

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

DOMTAR - PROGRAMME D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ
PRODUITE PAR COGÉNÉRATION À BASE DE
BIOMASSE FORESTIÈRE RÉSIDUELLE

DEMANDE D'EXERCICE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE
ET DE CONTRÔLE DE LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE

DOSSIER : R-3798-2012

RÉGISSEUR : M. JEAN-PAUL THÉORÊT, président

AUDIENCE DU 19 JUIN 2012

VOLUME 1

JEAN LAROSE
Sténographe officiel

COMPARUTIONS

Me LOUIS LEGAULT
procureur de la Régie;

REQUÉRANTE :

Me PATRICK OUELLET
Me SAMUEL BACHAND
Me ALESSANDRA SALVO
procureurs de Domtar inc.;

MISE EN CAUSE :

Me JEAN-OLIVIER TREMBLAY
procureur d'Hydro-Québec Distribution (HQD).

TABLE DES MATIERES

	PAGE
PRÉLIMINAIRES	4
PLAIDOIRIE PAR Me PATRICK OUELLET	8
PLAIDOIRIE PAR Me JEAN-OLIVIER TREMBLAY	85
RÉPLIQUE PAR Me PATRICK OUELLET	130

R-3798-2012
19 juin 2012

- 4 -

L'AN DEUX MILLE DOUZE, ce dix-neuvième (19e) jour
du mois de juin :

PRÉLIMINAIRES

LA GREFFIÈRE :

Protocole d'ouverture. Audience du dix-neuf (19)
juin deux mille douze (2012), dossier R-3798-2012,
Domtar - Programme d'achat d'électricité produite
par cogénération à base de biomasse forestière
résiduelle - Demande d'exercice du pouvoir de
surveillance et de contrôle de la Régie de
l'énergie.

Le régisseur désigné dans ce dossier est monsieur
Jean-Paul Théorêt.

Le procureur de la Régie est maître Louis Legault.

La requérante est Domtar inc. représentée par
maître Patrick Ouellet, maître Samuel Bachand et
maître Alessandra Salvo.

La mise en cause est Hydro-Québec Distribution
représentée par maître Jean-Olivier Tremblay.

Je demanderais aux parties de bien s'identifier à
chacune de leurs interventions pour les fins de
l'enregistrement. Aussi, auriez-vous l'obligeance
de vous assurer que votre cellulaire est fermé

durant la tenue de l'audience. Merci.

LE PRÉSIDENT :

Alors, bonjour à tous. La Régie est aujourd'hui assistée de maître Louis Legault ainsi que de messieurs Steeves Demers et Raymond Paquet, analystes. Nous entendrons d'abord l'argumentation de maître Patrick Ouellet ou maître Samuel Bachand pour la demanderesse Domtar, et ensuite celle de maître Jean-Olivier Tremblay pour le Distributeur.

Je vous demanderais de vous en tenir à l'essentiel, la Régie ayant déjà reçu et pris connaissance de votre volumineuse documentation ainsi que de vos argumentations écrites respectives.

N'oubliez pas qu'on est ici pour vous entendre sur une demande d'ordonnance de sauvegarde pour laquelle vous devez me démontrer de façon prima facie :

- 1) l'apparence d'un droit à cette ordonnance;
- 2) l'urgence à ce qu'elle soit émise auquel cas il pourrait en résulter un préjudice sérieux ou irréparable pour Domtar et;
- 3) pourquoi la balance des

inconvénients joue en votre faveur.

Alors qui va plaider pour Domtar?

Me PATRICK OUELLET :

C'est moi, Monsieur le Régisseur. C'est Patrick Ouellet du cabinet Woods pour Domtar.

Me JEAN-OLIVIER TREMBLAY :

Avec votre permission, Monsieur le Régisseur, j'avais quelques remarques préliminaires à formuler. Peut-être juste, si vous le permettez, Maître Ouellet, avant que vous ne commenciez. J'ai bien entendu votre commentaire à l'effet que nous nous étions entendus sur la sauvegarde. Et ma préoccupation là-dessus, c'est qu'à la lumière du plan d'argumentation de mes confrères qui est très volumineux et qui couvre beaucoup de sujets, qui s'écartent de l'aspect sauvegarde et qui s'en vont plus dans le fond.

Par exemple, la qualification du prix du contrat existant entre Domtar et Hydro-Québec Production (paragraphe 166 à 172); les circonstances précises de négociation de ce contrat-là (paragraphe 102 à 109); l'impact sur la compétitivité de Domtar si elle obtenait le contrat recherché (paragraphe 96); des spéculations sur les raisons qui ont amené le gouvernement à émettre un

décret augmentant les quantités à trois cents mégawatts (300 MW) (paragraphe 42 à 46).

Alors, je ne me lèverai pas pour formuler des objections si ces choses-là sont plaidées, mais il m'apparaît qu'on est vraiment dans le fond du dossier quand on allègue ces choses-là. Et la raison pour laquelle je prends la peine de vous formuler ces observations préliminaires, c'est qu'on voit dans l'argumentation écrite une accusation, si on peut dire, là, adressée à Hydro-Québec comme quoi la raison pour laquelle il y a des délais, c'est parce qu'on insiste pour procéder sur la sauvegarde.

Je ne reviendrai pas sur les motifs pour lesquels on procède aujourd'hui sur la sauvegarde uniquement. C'est ce qui avait été convenu. Ça permettait d'éviter d'avoir une audience à quelques jours d'avis sans qu'on puisse avoir un minimum de préparation. Alors, le calendrier convenait à toutes les parties.

Alors, dans un contexte où on reçoit une accusation là, de créer des délais et où on embarque dans le fond alors même qu'on n'est pas supposé puisqu'on est dans le cadre strict de la sauvegarde, on est au stade *prima facie* comme vous

l'avez dit, c'est la remarque que je voulais faire à l'effet que, nous, on s'en tiendrait à l'analyse des critères que vous avez mentionnés et non pas à embarquer dans l'étude des prétentions au fond de Domtar.

LE PRÉSIDENT :

C'est la raison, je vais vous laisser la parole après, Maître Ouellet, mais c'est la raison pour laquelle j'ai bien encadré les argumentations de ce matin, à savoir, la première chose, l'apparence d'un droit à cette ordonnance. Alors, je pense que je compte sur maître Ouellet pour, ce matin, qu'on débattenne strictement de l'urgence et d'un besoin de cette ordonnance. Maître Ouellet.

PLAIDOIRIE PAR Me PATRICK OUELLET :

Je ne pense pas d'avoir à répondre aux commentaires de maître Tremblay sauf pour vous dire que, dans la mesure où je dois démontrer l'apparence de droit, je dois vous parler *prima facie* du fond de l'affaire évidemment pour démontrer une apparence du droit que l'on recherche. Donc, mais je vais m'en tenir à l'essentiel comme vous m'avez invité à le faire. Et c'était ma remarque préliminaire. Je ne vais pas tout relire le plan. Ce que je vais faire, c'est que je vais suivre le plan, Monsieur

le Régisseur, et je vais vous dire à quel paragraphe je suis. Et je vais souligner, si vous voulez, les « highlights » un peu du plan d'argumentation en ce qui concerne les ordonnances recherchées aujourd'hui.

09 h 07

Première des choses, j'ai donné à mon confrère ce matin, nous avons réduit nos demandes relativement à l'ordonnance de sauvegarde. Je vous donne une version amendée. Le seul amendement, c'est aux conclusions, vous allez voir, Monsieur le Régisseur. Donc, vous pourrez les regarder. Mais essentiellement, la conclusion principale que l'on demande, ce n'est pas d'empêcher Hydro-Québec d'octroyer des contrats, mais c'est plutôt, on l'a réduit, mais de dire que... d'empêcher Hydro-Québec d'octroyer des contrats dans la mesure où ça ferait en sorte qu'il ne resterait pas trente (30) mégawatts pour Domtar.

Donc, somme toute, on ne demande pas à ce qu'Hydro-Québec ne puisse pas en donner à d'autres, mais qu'elle ne puisse pas en donner dans la mesure où il ne resterait pas trente (30) mégawatts. C'est la modification qui est apportée.

Donc, si vous me permettez, je vais

commencer dans le plan, je ne veux pas... vous connaissez mieux que moi, je pense, le dossier en question. J'ai vu votre nom à quelques reprises dans le dossier. Donc, je ne vais pas nécessairement tout reprendre l'historique.

La première chose que je voudrais adresser avec vous c'est le paragraphe 4, lorsque l'on parle du contrat. Je comprends que le contrat, on demande une mise sous scellé de ce contrat-là, le contrat entre Domtar et Hydro-Québec, le contrat qui est présentement en vigueur, c'est la pièce R-3. On en a discuté hors votre présence de la demande de mise sous scellé. Essentiellement, c'est assez simple. La demande de mise sous scellé, la raison est parce qu'on s'est engagé contractuellement envers Hydro-Québec à garder le contrat confidentiel. Ce n'est pas pour une autre raison que ça. C'est pour on veut s'assurer de respecter nos obligations contractuelles, c'est pour ça qu'on en fait la demande. Je ne sais pas si Hydro-Québec le conteste ou non. Mais si vous regardez, c'est l'article 26 du contrat qui prévoit que les parties s'engagent à assurer la confidentialité du présent contrat et de tout document ou communication qui pourrait en résulter dans le cadre de son exécution; ne pourra

en divulguer la totalité ou une partie du présent contrat sans l'accord de l'autre partie, et caetera. Donc, c'est la seule raison pour laquelle on le demande.

Donc, il y a des choses qui sont plus sensibles que d'autres dans ce contrat-là, notamment le prix. Donc, ce que je ferai, je comprends que l'audience est web diffusée, quand je parlerai du prix, je vous montrerai le contrat comme tel et je le ferai, disons, en parabole pour ne pas divulguer l'information, mais tout le monde l'aura devant les yeux et tout le monde pourra comprendre de quoi il en retourne.

Alors, ce contrat-là, Monsieur le Régisseur, si vous regardez aux pages 4 et 5, la pièce R-3, je ne sais pas si vous l'avez devant vous? Excusez-moi, c'est les pages 5 et 6, Monsieur le Régisseur. Je crois que c'est la copie qui est sous scellé. C'est la clause 4 essentiellement du contrat, qui est conclu en novembre 2001, donc qui parle de sa durée. On voit que le contrat a une durée de vingt-cinq (25) ans. Et à la page 6, tout en haut, le deuxième paragraphe:

Nonobstant ce qui précède, le
Producteur a l'option exerçable à

partie de la deuxième année contractuelle de mettre fin au présent contrat. Les parties conviennent que le coût de cette option payable par le Producteur...

Qui est Domtar.

... s'établit à...

Vous voyez le montant qui est là. Donc:

Ce montant sera payé conformément aux modalités prévues à l'article 7.2.

Et si vous regardez à 7.2, on parle des modalités, de la façon dont Domtar s'acquittera du prix substantiel qu'elle paie à Hydro-Québec pour avoir la possibilité... on l'appellera comme on voudra, de devancer l'échéance du terme, de résilier, de mettre fin au contrat. Il n'y a pas de litige contractuel. Ici, vous n'avez pas à interpréter ce contrat-là. Hydro-Québec ne conteste pas qu'on a le droit qui est prévu ici, pour lequel on a payé un montant d'argent substantiel. Il n'y en a pas de litige contractuel. Hydro-Québec a payé un montant d'argent pour avoir le droit qu'on lui refuse d'exercer aujourd'hui. Et j'y reviendrai là-dessus. Bien, ce pourquoi on la pénalise dans le fond. Hydro-Québec a touché cet argent-là, qui a été payé

par Domtar, et aujourd'hui, on veut contourner le mécanisme d'approbation de la Régie pour empêcher Domtar de se prévaloir de ce pourquoi elle a payé le fort prix.

Alors, ceci était le paragraphe 4, c'est ce que j'avais à vous dire sur le contrat. Je saute quelques paragraphes.

Vous voyez tout en haut de la page 5, on réfère au décret R-6. Vous connaissez la séquence des événements dans ce dossier-ci. Je veux aller un peu au décret pour regarder quelques-uns des extraits qui sont fort révélateurs, de ce décret qui précède, évidemment, la demande d'approbation des modalités par Hydro-Québec. Donc, je suis à R-6, la colonne de droite, évidemment, le premier « ATTENDU ». Donc:

ATTENDU qu'en vertu du premier alinéa de l'article 52.1 de la Loi sur la régie de l'énergie, dans tout tarif qu'elle fixe ou modifie, applicable par le distributeur d'électricité à un consommateur ou à une catégorie de consommateurs, la Régie de l'énergie tient compte des préoccupations économiques, sociales et

environnementales que peut lui
indiquer le gouvernement par décret.

Donc, la Régie doit tenir compte des préoccupations économiques, et je vais y revenir. On passe un paragraphe, on va dans le dernier « ATTENDU » de cette page-là:

ATTENDU que le gouvernement entend
favoriser l'amélioration de la
compétitivité des entreprises situées
dans les régions du Québec.

On s'arrête là. Une des préoccupations, améliorer la compétitivité des entreprises en région. On parle de l'installation de Domtar à Windsor qui est évidemment une des régions du Québec. En permettant... en permettant quoi? La valorisation de la biomasse forestière. Valorisation, j'ai fait un petit exercice, j'ai ouvert mon Petit Robert, ça veut dire : « Le fait de valoriser. » Et valoriser veut dire : « Faire prendre de la valeur. » Un des objectifs, c'est de valoriser ou de faire prendre de la valeur à la biomasse forestière. Pourquoi? Améliorer la compétitivité des entreprises en région.

Prochaine page toujours, du décret. Le quatrième paragraphe, dans la colonne de gauche :

Que soit indiqué à la Régie de l'énergie les préoccupations économiques, sociales et environnementales suivantes à l'égard du programme.

On les liste les préoccupations, on répète encore,

préoccupe de la compétitivité des entreprises situées dans les régions, entend s'assurer que le programme d'achat d'électricité favorise cette compétitivité.

Et à cette fin, le gouvernement a demandé au distributeur d'électricité de considérer les caractéristiques suivantes dans l'élaboration de son programme d'achat. C'est un bloc de cent cinquante mégawatts (150 MW). Et là, à A, on liste les modalités en question.

Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante, - et je saute - ou une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du

programme.

Donc, mettez-vous dans la peau de ma cliente, à ce stade-là, elle a payé un fort prix, comme vous l'avez vu, pour avoir l'option que son contrat vienne à échéance quand elle le veut. Clairement, elle se qualifie ici. Il n'y a pas de doute que Domtar se qualifie, elle a payé un fort prix, elle peut décider de l'échéance de son contrat. Elle n'a rien à dire ma cliente, voit ça, contente. Petit c), un peu plus bas,

on prévoie qu'un contrat d'achat doit être conclu, devrait être conclu avec chaque promoteur ayant déposé une soumission conforme, - ça va. -

Et d), aussi important,

afin d'assurer un développement optimal des projets au bénéfice des régions, le gouvernement croit opportun que le prix d'achat de l'électricité soit comparable au prix moyen obtenu lors de l'appel d'offre de deux mille neuf (2009).

Donc le prix qui sera... qui est aussi partie des préoccupations... préoccupations, compétitivité, valorisation de la biomasse forestière. Ce sont des

choses qui sont importantes à considérer et je vais y revenir aujourd... euh, plus tard dans mon argumentation. Les paragraphes suivants du plan, monsieur le régisseur... On liste l'historique là, la seule chose que je veux dire, c'est comme vous le savez, dans sa demande d'approbation, jamais en fait Hydro-Québec s'en est tenu au décret. Au texte du décret. On n'avait pas ajouté la condition que j'appelle la Modalité avec un grand « M », qui vient exclure Domtar. Donc, et dans sa demande d'approbation, et dans sa réplique aux observations, la Régie également a approuvé telles quelles les modalités, sans l'ajout de la Modalité.

Ce qui m'amène au paragraphe 17, où on parle du document R-12. En fait, paragraphe 17 et 18, vous allez voir à 18, monsieur le régisseur, que nous avons fait un travail de moine, de comparer le document R-12, le document du programme, avec les documents antérieurs, pour voir où est-ce qu'il y avait des différences entre ce qui avait été approuvé, et là, on avait demandé l'approbation, et ce qui faisait maintenant partie du programme. On en a listé essentiellement six, qui sont contenues au paragraphe 18. Les cinq

dernières, c'est des formalités. On parle de document, de la fourniture de document qui doit être exigée, et caetera. Rien de vraiment, rien de substantiel, sauf 1.5 in fine, qui est la première, que l'on retrouve au document R-12, aux pages 3 et 4. Premièrement donc, 1.5, en page 3 du document R-12. Donc, origine de la production, on revoit les trois conditions :

l'électricité produite par la centrale doit provenir soit d'une nouvelle installation;
d'une installation inopérante depuis plus de six mois ou;

même « wording »,

d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme.

9 h 17

Tout ça, ça va. 1.5 in fine page 4. On voit là que 1.5iii est là en haut de la page 4 et là on ajoute :

Une installation visée en ii) et iii) ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de

vente d'électricité avec Hydro-Québec
au moment de la publication du Décret,
n'est pas admissible au Programme si
ce contrat de vente a été résilié
après la publication du Décret.

Donc, par cet ajout, là Domtar ne se qualifie plus,
ne peut plus se qualifier parce qu'elle devrait
envoyer son avis de terminaison du contrat ou de
devancer l'échéance du terme ou de résiliation,
appelons-le comme on veut. Évidemment, elle ne l'a
pas envoyé, donc elle est forcément après la
publication du décret. Ça a été modifié plus tard
pour appeler le lancement du programme, mais peu
importe. Donc, cet ajout, non approuvé par la
Régie, vient disqualifier ma cliente spécifique-
ment.

