

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2008-127

R-3672-2008

2 octobre 2008

PRÉSENTS :

Jean-Paul Théorêt
Richard Lassonde
Marc Turgeon
Régisseurs

Fédération canadienne de l'entreprise indépendante
Requérante

et

Hydro-Québec
Intimée

Décision

*Demande de révocation de la décision D-2008-076 MOTIFS
rendue dans le dossier R-3648-2007 – phase 1*

1. DEMANDE DE RÉVOCATION

La Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) demande la révocation de la décision D-2008-076 dont les motifs ont été déposés le 25 juin 2008 (la Décision).

La Décision approuve des conventions intervenues entre Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (le Producteur ou HQP) et Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur ou HQD) (les Conventions) modifiant des contrats d'approvisionnement en électricité pour accorder au Distributeur une option de différer les livraisons prévues à ces contrats à compter du 1^{er} juin 2008.

La FCEI invoque l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi) et soumet que la Décision est affectée de vices de fonds de nature à l'invalider.

Les motifs de révocation invoqués par la FCEI peuvent être regroupés et résumés comme suit :

- La première formation aurait mis à l'écart une règle de droit fondamentale en approuvant les Conventions intervenues entre HQP et HQD, alors qu'HQP n'a pas la personnalité juridique pour contracter, et aurait ainsi mal interprété l'article 2 de la Loi en décidant que HQP possède « *un embryon de la personnalité juridique au même titre que les divisions de Transport et de Distribution d'Hydro-Québec* » (demande, par. 3);
- La première formation aurait également commis une erreur de droit en décidant qu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner aux parties (HQP et HQD) d'insérer une clause d'arbitrage dans les Conventions et en décidant de ne pas se prononcer sur l'opportunité d'insérer une telle clause aux Conventions.

Plus spécifiquement, le premier motif de révocation invoqué par la FCEI s'appuie sur l'arrêt Godin de la Cour d'appel du Québec² où la Cour a décidé que la mise à l'écart d'une règle de droit pouvait constituer un vice de fond de nature à invalider une décision.

La règle de droit dont il s'agit est celle de l'article 1385 du Code civil du Québec :

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

² *Tribunal Administratif du Québec c. Godin*, (C.A.), 500-09-009744-004, 18 août 2003, (j. Fish, Rousseau-Houle et Chamberland).

« **1385.** *Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.*

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet. » (nous soulignons)

Essentiellement, la FCEI soumet que les Conventions intervenues entre HQP et HQD n'auraient pas été passées entre des personnes capables de contracter.

La FCEI invoque également l'article 2 de la Loi qui se lit comme suit :

« **2.** *Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:*

[...]

«*distributeur d'électricité*»: *Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité;*

[...]

Contrat d'approvisionnement.

Toute fourniture d'électricité par Hydro-Québec au distributeur d'électricité est réputée constituer un contrat d'approvisionnement. Tout service de transport d'électricité par le transporteur d'électricité avec Hydro-Québec est réputé constituer un contrat de service de transport. »

La FCEI souligne que les divisions d'Hydro-Québec chargées des activités de distribution d'électricité (HQD) et du transport de l'électricité (HQT) auraient, aux termes de l'article 2 *in fine* de la Loi, « *un embryon de personnalité juridique* ». La division de production d'électricité (HQP) n'aurait pas cet « *embryon de personnalité juridique* ». Il s'ensuit, selon la FCEI, que les Conventions passées entre HQP et HQD ne seraient pas valides parce que seule la société Hydro-Québec, en raison de la fiction juridique de l'article 2 de la Loi, peut contracter avec le distributeur d'électricité HQD en vue de fournir l'électricité³.

³ Demande de révocation, par. 64 à 66.

À cet égard, la FCEI conclut en demandant que les Conventions soient déclarées invalides et irrecevables.

Quant au deuxième motif de révocation, la FCEI soutient que la première formation a commis une erreur de droit en décidant qu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner aux parties aux Conventions d'insérer une clause d'arbitrage différente de celle qui s'y retrouve.

Les Conventions passées entre HQP et HQD contiennent une clause de règlement des différends qui se lit comme suit :

« L'interprétation et l'application de la présente convention seront effectuées par le comité d'exploitation, à la satisfaction des Parties. Tout différend relatif à la présente convention ne pouvant être résolu par le comité d'exploitation sera soumis au président respectif des Parties pour fins de résolution. »⁴

La FCEI et d'autres intervenants soutenaient devant la première formation que cette clause de règlement des différends devrait être remplacée par une clause obligeant les présidents des parties (HQP et HQD) à aller en arbitrage pour régler leurs différends. Une telle clause d'arbitrage éviterait, selon la FCEI, le potentiel de conflit entre les intérêts d'Hydro-Québec et sa division HQD ou entre les divisions HQP et HQD.

