

No.: R-3798-2012

DOMTAR INC.

Demanderesse

c.

HYDRO-QUÉBEC

Mise en cause

et

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON

Mise en cause

**PLAN D'ARGUMENTATION DE LA DEMANDERESSE DOMTAR INC.
AU SOUTIEN DE SA DEMANDE D'EXERCICE DU POUVOIR DE
SURVEILLANCE ET DE CONTRÔLE DE LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE**

<u>I.</u>	<u>ACTIVITÉS DE LA DEMANDERESSE.....</u>	<u>4</u>
<u>II.</u>	<u>HISTORIQUE DES FAITS PERTINENTS</u>	<u>4</u>
A)	CONTRAT D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ	4
B)	GENÈSE DU PROGRAMME.....	4
1)	<u>Déclarations et décrets gouvernementaux</u>	<u>4</u>
2)	<u>Dossier R-3780-2011 : demande d'approbation à la Régie et documents au soutien de celle-ci.....</u>	<u>5</u>
C)	MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME.....	6
1)	<u>Lancement du Programme.....</u>	<u>6</u>

2) <u>Ajout d'une modalité</u>	6
D) QUESTION ÉCRITE DE DOMTAR ET RÉPONSE DE RCGT	7
E) MISE EN DEMEURE	8
F) SOUMISSION	9
G) INTRODUCTION DU PRÉSENT RECOURS DEVANT LA RÉGIE	9
H) ADDENDA NO. 1 ET OCTROI DE CONTRATS D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ	9
I) URGENT BESOIN D'AUGMENTER LA CAPACITÉ MAXIMALE DE PRODUCTION VISÉE PAR LE PROGRAMME	10
III. <u>CONFIDENTIALITÉ</u>	11
IV. <u>ARGUMENTATION RELATIVE AUX CONCLUSIONS PROVISOIRES DE LA DEMANDE D'EXERCICE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE ET DE CONTRÔLE DE LA RÉGIE</u>	12
A) COMPÉTENCE DE LA RÉGIE DE RENDRE LES ORDONNANCES RECHERCHÉES	12
1) <u>Dispositions législatives</u>	12
2) <u>Effet de la décision D-2011-190 de la Régie dans le dossier R-3780-2011</u>	13
3) <u>Précédents et principes jurisprudentiels</u>	14
(a) <i>La Régie peut rendre des ordonnances de sauvegarde</i>	14
(b) <i>La Régie a le pouvoir de rendre des décisions de type déclaratoire</i>	17
B) QUALITÉ POUR AGIR DE DOMTAR	21
C) CRITÈRES GÉNÉRAUX DE L'OCTROI D'ORDONNANCES DE SAUVEGARDE	22
D) QUESTIONS SÉRIEUSES À TRANCHER ET APPARENCE DE DROIT	22
1) <u>L'article 1.5iii) du Document de Programme rend-il inadmissible d'office la soumission de Domtar dans le cadre du Programme ?</u>	23
(a) <i>Objectifs du Programme</i>	23
<i>il Compétitivité des entreprises forestières établies en région</i>	23

<i>ii/ L'admission des centrales existantes, déjà régies par un contrat d'achat d'électricité.....</i>	<i>26</i>
(b) Comportement d'Hydro-Québec et de Domtar au moment de la négociation du Contrat.....	26
2) <u>La Modalité apparaissant à l'article 1.5 <i>in fine</i> du Document de Programme est-elle valide et opposable à Domtar?.....</u>	<u>28</u>
(a) Nécessaire approbation des modalités par la Régie	29
(b) Précédent : modification soumise à l'approbation de la Régie.....	31
(c) Absence de suivi.....	31
(d) Caractère discriminatoire.....	32
E) URGENCE	34
F) PRÉJUDICE SÉRIEUX OU IRRÉPARABLE	36
1) <u>Principes</u>	<u>36</u>
2) <u>Perte de rang dans l'appel d'offres et survenance de la Fin du Programme</u>	<u>38</u>
3) <u>Juste prix de l'électricité produite</u>	<u>38</u>
G) PRÉPONDÉRANCE DES INCONVÉNIENTS	40

I. ACTIVITÉS DE LA DEMANDERESSE

1. Domtar fait affaires dans les domaines des pâtes et papiers. Elle est le plus grand fabricant et distributeur intégré de papier non couché sans pâte mécanique d'Amérique du Nord et le deuxième au monde quant à la capacité de production. Elle exploite quatre usines de pâte et papiers au Canada, dont une au Québec, tel qu'il appert de *l'Aperçu* tiré du site Internet de Domtar, pièce **R-2**.
2. Domtar exploite une centrale de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle à Windsor, au Québec.
3. Domtar emploie environ 1300 travailleurs québécois.
 - **R-2** : *Aperçu* tiré du site Internet de Domtar
 - Affidavit de monsieur Yves Séguin, ing., daté du 27 avril 2012

II. HISTORIQUE DES FAITS PERTINENTS

A) CONTRAT D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ

4. Le 7 novembre 2001, Domtar et Hydro-Québec ont conclu un contrat d'achat d'électricité, pièce **R-3** (le « **Contrat** »).
5. Le Contrat porte sur l'achat par Hydro-Québec de la production d'électricité d'installations de cogénération d'électricité à base de biomasse forestière résiduelle, situées à Windsor, au Québec, dont la puissance moyenne est d'environ 25 MW.
 - **R-3** : Contrat d'achat d'électricité daté du 7 novembre 2001, préambule

B) GENÈSE DU PROGRAMME

1) Déclarations et décrets gouvernementaux

6. Le 4 mai 2006, le gouvernement du Québec a publié la *Stratégie énergétique du Québec 2006-2015, L'énergie pour construire le Québec de demain*, pièce **R-4**, qui déclare à la page 78 que :

« Le gouvernement s'attend à ce que la petite production d'électricité favorise la mise en valeur de plusieurs nouvelles technologies énergétiques, telles les technologies utilisant la biomasse. Ce type de production décentralisée se prête effectivement très bien à la valorisation énergétique des petites quantités de rebuts forestiers [...] ».

7. Le 26 octobre 2011, le gouvernement a adopté deux décrets afin, notamment, de fixer à 150 MW la capacité maximale de production visée par le programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle et a indiqué à la Régie

certaines préoccupations économiques, sociales et environnementales en vue de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un tel programme.

- **R-5 :** *Décret 1085-2011 concernant la capacité maximale de production visée dans un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle, (2011) 143 G.O. II, 4820*
- **R-6 :** *Décret 1086-2011 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle, (2011) 143 G.O. II, 4851*

8. Nous étudierons ces préoccupations plus loin.

2) Dossier R-3780-2011 : demande d'approbation à la Régie et documents au soutien de celle-ci

9. Le 17 novembre 2011, dans le dossier R-3780-2011, Hydro-Québec a demandé à la Régie d'approuver, en vertu de l'article 74.3 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, les modalités d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle et de prendre acte d'un contrat type.

- **R-7 :** Demande d'approbation du 17 novembre 2011, dans le dossier R-3780-2011, déposée par Hydro-Québec

10. La Demande, pièce **R-7**, en son paragraphe 7, fixe à 10,6 ¢/kWh au 1^{er} janvier 2012, indexé annuellement suivant l'IPC, le prix d'achat de l'électricité.

11. Hydro-Québec a produit au dossier R-3780-2011, au soutien de sa Demande d'approbation, la pièce HQD-1, Document 1 (B-0004 de R-3780-2011), pièce **R-8**.

12. Le ou vers le 9 décembre 2011, en réplique aux commentaires produits par divers intéressés, Hydro-Québec a produit au dossier R-3780-2011 la pièce B-0009, *Réponse du Distributeur à certaines observations des intéressés*, pièce **R-9** (« **Réplique** »).

13. Le 15 décembre 2011, dans le dossier R-3780-2011, la Régie a rendu, sous la plume du régisseur Jean-Pierre Théorêt, la décision D-2011-190, pièce **R-10**, (« **Décision D-2011-190** ») approuvant les modalités du Programme d'achat d'électricité de 150 MW provenant de centrales de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle de 50 MW et moins (le « **Programme** »), demandant à Hydro-Québec de se conformer à chacune des ordonnances, demandes et conditions énoncées dans la décision et prenant acte du contrat type qui serait utilisé par Hydro-Québec dans le cadre du Programme.

C) MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME

1) Lancement du Programme

14. Le 20 décembre 2011, Hydro-Québec a lancé le Programme et a affiché sur son site Internet, à l'adresse <http://www.hydroquebec.com/distribution/fr/marchequbécois/pae-201101/index.html>, les renseignements et informations utiles aux soumissionnaires potentiels, tel qu'il appert de la copie de la page *Description et documents*, pièce **R-11**.
15. Le *Document du Programme PAE-2011-01* (« **Document du Programme** »), pièce **R-12**, et la Formule de soumission (« **Formulaire** »), pièce **R-13**, ont alors été mis en ligne.
16. Des soumissions ont pu être déposées à partir de la date de lancement du Programme et pourront l'être jusqu'à la date de « Fin du Programme », qui correspond à la date la plus hâtive des dates suivantes: (i) le 20 décembre 2013 avant 16 heures, heure de Montréal (deux ans après la date de lancement du Programme) ou (ii) la date de signature du dernier contrat d'approvisionnement en électricité permettant d'atteindre les quantités recherchées.

2) Ajout d'une modalité

17. Le Document du Programme, pièce **R-12**, comporte des modalités qui ne figuraient pas dans le Programme tel qu'approuvé par la Décision D-2011-190 de la Régie, pièce **R-10**.
18. Voici les éléments de la pièce **R-12** qui n'apparaissent pas dans la Demande d'approbation, pièce **R-7**, dans les pièces produites au soutien de celle-ci ou dans la Décision 2011-190, pièce **R-10**:
- Clause 1.5 *in fine*
 - Clause 1.6.1, paragraphe 2
 - Clause 1.6.3
 - Figure 1.7.2
 - Clause 1.8
 - Clause 1.9
19. La clause 1.5 *in fine* (la « **Modalité** ») diffère fondamentalement des autres modifications énumérées ci-haut.
20. En effet, les autres nouveautés sont plutôt d'ordre formel, relatives à la fourniture de documents.
21. À l'inverse, la nouvelle restriction imposée dans la Clause 1.5 *in fine* porte sur l'admissibilité de certains soumissionnaires, basée sur la résiliation d'un ancien contrat avec le Distributeur ; cette restriction est nettement plus substantielle que formelle.

22. L'article 1.5 du Document du Programme, pièce **R-12**, se lit comme suit :

1.5 Origine de la production

L'électricité produite par la Centrale doit provenir, soit :

i. d'une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle; ou

ii. d'une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du Programme; 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

[...]

