

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

R É G I E D E L ' É N E R G I E

N° : R-3604-2006

TEMBEC INC.,

Demanderesse,

HYDRO-QUÉBEC,

Mise-en-cause.

PLAN DE PLAIDOIRIE DE TEMBEC INC

I. CONTEXTE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

1. Pour les besoins des marchés québécois qui excèdent le volume d'électricité patrimoniale de 165 térawattheures ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, le Distributeur doit procéder par appel d'offres et, à cette fin, la Régie a approuvé, par sa décision D-2001-191 du 24 juillet 2001, la *Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité* et le *Code d'éthique sur la gestion des appels d'offres* préparés par le Distributeur conformément à l'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'Énergie* (ci-après la « Loi »).

Renvoi :

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q. c. R-6.01, art. 74.1.
- Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001. (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-3) ;
- Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-3) ;
- Code d'éthique sur la gestion des appels d'offres (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-3) .

2. *Le 5 mars 2003*, le gouvernement du Québec adopte le décret 354-2003 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie (ci-après la « Régie ») à l'égard de la cogénération.

Renvoi :

- *Décret concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard de la cogénération*, 354-2003, 135 G.O. II, 1779-1780.

3. *Le 10 décembre 2003*, le gouvernement du Québec adopte le décret 1319-2003 édictant le *Règlement sur l'énergie produite par cogénération* (ci-après le « Règlement »), qui prévoit un bloc d'énergie produite au Québec par cogénération

d'une capacité installée de 800 MW, une première tranche de 200 MW devant être produite dès que possible d'ici 2008.

Renvoi : - *Règlement sur l'énergie produite par cogénération*, c. R-6.01, r.0.1.2, (2003).

4. *Le 7 juillet 2004*, le Distributeur avisait la Régie de son intention de lancer un appel d'offres pour un bloc d'énergie produite par cogénération dès septembre 2004, conformément à la *Procédure d'appel d'offres* en appliquant la grille de sélection et la pondération approuvées par la décision D-2002-169, en y apportant certains ajustements afin de refléter les exigences du Règlement ainsi que des préoccupations indiquées par le gouvernement à la Régie dans le Décret 354-2003.

Renvoi : - Décision D-2002-169, dossier R-3470-2001, 2 août 2002.

5. *Le 27 août 2004*, la Régie approuve, par sa décision D-2004-180, la grille d'analyse des soumissions reliées aux appels d'offres pour un bloc d'énergie produite par cogénération, ainsi que la pondération accordée aux critères de sélection.

Renvoi : - Décision D-2004-180, dossier R-3540-2004, 27 août 2004.

II. FAITS

6. L'entreprise de Tembec inclut notamment la production et la vente de produits forestiers, de pâte et de papiers. La demanderesse livre actuellement de l'énergie produite par voie de cogénération à même les installations prévues dans sa soumission depuis 1991, soit le complexe industriel de Témiscaming situé au Témiscamingue, date à laquelle est intervenu un contrat entre HQ et celle-ci. Ce contrat vient à échéance le 14 décembre 2008 soit dans la période prévue pour le début des livraisons d'électricité en vertu de l'appel d'offres. Ainsi, aucune étude ni frais supplémentaire d'interconnection ou de transmission locale ou régionale n'allait résulter pour HQ de son acceptation de la soumission, ces coûts étant d'ailleurs évités, avantage qu'aucune autre soumission n'offrait.

Renvoi : - Rapport annuel 2005 (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-4).

7. *Le 6 octobre 2004*, le Distributeur émet le document d'appel d'offres pour des achats totalisant 350 MW de puissance installée produite par cogénération.

Renvoi : - Document d'appel d'offres A/O 2004-02.

8. *Le 28 avril 2005*, un avis est envoyé à tous les soumissionnaires inscrits leur rappelant qu'ils doivent déposer leur soumission au bureau du Consultant avant 15h, le 10 mai 2005. Toutes les soumissions sont déposées dans le délai imparti.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9, p. 10).