Donc, il faut comprendre - et contrairement
à ce qui est indiqué dans le plan d'argumentation
et la contestation du Distributeur - Domtar, lors
des audiences publiques, n'avait rien à dire, elle
se qualifiait. Elle n'est pas intervenue parce
qu'elle n'avait rien à dire, ceci n'y apparaissait
pas. On ne peut pas dire que Domtar avait tout le
loisir de venir faire ses observations sur une
modalité qui n'existait pas. Donc, ma cliente n'a

même pas eu l'opportunité de venir à la Régie et de dire « voici, ceci, je ne suis pas d'accord parce que... » les raisons que vous allez entendre aujourd'hui « j'ai payé un fort prix pour avoir l'option de devancer l'échéance du contrat. Maintenant, par cet ajout, vous me privez de l'option pour laquelle j'ai payé fort prix ». Donc, ce n'est pas vrai que Domtar avait le droit de venir contester ça, ça n'existait pas.

Et donc je m'inscris en faux contre les prétentions d'Hydro-Québec, et je le dis avec respect, évidemment, à l'effet que ce ne serait qu'une précision de 1.5iii. Ce n'est pas une précision, c'est un ajout qui vient spécifiquement disqualifier ma cliente. Et on sait qu'elle venait disqualifier un autre aussi, une autre entité qui depuis a réglé son affaire, et on y reviendra à ça. On parle évidemment de Abibow maintenant Produits forestiers Résolu.

Au paragraphe... à la page 7 du plan, le sous-titre D), on vous parle évidemment de la question que Domtar a adressée à Hydro-Québec et de la réponse qu'Hydro-Québec... Donc, la réponse d'Hydro-Québec clairement vient confirmer qu'ils considèrent que Domtar n'est pas admissible. Et si

vous regardez dans le bas de la page 7, à peu près vers le milieu : O.K.

[...] L'exercice par le Fournisseur du droit prévu au contrat, auquel il est fait référence dans cette question, ferait en sorte que ce contrat serait résilié.

Donc, c'est l'ajout là qui vient disqualifier ma cliente et on le sait. Il n'y a pas non plus de litige à savoir si Hydro-Québec va l'accepter quand même ou non. Ils ont répondu qu'ils ne l'accepteraient pas en raison de l'ajout de la modalité qui fait l'objet de la discussion aujourd'hui. Les positions sont bien campées.

Je n'ai pas besoin de revenir sur la mise en demeure, vous avez... vous avez l'information. Je suis rendu en page 9. Donc, évidemment, la soumission de Domtar est déposée le vingt-trois (23) avril deux mille douze (2012), mais ce qui est important de comprendre, c'est qu'elle l'a déposée sans même avoir reçu réponse à sa mise en demeure. C'est à peu près un mois après la mise en demeure ou quelques jours de moins qu'un mois, elle n'avait rien reçu. Donc, Domtar a déposé une soumission pour trente mégawatts (30 MW) au bureau de Raymond

Chabot Grant Thornton. Et la réponse, encore une fois, d'Hydro-Québec nous laisse voir assez facilement qu'elle sera rejetée ou elle aurait déjà été rejetée n'eût été de la demande qui a été présentée à la Régie à la fin du mois d'avril. Donc, comme vous le savez, recours introduit le vingt-huit (28) avril.

Le quatre (4) mai, 1.5 in fine - je vais toujours l'appeler « 1.5 in fine » là, c'est la modalité qui est attaquée aujourd'hui, plutôt que toujours me répéter - donc a été modifiée par Hydro-Québec pour dire, plutôt que « au moment du lancement du programme » plutôt que « au moment de la publication du décret », mais ça ne change rien pour Domtar.

37 n'est plus exact. Je vois... on ne le savait pas, mais :

L'Addenda no. 1 [...] n'a pas été
soumis à l'approbation de la Régie...

ça, ça va

... et n'a pas été déposé au greffe de
la Régie pour suivi administratif.

Je comprends des pièces que mon confrère m'a transmises hier que ça l'a été, on l'ignorait, mais ça l'a été transmis, produit, déposé au greffe pour

suiwi administratif, mais, je ne pense pas, il n'y a pas eu de demande d'approbation de la modification.

Aux paragraphes 38, 39, on vous parle des contrats déjà octroyé, donc un de cinquante mégawatts (50 MW) à Tembec, un de vingt-six point cinq mégawatts (26,5 MW) à Abibow ou Produits forestier Résolu. Et on sait également que... Bien, en fait, c'est parce que, un commentaire un peu... un peu comique.

Dans la contestation d'Hydro-Québec, on n'arrête pas de dire « Abibow s'est désistée de sa demande », comme si, dans le fond, c'est un aveu que sa demande était mal fondée. Mais, écoutez, on le sait qu'ils ont eu leur contrat là, c'est normal qu'ils se soient désistés de leur demande. Donc, ce n'est pas parce qu'ils se sont désistés que leur demande était mal fondée, c'est parce qu'on a consenti à leur demande et on leur a octroyé un contrat.

Donc, Abibow a vingt-six point cinq (26,5 MW); Fibrec a trente-trois point vingt-trois (33,23 MW); Tembec a cinquante (50 MW), donc cent neuf et quelque chose mégawatts (109 MW) sont déjà octroyé, cent neuf point soixante-treize

(109,73 MW) pour être plus exact, selon les informations publiques. On ne sait pas qui d'autre a soumissionné depuis, on ne nous a pas donné d'information à ce sujet-là. Donc, on est avancé quand même dans le programme, le bloc de cent cinquante (150 MW) qui, je comprends, sera probablement augmenté à trois cents (300 MW) d'ici peu.

Donc, on arrive à l'augmentation de la capacité. Donc, le vingt-trois (23) mai, il y a un nouveau décret pour augmenter à trois cents mégawatts (300 MW). Et le gouvernement dit ici que le bloc de cent cinquante (150) mégawatts sera atteint en deux mille douze (2012). Donc, ce qui laisse entendre que ça va vite quand même. Ce qui explique un peu l'urgence de ma cliente, de ce qu'elle demande aujourd'hui.

9 h 23

Et encore une fois, je le dis en passant, c'est au paragraphe 46, ça aurait encore été une bonne opportunité pour Hydro-Québec de soumettre la modalité à 1.5 in fine pour approbation pour que les gens puissent faire part de leurs observations. Mais ça a encore une fois pas été fait.

Confidentialité, j'en ai déjà parlé, donc,

je n'ai pas besoin de revenir là-dessus.

Donc, maintenant, ce qui m'amène à l'argumentation comme telle sur les ordonnances recherchées.

Et une chose que je veux clarifier, encore une fois, il y a un commentaire dans la contestation d'Hydro-Québec comme quoi on chercherait à faire approuver à l'avance notre soumission et pour être avantagé par rapport aux autres soumissionnaires. Ce n'est pas vrai. Domtar ne demande qu'une chose, ne pas être disqualifiée sur la base de 1.5 in fine. C'est tout ce qu'elle demande. Si Domtar, sa soumission n'est pas conforme pour un autre motif, ça ne fait pas partie de ce qui vous est demandé. Ça ne fait pas partie du litige dont vous êtes saisi. Donc, ce n'est pas vrai que Domtar vient ici pour faire approuver à l'avance sa soumission. Domtar se présente devant la Régie pour une simple et bonne raison, ne pas être disqualifiée en raison d'une modalité qui n'a pas fait l'objet d'une approbation préalable de la Régie.

Les dispositions législatives, 52 et suivants du plan d'argumentation, vous les connaissez, je pense, mieux que moi ces

dispositions-là. Celle sur laquelle je veux passer plus de temps c'est 74.3. On va la lire ensemble. Elle se trouve en page 12 du plan d'argumentation citée in extenso. Donc:

Malgré les articles 74.1 et 74.2, le distributeur d'électricité peut, dans le cadre d'un programme d'achat d'électricité provenant d'une source d'énergie renouvelable dont les modalités ont été approuvées par la Régie, acheter de l'électricité d'un client dont la production excède sa propre consommation ou d'un producteur, sans être tenu à la procédure d'appel d'offres.

Ce qui nous occupe ici. Donc, il faut que les modalités aient été approuvées par la Régie. Le litige dont vous êtes saisi, parce que, évidemment, Hydro-Québec conteste votre juridiction, la juridiction de la Régie pour émettre, pour entendre même, ou pour émettre les ordonnances recherchées. Ce que je vous soumetts c'est ce dont vous êtes saisi ce n'est pas un litige contractuel. Vous devez interpréter 74.3 de la Loi sur la Régie, clairement, vous devez l'interpréter à savoir est-

ce que 1.5 in fine est une modalité qui a à être approuvée par la Régie. Essentiellement, est-ce que c'est une modalité, parce que c'est clair que les modalités doivent être approuvées par la Régie. Est-ce que 1.5 in fine est une modalité? Et si oui, je vous soumetts respectueusement que vous devez donner raison à Domtar, parce que cette modalité-là n'a pas été approuvée. C'est ça le litige qui est devant vous.

Donc, si vous regardez au paragraphe 54, on cite un extrait de votre décision, Monsieur le Régisseur, dans le cadre de ce programme-ci, la pièce R-10, paragraphe 79:

La demande du Distributeur se fonde sur l'article 74.3 de la Loi. Cette disposition confère à la Régie le pouvoir d'approuver les modalités d'un programme d'achat d'électricité. Comme le souligne d'ailleurs avec justesse le Distributeur, il s'agit des modalités reliées aux conditions administratives ainsi qu'aux modalités financières du Programme.

Donc, les modalités sont de deux (2) ordres, conditions administratives, modalités financières.

On va revenir à la définition de condition administrative. Je vous soumetts que ça appert clairement des documents que 1.5 in fine est une modalité administrative, clairement.

Bon, vous avez que l'article 39 prévoit que le dépôt de la décision de la Régie au greffe de la Cour supérieure lui donne la même force et le même effet, je n'ai pas besoin de revenir là-dessus, ça a été déposé, comme vous le savez.

Le 31.5, ça vous donne la juridiction et la compétence exclusive d'entendre... de décider de toutes autres demandes soumises en vertu de la présente loi. Donc, on n'est même pas dans un cas ici de compétence concurrente où on pourrait aller en Cour supérieure ou venir devant la Régie. Si on allait en Cour supérieure, on nous renverrait devant la Régie en raison de sa compétence exclusive. Et j'ai de la jurisprudence. En fait, la jurisprudence, vous allez voir que... ou c'est ma propre cliente et mon propre associé qui l'ont appris à leur dépens parce qu'ils sont allés en Cour supérieure dans l'affaire de Domtar contre Kruger et ils se sont fait renvoyer devant la Régie.

Donc, 34.2, vous connaissez aussi le

pouvoir d'émettre des ordonnances de sauvegarde. Effectivement, c'est pour sauvegarder les droits de Domtar, on vous demande à ce qu'Hydro-Québec ne rejette pas sur la base de 1.5 in fine tout simplement. C'est vraiment une demande de sauvegarde.

Ce qui m'amène aux paragraphes 64 et suivants, sur les précédents jurisprudentiels. En fait, sur la compétence de la Régie et sur le pouvoir d'émettre ce qu'on vous demande d'émettre comme ordonnance. Premièrement, à l'onglet 2 de nos autorités, dans l'affaire, la décision D-99-117, si vous regardez aux pages 12 à 16. En fait la revue qui est faite par la Régie, je crois que c'était en révision d'une décision de la Régie, dans ce cas-ci. À partir de... c'est une... à partir de la page 12, c'est une demande de sursis. Mais essentiellement, demande de sursis, demande de sauvegarde, demande d'injonction, toutes ces choses-là reviennent au même et la Régie ici pourrait en prendre connaissance à partir de la page 12. Mais on regarde toutes les dispositions du code de procédures, tant en première instance qu'en appel, pour pouvoir rendre des ordonnances de sursis, de sauvegarde, d'injonction, et caetera. Et

on les analyse tous, 754.2, du code de procédure, notamment et vous regardez.... et donc on fait, on fait une révision de jurisprudence en semblable matière, pour conclure en page 16 que :

En définitive, quelque soit le terme utilisé, « sursis », « injonction », « sauvegarde », « suspension d'instance », les critères d'application sont toujours les mêmes et les concepts couvrent une même réalité juridique avec certaines nuances. [...]

La Régie conclut que l'ordonnance de sauvegarde prévue à l'article 34 de sa loi constitutive peut contenir l'ordonnance de sursis et applique les critères pré-cités.

Donc essentiellement, c'est confirmé par la Régie elle-même, ce sont les critères de l'injonction, puis je pense qu'il n'y a pas de débat là-dessus qui doivent s'appliquer. Et, à l'article 34 al. 2, on a le pouvoir de l'ordonner.

Au paragraphe 65, on vous parle de la demande que... résolue où Abibow a adressé la Régie. C'est une demande qui est très très très

similaire à celle que ma cliente a présentée. Je n'ai pas besoin de relire avec vous les extraits qui sont cités au paragraphe 65. Sauf pour vous dire que les conclusions recherchées étaient similaires.

Mais je veux aller regarder avec vous votre décision, monsieur le régisseur, à l'onglet R-19. Parce que... Après la pièce R-19, la décision de février deux mille douze (2012). Parce que, évidemment, il y a une distinction qui est plus théorique que pratique. Je vous sou mets respectueusement, entre cette décision-là, qui est ce que nous demandons aujourd'hui, c'est que dans l'affaire d'Abibow, c'était de consentement, que l'ordonnance était émise, alors qu'ici c'est contesté. Mais je vous sou mets que c'est plus théorique que pratique pour les motifs que je vais vous plaider.

Premièrement, en page 5, vous regardez, pour le distributeur :

Il est essentiel qu'un ordonnance soit prononcée selon les conditions indiquées et non que la Régie entérine une entente entre les parties.

Donc ça, ce n'est pas entériner une entente. On

vous demande d'émettre une ordonnance. On ne peut pas juste dire que c'est une entente là, R-19, de l'aveu même d'Hydro-Québec. Et aussi, au paragraphe 8, l'attendu qui est là :

ATTENDU que la demande, que la demanderesse a annoncé au paragraphe 60 de sa demande, qu'elle comptait déposer une soumission incessamment.

Donc, ici on fait grand état dans la contestation d'Hydro-Québec que ce n'est que théorique ce que Domtar vous dit. Parce que Domtar n'a pas encore envoyé son avis de résiliation conditionnel, et que donc on vous demande de statuer. Ici, Abibow n'avait pas soumissionné encore. Moi, ma cliente a soumissionné Domtar, mais c'est clair qu'elle a l'intention d'envoyer son avis de résiliation conditionnel à l'octroi d'un contrat, dans la mesure où on lui donne raison. Donc il n'y a rien de théorique là-dedans. On vous l'annonce, c'est dit, c'est appuyé de l'affidavit, c'est évident que ma cliente va le faire. On n'est pas ici, Domtar n'a pas l'habitude de dépenser de l'argent en honoraires juridiques pour le plaisir de la chose. C'est parce qu'elle est sérieuse et elle veut obtenir ce contrat-là. Donc ce n'est pas plus

théorique ici que ce l'était dans Abibow, qui n'avait pas encore soumissionné.

Et regardons les ordonnance. Bien fait, vous pouvez les regarder, je vous... Mais ce que je vous soumets, c'est que c'est exactement la même chose que les conclusions amendées qu'on recherche aujourd'hui. Si vous comparez les amendés, vous allez voir que je me suis grandement inspiré de l'ordonnance en question. C'est exactement la même chose qu'on vous demande, on vous demande la même ordonnance qui a déjà été rendue par la Régie. Donc sur la juridiction, je vous soumets que c'est à sa face même, la Régie a la juridiction, parce qu'elle l'a déjà fait.

Et, paragraphe 68, ce qu'on vous mentionne, c'est que :

Le fait que les ordonnances [...] aient été rendues de consentement ne change absolument rien.

Et le fait qu'Hydro-Québec se soit réservé le droit de contester la compétence de la Régie ne change absolument rien. Parce que si vous regardez Julien contre Québec, qui est la décision, elle se retrouve à l'onglet 11 de mon cahier, mais vous n'avez pas besoin nécessairement d'y aller. C'est

une décision de la Cour supérieure, en mille neuf cent quatre-vingt-treize (1993), rendue par monsieur le juge LeBel qui est maintenant à la Cour suprême, comme vous le savez sans doute. Et ce qu'il dit ici, c'est :

Par ailleurs, un principe élémentaire de droit public veut que les parties ne puissent, par consentement explicite ou implicite, donner juridiction à un tribunal. Le tribunal a juridiction en vertu de la loi, ou il n'a pas juridiction. On ne pourrait consentir à un excès de compétence. À la limite, appliquer strictement le motif qui est soulevé par le procureur général et refuser d'entendre le requérant parce qu'il n'aurait pas soulevé ces motifs devant le tribunal inférieur, ce serait décider qu'en ne soulevant pas ces motifs, il a renoncé à le faire. Il aurait ainsi consenti à ce qui peut être un excès de compétence.

Donc, par analogie, ça s'applique directement à notre affaire.

