

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2006-166

R-3595-2006

21 décembre 2006

PRÉSENTS :

M^c Benoît Pepin, LL. M.

M. Michel Hardy, B. Sc. A., MBA

M. Richard Carrier, B. Sc. (Écon.), M.A. (Écon.)

Régisseurs

**Assemblée des Premières Nations du Québec et du
Labrador (APNQL)**

Requérante

et

Hydro-Québec

Intimée

et

Participants dont les noms apparaissent à la page suivante

Décision

Demande en révision de la décision D-2005-201 approuvant les modifications aux exigences minimales et à la grille de sélection applicables à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2000 MW

Intervenants :

- Corporation métisse du Québec et de l'Est du Canada (Corporation métisse);
- Procureur général du Québec (PGQ).

1. INTRODUCTION

Le 10 janvier 2006, la requérante APNQL demande la révision de la décision D-2005-201¹ aux termes de laquelle la Régie de l'énergie (la Régie) approuve des modifications aux exigences minimales et à la grille de sélection applicables à l'appel d'offres d'Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW. Cette demande est amendée le 5 juin 2006 et ses conclusions sont ré-ré-amendées à l'audience le 17 novembre 2006.

La décision D-2005-201, dont on demande la révision, est fondée sur l'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*² (la Loi) :

« 74.1. Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

La procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment:

1° permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;

2° accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à moins que l'appel d'offres ne prévoie que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement;

3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement;

4° permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement, auquel cas le fournisseur qui permet d'atteindre la quantité

¹ Dossier R-3589-2005, 28 octobre 2005.

² L.R.Q., c. R-6.01.

d'électricité demandée peut être invité à diminuer la quantité d'électricité qu'il a lui-même offerte, sans toutefois en modifier le prix unitaire.

La Régie peut dispenser le distributeur d'électricité de recourir à l'appel d'offres pour des contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire. »

Le 11 mai 2006, le Procureur général du Québec (PGQ) intervient au dossier.

Du 20 au 22 juin 2006, la Régie tient une audience sur les moyens d'irrecevabilité soulevés par le Distributeur et le PGQ à l'encontre de la demande de l'APNQL. Lors de l'audience, la Régie statue sur les demandes d'intervention du Groupe de recherche en macroécologie (GRAME) et de la Corporation métisse du Québec et de l'Est du Canada (la Corporation métisse). La Régie rejette la demande du GRAME et accueille en partie la demande de la Corporation métisse sous son volet conservatoire.

Le 6 juillet 2006, dans sa décision D-2006-117, la Régie motive ses décisions rendues à l'audience sur les demandes d'intervention et rejette les moyens d'irrecevabilité formulés par le Distributeur et le PGQ à l'encontre de la demande de l'APNQL. La Régie y détermine qu'elle procédera à l'examen de la demande en révision, tant sur l'ouverture que sur son mérite.

Le 16 novembre 2006, la Régie entend la preuve de la requérante et, les 22 et 23 novembre 2006, les argumentations et observations des participants sur la demande en révision.

2. OBJET DE LA DEMANDE EN RÉVISION

Les conclusions consolidées et ré-ré-amendées du 17 novembre 2006 de la demande en révision se lisent comme suit :

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

- F. REVISER/RÉVOQUER** la décision D-2005-201 de la Régie de l'énergie.
- G. DÉCLARER OU ÉTABLIR** un ou des principes ou politiques réglementaires ou générique, de la Régie pour s'assurer que les Premières Nations sont consultées et accommodées en conformité avec les principes constitutionnels dans tous processus décisionnels impliquant la Régie de l'énergie susceptibles d'affecter leurs droits.
- H. RÉTABLIR** le premier sous-critère du critère concernant le développement durable de la grille de pondération des critères non monétaires proposée par Hydro-Québec qui se lisait comme suit : « Participation autochtone au projet à la hauteur de 10% et plus : 3 points ».
- I. INVITER OU ORDONNER À** Hydro-Québec de proposer à la Régie d'autres mesures d'accommodement des Premières Nations, qui pourraient être intégrées à l'appel d'offres A/O 2005-03, telles que des garanties aux chapitres des emplois, de la formation, du financement et des contrats en rapport avec l'assemblage, la manufacture et le montage des tours et la construction d'infrastructures en rapport avec les parcs éoliens et leur exploitation, ainsi que la concession aux Premières Nations de parts sociales dans la propriété des projets et le partage des revenus.
- J. DONNER** instruction à Hydro-Québec de modifier le Document d'appel d'offres A/O 2005-03 pour tenir compte de ces mesures, y compris la date d'inscription du 15 décembre 2006 (section 1.4) dans la mesure qu'elle juge nécessaire afin de permettre aux soumissionnaires d'assurer une participation autochtones répondant à la grille révisée.
- K. ACCORDER** toutes autres ordonnances que la Régie trouve juste et approprié dans les circonstances.
- L. ACCORDER** tout les frais de la demande. »

À l'audience, il est admis par la requérante que la tenue de la présente audience sur la demande en révision donne adéquatement suite aux conclusions « A » à « D ». Il n'est donc pas nécessaire d'en disposer autrement puisqu'elles sont remplies.

3. OUVERTURE AU RECOURS EN RÉVISION

La demande en révision s'articule autour des paragraphes 2 et 3 de l'article 37 de la Loi, qui se lisent :

« 37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue : [...] 2^o lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations; 3^o lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision. »

Il est établi que l'énumération de motifs de réexamen à l'article 37 de la Loi implique une interprétation limitative des cas d'ouverture au pourvoi³. La demande de révision ne peut être un appel déguisé⁴. Ce n'est que si les conditions prévues à l'article 37 de la Loi sont rencontrées que la présente formation aura compétence pour réviser la décision rendue et y substituer sa décision⁵.

En vertu de l'article 37(2) de la Loi, il n'y a matière à révision que si (a) une personne intéressée n'a pu, (b) pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations.

À l'égard du premier volet de ce test, la Régie doit rechercher la démonstration d'un intérêt reconnu par le droit⁶. Elle doit, dans le second, apprécier à l'égard des faits si cet intérêt est suffisant⁷.

3.1 UN INTÉRÊT QUE LE DROIT RECONNAÎT

Malgré la formulation de la demande, l'intérêt de l'APNQL n'est pas celui d'une partie. Dans son sens propre, la règle *audi alteram partem* ne trouve pas application en l'espèce. Aucun des cas prévus à l'article 25 de la Loi ne requiert qu'une audience publique soit convoquée pour étudier la demande du Distributeur en vertu de l'article 74.1 de la Loi. Aucun participant n'est donc une *partie* au sens judiciaire du terme.

« 25. La Régie doit tenir une audience publique:

1^o lorsqu'elle procède à l'étude d'une demande faite en vertu des articles 48, 65, 78 et 80;

³ *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux*, [1996] R.J.Q. 608 et 612 (C.A.); *Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel et al.*, [2001] R.J.Q. 961, 963-964 (C.A.).

⁴ Article 40 de la Loi; *Béland c. C.S.S.T.*, J.E. 94-388 (C.S.), page 16.