La FCEI admet cependant que la Régie « ne possède pas le pouvoir d'ordonner aux parties d'inclure une clause particulière dans la mesure où l'une d'entre elles n'est pas réglementée »⁵. La FCEI ajoute cependant que la Régie avait le pouvoir de refuser d'approuver les Conventions si elle les considérait irrecevables, compte tenu de l'absence d'une clause d'arbitrage particulière ou de l'irrégularité de la clause citée plus haut⁶.

2. POSITION DU DISTRIBUTEUR

Le Distributeur souligne d'abord que la demande de révocation de la FCEI inclut une demande de déclaration de nullité de l'ensemble des contrats intervenus entre le Distributeur et le Producteur, à savoir l'entente cadre, l'entente d'intégration éolienne, les fournitures

⁴ Pièce B-34-HQD-1, document 3, page 10; pièce B-35-HQD-1, document 4, page 10.

⁵ Demande de révocation, par. 94.

⁶ Idem, par. 100.

sous dispense d'appel d'offres et les contrats en base et cyclables de l'appel d'offres A/O 2002-01.

Selon le Distributeur, la FCEI transforme la demande de révocation de la Décision, une décision concernant un objet particulier (l'approbation des Conventions), en une demande de révision de l'ensemble du cadre réglementaire. Le Distributeur qualifie cela d'illégal, d'abusif et en contradiction flagrante avec le cadre réglementaire en place. Le Distributeur fait l'historique des décisions ayant mis en place le cadre réglementaire et ajoute que la Régie ne peut revenir sur ses décisions finales antérieures. Il invoque, à cet égard, l'application de la règle du *functus officio*.

Sur les allégués de la FCEI voulant que la première formation ait erronément interprété la Loi en donnant un embryon de personnalité juridique à la division Production d'Hydro-Québec, le Distributeur soumet que la Loi réglemente des activités et ne confère aucune personnalité juridique. Il ajoute que la séparation fonctionnelle est un arrangement administratif interne à Hydro-Québec qui facilite la réglementation par activités. La personnalité juridique d'Hydro-Québec provient de la *Loi sur Hydro-Québec*⁷. Le Distributeur ajoute, à cet égard, que la Loi contient une disposition (article 2 *in fine*) qui annihile les éléments soumis par la FCEI. L'article 2 *in fine* est une disposition créant une présomption irréfragable au sens des articles 2847 et 2866 du Code civil du Québec. L'article 2 *in fine* de la Loi doit être interprété et appliqué selon la méthode moderne d'interprétation des lois. Cette disposition particulière l'emporte sur le droit commun ou les lois d'application générale. Ainsi, la thèse de la FCEI, basée sur l'application des articles 1378 et 1385 du Code civil du Québec portant sur la capacité légale de contracter, doit céder le pas devant l'article 2 *in fine* de la Loi.

Sur le troisième motif de révocation invoqué par la FCEI voulant que la première formation ait commis une erreur en décidant de ne pas se prononcer sur l'opportunité d'insérer une clause d'arbitrage dans les Conventions et qu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner aux parties d'insérer une telle clause d'arbitrage, le Distributeur soumet que la Régie approuve les contrats en conformité avec les démonstrations exigées par le cadre réglementaire et n'en dicte pas le contenu, ce qui relève de la gestion de l'entreprise. Le Distributeur ajoute que la Régie n'approuve pas non plus les documents d'appel d'offres qui contiennent les modalités principales du contrat à venir ainsi que le contrat-type qui sera utilisé. Finalement, le Distributeur soumet qu'une clause d'arbitrage est un élément facultatif et non essentiel pour la formation ou l'approbation d'un contrat.

⁷ L.R.Q., c. H-5.

3. OPINION DE LA RÉGIE

La Régie ne voit pas d'erreur de droit du fait que la première formation ait approuvé les Conventions passées entre HQP et HQD.

Les parties à ces Conventions sont ainsi désignées :

Hydro-Québec Production, une division d'HYDRO-QUÉBEC société constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec*, (L.R.Q. c. H-5), ayant son siège social au 75, boulevard René-Lévesque Ouest, Montréal...représentée par monsieur Richard Cacchione, Président, dûment autorisé aux fins des présentes,

ci-après appelé le « Fournisseur »

ET

Hydro-Québec Distribution, une division d'HYDRO-QUÉBEC société constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec*, (L.R.Q. c. H-5), ayant son siège social au 75, boulevard René-Lévesque Ouest, Montréal...représentée par monsieur André Boulanger, Président, dûment autorisé aux fins des présentes,

ci-après appelé le « Distributeur »

Il s'agit bien de Conventions passées entre deux divisions d'Hydro-Québec. Il ne fait également pas de doute que seule Hydro-Québec, la société ou la personne morale, a la personnalité juridique lui permettant de contracter ou d'ester en justice. Si ce n'était de la présomption de l'article 2 de la Loi, nous pourrions conclure que ces conventions sont illégales parce qu'elles ne sont pas intervenues entre des « personnes capables de contracter », pour référer à l'article 1385 du Code civil du Québec, ou qu'il s'agit, comme le mentionne la FCEI, d'un « *contrat avec soi-même* »⁸.

