

No.: R-3820-2012
(antér. R-3798-2012)

DOMTAR INC.

Demanderesse

c.

HYDRO-QUÉBEC

Mise en cause

et

RAYMOND CHABOT GRANT THORNTON

Mise en cause

**PLAN D'ARGUMENTATION DE DOMTAR INC.
(AUDITION AU MÉRITE)**

<u>I.</u>	<u>NOTE PRÉLIMINAIRE.....</u>	<u>4</u>
<u>II.</u>	<u>ACTIVITÉS DE LA DEMANDERESSE</u>	<u>4</u>
<u>III.</u>	<u>HISTORIQUE DES FAITS PERTINENTS.....</u>	<u>4</u>
A)	CONTRAT D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ.....	4
B)	GENÈSE DU PROGRAMME	6
1)	<u>Déclarations et décrets gouvernementaux</u>	<u>6</u>
2)	<u>Dossier R-3780-2011 : demande d'approbation à la Régie et documents au soutien de celle-ci.....</u>	<u>6</u>
C)	MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME	7

1) Lancement du Programme	7
2) Ajout d'une modalité	7
D) QUESTION ÉCRITE DE DOMTAR ET RÉPONSE DE RCGT	8
E) MISE EN DEMEURE	9
F) SOUMISSION.....	9
G) INTRODUCTION DU PRÉSENT RECOURS DEVANT LA RÉGIE	9
H) ADDENDA NO. 1 ET OCTROI DE CONTRATS D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ 10	
I) AUGMENTATION À 300 MW DE LA CAPACITÉ MAXIMALE DE PRODUCTION VISÉE PAR LE PROGRAMME	10
J) DÉCISION D-2012-162 DE LA RÉGIE	11
<u>IV. LA RÉGIE A LE POUVOIR DE RENDRE LES ORDONNANCES RECHERCHÉES.....</u>	<u>11</u>
<u>V. LA MODALITÉ N'EST PAS CONFORME À LA DÉCISION</u>	<u>12</u>
A) LA CONFORMITÉ À LA DÉCISION SUBSUME LES EXIGENCES DE LÉGALITÉ AU SENS DU DROIT ADMINISTRATIF	12
B) LA MODALITÉ N'A PAS ÉTÉ APPROUVÉE CONFORMÉMENT AUX EXIGENCES DE LA <i>LOI SUR LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE</i> ET DE LA DÉCISION..	12
1) <u>Hydro-Québec a contrevenu à l'article 74.3 <i>Lré</i></u>	<u>12</u>
2) <u>Hydro-Québec a présenté une autre modification au Programme pour approbation par la Régie</u>	<u>15</u>
3) <u>Hydro-Québec a manqué à son obligation de suivi administratif, en contravention à la Décision</u>	<u>15</u>
C) LA MODALITÉ CONTREVIENT À L'INTENTION LÉGISLATIVE EXPRIMÉE PAR LE DÉCRET 1086-2011 ET MISE EN ŒUVRE PAR LA DÉCISION.....	16
1) <u>Le Décret 1086-2011 lie la Régie et s'interprète comme une loi</u>	<u>16</u>
2) <u>L'objectif gouvernemental prépondérant est l'amélioration de la compétitivité des entreprises situées en région</u>	<u>17</u>
3) <u>La Modalité discrimine Domtar sur la base d'un motif étranger à la Décision et au Décret 1086-2011.....</u>	<u>20</u>

4) La Modalité prive Domtar d'un prix raisonnable contrairement aux objectifs du Décret 1086-2011	22
---	----

D) LA CONDUITE D'HYDRO-QUÉBEC EST EMPREINTE DE MAUVAISE FOI ET RÉVÈLE LE CARACTÈRE ARBITRAIRE DE LA MODALITÉ	24
---	-----------

I. NOTE PRÉLIMINAIRE

1. Les expressions employées dans le présent texte et qui n'y sont pas autrement définies ont le même sens que celui qui leur est donné dans les plans d'argumentation précédents et dans la *Demande amendée d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie*.