9 h 35

Ce qu'on dit au paragraphe 70, c'est qu'on est en droit de présumer, ça me semble une évidence, qu'avant de rendre l'ordonnance qu'elle a rendue, la Régie s'est livrée à l'analyse de sa compétence pour conclure qu'elle avait la compétence de rendre l'ordonnance en question. Évidemment, on ne peut pas juste vous demander de rendre une ordonnance que vous n'avez pas le pouvoir de rendre. On vous l'a demandé parce que vous aviez le pouvoir de la rendre, donc c'est ce qu'on vous plaide aujourd'hui. C'est que directement, la décision Abibow est un précédent direct qui confirme la juridiction de la Régie.

Au paragraphe 71, ce qu'on vous mentionne, c'est que... Allez-y. Donc, ce qu'on vous mentionne au paragraphe 71, c'est qu'on relève, dans l'affaire Abibow, une conclusion déclaratoire pour une soumission non encore déposée.

Donc, ça m'amène au paragraphe 74. À 73, ce qu'on vous dit essentiellement, c'est qu'on est en droit de s'attendre à une certaine constance dans la jurisprudence de la Régie à cet égard-là. Donc, je veux, à 74, en termes de précédent direct, je vais vous parler de la cause de Domtar contre

Kruger dont j'ai traitée précédemment. Hydro-Québec l'a mise dans ses autorités et nous aussi, mais ils ont mis la Cour supérieure, on a mis la Cour d'appel, donc on va regarder les deux.

Donc, si vous regardez les autorités d'Hydro-Québec, premièrement. Comme vous le constatez, c'est mon savant confrère qui occupait pour Hydro-Québec dans cette affaire-là, puis c'est mon associé, maître Richemont, qui plaidait pour Domtar.

Donc, je veux regarder à l'onglet 4 des autorités d'Hydro-Québec, donc on vous donne un peu de contexte au tout début du jugement :

[1] Par sa requête en exception
déclinatoire [...]

Kruger

... appuyée par Hydro-Québec [...],
demande au tribunal de rejeter la
requête introductive en jugement
déclaratoire [...] de Domtar [...] en
raison de la compétence exclusive
attribuée à la Régie de l'Énergie par
la Loi sur la Régie de l'Énergie.

Ensuite, en page 4, le paragraphe 18 :

[18] Kruger et Hydro soutiennent que

Domtar opère un réseau privé d'électricité visé par la Loi sur les systèmes municipaux et les systèmes privés d'électricité. En conséquence, l'article 76.1 de la Loi s'applique et il oblige Domtar à continuer d'alimenter Kruger en électricité à moins d'une entente entre Domtar et Hydro quant au rebranchement de Kruger.

Tout ça pour vous dire que 76.1 était au coeur ici du litige, comme 74.3 est au coeur du dossier qui nous occupe.

Page 5 du jugement de premier instance, donc paragraphe 21 :

[21] Kruger plaide que, Domtar refuse de se conformer aux dispositions de l'article 76.1 de la Loi, c'est-à-dire de négocier une entente avec Hydro. Les paragraphes 2 et 5 de l'article 31...

nous, on est sur 31.5, donc 2 et 5 de 31

... de la Loi attribuent à la Régie, dans ce contexte, une compétence exclusive pour trancher le litige

entre les parties.

[22] Domtar plaide que la Régie ne bénéficie d'aucune compétence exclusive pour interpréter la Loi sur les systèmes municipaux [...]

et caetera

[23] En vertu de l'article 31 de la Loi, elle a...

une

... compétence exclusive pour trancher des demandes présentées en vertu de la Loi sur les systèmes municipaux [...] quant à des demandes concernant les articles 13 et 16 de cette loi seulement; ces dispositions ne sont pas pertinentes en l'espèce. Enfin, seule les demandes expressément prévues à la Loi sont visées par [...] 31.(5).

Donc, c'était ce que ma cliente plaidait par l'entremise de mon cabinet, et comme je vous dis, on a eu tort et en Cour supérieure et en Cour d'appel. Donc, on vous cite 31 de la Loi, 31(5) que vous connaissez, évidemment.

Et en page 6, paragraphe 28 :

[29] Lorsqu'il s'agit...

Excuses-moi, 29, j'ai dit 28, c'est 29 :

[29] Lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence ou non d'une compétence dans le contexte d'une disposition prévoyant une attribution de compétence générale à l'égard de différends soumis, en l'occurrence, en vertu d'une Loi, comme paraît traduire l'article 31(5) de la Loi, les tribunaux se réfèrent aux critères émis par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt Weber c. Ontario Hydro.

[30] La tâche consiste à déterminer si le différend résulte de la Loi et dans ce cas, deux aspects doivent être considérés : le litige et le champ d'application de la loi.

Moi, je vous sou mets que le différend résulte de la Loi, le différend résulte de 74.3, est-ce que c'est une modalité ou non?

[31] Plus précisément, « il faut déterminer à quelle source légale se rapporte l'essence du litige en

considérant sa nature propre et le champ d'application de la loi ».

[32] Quant à l'essence du litige « la question est de savoir si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement » de la loi qui les régit.

[33] Peu importe la qualification du litige sur le plan juridique, comme le souligne la Cour Suprême [...]

reprenant ainsi des enseignements dans d'autres décisions

... l'analyse « s'effectue non pas sur le fondement des questions juridiques qui peuvent être soulevées mais sur le fondement des faits entourant le litige qui oppose les parties ».

[34] En l'occurrence, les faits à l'origine du litige sont la décision de Domtar de cesser l'approvisionnement en électricité de l'usine de

produits Kruger [...] à la suite de sa
décision de fermer son usine, son
opposition à l'avis exprimé par Hydro
à l'effet, qu'en conformité [...]

de

... 76.1 [...], une entente de
transfert de charge doit d'abord
intervenir entre Domtar [...]

et caetera.

[35] D'une part, cet état de faits
soulève un litige relié à
l'application d'une disposition de la
Loi.

Dans notre cas, toujours la même analogie, le
litige découle du fait qu'Hydro-Québec a fait
approuver des modalités en vertu de 74.3 et que,
par la suite, elle a ajouté une modalité sans en
demander l'approbation. C'est que c'est clairement
une analogie qui s'applique ici.

9 h 41

On parle de l'article 5, l'article général
là sur lequel je reviendrai plus tard, de la Loi
sur la Régie de l'énergie, paragraphe 37. Et en
page 8, paragraphe 40, bien, 40, 41 et 42, en
fait :

[40] Le débat relatif à la nécessité ou non qu'une entente de transfert de charge soit négociée en l'espèce implicitement soulève les questions de satisfaction des besoins énergétiques de Kruger, de transport, de distribution et de facturation d'électricité, des aspects sur lesquels la Loi attribue à la Régie non seulement un droit de regard, à la fois dans une perspective individuelle et globale, mais aussi une compétence exclusive.

[41] Bref, l'essence du litige entre Domtar et Kruger est relié à la Loi et la demande qu'il soulève est visée par [...] 31(5).

comme dans notre cas

[42] Les conclusions de la requête en jugement déclaratoire correspondent à une demande soumise en vertu de la Loi, c'est-à-dire « en conséquence » de la loi.

Paragraphe 45 en page 9 :

[45] Le jugement déclaratoire recherché qui, notamment, trancherait le débat d'interprétation opposant les parties interférerait donc dans le processus décisionnel imposé par le législateur.

Donc, d'aller ailleurs que devant vous, Monsieur le Régisseur, pour faire trancher un litige sur 74.3 interférerait dans les juridictions qui vous ont été octroyées par la Loi, juridictions exclusives, même pas concurrentes.

Maintenant, ça, c'était la Cour supérieure. Allons voir la Cour d'appel, dans nos autorités, c'est à l'onglet 6, mais c'est en deux mille dix (2010) là que la Cour d'appel rendait cet arrêt, les juges Rochette, Bich et Côté. Donc, les faits, vous les connaissez.

Regardons en page 6, c'est paginé en haut à droite, c'est le paragraphe 21. Je pense, c'est encore plus clair dans la décision de la Cour d'appel. Donc :

La juge de première instance...

LE PRÉSIDENT :

Excusez-moi, Maître, vous avez dit à la page 6, l'onglet 21.

Me PATRICK OUELLET :

Le paragraphe 21. Excusez-moi, paragraphe 21.

LE PRÉSIDENT :

Le paragraphe 21 en bas là.

Me PATRICK OUELLET :

Oui. C'est ça, oui.

LE PRÉSIDENT :

Merci.

Me PATRICK OUELLET :

Donc :

La juge de première instance a donc
correctement conclu que c'est bien
l'article 76.1 [...]

de la Loi sur la Régie de l'énergie

... et ses conditions d'application
qui sont au coeur de la requête
introductive d'instance de
l'appelante, correspondant aux
deuxième et troisième conclusions de
celle-ci.

Donc, on se dit d'accord avec les conclusions de la
juge de première instance. Et ensuite, page 7, de
23 à 28, donc :

[23] De façon générale, il est vrai
que les tribunaux administratifs et

autres entités administratives
investies d'une fonction
juridictionnelle ne peuvent prononcer
de décisions purement déclaratoires
[...]

Paragraphe 24 :

[24] Néanmoins, il est vrai également
que ces organismes peuvent déclarer le
droit accessoirement à la mission
juridictionnelle que leur confie le
législateur.

[25] Il est vrai enfin qu'un
justiciable ne peut, par le truchement
de l'article 453 [...]

Code de procédure, ça, c'est celui qui donne le
pouvoir d'aller en Cour supérieure pour demander un
jugement déclaratoire, l'article 453, ne peut :

... faire statuer sur une question qui
pourrait tout aussi efficacement être
réglée par le moyen du recours précis
que le législateur aurait créé en vue
de la trancher. Plus précisément, la
requête pour jugement déclaratoire ne
peut être employée pour contourner,

éviter ou neutraliser le recours que le législateur a institué spécialement afin de régler la question litigieuse et qu'il a confié à une instance autre que la Cour supérieure.

Ce que je vous soumets, Monsieur le Régisseur, c'est que si on était allé en Cour supérieure, qu'est-ce qui serait arrivé? On nous aurait demandé de revenir en Régie, comme c'était le cas devant... dans l'affaire de Kruger. Je vous laisse prendre connaissance de 26. Maintenant, au paragraphe 28 :

[28] Le litige, on le sait, porte sur la question de savoir si l'appelante...

Domtar

... est ou n'est pas assujettie à [...] 76.1 de la Loi sur la Régie de l'énergie, ce qui suppose qu'on se penche sur le sens et la portée de cette disposition. [...]

paragraphe 29 :

[29] Le législateur, pourtant, n'a pas prévu de recours spécifique en cas de différend sur l'interprétation ou l'application de [...] 76.1 : le texte

de celui-ci est muet à ce propos.

[...]

comme c'est notre cas. Par contre, ce n'est pas suffisant pour écarter 31(5). Donc, page 8, paragraphe 30 :

[30] Il va de soi que toute question se rattachant à l'interprétation et à l'application de ces dispositions, y compris quant au statut de transporteur auxiliaire, relève de la Régie de l'énergie, tout différend issu de ces dispositions devant être réglé par voie de recours à cet organisme.

[31] On peut se demander pourquoi le législateur n'a pas légiféré de cette façon ou d'une façon analogue dans le cas de l'article 76.1 [...] et l'on pourrait même être tenté d'inférer de son silence qu'il n'a pas voulu en confier l'interprétation ou l'application à la Régie [...].

[32] À mon avis, une telle proposition

serait erronée, cependant, car elle contredit l'économie générale d'une loi qui, entre autres choses, confie à la Régie de l'énergie, en termes fort explicites, toute la régulation de la distribution et du transport de l'électricité au Québec. Conclure autrement serait s'inscrire en porte-à-faux.

[33] Il faut respecter, en effet, la volonté du législateur et éviter l'immixtion des tribunaux judiciaires dans des débats ou des matières que le législateur a voulu réserver à des instances spécialisées. [...]

Et si on continue au paragraphe 34 en haut de la page 9 :

[34] Or, l'on a justement affaire en la Régie de l'énergie à une telle instance spécialisée et même surspécialisée, qui exerce non seulement des fonctions juridictionnelles, mais aussi des fonctions de régulation d'un marché

fort complexe, qui est celui de l'énergie, et particulièrement celui de l'électricité. C'est le type même de l'entité administrative polycentrique et multifonctionnelle, jouissant d'un point de vue privilégié sur l'organisation et les conditions du service d'électricité, tenant compte des objectifs exprimés par le législateur aux articles 1 et 5 [...]

et on reprend 5

[35] Cela étant,...

à 35

Cela étant, il faut interpréter les pouvoirs conférés à la Régie de l'énergie de manière à ce que celle-ci puisse exercer ses fonctions et user pleinement de la compétence qui lui est dévolue par le législateur. Il ne s'agit pas, bien sûr, de l'investir de pouvoirs que la loi ne lui aurait pas donnés, mais, simplement, de donner leur entière portée à ceux qui lui ont été conférés.

[36] Or, en l'espèce, si, comme je
l'ai noté précédemment, le législateur
n'a pas créé de recours propre à [...] 76.1,
il a cependant doté la Régie de
l'énergie d'une compétence générale et
exclusive que l'on trouve à [...] 31
[...]

de la Loi

... et plus précisément au paragraphe
5 du premier alinéa de cette
disposition [...]

9 h 48**

...31.5 que vous connaissez. Page 11, j'achève dans
cette décision, il me reste les pages 11, 12 et 13,
j'ai des petits extraits. Il reste page 11,
paragraphe 38 :

Il reste néanmoins que le législateur,
outre les recours spécifiques qu'il a
ainsi confiés à la Régie, attribue à
celle-ci la compétence exclusive de
"décider de toute autre demande
soumise en vertu de la loi". Ces
termes sont suffisamment larges pour
qu'on y voie, à l'instar de la juge de
première instance, une habilitation

générale à statuer sur toute demande qui, ne faisant pas l'objet d'un recours particulier, est néanmoins rattachée à la loi, à son interprétation ou à son application : tout différend de cette sorte relève de la Régie de l'énergie. Une telle interprétation est par ailleurs conforme à l'esprit de la loi, à sa structure générale, à son objectif et à la mission confiée à la Régie.

40, 41, je vous laisse en prendre connaissance parce que ça va être plus rapide que si je les cite, mais c'est 40, 41 et... Et pour finir, 46 page 13.

Il s'ensuit que l'appelante aurait dû se tourner vers la Régie de l'énergie afin de faire déterminer son assujettissement ou son non-assujettissement à l'article 76.1 et pour faire déterminer, le cas échéant, ses obligations en vertu de cette disposition. Les intimées peuvent... qui étaient Hydro-Québec et Kruger, ... peuvent de même - et elles ont

d'ailleurs tout intérêt à le faire ici
- s'adresser à la Régie pour régler à
tous égards le contentieux qui les
oppose à l'appelante.

Donc, c'est assez clair et c'est vraiment,
vraiment, vraiment directement relié, il y a une
analogie parfaite avec notre cas. Je vous le
soumets respectueusement.

Je suis dans mon plan au paragraphe 76 en
page 18. J'ai dit « mon plan », je devrais peut-
être dire « notre plan », parce que vous
comprendrez que maître Bachand y a grandement
contribué.

Donc, ici, au paragraphe 76, on cite une
décision de la Régie dans l'affaire 2003-49. On n'a
pas besoin d'aller au texte comme tel, mais je vais
simplement citer ce qui est ici.

Quoique non explicitement mentionné
dans sa loi constitutive au chapitre
IV portant sur la tarification, le
pouvoir d'approuver un code de
conduite constitue un pouvoir
implicite et dont l'exercice est
balisé par la finalité de la Loi.
La notion même de pouvoir implicite au

sein des tribunaux à compétence liée est reconnue par la Cour suprême qui écrit :

« Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans la loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet [...] ».

La Régie est d'avis que l'exercice de ces compétences implique qu'elle puisse faire appel à un certain nombre d'outils de contrôle réglementaire, tant préventifs que curatifs, dont celui d'approuver un code de conduite.

Donc, préventif, je vous soumetts, c'est déclaratoire. Je vous réfère également au paragraphe 78 du plan à l'effet que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux administratifs la compétence de rendre des décisions déclaratoires sur des matières qui relèvent de leur compétence, même en l'absence de dispositions habilitantes.

On a une décision Gestion Belfont de la Cour supérieure qui, encore une fois, le répète. Je n'ai pas l'intention de tout les passer, mais je vous laisse en prendre connaissance. C'est assez clair que vous pouvez le faire, Monsieur le Régisseur. Une affaire Deever de la Cour du Québec aussi qu'on reprend au paragraphe 80. Donc, je vous laisse en prendre connaissance, mais je pense que, clairement, vous avez la juridiction de le faire.

La qualité pour agir de Domtar, écoutez, je vous laisse prendre connaissance de ce qui est écrit là. Je pense que c'est évident que Domtar a la capacité pour, a l'intérêt pour agir. Elle est disqualifiée par la modalité qui est attaquée. Donc, clairement, elle a un intérêt. Je ne veux pas m'attarder là-dessus. Je ne pense pas que ce soit d'une grande contestation non plus.

Les critères généraux de l'octroi d'une ordonnance de sauvegarde. Et je veux tout de suite corriger, et je vous le dis respectueusement, Monsieur le Régisseur, quelque chose que vous avez dit en tout début, et c'est une erreur que beaucoup, beaucoup, beaucoup d'avocats font sur les critères. Ils sont écrits au Code de procédure civile.

Vous avez le Code de procédure à l'onglet 1 de nos autorités. C'est l'article 752 qui... C'est l'article qui est explicite sur quelles sont les conditions. On va le lire ensemble. C'est 752, deuxième alinéa :

L'injonction interlocutoire...

c'est comme l'ordonnance de sauvegarde ici,

... peut être accordée lorsque celui

qui la demande paraît y avoir droit...