⁸ Demande de révocation, par. 32.

La FCEI fait erreur cependant dans son interprétation de l'article 2 de la Loi. Cet article ne vient pas donner un « embryon de personnalité juridique » à HQD ou à HQT. L'article 2 vient créer une présomption absolue voulant que [t]oute fourniture d'électricité par Hydro-Québec au distributeur d'électricité est réputée constituer un contrat d'approvisionnement.

C'est précisément parce que seule la société Hydro-Québec a la personnalité juridique et qu'elle ne peut légalement contracter avec elle-même, que la présomption de l'article 2 de la Loi a été édictée.

La FCEI le reconnaît au paragraphe 64 de sa demande de révocation où elle commente les mots « *est réputée constituer un contrat d'approvisionnement* » à l'article 2 de la Loi :

« Pour ce qui est du terme « réputé », le législateur l'utilise lorsque, par assimilation, par fiction ou autrement, il considère un objet, une personne, un fait ou une situation d'une manière différente de la réalité, tout en y attachant un effet juridique. »

Il est utile de rappeler la définition de présomption de l'article 2846 du Code civil du Québec :

« 2846. La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu. »

L'article 2847 vient préciser la portée qui doit être donnée aux mots « est réputée » à l'article 2 de la Loi :

« 2847. La présomption légale est celle qui est spécialement attachée par la loi à certains faits; elle dispense de toute autre preuve celui en faveur de qui elle existe.

Celle qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée. »⁹ (nous soulignons)

⁹ Voir également, Léo Ducharme, *Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le code civil du Québec*, Les Presses de l'Université Laval, La Réforme du Code civil, p. 493.

Si on applique cette définition du Code civil à l'article 2 de la Loi, le « fait connu » est « la fourniture d'électricité par HQ au distributeur ou à HQD » et le « fait inconnu » est « le contrat réputé entre les deux qui en résulte ».

Au niveau du « fait connu », qui sert de point de départ à la présomption de l'article 2 de la Loi, la Régie considère qu'il n'y a pas d'erreur fatale à ne pas faire de distinction entre la fourniture de l'électricité par HQ ou la fourniture de l'électricité par HQP puisque, dans les faits, cela se fait par l'entremise de la division Production d'Hydro-Québec (HQP).

La FCEI réfère d'ailleurs à la séparation fonctionnelle des activités d'Hydro-Québec dans sa demande : « *En 1997, HQ a procédé à la séparation fonctionnelle de ses activités de transport de ses unités de production, distribution et équipement* »¹⁰.

Si l'article 2 de la Loi n'est pas clair quand il énonce que [t]oute fourniture d'électricité par Hydro-Québec au distributeur d'électricité est réputée constituer un contrat d'approvisionnement, il faut alors interpréter en donnant un sens et plein effet à cette disposition. Comme mentionné plus haut, le fait duquel le législateur a voulu tirer une conséquence et en faire une présomption absolue est « la fourniture d'électricité par Hydro-Québec à sa division distribution ».

Pour référer à l'ouvrage de Pierre-André Côté¹¹ cité par la FCEI à son onglet 15 :

« Une règle claire est une règle dont l'application a des faits donnés ne soulèvent pas de difficultés, soit que ces faits correspondent parfaitement au présupposé de la règle, soit que la détermination des conséquences voulues par la règle n'est pas problématique. » (nous soulignons)

À partir du moment où le texte réfère à la fourniture d'électricité par Hydro-Québec, alors que, dans les faits, cela se fait par le biais de la division Production d'Hydro-Québec, on ne peut pas dire que les faits « *correspondent parfaitement au présupposé de la règle* » pour utiliser l'expression du professeur Côté. Il y a donc place à interprétation et l'interprétation ou l'application que la première formation a fait de cette règle (la présomption de l'article 2 de la Loi) n'est pas entachée d'erreur fatale constituant un vice de fond de nature à invalider la Décision. Les Conventions intervenues entre HQP et HQD sont donc parfaitement valides.

¹⁰ Demande de révocation, par. 51.

¹¹ Interprétation des lois, p. 358.

