

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

NO. : R-3806-2012

**ÉNERGIE BROOKFIELD MARKETING
S.E.C.**

Demanderesse

c.

HYDRO-QUÉBEC DISTRIBUTION

Intimée

et

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON

Mise-en-cause

**ARGUMENTATION ÉCRITE DU DISTRIBUTEUR SUR SA REQUÊTE EN
IRRECEVABILITÉ**

SOMMAIRE DE L'ARGUMENTATION DU DISTRIBUTEUR

La Demande d'EBM devrait être rejetée, notamment pour les motifs suivants :

- EBM demande l'annulation de l'appel de qualification, y compris tout appel d'offres qui en découle, et son remplacement par un nouveau processus d'appel d'offres dont EBM dicterait les modalités, y compris les spécifications techniques, pour satisfaire ses propres intérêts, allant même jusqu'à reformuler les besoins en approvisionnement du Distributeur;
- La *Loi sur la Régie de l'énergie* ne confère pas à la Régie le pouvoir extraordinaire d'intervenir dans le processus d'un appel d'offres en cours pour réécrire les spécifications techniques déterminées par le Distributeur pour répondre adéquatement à ses besoins;
- Si EBM procède avec sa Demande devant la Régie, celle-ci aura comme conséquence d'alourdir indûment et de rendre aléatoire le processus d'appels d'offres, de sorte que chaque soumissionnaire existant ou potentiel mécontent pourrait à son gré, à tout moment, déposer des plaintes à la Régie pour demander la reformulation des appels d'offres afin de les adapter à ses intérêts particuliers. Cette situation risque de rendre tout processus d'appels d'offres ingérable, coûteux, sans fin et contraire à l'intérêt public;
- La Demande d'EBM vise à contourner le régime réglementaire en demandant l'intervention de la Régie sans fondement juridique et, dans tous les cas, prématurément. La question de la conformité des contrats éventuellement choisis par le Distributeur avec le régime réglementaire fait l'objet d'un examen uniquement à l'étape de la demande de leur approbation réglementaire conformément à la *Loi sur la Régie de l'énergie*;
- La cohérence du régime réglementaire ainsi que sa saine administration exigent que le processus administratif soit respecté et qu'il se déroule selon la séquence prévue par la LRE;
- À l'étape d'un appel d'offres en cours, la Régie a elle-même reconnu qu'elle n'exerce qu'un rôle administratif de surveillance; ce rôle administratif ne peut être assimilé à un rôle judiciaire ou quasi judiciaire, et n'habilite certainement pas la Régie à exercer un pouvoir extraordinaire d'ordonnance d'injonction ni même un pouvoir purement déclaratoire;

OBSERVATIONS INTRODUCTIVES

1. Le 24 avril 2012, Hydro-Québec, dans le cadre de ses activités de distribution d'électricité (le « **Distributeur** »), a lancé l'appel de qualification n° QA/O 2012-01 en prévision d'un appel d'offres pour l'acquisition de services d'intégration éolienne (l'« **Appel d'offres** ») pour l'ensemble de la production éolienne installée en service commercial;
2. Énergie Brookfield Marketing S.E.C. (« **EBM** ») demande l'annulation de l'Appel d'offres en cours et demande à ce qu'il soit remplacé par un nouveau processus d'appel d'offres dont elle dicterait les modalités et les spécifications techniques pour satisfaire ses propres intérêts, allant même jusqu'à reformuler les besoins du Distributeur;
3. Les conclusions suivantes recherchées par EBM portent essentiellement sur des ordonnances de la nature d'une injonction, et accessoirement sont de nature déclaratoire :

***ANNULER** l'appel de qualification (QA/O 2012-01) en prévision d'un appel d'offres pour l'acquisition des services d'intégration éolienne;*

***ANNULER** tout processus d'appel d'offres découlant du présent appel de qualification (QA/O 2012-01);*

***CONFIRMER** que l'appel de qualification (QA/O 2012-01) est illégal en ce que contraire à la Loi sur la Régie de l'énergie, au Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le Distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie et aux Décrets D-352-2003, D-926-2005, D-1043-2008 et D-1045-2008;*

***CONFIRMER** que l'appel de qualification (QA/O 2012-01) est contraire à la décision D-2011-193;*

***ORDONNER** au Distributeur de procéder par appels d'offres distincts pour les services d'intégration éolienne conformément à la décision D-2011-193;*