⁵ *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux*, [1996] R.J.Q. 608, 612 et 613 (C.A.); *Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel et al.*, [2001] R.J.Q. 961, 963 et 964 (C.A.).

⁶ *Dene Tha' First Nation v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2005 ABCA 68, § 10 (IIJCan).

⁷ *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, 1995 IIJCan 102 (C.S.C.), § 5 par le juge Sopinka, dissident et § 31 pour les juges majoritaires.

2° lorsqu'elle détermine les éléments compris dans les coûts d'exploitation et fixe un montant en application de l'article 59;

3° lorsque le ministre le requiert sur toute question en matière énergétique.

La Régie peut convoquer une audience publique sur toute question qui relève de sa compétence. »

Le droit de participer à l'examen de la demande d'approbation de la grille de pondération applicable au second bloc d'énergie éolienne découle, s'il en est, des règles d'équité procédurale, un concept plus flexible. Il convient donc d'établir la portée de ces règles lors de l'examen des demandes faites en vertu de l'article 74.1 de la Loi.

Knight c. Indian head school division no. 19, [1990] 1 R.C.S. 653, 1990 IJCan 138 (C.S.C.)

« L'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépendra de l'examen de trois facteurs: (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Notre Cour a affirmé dans l'arrêt Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent, précité, que dans les cas où ces trois éléments se retrouvent, une obligation générale d'agir équitablement incombe à un organisme décisionnel public (le juge Le Dain au nom de la Cour, à la p. 653). »

C'est en vertu de ces critères⁸ que la Régie apprécie la demande de l'APNQL en vertu de l'article 37(2) de la Loi.

La décision D-2005-201 est, par sa nature, intrinsèquement liée aux préoccupations économiques, sociales et environnementales exprimées par le gouvernement dans son décret 927-2005⁹. Elle vise à parfaire le régime de marché mis en place par l'article 74.1 de la Loi aux fins du plan d'approvisionnement du Distributeur, approuvé en vertu de l'article 72 de la Loi¹⁰.

⁸ Repris plus récemment dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 IJCan 699, §§ 18 à 28 (C.S.C.).

⁹ Décret 927-2005 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard du second bloc d'énergie éolienne, modifié le 27 octobre 2005 par le décret 1016-2005, par la suppression de son paragraphe 3. Cette modification n'a pas d'incidence sur le présent dossier.

¹⁰ Voir aussi à ce sujet, les décisions D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001 approuvant la procédure d'appel d'offres et d'octroi des contrats s'approvisionnement et le code d'éthique du Distributeur, D-2003-69, dossier R-3513-2003, 8 avril 2003 modifiant cette procédure suite au Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse, décret 352-2003 du 5 mars 2003, ainsi que D-2004-212, dossier R-3525-2004, 13 octobre 2004, approuvant un critère monétaire relié au développement durable.

Elle ne vise pas à déterminer les droits individuels de personnes affectées par l'infrastructure qui peut servir à remplir la prestation contractuelle du fournisseur envers le Distributeur, mais à établir une grille pour la sélection des offres pour l'approvisionnement du Distributeur en électricité aux fins de combler son plan d'approvisionnement. Le lien entre la Régie et les particuliers, ici des personnes affectées par des installations de production que la Régie ne réglemente pas, y est au plus indirect.

Dans le cadre de ce pouvoir d'approbation, le choix des critères a une influence directe sur les résultats de l'appel d'offres en terme de développement économique, dont celui des communautés autochtones visées par le décret 927-2005. De fait, l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW porte sur la quasi-totalité de la capacité de production éolienne facilement intégrable au réseau de transport québécois.

Ce n'est donc qu'en relation avec le troisième critère que l'argument d'équité procédurale penche véritablement en faveur des Premières nations. Quant à ce critère, l'APNQL invoque l'impact des projets éoliens sur les droits garantis aux Premières nations par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à savoir :

« 35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes. »

Ces droits, enchâssés dans la Constitution, sont manifestement très importants pour la société canadienne. Toutefois, puisque la décision ne les vise pas directement et que ce n'est qu'indirectement que ces droits sont affectés, dans l'ensemble, l'analyse n'entraîne pas une obligation forte d'agir équitablement.

Une opportunité de participer à un débat ouvert et impartial, initié par une demande diffusée à tous sur le site Internet de la Régie, un véhicule qu'elle emploie dans l'ensemble de ses dossiers, doit suffire à rencontrer cette exigence. Tant en théorie qu'en pratique, la Régie ne

pouvait connaître les personnes visées par l'appel d'offres du Distributeur et, par conséquent, elle ne pouvait leur transmettre un avis d'audience¹¹.

Pour ces motifs, dans la mesure où les droits revendiqués par les communautés autochtones représentées par l'APNQL comprennent l'obligation de consultation et d'accommodement, la Régie reconnaît à l'APNQL un intérêt reconnu par le droit faisant d'elle une personne intéressée à l'affaire au sens de l'article 37(2) de la Loi. Enfin, le fait que le statut d'intéressé ait été reconnu à des communautés locales dans le dossier R-3589-2005 milite en faveur de maintenant reconnaître ce même statut aux communautés autochtones.

3.2 DES RAISONS JUGÉES SUFFISANTES

Au-delà de l'existence d'une telle personne intéressée, l'article 37(2) de la Loi requiert que les raisons justifiant l'absence de la requérante lors de l'examen de la demande du Distributeur dans le dossier R-3589-2005 soient établies et qu'elles soient suffisantes.

La réouverture du débat en révision amène la Régie à soupeser tant l'impact sur une personne intéressée d'une décision possiblement incorrecte, que l'impact pour la société de la fragilisation de la sécurité juridique découlant de ses décisions.

À ce sujet, la Régie retient toujours comme primordial le cadre législatif fixé par l'article 25 de la Loi, à savoir l'absence d'obligation de tenir une audience publique pour étudier la demande du Distributeur. Elle retient aussi le principe général à l'effet que la Régie est, dans le respect des règles de justice naturelle, maître de sa procédure.

Pour apprécier les raisons invoquées par l'APNQL, il convient de placer la chronologie des événements ayant mené à la décision D-2005-201 :

- 15 octobre 2005 : publication du *Décret 926-2005 concernant le Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne* comprenant, à son article 2, une échéance au 31 octobre 2005 pour l'émission de l'appel d'offres par le Distributeur et publication du *Décret 927-2005 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard du second bloc d'énergie éolienne*.

¹¹ *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, 1995 IIJCan 102 (C.S.C.), § 33.

- 18 octobre 2005 : présentation d'une demande de modification de la grille d'évaluation de l'appel d'offres à la Régie par le Distributeur et diffusion de cette demande et des pièces à son soutien sur le site Internet de la Régie de l'énergie.
- 21 octobre 2005 : diffusion à toutes les personnes inscrites auprès de la Régie d'un avis de cette demande dans son bulletin hebdomadaire *Quoi de neuf*.
- 25 au 28 octobre 2005 : réception d'observations de la part du Comité de travail sur le développement éolien de La Matapédia (formé par la MRC de La Matapédia et du CLD de La Matapédia), de l'Union des municipalités du Québec (UMQ) et de la Conférence régionale des élus de la Gaspésie – Îles-de-la-Madeleine (CRÉ-GIM).
- 28 octobre 2005 : la Régie rend la décision D-2005-201.