II. ACTIVITÉS DE LA DEMANDERESSE

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

III. HISTORIQUE DES FAITS PERTINENTS

A) CONTRAT D'ACHAT D'ÉLECTRICITÉ

5. Le 7 novembre 2001, Domtar et Hydro-Québec ont conclu un contrat d'achat d'électricité, pièce R-3 (le « **Contrat** »).
6. Le Contrat porte sur l'achat, par Hydro-Québec, de la production d'électricité d'installations de cogénération d'électricité à base de biomasse forestière résiduelle, situées à Windsor, au Québec, dont la puissance moyenne est d'environ 25 MW.
 - R-3 : *Contrat d'achat d'électricité daté du 7 novembre 2001, préambule*
7. La clause 4 du Contrat, pièce R-3, prévoit un terme de 25 ans, dont l'échéance peut être devancée par Domtar moyennant un préavis de 6 mois :

4. Durée du contrat et option de terminaison

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

Nonobstant ce qui précède, le producteur [Domtar] a l'option, exerçable à partir de la deuxième année contractuelle, de mettre fin au présent

contrat. Les parties conviennent que le coût de cette option payable par le producteur s'établit à 1 560 000\$. Ce montant sera payé conformément aux modalités prévues à l'article 7.2.

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

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

7.2 Paiement pour l'énergie livrée

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

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

moins

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

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

(caractères gras dans le texte original)

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

- Affidavit de monsieur André Béland du 2 mai 2012, paragraphes 3 à 5 et annexe AB-01

10. Les discussions entourant la négociation de la clause 4 du Contrat ont porté spécifiquement sur la préservation du droit de Domtar de devancer l'échéance du Contrat afin de pouvoir participer à un appel d'offres, un programme d'achat et à d'autres opportunités contractuelles offrant des conditions plus avantageuses que celles du Contrat. Il s'agissait d'une option précieuse à laquelle Domtar tenait particulièrement, ce qui explique le montant d'argent substantiel payé par Domtar comme contrepartie à cette option.

- Affidavit de monsieur François Jetté, 1^{er} mai 2012, paragraphes 6 à 8

- Affidavit supplémentaire d'Yves Séguin, 1^{er} février 2013, paragraphe 7

11. Il est loisible à la Régie de tenir compte des circonstances de négociation du Contrat, pièce R-3, et du comportement d'Hydro-Québec dans la négociation de cette entente, à titre de faits pertinents à l'analyse de la conformité de la Modalité à la Décision.

B) GENÈSE DU PROGRAMME

1) Déclarations et décrets gouvernementaux

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

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

13. Le 26 octobre 2011, le gouvernement a adopté deux décrets afin, notamment, de fixer à 150 MW la capacité maximale de production visée par le programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle et a indiqué à la Régie certaines préoccupations économiques, sociales et environnementales en vue de l'élaboration et de la mise en œuvre d'un tel programme.

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

14. Nous étudierons ces préoccupations plus loin.

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

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

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

16. La Demande, pièce R-7, en son paragraphe 7, fixe à 10,6 ¢/kWh au 1^{er} janvier 2012, indexé annuellement suivant l'IPC, le prix d'achat de l'électricité.
17. Hydro-Québec a produit au dossier R-3780-2011, au soutien de sa Demande d'approbation, la pièce HQD-1, Document 1 (B-0004 de R-3780-2011), pièce R-8.
18. Le ou vers le 9 décembre 2011, en réplique aux commentaires produits par divers intéressés, Hydro-Québec a produit au dossier R-3780-2011 la pièce B-0009, *Réponse du Distributeur à certaines observations des intéressés*, pièce R-9 (« **Réplique** »).
19. Le 15 décembre 2011, dans le dossier R-3780-2011, la Régie a rendu, sous la plume du régisseur Jean-Pierre Théorêt, la décision D-2011-190, pièce R-10, (« **Décision**») approuvant les modalités du Programme d'achat d'électricité de 150 MW provenant de centrales de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle de 50 MW et moins (« **Programme** »), demandant à Hydro-Québec de se conformer à chacune des ordonnances, demandes et conditions énoncées dans la décision et prenant acte du contrat type qui serait utilisé par Hydro-Québec dans le cadre du Programme.

C) MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME

1) Lancement du Programme

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

2) Ajout d'une modalité

23. Le Document du Programme, pièce R-12, comporte des modalités qui ne figuraient pas dans le Programme tel qu'approuvé par la Décision.
24. Voici les éléments de la pièce R-12 qui n'apparaissent pas dans la Demande d'approbation, pièce R-7, dans les pièces produites au soutien de celle-ci ou dans la Décision:
 - Clause 1.5 *in fine*
 - Clause 1.6.1, paragraphe 2

- Clause 1.6.3
- Figure 1.7.2
- Clause 1.8
- Clause 1.9

25. La clause 1.5 *in fine* (la « **Modalité** ») diffère fondamentalement des autres modifications énumérées ci-haut.

26. En effet, les autres nouveautés, relatives à la fourniture de documents, sont plutôt d'ordre formel.

27. À l'inverse, la nouvelle restriction imposée par la Modalité porte sur l'admissibilité de certains soumissionnaires, basée sur la résiliation d'un ancien contrat avec le Distributeur ; cette restriction est nettement plus substantielle que formelle.

