

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : R-3595-2006

HYDRO-QUÉBEC, personne morale de droit public légalement constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec* (L.R.Q., c. H-5), ayant son siège social au 75, boul. René-Lévesque Ouest, dans les cité et district de Montréal, province de Québec, H2Z 1A4,

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3595-2006
DÉPOSÉE EN AUDIENCE
Date: 23 NOV. 2006
Pièces n°: NON

COTE E

Intimée

DEMANDE DE RÉVISION DE L'ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS DU QUÉBEC ET DU LABRADOR DE LA DÉCISION D-2005-201 RENDUE DANS LE DOSSIER DE L'APPROBATION DE LA GRILLE DE PONDÉRATION DES CRITÈRES NON MONÉTAIRES RELATIVE À L'APPEL D'OFFRES POUR UN SECOND BLOC D'ÉNERGIE ÉOLIENNE

PLAIDOIRIE DU DISTRIBUTEUR

Débats préliminaires:

- Rappel: Objection générale quant aux témoignages, les affidavits et la preuve concernant les obligations de consultation, d'accommodement ou fiduciaire.
- Les arguments et commentaires exprimés à l'encontre de la demande de l'APNQL valent également pour les demandes de la Corporation Métisse du Québec et de l'Est du Canada.

1. INTRODUCTION

1.1 Questions en litige

1) La demande révision de l'APNQL est-elle fondée ?

Dans ses conclusions consolidées et ré-ré amendées (17 novembre 2006), l'APNQL demande à la Régie:

- A. **D'ÉMETTRE** une décision procédurale dans le dossier R-3595-2006;
- B. **CONVOQUER** une audience publique dans le dossier R-3595-2006;
- C. **DÉSIGNER** une nouvelle formation de régisseurs;
- D. **ORDONNER** une nouvelle audience portant sur l'application et la portée de l'article 5 du Décret 927-2005 dans laquelle les Premières Nations seront dûment avisées, convoquées et représentées conformément aux principes constitutionnels;
- E. **ACCUEILLIR** la présente demande ré ré-amendée;
- F. **REVISER/RÉVOQUER** la décision D-2005-201 de la Régie de l'énergie.

(...)

- H. **RÉTABLIR** le premier sous-critère du critère concernant le développement durable de la grille de pondération des critères non monétaires proposée par Hydro-Québec qui se lisait comme suit : « Participation autochtone au projet à la hauteur de 10% et plus : 3 points ».

En réponse, le Distributeur soutient que les conclusions A à D sont maintenant sans objet.

En ce qui concerne les conclusions E, F et H, les motifs soumis par l'APNQL ne donnent pas ouverture à révision (ou révocation) dans ce dossier et la décision D-2005-201 n'est pas affectée d'un vice de fond ou de procédure de nature à l'invalider selon l'article 37 LRÉ. Subsidiairement, tout comme l'APNQL, le Distributeur s'en remet à la preuve et à la grille qu'il a présentées dans le dossier R-3589-2005.

2) La conclusion G de la demande de révision ré-ré-amendée (17 novembre 2006) de l'APNQL est-elle valable? :

- G. **DÉCLARER ou ÉTABLIR** un ou des principes ou politiques réglementaire ou générique de la Régie pour s'assurer que les Premières Nations sont consultées et accommodées en conformité avec les principes constitutionnels dans tous processus décisionnels impliquant la Régie de l'énergie susceptibles d'affecter leurs droits

En réponse, le Distributeur soutient que la Régie de l'énergie ne possède aucun pouvoir déclaratoire autre que ce qui est spécifiquement prévu par sa loi

constitutive et qu'elle n'est pas investie d'une obligation de nature fiduciaire ou d'un devoir de consultation et d'accommodement envers les nations autochtones. Ces éléments ont déjà été couverts par le Distributeur lors de l'audience tenue du 20 au 22 juin 2006 dans ce dossier. Le Distributeur réitère les arguments et les autorités décrits dans le document intitulé: Moyens préliminaires – Plan d'argumentation du Distributeur (19 juin 2006) ainsi que les représentations faites à ce moment (voir : n.s., vol. 2, pp. 101 à 132, 176 ss.; vol. 4, pp. 76 à 104).

Dans la mesure où les conclusions de l'APNQL référerait à des principes réglementaires reliés à des aspects de procédure à inclure au *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*, il est manifeste que la Régie (art. 113 LRÉ) peut édicter des règles de procédure relatives à l'étude des demandes qui lui sont soumises y incluant une audience publique, sous réserve de l'approbation gouvernementale (art. 115 LRÉ). Dans ce cadre, le Distributeur n'a pas de commentaires et s'en remet à la Régie.