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.

(Nous soulignons)

23. La Modalité figure aussi dans la partie 3.1 du Formulaire, pièce **R-13**.

D) QUESTION ÉCRITE DE DOMTAR ET RÉPONSE DE RCGT

24. Le 14 mars 2012, Domtar posait la question suivante à RCGT (R-14) :

« Est-ce qu'une installation de cogénération qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec est admissible en vertu du Programme si le Fournisseur se prévaut d'un droit contractuel prépayé lui permettant d'anticiper l'échéance du terme, de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la fin du Programme ? Et si non, en vertu de quelle clause du Programme ? »

25. La réponse de RCGT à cette question a été affichée sur le site Internet du Programme le ou vers le 16 mars 2012, tel qu'il appert du document Q027 téléchargé à partir du site Internet du Programme, pièce **R-14** :

« La question indique que les installations faisant l'objet du contrat de vente d'électricité conclu avec Hydro-Québec (le « contrat ») sont inadmissibles, car la date d'échéance de ce contrat arrive après la Fin du Programme, tel que cette expression est définie à l'article 1.1 du Programme. 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. Les installations concernées seraient toujours inadmissibles en vertu des dispositions de l'article 1.5 du Programme. »

26. La réponse apparaissant au document Q027, pièce **R-14**, crée une forte présomption de rejet de la soumission éventuelle de Domtar dans le cadre du Programme.

E) MISE EN DEMEURE

27. Par lettre du 28 mars 2012 à RCGT et à Hydro-Québec, pièce **R-15**, Domtar a exposé sa position quant à la réponse Q027, pièce **R-14**.

28. Domtar a rétorqué dans un premier temps à l'argument voulant que l'échéance du Contrat, pièce R-3, fût postérieure à la Fin du Programme (page 1) :

« Domtar s'oppose à la Réponse et maintient qu'une installation, qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, est admissible au Programme, lorsqu'elle exerce un droit contractuel prépayé d'anticiper l'échéance du terme de façon à ce que le contrat existant vienne à échéance avant la Fin du Programme.

D'abord, Domtar avance que l'exercice d'un tel droit ne constitue pas une résiliation, mais plutôt une échéance anticipée du terme. Alternativement, Domtar maintient que même si l'exercice d'un tel droit constituait une résiliation, une telle installation serait toujours admissible au Programme. »

29. Elle s'est ensuite attaquée à l'argument fondé sur la Modalité (page 2):

«Ce critère d'inadmissibilité n'est pas prévu au Décret 1086-2011, qui établit le cadre réglementaire du Programme. De plus, ce critère d'inadmissibilité est contraire à la demande d'approbation du Programme R-3780-2011 et n'a d'aucune façon été soumis à l'approbation de la Régie de l'énergie.

De ce fait, l'application de cet alinéa par Hydro-Québec constitue un exercice discriminatoire, illégal, abusif et ultra vires des droits et pouvoirs d'Hydro-Québec et porte atteinte à la légalité et la validité du Programme. Domtar considère qu'Hydro-Québec n'a aucun fondement en droit d'appliquer la discrimination prévue par cet alinéa et par conséquent, toute tentative de ce faire est inopposable à Domtar et à l'Installation. L'Installation ne peut donc pas être qualifiée d'inadmissible si elle résiliait un contrat existant de vente d'électricité avec Hydro-Québec. »

30. Dans la même lettre du 28 mars 2012, Domtar a mis en demeure Hydro-Québec de s'abstenir de poser certains gestes (pages 2 et 3) :

« Jusqu'à ce que Domtar et Hydro-Québec parviennent à une entente sur ce sujet, Domtar demande qu'Hydro-Québec ne rejette pas la soumission présentée par Domtar pour l'Installation pour un motif exprimé à l'article 1.5 du Programme et que la soumission présentée par Domtar prenne rang selon la date et l'heure de réception de celle-ci par le représentant officiel d'Hydro-Québec. De plus, Domtar demande à

Hydro-Québec de s'abstenir de transmettre tout avis d'acceptation au sens de l'article 3.10.1 du Programme relativement à toute soumission de rang postérieur à celui que prendra la soumission de Domtar pour l'Installation, si un tel avis d'acceptation avait pour effet de rendre insuffisant le nombre de mégawatts restants pour attribuer un contrat pour la totalité de la soumission déposée par Domtar pour l'Installation. Nous vous prions de confirmer l'intention d'Hydro-Québec de se conformer à ces mesures de sauvegarde et ce, dans les cinq (5) prochains jours.

Soyez avisés que le défaut par Hydro-Québec de reconnaître l'admissibilité de Domtar au Programme cause un préjudice grave et irréparable à Domtar. Domtar estime la valeur du contrat faisant objet de sa soumission à \$300 000 000. Domtar entend tenir Hydro-Québec responsable de tout préjudice encouru suite à la mauvaise interprétation et application du Programme par Hydro-Québec et à tout exercice discriminatoire, illégal, abusif et ultra vires de ses droits et pouvoirs.

Soyez aussi avisés que Domtar entend exercer, sans autre avis ou délais, tout recours pour faire valoir ses droits, incluant la présentation d'une demande auprès de la Régie de l'énergie pour l'exercice de ses pouvoirs de surveillance et de contrôle en vertu des articles 5, 31(5), 34, 72, 74.2 et 74.2 (sic) la Loi sur la Régie de l'Énergie. »

F) SOUMISSION

31. Le 23 avril 2012, Hydro-Québec n'avait toujours pas donné suite à la lettre du 28 mars 2012, pièce **R-15**.
32. Domtar a alors déposé une soumission pour 30 MW au bureau de RCGT pour ses installations de cogénération situées à Windsor.
33. Le ou vers le 24 avril 2012, Hydro-Québec a fait parvenir à Domtar une lettre confirmant réception de la soumission susdite, se bornant à répondre qu'elle « procédera[it] à l'analyse de cette soumission selon les modalités du Programme » et que les résultats de l'analyse seraient communiqués à Domtar « en conformité avec la procédure prévue à cet effet », tel qu'il appert de la lettre d'Hydro-Québec portant la date du 24 avril 2012, pièce **R-16**.
34. Cette réponse laconique renforce la présomption voulant qu'Hydro s'apprête à rejeter sans droit la soumission de Domtar pour les raisons exposées dans la réponse Q027, pièce **R-14**.

G) INTRODUCTION DU PRÉSENT RECOURS DEVANT LA RÉGIE

35. Le 28 avril 2012, Domtar a introduit auprès de la Régie la présente *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie* dans le dossier R-3798-2012.

H) ADDENDA NO. 1 ET OCTROI DE CONTRATS D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ

36. Le ou vers le 4 mai 2012, par l'Addenda no. 1, pièce **HQD-4**, Hydro-Québec a modifié l'article 1.5 *in fine* du Document du Programme en remplaçant les termes « au moment de la

publication du Décret » et « après la publication du Décret » par les termes « au moment du lancement du programme » et « après le lancement du Programme » :

37. L'Addenda no.1, pièce **HQD-4**, n'a pas été soumis à l'approbation de la Régie et n'a pas été déposé au greffe de la Régie pour suivi administratif.

- **R-21** : Copie de la page du greffe électronique de la Régie dans le dossier R-3780-2011

38. Au 4 mai 2012, Hydro-Québec avait octroyé deux contrats d'achat d'électricité dans le cadre du Programme : un contrat de 50 MW à Tembec Énergie s.e.c et un contrat de 33,23 MW à Fibrek s.e.n.c.

- **R-20** : Tableau sommaire des contrats signés au 4 mai 2012

39. Le 4 mai 2012, Hydro-Québec annonçait que la soumission pour 26,5 MW déposée par Produits forestiers Résolu (Abibow Canada inc.) pour son installation de Dolbeau-Mistassini était conforme au Programme et que la conclusion d'une entente contractuelle était imminente.

- **R-23** : Communiqué du 4 mai 2012 d'Hydro-Québec Distribution

40. Cet événement explique vraisemblablement qu'Abibow Canada inc. se soit désisté de sa *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie* dans le dossier R-3783-2012, comme l'allègue Hydro-Québec au paragraphe 41 de sa Contestation.

- **R-23**: Communiqué du 4 mai 2012 d'Hydro-Québec Distribution
- *Contestation du Distributeur*, 4 juin 2012, paragraphe 41

41. Selon les informations disponibles publiquement, la puissance totale octroyée ou en voie de l'être dans le cadre du Programme est donc de 109,73 MW en date des présentes.

I) URGENT BESOIN D'AUGMENTER LA CAPACITÉ MAXIMALE DE PRODUCTION VISÉE PAR LE PROGRAMME

42. Le 23 mai 2012, par le Décret 530-2012, pièce **HQD-5**, le gouvernement a ordonné que la puissance maximale de production de 150 MW prévue au Décret 1086-2011 soit portée à 300 MW, notamment :

ATTENDU QUE l'atteinte du bloc de 150 MW dès 2012 fera en sorte que plusieurs autres projets présentant des potentiels intéressants seront refusés.

(Nous soulignons)

- **HQD-5** : Décret numéro 530-2012

43. Dans cet « attendu » du Décret 530-2012, pièce HQD-5, le gouvernement **affirme** que le bloc de 150 MW **sera atteint** en 2012 et que, en conséquence, des projets intéressants **seront refusés** : les verbes sont au futur plutôt qu'au conditionnel.
44. On peut raisonnablement inférer de ce texte qu'Hydro-Québec a avisé le gouvernement de l'atteinte imminente du seuil des 150 MW, ce qui confirme les propos de Domtar quant à l'urgence (voir plus bas).
45. Le ou vers le 4 juin 2012, Hydro-Québec a déposé une demande auprès de la Régie dans le dossier R-3801-2012 relativement à l'augmentation de la puissance maximale de production visée par le programme.
- **HQD-6** : Demande relative à l'augmentation à 300 MW de la quantité recherchée en vertu du Programme (dossier R-3801-2012) datée du 4 juin 2012
 - **R-22** : *Avis aux personnes intéressées*, dossier R-3801-2012
46. Hydro-Québec a encore une fois omis, à cette occasion, de soumettre la Modalité à la Régie pour approbation.
- **R-24**: Copie de la page du greffe électronique de la Régie dans le dossier R-3801-2012

III. CONFIDENTIALITÉ

47. En raison de la clause 26 du Contrat, pièce **R-3**, intitulée « Divulgence », Domtar sollicite une ordonnance de mise sous scellé du Contrat.
- **R-3** : Contrat d'achat d'électricité daté du 7 novembre 2001, clause 26
48. Domtar sollicite également une ordonnance de mise sous scellé des affidavits des ingénieurs François Jetté et André Béland et des documents y annexés, en raison des obligations qui découlent de la clause 26 du Contrat, pièce **R-3**.
49. Ces affidavits comportent des renseignements confidentiels relatifs au prix et au paiement de l'électricité livrée, et au paiement de l'option prévue à la clause 4 du Contrat.
50. Ayant consenti aux conditions de la clause 26 du Contrat, laquelle est expressément alléguée au paragraphe 9 de la *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie*, Hydro-Québec est mal venue de prétendre, comme elle le fait au paragraphe 8 de sa Contestation écrite, que « les motifs pour lesquels l'ordonnance de mise sous scellé de la pièce R-3 est demandée ne sont pas allégués ».