L'APNQL justifie son retard par le délai de 10 jours entre la demande du Distributeur et la décision D-2005-201 qui y donne suite. Le court délai a été un facteur déterminant pour les Premières nations dont le processus décisionnel n'a pu permettre une participation en temps utile¹². Le processus décisionnel des Premières nations ne leur a pas permis d'intervenir en temps utile puisqu'elles ne possèdent pas les ressources nécessaires pour effectuer le suivi constant auprès de chacune des instances susceptibles d'affecter leurs intérêts¹³.

Dans d'autres circonstances, il aurait fallu que l'intéressée se manifeste avant la décision pour justifier un délai plus long mais, dans le présent dossier, la nature des représentations dont la Régie fut privée, à savoir l'impact des droits constitutionnels autochtones sur le processus d'approbation par la Régie des appel d'offres du Distributeur, est fondamentale. De plus, les observations des Premières nations sont manifestement pertinentes au débat sur l'interprétation à donner au décret 927-2005 et à la grille de sélection présentée initialement par le Distributeur en application de ce décret.

En conclusion, l'APNQL est une personne intéressée. Elle n'a pu présenter, dans les circonstances du présent dossier où la question de leurs droits constitutionnels est soulevée pour la première fois devant la Régie, ses observations en temps utile. Les raisons invoquées dans la présente affaire sont jugées suffisantes par la Régie. La Régie juge qu'il y a ouverture au recours en révision dans le présent dossier en vertu de l'article 37(2) de la Loi.

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments des participants sur l'ouverture à la révision en vertu de l'article 37(3) de la Loi.

¹² À ce sujet, la lettre de l'APNQL du 10 mars 2006, pièce B-2, page 4, met en relief le processus décisionnel des Premières nations.

¹³ Lettre du Conseil de la Première nation des Innus Essipit reçue le 3 novembre 2005 et lettre de la Communauté Innue Uashat mak Mani-Utenam reçue le 22 novembre 2005 dans le dossier R-3589-2005.

4. COMPÉTENCE DE LA RÉGIE

Tant au niveau de moyens d'irrecevabilité qu'au mérite, le Distributeur et le PGQ s'objectent à la compétence de la Régie de trancher la question soulevée par la demande en révision de l'APNQL, à savoir s'il existe une obligation de consultation et d'accommodement à l'égard des Premières nations. Ils insistent surtout sur le fait que la Régie n'est pas compétente pour accorder le remède recherché, dans la mesure où celui-ci est déclaratoire.

Pour être compétente, la Régie doit pouvoir trancher les questions de droit et, plus particulièrement, les questions constitutionnelles qui lui sont soumises. Elle doit enfin être en mesure d'accorder le remède recherché :

« Il découle de l'arrêt Mills que les tribunaux d'origine législative créés par le Parlement ou les législatures peuvent être compétents pour accorder des réparations fondées sur la Charte, pour autant qu'ils ont compétence à l'égard des parties et de l'objet du litige et qu'ils sont habilités à rendre les ordonnances demandées. »¹⁴

Il apparaît, à la lecture de la Loi, que la Régie possède le pouvoir de trancher les questions de droit qui lui sont soumises. Il en découle qu'elle doit disposer des moyens constitutionnels qui lui sont soumis¹⁵. Enfin, sur le dernier point, il est manifeste que les remèdes qu'un tribunal administratif peut accorder sont plus limités que ceux d'une cour supérieure. La Régie peut tout de même conclure à l'inapplicabilité d'une disposition législative ou réglementaire qui viole la Constitution sans la déclarer invalide ou inopérante¹⁶.

Comme il sera vu plus loin, la Régie, dans le présent dossier, n'est pas appelée à disposer de l'obligation de consultation et d'accommodement de l'Exécutif envers les communautés autochtones. Qui plus est, aucune des conclusions prononcées par la présente décision n'est d'une telle nature déclaratoire au sens de la déclaration d'un droit que peut faire une cour supérieure.

¹⁴ *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, 1995 IIJCan 108 (C.S.C.), § 66.

¹⁵ *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16 (IIJCan), §§ 38 et 39.

¹⁶ Voir *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, § 31 et *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257, 2005 CSC 16 (IIJCan), §§ 44 à 46.

4.1 COMPÉTENCE SUR LES QUESTIONS DE DROIT

L'état du droit en cette matière nous est bien présenté par le PGQ dans sa requête en irrecevabilité :

« *L'ABSENCE DE COMPÉTENCE DE LA RÉGIE POUR SE PRONONCER SUR L'OBLIGATION CONSTITUTIONNELLE DE CONSULTER*

¶ *Critères applicables*

6. *La compétence d'un tribunal administratif pour appliquer la Charte canadienne ou déterminer si des droits constitutionnels reconnus par celle-ci ont été violés lui vient d'un mandat conféré par la Loi :*

- *Douglas Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570, 594-595;*

7. *Pour déterminer si un tribunal administratif a compétence pour examiner une question de droit constitutionnel en vertu de la Charte canadienne, l'approche récente retenue par la Cour suprême consiste à se demander si la loi habilitante accorde expressément ou implicitement au tribunal le pouvoir d'examiner et de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner et de trancher cette question au regard de la Charte canadienne :*

- *Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 36, 40 et 48 onglet 2; Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson, [2005] 1 R.C.S. 257, par. 31;*

8. *Si aucune disposition ne confère expressément au tribunal administratif le pouvoir de trancher toute question de droit, la Cour suprême, dans l'arrêt Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin, a identifié les facteurs pertinents pour déterminer si ce tribunal s'est vu conférer une compétence implicite : « la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre le tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle; des considérations pratiques telle la capacité pour le tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même. (par. 48) »*

9. *La partie qui prétend qu'un tribunal administratif n'a pas compétence pour se prononcer sur une question constitutionnelle relative à la Charte canadienne doit démontrer, par un examen du régime législatif, que le législateur a eu l'intention d'exclure que ce type de question soit soumis au tribunal :*

- *Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, par.48 ongle 2;
10. Cette approche développée pour décider si un tribunal administratif a compétence pour appliquer la Charte canadienne doit être également suivie pour décider si un tribunal administratif peut appliquer l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 :
- *Paul c. C.-B. (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 39 ongle 3;
11. Or, en l'espèce, l'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodement découle de l'obligation pour la Couronne de se conduire honorablement envers les autochtones, laquelle prend sa source dans l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982;
- *Nation Haïda c. C.-B. (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20 et 32 ongle 4; » [pièce C-3.4]

La compétence de la Régie de trancher les questions de droit qui lui sont soumises ne découle pas de la qualification du seul pouvoir exercé dans le cadre de l'article 74.1 de la Loi. L'appréciation de sa compétence se fait en fonction de l'ensemble des pouvoirs qui lui sont conférés¹⁷.