***ORDONNER** au Distributeur pour la portion intégration du service d'intégration éolienne de prévoir dans son appel d'offres un service sur une base horaire et fonction de la définition de « fournisseur » prévue à la Loi;*

***ORDONNER** au Distributeur de procéder à un appel d'offres pour la puissance complémentaire du service d'intégration éolienne;*

***ORDONNER** au Distributeur de procéder par appel d'offres pour les services complémentaires représentant 82MW de réglage de production (suivi de la charge) et 45 MW de service de provisions pour aléas;*

***RENDRE** toute autre ordonnance qui pourrait être jugée utile dont celle permettant à EBM d'être entendue et qu'une décision finale intervienne dans le présent dossier*

avant toute demande d'approbation de contrats découlant de l'appel de qualification (QA/O 2012-01);

4. EBM cherche donc à imposer son cadre contractuel au Distributeur et aux autres soumissionnaires;
5. EBM soulève un différend, s'il en est, de nature privé, voire précontractuel car EBM n'a même pas soumissionné à l'Appel d'offres. En effet, en l'absence du dépôt d'une soumission de sa part aux termes de l'Appel d'offres, les prétendus limitations opérationnelles ou désavantages économiques allégués par EBM (paragraphe 13 de la Demande) ne sont qu'hypothétiques, et EBM n'a pas un intérêt né et actuel;
6. Quoi qu'il en soit, le Distributeur soumet respectueusement que la Demande d'EBM dépasse la compétence juridictionnelle attribuée à la Régie de l'énergie (la « **Régie** ») par le législateur en vertu de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q., chapitre R-6.01 (la « **LRE** »);
7. La Régie a d'ailleurs déjà reconnu cette limitation de compétence (qui a été confirmée par la Cour supérieure) dans sa décision D-2001-191, où elle affirme ce qui suit :

« elle [La Régie] 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 » [Nous soulignons];

- D-2001-191, à la page 7 [**Onglet 1**], confirmé par la Cour supérieure, *Tembec c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068, au paragraphe 30 [**Onglet 2**];

LE CONTEXTE DES CONCLUSIONS RECHERCHÉES PAR EBM

a) L'autonomie opérationnelle du Distributeur

8. Les besoins totaux du Distributeur en matière de services d'intégration éolienne sont établis en fonction de la puissance contractuelle totale des parcs éoliens en exploitation commerciale, laquelle s'élevait, à la date du lancement de l'Appel d'offres, à 845 MW. Selon les prévisions du Distributeur, cette puissance devrait s'établir à 1 623 MW le 1^{er} janvier 2013, et atteindre 3 137 MW à la fin de 2017;
9. Dans l'Appel d'offres, le Distributeur a notamment stipulé les conditions du service d'intégration nécessaire, y compris les exigences techniques, pour assurer la fiabilité du réseau;
10. En établissant l'Appel d'offres, le Distributeur a le droit « *de stipuler des conditions et des restrictions et de s'accorder des privilèges* » tant et aussi longtemps qu'il s'acquitte de son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. À cet égard, la Cour d'appel a récemment confirmé qu'une étape de qualification préalable respecte l'essence même du processus d'appel d'offres et est conforme à un traitement égal des soumissionnaires;

- *Axor Construction Canada inc. c. Bibliothèque et archives nationales du Québec*, 2012 QCCA 1228, au paragraphe 30 [**Onglet 3**];
 - *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCCA 1871, aux paragraphes 22 et 23 [**Onglet 4**];
11. Le Distributeur jouit d'une autonomie opérationnelle et de gestion, et d'une liberté contractuelle, afin de déterminer ses propres besoins, ainsi que les moyens d'y pourvoir, notamment en stipulant les conditions et les restrictions de ses appels d'offres;
 12. Après tout, le Distributeur est l'ultime responsable auprès des consommateurs québécois pour assurer la fiabilité et la sécurité des approvisionnements en électricité (article 76 de la LRE, les articles 22, 22.1 et 23 de la *Loi sur Hydro-Québec*, LRQ, c H-5);
 13. À cette fin, le Distributeur est responsable de la conception des produits qui répondent à ses besoins énergétiques, y compris à l'égard de la fiabilité de son réseau;
 14. Pour cette raison, la LRE ne restreint pas l'autonomie opérationnelle du Distributeur en attribuant à la Régie le pouvoir d'annuler ou de reformuler les documents d'appel d'offres;
 15. Enfin, dans l'exécution de son mandat, le Distributeur bénéficie d'une immunité à l'égard des recours extraordinaires et des recours en injonction (l'article 17 de la *Loi sur Hydro-Québec*);