IV. ARGUMENTATION RELATIVE AUX CONCLUSIONS PROVISOIRES DE LA DEMANDE D'EXERCICE DU POUVOIR DE SURVEILLANCE ET DE CONTRÔLE DE LA RÉGIE

51. Domtar n'a d'autre choix, pour préserver ses droits et son rang dans le cadre du Programme, que de présenter à la Régie la présente demande d'ordonnance de sauvegarde afin, notamment, d'empêcher Hydro-Québec de rejeter sa soumission sur la base d'une interprétation erronée des conditions d'admissibilité du Programme, de même que sur la base de la Modalité discriminatoire, illégale, abusive, *ultra vires* et inopposable.

A) **COMPÉTENCE DE LA RÉGIE DE RENDRE LES ORDONNANCES RECHERCHÉES**

1) Dispositions législatives

52. Les articles 5, 31(5), 34 al. 2, 39 et 74.3 al. 1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* consacrent les vastes pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Régie à l'égard du Programme et confèrent à la Régie le pouvoir d'accorder, au fond et au stade de la sauvegarde, les ordonnances demandées.

53. L'article 74.3 de la *Loi sur la Régie de l'Énergie* est attributif de compétence à la Régie dans l'approbation des modalités du Programme :

74.3. 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 du gouvernement.

54. Au paragraphe 79 de la Décision D-2011-190, pièce **R-10**, la Régie traite du fondement législatif de la compétence de la Régie dans l'approbation des modalités du Programme :

[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.

55. En vertu de l'article 39 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, le dépôt d'une décision de la Régie au greffe de la Cour supérieure lui confère la **même force et le même effet que s'il s'agissait d'un jugement émanant** de la Cour supérieure :

39. La Régie ou toute personne intéressée peut déposer une copie conforme d'une décision ou d'une ordonnance rendue en vertu de la

présente loi au bureau du greffier de la Cour supérieure du district où est situé le siège ou un établissement du distributeur.

Effet d'un jugement.

Le dépôt de la décision ou de l'ordonnance lui confère alors la même force et le même effet que s'il s'agissait d'un jugement émanant de la Cour supérieure.

56. La présente de demande peut être introduite en vertu de l'article 31 de la *Loi sur la Régie de l'Énergie*, qui prévoit :

« 31. La Régie a compétence exclusive pour:

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

(Nous soulignons)

57. L'article 34 al. 2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* confère à la Régie un pouvoir général d'ordonner des mesures de sauvegarde des droits des personnes concernées.

34. La Régie peut décider en partie seulement d'une demande.

Sauvegarde des droits.

Elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées.

58. L'article 5 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* prévoit en outre

« 5. 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. »

2) Effet de la décision D-2011-190 de la Régie dans le dossier R-3780-2011

59. La décision D-2011-190 de la Régie dans le dossier R-3780-2011, pièce **R-10**, a été déposée au greffe de la Cour supérieure du district de Montréal, au dossier 500-05-081583-120, tel qu'il appert du plumitif, pièce **R-17**, et du paragraphe 57 de la *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie* produite par Abibow Canada inc. dans le dossier R-3783-2012, pièce **R-18**.

60. En vertu de l'article 39 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, le dépôt de la décision D-2011-190 de la Régie, pièce **R-10**, lui confère la même force et le même effet que s'il s'agissait d'un jugement émanant de la Cour supérieure.

61. Dans sa Contestation écrite, Hydro-Québec admet ce principe et son application à la décision D-2011-190 de la Régie dans le dossier R-3780-2011, pièce **R-10**.

62. Vu l'effet ainsi donné à la décision D-2011-190, pièce **R-10**, et la compétence **exclusive** de la Régie de connaître, en vertu de l'article 31(5) de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, des demandes visant à faire respecter une telle décision, Domtar soumet à la Régie la *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie* afin que la Régie en fasse respecter les termes par Hydro-Québec.

63. Afin que cet exercice ne soit pas privé d'effet utile, la *Loi sur la Régie de l'énergie* prévoit, en son article 34, que la Régie peut rendre **toute** ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées, en l'occurrence Domtar.

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 34 al. 2

3) Précédents et principes jurisprudentiels

(a) ***La Régie peut rendre des ordonnances de sauvegarde***

64. L'article 34 al. 2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* permet à la Régie de rendre des ordonnances de sauvegarde de la nature d'une injonction provisoire :

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 précités.

- Décision D-99-117 de la Régie de l'énergie dans le dossier R-3428-99 (régisseurs Pierre Dupont, Marc-André Patoine, Jean-Noël Vallière), 9 juillet 1999

65. Dans le dossier R-3783-2012 relatif au Programme, Abibow Canada inc. a introduit une demande similaire à la présente *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie* et ce, pour des motifs de même nature :

[4] De fait, le critère d'admissibilité suivant a été ajouté par Hydro-Québec, de son propre chef et sans approbation préalable de la Régie au texte du Programme PAE 2011-01 et au formulaire de soumission publiés :

« 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. »

[5] Cet ajout, manifestement dirigé à l'encontre de la demanderesse, est contraire à l'esprit et au cadre réglementaire établi par le gouvernement du Québec dans son Décret (Décret 1086-2011). Il est au surplus contraire à la demande d'approbation déposée auprès de la Régie (dossier R-3780-2011) par Hydro-Québec et il est manifestement contraire à la décision finale telle que rendue par la Régie le 15 décembre dernier.

[6] En plus d'avoir été posé sans considération pertinente et à l'encontre de la bonne foi, l'acte ainsi posé par Hydro-Québec est déraisonnable et très nettement discriminatoire en plus d'être contraire à la finalité recherchée par le législateur.

- **R-18 :** *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie* produite par Abibow Canada inc. dans le dossier R-3783-2012, paragraphes 4 à 6

66. Les conclusions que recherchaient Abibow par sa *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie*, pièce **R-18**, étaient similaires à celles que recherche Domtar en l'espèce.

67. À la suite de la demande d'Abibow dans le dossier R-3783-2012, la Régie a rendu les ordonnances de sauvegarde suivantes :

ORDONNE au Distributeur de ne pas rejeter la soumission annoncée par la demanderesse relativement à son installation de Dolbeau-Mistassini pour un motif exprimé à l'article 1.5 *in fine* du Programme;

DÉCLARE que la présente ordonnance de sauvegarde ne vaut que pour l'application de l'article 1.5 *in fine* du Programme à la soumission que déposera la demanderesse pour son installation de Dolbeau-Mistassini, mais pour aucune autre installation, ni pour aucun autre paragraphe de l'article 1.5, ni aucune autre disposition du Programme;

DÉCLARE que la soumission que déposera la demanderesse pour son installation de Dolbeau-Mistassini prendra rang selon la date et l'heure de réception de celle-ci par le Représentant officiel du Distributeur;

ORDONNE au Distributeur de s'abstenir de transmettre tout avis d'acceptation au sens de l'article 3.10.1 du Programme relativement à toute soumission de rang postérieur à celui que prendra la soumission de la demanderesse pour son installation de Dolbeau-Mistassini, si un tel avis d'acceptation avait pour effet de rendre insuffisant le nombre de mégawatts restants pour attribuer un contrat pour la totalité de la soumission déposée par la demanderesse pour son installation de Dolbeau-Mistassini;

DÉCLARE que la présente ordonnance de sauvegarde est valable jusqu'à l'expiration du délai de contestation, le cas échéant, de la

décision finale de la Régie relativement à la Demande, tel délai de contestation ne devant pas dépasser 30 jours;

PREND ACTE que le Distributeur réserve ses droits de contester la compétence de la Régie relativement à la Demande.

- **R-19** : Décision D-2012-011 du 16 février 2012 rendue par la Régie (régisseur Jean-Paul Théorêt) dans le dossier R-3783-2012

68. Le fait que ces ordonnances de sauvegarde aient été rendues avec le consentement des parties et que la Régie ait réservé le droit d'Hydro-Québec de contester sa compétence quant aux conclusions principales de la demande d'Abibow n'est pas pertinent aux fins de l'analyse de la compétence de la Régie à rendre de telles ordonnances.

69. Dans *Julien c. Québec (Commission des transports)*, le juge LeBel, alors de la Cour supérieure, a rappelé qu'un tribunal administratif agit selon sa loi habilitante et ne peut, même avec le consentement des parties, excéder sa compétence :

[12] 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 ses 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.

[13] Le principe fondamental demeure: la Commission des Transports du Québec, comme tout tribunal inférieur, doit agir selon sa loi habilitante. Elle doit exercer la compétence que le Législateur lui a attribuée et ne doit pas l'excéder. Ceci, indépendamment du fait que les parties attirent son attention sur un possible excès de compétence ou pas. Je ne crois donc pas devoir écarter les arguments du requérant pour le motif qu'ils n'ont pas été invoqués d'abord devant la Commission des Transports.

- *Julien c. Québec (Commission des transports)*, [1993] J.Q. no 2280 (C.S.) (juge Louis LeBel)

70. On ne peut que présumer qu'en rendant la Décision D-2012-011, pièce **R-19**, la Régie s'est livrée à une nécessaire analyse de sa compétence à rendre les ordonnances recherchées et a préalablement conclu à sa propre compétence à rendre les conclusions recherchées, compétence que Domtar lui demande d'exercer en l'espèce.

71. On relève en outre, parmi les conclusions de la Décision D-2012-011, pièce **R-19**, que la Régie a prononcé une conclusion déclaratoire portant sur une soumission qui n'avait pas encore été déposée :

DÉCLARE que la soumission que déposera la demanderesse pour son installation de Dolbeau-Mistassini prendra rang selon la date et l'heure de réception de celle-ci par le Représentant officiel du Distributeur;

(Nous soulignons)

72. Hydro-Québec est donc mal venue de prétendre, comme elle le fait au paragraphe 106 de sa Contestation, que la question de l'option contractuelle est hypothétique, puisque dans sa Décision D-2012-011, pièce **R-19**, la Régie s'est jugée compétente à faire une déclaration portant sur un événement futur.
73. Domtar est en droit de s'attendre à une certaine constance dans la jurisprudence de la Régie et demande à celle-ci d'exercer, quoique dans un contexte litigieux, la compétence qu'elle s'est reconnue par la Décision D-2012-011, pièce **R-19**.