9. *Le 11 mai 2005*, le Distributeur, assisté du Consultant, procède à l'ouverture publique des soumissions selon l'article 4.14 du document d'appel d'offres. Au total, 10 soumissions sont reçues de huit soumissionnaires totalisant environ 591.8 MW de puissance annuelle garantie. Aucune soumission n'est rejetée à l'ouverture des soumissions.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9, p. 10).

10. *Rejet automatique*. Il ressort de l'analyse qu'aucune des offres principales ne fait l'objet d'un rejet automatique. Cependant, des cinq variantes proposées pour l'ensemble des soumissionnaires, quatre sont rejetées.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9, p. 11).

11. *Analyse de conformité*. À l'issue de cette analyse, une seule soumission est rejetée pour non-conformité.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9, p. 11).

12. *Processus de sélection – exigences minimales*. Aucune soumission n'est rejetée à cette étape.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9, p. 13).

13. *Processus de sélection – classement des soumissions*. Le Distributeur juge que l'indexation du prix des soumissions aux prix des combustibles fossiles rend le prix de la majorité des offres non concurrentiel par rapport à d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement dont le coût n'est pas indexé au prix des combustibles fossiles, comme par exemple la production éolienne. En conséquence, le Distributeur fait appel à la clause relative aux prix non concurrentiels prévue au document d'appel d'offres (clause 4.18) et rejette la majorité des soumissions liées à l'indexation des prix des combustibles fossiles. Cependant, Tembec est le seul soumissionnaire conforme retenu et dûment sélectionné dont la soumission est la plus basse.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9, p. 16);

- Rapport final de Raymond Chabot Grant Thornton, représentant officiel d'Hydro-Québec Distribution, pp. 8 et 11 (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-7)

14. *Le 20 juin 2005*, le Distributeur confirme par un communiqué de presse que la soumission de Tembec inc. a été retenue parce qu'elle rencontre l'ensemble des exigences de l'appel d'offres et présente le coût global le plus bas, incluant les coûts

de transport et les pertes.

Renvoi : - Communiqué de presse émis par Hydro-Québec (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-8).

- *Démonstration que le contrat retenu comporte le prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable* – 21 décembre 2005, Dossier R-3593-2005, B-1-HQD 2, document 3 aux pages 14 à 16.

15. *Le 29 juillet 2005*, Merrimack Energy Group, Inc. soumet son rapport relativement à l'évaluation des soumissions et à la sélection des soumissionnaires.

Renvoi : - Rapport final (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-6)

16. *Le 3 octobre 2005*, le Distributeur signe un contrat d'approvisionnement avec Tembec inc. pour une puissance contractuelle de 8,082 MW.

Renvoi : - Contrat d'approvisionnement en électricité entre Tembec inc. et Hydro-Québec (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-10).

17. *Le 18 novembre 2005*, Raymond Chabot Grant Thornton, représentant officiel d'Hydro-Québec Distribution, soumet son rapport final relativement à l'évaluation du processus d'appel d'offres d'Hydro-Québec Distribution. Le rapport fait entre autres état que la soumission de la demanderesse dans l'appel d'offres A/O 2004-02, portant sur 350 MW d'énergie produite par voie de cogénération, était conforme en tous points aux prescriptions de l'appel d'offres.

Renvoi : - Rapport final du représentant officiel, p. 11 (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-7)

18. *Le 7 décembre 2005* – La Régie soumet son rapport de constatations final de la procédure d'appel d'offres et d'octroi, et de l'application du code d'éthique pour l'appel d'offres A/O 2004-02.

Renvoi : - Rapport de constatations final (dossier R-3593-2005, A-9).

19. *Le 20 décembre 2005*, Hydro-Québec, dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur), demande à la Régie de l'énergie d'approuver le contrat d'approvisionnement intervenu le 3 octobre 2005 avec Tembec. Entre autres, les documents suivants y sont annexés en conformité avec le *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le*

*distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'Énergie*¹ :

Renvoi : - Dossier R-3593-2005, B-1-Requête.

- i) Démonstration que le contrat retenu comporte le prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable ;

Renvoi : - Dossier R-3593-2005, B-1-HQD 2, document 3.

- ii) Comparaison du prix du contrat retenu avec les prix des principaux produits disponibles dans les marchés du nord-est de l'Amérique en incluant les coûts de transport applicables ;

Renvoi : - Dossier R-3593-2005, B-1-HQD 2, document 4.