La Régie est un organisme de régulation multifonctionnel¹⁸ et constitue un tribunal administratif indépendant du gouvernement. Sa compétence est exclusive sur les matières de réglementation visées par l'article 31 de la Loi. Elle est un tribunal d'archives, possède un greffe et a l'obligation de rendre des décisions écrites et motivées¹⁹. Le dépôt d'une de ses décisions au greffe de la Cour supérieure du Québec lui donne la même force et le même effet que s'il s'agissait d'un jugement émanant de cette Cour²⁰. Elle a le pouvoir de rendre toute ordonnance propre à sauvegarder les droits des personnes concernées²¹.

¹⁷ *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, § 48 : « b) La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. ».

¹⁸ *Action réseau consommateur c. Québec (Procureur général)*, [2000] R.J.Q. 1769, 1778 (C.S.). Voir aussi *Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec c. Québec (Régie de l'énergie)*, REJB 1999-15448, aux pages 25 et 28 (C.S.), appel rejeté *Hydro-Québec c. Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec*, REJB 2001-24114, J.E. 2001-1074 (C.A.) pour une qualification quasi-judiciaire.

¹⁹ Article 18 de la Loi.

²⁰ Article 39 de la Loi.

²¹ Article 34 de la Loi. Voir l'interprétation large donnée à ce pouvoir par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, [2005] 1 R.C.S. 257, à la page 281 dans une affaire portant sur le pouvoir du Tribunal administratif du Québec de décider d'une question de nature constitutionnelle.

Ses décisions sont sans appel²² et ne peuvent faire l'objet de contrôle judiciaire ou d'un quelconque recours extraordinaire, sauf sur une question de compétence²³. Les régisseurs bénéficient de l'inamovibilité et de la sécurité financière pour la durée de leur mandat²⁴.

En outre, la Régie exerce certaines fonctions juridictionnelles²⁵ et tranche fréquemment des questions de droit, tant en vertu de l'article 31 de la Loi, que de son article 30 et de l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁶, une loi à caractère quasi constitutionnel²⁷, lorsqu'elle décide de la confidentialité des informations qui lui sont soumises.

Ces devoirs et pouvoirs démontrent une intention claire de la part du législateur de conférer à la Régie le pouvoir de trancher, non seulement des questions de faits, mais toutes les questions de droits qui sont soulevées dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Il en est particulièrement de même dans le cadre du recours en révision sous l'article 37 de la Loi où la Régie est notamment appelée à réviser ses décisions en présence d'une erreur de droit²⁸. Sans un tel pouvoir, l'exercice de ses compétences serait impossible.

4.2 COMPÉTENCE SUR LES QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES

Dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*²⁹, la Cour suprême du Canada rappelle la politique adoptée dans ses arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*³⁰, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*³¹ et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*³² :

²² Article 40 de la Loi.

²³ Article 41 de la Loi, une clause privative parfaite.

²⁴ Article 10 de la Loi.

²⁵ Notamment dans le cadre des plaintes de consommateurs, articles 94 et suivants de la Loi. Voir toutefois *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, § 54 où la Cour écrit : « Cependant, je m'empresse d'ajouter que, même si l'existence d'un processus juridictionnel est importante pour conclure à celle d'un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, l'absence d'un tel processus ne serait pas déterminante en soi. ».

²⁶ L.R.Q., c. C-12.

²⁷ *Ocean Port Hotel c. Colombie-Britannique*, [2001] 2 R.C.S. 781, aux pages 796-797.

²⁸ Voir par exemple la décision D-2005-39, dossier R-3544-2004, 2 mars 2005, à la page 15.

²⁹ [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54.

³⁰ [1990] 3 R.C.S. 570, 1990 IJCan 63 (C.S.C.).

³¹ [1991] 2 R.C.S. 5, 1991 IJCan 57 (C.S.C.).

³² [1991] 2 R.C.S. 22, 1991 IJCan 12 (C.S.C.).

« 28. [...] Les tribunaux judiciaires ne doivent pas appliquer des règles de droit invalides, et il en va de même pour tout niveau ou organe du gouvernement, y compris un organisme administratif de l'État. De toute évidence, un fonctionnaire ne saurait être tenu de s'interroger et de se prononcer sur la constitutionnalité de chaque disposition qu'il est appelé à appliquer. Toutefois, s'il est investi du pouvoir d'examiner les questions de droit liées à une disposition, ce pouvoir englobe habituellement celui d'évaluer la constitutionnalité de cette disposition. Cela s'explique par le fait que la compatibilité d'une disposition avec la Constitution est une question de droit découlant de l'application de cette disposition. [...]

29. Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles : voir *Douglas College*, précité, p. 603-604. Pour reprendre les propos du juge La Forest, « il ne peut y avoir une Constitution pour les arbitres et une autre pour les tribunaux » (*Douglas College*, précité, p. 597). Ce souci d'accessibilité est d'autant plus pressant qu'au départ bon nombre de tribunaux administratifs ont compétence exclusive pour trancher les différends relatifs à leur loi habilitante, de sorte qu'obliger les parties à ces différends à saisir une cour de justice de toute question liée à la Charte leur imposerait un long et coûteux détour. Comme le disait la juge McLachlin dans l'arrêt *Cooper* (par. 70) :

La Charte n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. [...]

30. Deuxièmement, un différend relatif à la Charte ne survient pas en l'absence de tout contexte. Son règlement exige une connaissance approfondie des objectifs du régime législatif contesté, ainsi que des contraintes pratiques liées à son application et des conséquences de la réparation constitutionnelle proposée. [...]

31. Troisièmement, [...] les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs sont limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif qu'une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la Charte ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement dans le cadre ou en dehors du régime administratif de ce tribunal. Ce n'est qu'on obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative. »

Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada établit un ensemble de règles concernant la compétence des tribunaux administratifs pour examiner les contestations d'une disposition législative fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ainsi :

« 48. La nouvelle approche actuelle en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal administratif de soumettre des dispositions législatives à un examen fondé sur la Charte peut se résumer ainsi : (1) La première question est de savoir si le tribunal administratif a expressément ou implicitement compétence pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. (2)a) La compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante. b) La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Les facteurs pertinents sont notamment les suivants : la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre ce tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle; des considérations pratiques telle la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même. (3) S'il est jugé que le tribunal a le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé inclure celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition au regard de la Charte. (4) La partie qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la Charte peut réfuter la présomption a) en signalant que le pouvoir d'examiner la Charte a été retiré expressément, ou b) en convainquant la cour qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la Charte (ou une catégorie de questions incluant celles relatives à la Charte, telles les questions de droit constitutionnel en général) des questions de droit soumises à l'examen du tribunal administratif en question. En général, une telle inférence doit émaner de la loi elle-même et non de considérations externes. »

Ces principes sont maintenant applicables à la détermination d'une question de droit constitutionnelle fondée sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³³.

Dans le présent cas, la Loi n'attribue pas de manière expresse le pouvoir de trancher toute question de droit, y compris les questions constitutionnelles. Elle le fait toutefois implicitement par le champ des pouvoirs et des compétences qu'elle accorde à la Régie.

