise en vertu de la présente loi*. Les « *autres demandes* » dont il s'agit sont toujours celles qui ne sont pas spécifiquement

<sup>71</sup> 1996, chapitre 61.

<sup>72</sup> Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, p. 22. Cours donné en 1965 aux conseillers juridiques du gouvernement du Québec.

énumérées à l'article 31 de la Loi et qu'on retrouve ailleurs dans la Loi. Parmi ces autres demandes prévues ailleurs dans la Loi, il y en a qui étaient antérieurement énumérées à l'ancien article 16, mais pas toutes. Le fait d'établir l'exception en utilisant une formule plus générale que l'ancienne énumération montre que le législateur n'a pas voulu restreindre les exceptions pouvant être décidées pour un seul régisseur.

Tant la Loi de 1996 que celle de 2000 ont toujours fait une distinction entre le pouvoir de surveillance de la Régie et ses autres pouvoirs de décider toute *autre demande*, dont des demandes sous les articles 74.2 et 73 de la Loi. Ces autres demandes peuvent être étudiées et décidées par un seul régisseur si telle est la décision du président de la Régie.

Quant à l'argument subsidiaire, la présente formation est d'avis que la décision D-2003-159 marquait la fin du dossier R-3515-2003. Donc, le dossier R-3649-2007 était un dossier distinct et le président de la Régie a exercé sa discrétion prévue à l'article 16 de la Loi pour y désigner une formation d'un régisseur.

La Régie ne retient donc pas cet argument d'EBMI.

### **3.2.3 MANQUEMENT À L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE**

#### **3.2.3.1 Position d'EBMI**

EBMI soumet essentiellement que la première formation, en choisissant de tenir une audience orale et de recevoir les observations des participants intéressés, était tenue, dans le cadre de ce processus, de respecter son obligation d'équité procédurale, les règles de justice naturelle ainsi que les dispositions de sa loi et de ses règlements. EBMI n'aurait pas pu présenter des observations complètes, ayant été privée de l'accès à des informations et à des éléments de preuve essentiels et déterminants relatifs à la Demande initiale. Les informations en question sont celles qui ont été jugées confidentielles par la première formation et entendues à huis clos<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Requête d'EBMI, par. 55 à 63.



### 3.2.3.2 Position de S.É./AQLPA

Ce participant réitère que le fait de ne pas avoir entendu les parties sur les questions touchant à la confidentialité du Protocole et de l'Entente finale n'est pas un motif suffisant pour invalider la Décision.

Sur la question de la séance de travail, le participant rappelle qu'il ne s'agissait pas d'une audience et que cela avait été clairement dit dans la lettre de convocation de la Régie. Cela a également été répété par le président de la première formation à l'ouverture de la séance<sup>74</sup>. Le participant indique que la première formation disposait de flexibilité quant aux moyens procéduraux à adopter étant donné que la Demande initiale ne requérait pas une audience publique en vertu de l'article 25 de la Loi. Cette flexibilité s'infère également des articles 12, 14, 15 et 49 du Règlement.

De plus, le participant souligne que la première formation pouvait ne pas permettre le contre-interrogatoire suivant l'article 24 du Règlement et a choisi de permettre aux participants de faire valoir leurs commentaires par écrit. Selon le participant, le fait d'être entendu oralement lors de la séance de travail et de faire par la suite des représentations écrites n'a rien d'anormal.

Il n'y aurait également rien d'anormal dans le fait que le président de la formation ait assisté à la séance de travail.

La première formation avait juridiction pour approuver ou refuser la Demande initiale. Elle l'a approuvée en appréciant la preuve qui lui était soumise en tenant compte qu'elle avait peu de temps pour le faire et qu'il s'agissait d'approuver un contrat d'un an<sup>75</sup>.

### 3.2.3.3 Position du Distributeur

Même si les parties directement visées par la Demande initiale étaient le Distributeur et TCE, la première formation a néanmoins ouvert le débat pour permettre la participation d'intérêts privés, comme EBMI, et publics, comme les associations de consommateurs et les groupes environnementaux. Invoquant l'arrêt *Telecommunications Workers Union c.*

---

<sup>74</sup> NS, volume 3, pages 173 et suivantes.