(b) La Régie a le pouvoir de rendre des décisions de type déclaratoire

74. La Régie peut rendre des décisions déclaratoires sur les matières qui relèvent de sa compétence et ce, même en l'absence de dispositions habilitantes prévoyant expressément ce pouvoir.
75. Dans la décision *Domtar c. Kruger*, la Cour d'appel, s'appuyant sur l'article 31(5) de la *Loi sur la Régie de l'énergie* et sur le caractère surspécialisé de la Régie, a conclu à la compétence exclusive de la Régie à rendre des décisions déclaratoires nonobstant la compétence inhérente de la Cour supérieure en matière de jugements déclaratoires, codifiée à l'article 453 C.p.c. :

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

[26] En pareil cas, cette dernière, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, doit en principe refuser de statuer sur la requête pour jugement déclaratoire. C'est ainsi que dans *Terrasses Zarolega inc. c. R.I.O.*, la Cour suprême conclut que, "même à supposer qu'elle ait le pouvoir de le faire, la Cour [supérieure] ne devrait pas intervenir lorsque le législateur a jugé à propos de créer un tribunal inférieur compétent à disposer de la question sur laquelle on demande d'exercer le pouvoir déclaratoire".

[...]

[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 L.R.é. :

[...]

[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 l'article 76.1 L.R.é., il a cependant doté la Régie de l'énergie d'une compétence générale et exclusive que l'on trouve à l'article 31 L.R.é. et plus précisément au paragraphe 5 du premier alinéa de cette disposition :

[...]

[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" ("decide any other application filed under this Act"). 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.

(Nous soulignons)

- *Domtar c. Kruger et Hydro-Québec*, 2010 QCCA 1934 (C.A.) (juge Marie-France Bich pour la Cour)

76. Le pouvoir de rendre des décisions déclaratoires relève de la compétence implicite de la Régie :

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.

(Nous soulignons)

- Décision D-2003-49 de la Régie dans le dossier R-3496-2002, pages 11 et 12

77. La Régie doit pouvoir sanctionner le comportement d'Hydro-Québec qui constitue une tentative de contourner le système de contrôle mis en place par le législateur afin de favoriser les objectifs prévus à l'article 5 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*.
78. La jurisprudence reconnaît généralement aux tribunaux administratifs la compétence de rendre des décisions déclaratoires sur les matières qui relèvent de leur compétence et ce, même en l'absence de dispositions habilitantes prévoyant expressément ce pouvoir.
79. Par exemple, dans *Gestion Belfont inc. (Bar King Vegas)*, la Cour supérieure a jugé que la Régie des courses, des alcools et des jeux avait eu tort de refuser de répondre à une question relevant de son champ d'expertise sous prétexte qu'elle appelait une décision déclaratoire :

[28] La Régie a décidé qu'elle n'avait pas compétence pour décider des moyens préliminaires des demanderesse parce qu'il s'agirait de demandes de nature déclaratoire de juridiction exclusive de la Cour supérieure.

[29] Bien sûr, la Cour supérieure peut avoir juridiction pour décider, dans le cadre d'un jugement déclaratoire, des questions soulevées par les demanderesse dans les requêtes préliminaires. Par contre, le fait que la Cour supérieure puisse avoir juridiction en vertu de l'article 453 C.p.c. n'enlève pas pour autant la juridiction de la Régie de décider de sa compétence.

[30] Comme le mentionnent les demanderesse, il ne suffit pas à la Régie de constater la compétence de la Cour supérieure de trancher les questions soulevées pour conclure que ces questions échappent de ce fait automatiquement à la compétence de la Régie.

[31] La Régie, lorsqu'elle agit à titre de tribunal administratif et exerce des fonctions quasi judiciaires ou juridictionnelles, a le pouvoir de trancher les questions de droit soulevées dans une instance dont elle est

dûment saisie, même lorsqu'elles mettent en cause des droits constitutionnels.

[32] Un tribunal administratif ne doit pas se limiter à l'examen d'une partie du droit et fermer les yeux sur le reste.

[33] Les moyens préliminaires soulevés par les demandresses posent d'une part la question de la nature et de la validité de la ligne décisionnelle invoquée au soutien des avis de convocation et d'autre part la question de la validité de certaines directives du président de la Régie.

[34] Le tribunal est d'accord avec les demandresses que ces moyens exigent l'analyse de la loi constitutive de la Régie, de ses pouvoirs, de diverses lois qu'elle a le rôle d'appliquer et de son fonctionnement à titre d'organisme multifonctionnel. De par leur essence, ces moyens relèvent donc de la compétence de la Régie. La formulation déclaratoire des conclusions recherchées par les demandresses ne les soustraie pas à cette compétence, pas plus d'ailleurs que le fait d'y invoquer la notion d'indépendance judiciaire.

[35] La Régie avait donc compétence pour se prononcer sur les moyens préliminaires soulevés par les demandresses.

[36] Il appartient donc à la Régie elle-même de décider de la requête préliminaire mettant en doute l'indépendance des régisseurs et de décider s'ils ont l'indépendance institutionnelle nécessaire pour entendre le présent dossier.

- *Gestion Belfont inc. (Bar King Vegas) c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2006 QCCS 5443 (C.S.) (juge Gaétan Dumas), paragraphes 28 à 36

80. Dans l'affaire *Deever*, le juge Charette de la Cour du Québec a conclu à la compétence de la Régie du logement à rendre des décisions déclaratoires sur des matières relevant de sa compétence en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Régie du logement* :

[10] La compétence de la Régie est fondée sur l'article 28 de la Loi sur la Régie du logement. Cette disposition se lit comme suit :

«La Régie connaît en première instance, à l'exclusion de tout tribunal, de toute demande : 1° relative au bail d'un logement lorsque la somme demandée ou la valeur de la chose réclamée ou de l'intérêt du demandeur dans l'objet de la demande ne dépasse pas le montant de la compétence de la Cour du Québec...»

[11] On peut se poser la question suivante : La Régie outrepassait-elle sa compétence lorsqu'elle décide d'une question où il n'y a pas de somme demandée ?

[12] Il faut éviter d'interpréter restrictivement cette disposition. En effet, si la Régie ne pouvait décider que des réclamations de sommes

d'argent, elle ne pourrait résilier un bail, rendre une ordonnance d'expulsion, ordonner de faire des travaux, etc. On peut voir, en particulier par l'article 86 de la Loi, que le législateur a voulu donner des pouvoirs assez étendus à la Régie. Cette disposition dit : «En l'absence de dispositions applicables à un cas particulier, un régisseur peut y suppléer par toute procédure non incompatible avec la présente loi ou les règlements de procédure.»

[13] Il faut donc interpréter libéralement l'article 28 de la Loi.

[14] En somme, le législateur a voulu donner à la Régie, aux termes du premier paragraphe de l'article 28, toute la compétence nécessaire aux questions relatives à un bail, pourvu que le montant ou la valeur en litige ne puisse dépasser celle de la juridiction de la Cour du Québec, soit 70 000 \$.

[15] Dans la cause de Banque Nationale du Canada c. 2854-7271 Québec inc., la Cour supérieure du Québec a décidé que la Cour du Québec avait juridiction pour entendre une demande de jugement déclaratoire en autant qu'elle ait compétence en vertu de l'article 34 C.p.c.. Cette décision, d'ailleurs, va dans le sens de plusieurs autres décisions des tribunaux.

[16] En conséquence, puisque la Régie était saisie d'une demande relative à un bail, lequel avait une valeur qui ne dépassait pas la juridiction de la Cour du Québec, soit 70 000 \$, elle avait compétence pour se prononcer sur une question déclaratoire. Il faut donc répondre oui à la question telle que posée : la Régie du logement avait-elle compétence pour statuer sur la validité de l'avis de départ du locataire ?

- *Deever c. Immeubles des Îles*, (2004) AZ-50280774 (C.Q.) (juge Denis Charette), paragraphes 10 à 16

B) QUALITÉ POUR AGIR DE DOMTAR

81. L'article 34 al. 2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* confère à la Régie un pouvoir général d'ordonner des mesures de sauvegarde des droits des « personnes concernées ».

34. La Régie peut décider en partie seulement d'une demande.

Sauvegarde des droits.

Elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées.

(Nous soulignons)

82. Domtar est une « personne concernée » au sens de l'article 34 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* en ce que sa centrale de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle de Windsor, au Québec, correspond à la description générale des installations visées par le Programme, ce que la Régie est à même de constater d'office.

83. En vertu du critère exprimé au sous-paragraphe (iii) du point 3.3 intitulé « Critères d'admissibilité », à la page 7, ligne 2 du document, pièce **R-8**, et approuvé par la décision D-2011-190, pièce **R-10**, l'installation de cogénération de Domtar située à Windsor se qualifie au Programme par le critère suivant :

« (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 »

84. Domtar est une « personne concernée », au sens de l'article 34 al. 2 de la *Loi sur la Régie de l'Énergie*, puisqu'elle est admissible au Programme selon les critères prévus dans la décision D-2011-190, pièce **R-10**, et que la Modalité, stipulée unilatéralement par Hydro-Québec sans l'approbation préalable de la Régie exigée par l'article 74.3 al.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, met en péril la participation de Domtar au Programme.

C) CRITÈRES GÉNÉRAUX DE L'OCTROI D'ORDONNANCES DE SAUVEGARDE

85. Pour rendre les ordonnances recherchées au stade provisoire, exception faite des ordonnances relatives à la confidentialité, la Régie doit être satisfaite de la réunion des conditions suivantes :

- (1) Une apparence de droit ou des questions sérieuses à débattre au fond;
 - (2) La probabilité d'un préjudice sérieux ou irréparable;
 - (3) L'urgence de rendre les ordonnances de sauvegarde pour empêcher que ne se produise le préjudice allégué;
 - (4) Si le droit allégué est incertain, la prépondérance des inconvénients favorisant l'octroi d'ordonnances de sauvegarde.
- Décision D-99-117 de la Régie de l'énergie dans le dossier R-3428-99 (régisseurs Pierre Dupont, Marc-André Patoine, Jean-Noël Vallière), 9 juillet 1999, pages 18 et 19
 - *R.J.R. Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311
 - *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166
 - FERRON D., M. P.-MESSIER et L.A. POITRAS, *L'injonction et les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, LexisNexis, 2009, pages 47 à 72

D) QUESTIONS SÉRIEUSES À TRANCHER ET APPARENCE DE DROIT

86. Dans l'étude de la présente demande, la Régie doit trancher des questions sérieuses qui peuvent se résumer ainsi :

- L'article 1.5iii) du Document de Programme, pièce **R-12**, rend-il inadmissible d'office la soumission de Domtar dans le cadre du Programme?