ça va, apparence de droit,

... et qu'elle est jugée...

donc, il faut l'avoir l'apparence de droit,

... et qu'elle est jugée nécessaire...

pourquoi?

... pour empêcher que ne lui soit

causé un préjudice sérieux ou

irréparable...

pas et/ou,

... ou que ne soit créé un état de

fait ou de droit de nature à rendre le

jugement final inefficace.

Donc, c'est quatre, on a le choix entre quatre :

apparence de droit, si on l'a, c'est soit préjudice

sérieux, soit préjudice irréparable, soit éviter

que ne soit créé un état de fait de nature à rendre

le jugement final inefficace, ou éviter que ne soit créé un état de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. Ce n'est pas juste préjudice irréparable. Il y a quatre, et sont alternatives à cause de la conjonction « ou ». Et je vais y revenir, j'ai de la jurisprudence, j'ai un jugement de la Cour d'appel où le « ou » est même souligné et mis entre guillemets tellement c'est clair.

Ici, ce que je vais vous plaider, c'est qu'on vous demande, Domtar, ma cliente vous demande de ne pas être disqualifiée sur la base de 1.5 in fine essentiellement. Et on vous le demande, au fond, de déclarer essentiellement, on veut que la Régie casse 1.5 in fine, ça c'est ce qu'on vous demande au fond, pour que la soumission de Domtar soit jugée conforme si elle respecte les autres critères de l'appel d'offres. Et ça, on vous demande ça au fond.

Si vous n'émettez pas l'ordonnance de sauvegarde, Monsieur le régisseur, et le temps passe et finalement le bloc de 150 ou 300 mégawatts est atteint. Et là on gagne finalement, après, au mérite, on a créé un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace. Si vous

n'émettez pas l'ordonnance, il sera créé un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace. C'est clair comme de l'eau de roche.

On ne peut pas vous dire: ah, bien là regardez, ils poursuivront en dommages si ils gagnent au mérite. Parfait, on va aller vous demander un jugement théorique pour, ensuite de ça, les poursuivre en dommages en cour supérieure, alors que 752 dit :

...ou éviter que ne soit créé un état de fait ou de droit naturel à rendre le jugement final inefficace.

J'ai de la jurisprudence que je vais vous amener. Donc, c'est clair, clair, clair et ce sont là les critères. Donc, ils sont repris à 85. L'apparence droit, évidemment l'urgence aussi je vais arriver. Mais la balance des inconvénients et, ça aussi c'est clair de la jurisprudence que je vais vous exhiber.

La balance des inconvénients, vous ne la regardez que si le droit n'est pas clair, si le droit n'apparaît pas clair.

Si le droit apparaît clair, on a besoin de l'urgence et de l'une des quatre conditions que je viens de faire état. Si le droit est inexistant, bien, vous rejetez évidemment, mais si le droit apparaît douteux, là, vous regardez la balance des inconvénients en plus des autres choses. Ce n'est que là qu'on regarde la balance des inconvénients. Et je vous soumetts qu'elle joue clairement en notre faveur à tout événement, mais je vais y arriver.

Donc, je vous ai déjà parlé de la décision 99-117 à l'onglet 2 où on voit que la Régie est d'accord que c'est les critères qu'elle doit considérer. La décision de R.J.R. Macdonald, je n'ai pas besoin d'y aller de la Cour suprême. Mais à l'onglet 8 de nos autorités, l'affaire, Société de développement de la Baie James contre Kanatewat. Décision de la Cour d'appel. Je suis à l'opinion de monsieur le juge Kaufman.

La pagination est très petite en haut à droite. C'est la page 183, Monsieur le Régisseur. C'est quand même assez loin dans la décision, parce qu'au début on a une opinion d'un premier juge. Moi, je suis dans l'opinion du juge... C'est bien le juge Kaufman, si je ne m'abuse. Exactement. Évidemment c'est en anglais. On parle de l'article

752 du Code de procédure.

Article 752 C.P. provides that the applicant for an interlocutory injunction must pass two tests or surmount two successive obstacle.

First the applicant has to convince the Court that he appears to be entitled to an interlocutory injunction, that is at the right he is asserting has a reasonable prospect of being recognized by the final judgment. Secondly the applicant, if successful on the first test, then has to show that it is an exceptional case in which an interlocutory injunction is necessary in order to avoid : (i) serious or irreparable injury to the applicant, or (ii) a factual or legal situation of such a nature as to render the final judgment ineffectual.

Je saute un petit paragraphe.

At the interlocutory injunction stage these rights are apparently either (a) clear, or (b) doubtful, or (c) non-existent.

(a) If it appears clear...

donc le droit apparaît clair,

... at the interlocutory stage that the Petitioners have the rights which they invoke then the interlocutory injunction should be granted if considered necessary in accordance with the provisions of the second paragraph of Article 752 C.P.

(b) However, if at this stage the existence of the rights invoked by the Petitioners appears doubtful then the Court should consider the balance of convenience and inconvenience in deciding whether an interlocutory injunction should be granted.

Donc, ce n'est que si le droit est douteux qu'on regarde la balance des inconvénients. Et,

(c) Finally if it appears, at the interlocutory stage, that the rights claimed are non-existent then the interlocutory injunction should be refused.

Évidemment. Donc, pour vous dire que ce n'est pas moi qui invente ça cette histoire de balance

d'inconvénient seulement c'est le droit douteux, c'est la Cour d'appel ici qui le dit, c'est repris depuis toujours, c'est le jugement de principe qui est toujours repris au Québec.

Donc, l'apparence de droit qui est aussi parfois appelée « questions sérieuses à trancher ». Donc, premièrement, est-ce que l'article... Je suis au paragraphe 86 du plan. Donc, est-ce que l'article 1.5iii du document du programme (la pièce R-12) rend inadmissible d'office la soumission de Domtar dans le cadre du programme?

C'est celui qui dit qu'une centrale existante peut, est qualifiée si son contrat vient à échéance avant la fin du programme. Clairement, Domtar se qualifie en raison de l'option pour laquelle elle a payé un fort prix, comme vous le savez. Elle peut décider de la date de fin et de la date d'échéance. C'est une évidence, je vous soumetts respectueusement.

Deuxième pica, si vous me permettez l'expression. Page 23 en haut. La modalité apparaissant à l'article 1.5 in fine du document du programme est-elle valide et opposable à Domtar? Clairement la réponse, c'est non. Je vous soumetts. Le droit ici est clair. Cette modalité n'a pas été

approuvée par la Régie alors que c'est une condition, c'est une obligation en vertu de 74.3.

10 h 01

Et là, je suis à partir du paragraphe 88, on vous soumet que l'interprétation d'Hydro-Québec... en fait, c'est parce qu'Hydro-Québec, ce qu'elle prétend dans son argumentation c'est que 1.5 in fine ne vient que préciser 1.5 iii) et que donc, clairement, Domtar n'est pas admissible, et caetera. Cette interprétation va clairement à l'encontre de l'objectif gouvernemental de compétitivité des entreprises forestières établies en région et de valorisation de la biomasse forestière. Je vous ai déjà parlé de R-6, les extraits du décret que je vous ai cités, vous vous souvenez, au début de ma présentation, où on parle de valorisation, compétitivité, régions, du prix également qui doit être compétitif. Je les reprends ici, je n'ai pas besoin de les relire avec vous, ils sont là, tout est souligné. On est à 90 du plan.

Juste peut-être une chose que j'avais oubliée de mentionner, à d., complètement dans le bas, à d., en page 24:

Afin d'assurer un développement

optimal des projets au bénéfice des régions, le gouvernement croit opportun que le prix d'achat de l'électricité soit comparable... et caetera.

Donc, pour assurer le développement optimal, on va même parler du prix que le gouvernement va rechercher, qui va être fixé, on le sait, à dix point six (10,6) sous plus tard dans le processus.

Donc, le décret fait de la - là, je suis à 91 - donc, le décret fait de la compétitivité des entreprises, une des priorités, entreprises situées en région. Évidemment, Domtar se qualifie.

Identifie les caractéristiques qui favorisent la compétitivité. Donc, on qualifie spécifiquement des installations qui bénéficient déjà d'un contrat. On exige qu'un contrat soit conclu avec chaque promoteur qui dépose une soumission conforme. Donc, il y a une raison pour laquelle on le fait. Et on rappelle que l'opportunité que le prix d'achat d'électricité soit comparable au prix moyen obtenu, fait partie des préoccupations. On vous soumet que la Régie doit tenir compte des énoncés du décret.

Et ça m'amène au paragraphe 93 où... c'est le coeur de l'argumentation je vous soumet,

Monsieur le Régisseur, la pièce R-8. Est-ce que le point 5 est une modalité qui doit être approuvée par la Régie? Les possibilités de qualification. Regardons ensemble R-8, qui est un document d'Hydro-Québec qu'ils ont déposé au soutien de leur demande d'approbation. R-8, en page 5.

Donc, R-8, en page 5:

Conformément à l'article 74.3 de la
LRÉ...

C'est Hydro-Québec qui parle.

... les modalités d'un programme
d'achat d'électricité provenant d'une
source d'énergie renouvelable, en
l'occurrence de centrales de
cogénération à la biomasse forestière
résiduelle, doivent faire l'objet
d'une approbation de la Régie de
l'énergie.

C'est clair, c'est l'article.

Ces modalités...

C'est là, que c'est important. Les modalités donc
qui doivent faire objet de l'approbation de la
Régie, donc:

Ces modalités, présentées à la section
3...

On les identifie celles qui doivent être approuvées par la Régie, sont présentées à la section 3.

... de même que les caractéristiques du contrat d'approvisionnement en électricité (le Contrat) à intervenir entre les parties, sont conformes au cadre réglementaire précité.

Et là, on voit en page 6, on liste les modalités de la section 3. Et une des modalités, 3.3, qu'est-ce que c'est? Admissibilité. Donc, clairement, dans ce document-ci, Hydro-Québec dit, noir sur blanc, que l'admissibilité fait partie des modalités qui doivent être approuvées par la Régie. On les identifie les modalités d'admissibilité. Et on dit clairement:

L'électricité produite par la Centrale doit provenir soit...

(i), (ii) ou (iii):

D'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du Programme.

Donc, clairement, de l'aveu même d'Hydro-Québec, ça fait partie... ça, c'était avant la modalité qu'ils

ont ajoutée, mais ces critères d'admissibilité sont dans les modalités qui doivent être approuvées selon leur propre aveu.

Ensuite, si on va à la page 10, on parle très rapidement du prix d'achat, qu'on sait va être établi à dix point six (10,6) sous du kilowatt/heure. Ce qu'il faut comprendre c'est qu'en vertu du contrat R-3, le prix dont Domtar bénéficie, il est écrit au contrat. Je comprends la demande de confidentialité, donc, on va le regarder, mais je vais peut-être parler moins clairement que je le fais habituellement.

10 h 06

Bon. Je vais vous montrer la section qui traite du prix. C'est en page 7 du contrat R-3, à 7.1. Regardez le prix comment il se compare aux dix point six sous (10,6 ¢), avec l'indexation de un point cinq pour cent (1,5 %) par année, ça fait dix (10) ans, mettez... rajoutez quinze pour cent (15 %) sur ce chiffre-là, à peu près, aujourd'hui là, on est loin du compte.

Alors, pourquoi? Je ne peux pas m'empêcher de vous soumettre qu'il y a une raison pour laquelle Hydro a fait ça. Parce qu'elle veut, malgré le fort prix payé par Domtar pour avoir le

droit d'avoir l'échéance quand elle veut, Hydro s'essaie parce qu'elle veut continuer à acheter à vil prix de ma cliente. C'est aussi simple que ça. C'est ça la raison pour laquelle on est ici aujourd'hui. Pourtant, le décret dit qu'on veut assurer la compétitivité des entreprises situées en région.

Une des préoccupations, c'est qu'il faut que le prix soit juste et équitable. Ça ne dit pas qu'il faut que le prix soit juste et équitable pour tout le monde sauf Domtar. Ça dit qu'il faut que le prix soit juste et équitable et qu'on est obligé d'octroyer un contrat à tous ceux qui sont conformes. C'est pour ça qu'on est ici. Ça représente plusieurs millions de dollars. Le dix point six sous (10,6 ¢), comme vous le savez, est aussi indexé annuellement.

Une dernière chose, page 16 du document, c'est à la toute fin, la conclusion du document R-8, Hydro-Québec disait :

Le programme soumis pour approbation est conforme au cadre réglementaire et reflète les préoccupations exprimées par le gouvernement.

C'était vrai dans ce temps-là, c'était vrai à

l'époque de R-8. Ça ne l'est plus aujourd'hui parce qu'ils ont rajouté quelque chose par la suite pour exclure ma cliente.

Regardons R-9 qui est une réplique d'Hydro-Québec à certaines questions des intervenants dans le cadre du processus. R-9, page 2. O.K. C'est encore plus clair à R-9, page 2, au tout début là, en haut « Le cadre réglementaire » :

La Loi sur...

Ça, c'est Hydro-Québec encore une fois qui parle

La Loi sur la Régie de l'énergie (art. 74.3) confère à la Régie le pouvoir d'approuver les modalités d'un programme d'achat d'électricité. Il s'agit des modalités reliées aux conditions administratives ainsi que les modalités financières du Programme.

Les modalités administratives du Programme comprennent, entre autres, les critères d'admissibilité [...]

c'est là là. Ils ne peuvent pas dire que ce n'est pas compris, que ce n'est pas une modalité, que ce n'est qu'une précision qu'ils ont... Ce n'est pas

une précision, c'est une disqualification, c'est un ajout qui fait en sorte qu'une entreprise, située en région, se qualifiait et maintenant ne se qualifie plus.

Regardez en page 3, toujours de la pièce, la même pièce R-9, vers la fin là, l'avant-dernier paragraphe :

Le Distributeur [...]

là c'est encore une fois Hydro-Québec qui parle

Le Distributeur...

O.K. Donc :

Le Distributeur estime donc que, compte tenu notamment des spécificités du Programme, le prix offert de 10,6 ¢/kWh au 1er janvier 2012, combiné à une clause d'indexation annuelle à l'indice des prix à la consommation, est un prix juste, raisonnable et approprié pour les installations admissibles au Programme.

« approprié » pour tout le monde, sauf pour ma cliente.

Rien ne permet de conclure qu'une bonification du prix de l'électricité,

comme souhaité par certains observateurs, aurait quelque effet que ce soit sur l'atteinte des 150 MW recherchés dans le cadre du Programme. Il s'agirait plutôt du paiement d'une somme supérieure à un juste prix, ce qui serait au désavantage du Distributeur et de sa clientèle.

O.K. Ils ne veulent pas payer un prix supérieur au juste prix, mais un prix inférieur, par exemple, ça, c'est correct. Ce n'est pas ça les préoccupations du gouvernement, ce n'est pas ça que le décret vise. Le décret vise que tout le monde soit traité équitablement. Et si, Monsieur le Régisseur, on n'avait pas payé un fort prix en deux mille un (2001) pour avoir le droit de devancer l'échéance du contrat, on ne serait pas ici aujourd'hui. Mais là, Hydro-Québec fait payer à ma cliente un fort prix et pour quelque chose de précis, et là l'empêche de bénéficier de ça. C'est complètement inéquitable et vous devez assurer l'équité. Je pense, c'est à l'article 5 de la Loi sur la Régie de l'énergie.

Et finalement, en page 7, la dernière, dernière page de... C'est la lettre de mon confrère

en fait, même, de maître Tremblay.

Le distributeur soutient que le programme proposé et ses modalités répondent aux préoccupations exprimées par le gouvernement en offrant un prix juste et équitable à l'industrie visée, comparable au prix moyen obtenu, etc.

Donc, on offre un prix juste et équitable à l'industrie visée. On ne savait pas, à ce moment-là vraisemblablement que quelques mois plus tard, ce serait à l'industrie visée, sauf Domtar.

C'est évident, quand vous regardez le prix que Domtar a présentement et le prix que le gouvernement veut lui octroyer aujourd'hui, que cette bonification améliorerait la compétitivité de l'usine de Domtar située en région, c'est une évidence. C'est évidemment appuyé par l'affidavit de monsieur Séguin qui est ici derrière moi, favoriserait la recherche et le développement.

Toutes les choses que le gouvernement veut atteindre par le cadre de ce programme-là. J'ai déjà parlé des paragraphes 97 à 101, je n'ai pas besoin de me répéter. Au paragraphe 102, on vous parle... 102 et suivants, on vous parle du... des clauses contractuelles dont j'ai déjà fait état dans le contrat R-3 et des discussions qui ont

entourées la... le pourquoi et des discussions qui ont entourées le pourquoi de cette option à fort prix, de devancer l'échéance du contrat. Pourquoi ça existe, ça? Et on vous parle aussi du fait que bon il y des affidavits qui confirment que le paiement a été fait. C'est confirmé. Et on dit à 105 :

Les discussions entourant la négociation de la clause 4 [...] ont porté spécifiquement sur la préservation du droit de Domtar de devancer l'échéance du Contrat afin de pouvoir participer à un appel d'offres et à d'autres opportunités contractuelles offrant des conditions plus avantageuses que celles du Contrat.

Ce qui explique le montant d'argent substantiel qui a été payé. On a un affidavit qui le soutient, de la personne qui était impliquée et là on vous cite l'article 5, au paragraphe 106, qui évidemment fait partie de vos attributions :

Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des

consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif.