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

1.5 Origine de la production

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

- i. d'une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle; ou
- ii. d'une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du Programme; ou
- iii. d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la Fin du Programme

[...]

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

(Nous soulignons)

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

D) QUESTION ÉCRITE DE DOMTAR ET RÉPONSE DE RCGT

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

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

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

« La question indique que les installations faisant l'objet du contrat de vente d'électricité conclu avec Hydro-Québec (le « contrat ») sont inadmissibles, car la date d'échéance de ce contrat arrive après la Fin du Programme, tel que cette expression est définie à l'article 1.1 du Programme. L'exercice par le Fournisseur du droit prévu au contrat, auquel il est fait référence dans cette question, ferait en sorte que ce contrat serait résilié. Les installations concernées seraient toujours inadmissibles en vertu des dispositions de l'article 1.5 du Programme. »

E) MISE EN DEMEURE

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

F) SOUMISSION

33. Le 23 avril 2012, Hydro-Québec n'avait toujours pas donné suite à la lettre du 28 mars 2012, pièce R-15.
34. Domtar a alors déposé une soumission pour 30 MW au bureau de RCGT pour ses installations de cogénération situées à Windsor.
35. À même sa soumission, Domtar a déposé une lettre signalant à Hydro-Québec son intention d'anticiper l'échéance du Contrat, pièce R-3, afin de participer au Programme.

- Affidavit supplémentaire d'Yves Séguin, 1^{er} février 2013, paragraphe 22 et annexe YS-2

36. Le ou vers le 24 avril 2012, Hydro-Québec a fait parvenir à Domtar une lettre confirmant réception de la soumission susdite, se bornant à répondre qu'elle « procédera[it] à l'analyse de cette soumission selon les modalités du Programme » et que les résultats de l'analyse seraient communiqués à Domtar « en conformité avec la procédure prévue à cet effet », tel qu'il appert de la lettre d'Hydro-Québec portant la date du 24 avril 2012, pièce R-16.

G) INTRODUCTION DU PRÉSENT RECOURS DEVANT LA RÉGIE

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

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

38. Le ou vers le 4 mai 2012, par l'Addenda no. 1, pièce HQD-4, Hydro-Québec a modifié l'article 1.5 *in fine* du Document du Programme en remplaçant les termes « au moment de la publication du Décret » et « après la publication du Décret » par les termes « au moment du lancement du Programme » et « après le lancement du Programme ». La Modalité se lit donc comme suit (page 5):

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

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

- *Contestation du Distributeur*, 4 juin 2012, paragraphe 41

I) AUGMENTATION À 300 MW DE LA CAPACITÉ MAXIMALE DE PRODUCTION VISÉE PAR LE PROGRAMME

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

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

- HQD-5 : Décret numéro 530-2012

41. Le ou vers le 4 juin 2012, Hydro-Québec a déposé une demande auprès de la Régie dans le dossier R-3801-2012 relativement à l'augmentation de la puissance maximale de production visée par le Programme.

- HQD-6 : Demande relative à l'augmentation à 300 MW de la quantité recherchée en vertu du Programme (dossier R-3801-2012) datée du 4 juin 2012
- R-22 : *Avis aux personnes intéressées*, dossier R-3801-2012

42. Hydro-Québec a encore une fois omis, à cette occasion, de soumettre la Modalité à la Régie pour approbation.

- R-24: Copie de la page du greffe électronique de la Régie dans le dossier R-3801-2012

43. Par sa décision D-2012-081, la Régie a accueilli la demande d'augmentation à 300 MW de la puissance maximale de production visée par le Programme.

J) DÉCISION D-2012-162 DE LA RÉGIE

44. Le 30 novembre 2012, par sa décision D-2102-162, la Régie a décidé de connaître au fond de la question de la conformité de la Modalité à la Décision.