Compte tenu de la conclusion à laquelle en vient la Régie sur la validité des Conventions intervenues entre HQP et HQD, elle ne se prononce pas sur les autres questions qui lui ont été soumises, à savoir si elle peut, comme le demande la FCEI « *DÉCLARER que les contrats d'approvisionnements conclus entre HQD et HQP [i.e. tous les contrats antérieurs] sont invalides et irrecevables compte tenu d'HQP ne possède pas la personnalité juridique ni même un embryon d'attribut de la personnalité juridique nécessaire pour conclure un contrat avec HQD* » ou si la règle du *functus officio* pourrait s'appliquer ou non dans le contexte et permettre à la Régie de revoir ses décisions antérieures.

Quant à l'autre motif de révocation invoqué par la FCEI — l'erreur de droit en décidant qu'elle n'avait pas le pouvoir d'ordonner aux parties (HQP et HQD) d'insérer une clause d'arbitrage dans les Conventions et en décidant de ne pas se prononcer sur l'opportunité d'insérer une telle clause aux Conventions —, la Régie ne le retient pas non plus.

La première formation s'est exprimée comme suit¹² sur la clause de règlement des différends aux Conventions :

« *L'article 2.5 des deux Conventions prévoit que :*

« *L'interprétation et l'application de la présente convention seront effectuées par le comité d'exploitation, à la satisfaction des Parties. Tout différend relatif à la présente convention ne pouvant être résolu par le comité d'exploitation sera soumis au président respectif des Parties pour fins de résolution* »¹³.

Certains intervenants ont exprimé leurs préoccupations quant à l'absence d'une clause selon laquelle, en cas d'impasse où un différend ne serait pas résolu par les présidents respectifs des parties, les deux présidents devraient aller en arbitrage. À leur avis, une telle clause prévoyant le règlement du différend par un tiers devrait apparaître dans les Conventions.

La Régie n'a pas le pouvoir d'ordonner aux parties d'insérer une telle clause d'arbitrage dans les Conventions. Elle réitère les propos qu'elle a tenus dans la décision D-2003-159 :

« *La Régie exerce, en vertu de la Loi, un contrôle des tarifs du Distributeur. Ce contrôle est basé sur son coût de service. Dans l'hypothèse où le Distributeur ne ferait pas valoir ses droits ou que*

¹² Pages 9 et 10 de la Décision.

¹³ Pièce B-34-HQD-1, document 3, page 10; pièce B-35-HQD-1, document 4, page 10.

HQP n'exécuterait pas ses obligations en vertu des Contrats, la Régie serait en droit d'effectuer un ajustement du coût de service que le Distributeur tente de récupérer par ses tarifs. La problématique concernant l'exécution des Contrats avec HQP devant les tribunaux civils ne se pose pas devant la Régie »¹⁴.»

La première formation était fondée de conclure qu'elle ne pouvait imposer une condition autre que celle prévue aux Conventions, ce que la FCEI ne conteste d'ailleurs pas. La compétence de la Régie se limite à approuver ou non un contrat qu'on lui soumet. La FCEI souligne avec raison que la première formation aurait pu rejeter les Conventions. Pour ce faire, il eut fallu qu'elle arrive à la conclusion, sur la base de la preuve devant elle, que la clause de règlement des différends était un élément si déterminant des Conventions qu'elle ne pouvait les approuver. La première formation n'a fait que réitérer des propos antérieurs de la Régie voulant que, peu importe l'issue du règlement d'un différend, s'il en résultait un préjudice pour les consommateurs, la Régie conserve son pouvoir d'apporter tout ajustement tarifaire approprié.

La conclusion de la première formation sur l'à-propos de la clause de règlement des différends relève de sa discrétion au niveau de l'appréciation de la preuve, de l'évaluation de l'importance relative de cette clause par rapport aux autres clauses des Conventions et de l'évaluation de l'effet réel de cette clause dans le contexte réglementaire. Rien n'indique que la première formation ait exercé sa discrétion de manière abusive justifiant la révision. La demande de révocation de la FCEI est, à cet égard, un appel déguisé.

Les frais

La FCEI demande le remboursement de ses frais. Pour les mêmes motifs que ceux exposés à sa décision D-2008-085¹⁵, la Régie n'accorde pas de remboursement de frais à la FCEI puisqu'elle considère que la présente demande n'entre pas dans la catégorie des interventions d'intérêt public¹⁶.

¹⁴ Décision D-2003-159, dossier R-3515-2003, 19 août 2003, pages 26 et 27.

¹⁵ Dossier R-3657-2008, 19 juin 2008.

¹⁶ Décision D-2003-117, dossier R-3503-2002, 11 juin 2003, page 20.

Pour ces motifs,

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande de révocation de la FCEI des motifs de la décision D-2008-076.

Jean-Paul Théorêt
Régisseur

Richard Lassonde
Régisseur

Marc Turgeon
Régisseur

La FCEI représentée par M^e André Turmel;
Hydro-Québec représentée par M^e Yves Fréchette.