*Canada*<sup>76</sup>, le Distributeur soumet qu'en l'espèce, la première formation n'avait même pas d'obligation de donner avis de la Demande initiale à une partie privée comme EBMI qui n'a qu'un intérêt indirect à cette demande<sup>77</sup>. La première formation a néanmoins permis à cette partie privée d'être entendue.

La Régie avait toute latitude pour mettre en place le processus qui lui paraissait le plus efficient. C'est ce qu'elle a fait et cela a permis une participation large du public et des intervenants. EBMI ne s'est pas objectée au processus<sup>78</sup>. Au contraire, elle a eu la chance de produire des observations écrites sérieuses, fouillées et complètes<sup>79</sup>.

Le Règlement aux articles 12, 13, 14 et 19 donne toute la latitude à la Régie d'adopter les modes procéduraux qui lui semblent appropriés aux dossiers dont elle est saisie<sup>80</sup>. De plus, EBMI n'avait pas un droit de témoigner puisque la Demande initiale n'en était pas une qui requérait une audience publique au sens de l'article 25 de la Loi<sup>81</sup>.

### 3.2.3.4 Opinion de la Régie

Avant de porter un jugement sur la procédure suivie par la première formation — laquelle est relatée plus haut à la section traitant des faits —, il est important de bien circonscrire les obligations statutaires de la Régie en matière de consultation du public.

La requérante EBMI est une personne intéressée du public et non l'administré directement concerné par l'approbation d'un contrat, en l'occurrence le Protocole. La Loi prévoit spécifiquement les cas où la Régie doit consulter par voie d'audience publique et ceux où elle n'a pas cette obligation statutaire.

*« 25. La Régie doit tenir une audience publique:*

---

<sup>75</sup> Idem, pages 176-177.

<sup>76</sup> [1995] 2 R.C.S. 781.

<sup>77</sup> NS, volume 4, pages 33 et suivantes.

<sup>78</sup> Idem, page 32.

<sup>79</sup> Idem, page 35.

<sup>80</sup> Idem, pages 68 et 69.

<sup>81</sup> Idem, page 78.

*1° lorsqu'elle procède à l'étude d'une demande faite en vertu des articles 48, 65, 78 et 80;*

*2° lorsqu'elle détermine les éléments compris dans les coûts d'exploitation et fixe un montant en application de l'article 59;*

*2.1° lorsqu'elle approuve le financement du plan d'ensemble en efficacité énergétique et nouvelles technologies et qu'elle établit le montant annuel prévu au paragraphe 2° de l'article 85.25;*

*3° lorsque le ministre le requiert sur toute question en matière énergétique.*

*La Régie peut convoquer une audience publique sur toute question qui relève de sa compétence. »*

L'article 48 porte sur la fixation des tarifs, l'article 65 sur une demande de droit exclusif de distribution de gaz naturel, l'article 78 sur l'extension d'un réseau de distribution de gaz naturel et l'article 80 sur l'aliénation, la fusion d'une entreprise faisant l'objet d'un droit exclusif de distribution de gaz naturel et sur différentes opérations sur les titres d'une personne morale détentrice d'un tel droit exclusif. Les autres cas où la Régie doit tenir une audience publique sont identifiés explicitement aux paragraphes 2, 2.1 et 3 du premier alinéa de l'article 25 de la Loi.

Dans tous les autres cas, la Régie peut tenir une audience publique, mais elle n'y est pas statutairement tenue. C'est le cas de la Demande initiale du Distributeur ayant mené à la Décision et à la Décision interlocutoire, i.e. une demande d'approbation d'un contrat modifiant un contrat d'approvisionnement déjà autorisé en application du deuxième alinéa de l'article 74.2 de la Loi. C'est également le cas des demandes d'autorisation de projets de construction et autres investissements destinés à la distribution de l'électricité en vertu de l'article 73 de la Loi.

Il va de soi que le fait d'autoriser un contrat d'approvisionnement de plusieurs millions de dollars ou un investissement dans une construction impliquant également des millions de dollars a éventuellement un impact sur les tarifs des consommateurs d'électricité. Néanmoins, la Loi ne prévoit pas l'obligation statutaire de traiter ces questions en audience publique. Il faut qu'il y ait une raison derrière cette distinction qu'a faite le législateur entre les cas obligeant la Régie à tenir une audience publique et les autres cas.