Par conséquent, puisque la Régie est compétente pour trancher les questions de droit qui lui sont soumises dans le cadre de ses attributions, il en découle qu'elle est habilitée à statuer sur les moyens constitutionnels soulevés par la requérante. Cette présomption n'est réfutée par aucune disposition de la Loi.

³³ *Paul c. C.-B. (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55.

Enfin, à l'égard des considérations pratiques dont il est fait état par la Cour suprême du Canada, il importe de souligner que, tel que prévu à l'article 7 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*³⁴, le PGQ peut d'office et en tout temps intervenir devant la Régie.

4.3 COMPÉTENCE SUR LE REMÈDE ACCORDÉ

Comme il a été mentionné, la Régie n'a pas à se prononcer sur l'obligation de consultation et d'accommodement de l'Exécutif envers les communautés autochtones. Sa décision se limite à l'examen de cette obligation à son égard. Dans ce cadre, ses conclusions ne sont pas déclaratoires au sens de la déclaration de droits que peut faire une cour supérieure. L'enjeu de la limite aux remèdes que la Régie peut ordonner n'est donc pas crucial au débat.

Le pouvoir exercé par la Régie par la présente décision se limite à ceux qui lui sont explicitement et implicitement conférés, à savoir la détermination des obligations qui lui sont propres en matière de révision sous l'article 37 de la Loi et de ceux qu'il lui incombe d'imposer au Distributeur en vertu des articles 31 et 74.1 de la Loi.

Au surplus, la limite aux remèdes disponibles ne se pose ni en théorie, ni en pratique. La demande de l'APNQL ne l'y amène pas. La demande de révision de l'APNQL ne vise pas à invalider, à rendre inopérant ou inapplicable le décret 927-2005. Au contraire, elle en demande l'application, en conformité avec la Constitution.

En conclusion, l'accomplissement des devoirs que lui impose la Loi requiert de la Régie qu'elle dispose des questions de droit et de droit constitutionnel qui lui sont présentées. Elle possède le pouvoir de constater l'incompatibilité d'une disposition législative ou réglementaire et de ne pas l'appliquer à la situation qui lui est présentée, sans pour autant la déclarer invalide ou lier un autre décideur. Dans le présent dossier, cette limite ne s'impose pas puisque la Régie est appelée à appliquer le décret 927-2005 conformément à la Constitution et non à y voir une violation de celle-ci.

³⁴ (2006) 138 G.O. II, 2279. Il en était de même au moment de l'intervention du PGQ dans le présent dossier en vertu de l'article 9 de son ancien *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*, (1998) 130 G.O. II, 1245. Voir l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, § 55 à ce sujet.

5. RÔLE DE LA RÉGIE À L'ÉGARD DE L'OBLIGATION DE CONSULTATION ET D'ACCOMMODEMENT

Au mérite, la demande vise la reconnaissance des droits qui sont garantis aux Premières nations par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, plus précisément, de l'obligation de consultation et d'accommodement qui en découle.

Les conclusions recherchées demandent à la Régie de s'investir d'une telle obligation de consultation et d'accommodement ou, à défaut, de voir à son accomplissement par le Distributeur dans son processus décisionnel. La conclusion de la Régie ne porte pas ici sur la naissance ou la portée de cette obligation pour le gouvernement³⁵. Elle se limite à son application à l'égard de la Régie.

Comme toile de fond, la demande de révision s'appuie sur les droits revendiqués par les communautés autochtones du Québec. Il est notable que le paragraphe 3 de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit explicitement que sont protégés « *les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis* ».

L'APNQL résume ces revendications territoriales autochtones dans sa preuve principale. La Régie les reproduit ici même si elle ne considère pas que toutes ces allégations ont été soutenues par une preuve probante :

« 3.2 La situation des revendications au Québec en 2005

Aux moments pertinents à l'appel d'offres et au développement éolien qui sont à l'origine de la présente demande en révision ré-amendée, la quasi-totalité du territoire est sous l'effet d'un traité ou est sous revendication d'une ou de plusieurs Nations Autochtones. En grande partie, cette situation est illustrée par la carte « Traités et revendications territoriales globales au Canada », de mai 2004. La balance du territoire de la province est également sujette aux droits ancestraux, titres aborigènes et droits issus de traités datant surtout d'avant la Confédération canadienne, tous protégés en vertu de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Selon le cas, les droits font l'objet de revendications, pourparlers, négociations formelles ou exploratoires et des échanges d'information entre les Premières Nations et le Gouvernement du Canada et le Gouvernement du Québec. Dans certain cas, l'exploitation du potentiel éolien fait parti des sujets explicitement proposés aux fins de discussions. [...]

³⁵ *Montréal (Ville de) c. 177380 Canada inc.*, [2003] R.J.Q. 2378, à la page 2385 sur l'opportunité d'examiner les questions autres que constitutionnelles en priorité.

En terme de territoires et Premières Nations, en plus de zones indiquées à la carte, de tels droits existent et sont revendiqués, notamment, et à titre illustratif seulement, par les Algonquins dans l'ouest de la province, par les Mohawks dans la Vallée du Saint-Laurent, en Montérégie et dans les Laurentides, par les Atikamekw en Mauricie et dans Lanaudière, par les Hurons-Wendat dans la région de Québec, par les Abenakis en Estrie et dans le centre du Québec, par les Malécites sur la rive sud du fleuve depuis Québec en passant dans le Bas-du-Fleuve en allant vers la Gaspésie et par les Mi'gmaq en Gaspésie, dans le Bas-du-Fleuve, à l'Île d'Anticosti et aux Îles de la Madeleine. La carte Les Autochtones du Québec du Secrétariat aux affaires autochtones donne un aperçu général de la présence des Premières Nations dans toutes les régions.»
[pièce B-20, pages 12 et 13]

De fait, les revendications dont la preuve fut faite devant la Régie se divisent en deux zones. Il fut question des revendications territoriales des Innus³⁶ (affidavit du chef Denis Ross, pièce B-30) sur la Côte-Nord et des Premières nations Mi'gmaq de Lustuguj, Gesgapegiag et Gespeg (affidavit du chef John Martin, pièce B-32) et de la Première nation Malécite de Viger (affidavit de M^e François Robert, pièce B-28) dans le Bas-du-fleuve et en Gaspésie. Ces revendications couvrent une partie importante du territoire québécois et de son potentiel de vents économiquement exploitable³⁷.

À ce sujet, le Distributeur, soutenu par le PGQ, s'objecte à cette preuve de droits ancestraux offerte afin d'établir la naissance de l'obligation de consultation et d'accommodement³⁸. L'objection à cette preuve entendue sous réserve tient à sa recevabilité, à sa pertinence et à sa prématurité. Puisque cette preuve est composée d'éléments essentiels à la détermination de la naissance de l'obligation constitutionnelle invoquée par l'APNQL, elle est manifestement pertinente. Que l'obligation soit née ou non, la preuve de l'APNQL pour établir sa position, elle, n'est pas prématurée. La preuve est recevable et pertinente. L'objection est donc rejetée.