IV. LA RÉGIE A LE POUVOIR DE RENDRE LES ORDONNANCES RECHERCHÉES

45. La Régie ayant rendu, par la décision D-2012-162, des ordonnances de sauvegarde préservant les droits de Domtar dans le cadre du Programme jusqu'à détermination finale des questions dont elle s'est saisie, Hydro-Québec ne saurait raisonnablement contester sa compétence à trancher le fond du litige.

46. En effet, la Régie n'aurait pu statuer sur les mesures provisoires si elle n'avait eu compétence au fond.

47. Les articles 5, 31(5), 34 al. 2, 39 et 74.3 al. 1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (« *Lré* ») donnent de larges pouvoirs de surveillance et de contrôle à la Régie à l'égard du Programme et confèrent à la Régie la compétence d'accorder les ordonnances demandées.

48. La Régie peut rendre des décisions déclaratoires sur les matières qui relèvent de sa compétence et ce, même en l'absence de dispositions habilitantes prévoyant expressément ce pouvoir. Elle peut, en l'espèce, s'appuyer sur l'article 31(5) *Lré* et sur sa compétence implicite :

- *Domtar c. Kruger et Hydro-Québec*, 2010 QCCA 1934 (C.A.) (juge Bich pour la Cour), paragraphes 25, 26, 35, 36 et 38
- Décision D-2003-49 de la Régie dans le dossier R-3496-2002, pages 11 et 12
- *Gestion Belfont inc. (Bar King Vegas) c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2006 QCCS 5443 (C.S.) (juge Gaétan Dumas), paragraphes 28 à 36
- *Deever c. Immeubles des Îles*, (2004) AZ-50280774 (C.Q.) (juge Denis Charette), paragraphes 10 à 16

49. Il appartient à la Régie, dans l'exercice de son pouvoir d'approbation des modalités du Programme, d'assurer le respect du cadre qui lui est imposé par le Décret 1086-2011 et de sanctionner toute tentative d'Hydro-Québec de s'écarter de l'intention gouvernementale mise en œuvre par la Décision.

V. LA MODALITÉ N'EST PAS CONFORME À LA DÉCISION

A) LA CONFORMITÉ À LA DÉCISION SUBSUME LES EXIGENCES DE LÉGALITÉ AU SENS DU DROIT ADMINISTRATIF

50. En acceptant de connaître de la question de la conformité de la Modalité à la Décision, la Régie accepte de donner à la Décision une interprétation respectueuse des principes de droit administratif applicables.
51. Ainsi, s'il est démontré que la Modalité est abusive, discriminatoire, *ultra vires* ou autrement illégale au sens du droit administratif, la Régie ne pourra la déclarer conforme à la Décision, puisque la Décision elle-même s'interprète en harmonie avec les règles du droit administratif.
52. Ce sont ainsi les règles qui s'imposent invariablement à la Régie qui font en sorte que dans l'exercice de sa compétence, elle ne peut cautionner une conduite qui s'écarterait de la légalité au sens du droit administratif.
53. Hydro-Québec, en incluant la Modalité au Document du Programme, s'est écarté des prescriptions de la *Lré*, du Décret 1086-2011 et, par le fait même, de la Décision.

B) LA MODALITÉ N'A PAS ÉTÉ APPROUVÉE CONFORMÉMENT AUX EXIGENCES DE LA LOI SUR LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE ET DE LA DÉCISION

1) Hydro-Québec a contrevenu à l'article 74.3 *Lré*

54. L'article 74.3 *Lré* exige que les modalités du Programme soient préalablement approuvées par la Régie :

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

Le présent article ne s'applique qu'à l'égard de l'électricité produite à partir d'une installation dont la capacité maximale de production est fixée par règlement du gouvernement.

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

57. Aux paragraphes 5 et 7 de la Demande d’approbation, pièce R-7, Hydro-Québec intègre l’article 3a) du Décret 1086-2011 aux « critères d’admissibilité » du programme et renvoie, quant aux détails de ces critères d’admissibilité, au document B-0004 produit au soutien de la Demande, pièce R-8.
58. Hydro-Québec reconnaît donc la compétence de la Régie dans l’approbation des modalités du Programme, lesquels comprennent les critères d’admissibilité des soumissionnaires.
59. Les conclusions de la Demande d’approbation, pièce R-7, renvoient aux modalités énoncées au « Programme d’achat d’électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière du Distributeur, telles que décrites à la pièce HQD-1, Document 1 ».
60. Dans la partie 1, « Contexte », du document B-0004 produit par Hydro-Québec au dossier R-3780-2011, soit notre pièce R-8, Hydro-Québec déclare que le Programme « répond aux préoccupations du gouvernement visant à favoriser la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec ». Hydro-Québec y reconnaît à nouveau la compétence de la Régie pour l’approbation des modalités du Programme :

Conformément à l’article 74.3 de la LRÉ, les modalités d’un programme d’achat d’électricité provenant d’une source d’énergie renouvelable, en l’occurrence de centrales de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, doivent faire l’objet d’une approbation de la Régie de l’énergie (la Régie).