L'interprétation contextuelle de l'article 49 de la Loi<sup>82</sup> aide à comprendre la distinction entre la tarification et l'approbation d'actes d'administration courante d'un distributeur ou du transporteur.

La tarification est un exercice global où la Régie répartit entre les différentes catégories de consommateurs l'ensemble des coûts reliés aux investissements d'un distributeur ou du Transporteur et les montants globaux de ses dépenses :

*« 49. Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de transport d'électricité ou un tarif de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel, la Régie doit notamment:*

*1° établir la base de tarification du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel en tenant compte, notamment, de la juste valeur des actifs qu'elle estime prudemment acquis et utiles pour l'exploitation du réseau de transport d'électricité ou d'un réseau de distribution de gaz naturel ainsi que des dépenses non amorties de recherche et de développement et de mise en marché, des programmes commerciaux, des frais de premier établissement et du fonds de roulement requis pour l'exploitation de ces réseaux;*

*2° déterminer les montants globaux des dépenses qu'elle juge nécessaires pour assumer le coût de la prestation du service notamment, pour tout tarif, les dépenses afférentes aux programmes commerciaux, et pour un tarif de transport d'électricité, celles afférentes aux contrats de service de transport conclus avec une autre entreprise dans le but de permettre au transporteur d'électricité d'utiliser son propre réseau de transport;*

*3° permettre un rendement raisonnable sur la base de tarification;*

*4° favoriser des mesures ou des mécanismes incitatifs afin d'améliorer la performance du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel et la satisfaction des besoins des consommateurs;*

*5° s'assurer du respect des ratios financiers;*

---

<sup>82</sup> L'article 49 de la Loi s'applique à la distribution de l'électricité par le biais de l'article 52.3 de la Loi.

*6° tenir compte des coûts de service, des risques différents inhérents à chaque catégorie de consommateurs et, pour un tarif de gaz naturel, de la concurrence entre les formes d'énergie et de l'équité entre les classes de tarifs;*

*7° s'assurer que les tarifs et autres conditions applicables à la prestation du service sont justes et raisonnables;*

*8° tenir compte des prévisions de vente;*

*9° tenir compte de la qualité de la prestation du service;*

*10° tenir compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret;*

*11° maintenir, sous réserve d'un décret du gouvernement à l'effet contraire, l'uniformité territoriale de la tarification sur l'ensemble du réseau de transport d'électricité.*

[...]

*Elle peut également utiliser toute autre méthode qu'elle estime appropriée. »*

(nous soulignons)

C'est donc la répartition des coûts globaux du Distributeur aux différentes catégories de consommateurs qui doit faire l'objet d'une audience publique. L'intérêt des consommateurs est alors légalement présumé plus direct.

Par contre, le contrôle plus pointu de certaines décisions courantes du Distributeur (contrats, investissements, plans, programmes, etc.) n'est pas assujéti à l'audience publique. L'approbation des décisions courantes du Distributeur concerne plus directement l'administré (le Distributeur), son cocontractant, le cas échéant, et la Régie, un organisme spécialisé ayant l'expertise voulue pour traiter ces questions. Il va de soi que la Régie ne pourrait pas rendre une décision défavorable à l'administré (un distributeur ou le Transporteur) en refusant d'approuver un contrat ou un projet d'investissement sans lui donner l'occasion de faire des représentations.

Quant à l'implication du public dans ce processus, il en va autrement : la Régie a un pouvoir discrétionnaire. La Régie est alors non seulement maître de sa procédure, mais a totale

discrétion pour consulter le public et, par voie de conséquence, sur la façon dont elle entend le faire. Tant qu'un tel pouvoir n'est pas exercé de façon abusive, il est difficile d'y voir un manquement à l'équité procédurale.

Pour revenir aux cas où la Régie doit tenir une audience publique et les cas où elle n'y est pas obligée, il faut également voir le côté pratique des choses. Il est difficile d'imaginer un système où chaque contrat d'approvisionnement et chaque projet d'investissement seraient autorisés par la Régie à l'issue d'une audience publique formelle (processus quasi-judiciaire complet) dont la procédure s'échelonne sur plusieurs mois. La Loi a anticipé cela et a donné la flexibilité nécessaire à la Régie pour juger quand consulter le public et comment le faire.