Au terme de l'obligation invoquée, il découle de l'honneur de la Couronne que celle-ci doit agir en conformité avec ses obligations envers les peuples autochtones. Plus précisément, il

³⁶ Voir à leur sujet l'arrêt récent *Kruger c. Première nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569.

³⁷ Voir à ce sujet, *l'inventaire du potentiel Éolien exploitable du Québec* préparé pour le ministère des Ressources naturelles et de la faune du Québec par Hélimax Énergie Inc, de juin 2005 (http://www.mrnf.gouv.qc.ca/publications/energie/eolien/vent_inventaire_inventaire_2005.pdf) et la carte *Gisement éolien du Québec par classe Battelle 183-36-070605-01*, pièce B-3, pièces 19 et 20 au soutien de la demande en révision (http://www.mrn.gouv.qc.ca/publications/energie/eolien/vitesses_meso_100m_QC.pdf).

³⁸ Affidavit du chef Ross, pièce B-30, §§ 2 à 7 et 11 à 13, affidavit de M. Morrison, pièce B-29, §§ 9 à 12, 15, 25 à 27, affidavit de M^e Robert, pièce B-28, §§ 3 à 12, 15 et 16 et affidavit du chef Martin, pièce B-32, §§ 4 à 14, 17 et 18.

est allégué que leurs revendications territoriales au Québec font naître une obligation de consultation et d'accommodement. L'existence, en droit, de cette obligation n'est d'ailleurs pas contestée par le PGQ³⁹, sa position étant plutôt que celle-ci n'est pas encore née et que le recours est prématuré.

Pour répondre à cette préoccupation, la Cour suprême du Canada enseigne que la naissance de l'obligation peut être déterminée par l'application du test suivant :

« 35. Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci : [...]

76. [...] La décision rendue à l'égard d'une CFF reflète la planification stratégique touchant l'utilisation de la ressource en cause. Les décisions prises durant la planification stratégique risquent d'avoir des conséquences graves sur un droit ou titre ancestral. [...] »⁴⁰

Sur la naissance de l'obligation, par opposition à son contenu, la Régie conclut que l'APNQL a rempli son fardeau de preuve par la démonstration non contredite de la connaissance, à tout le moins par imputation, de l'existence potentielle de droits autochtones par la preuve des revendications territoriales des Innus, des Mi'gmaq et des Malécites sur le territoire québécois et ce sans que la Régie soit appelée à se prononcer sur leur portée ou sur leur validité. Il en est de même à l'égard d'une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable par le décret 926-2005 ordonnant l'attribution d'un bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW par appel d'offres du Distributeur. L'impact d'une telle allocation de ressources doit être suffisante pour permettre à l'APNQL de rencontrer le test de l'arrêt *Nation Haïda*⁴¹.

³⁹ Voir les notes sténographiques de l'audience du 23 novembre 2006, page 162. Voir aussi *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, aux pages 168 à 175 et *Nation Haïda c. C.-B. (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, § 59.

⁴⁰ *Nation Haïda c. C.-B. (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, §§ 35 et 76. Repris dans *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74, § 25 et dans *Première nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, 2005 CSC 69, § 33.

⁴¹ *Huu-Ay-Aht First Nation et al. v. The Minister of Forests et al.*, 2005 BCSC 697, § 109 (CanLII).

L'enjeu véritable, comme l'énonce le PGQ, est plutôt de définir la portée de la consultation et de l'accommodement nécessaire⁴².

À l'égard du remède recherché, notamment aux conclusions « G » à « J », la requête en révision demande de déterminer si la Régie doit consulter et accommoder les Premières nations. Autrement dit, il ne suffit pas d'affirmer que la Couronne assume cette obligation, mais que la Régie représente ici la Couronne. Plus spécifiquement, il est allégué que la Régie exerce des fonctions dévolues à l'Exécutif, incarné par le gouvernement. Il apparaît au contraire à la Régie que de s'investir de ce rôle irait à l'encontre de ses devoirs et de ses attributions.

Pour les mêmes motifs que ceux retenus dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*⁴³ en regard de l'obligation fiduciaire, il apparaît que l'obligation de consultation et d'accommodement est incompatible avec l'indépendance et le devoir d'impartialité de la Régie.

Dans ses fonctions, la Régie doit agir en conformité avec les règles d'équité procédurale. Malgré la portée plus limitée de ces règles dans le présent dossier, la structure de la Régie⁴⁴ et son mode de fonctionnement⁴⁵ exigent le maintien, en tout temps et en toutes circonstances, d'un haut niveau d'impartialité et d'indépendance.

⁴² Les droits allégués sont des revendications territoriales qui sont en négociation ou en voie de l'être. Ils ne sont pas issus de traités ou d'un titre aborigène établi. Les droits économiques revendiqués doivent encore être définis et l'objectif de l'obligation de consultation et d'accommodement n'est que de préserver la ressource éolienne aux fins de ces négociations (*Nation Haïda c. C.-B. (Ministre des forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, §§ 27 et 76, repris récemment dans *Platinex Inc. v. Kitchenuhmaykoosib Inninuwug First Nation*, 2006 CanLII 26171, §§ 87 à 89 (ON S.C.)). Elle ne vise pas à en conditionner l'issue.

⁴³ [1994] 1 R.C.S. 159, 1994 IJCan 113 (C.S.C.).

⁴⁴ *Code de déontologie des régisseurs*, articles 2 et 3 : « 2. Dans tous les cas, le régisseur fait montre d'impartialité. Il agit et paraît agir de façon objective et non préjugée et, notamment, s'abstient d'exprimer en public des opinions pouvant faire naître des doutes sur son objectivité ou son impartialité ou sur celles de la Régie. 3. Le régisseur défend à tout moment l'indépendance de sa fonction qu'il doit exercer à l'abri de toute ingérence. Il évite de se placer dans une situation de vulnérabilité. ». À titre d'organisme public, la Régie de l'énergie doit se conformer à un certain nombre de lois et règlements, notamment en matière d'éthique. La *Loi sur le ministère du conseil exécutif*, L.R.Q. c. M-30, article 3.0.3, stipule que la Régie doit adopter un tel code de déontologie et qu'elle doit le publier dans son rapport annuel.

⁴⁵ Voir notamment l'article 25 de la Loi pour les dossiers traités par audience publique et son *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*, à ses articles 24 et 25 sur les droits procéduraux accordés aux participants. Voir aussi les articles 94 et suivants en matière de plainte de consommateurs.

Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159 :

« Les appelants soutiennent que l'Office a à leur égard, compte tenu de leur statut d'autochtones, une obligation fiduciaire dont il devrait tenir compte dans l'examen des demandes de licences d'exportation. Selon les appelants, l'obligation fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt R. c. Sparrow, précité, existe aussi pour l'Office, à titre de mandataire du gouvernement et de création du législateur, dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été délégués. Cette obligation existe chaque fois qu'une décision prise conformément à un processus de réglementation fédérale est susceptible de toucher les droits ancestraux des peuples autochtones. [...]