b) Le recours de droit privé d'EBM

16. EBM, se croyant soumissionnaire lésé, sans avoir soumissionné, prétend que le Distributeur a stipulé des conditions qui « *cause[nt] préjudice à EBM, puisque cette dernière se trouve dans une situation où elle est limitée dans les quantités qu'elle peut offrir pour un seul service d'intégration plutôt que les trois (3) services de l'EGM ou encore se trouve désavantagée économiquement par rapport au Producteur* » (paragraphe 13 de la Demande);
17. Se fondant sur ce motif de traitement prétendument discriminatoire, EBM, par l'entremise de son recours devant la Régie, recherche l'annulation de l'Appel d'offres et son remplacement par un ou plusieurs processus d'appel d'offres favorisant ses intérêts;
18. Le Distributeur soumet qu'il n'est aucunement tenu de stipuler dans un appel d'offres des conditions du service d'intégration qui sont adaptées aux intérêts d'un soumissionnaire;
19. En outre, EBM n'a pas un intérêt né et actuel pour soulever la question du traitement non discriminatoire des soumissionnaires, puisqu'elle n'a pas déposé de soumission et n'est donc pas soumissionnaire;
 - *Alstom Canada inc. c. Société de transport de Montréal*, 2007 QCCS 2429, au paragraphe 33 [**Onglet 5**];

- Denis Ferland & Benoît Emergy, *Précis de procédure civile du Québec, Volume 1* (Art. 1-481 C.p.c.), 4e édition, 2003 [Onglet 6];
20. Quoiqu'il en soit, les prétentions d'EBM ne soulèvent rien d'autre qu'un différend de droit privé, s'il en est, remettant en question l'exercice par le Distributeur de son droit d'établir et d'appliquer le cadre contractuel prévu à l'Appel d'offres;
 21. Le différend soulevé par EBM est donc au-delà du pouvoir de surveillance administrative de la Régie. En effet, le différend relève du ressort des tribunaux de droit commun, en l'espèce la Cour supérieure;
 22. Si la Régie exerce juridiction et convoque une audience publique pour reformuler les spécifications techniques précisées par le Distributeur, afin de les remplacer par celles dictées par EBM ou par tout autre soumissionnaire existant ou potentiel se croyant lésé, elle contreviendrait au cadre réglementaire établi par la LRE. Les opérations du Distributeur en matière d'appel d'offres se trouveraient paralysées à l'avenir;
 23. Les craintes du Distributeur ne sont pas hypothétiques. Il suffit de prendre connaissance de la demande d'intervention de l'ACEF de l'Outaouais dans cette instance, notamment aux paragraphes 15 à 20, pour comprendre les préoccupations du Distributeur. Dans ces conditions, non seulement les soumissionnaires existants ou potentiels, mais également tout intervenant, pourraient dicter au Distributeur les exigences techniques et autres modalités;
 24. Le cadre réglementaire de la LRE n'a pas pour objet la micro-gestion des activités du Distributeur;
 25. Le législateur a par contre prévu un pouvoir de contrôle de la Régie qui s'exerce à l'étape de l'approbation des contrats éventuellement choisis, en vertu de l'article 74.2 de la LRE et de l'article 1 du *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie*, RRQ, c R-6.01, r 1 (le « **Règlement** »). En effet, la question de la conformité des contrats choisis aux termes du régime réglementaire est examinée à cette étape ultérieure et non avant;
 26. En bref, si le législateur souhaitait que les soumissionnaires se croyant lésés bénéficient du droit de demander la reformulation des exigences techniques du Distributeur devant la Régie, ce régime exceptionnel aurait été expressément prévu dans la LRE, ce qui n'est aucunement le cas;
 - *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, au paragraphe 79 [Onglet 7];

LA COMPÉTENCE DE LA RÉGIE DANS LE CADRE DES APPELS D'OFFRE DU DISTRIBUTEUR

a) La compétence attribuée de la Régie

27. La Régie possède une compétence attribuée. Elle peut donc seulement exercer les pouvoirs que lui confère le législateur. Ce principe a été notamment rappelé par la Cour suprême dans l'affaire *Dunsmuir* :

Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale, ils portent atteinte au principe de la primauté du droit.