Au cours des années, la Régie, dans un souci d'efficacité et de transparence, a presque toujours permis aux personnes intéressées d'être informées des différentes demandes qui lui sont soumises et de soumettre des observations écrites.

Cette façon de procéder est équitable et permet à la Régie, le cas échéant, d'être sensibilisée à tout problème soulevé par une personne intéressée et d'agir en conséquence.

Cela dit, lorsque la Régie autorise un contrat d'approvisionnement ou un amendement à un tel contrat en vertu de l'article 74.2 de la Loi, il n'y a pas *a priori* de droit d'intervention, de droit de soumettre une preuve ou de contre-interroger des témoins.

Dans le présent cas, comme relaté plus haut, la Régie a même fait un peu plus que ce qu'elle fait habituellement : elle a permis aux intéressés, dont EBMI, de participer à une séance de travail où ils ont pu poser des questions au Distributeur sur le Protocole et elle leur a permis de soumettre des observations écrites.

La Régie rejette donc les arguments d'EBMI basés sur le non-respect des règles d'équité procédurale.

### **3.2.4 CONCLUSIONS ERRONÉES EN FAIT ET EN DROIT**

#### **3.2.4.1 Position d'EBMI**

Selon EBMI, la première formation a commis un certain nombre d'erreurs de fait et de droit lors de l'étude de la Demande initiale.

#### **Le droit de substitution**

La première erreur porterait sur le fait que la première formation ait approuvé les modifications aux droits de substitution prévus à la section 7.5 du Contrat d'approvisionnement. Ces modifications sont décrites aux articles 27 à 29 du Protocole et 28 à 31 de l'Entente finale.

Selon EBMI, cela irait à l'encontre des principes d'équité en matière d'appel d'offres vu que les modifications portent sur un élément essentiel du Contrat d'approvisionnement qui aurait nécessité la conclusion d'une nouvelle entente par voie d'appel d'offres<sup>83</sup>.

EBMI soutient que la Régie était tenue, en vertu de son rôle de surveillance des activités du Distributeur en matière d'appel d'offres, de faire respecter le principe d'égalité de traitement à l'égard des soumissionnaires qui n'auraient pas eu l'occasion de présenter une offre à des conditions substantiellement différentes de celles de l'appel d'offres initial ayant mené au Contrat d'approvisionnement.

La première formation aurait eu tort de minimiser l'importance de la concession faite à TCE par les amendements au Contrat d'approvisionnement au chapitre des droits de substitution.

#### **La revente de la puissance**

La première formation aurait également fait erreur dans son évaluation du scénario de la revente, en omettant de tenir compte de la valeur de la revente de la puissance disponible au Contrat d'approvisionnement et en acceptant les prétentions du Distributeur voulant que la

---

<sup>83</sup> Requête d'EBMI, par. 66 à 77.

revente de la puissance aille à l'encontre de l'esprit de l'Entente Cadre intervenue entre le Distributeur et Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (HQP)<sup>84</sup>.

### **Les appels d'offres de 2007**

La première formation aurait également fait erreur en acceptant l'analyse des risques associés à la revente sur la base de l'expérience des appels d'offres en 2007. En 2007, selon EBMI, certains incidents reliés à un comportement présumé abusif d'une filiale de HQP et une baisse inattendue des prix offerts ont faussé l'analyse de ces résultats. La première formation aurait, à cet égard, commis une erreur déterminante dans son appréciation de ce qu'est une gestion prudente axée sur l'optimisation du portefeuille d'approvisionnement du Distributeur<sup>85</sup>.

### **Analyse comparative des scénarios de suspension et de revente**

Une autre erreur de la première formation, selon EBMI, consisterait à avoir considéré les deux scénarios comme comparables en termes de résultats. Le coût du scénario de suspension aurait dû être ajusté pour tenir compte du coût direct d'achat d'électricité durant une période de quatre mois en 2008. Cela aurait dû favoriser le scénario de revente. De plus, le scénario de revente du Distributeur aurait dû être écarté par la première formation et elle aurait dû demander au Distributeur de refaire ses calculs sur la base du coût moyen d'approvisionnement en électricité<sup>86</sup>.