- La Modalité apparaissant à l'article 1.5 *in fine* du Document de Programme, pièce **R-12**, est-elle valide et opposable à Domtar?

1) L'article 1.5iii) du Document de Programme rend-il inadmissible d'office la soumission de Domtar dans le cadre du Programme ?

87. La preuve produite au dossier milite en faveur de l'interprétation que fait Domtar de l'article 1.5 iii) du Document du Programme, pièce **R-12**, et permet d'établir que cet article n'exclut pas les soumissionnaires qui, telle Domtar, bénéficient d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec et se prévalent d'un droit contractuel prépayé leur permettant d'anticiper l'échéance du terme de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la Fin du Programme.

(a) **Objectifs du Programme**

ij) Compétitivité des entreprises forestières établies en région

88. L'interprétation que fait Hydro-Québec de l'article 1.5iii) du Document du Programme, pièce P-12, est incompatible avec l'objectif gouvernemental de compétitivité des entreprises forestières établies en région.

89. Le Décret 1086-2011, pièce **R-6**, référant à l'article 72 al. 2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, prévoit que la Régie, pour l'approbation des plans d'approvisionnement du distributeur d'électricité, tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret.

ATTENDU QUE, en vertu du deuxième alinéa de l'article 72 de cette loi, la Régie, pour l'approbation des plans d'approvisionnement du distributeur d'électricité, tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret;

(Nous soulignons)

90. Le Décret 1086-2011, pièce **R-6**, déclare que le gouvernement entend favoriser l'amélioration de la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec en permettant la valorisation de la biomasse forestière résiduelle par la production d'électricité et de vapeur.

ATTENDU QUE le gouvernement entend favoriser l'amélioration de la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec en permettant la valorisation de la biomasse forestière résiduelle par la production d'électricité et de vapeur;

[...]

ATTENDU QU'il y a lieu d'indiquer à la Régie de l'énergie les préoccupations économiques, sociales et environnementales à l'égard

d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle;

IL EST ORDONNÉ, en conséquence, sur la recommandation du ministre des Ressources naturelles et de la Faune :

QUE soient indiquées à la Régie de l'énergie les préoccupations économiques, sociales et environnementales suivantes à l'égard d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle :

1. Le gouvernement se préoccupe de la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec et de la réduction de leurs coûts d'opération en ce qui concerne la fourniture de vapeur;

2. Le gouvernement entend s'assurer que le programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle du distributeur favorise cette compétitivité;

3. À cette fin, le gouvernement a demandé au distributeur d'électricité de considérer les caractéristiques suivantes dans l'élaboration de son programme d'achat d'un bloc de 150 MW :

a. Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante depuis plus de six mois consécutifs avant le lancement du programme 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;

[...]

c. Un contrat d'achat d'électricité devrait être conclu avec chaque promoteur ayant déposé une soumission conforme aux modalités approuvées par la Régie jusqu'à l'atteinte de 150 MW;

d. 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'offres d'Hydro-Québec de 2009 (A/O 2009-01), indexé annuellement;

[...]

(Nous soulignons)

91. Ainsi, par le Décret 1086-2011, pièce **R-6**, le Gouvernement :

- fait de la compétitivité des entreprises et de la réduction de leurs coûts d'opération en ce qui concerne la fourniture de vapeur, des priorités dont la Régie doit tenir compte dans l'approbation des modalités d'un programme d'achat;

- donne priorité aux installations situées en région;
- identifie les caractéristiques du programme énumérées aux paragraphes 3 a) à i) comme favorisant la compétitivité, notamment en :
 - identifiant expressément l'octroi d'un contrat d'achat d'électricité provenant d'installations bénéficiant déjà d'un contrat comme un moyen à mettre en œuvre pour l'atteinte de l'objectif susmentionné;
 - rappelant que le programme vise l'achat d'un bloc de production de 150 MW;
 - exigeant la conclusion d'un contrat avec chaque promoteur ayant déposé une soumission conforme aux modalités du programme et ce, jusqu'à l'atteinte de la limite de 150 MW;
 - rappelant l'opportunité que le prix d'achat de l'électricité soit comparable au prix moyen obtenu lors de l'appel d'offres de 2009;

92. La Régie doit tenir compte des énoncés du Décret 1086-2011, pièce **R-6**, tant dans l'approbation d'un programme que dans l'exercice de ses fonctions de contrôle et de surveillance de la mise en œuvre de ce programme.

93. Dans la partie 5 du document, pièce **R-8**, intitulée « Conclusion », Hydro-Québec déclare que « [l]e Programme soumis pour approbation est conforme au cadre réglementaire et reflète les préoccupations exprimées par le gouvernement » (nous soulignons).

94. À la page 3 de la Réplique, pièce **R-9**, Hydro-Québec précise :

Par ailleurs, le Programme vise exclusivement l'industrie forestière et prévoit à cet effet que le fournisseur a la responsabilité d'avoir un client vapeur. Le fournisseur pourra donc bénéficier de revenus additionnels de vente de vapeur ou éviter des coûts s'il l'utilise plutôt dans ses procédés de fabrication.

(Nous soulignons)

95. Hydro-Québec ajoutera, en conclusion de la Réplique, pièce **R-9**, en page 7 :

Le Distributeur soutient que le Programme proposé et ses modalités répondent aux préoccupations exprimées par le gouvernement du Québec, en offrant un prix juste et équitable à l'industrie visée, comparable au prix moyen obtenu lors de l'A/O 2009-01, tout en s'assurant de répondre aux besoins de sa clientèle.

96. Les profits accrus générés par un contrat d'achat d'électricité plus avantageux que celui dont bénéficie pour l'instant Domtar, une entreprise implantée en région (Windsor, Québec) favoriseraient la recherche et le développement des techniques de cogénération à base de biomasse forestière par l'entreprise, condition *sine qua non* d'une amélioration de la compétitivité de cette dernière.

ii) L'admission des centrales existantes, déjà régies par un contrat d'achat d'électricité

97. Le Décret 1086-2011, pièce **R-6**, mentionne, parmi les moyens à mettre en œuvre pour l'atteinte des objectifs gouvernementaux y déclarés, l'octroi d'un contrat à une installation bénéficiant déjà d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec.

3. À cette fin, le gouvernement a demandé au distributeur d'électricité de considérer les caractéristiques suivantes dans l'élaboration de son programme d'achat d'un bloc de 150 MW :

a. Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante depuis plus de six mois consécutifs avant le lancement du programme 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;

98. Aux pages 2 et 3 de la Réplique, pièce **R-9**, citant textuellement le paragraphe 3 a) du Décret 1086-2011, pièce **R-6**, Hydro-Québec insiste sur le fait que le Programme est « ouvert aux nouvelles installations de cogénération, de même qu'aux installations existantes » (nous soulignons).

99. À la page 3 de la Réplique, pièce **R-9**, Hydro-Québec entrevoit qu'un projet basé sur l'ajout de capacité à une centrale existante « pourrait être admissible au Programme dans la mesure où l'ajout peut être qualifié de « nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle » au sens du Programme. »

100. Au paragraphe 65 de la Décision D-2011-190, pièce **R-10**, la Régie insiste sur le fait que « [l]e Programme, pour sa part, est ouvert aux nouvelles installations de cogénération de même qu'aux installations existantes » (nous soulignons), citant au soutien de cette affirmation l'ordonnance 3a) du Décret 1086-2011, pièce **R-6**. Elle revient sur ce point au paragraphe 84.

101. Il serait contraire à l'intention du gouvernement d'adopter une interprétation de l'article 1.5iii) qui aurait pour effet d'écarter, sans justification au regard des préoccupations indiquées à la Régie, Domtar ou tout soumissionnaire bénéficiant du droit contractuel prépayé d'anticiper l'échéance d'un contrat d'achat d'électricité.

(b) *Comportement d'Hydro-Québec et de Domtar au moment de la négociation du Contrat*

102. La clause 4 du Contrat, pièce **R-3**, prévoit un terme de 25 ans, dont l'échéance peut être devancée par Domtar moyennant un préavis de 6 mois :

« 4. Durée du contrat et option de terminaison

Le présent contrat est en vigueur à compter de la date de sa signature et sa durée est de 25 ans à partir de la première livraison d'électricité par le producteur.

Nonobstant ce qui précède, le producteur a l'option, exerçable à partir de la deuxième année contractuelle, de mettre fin au présent contrat. Les parties conviennent que le coût de cette option payable par le producteur s'établit à 1 560 000\$. Ce montant sera payé conformément aux modalités prévues à l'article 7.2.

Pour exercer ladite option, le producteur devra transmettre à Hydro un avis écrit à cet effet au moins six (6) mois avant la date prévue de terminaison. »

103. La clause 7.2 du Contrat, pièce **R-3**, prévoit un mécanisme de paiement par compensation de l'option prévue à la clause 4 :

7.2 Paiement pour l'énergie livrée

Pour chaque *période de facturation* de la première *année contractuelle*, **Hydro** verse au **producteur** un paiement pour l'*énergie livrée* établi comme suit :

i. le résultat de la multiplication, d'une part, du prix tel qu'établi à l'article 7.1 par, d'autre part, la quantité d'*énergie livrée* de ladite *période de facturation* ;

moins

ii. un montant de 130 000\$ représentant le paiement mensuel calculé à partir du montant établi à l'article 4 à titre de coût pour l'option de terminaison du présent contrat.

Pour chaque *période de facturation* de chaque *année contractuelle* subséquente, **Hydro** verse au **producteur** un paiement pour l'*énergie livrée* égal au résultat de la multiplication du prix, tel qu'établi à l'article 7.1, par la quantité d'*énergie livrée* de ladite *période de facturation*.

104. Domtar s'est acquittée des paiements prévus aux clauses 4 et 7.2 pour pouvoir se prévaloir de la faculté conférée par la clause 4 du Contrat.

- Affidavit de monsieur André Béland, ing. et annexe **AB-1**

105. Les discussions entourant la négociation de la clause 4 du Contrat 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. Il s'agissait d'une option précieuse à laquelle Domtar tenait particulièrement, ce qui explique le montant d'argent substantiel payé par Domtar comme contrepartie à cette option.