Je veux vous parler brièvement du fait que tous ces affidavits-là, les discussions ont porté là-dessus. C'est juste nié par Hydro-Québec dans sa contestation. Ils nient, ils ne disent pas pourquoi, il n'y pas de preuve contraire qui est apportée, ils avaient tout le temps de le faire, je veux dire, ils ont eu plus que... plus d'un mois entre le vingt-huit avril (28) avril et le quatre juin pour produire leur contestation et là ils font juste le nier, ils n'apportent pas de preuve contraire qui dit « bien non, les discussions n'ont pas porté là-dessus, ça a porté sur telle et telle et chose ».

Donc, je vous soumetts que cette dénégation en bloc, vous ne devriez pas la considérer, dans la mesure où il n'y a pas de preuve contraire qui est apportée, il y a juste une dénégation et je vous

invite même à en tirer une inférence négative. S'il y avait une preuve contraire, monsieur le régisseur, elle aurait été mise dans le dossier de la cour. Dans le dossier de la Régie.

J'ai, ce qui m'amène aux paragraphes 110 et suivants du plan. Bien évidemment, je ne peux pas me répéter, l'inclusion de la modalité attaquée là, 1.5 in fine, c'est une violation claire de la loi. La loi dit que ça doit être approuvé et ça ne l'a pas été. Et on vous dit, on vous liste à 111 et suivants tous les endroits où elle n'apparaît pas, cette modalité-là. Elle n'apparaît pas avant le lancement du programme.

J'ai déjà dit à 115 du plan que Domtar n'a pas eu évidemment l'opportunité de faire des représentations. Elle n'existait pas au moment des audiences publiques cette modalité-là.

117 et suivants, on vous parle de la nécessaire approbation, je pense que ce serait répétitif, je vous laisse en prendre connaissance, mais je pense c'est assez explicite. Au paragraphe 131, on vous fait part d'un précédent, si vous regardez à R-9, à un certain moment donné, Hydro, au tout début de R-9 ou à la première page dans le bas :

Le distributeur souhaite faire part à la Régie de sa réponse à certaines observations. De plus, considérant la teneur de certaines observations, le distributeur apporte une modification à la modalité du programme relative au coefficient de livraison contractuel. Ici, ils ont voulu modifier une modalité, ils l'ont demandé l'approbation! Rien qui a été demandé pour 1.5 in fine.

Le caractère discriminatoire évidemment, au paragraphe 136 et suivants. C'est clair que dans son effet, c'est ça qu'il faut qu'on regarde, c'est dans son effet, on n'a pas besoin de regarder l'intention, on a besoin de regarder l'effet. Mais dans son effet, c'est discriminatoire, parce que c'est... Cet ajout, illégal, exclue ma cliente, donc discrimine clairement ma cliente. Je n'ai pas besoin de vous relire ce qui est écrit là, ça revient à ça. Exclut Domtar de façon tout à fait contraire aux préoccupations indiquées par le décret.

10 h 11

J'ai des autorités, dont je vous laisserai prendre connaissance, sur le principe de l'égalité

de traitement en droit administratif. Je ne veux pas vous ennuyer avec ces autorités-là, mais elles sont là pour votre révision, aux paragraphes 141 et 142 du plan.

Et finalement, sur l'urgence... bien, finalement, il va rester la balance des inconvénients par la suite. Donc, je vous ai déjà parlé que le droit, je vous soumetts, arrêt clair, au moins prima facie le droit de ma cliente de ne pas être disqualifiée sur la base d'une modalité illégale. L'émission de l'ordonnance est nécessaire pour éviter un préjudice sérieux aussi. Le préjudice est sérieux que Domtar subit. On parle que ça affecte sa compétitivité. Donc, c'est un préjudice sérieux, mais c'est aussi pour la création d'un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. Ça, on se qualifie clairement.

Maintenant, l'urgence. Le programme est lancé en décembre deux mille onze (2011) pour cent cinquante (150) mégawatts. On sait que, bon, probablement ça va être augmenté à trois cents (300) mégawatts. Mais, comme vous le savez, on cite à 146, le fait que les documents du programme font en sorte que si ma cliente est déclarée non

conforme, elle perd son rang. Parce que le rang est accordé selon premier arrivé, premier servi, essentiellement, pour le dépôt de la soumission. Mais si trois (3) mois après le dépôt on la déclare non conforme et elle resoumissionne, elle perd son rang original.

Donc, il y a de fortes raisons de croire que par le temps qu'on obtienne la décision finale de la Régie dans le cadre de la demande qui est faite, de déclarer inopposable à Domtar 1.5 in fine, qu'il ne restera plus assez de mégawatts pour octroyer un contrat pour trente (30) mégawatts à Domtar. Donc, il y a urgence. On ne nous divulgue pas le nombre de soumissions reçues, mais nous, une chose qui est certaine, peu importe le nombre de mégawatts, Domtar ne veut pas perdre son rang. Il y en a déjà cent neuf (109) selon l'information publique.

Il y a peut-être d'autres choses, on n'est pas au courant, qui feraient en sorte qu'il y en aurait plus. Mais, en tout cas, le gouvernement a dit qu'en deux mille douze (2012), ce serait atteint le cent cinquante (150) et que c'est pour ça qu'on augmentait à trois cents (300). Donc, il y a une crainte sérieuse que, avant d'obtenir

l'ordonnance recherchée au fond, et même là, après ça, est-ce qu'il va y avoir une révision? Est-ce qu'il va y avoir une demande d'évocation ensuite en Cour supérieure? On va finir quand, ça? Est-ce qu'on va finir avant la fin du programme? Donc, il y a une urgence à rendre l'ordonnance qui est recherchée pour ne pas que Domtar se fasse disqualifier et donc perdre son rang avec toute la cascade des événements qui s'en suivraient.

J'ai déjà parlé de la création du préjudice sérieux ou irréparable, ou de la création d'état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace., aux pages 36 et suivantes. Je ne pense pas d'avoir à revenir là-dessus, sauf pour... en fait, je veux vous montrer deux, juste deux décisions qu'on cite à 37. Premièrement, on cite Rogers Media, décision de la Juge Marie St-Pierre, qui est maintenant à la Cour d'appel, c'est une décision qu'elle a rendue alors qu'elle était à la Cour supérieure, qui dit exactement ce que je vous ai dit. Si vous regardez à partir du paragraphe 47, en page 37, elle dit:

Il y a donc quatre situations
envisagées au niveau du deuxième
critère. Dans certains cas, le

Tribunal est en présence d'une combinaison de plusieurs de ceux-ci, mais une seule de ces situations est suffisantes, étant donné l'usage de la conjonction « ou ». Le Tribunal peut se satisfaire soit d'un préjudice sérieux, d'un préjudice irréparable, d'un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace, ou d'un état de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. Il faut donc écarter ou se méfier de la jurisprudence issue des situations Common Law où les principes pourraient être différents.

Et j'ai vu la jurisprudence que mon confrère a transmise et c'est des cas comme... c'est des cas où, premièrement, on plaidait juste le préjudice sérieux ou irréparable, parce qu'il n'y avait pas d'état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. Et là, la Cour dit:

Le préjudice n'est pas irréparable, il n'est pas sérieux, je rejette l'injonction.

Mais attention, il y a d'autres critères qui sont

ici plaidés qui ne sont pas du tout adressés par la jurisprudence, parce qu'il n'y en a pas de jurisprudence qui va contre ça. Le Code est clair. La conjonction « ou » est utilisée.

Et pour l'illustrer encore plus clairement, si vous allez à l'onglet 7 de notre cahier d'autorités, j'ai mis une décision de la Cour d'appel.

10 h 22

Une vieille décision de mil neuf cent quatre-vingt-quatorze (1994), mais... Mais, regardez en page 11 de l'arrêt de la Cour d'appel, à cette époque, l'opinion du juge Mayrand. Je ne veux pas m'attarder trop longtemps là-dessus, mais... page 11, colonne de gauche, quand il cite 752, la Cour d'appel souligne le « ou » pour montrer que c'est une des quatre conditions, pas... pas parce que ce n'est pas irréparable que ça ne se qualifie pas.

Évidemment, on répète à 160 que le jugement deviendrait théorique si on l'obtenait avant... après la fin du programme. Et on parle aussi à 161 des retombées économiques qui assureraient la compétitivité de l'installation de Domtar qui emploie huit cent soixante-quinze (875) personnes à

Windsor.

J'ai déjà parlé de la perte de rang, j'ai déjà parlé du juste prix de l'électricité, aux paragraphes 163 et suivants, puis 166 et suivants.

Pour la prépondérance des inconvénients, évidemment, comme je vous l'ai dit, vous ne devez en tenir compte que si le droit paraît douteux. Je vous sou mets qu'il paraît clair à ce stade-ci, mais s'il paraît douteux, l'inconvénient qu'Hydro-Québec allègue, j'en conviens, était peut-être, avant les amendements, peut-être plus sérieux. Il disait : « Oui, mais vous nous empêchez d'administrer notre programme ». Mais là, on ne l'empêche pas d'administrer... La conclusion qui est recherchée, ce n'est pas d'empêcher d'administrer le programme. On dit « octroyez des contrats si vous voulez, mais assurez-vous qu'il va rester trente mégawatts (30 MW) pour Domtar au moment du jugement final ». Donc, il n'y a aucun empêchement d'administrer le programme. La balance des inconvénients penche clairement en faveur de ma cliente.

Premièrement, Hydro-Québec n'a qu'elle à blâmer pour avoir contourné le processus législatif. Je veux dire, on ne peut pas se plaindre de son propre abus de droit, premièrement.

Mais, deuxièmement, elle peut continuer à administrer le contrat. Nous, ce qu'on vous demande, c'est de sauvegarder les droits, ne pas nous disqualifier, ne pas disqualifier Domtar sur la base d'une modalité illégale, jusqu'à ce que vous puissiez trancher au mérite de l'affaire.

Donc, si vous me permettez, je vais juste consulter mon collègue et ma cliente. Je n'ai peut-être rien à ajouter, donc donnez-moi une petite minute.

LE PRÉSIDENT :

Bien sûr.

Me PATRICK OUELLET :

Donc, ça va, Monsieur le Régisseur, je n'ai rien à ajouter pour l'instant. Je vais juste ramasser les choses que mon confrère a...

LE PRÉSIDENT :

Merci, Maître Ouellet. Nous allons prendre une pause, nous reprendrons à dix heures quarante-cinq (10 h 45) pour entendre maître... le procureur d'Hydro-Québec. Merci.

SUSPENSION

LE PRÉSIDENT :

Maître Ouellet, j'aurais deux questions à vous soumettre. La première, c'est si l'article 4 du

contrat « Durée du contrat et option de terminaison » constitue, comme vous le prétendez, un droit contractuel prépayé permettant à votre cliente d'anticiper l'échéance du terme, comment expliquez-vous l'introduction de l'article 18 « Résiliation »? Et plus précisément, 18.1 les mots suivants

Nonobstant l'article 4, Hydro peut résilier

Me PATRICK OUELLET :

Oui. Donc, l'article 4 donne le droit à Domtar de résilier à n'importe quel... sans motif, pour n'importe quelle raison parce qu'elle a payé pour résilier ou devancer l'échéance du terme ou terminer ou résoudre. Et ici, 18.1, on parle des motifs pour lesquels Hydro peut mettre fin au contrat.

Hydro peut, par exemple :

[...] résilier le présent contrat de plein droit dans les cas mentionnés ci-après :

- le Producteur ne livre pas à Hydro l'électricité durant plus de quinze (15) mois consécutifs [...]

Donc, il y a des conditions. Donc, ça permet aussi à Hydro d'y mettre fin dans certaines conditions qui sont balisées. Mais, Domtar, elle, ayant payé le prix qu'elle a payé, elle peut y mettre fin pour n'importe quelle raison.

LE PRÉSIDENT :

O.K. Ma deuxième question se porte sur la question de la juridiction de la Régie. Comment la Régie peut-elle être appelée à interpréter le contrat, compte tenu de l'article 22 du contrat qui prévoit ce qui suit :

Advenant un litige entre les parties relativement au présent contrat, soit quant à son interprétation, son application ou son exécution, ou quant aux droits et obligations respectifs des parties, tel litige doit, à l'exclusion de tout autre recours, être soumis à l'arbitrage conformément à la procédure d'arbitrage prévue à l'Annexe 11.

Me PATRICK OUELLET :

Ce que je vous soumettrais, Monsieur le Régisseur, c'est qu'il n'y en a pas de litige sur le contrat. Un litige sur le contrat, ce serait comme, par

exemple, si Hydro-Québec disait « vous n'avez pas le droit de mettre fin pour telle raison » ou dans le cas de 18 que vous m'avez donné comme exemple. Hydro-Québec voulait mettre fin et Domtar disait « non, non, ce n'est pas vrai que je n'ai pas livré l'électricité pendant quinze (15) mois, je l'ai livré pendant... » bon, et caetera. Il y a un litige sur l'interprétation de ça qui donne un différend entre les parties.

Ici, il n'y a pas de différend entre les parties sur le droit de Domtar à l'article 4, il n'y en a pas. Vous n'entendrez pas Hydro-Québec dire « c'est pas vrai que Domtar peut envoyer un avis de six mois », ce n'est pas dans leur contestation ça nulle part, donc il n'y en a pas de litige. C'est ma position, Monsieur le Régisseur.

LE PRÉSIDENT :

Merci, Maître Ouellet. Maître Olivier, vous êtes prêt à procéder?

10 h 50

PLAIDOIRIE PAR Me JEAN-OLIVIER TREMBLAY :

Oui. Bonjour Monsieur le régisseur, alors Jean-Olivier Tremblay pour la défenderesse ou Distributeur, Hydro-Québec. Je vais suivre avec vous le plan d'argumentation que nous avons déposé

à la Régie le quatorze (14) juin dernier, en référant à nos autorités, à nos pièces et je vais par la suite répondre à certaines affirmations qui ont été faites par mon confrère en seconde partie de l'argumentation.

Alors, d'abord j'ai bien pris connaissance des conclusions amendées qui ont été présentées ce matin. Cela ne change pas la présente argumentation, je pense que ces conclusions-là sont plus précises que ce qui avait été mentionné initialement par rapport à ce que les conclusions que j'ai reproduites à la première page du plan d'argumentation.

Et, cela ne change aucunement les arguments qu'on a à vous présenter aujourd'hui, Monsieur le régisseur, Monsieur le président.

Dans le plan, j'ai séparé la présentation en deux parties. D'abord, la question de la juridiction de la Régie, puis l'analyse des critères de l'ordonnance de sauvegarde. La raison pour laquelle on a procédé comme ça, c'est que la question de compétence ou de juridiction de la Régie nécessitait un examen particulier. Mais c'est clair que dans le cas d'une demande d'ordonnance de sauvegarde, même la question de compétence analyse

par le biais de l'apparence de droit.

Donc on va, il faut déterminer s'il existe un droit. L'une des questions qu'on va se poser, c'est : est-ce que ce droit-là est de la juridiction de l'organisme en question? Alors, je l'ai traité de façon séparée, mais quand même, juste vous dire qu'on doit le traiter de la même façon que les autres prétentions du Distributeur dans le présent dossier.

Alors, j'ai trois arguments à vous présenter. Trois arguments principaux, et les autres arguments découlent de ces trois principaux arguments-là qui, chacun individuellement, demandent le rejet de la demande d'ordonnance qui vous est soumise ce matin par la demanderesse. Je les résume dans un premier temps avant de m'y attarder plus avant.

Au niveau de l'apparence de droit, premier critère, il n'y a pas de droit, il n'y a pas de droit clair, il n'y a pas de droit douteux, il n'y a aucun droit. Parce que c'est le dossier des « si »... « Si » je posais tel geste, « si » j'exerçais une option contractuelle pré-payée j'aurais à ce moment-là des droits. « Si » j'exerçais, j'aurais des droits.

Alors, ce faisant, ça nous empêche d'appliquer le critère d'apparence de droit. Il n'y en a pas. Alors ça c'est le premier argument. Et s'il n'y a pas de droit, bien tous les autres critères tombent automatiquement. Il n'y a pas d'ordonnance de sauvegarde.

Deuxième argument, c'est l'absence de préjudice. Il n'y a aucun préjudice ici, qu'il soit ni sérieux, ni irréparable, ni d'état de fait, ni d'état de droit, de nature à rendre quelque jugement que ce soit inefficace. Et je vous présenterai tout à l'heure de la jurisprudence en matière... je pense que ce dossier-ci est tout à fait semblable à la jurisprudence en matière d'appel d'offres, alors il est bien connu qu'un soumissionnaire qui prétend qu'il aurait dû avoir un contrat et qu'il ne l'a pas eu, s'il prétend qu'il a droit à sa perte de profits ou à sa perte de revenus découlant d'un contrat, c'est un dommage qui s'apprécie en argent et qui s'apprécie uniquement en argent. Et que c'est pas un équivalent de d'autres dommages qu'il subit et la décision que j'ai transmise de façon électronique à la Régie, STM, en fait, Alstom inc. contre STM, reprend cet ensemble d'arguments-là.

Donc, il n'y a aucun préjudice irréparable, tout ça s'apprécie en argent, et le recours approprié est plutôt de la nature de recours en dommages et intérêts. C'est le second argument.

Et le troisième argument, c'est celui par lequel je vais débiter, c'est que la Régie n'a pas la compétence pour rendre les ordonnances qui sont souhaitées par la demanderesse.