- iii) Démonstration que le présent contrat est conforme aux caractéristiques des contrats approuvés au plan d'approvisionnement.

Renvoi : - Dossier R-3593-2005, B-1-HQD 2, document 5.

20. *Le 10 janvier 2006*, la Régie accuse réception de ladite demande et indique au Distributeur que sa demande n'est pas valablement présentée puisqu'elle ne rencontre pas les prescriptions du paragraphe 1 du *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'Énergie*² en ce qui a trait aux informations qu'elle doit contenir. Plus particulièrement, elle ne fait pas état des suites données par le Distributeur au rapport de constatations de la Régie préparé dans le cadre de sa surveillance de la procédure d'appel d'offres et d'octroi.

Renvoi : - Lettre de la Régie, dossier R-3593-2005, A-1.

21. *Le 16 janvier 2006* – le Distributeur dépose un complément d'information. Il informe la Régie qu'il n'a pas de suite à donner aux constatations s'appliquant à l'appel d'offres dont découle le Contrat puisque « la Régie a constaté que l'appel d'offres A/O 2004-02 a été administré conformément à la procédure d'appel d'offres et d'octroi et que les dispositions du code d'éthique ont été respectées par le Distributeur ». Le Distributeur mentionne aussi :

- a) Par ailleurs, la Régie énonce dans son rapport que le Distributeur s'écarte des objectifs prescrits par le gouvernement dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à la clause des prix non concurrentiels. Or, par son décret 354-2003, le gouvernement s'adresse directement à la Régie qui d'ailleurs en a déjà assuré

¹ L.R.Q., c. R-6.01, r.0.04.01.

² *Supra* note 1.

le respect par le biais de sa décision D-2004-180 laquelle a approuvé les modifications à la grille d'analyse des soumissions ainsi que les critères non monétaires reliés à l'appel d'offres en cause.

- b) Tel que prévu à l'alinéa 3 de l'article 74.1, la procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas (voir D-2002-169). À cet égard, le Distributeur rappelle que la preuve démontre que l'offre du fournisseur retenu comportait le prix le plus bas dans cet appel d'offres. (notre soulignement)
- c) Le mandat du Distributeur est d'approvisionner sa clientèle au meilleur coût possible. La clause relative aux offres non concurrentielles (clause 4.18) se retrouve dans tous les appels d'offres du Distributeur, que ceux-ci découlent ou non d'un décret du gouvernement et est essentielle pour lui permettre de remplir son mandat en conformité avec la Loi.

Renvoi : - *Suites données par Hydro-Québec Distribution aux rapports de constatations de la Régie – 16 janvier 2006 – Dossier R-3593-2005, B-1-HQD 2, document 7.*

22. *Le 19 janvier 2006, la Régie rend la décision D-2006-11 et demande au Distributeur de diffuser l'avis joint à la décision afin de permettre aux intéressés de présenter leurs observations par écrit au sujet de la demande d'approbation. La Régie demande également au Distributeur de transmettre l'avis et copie de la décision aux soumissionnaires ayant participé à l'appel d'offres A/O 2004-02 ainsi qu'aux intervenants du dossier R-3550-2004. Enfin, la Régie demande au Distributeur de rendre disponible, sur son site internet, copie de la demande ainsi que des pièces à son soutien et d'en transmettre une copie papier à tout intéressé qui en fait la demande.*

Renvoi : - *Décision D-2006-11, dossier R-3593-2005, 19 janvier 2006.*
- *Lettre de l'Association de l'industrie électrique du Québec adressée à la Régie de l'énergie, 30 janvier 2006.*

23. *Le 24 février 2006, la Régie demande au Distributeur de répondre plus spécifiquement à la constatation principale de la Régie, à savoir que la Procédure n'a pas été respectée pour la sélection des soumissions.*

Renvoi : - *Demande de renseignements N° 1 de la Régie à Hydro-Québec Distribution – 24 février 2006 – Dossier R-3593-2005, A-3.*

24. *Le 2 mars 2006 – le Distributeur dépose sa réponse à la Régie. Il réaffirme « qu'il a appliqué avec rigueur les conditions énoncées au document d'appel d'offres », et réitère que le rapport de constatations émis par la Régie « ne remet pas en doute la conformité de la démarche du Distributeur dans son administration et sa gestion de*

l'appel d'offres ».