#### **3.2.4.2 Position de S.É./AQLPA**

Ce participant aborde la question des erreurs de fait et de droit sous l'angle de la juridiction qu'avait la première formation qui n'était pas de réécrire le Protocole ou l'Entente finale mais de l'approuver ou de le rejeter<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Idem, par. 78 à 85.

<sup>85</sup> Requête d'EBMI, par. 86 à 91.

<sup>86</sup> Idem, par. 92 à 104.

<sup>87</sup> NS, volume 3, pages 176 à 183.



Selon S.É./AQLPA, la Régie a apprécié la preuve de faits qui lui était soumise. Elle avait très peu de temps pour le faire, mais il s'agissait de l'approbation d'un contrat d'un an. Le participant réfère au fondement de la Décision qui n'est pas tellement basé sur des calculs précis ou des études fines des deux scénarios, mais plutôt sur le rôle du Distributeur et sur l'évaluation des risques. À cet égard, S.É./AQLPA souligne que la fonction première du Distributeur est de vendre de l'électricité aux Québécois. Elle n'est pas de planifier des achats de surplus, mais d'éviter des surplus et de ne pas chercher à se transformer en spéculateur sur les marchés étrangers<sup>88</sup>.

La première formation s'est donc basée sur le rôle du Distributeur, sur les risques reliés au fait d'opter pour la revente et sur le fait qu'une large part des consommateurs était en faveur du scénario de suspension du Contrat d'approvisionnement.

En révision, la Régie doit se demander, compte tenu de ce qui précède, si la Décision est entachée d'un vice sérieux ou fondamental dans le fait d'avoir approuvé, en décembre 2007, le Protocole plutôt que de l'avoir rejeté. À cela, S.É./AQLPA répond que si la Régie révisait ou révoquait la Décision, cela placerait les parties dans une situation qui n'est pas comparable à ce qui existait en novembre 2007 et que de nouveaux calculs devraient être présentés. Pour l'ensemble de ces raisons, S.É./AQLPA invite la Régie à rejeter la demande en révocation et révision d'EBMI.

### **3.2.4.3 Position du Distributeur**

Le Distributeur plaide que la première formation a correctement interprété et appliqué aux faits en preuve les dispositions législatives et réglementaires en cause. La Décision repose sur la preuve de nature technico-économique au dossier. Les insatisfactions d'EBMI ne constituent pas des vices de fond au sens de l'article 37 de la Loi.

La première formation a considéré les faits et les démonstrations mis en preuve par le Distributeur ainsi que les arguments soumis par les participants à l'audience, dont EBMI. Le fait que la première formation, en évaluant la force probante de la preuve et des arguments, ait choisi de ne pas retenir les arguments ou les conclusions d'EBMI dans la Décision ne

---

<sup>88</sup> Idem, page 180.

constitue pas un vice de fond selon l'article 37 de la Loi. Selon le Distributeur, EBMI tente d'introduire un appel déguisé de la Décision.

De plus, le Distributeur soumet que suivant l'article 18 de la Loi, la première formation n'avait pas l'obligation de se prononcer sur tous les arguments de fait ou de droit soumis par les participants<sup>89</sup>.

Sur les allégués d'EBMI voulant que les changements au Contrat d'approvisionnement aillent à l'encontre des principes d'équité en matière d'appel d'offres, le Distributeur soumet qu'ils ne reposent sur aucune assise factuelle ou juridique valable. À cet égard, le Distributeur réfère la Régie à deux arrêts des tribunaux : *Double N Earthmovers Ltd c. Edmonton*<sup>90</sup> et *Roussillon c. Construction Franck Catania & Associés inc.*<sup>91</sup>.

Dans *Double N*<sup>92</sup>, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont dit qu'un soumissionnaire non retenu ne peut intervenir au contrat B — dans notre cas, le Contrat d'approvisionnement et le Protocole —, i.e. au contrat adjugé au soumissionnaire retenu à la suite de l'appel d'offres, pour se plaindre que les conditions du contrat B ont été changées et que les parties à ce contrat ne respectent pas les conditions de l'appel d'offres.