Prenons, Monsieur le président si vous le voulez bien, à l'onglet numéro 4 de notre cahier de pièces, c'est la pièce HQD-4, c'est l'addenda numéro 1 au programme. Alors dans HQD-4, on va voir tous les textes qui sont pertinents à l'analyse de la présente demande. Il y a deux endroits dans cette pièce qui vont m'intéresser. Tout d'abord, à la première, en fait à la page, c'est l'addenda numéro 1 qui a été transmis à la Régie pour suivi et je vous amène à la page 4.

On reprend ici le texte du programme, sous 1.5, « Origine de la production » et c'est un des critères d'admissibilité. Alors on a notre fameux « i, condition qu'il s'agit d'une nouvelle installation », « ii, installation inopérante depuis six mois ». On a iii également,

« installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme ».

Ce qui a été ajouté par rapport à ce texte de iii, c'est la fin de la page 5, et je le lis également, ça vaut la peine, ce sera plus clair pour tout le monde :

Une installation visée en ii et iii ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec au moment du lancement du programme, n'est pas admissible au programme si ce contrat de vente a été résilié après le lancement du programme.

Alors la prétention du Distributeur ici, c'est qu'il existe déjà une condition d'admissibilité qui prévoit que si un contrat est en cours, ce contrat-là doit venir à échéance avant la fin du programme et les termes « venir à échéance » ont été précisés comme signifiant qu'une résiliation n'est pas équivalente à une... un contrat qui vient à échéance.

Ça c'est le contexte. Maintenant, ce que la demanderesse vous demande aujourd'hui, c'est non

seulement de... en fait on comprend qu'elle s'attaque à cette modalité. Je vais reprendre le vocabulaire de mon confrère, ce sera plus clair, cette modalité de in fine, de 1.5 in fine, qui vient qualifier qu'est-ce que c'est que « venir à échéance », c'est à ça qu'on s'attaque ici.

Et pour... et non seulement donc la demanderesse vous demande d'intervenir sur la vérification de votre décision et du cadre réglementaire en général par rapport à cette disposition-là du programme, on demande aussi à la Régie non seulement de déclarer ça, mais en plus, de venir s'immiscer dans la gestion du programme. De venir suspendre le programme, de venir prescrire des actes au distributeur dans l'administration de son programme. Et on verra tout à l'heure qu'il y a depuis très longtemps, depuis deux mille un (2001), la Régie s'est déjà positionnée de façon on ne peut plus claire que la Régie n'a pas juridiction pour s'immiscer dans la procédure des appels d'offres, ni entendre les plaintes des soumissionnaires.

Alors, passons donc à la page 2 du plan d'argumentation. J'ai mis ici là, quelques règles générales relativement à la détermination de la juridiction d'un tribunal administratif, eu égard à

la Loi, là, bon. On n'a pas besoin de se pencher longtemps sur ces questions-là, la jurisprudence est récente et elle émane de la Cour suprême du Canada. L'arrêt ATCO, vous pourrez en prendre connaissance, le juge Bastarache explique très clairement quelle est la démarche qui doit être suivie. Alors maintenant, il s'agit de connaître l'intention du législateur dans l'ensemble du contexte de la Loi. J'y reviendrai un petit peu plus tard, de façon plus détaillée.

On a d'autres arrêts aussi, Okwuobi de la Cour suprême, c'est la même chose. Et l'arrêt Domtar contre Krugar, qui a été mentionné par mes confrères tout à l'heure comme se reportant à la compétence déclaratoire de la Régie. Je vous soumets respectueusement que l'objet du dossier Domtar contre Krugar Hydro-Québec, qui est un... notre, en fait qui est à l'onglet 4 là. Ça c'est la décision de la Cour supérieure, mais je référerai aussi à la décision de la Cour d'appel. L'objet de cette décision-là n'a rien à voir avec la compétence déclaratoire.

L'objet de cette décision-là, de cet arrêt-là, devrai-je dire, de la Cour d'appel, c'est de décider, eu égard à l'interprétation d'un article

de la Loi, quel est le tribunal compétent pour l'interpréter? Parce que, on le sait qu'il existe une compétence déclaratoire résiduelle de la Cour supérieure qui est prévue au code de procédure civile. Et il existe également une compétence exclusive de la Régie de l'énergie qui est prévue dans la Loi. On ne reviendra pas sur l'article 31 à ce moment-ci.

Maintenant, commençons tout de suite par l'analyse d'une importante décision de la Régie qui est à l'onglet 5 de notre cahier d'autorités, c'est la décision relative à l'approbation de la procédure d'appel d'offres d'octroi des contrats d'approvisionnement et du code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres, applicable aux contrats d'approvisionnement d'Hydro-Québec. Une décision de deux mille cinq (2005), rendue par un banc de trois régisseurs. C'est à l'onglet 5 du cahier.

C'est une décision relativement volumineuse qui... examinant un ensemble d'enjeux en matière d'approvisionnement. Ça me permet, monsieur le régisseur juste de mettre la table en matière de compétence de la Régie, qu'il existe, on le sait, une compétence générale de la Régie en matière de

tarification et ce n'est pas de cette compétence-là dont on parle ici. Il existe également une compétence de la Régie en matière d'approvisionnement en électricité et c'est inscrit dans la Loi aux articles 74.1, 74.2, 74.3, en fait tout le chapitre qui commence à l'article 72.

Alors dans la décision D-2001-191. Et on cite également les dispositions pertinentes dans notre contestation écrite. Je donne tout simplement la référence, c'est aux paragraphes 98 et 99. Alors je vous amène à la page, aux pages 6 et 7. Alors commençons par la page 6 de la décision, deuxième paragraphe de la fin, celui qui commence par « la présente décision sur » :

La procédure d'appel d'offres et d'octroi et sur le Code d'éthique, s'inscrit dans un processus plus global, visant l'approvisionnement des consommateurs québécois en électricité par le distributeur. Ce processus inclut la préparation de plans d'approvisionnement.

En outre, paragraphe suivant :

Le législateur confère à la Régie le pouvoir de surveiller l'application de

la procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi que celle du Code d'éthique s'y rattachant. Ce pouvoir de surveillance est distinct du pouvoir d'approbation des contrats d'approvisionnement qui seront adjugés à l'issue des appels d'offres.

Et ça, cette distinction-là entre les deux compétences de la Régie, la Régie revient souvent là-dessus. Et c'est confirmé également par la Cour supérieure dans la décision de Tembec, qui est à l'onglet numéro 5.

11 h 03

Continuons dans cette décision de la Régie à la page suivante. Et là, à 2.2, la Régie exprime de façon on ne peu plus claire, sa vision de l'exercice de sa compétence en matière d'approvisionnement en électricité. Je pense que ça vaut la peine de le citer au long. Alors, sous le titre « Nature administrative du pouvoir de surveillance »:

Chargée de voir à l'atteinte des objectifs de la loi, la Régie ne peut être ni être perçue comme une partie au processus d'adjudication.

Et je vous soumettrai que c'est là où Domtar voudrait nous amener.

Elle agit dans le respect de son indépendance et de son impartialité et, dans le cas d'un pouvoir de nature administrative, le législateur lui accorde la totale discrétion pour agir. Ainsi en est-il du pouvoir de surveillance prévu à l'article 74.2...

Je souligne que cet article-là ne s'applique pas à 74.3 qui précise que c'est malgré les autres articles. On y reviendra.

... de la loi qui résulte en un rapport de constatations relevées par la Régie tout au long de la procédure quant au respect de l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi et du Code d'éthique, tel qu'approuvé par la Régie. La Régie déterminera donc elle-même les mesure avec lesquelles elle doit exercer cette surveillance.

Ensuite:

La Régie précise toutefois que détentrice d'une compétence attribuée,

elle ne dispose d'aucune compétence pour régler les différends contractuels de quelque nature qu'ils soient et pouvant résulter du processus d'adjudication. Ces litiges relèvent des Tribunaux supérieurs. Et il importe également de souligner que la Régie n'a pas juridiction pour instaurer un processus de traitement des plaintes de soumissionnaires sur l'application par le Distributeur de la procédure d'appel d'offres et d'octroi.

Continuons l'analyse, Monsieur le Régisseur, avec l'onglet 1 de notre cahier d'autorités, qui est la Loi sur la Régie de l'énergie. Et attardons-nous aux articles 74.1 et 74.2. Et on va comparer par la suite ces articles-là avec l'article 74.3 qui nous intéresse plus particulièrement ici. Je mentionne également cette analyse, Monsieur le Régisseur, au paragraphe 4 du plan d'argumentation.

Alors, on ne reviendra pas sur 72, mais c'est l'article principal sur l'approbation des plans d'approvisionnement.

A l'article 74.1, on prévoit l'approbation par la Régie d'une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi que d'un Code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres. On prescrit également certaines caractéristiques de cette procédure d'appel d'offres.

A 74.2, on mentionne le pouvoir de surveillance de la Régie de la procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi que du Code d'éthique prévu à l'article 74.1. On prévoit également certains pouvoirs de la Régie de demander des renseignements et on prévoit un rapport émis par la Régie faisant part de ces constatations au Distributeur et au fournisseur choisis. Donc, les compétences de la Régie en matière de surveillance des appels d'offres elles sont énumérées dans la loi. Et je ne les répète pas, elles sont au paragraphe 4 du plan d'argumentation. Procédure d'appel d'offres et d'octroi, rapport de constatation, approbation des contrats.

Maintenant, regardons l'article qui nous intéresse aujourd'hui, 74.3, à la page suivante, page 18 de 40 dans l'onglet 1. Et je cite:

Malgré les articles 74.1 et 74.2, le distributeur d'électricité peut, dans

le cadre d'un programme d'achat d'électricité provenant d'une source d'énergie renouvelable dont les modalités ont été approuvées par la Régie, acheter de l'électricité d'un client dont la production excède sa propre consommation ou d'un producteur, sans être tenu à la procédure d'appel d'offres. Le présent article ne s'applique qu'à l'égard de l'électricité produite à partir d'une installation dont la capacité maximale de production est fixée par règlement.

Alors, on voit, de toute évidence, que le cadre réglementaire relatif à un programme d'achat est très différent de celui lié à des appels d'offres. Les premiers mots de 74.3 en témoignent « malgré les articles 74.1 et 2 ».

Le cadre réglementaire ne prévoit pas de procédure d'appel d'offres, ne prévoit pas de rapport de constatation, ni d'approbation de contrat, c'est très différent. Le cadre réglementaire prévoit plutôt, d'abord, un règlement du gouvernement qui établit la capacité maximale des installations, une approbation ensuite par la

Régie des modalités du programme, et par la suite, le programme s'administre. Il n'y a pas d'approbation de contrat, il n'y a pas de procédure... il n'y a pas de rapport de constatation de la Régie également. Alors...

11 h 08

Ce qu'on vient de lire dans la décision de la Régie, qui était à l'onglet 4, à l'onglet 5, pardon, du cahier d'autorités d'Hydro-Québec, lorsque la Régie nous dit qu'elle n'a pas compétence pour entendre les plaintes des soumissionnaires ni pour s'immiscer dans l'adjudication des contrats, et bien, c'est d'autant plus vrai s'il s'agit d'un programme. Parce que, même si, dans le cadre des appels d'offres, la Régie dispose de pouvoirs larges, c'est comme ça qu'ils ont quand même été qualifiés par la Cour supérieure, ces pouvoirs-là amenaient la Régie à conclure qu'elle n'entendait pas aller jusqu'à s'immiscer dans la gestion des appels d'offres.

Et à plus forte raison cette opinion de la Régie, cette position de la Régie est exprimée à la page 7 de la décision D-2001-191 vaut pour la situation qui nous intéresse aujourd'hui, celle

d'un programme d'achat qui obéit à un cadre réglementaire différent et allégé par rapport à un appel d'offres. C'est ce que j'explique au paragraphe 7 de la page 3 du plan d'argumentation.

Vous avez ensuite la citation de la décision de la Régie. Et quand je vous disais que cette position de la Régie avait été entérinée par la Cour, je vous réfère à la décision de Tembec, plus particulièrement à l'onglet 6 du présent cahier aux paragraphes 29 et 30. Sans revenir sur le détail de cette décision, la Régie à la page donc, page 5 de 17, paragraphe 28, le juge Tôth mentionne que :

[28] La Régie a un pouvoir de surveillance de nature administrative [...].

Et par ailleurs, paragraphe 29 :

[29] Pouvoir de surveillance et adjudication des contrats sont distincts. C'est la position de la Régie elle-même.

[30] La Régie n'a aucune compétence pour régler les différents contractuels résultant du processus d'adjudication. Elle n'a aucune

juridiction pour instaurer un
processus de traitement des plaintes
de soumissionnaires sur l'application
de la Procédure par Hydro.

Alors, cette position de la Régie a été entérinée
par la Cour, et elle représente, je vous le sou mets
respectueusement, l'état du droit relativement à
cette question-là.

Il y a donc un effet un peu absurde, soit
dit avec égard, des prétentions de mes confrères
lorsqu'ils prétendent que la Régie est investie de
pouvoirs très larges pour l'application de 74.3,
puisque les compétences énumérées dans la Loi pour
la Régie sont moindres que celles prévues à
d'autres articles.

L'absence de dispositions habilitantes
m'apparaît fatale à cette prétention-là. C'est-à-
dire que si le législateur voulait donner à la
Régie la compétence de rendre les ordonnances qui
sont demandées aujourd'hui, à savoir avoir le
pouvoir de suspendre un programme d'achat, par
exemple, le législateur aurait prévu cette
compétence-là, comme il le fait pour, par exemple,
le traitement des plaintes des consommateurs
d'électricité.

Il y a l'article, bien sûr, 31.1(4) qui prévoit cette compétence-là, mais aussi tout le chapitre 7 de la Loi qui encadre de façon rigoureuse les compétences de la Régie, notamment articles 98 et 101 de la Loi où on prévoit spécifiquement quelles sont les compétences de la Régie dans le traitement des plaintes des consommateurs d'électricité.

À ce moment-ci, Monsieur le Régisseur, je vais examiner certains extraits de l'arrêt ATCO de la Cour suprême du Canada, qui est à l'onglet 2, pour venir un peu reprendre la cohérence du raisonnement qui représente l'état du droit sur l'étude de la compétence d'un tribunal administratif. Alors, la question en litige dans l'arrêt Domtar est indiquée aux paragraphes 1 et 5 de la décision, et vous allez les trouver à la page 15 d'abord.

Le présent pourvoi a pour objet la compétence d'un tribunal administratif. Plus précisément, notre Cour doit déterminer, selon la norme de contrôle appropriée, si l'organisme de réglementation a correctement circonscrit ses attributions et son

pouvoir discrétionnaire.

Continuons au paragraphe 5 à la page 17.

C'est dans ce contexte qu'on demande à
notre Cour de déterminer si,
lorsqu'elle...

là, c'était la question peut-être plus fine en
cause ici,

... lorsqu'elle autorise un service
public à vendre un bien désaffecté, la
Commission peut, suivant ses lois
habilitantes, attribuer aux clients
une partie du gain net obtenu. Dans
l'affirmative, il nous faut décider si
la Commission a raisonnablement exercé
son pouvoir et respecté les limites de
sa compétence [..].

11 h 14

Alors, sur le principe maintenant de la compétence
d'attribution, on se rappelle que, dans la décision
de la Régie D-2001-191, elle mentionnait qu'elle
était détentrice d'une compétence attribuée, alors
ce principe était vrai en deux mille un (2001), il
est toujours vrai évidemment en deux mille douze
(2012). Le juge Bastarache le mentionne aux
paragraphe 35 et 36 de l'arrêt, à la page 31. 35,

rapidement :

35. Un tribunal ou un organisme administratif est une création de la loi : il ne peut outrepasser les pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, il doit [traduction] « s'en tenir à son domaine de compétence et ne peut s'immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence ».

C'est le même vocabulaire même utilisé par la Régie dans sa décision D-2001-191.

36. Pour décider si la Commission a eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir d'attribuer le produit de la vente [...], je dois interpréter le cadre législatif [...].

Et, là, le juge Bastarache nous explique la démarche que l'on doit suivre. Évidemment, il s'agit de déterminer l'intention du législateur. Qu'est-ce que le législateur avait l'intention d'attribuer à la Régie comme compétence en matière d'approvisionnement ici?

Et je vous soumets que, de toute évidence, si le législateur avait voulu que la Régie traite

les plaintes des soumissionnaires ou règle des litiges liées à l'approbation, à l'application des programmes, le législateur l'aurait dit. Alors, vous avez le résumé de la démarche également au paragraphe 49 de cette décision à la page 37. Il faut découvrir l'esprit du législateur qui imprègne les textes législatifs.

Cela dit, bien sûr, il existe des compétences implicites. Et c'est loin de nous l'idée de nier cette réalité. Il existe des compétences implicites dont les tribunaux administratifs jouissent. Et vous avez ces raisonnements-là au paragraphe 51 de la décision où le juge Bastarache nous dit que... en fait au haut de la page 39, que :

[...] les pouvoirs [...] non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif.

De toute évidence, là, l'objectif du régime législatif ici n'était certainement pas de remplacer la juridiction de la Cour supérieure pour régler des litiges liés aux appels d'offres et aux

programmes. C'était de laisser cette juridiction en place et d'attribuer d'autres compétences à la Régie. Et ici, la compétence, elle est très claire. Elle est énumérée dans la Loi. C'est l'approbation des modalités du contrat.