Renvoi : - *Réponses d'Hydro-Québec Distribution à la demande de renseignements N° 1 de la Régie de l'énergie* – 2 mars 2006 – Dossier R-3593-2005, B-1-HQD 3, document 1.

25. *Le 12 avril 2006* – La Régie rejette la demande d'approbation du contrat d'approvisionnement en électricité intervenu le 3 octobre 2005 entre Hydro-Québec Distribution et Tembec inc.

Renvoi : - Décision D-2006-65, (dossier R-3593-2005, A-4 et dossier 3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-1).

26. *Le 10 mai 2006* – Tembec demande la révision et la révocation de la décision de la Régie numéro D-2006-65 rendue le 12 avril 2006 rejetant la demande déposée par Hydro-Québec afin d'approuver le contrat d'approvisionnement en électricité intervenu le 3 octobre 2005 par Hydro-Québec Distribution et Tembec et affirme que le refus par la Régie de l'Énergie d'approuver le contrat cause un préjudice sérieux à la demanderesse en la privant de revenus importants sur une période de quinze (15) années.

Renvoi : - Dossier R-3604-2006, B-1-Requête de Tembec inc. ;
- Paragraphe 6 de la demande de révision et de révocation (dossier R-3604-2006, B-1-Requête de Tembec inc) ;
- Affidavit de M. Paul Dottori, ing., annexé à la demande de révision et de révocation, paragraphe 3 (dossier R-3604-2006, B-1-Requête de Tembec) ;
- Contrat d'approvisionnement en électricité entre Tembec inc. et Hydro-Québec, 3 octobre 2005, dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec.– D-10.

III. QUESTION EN LITIGE

27. Est-il raisonnable de conclure, en l'espèce, à l'existence d'un vice de fond invalidant la décision D-2006-65 qui refuse d'approuver le contrat d'approvisionnement en électricité découlant de l'appel d'offres A/O 2004-02 ?

Cette question est dictée par l'article 37 de la Loi et par la jurisprudence.

Renvoi : - *RRSE c. Hydro-Québec*, décision D-2005-40, dossier R-3545-2004, 2 mars 2005, onglet 1.
- *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*,

[2005] R.J.Q. 2203 (C.A.), onglet 2.

IV. ANALYSE

a) Erreurs de la Régie

28. Deux erreurs sérieuses et fondamentales ont été commises par le régisseur Boulianne dans sa décision D-2006-65 datée le 12 avril 2006 :

- i) Premièrement, il fait erreur en affirmant : « Aussi, dans la mesure où la procédure d'appel d'offres est non conforme dans l'un de ses aspects essentiels, voire la sélection des soumissions, la Régie est d'avis que le Distributeur ne peut rechercher l'approbation d'un contrat qui en découle » sans tenir compte de la preuve au dossier qui l'obligeait à faire la réserve suivante : « ...sauf si le contrat visé est conclu avec le plus bas soumissionnaire conforme, dûment sélectionné. » En l'espèce, l'approbation du contrat s'imposait. Qu'une réserve puisse être imposée par le Régisseur quant aux soumissionnaires rejetés est une question peut-être intéressante mais clairement non pertinente quant à la demande d'approbation qui lui était soumise.

Renvoi : *Hydro-Québec et Intéressés*, décision D-2006-27, dossier R-3573-2005, 9 février 2006, onglet 3.

- ii) Deuxièmement, il commet une erreur en concluant qu' « [a]ccepter dans le cas présent la proposition du Distributeur équivaut ... », alors que c'est une demande d'approbation du contrat qui lui était soumise. Or, il n'y a aucune relation quelconque entre les deux. (notre soulignement)

b) Motifs

29. Le refus du Régisseur Boulianne d'approuver le contrat étant fondé sur un élément non-pertinent (le rejet de soumissions), sa décision est donc manifestement déraisonnable et constitue un excès de compétence.