En conséquence, le Distributeur soumet que, à la suite de la procédure d'appel d'offres ayant mené au Contrat d'approvisionnement entre le Distributeur et TCE, les soumissions étaient terminées, mais le Contrat d'approvisionnement n'était pas immuable. Ainsi, la première formation pouvait, après avoir pris en considération la conjoncture, permettre les modifications reprises au Contrat d'approvisionnement<sup>93</sup>.

Plus spécifiquement sur (i) les modifications introduites par le Protocole au niveau du droit de substitution prévu au Contrat d'approvisionnement, (ii) la question de la revente de puissance prévue au Contrat d'approvisionnement et (iii) l'analyse comparative des scénarios de suspension ou de revente, le Distributeur soumet que tous ces éléments ont été plaidés devant la première formation par EBMI dans ses observations écrites et commentés

---

<sup>89</sup> Plan d'argumentation sommaire du Distributeur, pages 3 et 4.

<sup>90</sup> 2007 CSC 3.

<sup>91</sup> 2007 QCCS 3607.

<sup>92</sup> Voir les paragraphes 68 à 74 de la décision.

<sup>93</sup> NS, volume 4, pages 36 et 37.

en réplique par le Distributeur. À cet égard, la demande en révocation et révision d'EBMI est un appel déguisé<sup>94</sup>.

Sur les allégués d'erreurs au niveau de l'analyse comparative des scénarios de suspension et de revente, particulièrement en ce qui concerne le fait que la première formation n'aurait pas pris en compte le coût moyen des approvisionnements, le Distributeur soumet que cela ne rencontre pas les critères de recevabilité d'une demande en révision selon l'article 37 (1) de la Loi<sup>95</sup>. Il ne s'agit pas d'un fait nouveau, mais d'un nouvel argument introduit par le procureur d'EBMI et qui n'a pas été présenté à la première formation. On ne peut reprocher au décideur initial de ne pas avoir tenu compte d'un argument qui ne lui a pas été présenté. Il ne s'agit donc pas d'un motif de révision recevable<sup>96</sup>. Le Distributeur cite un auteur et un arrêt de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles à l'appui de ses prétentions<sup>97</sup>.

#### 3.2.4.4 Opinion de la Régie

Les motifs de la première formation pour retenir le scénario de suspension plutôt que celui de la revente sont exprimés à la page 17 de la Décision; il importe de les citer :

*« Bien que la Régie reconnaisse la difficulté d'apprécier correctement les risques inhérents à chacune des options, il apparaît évident que l'option de la revente est la plus risquée, puisque les revenus anticipés dépendent de plusieurs facteurs, notamment des ralentissements significatifs des niveaux de production des grandes entreprises dans plusieurs secteurs, de la fermeture d'autres entreprises si la situation économique se détériore, de la valeur du dollar canadien, des aléas climatiques et de la capacité disponible sur les interconnexions.*

*De plus, il est démontré qu'un trop grand volume offert sur le marché aurait un impact à la baisse sur les prix.*

---

<sup>94</sup> Idem, pages 79 à 90.

<sup>95</sup> Plan sommaire d'argumentation du Distributeur, page 4.

<sup>96</sup> NS, volume 4, pages 91 et 92.

<sup>97</sup> M<sup>e</sup> Jean-Pierre VILLAGI, CAIJ, *École du Barreau, Droit public et administratif*, collection de droit 2007-2008, vol., 7, Cowansville, Yvon Blais, 2007, pages 135 (sur l'irrecevabilité de nouveaux arguments de droit en révision), 136 et 137 (sur ce qui n'est pas un fait nouveau en révision). *Forage Dominik (1981) Inc. c. Haché et CSST*, 1994 C.A.L.P., à la page 871 (sur l'argument non soumis au premier décideur).