De même, dans l'affaire *ATCO Gas* :

*Un tribunal ou un organisme administratif est une création de la loi : il ne peut outrepasser les pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, il doit [traduction] « s'en tenir à son domaine de compétence et ne peut s'immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence » : Mullan, p. 9-10 (voir également S. Blake, *Administrative Law in Canada* (3e éd. 2001), p. 183-184).*

- *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, au paragraphe 29 [**Onglet 8**];
 - *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, au paragraphe 35 [**Onglet 7**];
28. Les pouvoirs de la Régie sur les appels d'offres du Distributeur sont expressément prévus aux articles 74.1 et 74.2 de la LRE, et ils se résument comme suit :
- a) l'approbation d'une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi que d'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité (art. 74.1 de la LRE);
 - b) la surveillance de l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi que du code d'éthique, et la remise d'un rapport de ses constatations au Distributeur et au fournisseur choisi (art. 74.2 de la LRE);
 - c) l'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité choisis, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement (art. 74.2 de la LRE);
29. La Demande d'EBM ne concerne ni l'approbation par la Régie d'une procédure d'appel d'offres ou d'un code d'éthique, ni l'approbation de contrats d'approvisionnement;

30. La Demande porte plutôt sur le traitement prétendument inéquitable qu’aurait subi EBM dans le cadre de l’Appel d’offres, sans qu’elle ait déposé de soumission;
31. Le législateur n’a pas conféré une fonction judiciaire ou quasi judiciaire à la Régie pour remédier au traitement prétendument inéquitable qu’aurait subi EBM;
- D-2001-191, à la page 7 [**Onglet 1**];
32. À l’étape d’un appel d’offres en cours, la Régie exerce uniquement un rôle de surveillance. L’étendue de son rôle de surveillance est lui-même circonscrit, le législateur ayant prévu que : « *La Régie fait rapport de ses constatations au distributeur d’électricité et au fournisseur choisi* » (art. 74.2 de la LRE);
33. Selon la Régie, son rôle de surveillance est uniquement « *de nature administrative* »;
- D-2001-191, à la page 7 [**Onglet 1**];
 - *Tembec c. Régie de l’énergie*, 2007 QCCS 2068, au paragraphe 28 [**Onglet 2**];
34. Puisque la Régie est limitée à l’exercice d’un rôle administratif, elle « *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* »;
- D-2001-191, à la page 7 [**Onglet 1**];
35. À plus forte raison, la LRE ne confère pas à la Régie le pouvoir d’intervenir dans le processus d’un appel d’offres en cours pour dicter le contenu des spécifications techniques dont le Distributeur a besoin pour s’acquitter de sa mission;
36. Le pouvoir de surveillance de nature administrative de la Régie ne peut être assimilé à un rôle judiciaire ou quasi judiciaire;
37. De plus, les conclusions recherchées par EBM sont principalement de la nature d’une ordonnance d’injonction et seule la Cour supérieure à la compétence afin d’émettre une ordonnance d’une injonction;
- *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 43, au paragraphe 14 [**Onglet 9**];
38. Si les principales conclusions de la nature d’une ordonnance d’injonction étaient exclues, la Demande viserait tout de même des conclusions de nature purement déclaratoire qui seraient également du ressort exclusif de la Cour supérieure;
- *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Industrielle-Alliance (L’), compagnie d’assurance sur la vie*, le 19 décembre 2000, 200-09-002716-998, (C.A.), aux paragraphes 23 à 26 [**Onglet 10**];