Et vous avez probablement vu, Monsieur le Président, dans notre contestation écrite, le Distributeur ne nie pas l'existence d'une juridiction de la Régie relativement à la vérification de l'adéquation entre le cadre réglementaire et le programme, le cadre réglementaire et l'article 1.5 in fine du programme.

C'est mentionné au paragraphe 100... en fait, 101, principalement 101 de la décision... de la contestation écrite. Et c'est toujours la position que l'on défend aujourd'hui. Ce que l'on prétend devant vous, c'est que même si l'on devait suivre les suggestions de Domtar et de vérifier si l'article 1.5 et conforme au cadre réglementaire, nous ne disposons pas de la question réelle que Domtar veut faire trancher, pour deux raisons. Puis c'est les deux arguments que je mentionnais au début sur l'apparence de droit.

Tout d'abord, même si on enlevait l'article

in fine, celui qui vient préciser qu'est-ce que ça veut dire « venir à échéance », pour les fins de la discussion, rayons-le pour aider à réfléchir, le problème de Domtar ne s'efface pas, il demeure puisqu'un tribunal devra interpréter les mots « venir à échéance » pour décider si l'exercice d'une option contractuelle prépayée dans un contrat constitue une résiliation ou non, ou une terminaison, est-ce que c'est venir à échéance.

Donc, ce débat-là n'est pas évacué quand bien même Domtar aurait raison sur son attaque de l'article 1.5 in fine. On le sait, il le qualifie d'une litanie de qualificatifs : nul, inopposable, ultra vires, et caetera. Mais même si on l'enlève, le litige demeure entier. Et ça devrait, je vous le soumets respectueusement, militer en faveur de ne pas rendre une ordonnance de sauvegarde puisqu'elle n'aurait pas l'effet recherché sur Domtar.

Je pense qu'il est clair, après avoir entendu mon confrère, que ce que Domtar veut réellement, c'est que la Régie lui attribue un contrat. C'est Domtar qui court-circuite le processus du programme. Le processus du programme est établi clairement dans les documents. Je pense que ce n'est même pas contesté. Il faut d'abord

qu'il y ait une soumission.

Mais même que, même que l'on puisse valablement, et c'est le deuxième argument, se pencher sur cette question-là, faudrait-il que cette fameuse option contractuelle soit exercée pour qu'on ait un véritable droit à faire valoir, pour qu'on ait des prétentions à trancher. Ce n'est même pas le cas. C'est le dossier des « si ».

11 h 20

Domtar ne veut pas prendre de risque. Elle vient demander une opinion juridique, hein! « Quels seraient mes droits si j'exerçais une option? ». Ce n'est pas le rôle des tribunaux quels qu'ils soient. Ce n'est pas le rôle des tribunaux de rendre des opinions juridiques aux justiciables qui viendraient leur demander « quels sont mes... quels seraient mes droits, Monsieur le Juge, Monsieur le Régisseur, si je posais tel geste ». Ce n'est pas le rôle des tribunaux que de faire ça. Et n'est même plus dans le domaine du déclaratoire ici là, on est dans le domaine de l'hypothétique, on est dans le domaine de la spéculation.

Alors, ce qu'on vous demande, je vous le soumets respectueusement, ce qu'on vous demande de la part de la Demanderesse aujourd'hui, c'est de

rendre une opinion juridique à sa place pour éviter qu'elle prenne un risque dans le cadre de... dans le cadre de sa soumission au programme.

Si elle avait exercé son option contractuelle, le débat serait un peu différent. Il y aurait au moins potentiellement une question réelle qu'on aurait pu débattre devant vous, mais ce n'est pas le cas aujourd'hui. Il n'y a même pas de dossier et il n'y a même pas de droit à trancher, il n'y a qu'une possibilité. Domtar le reconnaît elle-même dans ses documents.

Je vous emmène... vous n'avez pas nécessairement besoin de le prendre, peut-être simplement de noter les paragraphes. Au paragraphe 67 de la requête, je ne sais pas s'il a changé par rapport à la requête amendée, donc c'est, je crois, le même. Domtar formule ainsi la question en litige : « L'installation, serait-elle admissible si l'option contractuelle était exercée? ». Et également au paragraphe 44, Domtar annonce que ce n'est que si un contrat d'électricité était signé, qu'elle envisage d'exercer son option. Hein! On voit ici qu'elle ne veut pas prendre de risque. Elle demande à la Régie de prendre ce risque à sa place.

Et je complète l'argument, Monsieur le Président, tant que cette option-là n'est pas exercée, 1.5, que ce soit 1.5iii) ou 1.5 in fine, n'a pas besoin d'être interprété puisque l'installation est sous contrat, ça, c'est clair, et elle ne vient pas à échéance avant la fin du programme. La durée, on vous l'a dit ce matin, c'est d'environ vingt-cinq (25) ans.

Donc, de toute évidence et sans qu'on ait besoin d'analyser très très loin, aujourd'hui, devant vous, l'installation ne respecte pas iii). Il faudrait que l'option contractuelle soit exercée et on refuse de le faire, mais on vous demande quand même de trancher.

Alors, on n'est même plus, je vous le dis, Monsieur le Régisseur, dans le domaine du déclaratoire. Je pense que là on est dans le domaine de l'hypothétique et du spéculatif. Et la compétence que le Distributeur reconnaît à la Régie, qui est de vérifier l'adéquation entre 1.5 et le cadre réglementaire, c'est une chose. Est-ce que ça va jusqu'à permettre à la Régie de rendre des ordonnances dans le cadre de la gestion du programme? Je l'ai mentionné, avec les décisions que je vous ai citées. Je pense, la réponse est

« non », de toute évidence, et c'est déjà la position de la Régie. Je n'invente rien aujourd'hui devant vous, la position de la Régie confirmée par les tribunaux.

Alors maintenant, pour terminer avec la décision de ATCO, j'ai fait une digression là, je m'en excuse monsieur le président, j'ai devancé quelques arguments. On était au paragraphe 51 et, je ne les lirai pas avec vous, mais vous avez la conclusion du juge aux paragraphes 69 et 80, relativement à la compétence implicite. Alors ici, le juge était d'avis que la Commission avait confondu deux compétences, celle de la tarification et celle d'attribuer le produit de la valeur au client versus à l'utilité.

C'est la même chose dans l'arrêt Okwuobi de la Cour suprême également que j'ai joint à notre cahier d'autorités à l'onglet numéro 3. Je vais passer un peu plus rapidement sur celui-là, Monsieur le Régisseur. Alors vous avez, tout simplement le point, l'aspect de cet arrêt-là que je voulais mentionner à la Régie, c'est un aspect de droit que la Cour d'appel, on y reviendra, reconnaît dans l'arrêt Domtar contre Kruger, vous avez ça au paragraphe 19 de la décision de Okwuobi.

Ce que la Cour suprême vient nous dire, c'est lorsqu'il existe un processus administratif qui prescrit à un justiciable de suivre une démarche auprès d'un organisme administratif, ce n'est pas le rôle des tribunaux que de... en fait, le juge nous dit, bien les justiciables devraient suivre ce processus administratif d'abord. Puis, aller demander, si jamais ils sont insatisfaits, demander aux tribunaux de contrôler cet exercice de la juridiction de l'organisme administratif.

Dans l'arrêt Okwuobi, il était question de l'application de la Charte de la langue française, il y avait un processus administratif prescrit, prévu dans la Loi, un processus détaillé et, je vous amène à l'onglet... pas à l'onglet, mais au paragraphe 19, c'est un peu le résumé de ce que je viens de vous dire.

L'existence de ce processus administratif oblige donc le réclamant à demander à une personne désignée un certificat d'admissibilité, et au besoin interjeter appel au TAQ avant de s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir l'accès à l'enseignement. Alors, quel était ce processus, on le retrouve dans les paragraphes précédents... ah non en fait je pense qu'il est bien décrit ici. La

Cour le détaille avec plus de précisions, mais on voit là, on voit qu'il y a un processus administratif. Il faut demander un certificat, et ensuite on a un droit d'appel, et le processus se continue. Ici, il n'y a pas de régime prévu, il n'y en a tout simplement pas. Alors, on ne peut reprocher à... Je reviens sur un peu le procès d'intention que mes confrères faisaient à ma cliente en disant : « Bien vous savez quoi, monsieur le régisseur, si on s'était adressé à la Cour supérieure, on nous aurait dit d'aller devant la Régie. » Bon. Encore faudrait-il qu'il y ait eu un régime dans la loi sur la Régie pouvant donner ouverture à cette prétention-là. Il n'y en a pas, et donc on ne peut pas venir prétendre ici, valablement, que le recours utile, il est devant la Régie. Bon, c'est un argument auquel je tenais à répondre.

Ensuite, au niveau de l'apparence de droit, je suis maintenant au parag... à la page 4, paragraphe 13 du plan d'argumentation. J'ai devancé un peu. Je répète ici que le recours est fondé sur une possibilité. Paragraphe 14 là, vous avez ici écrit en mots un petit peu plus élégants ce que je vous disais tout à l'heure relativement aux volontés

de Domtar de faire trancher à l'avance par les tribunaux, par la Régie, ses interrogations quant à l'admissibilité de sa soumission au programme.

Et, c'est important de le mentionner, je le dis au paragraphe 15, c'est un traitement qui serait différent de ceux des autres soumissionnaires. Les autres soumissionnaires, potentiels, les autres fournisseurs, n'ont pas le bénéfice de demander aux tribunaux des opinions sur la validité de leur soumission.

Et c'est mon confrère tout à l'heure là, qui vous amenait de la jurisprudence sur l'égalité de traitement là, je pense que c'est eux-mêmes qui demandent un traitement différent.

Et cela dit, il y a un autre argument qui milite en faveur de ne pas rendre d'ordonnance de sauvegarde, c'est que, on voit que le résultat que souhaite atteindre Domtar, c'est avoir un contrat. On vous l'a dit là, ils considèrent certaines choses reliées au prix du contrat existant. Ils l'ont qualifié devant vous. Ils aimeraient ça avoir un prix supérieur, c'est ça qui est recherché ultimement devant vous. C'est pas une question de perte de rang.

On verra tantôt dans la décision de la STM,

mais le juge utilise les mots :

En réalité, le préjudice n est pas
celui que l on prétend, mais bien
uniquement monétaire.

Alors en réalité ici, le préjudice que subit
Domtar, c est une question monétaire. Et en
réalité, ce que Domtar veut, c est avoir un contrat
d approvisionnement. Et d avoir des garanties sur
le traitement de sa soumission.

Je pense que, là, où je veux en venir,
c est que la Régie ne devrait pas rendre ordonnance
de sauvegarde sur ça puisqu il y a d autres étapes
dans l administration du programme. Il n y a pas
qu à 1.5 ou à 1.5 in fine. Encore faut-il que cette
soumission soit conforme aux autres dispositions du
programme.

Et ensuite, même s il y avait un avis
d attribution, encore faudrait-il que les
négociations subséquentes mènent à la conclusion
d un contrat, ce qui n est pas garanti non plus. Le
programme prévoie le cas où les négociations
avortent et il n y a pas de contrat d attribué.
Comme je vous disais tantôt, le décret exige qu un
contrat soit attribué, là, il y a aussi cette
négociation préalable à la conclusion d un contrat

dont on... qu'on a passé sous silence. Mais ce ne serait pas automatique si la soumission était déclarée admissible en vertu de 1.5 in fine ou non, que Domtar aurait un contrat. Donc son objectif ne serait pas rendu. Et la décision de la Régie de toute évidence ne réglerait pas en entier le litige.

11 h 32

Et ça, c'est un critère qui devrait faire en sorte, je vous le soumets respectueusement, que vous devriez exercer votre discrétion pour ne pas rendre d'ordonnance de sauvegarde.

Alors, j'ai déjà abordé un peu la question du préjudice sérieux ou irréparable. Je suis à la page 5 de l'argumentation, paragraphes 16 et suivants. Et je prends tout de suite la décision du juge Jasmin, la décision dans *Alstom Canada Inc. contre Société de transport de Montréal*, j'en ai plusieurs copies ici. Madame. Attendez, je vais en remettre une copie à mon confrère. Voilà!

Je dépose cette décision-là de la Cour supérieure relativement au critère du préjudice irréparable ou sérieux ou relatif à un état de droit ou de fait là, j'ai entendu la plaidoirie de mes confrères à cet égard.

Alors, à la page 6, sous la rubrique « Le préjudice », paragraphe 24, le juge Jasmin nous mentionne que :

[24] Alstom avait le fardeau de démontrer qu'elle subira un préjudice irréparable si l'ordonnance de sauvegarde est rejetée. [...]

Alors, quand... je fais un aparté, quand la juge Marie Saint-Pierre de la Cour d'appel maintenant nous dit « méfions-nous des décisions de commonlaw », ce n'est clairement pas une décision de commonlaw ici, c'est une décision de droit civil du Québec et qui est récente.

Ce fardeau...

je reprends la citation :

Ce fardeau est d'autant plus grand que l'apparence de son droit n'est pas claire. Comme l'a reconnu la Cour d'appel dans Brassard c. Société [...] moins l'apparence de droit est forte, plus il y a nécessité d'un examen attentif du caractère irréparable du préjudice, et également du poids des inconvénients [...]

Le juge Jasmin cite une autorité pour appuyer ce

point.

Et quand je vous parlais tantôt des mots
« en réalité », c'est aux paragraphes 25 et 26,
alors :

[25] Le préjudice...

25

... sérieux et irréparable invoqué par
Alstom se retrouve aux paragraphes 54
à 57 de sa requête. En résumé, Alstom
prétend que si elle a gain de cause au
fond, elle sera désavantagée en tant
que soumissionnaire à cause des
relations privilégiées et des échanges
d'informations névralgiques entre la
STM et Bombardier.

Le paragraphe 26, et là c'est important :

[26] En réalité, ce n'est pas là qu'on
retrouve le préjudice. Le préjudice se
situe plutôt au niveau de la perte
financière éventuelle qu'Alstom
éprouverait dans l'hypothèse où elle
n'obtiendrait pas le contrat. Il
s'agit en fait d'un préjudice
appréhendé et d'une éventualité
plausible, mais purement hypothétique

à ce stade-ci.

C'est exactement la même chose. Je pense, le parallèle ici est intéressant avec les allégations de préjudice de Domtar. On dit « perte de rang », hein! C'est mentionné au plan d'argumentation. Mais, en réalité, ce n'est pas une perte de rang. En réalité, ce qu'on recherche, c'est un contrat pour avoir un meilleur prix et c'est une... et le préjudice, c'est une différence de prix, tout simplement, c'est un montant d'argent. Et ça distingue la situation de Domtar des décisions qui vous ont été citées ce matin.

Alors, lorsqu'on vous parlait de la décision d'abord Coinamatic, la décision de la Cour d'appel - laissez-moi retrouver la référence. C'est à l'onglet 7 de la... du cahier d'autorités de Domtar. Il s'agissait d'un dossier d'un locataire commercial expulsé de son local par le propriétaire, avec apparence d'abus de la part du propriétaire.

Il est évident qu'une entreprise qui n'a plus de local pour opérer subit un préjudice qui n'est pas qu'une différence de prix là, hein! C'est la vie de l'entreprise qui est mise en cause ici. Alors, le parallèle ne se fait pas avec la position

de Domtar.

Regardez l'onglet 7, vous allez voir que transparaît dans toute cette décision-là, cette... cette question d'abus. Alors, mon confrère vous a cité l'opinion du juge Mayrand, mais regardons ce qu'il dit le juge Mayrand à la page 11, colonne de droite, milieu de la page, juste avant le 2a) :

Je ne dirai pas que l'intimé a voulu se faire justice...

c'est le propriétaire

... ce qui serait une faute sérieuse, mais il semble plutôt avoir délibérément commis une injustice envers sont locataire.

Le juge continue à la page 12 en disant que si... en disant, bien, je le cite, c'est encore mieux dit :

Le geste du locataire ou du nouveau propriétaire qui écarte du revers de la main le droit d'occupation d'un locataire risque d'avoir un effet d'entraînement néfaste et de mettre l'entreprise en péril.

Et le juge finalement, je fais un clin d'oeil, se permet même un calembour puis qu'il dit, à la page

12, colonne de droit, premier paragraphe :

Bien sûr, il ne faut pas faire une tempête dans un verre d'eau ni encourager les propriétaires de lessiveuses à inonder la cour de pratique.

Donc, on voit bien que la situation est clairement différente ici. Et c'est pour ça que quand on amène la jurisprudence et on cite des grands principes, il faut toujours regarder en arrière de ces grands principes-là sur quels faits on s'appuyait pour décider ces choses-là.

Alors, dans le dossier Coinamatic, une expulsion, l'entreprise est empêchée d'utiliser son entreprise. On ne sera pas surpris que la cour ait considéré que c'est un préjudice qui répond au critère.

11 H 38

Et la décision Marchessault de l'onglet 10, à la page 28, la fameuse décision de la juge Saint-Pierre, il n'était pas question d'une différence de prix ici, là, entre deux contrats, un existant et un souhaité. Il était plutôt question d'avoir, de la part de monsieur Marchessault, divulgué le contenu d'une banque

de données, de divulguer au public le contenu d'une banque de données qui, évidemment, perd toute sa valeur. Hein, ce n'est pas simplement... Ça empêche Rogers, je pense que c'est Rogers dans ce cas-là, d'exploiter sa banque de données pour en tirer un profit, donc une portion des activités commerciales ne peut plus avoir lieu. Ce n'est pas une différence de prix, ça ne s'évalue pas si simplement.