- Affidavit de monsieur François Jetté, ing.

106. Il est loisible à la Régie, dans l'exercice de son rôle de régulation, de tenir compte des circonstances de négociation du Contrat, pièce **R-3**, et du comportement d'Hydro-Québec dans la négociation de cette entente, à titre de faits pertinents à l'analyse de la présente *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie*, considérant qu'en vertu de l'article 5 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* elle doit concilier l'intérêt public et le traitement équitable des distributeurs, et favoriser la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif.

5. 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.

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, article 5

107. En effet, la Régie ne peut fermer les yeux devant le comportement d'un distributeur qui négocie à la baisse le prix de l'électricité en faisant miroiter des opportunités dont il prive ensuite ses cocontractants.

108. On constate, à la lecture de la *Contestation du Distributeur*, paragraphes 9 et 10, qu'Hydro-Québec nie l'affidavit de l'ingénieur Jetté et ignore celui de l'ingénieur Béland sans toutefois avancer la moindre preuve contraire.

109. La Régie devrait tirer une inférence négative de cette dénégation pure et simple, et dépourvue d'assise probante, et tenir pour avérés les déclarations contenues aux affidavits des ingénieurs Jetté et Béland.

- 2) La Modalité apparaissant à l'article 1.5 in fine du Document de Programme est-elle valide et opposable à Domtar?

110. L'inclusion de la Modalité au Document du Programme, pièce **R-12**, et au Formulaire, pièce **R-13**, sans approbation préalable de la Régie conformément à l'article 74.3 al. 1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, constitue une violation à la réglementation applicable, violation que perpétue Hydro-Québec par sa décision, admise dans la lettre du 24 avril 2012, pièce **R-16**, d'appliquer la Modalité telle quelle aux soumissions déposées dans le cadre du Programme.

111. La Modalité n'a pas été soumise à la Régie dans le dossier R-3780-2011, ni approuvée par la Régie lors du processus d'approbation ou du suivi administratif du Programme, contrairement aux exigences posées par l'article 74.3 al.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* et par la Décision 2011-190, pièce **R-10**.

112. Plus particulièrement, la Modalité ne figure ni au Décret 1086-2011, pièce **R-6**, ni à la Demande d’approbation, pièce **R-7**, ni au document B-0004 produit au dossier R-3780-2011, pièce **R-8**, ni à la *Réponse du Distributeur à certaines observations des intéressés*, pièce **R-9**.
113. La décision D-2011-190, pièce **R-10**, qui réfère expressément au document B-0004 produit au dossier R-3780-2011, pièce **R-8**, quant aux critères d’admissibilité, ne mentionne pas la Modalité.
114. Un des objectifs de la procédure publique d’approbation des modalités des programmes d’achat d’électricité devant la Régie est de permettre à divers intervenants de l’industrie de présenter leurs observations ou d’intervenir au dossier afin de faire valoir leurs arguments et de défendre leurs intérêts.
115. Or, en l’espèce, Domtar n’a pu présenter à la Régie ses observations ni intervenir dans le dossier R-3780-2011 pour contester l’inclusion de la Modalité aux conditions d’admissibilité au Programme, puisque la Modalité n’existait pas à ce moment-là.
116. La Modalité est discriminatoire, illégale, abusive et *ultra vires* des droits et pouvoirs d’Hydro-Québec. En outre, n’ayant pas été approuvée par la Régie conformément à l’article 74.3 al. 1 de la *Loi sur la Régie de l’énergie*, la Modalité est inopposable à Domtar.

(a) Nécessaire approbation des modalités par la Régie

117. L’article 74.3 de la *Loi sur la Régie de l’énergie* exige que les modalités d’un programme d’achat d’électricité comme le Programme en cause soient préalablement approuvées par la Régie :

74.3. 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 du gouvernement.

118. La preuve produite au dossier révèle que la Modalité n’a pas été approuvée par la Régie, contrairement à l’article 74.3 al. 1 de la *Loi sur la Régie de l’énergie*.
119. Aux paragraphes 1 et 2 de la Demande d’approbation, pièce **R-7**, Hydro-Québec acquiesce à la compétence de la Régie dans l’approbation des modalités du programme en cause. Hydro-Québec ajoute, au paragraphe 8, que les modalités du programme seront « dûment approuvées avant sa mise en place » (nous soulignons), ce que reflète d’ailleurs la seconde conclusion à la Demande. Hydro-Québec ne qualifie pas cette règle générale dont elle reconnaît le caractère obligatoire.

120. Aux paragraphes 5 et 7 de la Demande d'approbation, pièce **R-7**, Hydro-Québec intègre l'ordonnance 3a) du Décret 1086-2011 aux « critères d'admissibilité » du programme et renvoie, quant aux détails de ces critères d'admissibilité, au document HQD-1 produit au soutien de la Demande (*infra*, pièce **R-8**).
121. Hydro-Québec reconnaît donc la compétence de la Régie dans l'approbation des modalités du Programme, lesquels comprennent les critères d'admissibilité des soumissionnaires.
122. Les conclusions de la Demande d'approbation, pièce **R-7**, renvoient aux modalités énoncées au « Programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière du Distributeur, telles que décrites à la pièce HQD-1, Document 1 ».
123. Dans la partie 1, « Contexte », du document, pièce **R-8**, Hydro-Québec déclare que le Programme « répond aux préoccupations du gouvernement visant à favoriser la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec ». Hydro-Québec y reconnaît à nouveau la compétence de la Régie pour l'approbation des modalités du Programme :

Conformément à l'article 74.3 de la LRE, 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 (la Régie).

Ces modalités, 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.

124. Dans la partie 3 du document, pièce **R-8**, intitulée « Modalités du Programme », le point 3.3, intitulé « Admissibilité », prévoit que « [p]our être admissible, une soumission doit porter sur un projet qui se conforme à toutes les exigences suivantes » (nous soulignons).
125. Ces exigences précisent que
- la puissance offerte pour la centrale sera de 50 MW au maximum (page 6, ligne 20);
 - le soumissionnaire choisit la durée du contrat d'achat d'électricité, qui doit toutefois être moins de 15 ans ni plus de 25 ans (page 8, ligne 1).
 - l'électricité produite par la centrale doit provenir soit « (i) d'une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle ou (ii) d'une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du Programme 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 » (page 7, ligne 2) (nous soulignons)
126. L'exigence énoncée à la page 7, ligne 2 du document, pièce **R-8**, reprend presque littéralement les termes de l'ordonnance 3a) du Décret 1086-2011.

127. Il s'agit, encore une fois, d'un acquiescement clair à la compétence de la Régie sur l'approbation des modalités du programme, en particulier des critères d'admissibilité de celui-ci. Tous les critères d'admissibilité doivent faire l'objet de l'approbation préalable de la Régie.

128. À la page 2 de la Réplique, pièce **R-9**, Hydro-Québec avance sans équivoque qu'il appartient à la Régie d'approuver les modalités d'un programme d'achat d'électricité, lesquelles incluent les critères d'admissibilité :

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 de modalités reliées aux conditions administratives ainsi que les modalités financières du Programme.

Les modalités administratives du Programme comprennent, entre autres, les critères d'admissibilité, les règles relatives à l'analyse des soumissions et à l'attribution des contrats, l'échéancier et la durée des contrats.

(Nous soulignons)

129. Le paragraphe 11 de la Décision D-2011-190, pièce **R-10**, énonce:

[11] Les projets doivent satisfaire aux exigences exprimées au Règlement et au Décret afin d'être admissibles au Programme. Outre la nécessité de respecter ces exigences, une soumission ne pourra être admissible que si elle porte sur un projet qui se conforme à toutes les exigences du Programme, qu'elle a été dûment complétée et accompagnée de tous les documents exigés au Programme.

130. En note infrapaginale, le paragraphe 11 de la Décision D-2011-190, pièce **R-10**, réfère expressément aux pages 6 à 9 de la pièce B-0004 du dossier R-3780-2011, soit notre pièce **R-8**, au chapitre de l'admissibilité des soumissions,

(b) Précédent : modification soumise à l'approbation de la Régie

131. À la page 1 de la Réplique, pièce **R-9**, Hydro-Québec déclare que « considérant la teneur de certaines observations, [elle] apporte une modification à la modalité du Programme relative au coefficient de livraison contractuel ».

132. Hydro-Québec a donc porté à l'attention de la Régie cette modification d'ordre technique dans le cadre de l'instance R-3780-2011, ce qu'elle n'a pas fait pour l'inclusion de la Modalité.

(c) Absence de suivi

133. Dans la décision D-2011-190, pièce **R-10**, la Régie soulève la question du suivi du Programme et met en place une procédure à suivre à cet égard.

[37] Le Distributeur suggère, en suivi du Programme, la mise en place du processus suivant :

- Les documents reliés au lancement du Programme seront préalablement déposés à la Régie.
- En cours de Programme, le Distributeur avisera la Régie, le cas échéant, de la survenance de situations susceptibles de compromettre le Programme et son déroulement.

[...]

[93] La Régie accepte les suivis suggérés par le Distributeur et lui demande de déposer les documents prévus au paragraphe 37 de la présente décision en suivi administratif. [...]

[94] La Régie demande au Distributeur de l'informer de la date officielle de lancement du Programme et de toute modification au Programme incluant, le cas échéant, sa cession ou sa résiliation.

134. En date du 9 juin 2012, on ne pouvait trouver, sur le site Internet du greffe de la Régie, dossier R-3780-2011, quelque document postérieur à la Décision 2011-190, pièce **R-10**, qui fasse état d'un dépôt pour suivi administratif.

- **R-21** : Copie de la page du greffe électronique de la Régie dans le dossier R-3780-2011

135. Or, en vertu de la Décision 2011-190, pièce **R-10**, toute modification au Programme, à plus forte raison une modification de substance telle la Modalité, doit faire l'objet d'un suivi administratif par dépôt de document à la Régie.

(d) *Caractère discriminatoire*

136. Au paragraphe 73 de la Contestation du Distributeur, Hydro-Québec prétend que l'alinéa 1.5 *in fine* du Document du Programme, pièce **R-12**, « précise la portée de l'article 1.5 portant sur les critères d'admissibilité » (nous soulignons).

137. Domtar soutient à la Régie que l'article 1.5 *in fine* ne précise pas le paragraphe 1.5iii), mais crée un nouveau critère visant spécifiquement Domtar ou les soumissionnaires placés dans la même situation que Domtar.