b) La jurisprudence

39. La Cour d'appel est récemment arrivée à des conclusions semblables en examinant la question des pouvoirs de la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, décidant que cette régie ne disposait pas du pouvoir d'ordonner le paiement de dommages-intérêts ou de pénalités civiles, malgré son pouvoir vaste d'ordonner aux organismes visés par sa loi habilitante « *d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte déterminé* » et son pouvoir de « *résoudre les différends* »;
- *Bombardier c. Éleveurs de volailles du Québec*, 2011 QCCA 1058, aux paragraphes 67 à 69, 77 à 81 [**Onglet 11**];
 - *Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2010 QCCA 1593, aux paragraphes 57 à 60 [**Onglet 12**];
 - *Érablière de l'amitié, s.e.n.c. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2011 QCCA 1778, aux paragraphes 5 à 9 et 11 [**Onglet 13**];
40. La Cour supérieure et la Régie de l'énergie ont également conclu que le pouvoir d'examiner les plaintes de consommateurs, lorsque la LRE le prévoit, ne permettait pas à la Régie de se substituer aux tribunaux de droit commun et d'accorder des dommages-intérêts;
- *Sagman c. Hydro-Québec*, le 1^{er} mars 2005, 500-17-020918-044, (C.S.), aux paragraphes 5 à 6 [**Onglet 14**];
 - D-98-140, aux pages 6 et 7 [**Onglet 15**];
 - D-2007-29, aux pages 5 à 6 [**Onglet 16**];
 - D-2007-115, à la page 7 [**Onglet 17**];
41. À l'égard des pouvoirs attribués à la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, la Cour d'appel a notamment conclu ce qui suit :
- [I]l serait plus qu'étonnant que le législateur ait voulu accorder à la Régie la compétence de prononcer une condamnation au paiement d'une somme d'argent par le truchement d'un pouvoir de donner des ordres. C'est ce que la Cour a conclu dans Bourgoin et je me rallie sans peine à cette opinion.*
- *Bombardier c. Éleveurs de volailles du Québec*, 2011 QCCA 1058, au paragraphe 69 [**Onglet 11**];
42. Dans notre cas, il serait étonnant que le législateur ait voulu accorder à la Régie la compétence de trancher des différends de nature privée dans le cadre d'appel d'offres, assortie du pouvoir extraordinaire d'ordonnances d'injonction par le truchement d'un

pouvoir de surveillance « *de nature administrative* » qui, aux termes de la LRE, se conclut par un rapport de constatations au Distributeur et au fournisseur choisi;

43. La Régie n'a donc aucun pouvoir d'annuler un processus d'appel d'offres en cours, de reformuler les documents d'appel d'offres du Distributeur et d'ordonner un nouvel appel d'offres sur demande d'un soumissionnaire potentiel qui prétend être lésé;

44. La présente situation se distingue de l'affaire *Domtar inc. c. Produits Kruger ltée* (« *Domtar* »), où la Cour d'appel a conclu à la compétence exclusive de la Régie à l'égard des différends se rattachant à l'article 76.1 de la LRE;

➤ *Domtar inc. c. Produits Kruger ltée*, 2010 QCCA 1934 [**Onglet 18**];

45. Dans l'affaire *Domtar*, la compétence de la Régie découlait de l'économie générale de la LRE et du silence du législateur à l'égard des différends liés à l'article 76.1 de la LRE (obligation de distribution d'un réseau privé d'électricité à ses consommateurs);

➤ *Domtar inc. c. Produits Kruger ltée.*, 2010 QCCA 1934, aux paragraphes 32 et 41[**Onglet 18**];

46. En l'espèce, le législateur n'est pas resté silencieux. Au contraire, le rôle de la Régie a été expressément circonscrit à celui de surveillance, de manière à exclure de sa compétence l'adjudication de différends de nature privé entre le Distributeur et les soumissionnaires existants ou potentiels dans le cadre d'un appel d'offres;

47. La Régie a d'ailleurs déjà reconnu cette exclusion, ce qui a été confirmé par la Cour supérieure, dans sa décision D-2001-191, où elle affirme que:

elle [La Régie] 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.

➤ D-2001-191, à la page 7 [**Onglet 1**], confirmé par la Cour supérieure dans l'affaire *Tembec c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068, au paragraphe 30 [**Onglet 2**];

48. Il serait contraire à l'économie de la LRE de conférer à la Régie un pouvoir aux termes des dispositions générales, soit l'article 31(5), lorsque ce pouvoir est exclu par l'application d'une disposition spécifique, soit l'article 74.2 de la LRE. À ce sujet, le professeur Côté rappelle ce qui suit :

Une disposition spéciale qui entre en conflit avec une disposition générale sera interprétée comme une exception à la disposition

générale : specialia generalibus derogant. En cas de conflit, c'est la disposition spécifique qui l'emporte.

- Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4^{ième} édition, Montréal : Les Éditions Thémis inc., 2009, à la page 357 [**Onglet 19**].
49. De surcroît, la transformation du pouvoir de surveillance de la Régie aux termes de l'article 74.2 en un pouvoir judiciaire ou quasi judiciaire aurait pour effet « *de l'investir de pouvoirs que la loi ne lui aurait pas donnés* »;
- *Bombardier c. Éleveurs de volailles du Québec*, 2011 QCCA 1058, aux paragraphes 67 à 69, 77 à 81 [**Onglet 11**];
 - *Érablière de l'amitié, s.e.n.c. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2011 QCCA 1778, aux paragraphes 5 à 9 et 11 [**Onglet 13**];
 - *Domtar inc. c. Produits Kruger ltée*, 2010 QCCA 1934, au paragraphe 35 [**Onglet 18**];
 - *Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2010 QCCA 1593, aux paragraphes 57 à 60 [**Onglet 12**];
50. Dans l'arrêt de principe de la Cour suprême, dans l'affaire *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, la Cour a conclu que le pouvoir général de l'Alberta Energy and Utilities Board d'approuver la vente d'un élément d'actif ne comportait pas le pouvoir inhérent de fixer les conditions de la répartition du produit de la vente d'un bien;
51. La Cour a limité le régime réglementaire au pouvoir d'approuver la vente comme le prévoyait expressément sa loi d'habilitation, en tenant compte de l'autonomie de l'entreprise réglementée, y compris son droit d'exercer ses activités et son autonomie opérationnelle;
- *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4 [**Onglet 7**];
52. Selon la Cour suprême:
- [L]a Commission n'a pas le pouvoir de décider de la répartition du gain net tiré de la vente d'un bien par un service public. Son pouvoir apparemment vaste de rendre toute décision et d'imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public doit être interprété dans le contexte global des lois en cause qui visent à protéger non seulement le consommateur, mais aussi le droit de propriété reconnu au propriétaire dans une économie de libre marché. Les limites du pouvoir de la Commission sont inhérentes à sa principale fonction qui consiste à fixer des tarifs justes et raisonnables (la tarification) et à préserver l'intégrité et la fiabilité du réseau d'alimentation.*

- *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, au paragraphe 7 [**Onglet 7**];

53. Le même raisonnement s'applique en l'instance – les pouvoirs expressément conférés à la Régie en matière d'appel d'offres ne comprennent pas un pouvoir inhérent d'intervenir dans les opérations du Distributeur pour annuler l'Appel d'offres en cours et de reformuler les documents d'appel d'offres rédigés selon les spécifications et les besoins du Distributeur;

LE RÔLE DE LA RÉGIE PRÉVU PAR LA LRE

a) L'économie de la LRE

54. L'analyse de l'ensemble des dispositions de la LRE, notamment celles relatives au rôle de la Régie, confirme cette conclusion;

55. Dans l'affaire *Bombardier*, la Cour d'appel a souligné ce qui suit :

Plus encore, il y a des indices qui donnent à penser que, par son silence, le législateur n'a pas voulu lui attribuer cette compétence alors qu'il lui octroie de vastes pouvoirs régulateurs de même qu'aux offices de producteurs.

- *Bombardier c. Éleveurs de volailles du Québec*, 2011 QCCA 1058, au paragraphe 81 [**Onglet 11**];

56. Sur cette question, les pouvoirs circonscrits de la Régie sur les appels d'offres relatifs aux contrats d'approvisionnement en électricité se distinguent nettement de ses autres pouvoirs, notamment :

- a) la fixation des tarifs et des conditions auxquels l'électricité est transportée ou distribuée (article 31(1) de la LRE);
- b) l'examen de toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de distribution d'électricité (article 31(4) de la LRE);
- c) la détermination du taux de rendement du Distributeur (article 32(1) de la LRE);
- d) la détermination de la méthode d'allocation du coût de service applicable au Distributeur (article 32(2) de la LRE);
- e) la détermination des méthodes comptables et financières applicables au Distributeur (article 32(3) de la LRE);
- f) l'approbation des plans d'approvisionnement du Distributeur (article 72 de la LRE);