*Lors des plaidoiries, les avocats des appelants ont reconnu que l'on ne pouvait soutenir que les cours de justice, en tant que création du gouvernement, avaient une telle obligation dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires. À mon avis, les facteurs qui servent à déterminer si une telle obligation régit le processus décisionnel de l'Office en matière de délivrance de licences d'exportation diffèrent peu de ceux qui sont appliqués aux cours de justice. L'Office remplit à cet égard une fonction quasi judiciaire: *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, 1976 CanLII 2 (S.C.C.), [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 385. Bien que cette caractérisation ne soit peut-être pas assortie de toutes les exigences de nature procédurale et autres applicables à une cour de justice, elle est en soi incompatible avec l'exigence voulant qu'il existe des rapports d'une extrême bonne foi entre l'Office et une partie qui comparaît devant lui.*

C'est pour ce motif que je ne trouve pas utile les décisions que les appelants m'ont citées à titre indicatif de l'évolution de la tendance: [...]. Les facteurs susceptibles d'entraîner l'application d'une obligation fiduciaire dans ces contextes sont fort différents de ceux soulevés dans le contexte d'une demande de licence présentée à un organisme décisionnel indépendant sans lien de dépendance avec le gouvernement.

En conséquence, je conclus que les rapports fiduciaires entre l'État et les appelants n'imposent pas à l'Office une obligation de prendre des décisions dans l'intérêt des appelants, ou encore de modifier son processus d'audience de façon à imposer des exigences additionnelles de divulgation. Lorsque l'on définit ainsi l'obligation fiduciaire, elle n'incombe pas davantage à ces tribunaux qu'aux cours de justice. Ainsi, l'Office n'avait aucune obligation de cette nature dans l'exercice de son pouvoir décisionnel. »

Cette décision, bien que portant sur l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les Premières nations, s'applique, quant à son fondement, à l'obligation de consultation et d'accommodement. Dans l'exercice de ses fonctions de régulation économique, qu'elles

soient qualifiées de quasi-judiciaires, de juridictionnelles ou non, ou même d'administratives, il est de nécessité absolue de ne pas porter atteinte à l'impartialité et l'indépendance de la Régie. Ces attributs ayant mené à l'adoption de la Loi⁴⁶ sont toujours aussi importants aujourd'hui et sont essentiels au respect des décisions de la Régie par les acteurs du marché de l'énergie et par le public en général.

Dene Tha' First Nation v. Alberta (Energy and Utilities Board), 2005 ABCA 68 (IJCAn) :

« [23] However, duty to consult those with aboriginal or treaty rights was also argued before us. Indeed, at one point we were told that it was the core issue. But that recasts the dispute, and is quite different from what the Board was told. For one thing, the consultation suggested to the Board was that the energy company had a duty to consult.

[24] It is now conceded to us that neither the energy company nor the Board has or had any duty in law to consult with those holding aboriginal or treaty rights. That concession is plainly correct today, though it may have been unclear for a time. At one point in oral argument, there was a stray reference to the Board as an "emanation" of the Crown, a characterization not argued elsewhere, and in our view inaccurate. In the 1930s the Privy Council condemned that term as vague and apt to mislead. »

Le véritable rôle de la Régie à l'égard de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit plutôt être formulé, comme l'a écrit la Cour suprême du Canada, de la manière qui suit :

Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159 :

« De toute évidence, l'Office doit exercer son pouvoir décisionnel, y compris celui d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante, conformément aux principes de la Constitution, y compris le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982. »

⁴⁶ Voir par exemple la Déclaration ministérielle du ministre d'État des Ressources naturelles monsieur Guy Chevrette, lors du lancement de la politique énergétique - L'énergie au service du Québec : une perspective de développement durable, le 26 novembre 1996, cette politique ayant menée à l'adoption de la Loi :

« La Régie de l'énergie est la pièce maîtresse de la politique énergétique. Il s'agit d'un instrument indispensable pour assurer la concurrence entre les différentes formes d'énergie tout en préservant les intérêts des Québécois et des Québécoises. [...] Ce mécanisme transparent garantit que les décisions tarifaires seront dorénavant à l'abri des impondérables politiques et qu'elles seront prises en tenant compte de tous les impératifs économiques.»

(<http://www.mrnfp.gouv.qc.ca/presse/discours-detail.jsp?id=1077>)

En conclusion, la Régie ne peut, ni ne doit, assumer une obligation de consultation et d'accommodement particulière aux Premières nations. Son rôle consiste, dans ses délibérations, à entendre de manière impartiale et indépendante, dans le respect des règles d'équité procédurale, l'ensemble des personnes intéressées, autochtones et non autochtones, dans le respect de l'ensemble des lois applicables.

6. DÉCRET 927-2005 ET LA GRILLE DE SÉLECTION

L'issue au mérite de la demande en révision de l'APNQL repose sur la juste interprétation à donner au paragraphe 5 du décret 927-2005 contenant les préoccupations du gouvernement indiquées à la Régie concernant le développement économique des communautés autochtones. Dans son extrait pertinent, ce décret se lit comme suit :

« [...] ATTENDU QUE, en vertu du deuxième alinéa de l'article 72 de cette loi, le gouvernement peut indiquer par décret à la Régie les préoccupations économiques, sociales et environnementales, pour l'approbation des plans d'approvisionnement du distributeur d'électricité ; [...]

ATTENDU QUE le 12 octobre 2005 le gouvernement a édicté le Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne par le décret numéro 926-2005 ; [...]

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 sur le second bloc d'énergie éolienne : [...]

5. L'apport du projet au développement économique des communautés locales et autochtones ; [...] »

Le décret 927-2005 ainsi que le décret 926-2005 concernant le *Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne* s'inscrivent dans le cadre de la réglementation des approvisionnements du Distributeur en électricité. Ils donnent effet aux préoccupations que peut exprimer le gouvernement à l'égard du plan d'approvisionnement du Distributeur en vertu de l'article 72 de la Loi ainsi que de l'acquisition de ces approvisionnements dans le cadre d'un marché ouvert à la concurrence en vertu de l'article 74.1 de la Loi et de la détermination de ses tarifs en vertu de l'article 52.2 de la Loi :

« 52.2. Les coûts de fourniture d'électricité visés à l'article 52.1 sont établis par la Régie en additionnant le coût de fourniture de l'électricité patrimoniale et les coûts réels des contrats d'approvisionnement conclus par le distributeur d'électricité pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112. Ces coûts sont alloués entre les catégories de consommateurs selon leurs caractéristiques de consommation soit leurs facteurs d'utilisation et leurs pertes d'électricité associées aux réseaux de transport et de distribution. [...]

72. Tout titulaire d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel doit préparer et soumettre à l'approbation de la Régie, suivant la forme, la teneur et la périodicité fixées par règlement de celle-ci, un plan d'approvisionnement décrivant les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure pour satisfaire les besoins des marchés québécois après application des mesures d'efficacité énergétique. Le plan doit tenir compte des risques découlant des choix des sources d'approvisionnement propres à chacun des titulaires ainsi que, pour une source particulière d'approvisionnement en électricité, du bloc d'énergie établi par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

Pour l'approbation des plans, la Régie tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret.