138. Le critère créé par l'article 1.5 *in fine* n'est pas inclus dans l'article 1.5iii), car l'« échéance » visée par ce dernier est susceptible d'être devancée en vertu d'un droit contractuel prépayé de ce faire, tel que celui que prévoit la clause 4 du Contrat, pièce **R-3**, ce qu'écarte expressément l'amendement apporté par l'article 1.5 *in fine*.

139. Pour les motifs exprimés plus haut au chapitre des objectifs gouvernementaux servis par le Programme, l'article 1.5 *in fine* crée une distinction contraire aux préoccupations indiquées par le Décret 1086-2011, pièce **R-6**.

140. Il y a lieu pour la Régie de constater et de sanctionner le caractère discriminatoire de l'inclusion de l'alinéa 1.5 *in fine* qui constitue une forme de réglementation sans habilitation, contraire aux exigences de l'article 74.3 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* et, compte tenu de la preuve au dossier, inéquitable et empreinte de mauvaise foi.

141. Les auteurs Issalys et Lemieux résumant ainsi le principe de l'égalité de traitement en droit administratif :

Les principes généraux du droit consacrent la règle de la *rule of law*. Issue d'une jurisprudence britannique ancienne, cette règle, précisée et raffinée par Dicey au XIX^e siècle, fait partie intégrante de notre système juridique [...]. Son contenu contribua au développement des principes fondamentaux qui sous-tendent le droit administratif contemporain.

Découle notamment de la *rule of law* le principe de la « légalité », postulat de l'assujettissement de tous, y compris de l'État, à la loi [...]. La Cour suprême du Canada tira, de ce principe de la « légalité », celui de « l'égalité » devant la loi, postulats garantissant aux citoyens que l'action gouvernementale sera exercée de façon uniforme, non arbitraire, assurant l'égalité de traitement des uns par rapport aux autres. C'est-à-dire que tous seront soumis également au droit et que tous se verront appliquer le même traitement par les pouvoirs appelés à le mettre en œuvre.

L'application pratique de ces principes suppose que soient respectés la loi suprême qu'est la Constitution, les limites à la compétence des autorités publiques, telles qu'elles sont spécifiées par la loi ou les règlements et les principes généraux de l'équité consacrés par les tribunaux.

[...]

Le concept de discrimination concerne le résultat atteint. Une décision sera discriminatoire si elle traite différemment deux membres d'une même catégorie juridique qui se trouvent dans des situations semblables. D'autre part, parfois un organisme n'agira pas uniformément à l'égard de cas similaires et établira une distinction non autorisée par une norme habilitante. Cette hypothèse d'inconsistency sera alors considérée comme discriminatoire en vertu de l'exigence de raisonnable et du devoir d'agir équitablement. Toutefois, cela n'empêchera pas une autorité de modifier sa politique ou de changer son orientation. Cependant, s'il y a un changement, l'organisme devra le porter à la connaissance des intéressés.

- ISSALYS P. et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, pages 258 et 259

142. Rappelons que la Cour suprême, endossant la doctrine des auteurs Dussault et Borgeat, a reconnu dans l'arrêt *Arcade Amusements* que les principes de droit administratif relatifs à la discrimination pouvaient servir à sanctionner la mauvaise foi des autorités :

Je pense que la vraie doctrine continue d'être celle qu'exposent René Dussault et Louis Borgeat dans une note que l'on trouve à la p. 558 de leur *Traité*, précité:

Il faut éviter... de situer la discrimination dans le contexte d'autres limitations du pouvoir réglementaire. En effet, même si la discrimination est souvent la manifestation de la mauvaise foi d'une autorité réglementaire et même si elle peut aussi contribuer à faire déclarer déraisonnable un règlement, elle n'en constitue pas moins une frontière qui vient limiter de façon originale l'exercice du pouvoir réglementaire. Dans *R. ex rel. St-Jean v. Knott*, (1944) O.W.N. 432, 435, le juge Rose, de la *High Court* d'Ontario, précise bien que l'irrationalité ne doit pas être confondue avec la discrimination: [TRADUCTION]«On prétend que le motif pour lequel les règlements sont déclarés invalides pour cause de discrimination repose sur le caractère déraisonnable de la discrimination; il s'ensuit que l'élimination du caractère déraisonnable comme motif de déclaration d'invalidité des règlements a pour effet d'éliminer la discrimination également. Je ne suis pas d'accord.» C'est aussi ce que reconnaît implicitement le juge Spence, de la Cour suprême du Canada, dans *The Corporation of the City of Ottawa v. The Royal Trust Co.*, [1964] R.C.S. 526, 550, lorsque, en obiter dictum, il affirme: [TRADUCTION] «En vertu du par. 4(1) de la Loi, le règlement doit être approuvé par la Commission municipale et cette condition a été remplie. Cette approbation, évidemment, n'a pas pour effet de rendre valide un règlement par ailleurs ultra vires ou discriminatoire (...).».

- *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, page 418 (j. Beetz)

143. La Régie peut donc à bon droit déclarer l'article 1.5 *in fine* du Document de Programme, pièce **R-12**, discriminatoire, *ultra vires* des pouvoirs d'Hydro-Québec, nul et inopposable à Domtar.

E) URGENCE

144. Tel que prévu au Décret 1086-2011, pièce **R-6**, le Programme vise l'achat d'un bloc de 150 MW. Cette puissance correspond au seuil dont l'atteinte provoque la Fin du Programme en vertu de l'article 1.1 du Document du Programme, pièce **R-12**.
145. À la suite du Décret 530-2012, pièce **HQD-5**, et de la Demande R-3801-2012, pièce **HQD-6**, la puissance totale visée par le Programme pourrait être portée à 300 MW.

146. Dans la partie 3 du document, pièce **R-8**, intitulée « Modalités du Programme », le point 3.4, intitulé « Analyse des soumissions », prévoit que

Le Distributeur procédera à l'ouverture et à l'analyse de la conformité des soumissions dans un ordre qui correspond à la date et l'heure de leur dépôt au bureau du Représentant officiel. L'ordre de priorité des soumissions retenues sera établi sur la base du principe : première soumission jugée conforme, première soumission retenue pour l'octroi d'un contrat.

[...]

Le soumissionnaire qui reçoit un avis de non-conformité perd le rang qui lui a été attribué initialement par le Représentant officiel. [...] Un nouveau rang est attribué au soumissionnaire lorsqu'il dépose une nouvelle soumission ou lorsqu'il dépose des documents manquants à sa soumission initiale, lequel correspond à leurs date et heure du dépôt au bureau du Représentant officiel.

Dans le cas où la soumission est jugée conforme aux exigences du Programme, le Distributeur transmettra un avis d'acceptation au soumissionnaire. Par cet avis, le soumissionnaire est avisé que sa soumission est retenue et que les parties doivent conclure un Contrat dans un délai de trois (3) mois suivant la date de réception de l'avis d'acceptation. Le Distributeur pourra proroger ce délai au besoin.

(Nous soulignons)

147. Ces règles traitant de l'étude des soumissions et du rang des soumissionnaires se retrouvent au Document du Programme, pièce **R-12**, à l'article 3.10.2 qui prévoit également un processus d'analyse des soumissions par lequel la première (dans le temps) des soumissions conformes décroche un contrat et ainsi de suite jusqu'à l'atteinte du plafond de 150 MW ou de 300 MW, selon l'issue du dossier R-3801-2012.
148. Un premier contrat pour 50 MW a déjà été conclu avec Tembec Énergie S.E.C., tel qu'il appert de la copie de la page *Description et documents* du site Internet du Programme, pièce **R-11**.
149. Il appert également du *Tableau sommaire des contrats signés* au 4 mai 2012, pièce **R-20**, qu'Hydro-Québec a octroyé un contrat de 33,23 MW à Fibrek dans le cadre du Programme.
150. Nous savons aussi qu'Hydro-Québec a déclaré la soumission d'Abibow Canada inc., pour 26,5 MW, conforme au Programme et que la conclusion d'un contrat d'achat est imminente.
151. Le 23 avril 2012, Domtar a déposé une soumission pour ses installations de Windsor dans le cadre du processus d'appel d'offres du Programme.
152. RCGT et Hydro-Québec ont implicitement admis, par la réponse Q027, pièce **R-14**, et par la lettre du 24 avril, pièce **R-16**, qu'elles considéreraient la soumission de Domtar non conforme sur la base de l'article 1.5 du Document du Programme, pièce **R-12**.

153. Domtar estime que le Contrat viendrait à échéance avant la Fin du Programme, au sens des articles 1.1 et 1.5 (iii) du Document du Programme, pièce **R-12**, s'il faisait l'objet de l'exercice conditionnel de l'option prévue à la clause 4 du Contrat, pièce **R-3**, exercice qui serait conditionnel à la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité au terme du Programme.

154. D'autre part, la réponse apparaissant au document Q027 suppose que les installations de Domtar seraient inadmissibles en vertu des dispositions de l'article 1.5 du Document du Programme. À sa face même, la seule partie de l'article 1.5 du Document de Programme qui soit susceptible d'expliquer la seconde partie de la réponse Q027, pièce **R-14**, est la Modalité prévoyant que

« 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 »

155. Les fondements juridiques de la réponse Q027, pièce **R-14**, sont donc erronés et, à l'inverse, le droit de Domtar à ne pas se les voir opposer est clair.

156. Un avis de non-conformité pourrait être rendu à l'encontre de Domtar à tout moment et, à la lumière des faits au dossier, cette éventualité est probable. Domtar perdrait alors son rang dans l'appel d'offres, en vertu de l'article 3.10.2 du Document du Programme, et verrait vraisemblablement survenir la Fin du Programme avant d'avoir obtenu une décision au fond sur son admissibilité au Programme.

F) PRÉJUDICE SÉRIEUX OU IRRÉPARABLE

1) Principes

157. La Régie, pour rendre une ordonnance de sauvegarde, s'inspire des critères reconnus en droit civil.

158. Ainsi, selon le texte même du *Code de procédure civile* et la jurisprudence québécoise, le critère applicable n'est pas celui du préjudice sérieux **et** irréparable, comme le prétend Hydro-Québec, mais bien celui de la nécessité d'éviter un préjudice sérieux **ou** irréparable, **ou** la création d'un état de fait **ou** de droit de nature à rendre le jugement final inefficace :

752. Outre l'injonction qu'elle peut demander par requête introductive d'instance, avec ou sans autres conclusions, une partie peut, au début ou au cours d'une instance, obtenir une injonction interlocutoire.

L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

(Nous soulignons)

- *Code de procédure civile*, article 752

« [47] Il y a donc quatre (4) 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 suffisante étant donné l'usage de la conjonction « ou ».