Ces modalités, présentées à la section 3, de même que les caractéristiques du contrat d’approvisionnement en électricité (le **Contrat**) à intervenir entre les parties, sont conformes au cadre réglementaire précité.

61. Dans la partie 3 du document B-0004, pièce R-8, intitulée « Modalités du Programme », le point 3.3, intitulé « Admissibilité », prévoit que « [p]our être admissible, une soumission doit porter sur un projet qui se conforme à toutes les exigences suivantes » (nous soulignons).
62. Ces exigences précisent que

- la puissance offerte pour la centrale sera de 50 MW au maximum (page 6, ligne 20);
- le soumissionnaire choisit la durée du contrat d’achat d’électricité, qui doit toutefois être moins de 15 ans ni plus de 25 ans (page 8, ligne 1).
- l’électricité produite par la centrale doit provenir soit « (i) d’une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle ou (ii) d’une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du Programme ou (iii) d’une installation bénéficiant d’un contrat de vente d’électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du Programme » (page 7, ligne 2) (nous soulignons)

63. L’exigence énoncée à la page 7, ligne 2 du document, pièce R-8, reprend presque littéralement les termes de l’article 3a) du Décret 1086-2011.

64. Il s'agit, encore une fois, d'un acquiescement clair à la compétence de la Régie sur l'approbation des modalités du Programme, en particulier des critères d'admissibilité de celui-ci. Tous les critères d'admissibilité doivent faire l'objet de l'approbation préalable de la Régie.
65. À la page 2 de la Réplique, pièce R-9, Hydro-Québec avance sans équivoque qu'il appartient à la Régie d'approuver les modalités d'un programme d'achat d'électricité, lesquelles incluent les critères d'admissibilité :

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

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

(Nous soulignons)

66. Le paragraphe 11 de la Décision énonce:

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

67. En note infrapaginale, le paragraphe 11 de la Décision réfère expressément aux pages 6 à 9 de la pièce B-0004 du dossier R-3780-2011, pièce R-8, au chapitre de l'admissibilité des soumissions.
68. À sa face même, la Modalité apporte une modification substantielle à l'article 3a) du Décret 1086-2011 et aux modalités pertinentes approuvées par la Décision.
69. En conséquence, la Modalité devenait sujette au processus d'approbation de la Régie selon l'exigence de l'article 74.3 al. 1 *Lré*.
70. L'inclusion de la Modalité au Document du Programme, pièce R-12, et au Formulaire, pièce R-13, sans approbation préalable de la Régie conformément à l'article 74.3 al. 1 de la *Lré*, constitue une violation à la réglementation applicable.
71. La Modalité ne figure ni au Décret 1086-2011, pièce R-6, ni à la Demande d'approbation, pièce R-7, ni au document B-0004 produit au dossier R-3780-2011, pièce R-8, ni à la *Réponse du Distributeur à certaines observations des intéressés*, pièce R-9.

72. La Décision, qui réfère expressément au document B-0004, pièce R-8, quant aux critères d'admissibilité, ne mentionne pas la Modalité.

73. Un des objectifs de la procédure publique d'approbation des modalités des programmes d'achat d'électricité devant la Régie est de permettre à divers intervenants de l'industrie de présenter leurs observations ou d'intervenir au dossier afin de faire valoir leurs arguments et de défendre leurs intérêts.

74. Or, en l'espèce, Domtar n'a pu présenter à la Régie ses observations ni intervenir dans le dossier R-3780-2011 pour contester l'inclusion de la Modalité aux conditions d'admissibilité au Programme, puisque la Modalité n'existait pas à ce moment-là.

75. En fait, Domtar n'a jamais eu de motif d'intervenir à l'encontre de la Modalité avant qu'Hydro-Québec ne lui signale clairement son intention de la lui opposer.