74.1. Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

La procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment:

1° permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;

2° accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à moins que l'appel d'offres ne prévoie que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement;

3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement; [...]

112. Le gouvernement peut déterminer par règlement: [...]

2.1° pour une source particulière d'approvisionnement en électricité, le bloc d'énergie et son prix maximal établis aux fins de l'établissement du coût de fourniture de l'électricité visé à l'article 52.2 ou du plan d'approvisionnement prévu à l'article 72 ou de l'appel d'offres du distributeur d'électricité prévu à l'article 74.1; » [nos soulignés]

De fait, la Régie a approuvé une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois⁴⁷. Elle approuve aussi, au besoin, les modifications nécessaires à cette procédure d'appel d'offres au gré des caractéristiques des approvisionnements du Distributeur⁴⁸.

Dans cette même optique, le Distributeur a soumis à la Régie, le 18 octobre 2005, une demande visant à modifier la grille de sélection applicable à l'appel d'offres décrété par le décret 926-2005.

Les préoccupations adressées à la Régie par le décret 927-2005 visent, entre autres, à promouvoir le développement économique des communautés locales et autochtones. Un tel décret doit être interprété par la Régie de manière à donner effet aux objectifs qu'il met de l'avant⁴⁹.

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16 :

« 41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

⁴⁷ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001.

⁴⁸ Décision D-2003-69, dossier R-3513-2003, 8 avril 2003 modifiant cette procédure suite au *Règlement sur l'énergie éolienne et sur l'énergie produite avec de la biomasse*, décret 352-2003 du 5 mars 2003 et la décision D-2004-212, dossier R-3525-2004, 13 octobre 2004, approuvant un critère monétaire relié au développement durable.

⁴⁹ Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., 1999, page 631.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin. »

Devant l'ensemble de la preuve, soit celle de l'APNQL mais aussi celle du Distributeur et celle des autres participants dans le dossier R-3589-2005, la Régie conclut que la grille de pondération initialement présentée par le Distributeur⁵⁰ est conforme au décret 927-2005, dont le paragraphe 5 requiert de privilégier, entre autres, l'apport de projets éoliens au développement économique des communautés locales et autochtones. Il n'est pas requis que cet apport soit exactement semblable⁵¹. Il est plus représentatif de l'intention exprimée au décret 927-2005 de trouver un juste équilibre tenant compte de la situation des communautés locales et autochtones. La Régie juge que la grille présentée par le Distributeur permet cet équilibre.

Cette conclusion, conforme aux observations reçues de l'ensemble des participants aux dossiers R-3589-2005 et R-3595-2006 justifie la Régie d'intervenir et de rétablir la grille de pondération initiale du Distributeur comme le demande l'APNQL.

7. CONCLUSION

Pour formuler son dispositif, la Régie retient avant tout la présomption de validité des lois, des règlements et des décrets, ici du *Décret 926-2005 concernant le Règlement sur le second bloc d'énergie éolienne* et du *Décret 927-2005 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard du second bloc d'énergie éolienne*. Elle note qu'en l'absence de contestation de cette validité par l'APNQL, la Régie ne peut que présumer de la conformité de ces décrets à la Constitution⁵².

À la suite de l'examen de la demande de l'APNQL et de la preuve qu'elle a administrée, ainsi que des observations des participants au dossier R-3589-2005, la Régie conclut que la grille de sélection applicable à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW soumise par le Distributeur est conforme au décret 927-2005.

⁵⁰ Tel que modifiée par la lettre du Distributeur du 26 octobre 2005, dossier R-3589-2005.

⁵¹ Voir à ce sujet le témoignage du chef régional Ghislain Picard et de M. Ricky Fontaine, notes sténographiques du 16 novembre 2006, pièce A-7.4.

⁵² *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, 1983 IIJCan 18 (C.S.C.), Côté, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., 1999, pages 632 et 633 et Sullivan, R., *Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., 2002, pages 366 et 409.

Dans ce contexte, il apparaît à la Régie que la conclusion à laquelle elle doit en venir, sur le mérite de la demande en révision à l'égard des modifications à la grille de sélection applicable à l'appel d'offres du Distributeur soumise initialement par le Distributeur et maintenant demandées par la conclusion « H » de l'APNQL, consiste à rétablir le premier sous-critère du critère concernant le développement durable de la grille de pondération des critères non monétaires pour qu'il se lise : « *Participation autochtone au projet à la hauteur de 10% et plus : 3 points* ».

Elle ordonne donc au Distributeur de modifier en conséquence la grille de sélection applicable à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW, comme le demande, en partie, la conclusion « J » de la requête en révision.

Dans ce contexte, puisque le rétablissement des trois points à la grille de pondération pour la participation autochtone est conforme à une interprétation juste du décret 927-2005 et que ce dernier satisfait aux prescriptions de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'est pas nécessaire de se pencher sur les autres conclusions de la demande en révision, dont sa conclusion « I ».

Quant à la conclusion « G », consistant à établir une politique de consultation des Premières nations, comme l'a fait l'Office national de l'énergie⁵³, cette conclusion n'appartient pas à une formation de la Régie à l'occasion d'une demande de révision. Il s'agit de l'exercice de son rôle de régie interne, lequel s'exerce, tout comme l'adoption de règlements en vertu des articles 113, 114 (5) et 115 de la Loi, par l'ensemble de ses régisseurs.

En dernier lieu, la Régie réserve sa décision sur l'utilité de la participation des participants au présent dossier. Elle leur demande de soumettre leur demande de frais conformément à l'article 35 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*⁵⁴.

VU les revendications territoriales autochtones;

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*, notamment ses articles 25, 31, 37 et 74.1;

CONSIDÉRANT l'interprétation favorable au respect des lois et de la Constitution qui doit être faite du *Décret 927-2005 concernant les préoccupations économiques, sociales et*

⁵³ http://www.neb-one.gc.ca/Publications/index_f.htm#consultation_peuple_autochtone.

⁵⁴ (2006) 138 G.O. II, 2279.

environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard du second bloc d'énergie éolienne;

CONSIDÉRANT l'interprétation libérale qui doit être faite des droits garantis aux Premières nations par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE en partie la demande en révision ré-ré-amendée;

RÉVISE la décision D-2005-201;

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

ORDONNE à Hydro-Québec de modifier en conséquence la grille de sélection applicable à l'appel d'offres pour le second bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW;

PERMET aux participants de présenter leur demande de frais conformément à l'article 35 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*.

Benoît Pepin
Régisseur

Michel Hardy
Régisseur

Richard Carrier
Régisseur

Représentants :

- Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador représentée par M^e Franklin Gertler;
- Corporation métisse du Québec et de l'Est du Canada représentée par M^e Pierre Montour;
- Hydro-Québec représentée par M^{es} Yves Fréchette et René Bourassa;
- Procureur général du Québec représenté par M^{es} Francis Demers et Frédéric Maheux;
- M^e Pierre Rondeau pour la Régie de l'énergie.