*À cet égard, le fait que le Producteur ait informé le Distributeur qu'il n'avait pas l'intention de répondre à ses appels d'offres est inquiétant, puisque cela suppose qu'il sera très actif sur les marchés d'exportation.*

*Il faut reconnaître également que le Distributeur ne dispose pas des mêmes outils que le Producteur pour intervenir de manière rentable sur les marchés. Avec l'option de suspension du contrat, les coûts sont connus et les risques bien identifiés.*

*Par ailleurs, le fait que deux participants, représentant une large partie des consommateurs, favorisent l'option de la suspension du contrat de TCE et compte tenu des risques déjà discutés, il apparaît à la Régie que de contraindre le Distributeur à prendre livraison à grands frais d'électricité dont il n'a pas besoin pour tenter de la revendre à profit dans un marché compétitif, serait imprudent. »*

Les motifs de la première formation tiennent donc à son appréciation du risque comparé de deux scénarios : la revente de surplus d'électricité en 2008 vs la suspension temporaire du contrat avec TCE. Comme l'indique l'extrait cité plus haut de la Décision, la première formation a considéré plus risqué de spéculer sur les expectatives incertaines de gains résultant de la revente de surplus d'électricité en 2008 que d'accepter les coûts connus découlant de la suspension temporaire du contrat avec TCE.

Un des critères de révision reconnus par la Cour d'appel du Québec<sup>98</sup> consiste à voir si le décideur a tiré une conclusion insoutenable (i.e., inadmissible, indéfendable, injustifiable<sup>99</sup>) à partir des faits ou du droit. Il n'y a rien d'insoutenable dans la décision de la première formation du fait d'avoir préféré une situation connue (coût de la suspension du Contrat d'approvisionnement) à une situation inconnue (bénéfices de revente en 2008).

Tenant compte de cela, les arguments soumis par EBMI et portant sur les allégations d'erreurs dans l'appréciation de la preuve par la première formation ne tiennent pas. Comme l'a plaidé le Distributeur, ces arguments ont déjà été soumis à la première formation et pris en compte par cette dernière. Ce n'est pas parce que la première formation n'a pas retenu les arguments ou observations d'EBMI que cela constitue un motif de révision ou de révocation au sens de la Loi.

---

<sup>98</sup> *Tribunal Administratif du Québec c. Godin*, (C.A.), 500-09-009744-004, 18 août 2003, (j. Fish, Rousseau-Houle et Chamberland).

<sup>99</sup> Le Petit Robert cédérom.

De plus, considérant les raisons qui ont motivé la première formation à retenir le scénario de suspension, les allégations d'erreurs, si erreurs il y a, ne portent pas sur des éléments déterminants ou fatals à la Décision qui est plutôt basée sur une appréciation plus générale et subjective des faits, i.e. sur une appréciation des risques présentés.

Quant à l'argument voulant que l'approbation du Protocole soit illégale parce que constituant une modification substantielle à un contrat ayant fait l'objet d'un appel d'offres, la présente formation souscrit aux arguments du Distributeur à cet égard. Le processus d'appel d'offres ayant mené au Contrat d'approvisionnement était terminé. Les soumissionnaires non retenus ne sont pas impliqués au niveau du Contrat d'approvisionnement et des amendements introduits par le Protocole et l'Entente finale. Si, suivant la jurisprudence citée plus haut, les soumissionnaires non retenus n'auraient pas d'intérêt pour contester le Protocole et l'Entente finale, EBMI, en soumettant des arguments à cet égard, plaide non seulement pour autrui, mais pour des parties qui n'ont pas d'intérêt au départ.

Finalement, il incombait à la première formation, dans le cadre du processus particulier prévu à la Loi pour l'approbation du Contrat d'approvisionnement issu d'un appel d'offres, d'approuver les amendements introduits par le Protocole et l'Entente finale. C'est ce qu'a fait la première formation en tenant compte de l'ensemble du contexte ayant mené à la nécessité de suspendre l'application du Contrat d'approvisionnement avec TCE.

La Régie rejette les arguments d'EBMI sur les allégations d'erreurs en fait et en droit dans l'appréciation de la preuve par la première formation.