- Affidavit supplémentaire d'Yves Séguin, 1^{er} février 2013, paragraphes 5 à 20

2) Hydro-Québec a présenté une autre modification au Programme pour approbation par la Régie

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

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

3) Hydro-Québec a manqué à son obligation de suivi administratif, en contravention à la Décision

78. Dans la Décision, la Régie soulève la question du suivi du Programme et met en place une procédure à suivre à cet égard.

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

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

[...]

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

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

79. Il ne se trouve, au dossier R-3780-2011, aucun document postérieur à la Décision, qui fasse état d'un dépôt pour suivi administratif.

80. Or, en vertu de la Décision, toute modification au Programme, à plus forte raison une modification de substance telle que la Modalité, doit faire l'objet d'un suivi administratif par dépôt de document à la Régie.

C) LA MODALITÉ CONTREVIENT À L'INTENTION LÉGISLATIVE EXPRIMÉE PAR LE DÉCRET 1086-2011 ET MISE EN ŒUVRE PAR LA DÉCISION

1) Le Décret 1086-2011 lie la Régie et s'interprète comme une loi

81. Un décret est une forme de législation apparentée au règlement, à cette nuance près qu'il émane du ministre. L'interprétation du Décret 1086-2011 doit donc se faire en vertu des normes générales d'interprétation législative.

- BEAULAC, S., *Précis d'interprétation législative*, Montréal, LexisNexis, 2008, pages 3 et 29
- CÔTÉ, P.A. et autres, *Interprétation des lois*, 4^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2009, paragraphes 85 et suivants

82. Le principe cardinal de l'interprétation législative, tel que nous l'enseigne la doctrine recensant les décisions de la Cour suprême du Canada, a été formulé par l'auteur Driedger :

1. The Act as a whole is to be read in its entire context so as to ascertain the intention of Parliament (the law as expressly or impliedly enacted by the words), the object of the Act (the ends sought to be achieved), and the scheme of the Act (the relation between the individual provisions of the Act).

2. The words of the individual provision to be applied to the particular case under consideration are then to be read in their grammatical and ordinary sense in the light of the intention of Parliament embodied in the Act as a whole, the object of the Act and the scheme of the Act, and if they are clear and unambiguous and in harmony with that intention, object and scheme and with the general body of the law, that is the end.

3. If the words are apparently obscure or ambiguous, then a meaning that best accords with the intention of Parliament, the object of the Act and the scheme of the Act, but one that the words are reasonably capable of bearing, is to be given them.

4. If, notwithstanding that the words are clear and unambiguous when read in their grammatical and ordinary sense, there is disharmony within the statute, statutes in pari materia, or the general law, then an

unordinary meaning that will produce harmony is to be given the words, if they are reasonably capable of bearing that meaning.

5. If obscurity, ambiguity or disharmony cannot be resolved objectively by reference to the intention of Parliament, the object of the Act or the scheme of the Act, then a meaning that appears to be the most reasonable may be selected.

- Dans BEAULAC, S., *Précis d'interprétation législative*, Montréal, LexisNexis, 2008, page 32

83. La Décision est censée respecter le Décret 1086-2011, être interprétée en conformité avec lui et appliquer au Programme le cadre édicté par lui.

84. Le libellé du Décret 1086-2011, l'objectif gouvernemental se dégagant de son économie générale et de la lecture conjointe de ses dispositions permettent à la Régie, en application de sa propre Décision, de conclure à la non-conformité de la Modalité sans nécessité de passer au troisième item du principe moderne d'interprétation de Driedger, reproduit ci-dessus.

2) L'objectif gouvernemental prépondérant est l'amélioration de la compétitivité des entreprises situées en région

85. Par le Décret 1086-2011 le gouvernement fait expressément de **l'amélioration de la compétitivité** des entreprises situées dans les régions du Québec un objectif prépondérant du Programme. Cet objectif doit guider la Régie dans l'exercice de ses pouvoirs.

- Décret 1086-2011, pièce R-6, articles 1 et 2

86. Or, l'interprétation que fait Hydro-Québec de l'article 3a) du Décret 1086-2011 pour justifier la Modalité est incompatible avec les objectifs gouvernementaux de compétitivité des entreprises forestières établies en région, tels qu'énoncés aux articles 1 et 2 du même Décret.

87. Le Décret 1086-2011, référant à l'article 72 al. 2 *Lré*, prévoit que la Régie, pour l'approbation des plans d'approvisionnement du distributeur d'électricité, tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que lui indique le gouvernement.