[48] Le Tribunal peut se satisfaire soit :

48.1. d'un préjudice sérieux;

48.2. d'un préjudice irréparable;

48.3. d'un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace; ou

48.4. d'un état de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

[49] Il faut donc écarter ou se méfier de la jurisprudence issue de situations de common law où les principes pourraient être différents ou incompatibles. [...] »

- *Rogers Media c. Marchesseault*, 2006 QCCS 5314 (j. Marie St-Pierre), paragraphes 47 à 49

« Comme mon collègue, monsieur le juge Paré, je suis d'avis que l'appelante a droit à l'injonction interlocutoire demandée, car elle satisfait aux deux conditions requises par l'article 752 du Code de procédure civile :

1. elle « paraît y avoir droit », et

2. l'injonction interlocutoire est « nécessaire pour empêcher »

a) que ne lui soit causé un préjudice « sérieux ou irréparable »

« ou »

b) « que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. »

[...]

Même s'il ne fallait pas considérer le préjudice subi par l'appelante comme suffisamment sérieux, il faudrait encore accueillir la requête en injonction interlocutoire pour le motif exposé dans l'opinion de mon collègue, monsieur le juge Paré : l'intimé a créé « un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace »

(Soulignements dans le texte original)

- *Société Coinamatic inc. c. Armstrong*, [1984] R.D.J. 7 (C.A.) (j. Mayrand)

159. Hydro-Québec est donc mal venue d'opposer à Domtar son estimation de la valeur du contrat convoité puisque le préjudice allégué est sérieux et qu'en l'absence de l'émission de l'ordonnance sollicitée par Domtar, il serait créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

160. En effet, le jugement final favorable à Domtar qui pourrait être rendu par la Régie de l'Énergie dans le présent dossier serait bien théorique et inefficace dans l'éventualité où il était rendu après la « Fin du Programme » ;

161. En outre, les retombées du contrat qui pourrait être octroyé à Domtar contribueraient à assurer la compétitivité de l'installation de Domtar située à Windsor, Québec, qui emploie environ 875 personnes.

162. Bien que Domtar ait avancé un chiffre pour faciliter l'analyse de la Régie, il apparaît donc que le préjudice prévisible ne s'arrête pas à cette estimation.

2) Perte de rang dans l'appel d'offres et survenance de la Fin du Programme

163. En cas de rejet de sa soumission sur la base des arguments déjà avancés dans la réponse Q027, pièce **R-14**, par exemple, Domtar perdrait le rang qui lui a été attribué initialement par RCGT sur réception de la soumission et ce, en vertu de l'article 3.10.2 du Document du Programme, pièce **R-12**. En vertu de ce même article 3.10.2, le soumissionnaire qui voit sa soumission jugée non conforme peut soumissionner à nouveau, mais la nouvelle soumission prend rang au moment du dépôt de celle-ci, et non rétroactivement à celui du dépôt de la soumission originale.

164. Dans cette éventualité, Domtar perdrait son rang dans l'appel d'offres, en vertu de l'article 3.10.2 du Document du Programme, et verrait vraisemblablement survenir la Fin du Programme avant d'avoir obtenu une décision au fond sur son admissibilité au Programme.

165. Il sied de mentionner, à cet égard, qu'Hydro-Québec insiste pour procéder seulement sur les conclusions provisoires de la présente Demande, bien que le dossier soit complet et que la Régie ait tous les éléments pour rendre sa décision au fond, ce qui démontre l'intention d'Hydro-Québec de retarder le dossier sur le fond et justifie les craintes de Domtar.

3) Juste prix de l'électricité produite

166. À la lumière des renseignements contenus aux pièces et aux affidavits produits au soutien de la présente Demande, le prix payé actuellement par Hydro-Québec à Domtar en vertu du Contrat, pièce **R-3**, est nettement inférieur à un prix juste, raisonnable et approprié.

167. Le prix payé par Hydro-Québec à Domtar pour l'électricité produite à l'installation de Windsor, Québec, est déterminé à l'article 7 du Contrat, pièce **R-3**.

- **R-3** : Contrat d'achat d'électricité daté du 7 novembre 2001, clause 7

168. Dans la partie 3 du document, pièce **R-8**, intitulée « Modalités du Programme », le point 3.6, intitulé « Établissement du prix d'achat de l'électricité », prévoit que

Conformément au Décret, le Distributeur fixe le prix d'achat de l'électricité à un niveau comparable au prix moyen obtenu lors de l'appel d'offres A/O 2009-01.

[...] Le coût unitaire actualisé de l'électricité livrée en vertu de ces contrats se situe entre 8,8 ¢/kWh et 12,0 ¢/kWh, pour un prix moyen de 10,6 ¢/kWh, excluant les coûts de transport et les pertes.

Dans le cadre du dépôt de sa demande d'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité découlant de cet appel d'offres, le Distributeur a déposé une étude réalisée en 2010 par la firme Merrimack Energy Group, dont l'objectif était d'évaluer la compétitivité des soumissions retenues. Sur la base de différentes sources d'informations (dont les programmes d'achat comparables en Ontario et au Vermont), le prix moyen d'achat de l'électricité produite à partir de biomasse était évalué à 11,0 ¢/kWh, sans ajustement pour les frais de transport et les pertes, et à 10,7 ¢/kWh une fois prise (sic) en compte le le taux de change actuel.

Le Distributeur fixe donc le prix d'achat de l'électricité qui sera livrée en vertu du Programme à 10,6 ¢/kWh au 1er janvier 2012. Ce prix sera indexé annuellement jusqu'à la date de garantie de début des livraisons, puis par la suite pour la durée du Contrat, selon l'Indice des prix à la consommation au Canada (série CANSIM v41690973, 2002=100). En cas de retard du début des livraisons, l'indexation du prix de l'électricité sera suspendue entre la date du début des livraisons et la date réelle de début des livraisons.

Ce prix est comparable au prix moyen obtenu lors de l'A/O 2009-01 ainsi qu'aux résultats de l'étude de balisage sur les marchés limitrophes. Considérant les critères d'admissibilité au Programme, de même que la taille des projets susceptibles d'y participer, le Distributeur considère que ce prix permettra de rencontrer les exigences du Programme.

(Nous soulignons)

- **R-8 :** Pièce B-0004 produite par Hydro-Québec au dossier R-3780-2011, au soutien de sa Demande d'approbation, partie 3.6

169. À la page 3 de la Réplique, pièce **R-9**, Hydro-Québec commente ainsi le prix de 10,6 ¢/kWh offert :

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.

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 cliente.

(Nous soulignons)

- **R-9** : Réponse du Distributeur à certaines observations des intéressés produite par Hydro-Québec le ou vers le 9 décembre 2011 au dossier R-3780-2011, page 3

170. Aux paragraphes 22 à 27 de la Décision D-2011-190, pièce **R-10**, la Régie analyse les arguments d'Hydro-Québec quant à l'établissement du prix d'achat de l'électricité, en tenant compte notamment de l'« étude réalisée en 2010 par la firme Merrimack Energy Group, dont l'objectif était d'évaluer la compétitivité des soumissions retenues » (paragraphe 26). Aux paragraphes 39 à 54, la Régie étudie les arguments présentés par les intervenants pour l'établissement d'un prix supérieur aux 10,6 ¢/kWh proposés par Hydro-Québec. Au paragraphe 89 :

« [à] la lumière du Décret], la Régie affirme « **partage[r] l'avis du Distributeur selon lequel le prix d'achat offert [soit 10,6 ¢/kWh] est un prix juste, raisonnable et approprié** pour les installations admissibles au Programme ».

- **R-10** : Décision D-2011-190 rendue par la Régie le 15 décembre 2011, dans le dossier R-3780-2011, paragraphes 22 à 27, 39 à 54 et 89

171. Si, de l'aveu même d'Hydro-Québec et de l'avis de la Régie (**R-9 et R-10**), le prix de 10,6 ¢/kWh est un prix « juste, raisonnable et approprié, et qu'une bonification du prix par la Régie la contraindrait au paiement d'une « somme supérieure à un juste prix » (**R-9**), on est logiquement forcé de conclure qu'une somme inférieure à 10,6 ¢/kWh serait **inférieure** à un prix juste, raisonnable et approprié.

172. Conséquemment, pour assurer sa compétitivité, Domtar devrait recevoir un prix nettement supérieur à celui qu'elle reçoit en ce moment ; un prix juste et raisonnable, de l'aveu même d'Hydro-Québec et de l'avis de la Régie, se situerait à au moins 10,6¢/kWh.

G) PRÉPONDÉRANCE DES INCONVÉNIENTS

173. Domtar ayant établi l'apparence de son droit et l'existence de questions sérieuses que la Régie aura à trancher en l'espèce, il n'est pas nécessaire de faire valoir la prépondérance des inconvénients.

174. À titre subsidiaire, Domtar soumet que dans le cadre dossier R-3783-2012, Hydro-Québec a acquiescé au bénéfice d'Abibow Canada inc. à ce que la Régie émette des ordonnances similaires à celles qui sont sollicitées par la présente, tel qu'il appert de la décision D-2012-011 du 16 février 2012 rendue par le régisseur Jean-Paul Théorêt, pièce **R-19**.

175. Hydro-Québec serait donc mal venue de prétendre à présent, contre Domtar, que l'émission des ordonnances sollicitées lui causeraient des inconvénients plus graves que

ceux, allégués ci-haut, qui découleraient du fait de laisser Hydro-Québec rendre l'avis de non-conformité qu'elle entend rendre selon toute probabilité.

176. Hydro-Québec allègue qu'elle subirait un préjudice si une ordonnance de sauvegarde était prononcée par la Régie, « car [elle] ne pourrait continuer à administrer le Programme conformément au Document du Programme, pièce R-12 ».

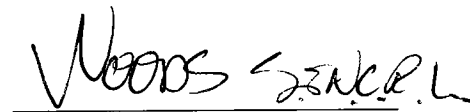
- *Contestation du Distributeur*, 4 juin 2012, paragraphe 112

177. Il va de soi que si la Régie est convaincue, selon les critères applicables, de l'apparence de droit de Domtar en l'espèce, le critère de la prépondérance ne joue plus ; Hydro-Québec ne saurait prétendre qu'il lui est préjudiciable de ne pouvoir administrer le Programme en violation de ses obligations et des dispositions législatives applicables.

178. En outre, si Hydro-Québec s'inquiète des délais de la Régie dans l'administration de la présente demande, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même puisque Domtar est disposée à procéder immédiatement à l'audition au fond sur la base de la preuve déjà versée au dossier ou connue d'office par la Régie.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 14 juin 2012



Woods s.e.n.c.r.l.

Procureurs de la demanderesse,
Domtar inc.