### **3.2.5 FAITS NOUVEAUX**

#### **3.2.5.1 Position d'EBMI**

EBMI soumet que depuis les représentations qu'elle a faites à la première formation dans le cadre de la Demande initiale et depuis la Décision, le processus d'appel d'offres alors en cours et portant sur le droit au transport ferme à partir de l'interconnexion du côté américain de PHI/PHII a été complété, avec comme résultat que des intermédiaires de marché autres que HQP se sont vus octroyer des garanties de transport ferme vers la Nouvelle-Angleterre

et ses marchés<sup>100</sup>. Cette nouvelle ouverture au marché de la Nouvelle-Angleterre le rendait plus accessible.

EBMI joint à sa demande en révocation et révision des documents à cet égard. Selon EBMI, si ces informations avaient été connues au moment de la Décision, cela aurait amené la première formation à faire une analyse de la gestion des risques différente de celle qu'elle a pu compléter en vue de sa Décision. Ces informations auraient sûrement eu pour effet de bonifier certaines des hypothèses de revente que la première formation a envisagées et auraient pu donner lieu à une décision différente<sup>101</sup>.

### 3.2.5.2 Position de S.É./AQLPA

Ce participant n'a pas traité de cette question.

### 3.2.5.3 Position du Distributeur

Le Distributeur n'a pas traité directement de cette question, mais a soumis des autorités et de la jurisprudence sur la notion de fait nouveau au sens de l'article 37(1) de la Loi :

*« Ainsi, découvrir un fait nouveau au sens du paragraphe 1 de ces articles [le même que 37(1) de la Loi] signifie que l'on découvre pour la « première fois » après l'audience un fait nouveau, et ce, malgré des démarches adéquates. Découvrir un fait nouveau ne signifie donc pas « obtenir » après l'audience une information pertinente. De plus, découvrir un fait nouveau ne veut pas dire découvrir un témoignage de plus au sujet d'un fait déjà discuté au procès. En fait, trois éléments sont nécessaires pour que l'on puisse parler de la découverte d'un fait nouveau : « 1<sup>o</sup> la découverte, postérieure à la décision, d'un fait nouveau; 2<sup>o</sup> la non-disponibilité de cet élément au moment de l'audition; 3<sup>o</sup> le critère déterminant qu'aurait eu cet élément sur le sort du litige, s'il eût été connu en temps utile ». Soulignons ainsi qu'une nouvelle interprétation jurisprudentielle n'est pas un fait nouveau au sens du paragraphe 1 de ces articles. Ne serait pas non plus un fait nouveau que d'invoquer un nouvel argument de droit »<sup>102</sup>.*

---

<sup>100</sup> Requête d'EBMI, par. 106 à 112.

<sup>101</sup> Idem, par. 111.

<sup>102</sup> Voir texte de Villagi cité plus haut aux pages 136 et 137.

#### **3.2.5.4 Opinion de la Régie**

Le fait qu'EBMI veut faire qualifier de « fait nouveau » le résultat d'un appel d'offres postérieur à la Décision, appel d'offres qui était en cours au moment de l'audition de la Demande initiale et portait sur l'accès à la capacité de transport d'électricité vers le marché de la Nouvelle-Angleterre, n'est pas un fait nouveau au sens de l'article 37 de la Loi.

Il s'agit d'un fait survenu postérieurement à la Décision. Il ne s'agit donc pas d'un fait qui aurait pu changer la Décision s'il avait été connu en temps utile puisqu'il n'existait pas au moment de rendre la Décision. À la rigueur, si ce fait était imminent et important, cela aurait pu justifier une demande de report de l'audition de la Demande initiale. Si une telle demande avait été faite et refusée, cela n'aurait pas justifié la révision puisque ces questions relèvent de la discrétion de la première formation.

Cet argument d'EBMI n'est donc pas recevable en révision.

Richard Lassonde  
Régisseur

Louise Pelletier  
Régisseur

Marc Turgeon  
Régisseur

**Liste des représentants :**

- Énergie Brookfield Marketing Inc. (EBMI) représentée par M<sup>e</sup> Pierre Legault;
- Hydro-Québec représentée par M<sup>e</sup> Yves Fréchette;
- Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROÉE) représenté par M<sup>e</sup> Franklin S. Gertler;
- Stratégies Énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) représenté par M<sup>e</sup> Dominique Neuman;
- TransCanada Energy Ltd (TCE) représentée par M<sup>e</sup> John Hurley;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M<sup>e</sup> Hélène Sicard.