

C A N A D A

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : R-3798-2010

DOMTAR INC.

Demanderesse

c.

HYDRO-QUÉBEC

Distributeur

PLAN D'ARGUMENTATION DU DISTRIBUTEUR

[1] La Demanderesse formule ainsi les conclusions qu'elle recherche et qui font l'objet de la présente audience :

INTERVENIR en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur la Régie de l'énergie*, notamment l'article 31 (5) de celle-ci ;

ORDONNER à Hydro-Québec de s'abstenir de recevoir et d'analyser quelque soumission que ce soit en application du Programme et de s'abstenir d'octroyer quelque contrat que ce soit, à quiconque en application du même Programme et ce, tant que l'issue du présent litige n'aura pas fait l'objet d'une décision finale ;

ORDONNER la mise sous scellé du Contrat, pièce R-3 ;

ORDONNER que la décision à être rendue sur la présente demande soit opposable à la mise en cause Raymond Chabot Grant Thornton ;

EXERCER, là où approprié, les pouvoirs inhérents prévus à l'article 39 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, notamment en matière d'outrage au tribunal ;

RENDRE toute décision ou ordonnance qu'elle estime appropriée afin de sauvegarder les droits de la demanderesse Domtar inc.

I LA JURIDICTION DE LA RÉGIE

[2] À leur face même, les conclusions de la Demanderesse se rapportent à l'administration du *Programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle* du Distributeur (le Programme) et soulèvent conséquemment des questions quant à la juridiction de la Régie.

[3] La détermination de la juridiction d'attribution d'un tribunal administratif consiste à dégager l'intention du législateur par l'analyse des dispositions de la loi et du contexte global de celles-ci.

- *ATCO Gas and Pipelines c. Alberta*, [2006] 1 R.C.S. 140 [Onglet 2]
- *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B. Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257 [Onglet 3]
- *Domtar inc. c. Produits Kruger Ltée et Hydro-Québec*, 2010 QCCS 33 (C.A.) [Onglet 4]
- Décision de la Régie de l'énergie D-2001-191 (*Demande relative à l'approbation de la procédure d'appel d'offres et d'octroi des contrats d'approvisionnement et du Code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement d'Hydro-Québec*) [Onglet 5]

[4] En matière d'approvisionnement en électricité, la Régie s'est vu attribuer les objets de compétence suivants prévus à la *Loi sur la Régie de l'énergie* (la Loi) :

- L'approbation des plans d'approvisionnement en électricité du Distributeur (art. 72 de la Loi) ;
- L'approbation d'une Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité et d'un Code d'éthique sur la gestion des appels d'offres (art. 74.1 de la Loi) ;
- La surveillance de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité et du Code d'éthique sur la gestion des appels d'offres (art. 74.2 de la Loi) ;
- L'émission d'un rapport de ses constatations au Distributeur et au fournisseur choisi (art. 74.2 de la Loi) ;
- L'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité aux conditions dans les cas qu'elle fixe par règlement (art. 74.2 de la Loi) ;
- L'approbation des modalités d'un programme d'achat d'électricité répondant à certaines conditions (art. 74.3 de la Loi).

[5] Il est manifeste que les appels d'offres relatifs aux approvisionnements en électricité du Distributeur font l'objet d'un encadrement précis par la Régie en vertu de la Loi : procédure d'appel d'offres et d'octroi, rapport de constatation, approbation des contrats.

[6] À l'intérieur de cet encadrement, il faut souligner que la surveillance administrative des appels d'offres et le processus d'approbation des contrats sont deux compétences distinctes qui ne doivent pas être confondues.

- *Tembec c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068 [Onglet 6]

[7] Par contre, un programme d'achat d'électricité est soumis à un encadrement différent :

- Le gouvernement détermine par règlement la capacité maximale des installations (art. 74.3 al. 1 de la Loi) ;
- La Régie approuve les modalités du programme d'achat (art. 74.3 al. 1 de la Loi) ;
- Aucune procédure d'appel d'offres et d'octroi et aucune surveillance en découlant ;
- Aucun rapport de constatations ;
- Aucune approbation de contrats.

[8] En application des principes mentionnés ci-haut et des dispositions de la Loi, la Régie a déterminé l'étendue de sa juridiction en matière d'approvisionnements en électricité. Elle a de plus établi qu'elle n'avait aucune juridiction pour établir une procédure de plaintes des soumissionnaires :

« Chargée de voir à l'atteinte des objectifs de la Loi, la Régie ne peut ni être, ni être perçue comme une partie au processus d'adjudication. Elle agit dans le respect de son indépendance et de son impartialité et, dans le cas d'un pouvoir de nature administrative, le législateur lui accorde la totale discrétion pour agir. Ainsi en est-il du pouvoir de surveillance prévu à l'article 74.2 alinéa 1 de la Loi qui résulte en un rapport de constatations relevées par la Régie tout au long de la procédure quant au respect de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi et du Code d'éthique tels qu'approuvés par la Régie. La Régie déterminera donc elle-même les mesures avec lesquelles elle doit exercer cette surveillance.