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

(Nous soulignons)

88. Au chapitre de ces préoccupations, le Décret 1086-2011 vise l'amélioration de la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec par la valorisation de la biomasse forestière résiduelle par la production d'électricité et de vapeur.

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

[...]

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

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

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

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

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

a. Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante depuis plus de six mois consécutifs avant le lancement du programme ou une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme;

[...]

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

d. Afin d'assurer un développement optimal des projets au bénéfice des régions, le gouvernement croit opportun que le prix d'achat de l'électricité soit comparable au prix moyen obtenu lors de l'appel d'offres d'Hydro-Québec de 2009 (A/O 2009-01), indexé annuellement;

[...]

(Nous soulignons)

89. Au surplus, tel qu'il appert des dispositions mêmes du Décret 1086-2011, le gouvernement :

- fait de la compétitivité des entreprises et de la réduction de leurs coûts d'opération en ce qui concerne la fourniture de vapeur, des priorités dont la Régie doit tenir compte dans l'approbation des modalités d'un programme d'achat;
- donne priorité aux installations situées en région;
- identifie les caractéristiques du programme énumérées aux paragraphes 3 a) à i) comme favorisant la compétitivité, notamment en :
 - identifiant expressément l'octroi d'un contrat d'achat d'électricité provenant d'installations bénéficiant déjà d'un contrat comme un moyen à mettre en œuvre pour l'atteinte de l'objectif susmentionné;
 - rappelant que le Programme vise l'achat d'un bloc de production de 150 MW (augmenté par la suite à 300 MW);
 - exigeant la conclusion d'un contrat avec chaque promoteur ayant déposé une soumission conforme aux modalités du programme et ce, jusqu'à l'atteinte de la limite de 150 MW (désormais 300 MW);
 - rappelant l'opportunité que le prix d'achat de l'électricité soit comparable au prix moyen obtenu lors de l'appel d'offres de 2009;

90. Il en découle que l'examen de la conformité de la Modalité à la Décision est guidé par ces objectifs exprès et qu'un texte qui s'en écarte sensiblement ne doit pas recevoir l'aval de la Régie.

91. Dans la partie 5 de la pièce R-8, intitulée « Conclusion », Hydro-Québec déclare que « [l]e Programme soumis pour approbation est conforme au cadre réglementaire et reflète les préoccupations exprimées par le gouvernement » (nous soulignons). Hydro-Québec admet implicitement, ici, que le Programme doit refléter l'intention législative sous-tendant le Décret.

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

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

(Nous soulignons)

93. S'agissant de ces derniers passages, Hydro-Québec n'aurait pu exprimer plus justement le primat des objectifs gouvernementaux prévus au Décret 1086-2011 dans l'approbation des modalités du Programme par la Régie.

3) La Modalité discrimine Domtar sur la base d'un motif étranger à la Décision et au Décret 1086-2011

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

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

a. Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante depuis plus de six mois consécutifs avant le lancement du programme ou une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme;

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

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

97. Il serait contraire à la Décision d'adopter une interprétation qui aurait pour effet d'écarter, sans justification au regard des préoccupations indiquées à la Régie dans le Décret 1086-2011, Domtar ou toute installation existante bénéficiant du droit contractuel prépayé d'anticiper l'échéance d'un contrat d'achat d'électricité.

98. Au paragraphe 73 de la *Contestation du Distributeur*, Hydro-Québec prétend que la Modalité « précise la portée de l'article 1.5 portant sur les critères d'admissibilité » (nous soulignons).

99. Domtar soutient que la Modalité ne précise pas l'article 1.5, mais crée un nouveau critère visant spécifiquement Domtar ou les installations existantes placées dans la même situation que celle de Domtar.

100. La Décision et le Décret 1086-2011 ne créent pas de critère d'admissibilité basé sur le mode d'échéance d'un contrat dont bénéficie une installation existante.

101. Le critère créé par la Modalité n'est pas inclus dans l'article 3a) du Décret 1086-2011, car l'« échéance » visée par ce dernier est susceptible d'être devancée en vertu d'un droit contractuel de résiliation. La distinction entre diverses façons d'arriver à échéance avant la fin du Programme ne découle d'aucune des dispositions du Décret 1086-2011 et, à plus forte raison, de la Décision, et n'a aucune justification.