- g) l'autorisation d'acquérir, de construire ou de disposer des immeubles ou des actifs destinés à la distribution (article 73(1°) de la LRE);
 - h) l'autorisation d'étendre, de modifier ou de changer le réseau de distribution (article 73 (2°) de la LRE);
 - i) l'autorisation de cesser ou d'interrompre des opérations du Distributeur (article 73 (3°) de la LRE);
 - j) l'autorisation de restructurer des activités du Distributeur ayant pour effet d'en soustraire une partie de l'application de la LRE (article 73 (4°) de la LRE);
 - k) l'approbation des programmes commerciaux du Distributeur (article 74 de la LRE);
57. Malgré ces pouvoirs importants, le législateur a choisi de circonscrire le pouvoir de la Régie à l'égard des appels d'offres concernant les contrats d'approvisionnement. Ce choix doit recevoir son plein effet;
58. Le mandat de la Régie est d'assurer « *la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs* » (article 5 de la LRE) (nous soulignons);
59. En matière d'appel d'offres, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et le traitement équitable du Distributeur par l'exercice de ses fonctions i) d'approbation de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que d'un code d'éthique, ii) de surveillance de l'application de cette procédure, y compris le code d'éthique, et iii) plus particulièrement d'approbation du contrat d'approvisionnement choisi;
60. La Régie n'a pas pour mandat de protéger les intérêts privés des soumissionnaires. Le législateur a donc choisi de ne pas conférer à la Régie une compétence judiciaire ou quasi judiciaire concernant les plaintes des soumissionnaires;
61. La situation est tout autre dans le cas des plaintes des consommateurs portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition du Distributeur (voir l'article 31(4) et les articles 95 et ss. de la LRE);
62. Dans ce dernier cas, le législateur a expressément prévu un processus d'examen des plaintes permettant à la Régie d'ordonner au Distributeur « *d'appliquer, dans le délai qu'elle fixe, les mesures qu'elle détermine concernant l'application des tarifs et des conditions* » (article 101 de la LRE);
63. Or, la Régie n'a pas une responsabilité analogue d'assurer la protection des soumissionnaires à des appels d'offres, cette compétence relevant des tribunaux de droit commun, en l'espèce la Cour supérieure;

64. En effet, la Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres non pas pour régler les différends de nature privée entre les soumissionnaires et le Distributeur, le cas échéant, mais dans l'intérêt public de la protection des consommateurs et du traitement équitable du Distributeur;
65. C'est pourquoi la Régie fait rapport des constatations relatives à son examen au Distributeur et au fournisseur choisi après l'achèvement d'un appel d'offres pour améliorer ceux à venir;

b) EBM vise à contourner le régime réglementaire de la LRE

66. Le cadre réglementaire de la LRE doit être respecté et suivi;
67. La confirmation que le Distributeur a respecté les balises approuvées par la Régie est effectuée à l'étape de l'approbation réglementaire des contrats choisis (article 74.2 de la LRE et article 1 du Règlement) :

L'approbation prévue à l'article 74.2, alinéa 2 de la Loi constitue un pouvoir décisionnel qui, par sa nature, peut impliquer l'intervention de tiers intéressés à faire valoir leurs intérêts. Il se distingue donc du pouvoir de surveillance, tant au niveau du mode d'action de la Régie que de la nature de l'intervention des parties intéressées. [Nous soulignons]

➤ D-2001-191, à la page 7 [**Onglet 1**];

68. La cohérence du régime réglementaire ainsi que sa saine administration exigent que le processus administratif soit respecté et qu'il se déroule selon la séquence prévue par la LRE;
69. Tout enjeu de la Demande d'EBM susceptible d'être lié à une question d'intérêt public, s'il en est, serait donc prématurément soulevé, car ces questions ne doivent être traitées par la Régie qu'à l'étape de l'approbation réglementaire des contrats choisis;
70. En effet, permettre à EBM d'aller de l'avant avec la Demande aurait comme conséquence la création d'une nouvelle étape réglementaire, non prévue par la LRE, soit celle de l'approbation préalable des documents d'appel d'offres, y compris la rédaction du contenu des exigences techniques, au cours d'une audience publique;
71. Avec la création unilatérale de cette nouvelle étape réglementaire proposée par EBM, sans fondement juridique, les soumissionnaires existants ou potentiels auraient non seulement la possibilité d'intervenir dans le cadre de l'approbation réglementaire des contrats choisis, mais également un droit privé d'action préalable devant la Régie, contrairement à la volonté du législateur;
72. Si EBM souhaite faire des observations à l'égard de la conformité des contrats éventuellement choisis par le Distributeur pour le service d'intégration éolienne avec les conditions de l'article 1 du Règlement, elle devra présenter une demande d'autorisation

d'intervention relative à cette procédure d'approbation conformément aux exigences du régime réglementaire applicable;