- Renvoi :
- W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford University, 2004 aux pp. 380 à 388, onglet 4.
 - S. Blake, *Administrative Law in Canada*, 3^e éd., Butterworths Canada Ltd, 2001 aux pp. 89 et 90, onglet 5.
 - P. Garant, *Droit Administratif*, vol. 2, 4^e éd., Éditions Yvon Blais inc., 1996 aux pp. 418 à 422, onglet 6.

- *Apotex inc. c. Côté*, [1994] R.J.Q. 795 (C.S.), onglet 7.
- *La ville de Prince George c. Joseph E. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458, onglet 8.

30. Son refus d'approuver le contrat constitue aussi un excès de compétence puisqu'il omet de tenir compte d'éléments de preuve pertinente, à savoir que Tembec est le plus bas soumissionnaire conforme dûment sélectionné.

- Renvoi :
- *Syndicat Canadien de la Fonction publique c. Gravel*, [1998] R.J.D.T. 56 (C.S.), onglet 9.
 - *Collège Lasalle c. Québec (Procureur général)*, [1998] R.J.Q. 2105 (C.S.), onglet 10.
 - *Société en commandite Gaz Métropolitain c. SOQUIP*, Décision D-97-40, dossier R-3391-97, 17 novembre 1997, onglet 11.
 - *Waldman c. Montréal (Ville de)*, [2005] T.A.Q. 1043, onglet 12.

31. La demande faite devant la Régie est requise par l'article 74.2 (2) de sa Loi. En transformant la demande d'approbation de contrat faite devant elle en demande de révision des soumissions rejetées, la Régie a excédé sa compétence en répondant ainsi à une question qui ne lui était pas posée et en se fondant sur sa réponse non pertinente pour écarter la demande qui lui était spécifiquement soumise. Si la Régie avait dûment statué sur la demande d'approbation, elle eut dû l'approuver car :

- Tembec a été dûment sélectionnée ;
- Sa soumission était conforme;
- Sa soumission était la plus basse.

- Renvoi :
- *United Parcel Service du Canada ltée c. Foisy*, D.T.E. 2006T-519 au para. 55 à 57 (C.S.), onglet 13.
 - *M.J.B. Entreprises Ltd c. Construction de Défense*, [1999] 1 R.C.S. 619, onglet 14.
 - Rapport final de Raymond Chabot Grant Thornton, représentant officiel d'Hydro-Québec Distribution, page 11, 2^e paragraphe, (dossier R-3604-2006, B-1 – Tembec inc.– D-7)
 - *Suites données par Hydro-Québec Distribution aux rapports de constatations de la Régie* – 16 janvier 2006 – Dossier

R-3595-2005, B-1-HQD 2, document 7, page 4.

32. La décision de la Régie de refuser l'approbation entraîne un résultat absurde et déraisonnable puisque, d'une part, elle cause, à toutes fins utiles, la rupture du contrat du 3 octobre 2005 qu'on lui demandait justement d'approuver et, d'autre part, elle pénalise une partie innocente, en l'occurrence Tembec, qui est de toute façon le plus bas soumissionnaire conforme dûment sélectionné: *Two wrongs do not make a right*.

- Renvoi :
- *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, onglet 15.
 - W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford University, 2004 aux pp. 394 et 395, onglet 4.
 - *Canada (Attorney General) c. O'Neill* [2004] O.J. No. 4649 (S.C. Ont.), onglet 16.

V. CONCLUSION

33. En conséquence, la décision D-2006-65 rendue par la Régie le 12 avril 2006 est affectée d'un vice de fond entraînant son invalidité. La demande d'approbation du contrat aurait dû être accueillie tel que demandé. La décision D-2006-65 doit donc être révisée et révoquée et l'approbation demandée accordée selon les conclusions de la demande de révision.

Montréal, le 15 juin 2006

FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

M^e Gérard Dugré

1, place Ville-Marie, Bureau 3900

Montréal QC H3B 4M7

Téléphone : (514) 878-8827

Télécopieur : (514) 866-2241

gerard.dugre@fmc-law.com

Procureurs de la demanderesse Tembec Inc.