3) L'APNQL, dans ses conclusions ré-ré amendées (17 novembre 2006) demande à la Régie de:

- I. **INVITER OU ORDONNER À** Hydro-Québec de proposer à la Régie d'autres mesures d'accommodement des Premières Nations, qui pourraient être intégrées à l'appel d'offres A/O 2005-03, telles que des garanties aux chapitres des emplois, de la formation, du financement et des contrats en rapport avec l'assemblage, la manufacture et le montage des tours et la construction d'infrastructures en rapport avec les parcs éoliens et leur exploitation, ainsi que la concession aux Premières Nations de parts sociales dans la propriété des projets et le partage des revenus.
- J. **DONNER** instruction à Hydro-Québec de modifier le Document d'appel d'offres A/O 2005-03 pour tenir compte de ces mesures, y compris la date d'inscription du 15 décembre 2006 (section 1.4) dans la mesure qu'elle juge nécessaire afin de permettre aux soumissionnaires d'assurer une participation autochtones répondant à la grille révisée.

En réponse, le Distributeur soumet que la Régie ne peut donner suite à ces demandes car il en résulterait une modification à l'encadrement réglementaire édicté par le gouvernement dans le Décret 927-2005 (modifié par le Décret 1016-2005).

De plus, selon le cadre réglementaire en vigueur, la Régie ne peut donner instruction au Distributeur de modifier un document d'appel d'offres qu'elle n'approuve pas selon la *Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité* approuvée par la décision D-2001-191. La Régie ne peut non plus ordonner au Distributeur des mesures telles que celles décrites à la conclusion I ci-haut proposée par l'APNQL.

Enfin, comme il a été mentionné précédemment (pièce D-6: lettre du Distributeur du 21 juillet 2006), Hydro-Québec n'est pas investie de l'obligation de consultation et d'accommodement envers les nations autochtones.

1.2 Moyens préliminaires

Les moyens préliminaires, les plaidoiries et les autorités présentés et plaidés par le Procureur général du Québec et le Distributeur lors de l'audience tenue du 20 au 22 juin 2006 dans le présent dossier sont réitérés en conformité avec la décision D-2006-117 (page 14, 4^{ième} paragraphe).

Donc, le Distributeur reprend *mutatis mutandis* les arguments et autorités décrits dans le document intitulé: Moyens préliminaires – Plan d'argumentation du Distributeur (19 juin 2006) ainsi que les représentations faites à ce moment (voir: n.s., vol. 2, pp. 101 à 132, 176 ss.; vol. 4, pp. 76 à 104) qui sont réputées intégrées aux présentes.

2. CONTESTATION DU DISTRIBUTEUR

2.1 Retour sur la décision D-2005-201 et encadrement réglementaire

- Retour sur la preuve offerte par le Distributeur dans le dossier R-3589-2005 (pièce B-3: pièces 14, 15 et 16 APNQL).
- *Loi sur la Régie de l'énergie* et la fixation des critères non monétaires à l'égard des appels d'offres du Distributeur. Respect du règlement et du décret en cause (pièce B-3: pièces 12 et 13 APNQL). Décisions: D-2001-191, D-2002-169, D-2003-69 et D-2004-180.
- Processus d'appel d'offres en cours (A/O 2005-03). La Régie n'a pas le pouvoir de dicter le contenu des documents d'appels d'offres, ni d'inviter ou d'ordonner au Distributeur des mesures d'accommodement spécifiques aux seules Premières nations.
- Les appels d'offres du Distributeur sont ouverts à tous et la LRÉ prévoit que la procédure d'appel d'offres doit permettre "*la participation de tout fournisseur intéressé*" (art. 74.1). L'appel d'offres A/O 2005-03 du Distributeur est ouvert à tout fournisseur intéressé, sans autres mesures de préférences ou de restrictions que ce que l'on retrouve dans le Décret 927-2005. La Régie ne peut imposer les mesures particulières demandées par l'APNQL (conclusions I et J) qui sont contraires aux dispositions de la LRÉ et qui pourraient avoir comme résultat que les effets de la concurrence créés par la participation de divers fournisseurs à l'appel d'offres soient annihilés

par des mesures contraignantes supplémentaires non prévues aux décrets adoptés par le gouvernement du Québec.

2.2 Le recours en révision de l'APNQL

L'article 37 LRÉ a fait l'objet de nombreuses décisions, desquelles l'on peut synthétiser les critères qui donnent ouverture à une révision comme suit, à savoir:

- L'article 37 LRÉ ne permet pas à une deuxième formation de la Régie de réviser la décision d'une première formation uniquement parce que la deuxième formation aurait une opinion différente sur l'application d'une disposition de la Loi ou sur l'appréciation des faits;
- La deuxième formation, en révision, ne peut que corriger les erreurs fatales qui invalident la décision de la première formation;
- Il faut que la première formation ait tiré des conclusions en droit ou en fait qui soient insoutenables, qui ne puissent être défendues;

La notion de vice de fond de nature à invalider la décision doit être interprétée assez largement pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier; il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente. (Voir notamment les décisions D-2006-135, D-2005-132, pp 18 ss et D-2003-117).