La Régie précise toutefois que, détentrice d'une compétence attribuée, elle ne dispose d'aucune compétence pour régler des différends contractuels de quelque nature qu'ils soient et pouvant résulter du processus d'adjudication. Ces litiges relèvent des tribunaux supérieurs et il importe également de souligner que la Régie n'a pas juridiction pour instaurer un processus de traitement de plaintes de soumissionnaires sur l'application par le distributeur de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi. »

- Décision de la Régie de l'énergie D-2001-191 (*Demande relative à l'approbation de la procédure d'appels d'offres et d'octroi des contrats d'approvisionnement et du Code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement d'Hydro-Québec*) (page 7) [Onglet 5]

[9] La Régie a donc déjà établi qu'elle ne doit pas s'immiscer dans le processus d'adjudication des contrats d'approvisionnement en électricité, pas plus qu'elle ne doit entendre les plaintes des soumissionnaires.

[10] Cette conclusion s'applique à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un programme d'achat d'électricité, lequel fait l'objet d'un encadrement moins étendu que celui relatif aux appels d'offres du Distributeur pour ses achats d'électricité.

II LES CRITÈRES LIÉS À L'ORDONNANCE DE SAUVEGARDE

[11] Les critères d'analyse d'une demande d'ordonnance de sauvegarde ont été déterminés et interprétés abondamment par la jurisprudence et sont les suivants : l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable, la prépondérance des inconvénients et l'urgence.

- *Turmel c. 3092-4484 Québec inc.*, [1994] R.D.J. 530 [Onglet 7]
- Céline GERVAIS, L'ordonnance de sauvegarde – Rappel théorique, Point de droit – L'injonction, 2005, EYB2005PDD50 [Onglet 8]
- *176283 Canada inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1957 [Onglet 9]

[12] L'ordonnance de sauvegarde est une mesure discrétionnaire, émise pour des fins conservatoires, dans une situation d'urgence.

- Céline GERVAIS, L'ordonnance de sauvegarde – Rappel théorique, Point de droit – L'injonction, 2005, EYB2005PDD50 [Onglet 8]

1. L'apparence de droit

[13] Le Distributeur soumet respectueusement que la Demanderesse ne fait valoir aucun droit, mais uniquement la possibilité d'exercer une option contractuelle de terminaison d'un contrat existant avec Hydro-Québec Production (le Contrat et l'Option contractuelle - voir les paragraphes 78 à 90 de la contestation écrite du Distributeur). Or, la possibilité pour la Demanderesse d'exercer son Option contractuelle n'est pas mise en doute par le Distributeur.

[14] La Demanderesse veut en réalité faire trancher les débats qui pourraient avoir lieu si elle exerçait son Option contractuelle, pour éviter de prendre quelque risque que ce soit. Or, l'Option contractuelle n'a pas été exercée, la question est donc hypothétique et il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer à l'avance sur les conséquences des différentes options qui s'offrent à un contractant pour l'aider à faire un choix en vertu du contrat auquel il est partie.

[15] La Demanderesse souhaite, sans aucun fondement juridique ou factuel valable, obtenir un traitement privilégié par rapport aux autres fournisseurs en ayant l'assurance que sa soumission sera acceptée et qu'un contrat sera signé en vertu du Programme.

[15.1] Qui plus est, la Demanderesse demande l'annulation de l'article 1.5 *in fine* du Programme, pour une série de motifs que le Distributeur conteste et qui, avec égards, ne sont appuyés sur aucune assise factuelle ou légale valable. Même si la Régie devait ultimement donner suite à cette demande, cela ne résoudrait en rien le litige soulevé par la Demanderesse. En effet, la question hypothétique de savoir si un

contrat résilié est ou non admissible au Programme en vertu du texte même du décret numéro 1086-2011 et de la décision de la Régie D-2011-190 demeurerait entière.

- *Voir paragraphes 106 à 109 de la contestation écrite du Distributeur.*

2. Le préjudice sérieux ou irréparable

[16] Les allégations de la Demanderesse sont sans valeur, insuffisantes et ne font la preuve d'aucun préjudice, encore moins sérieux ou irréparable.

[17] Au contraire, la Demanderesse continue de toucher des revenus de la vente d'électricité dans le cadre de son contrat de long terme conclu avec Hydro-Québec Production.

[18] Ce contrat n'est pas à risque du fait que le Programme existe.

- *Voir paragraphes 110 et 111 de la contestation écrite du Distributeur.*

3. La prépondérance des inconvénients

[19] Puisque la Demanderesse ne subit aucun préjudice, la prépondérance des inconvénients favorise le Distributeur. D'une part, la Demanderesse pourra continuer à encaisser des revenus découlant de son contrat avec Hydro-Québec Production. D'autre part, le Distributeur verra sa gestion du Programme affectée, la signature des contrats retardée et ultimement, les livraisons retardées ou compromises.

- *Voir paragraphes 112 à 114 de la contestation écrite du Distributeur.*

4. L'urgence

[20] Puisque la Demanderesse n'a pas exercé son Option contractuelle et que son contrat en cours avec Hydro-Québec Production est toujours valide, aucune urgence ne justifie le tribunal d'agir.

[21] L'ensemble des critères d'analyse de l'ordonnance de sauvegarde ne peut conduire qu'à la conclusion que les remèdes que recherche la Demanderesse ne peuvent lui être accordés par la Régie et que, de plus, la Demanderesse n'a pas satisfait à son fardeau de preuve et de démonstration justifiant quelque ordonnance de sauvegarde que ce soit.

[22] Dans les circonstances, aucune ordonnance de sauvegarde ne devrait être prononcée dans le présent dossier.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

Montréal, le 14 juin 2012

(s) Affaires juridiques d'Hydro-Québec

AFFAIRES JURIDIQUES D'HYDRO-QUÉBEC
(Me Jean-Olivier Tremblay)