73. Or, EBM ne respecte pas le régime réglementaire et vise, comme partie demanderesse, et non pas à titre d'intervenant, à transformer la Régie en tribunal de droit commun pour trancher ses prétentions de nature purement privée, sans avoir à recourir à une procédure en bonne et due forme devant un tribunal de droit commun, en l'espèce la Cour supérieure;
74. À l'étape de l'approbation réglementaire, la Régie possède la compétence pour examiner la conformité des contrats choisis aux termes de l'article 1 du Règlement, conformément aux exigences du régime réglementaire de la LRE (article 74.2 de la LRE et article 1 du Règlement);
75. À cette étape, la Régie doit concilier l'intérêt public et la protection des consommateurs avec un traitement équitable du Distributeur (article 5 de la LRE), et non pas les intérêts privés des soumissionnaires potentiels qui prétendent être lésés;
76. Le rôle de la Régie à cette étape décisionnelle n'est donc pas de régler les plaintes des soumissionnaires;
77. Ainsi, même si EBM comme intervenant, dans la mesure où elle est autorisée par la Régie, peut soulever des observations à cette étape ultérieure, dans les limites prévues, le caractère véritable de sa Demande reste exclusivement du ressort de la Cour supérieure;
78. À cet égard, la Cour d'appel, dans une affaire de droit administratif, nous rappelle que la Cour supérieure, à titre de tribunal de droit commun au Québec, peut entendre tous les litiges qui ne relèvent pas expressément d'un tribunal ou d'un organisme de réglementation spécialisé:

Quant à savoir qui peut ordonner à l'Érablière de payer ces contributions, les tribunaux de droit commun demeurent compétents. D'ailleurs, dans l'arrêt Doyon, la Fédération avait poursuivi ce dernier, un producteur, devant la Cour du Québec, tant pour des contributions impayées que pour des dommages liquidés. La doctrine de la compétence par déduction nécessaire invoquée par la Fédération ne paraît donc pas davantage pouvoir appuyer les prétentions de cette dernière dans la mesure où il est difficile de soutenir, si les tribunaux de droit commun demeurent compétents, que ce pouvoir est nécessaire et essentiel à la Régie pour lui permettre de réaliser les objectifs du régime mis en place par le législateur;

- *Érablière de l'amitié, s.e.n.c. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec, 2011 QCCA 1778, au paragraphe 11 [Onglet 13];*

CONCLUSIONS

79. EBM cherche à annuler l'Appel d'offres et à reformuler les spécifications techniques précisées par le Distributeur pour répondre à ses propres intérêts;
80. Si la Régie exerce juridiction et convoque une audience publique pour reformuler les spécifications techniques, le cadre réglementaire de la LRE serait modifié de façon importante et les opérations du Distributeur en matière d'appel d'offres risquent d'être paralysées par un processus incertain, ingérable, coûteux et sans fin, contrairement à l'intérêt public;
81. Ainsi, tout soumissionnaire qui se croit lésé en raison de la description d'un produit ou d'un service, ou des spécifications techniques de ces derniers, aura la possibilité de lancer un débat public coûteux et complexe dont l'objet est d'exercer une influence sur la formulation des documents d'appel d'offres du Distributeur;
82. Des audiences publiques sur le contenu de chaque document d'appel d'offres seraient lourdes de conséquences pour le Distributeur et affecteraient indûment sa responsabilité fondamentale d'assurer l'approvisionnement en électricité des consommateurs québécois et de concevoir et de gérer son réseau d'électricité au Québec;
83. Le Distributeur soumet respectueusement que la Régie devrait rejeter la tentative d'EBM de modifier, unilatéralement et sans aucun fondement juridique, le cadre réglementaire de la LRE;

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

MONTRÉAL, le 6 septembre 2012

(S.) McCarthy Tétrault

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Procureurs d'Hydro-Québec dans ses activités
de distribution d'électricité

Me Stephen G. Schenke

Me Gene Kruger

Bureau 2500

1000, rue De La Gauchetière Ouest

Montréal (Québec) H3B 0A2

Tél : (514) 397-4255 (SGS)

Tél : (514) 397-7107 (GHK)

Télec : (514) 875-6246

sschenke@mccarthy.ca

gkruger@mccarthy.ca