- La preuve et les représentations de l'APNQL ne sont pas suffisantes, tant sur l'ouverture que sur le mérite, afin d'accueillir le recours en révision demandé et de satisfaire aux conclusions recherchées dans la demande de révision. La décision D-2005-201 est bien fondée et elle n'est affectée d'aucun vice de fond de nature à l'invalider (Bref retour sur la preuve offerte par l'APNQL).
- Les décisions de la Régie sont sans appel. Le processus de révision n'est pas un appel de novo. Le fait de ne pas avoir participé à l'audience initiale n'est pas en soi suffisant. L'APNQL devait démontrer en quoi sa participation au dossier initial (et la preuve offerte) aurait modifié la grille de sélection et sa pondération. L'APNQL n'a pas fait la démonstration d'une incohérence entre la grille approuvée par la décision D-2005-201 et le décret 927-2005. Donc sa demande doit être rejetée.

- Le Distributeur et la Régie se devaient de se conformer aux encadrements juridiques édictés par le gouvernement du Québec. Lorsque la Régie considère une demande elle dispose de toute latitude pour ce faire sous réserve des règles de droit substantif¹.
- Considérant que la *Loi sur les règlements* prévoit qu'un règlement a force de loi, la Régie n'a pas les pouvoirs requis afin de permettre la prorogation des délais prévus au *Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne* ou de contourner les prescriptions dudit règlement par diverses demandes telles que formulées par l'APNQL.
- Dans ce dossier, la Régie a balisé sa juridiction: "*La compétence de la Régie, tribunal indépendant de régulation économique, dans ce type de dossier se limite à s'assurer que les modifications dont le Distributeur demande l'approbation sont conformes aux décrets gouvernementaux fixant le cadre de certains appels d'offres. Il ne faut donc pas confondre cette juridiction et la consultation publique qui a eu lieu avant l'adoption, par le gouvernement, des décrets mentionnés plus haut.*" (Lettre du 23 novembre 2005 de Me Véronique Dubois à M. Denis Ross, dossier R-3589-2005). A titre de rappel, la Régie n'approuve pas les sites d'implantation des éoliennes mais les seuls contrats conclus par le Distributeur à la suite de l'appel d'offres.
- Le processus d'audience du dossier R-3589-2005, ayant mené à la décision D-2005-201, était conforme à l'encadrement réglementaire en vigueur et cohérent avec les décisions antérieures de la Régie en semblables matières (voir les dossiers R-3513-2003 et R-3540-2004). La Régie est maître de ses règles de procédures qu'elle doit adapter au cadre réglementaire adopté par le gouvernement et aux circonstances soit les ajustements requis à la grille de pondération des critères non monétaires. Il ne s'agit pas d'un débat de nature contradictoire mais plutôt d'une adaptation de nature administrative dans le présent cas. La Régie a gouverné le dossier R-3589-2005 en conformité avec les règles de justice naturelle applicables en l'espèce et l'article 5 du *Règlement sur la procédure*.

¹ Ouellette, Y., *Les tribunaux administratifs au Canada – Procédure et Preuve*, Montréal, Les Éditions Thémis inc., 1997, aux pages 59, 61 et 65 ss. Voir également la Régie, à sa décision D-97-48 (R-3394-97) déclare ce qui suit :

« L'avis publié à la Gazette Officielle du 29 octobre fixait le délai à l'expiration duquel le règlement pourrait être soumis pour approbation au gouvernement à quarante-cinq jours. Ce délai fixé par la loi ne peut être modifié par la Régie et c'est donc de ce délai que les intéressés disposaient pour lui faire part de leurs commentaires, ce que plusieurs associations, organismes et groupes ont fait. La Régie avait, en effet, au 15 décembre reçu quinze mémoires, propositions et commentaires dont la plupart fouillés et fort pertinents sont susceptibles d'influencer la rédaction du texte final du règlement.

[...]

En conclusion, la Régie, ne pouvant proroger tel que demandé un délai fixé par la loi, rejette la demande du requérant telle que formulée. » (à la page 7, nos soulignés)

Jurisprudence et doctrine:

Néron c. Québec (TAQ), REBJ 2003-52480 (C.S.) (page 5, para. 26, 27 et 28)

Fontaine c. C.L.P., EYB 2005-94565 (CA) (pages 10 à 19)

MacCauley & Sprague, *Practice and Procedure before Administrative Tribunals*, éd. Carswell (pages 9-19 à 9-20.19)

Knight c. Indian Head Sch. div. n° 19, [1990] R.C.S. 653 (pages 666 à 670, 677, 682 à 693)