Alors, je vous invite à la prudence, Monsieur le régisseur, lorsqu'on vous soumet des autorités comme celles-là où, de toute évidence, le préjudice qui est subi n'est pas de la même nature que dans celui qu'on voit aujourd'hui et dans celui de tout dossier d'appel d'offres, toute réclamation d'un soumissionnaire frustré qui prétend qu'il aurait eu droit à un contrat, ça, les tribunaux le reconnaissent, ça s'évalue en argent, puis le juge Jasmin, vous allez voir dans la décision, cite certaines autorités sur la question.

Alors, je disais tout à l'heure que les... les autres critères d'analyse, les autres arguments découlent de ce qu'on va conclure au niveau de l'apparence de droit et du préjudice, alors

évidemment... Puis l'autre... L'autre argument pour dire que Domtar ne subit pas de préjudice, c'est qu'elle n'a... Puis c'est lié aussi au dossier... aux critères d'apparence de droit, elle n'a pas exercé son option, alors elle ne peut pas prétendre qu'elle subit un préjudice, là, hein, sa soumission, là, elle n'a pas été... elle est de toute évidence non... non conforme puisque... puisque son... son contrat est en cours, elle ne peut même pas dire et ne le dit même pas que le contrat vient à échéance, mais en plus il n'y a aucun préjudice puisque de... il faudrait qu'elle exerce son option pour qu'il puisse y en avoir un.

Et quant à la balance des inconvénients, bien, en l'absence de préjudice ou en présence d'un préjudice purement monétaire qui n'est pas... qui n'est pas une réqui... une... une exécution par équivalent dont on déterminerait le prix ou le montant, hein, c'est vraiment uniquement des dollars, une différence de revenu, peu importe l'utilisation qui en serait faite, là, je n'embarque pas dans : est-ce que ça améliorerait la compétitivité ou pas de Domtar, restons sur les faits du dossier. Bien, la balance des inconvénients, bien, ça m'apparaît clair qu'elle ne

joue qu'en faveur du distributeur puisque les ordonnances demandées viendraient nuire dans la gestion de son programme. Il en va de même pour l'urgence.

Et je mentionnais au début de l'argumentation, Monsieur le régisseur, qu'il y avait beaucoup de spéculation et beaucoup d'hypothétique, hein, dans la plaidoirie qu'on a entendue ce matin de la part de mes confrères. Alors, l'une de celles-là, c'est de dire : Monsieur le régisseur, 1,5 in fine ne vise que Domtar, ça ne vise spécifiquement, hein, c'est le mot qui a été utilisé. On sait aussi que semble-t-il que ça visait aussi Abibow et ça peut viser d'autres fournisseurs aussi, là, d'autres fournisseurs qui auraient un contrat existant, qui... qui bénéficient ou pas d'une clause de résiliation, terminaison ou on peut bien l'appeler d'un autre terme, là. Il n'y a aucune espèce de preuve ici, là, que 1,5 in fine ne vise que Domtar. Encore aurait... aurait-il fallu l'alléguer, là, ce n'est même pas allégué dans la requête. Ce n'est donc pas tenu pour avéré.

Alors, on a dit... on a dit ici, là, et je cite mon confrère : « C'est la modalité qui

est attaquée aujourd'hui. » La modalité, c'est in fine. Et je répète que même en enlevant in fine, ça n'aide pas la demanderesse puisqu'il reste toujours à interpréter le programme et on ne devrait pas faire ça devant la Régie. C'est soumis respectueusement.

Il n'y a pas de débat non plus quant à savoir si les conditions administratives c'est une modalité du programme, là. Ce n'est pas contesté. Ce n'est pas ça l'objet du litige aujourd'hui, là, de vérifier : est-ce que Hydro-Québec a déclaré que les conditions d'admissibilité, c'est une modalité du programme? Ça a été soumis à l'approbation de la Régie.

Et vous connaissez notre position à savoir que 1.5 in fine n'est qu'une interprétation d'un terme. Mais ça n'empêche pas la juridiction de la Régie de vérifier ou de déterminer quelle est... quelle est la marge de manoeuvre du distributeur dans la rédaction d'un document de programme complet sur la base des modalités approuvées par la Régie. Et ça fonctionne comme ça pour un programme. Ce n'est pas le premier programme où le distributeur demande à la Régie d'approuver des modalités. Puis évidemment, ces modalités-là se

déclinent en un paquet de règles fines. Vous le voyez, il y a de toute évidence dans le texte du programme, il y aura une modalité qui sera... qui sera déclinée en des choses un petit peu plus complexes, des documents demandés, des conditions respectées, un processus. Hein, on voit que... on voit qu'entre modalités et le programme lui-même, il y a déjà une marge.

11 h 42

J'ai un problème aussi avec l'argument du précédent, comme si la décision rendue par la Régie, de consentement avec entre les parties dans le dossier Abibow avait une grande valeur de précédent. Je vous dirais que je n'ai pas entendu ça souvent qu'un jugement de consentement devait constituer un précédent qui lie la Régie. Mais je rappelle que le dossier d'Abibow il a été réglé. Abibow s'est désistée de sa demande. Et on ne commencera pas aujourd'hui à élaborer sur les tenants et aboutissants des particularités de ce dossier-là. Alors, ce n'est pas une autorité, ce n'est pas un précédent qui lie la Régie, c'est une ordonnance de consentement rendue dans un dossier qui a été réglé avant même qu'un débat sur les questions plus sérieuses ne débute.

Et vous voyez qu'il y a un désaccord fondamental avec la position de mes confrères lorsque mon confrère vous mentionnait que l'installation se qualifiait, mais ne se qualifie plus. Le « se qualifiait », vous aurez compris que, toute évidence, dans 1.5, avant même qu'il y ait le in fine, là, ce qui ferait en sorte qu'elle ne se qualifierait plus, elle ne se qualifie pas dès le départ. Ce qui fait en sorte que, ça, c'est le texte du décret. On ne va pas demander à la Régie de réécrire le texte du décret, ni de réécrire sa propre décision avec le texte initial. Il n'y a pas eu de modification à ça. Même avec le 1.5 iii) initial, elle ne se qualifiait pas, là. Rappelons que l'option n'a pas été exercée.

Je ne vous présenterai aucun argument sur le juste prix que Domtar a pu négocier il y a une dizaine d'années avec Hydro-Québec Production. Je ne vous présenterai aucun argument pour répliquer à mon confrère qui dit que, puisqu'il n'y a pas eu de preuve d'administrée sur les affidavits détaillés sur les circonstances de négociations, qu'on devrait tirer une inférence négative. Vous l'avez dit au début, ça a été ma remarque préliminaire également. Ça, ça relève du fond et on n'est pas

ici pour trancher ces questions-là.

Et on invoque également, on pousse pratiquement des hauts cris relativement à la discrimination. Comme si des critères d'admissibilité ou des critères dans un programme, c'est nécessairement de la discrimination illégale. Un programme, par sa nature, ça discrimine, il y en a des critères, tout le monde n'est pas admissible. Il y a des critères d'admissibilité, il y a un paquet d'autres critères aussi. Il y a un processus qui doit être suivi auprès du gouvernement aussi pour obtenir certains certificats. Alors, de prétendre simplement parce qu'il y a une discrimination basée sur un contrat existant que c'est illégal, c'est une prétention qui peut se faire, mais ça nécessite une preuve un petit peu plus solide que ce qu'on a entendu aujourd'hui.

Alors, Monsieur le Président, j'aurais terminé. Je vais juste consulter mon client et je vous reviens dans une minute.

LE PRÉSIDENT :

C'est bien.

Me JEAN-OLIVIER TREMBLAY :

Je vous remercie, Monsieur le Régisseur, ça complète mes représentations.

LE PRÉSIDENT :

Merci, Maître Olivier.

Maître Ouellet, est-ce que vous avez une réplique?

Me PATRICK OUELLET :

Très brève, Monsieur le Régisseur.

LE PRÉSIDENT :

D'accord. Alors, on pourrait vous entendre si vous êtes prêt.

Me PATRICK OUELLET :

Je suis prêt. Je suis prêt.

LE PRÉSIDENT :

Allez-y.

RÉPLIQUE PAR Me PATRICK OUELLET :

Donc, je veux juste reprendre en fait... la jurisprudence qui vous a été soumise et les autorités, moi, je les ai toutes lues, et il n'y a rien qui ne supporte la position d'Hydro-Québec. Et je veux les reprendre dans l'ordre qu'elles vous ont été présentées. Je ne veux pas répéter ce que j'ai déjà dit, mais je veux vous parler des causes que mon confrère a citées au soutien de sa prétention et aucune de celles-ci, si on les lit attentivement, ne supportent d'une quelconque façon la position d'Hydro-Québec.

Je vous donne des exemples. Premièrement, dans les autorités d'Hydro-Québec, à l'onglet 5, la décision D-2001-191. Et c'est la pierre angulaire je pense de l'argumentation de mon confrère, la Régie l'a reconnue, et caetera. On vous cite... on commence à la page 6, on continue à la page 7, on vous cite... et là, on arrête. On arrête juste au paragraphe qui dit:

A titre d'autorité réglementaire, la Régie doit néanmoins, par sa surveillance, s'assurer du respect par le Distributeur des balises approuvées.

Si on avait continué, on vous aurait montré que cette décision-là supporte notre position et non celle d'Hydro-Québec.

11 h 54

Un autre exemple, l'onglet 6, la décision de monsieur le juge François Tôth - mon professeur d'université en passant - on vous cite un obiter de monsieur le juge Tôth pour vous dire que les limites de la juridiction de la Régie, mais dans ce cas-ci, ça n'a rien à voir avec ça, ça a été un processus où les contrats devaient être approuvés par la Régie. Et malgré l'entente entre Tembec et

la Régie, la Régie avait refusé d'approuver un contrat pour des raisons X, Y, Z.

Et finalement, la Cour supérieure a dit :
La Régie, vous avez eu tort de refuser d'approuver le contrat, les raisons X, Y, Z sont peut-être bonnes, mais de toute façon, même en les écartant, le contrat aurait dû être approuvé quand même. Donc, c'est un cas clair où la Régie avait juridiction. Cette décision-là ne parle pas d'un cas d'absence de juridiction, mais parle d'un cas de juridiction que la Régie n'avait pas exercé.

Ensuite, on vous fait l'argument que je résume ainsi, en l'absence d'une disposition habilitante claire, la Régie n'a pas juridiction. Mais, ça, Monsieur le Régisseur, c'est exactement l'argument perdant dans Domtar contre Kruger. C'est exactement ça que ma cliente et mon associé plaidaient dans Domtar contre Kruger. Ils ont perdu en Cour supérieure, ils ont perdu en Cour d'appel, puis on vous le replaide comme si ces décisions-là n'existaient pas. Alors qu'on a, dans le cahier d'autorités d'Hydro-Québec, on vous a mis la décision de la Cour supérieure puis on n'a pas mis celle de la Cour d'appel.

Puis même si on regarde les autorités

d'Hydro-Québec encore une fois, à l'onglet 3, ça a été le même argument qui était fait dans l'affaire du TAQ, l'affaire Okwuobi. Si vous regardez le résumé à l'onglet 3 en page 4 du résumé comme tel, aux termes des articles 74 et 107 de la Loi sur la justice administrative, c'est le deuxième paragraphe.

Le TAQ possède tous les pouvoirs de réparation nécessaires à l'exercice de sa compétence, et l'absence d'un recours particulier ne justifie pas que l'on contourne le processus administratif.

Donc, cette décision-là va à l'encontre de ce qu'on vous plaide aujourd'hui. Domtar contre Kruger va à l'encontre de ce qu'on vous plaide.

À l'onglet 2, l'autre décision de la Cour suprême dans l'affaire de ATCO, c'était clair ici que le tribunal administratif avait excédé sa juridiction parce que le tribunal administratif, ce qu'il avait fait, c'est qu'il s'était... le tribunal s'était approuvé sur une commission, s'était approuvé le pouvoir de dicter à ATCO la façon dont elle devait distribuer le prix de vente de certains de ses biens entre ses actionnaires et

ses clients. Elle avait dit : Vous allez donner ça à vos clients. Clairement il n'y avait pas de juridiction. Mais, là, on vous dit, on vous ... comme précédent, mais c'est un ... clair d'excès de juridiction.

Très très important la décision D-2007-100 qui est parmi celle qu'on a transmise hier soir par courriel, décision sur laquelle vous avez vous-même, que vous avez vous-même rendue. Je pense que vous la connaissez mieux que moi. Mais les pages 6, 7 et 8 sont très importantes sur l'argument quand on vous dit : ils n'ont même pas exercé l'option.

Ici, on a posé la question à Hydro-Québec. Hydro-Québec a répondu : Domtar, vous ne vous qualifiez pas parce que vous avez résilié. Les positions sont campées. Et on se présente devant la Régie. Ce n'est pas comme si on ne savait pas la position d'Hydro-Québec. On la connaît. Ce n'est pas hypothétique. Donc, c'est ce que je lis ici. Donc « opinion de la Régie » en page 6 :

Dans la présente instance, la Régie doit répondre aux questions suivantes :

- 1) La requête d'ÉLL constitue-t-elle un recours purement

déclaratoire?

2) La requête est-elle

prématurée?

La réponse à ces deux questions est
négative pour les motifs suivants.

Et, là, on donne les motifs. Et si on continue,
vous pouvez... Évidemment, vous la connaissez, mais
en page 9 :

La Régie croit que c'est précisément
cette situation qui prévaut en ce
moment. La demande du Transporteur de
négocier un contrat de transport
d'électricité était précise. La
réponse de la demanderesse fut sans
équivoque. La Régie doit trancher car,
face à une telle situation, il serait
inusité, voire même illogique, de
refuser d'entendre maintenant la
demande d'ÉLL alors que, de l'aveu
même du Transporteur, celui-ci
demanderait à la Régie de décider de
cette question advenant le cas où ÉLL
refuse de négocier.

Donc, les positions étaient campées et on vous
demandait de trancher. Comme ici, Domtar prétend

qu'elle se qualifie. Hydro répond : Non, Domtar, vous ne vous qualifiez pas en vertu de 1.5 in fine. Il n'y a rien d'hypothétique là-dedans.

La décision de la Cour suprême dans Okwuobi dont je vous ai déjà parlé... Ça, j'ai déjà couvert ça. Alstom, important quand même, on a mis beaucoup de poids sur Alstom. Ce qu'on a oublié de vous dire, c'est que dans Alstom, personne ne plaidait l'état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final et inefficace. Ce n'était pas plaidé. On ne peut pas prendre ça comme un précédent comme quoi ça serait inapplicable. On ne le plaidait pas. Vous ne le verrez nulle part dans le jugement.

Et finalement Coinamatic, je la connais très bien la décision Coinamatic. Puis malheureusement, je ne sais pas si mon confrère l'a lue vite, mais elle ne supporte pas du tout, du tout la décision. Coinamatic, onglet 7... de la position d'Hydro-Québec c'est-à-dire, onglet 7 de nos autorités. Si vous regardez aux... En fait, je vous explique un peu.

C'était que, dans ce cas-là, on avait un opérateur de buanderie qui louait des locaux. Et le propriétaire l'avait expulsé sans droit. Et, là, on

demandait une injonction pour ne pas être expulsé. Et le propriétaire disait exactement ce qu'Hydro-Québec dit : Ah, mais ça peut être quantifié en argent votre préjudice et votre perte de profit sur l'opération des laveuses-sécheuses; poursuivez-moi, vous n'avez pas de préjudice irréparable.

En première instance, ils ont gagné. En Cour d'appel, ça a été cassé. Et si vous regardez la page 11, la colonne de droite, on réfute clairement l'argument que vous fait Hydro-Québec ici. Juste sous 2a) en page 11, l'opinion du juge Mayrand :

Le premier juge a eu raison de constater que l'appelante ne retirait de ses deux appareils maintenant immobilisés qu'un revenu minime et facile à évaluer. La modicité et la facilité d'évaluer les dommages-intérêts, auxquels l'appelante pourrait avoir droit, sont cependant assez atténués si l'on considère que le préjudice subi par l'appelante ne se mesure pas à la somme que ses deux appareils lui auraient rapportée.

Et en page 13, colonne de droite, avant-dernier

paragraphe :

On rendrait inefficace pour la durée de l'instance le droit d'option du locataire indûment délogé, si on lui refusait l'injonction interlocutoire pour le motif que le locateur pourra plus tard l'indemniser. Ce locataire peut préférer la jouissance des lieux aux dollars d'une indemnité future et il a le droit de l'exiger.

Ici, je comprends qu'Hydro-Québec invite Domtar à aller poursuivre pour plusieurs millions de dollars. Mais Domtar a le droit, je pense, de choisir son recours comme dans Coinamatic. Et le recours qu'elle choisit, c'est de faire respecter la loi, le décret, le contrat et tout ce qui en découle. Donc, Coinamatic ne supporte pas la position d'Hydro-Québec.

Je vous remercie, Monsieur le Régisseur.

LE PRÉSIDENT :

Merci Maître Ouellet. La Régie va prendre la cause en délibéré. Merci. Bonne journée.

AJOURNEMENT

R-3798-2012
19 juin 2012

DOMTAR
RÉPLIQUE
- 139 - Me Patrick Ouellet

Je, soussigné, JEAN LAROSE, sténographe
officiel dûment autorisé à pratiquer avec la
méthode sténotypie, certifie sous mon serment
d'office que les pages ci-dessus sont et
contiennent la transcription exacte et fidèle de la
preuve en cette cause, le tout conformément à la
Loi;

Et j'ai signé :

JEAN LAROSE
Sténographe officiel