2.3 La compétence juridictionnelle de la Régie de l'énergie

- La Régie n'est pas investie d'une obligation de nature fiduciaire ou d'un devoir de consultation et d'accommodement à l'égard des autochtones. Elle ne peut s'engager dans un processus de consultation et d'accommodement à l'égard des revendications autochtones sans une disposition législative claire à cet effet.
- La Régie est un organisme de régulation à caractère multifonctionnel qui exerce sa juridiction sur les divers aspects de l'énergie au Québec en conformité avec sa loi constitutive. Il est incompatible avec les fonctions d'un organisme indépendant, tel la Régie, de lui imposer des obligations de nature fiduciaire ou de consultation et d'accommodement envers les peuples autochtones dans le cadre de son processus décisionnel.
- La Régie tient des audiences publiques soumises aux règles de justice naturelle. La Régie ne peut entretenir de discussions (du type "one-on-one") avec quiconque hors d'un processus initié en conformité avec la loi ou la réglementation en vigueur.
- La Régie ne dispose pas de pouvoirs de nature déclaratoire autres que ceux décrits à la loi (voir entre autres les autorités citées par le PGQ: *Hong Ha NGuyen c. PGQ* à l'onglet 9 et *Mahdieh Zargarazad et als c. PGQ* à l'onglet 10).
- Il est clair que les diverses demandes et conclusions de l'APNQL dépassent largement le cadre de ce dossier de révision d'une décision initiale de la Régie de l'énergie qui concerne les modifications aux exigences minimales et à la grille de sélection applicables à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne. Par sa demande de révision, l'APNQL utilise la Régie comme tribune

dans un but purement politique. La Régie ne peut donner un écho favorable à une telle démarche sans une législation claire. En ce sens, il y a un devoir de réserve qui s'impose à la Régie de ne pas transformer ce dossier en arbitrage de revendications de nature politique. Ainsi les conclusions G, I et J devraient être tout simplement rejetées car elles sont hors du cadre de ce dossier et du cadre réglementaire en place.

- Enfin, il serait particulièrement incongru que la Régie accueille la conclusion G de l'APNQL, considérant notamment que toutes les entités qu'elle réglemente ne sont pas parties à ce dossier et qu'elles pourraient se retrouver face à un fait accompli sans avoir la chance de faire valoir leurs moyens propres.

Jurisprudence:

Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec [1979] 2 R.C.S. 618 (page 12)

P.G.Q. c. Codère, J.E. 96-836 (C.S.) (pages 12-13)

P.G.Q. c. Barreau, REJB 2001-25633 (C.A.) (pages 25-26)

ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (EUB), [2006] 1 RCS 140 (pages 31, 50-51)

2.4 Subsidiairement, le mécanisme de consultation ne doit pas être mis en oeuvre

- Cette partie subsidiaire de l'argumentation du Distributeur est soumise à la Régie dans la mesure où celle-ci estime posséder la compétence juridictionnelle de mener une consultation de type «Haïda» et de décider de mesures d'accommodement **et** qu'elle estime être débitrice d'une obligation de nature fiduciaire ou d'un devoir de consultation et d'accommodement à l'égard des autochtones.
- Rappel des principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*.
- Avant même de commencer à parler de consultation, la partie autochtone qui en revendique le droit doit qualifier de façon précise le droit ancestral en cause.
- Il faut donc également se demander de façon préliminaire quelle communauté détient le droit collectif revendiqué.

- La partie autochtone doit également démontrer que la décision attaquée constitue une atteinte potentielle au droit ancestral revendiqué.
- Revue de la preuve de l'APNQL relative à la consultation sous réserve de l'objection du Distributeur et du Procureur général du Québec concernant son admissibilité et sa pertinence.
- Conclusion: la preuve présentée par l'APNQL ne donne aucunement ouverture à une consultation de type «Haïda», ni à des mesures d'accommodement.
- Par ailleurs, sans admettre quoi que ce soit et sans limiter la généralité de ce qui précède, la Couronne, débitrice de l'obligation de consulter doit de façon préliminaire rendre une décision, susceptible de révision judiciaire, relativement à la qualité de la preuve *prima facie* soumise par la partie autochtone afin de déterminer le degré de consultation approprié.
- Par la suite, la Couronne doit entreprendre un exercice de consultation correspondant à la détermination préalable qu'elle a effectuée et déterminer, le cas échéant, des mesures d'accommodement appropriées.
- L'absence d'une telle décision préliminaire rend purement théorique toute discussion relativement à un hypothétique exercice de consultation.

3. CONCLUSION

ACCUEILLIR les moyens préliminaires et la contestation soumis par le Distributeur;

REJETER la demande de révision de l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador.

Montréal, le 22 novembre 2006

Affaires juridiques Hydro-Québec

Affaires juridiques
Hydro-Québec
Me René Bourassa
Me Yves Fréchette