102. L'argument d'Hydro-Québec voulant que la Modalité précise la modalité présente à l'article 3a) du Décret 1086-2011 et approuvée par la Décision ne résiste pas à un examen sérieux. En effet, si la Modalité précise l'article précédent, la résiliation ne saurait constituer tantôt une « échéance » au sens de l'article 3a) (c'est-à-dire quand elle survient avant le lancement du Programme), tantôt non (c'est-à-dire quand elle survient après le lancement du Programme).
103. Or, la Modalité crée arbitrairement une classe de résiliations exclue du Programme en l'absence de toute indication le suggérant dans le Décret 1086-2011 ou dans la Décision.
104. Le caractère discriminatoire de la Modalité apparaît encore plus clairement lorsque l'on considère l'effet de l'Addenda no. 1, pièce HQD-4. Les « résiliés » ayant mené leur contrat à échéance entre la publication du Décret 1086-2011 et le lancement du Programme, quoique exclus par la première version de la Modalité, sont devenus admissibles par l'effet de l'amendement, alors que les « résiliés » ayant exercé leur droit après le lancement du Programme sont demeurés exclus.
105. De surcroît, la thèse selon laquelle le Décret 1086-2011 excluait d'office les installations existantes dans la situation de Domtar est contredite par la conduite même de représentants d'Hydro-Québec qui ont incité Domtar à présenter une soumission pour son installation de Windsor en mentionnant spécifiquement l'article 3a) du Décret, document en main.
- Affidavit supplémentaire d'André Béland, 1^{er} février 2013, paragraphes 1 à 8 et annexe AB-04
106. Le témoignage d'André Béland à ce sujet n'est contredit par aucune preuve d'Hydro-Québec.
107. Les règles de droit administratif prohibent de discriminer ainsi les soumissionnaires au Programme. Cette distinction constitue une forme de discrimination illégale et arbitraire qui équivaldrait à un dépassement de la compétence de la Régie, ce que ne saurait autoriser la Décision.
- *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, pages 23 et 24 (j. Iacobucci pour la Cour):

Je conviens avec le juge Arbour que la présente affaire est régie par l'arrêt de notre Cour *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, en ce qui concerne la discrimination dans le régime de réglementation. Dans cet arrêt, la Cour a statué que le pouvoir d'adopter des règlements municipaux n'emportait pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires (c.-à-d. d'établir une distinction) à moins que la loi habilitante ne permette effectivement un tel traitement discriminatoire. Voir également Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. 1971), aux pp. 406.3 et 406.4:

[traduction] C'est un principe fondamental en droit municipal que les règlements doivent toucher également tous ceux qui sont visés par le texte habilitant. Le règlement municipal doit être impartial dans son application et ne doit pas faire de

distinction de manière à montrer un certain favoritisme envers une ou plusieurs catégories de citoyens. Tout règlement qui viole ce principe de telle sorte que les citoyens ne se trouvent pas tous dans la même situation en ce qui concerne les questions qu'il touche est illégal.

Ce principe général ne s'applique pas lorsque la loi habilitante précise clairement que certaines personnes ou choses peuvent être soustraites à son application ou permet expressément une certaine forme de discrimination.

La règle interdisant les règlements discriminatoires est une excoissance du principe selon lequel, en tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités [traduction] «peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme» (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115).

(Nous soulignons)

4) La Modalité prive Domtar d'un prix raisonnable contrairement aux objectifs du Décret 1086-2011

108. Les profits accrus générés par un contrat d'achat d'électricité plus avantageux que celui dont bénéficie pour l'instant Domtar, une entreprise implantée en région (Windsor, Québec), contribueraient à la diminution des coûts d'opération de l'entreprise, condition *sine qua none* d'une amélioration de la compétitivité de cette dernière. Cette relation de cause à effet est implicite dans le texte du Décret 1086-2011.
109. Le prix payé par Hydro-Québec à Domtar pour l'électricité produite à l'installation de Windsor, Québec, déterminé en vertu de l'article 7 du Contrat, pièce R-3, est actuellement de 5,3¢/kWh.
110. À la lumière des renseignements contenus aux pièces et aux affidavits produits au soutien de la présente Demande, le prix payé actuellement par Hydro-Québec à Domtar correspond à la moitié d'un prix juste, raisonnable et approprié.
111. Dans la partie 3 du document, pièce R-8, intitulée « Modalités du Programme », le point 3.6, intitulé « Établissement du prix d'achat de l'électricité », prévoit que

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

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

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

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

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

(Nous soulignons)

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

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

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

(Nous soulignons)

113. Aux paragraphes 22 à 27 de la Décision, la Régie analyse les arguments d'Hydro-Québec quant à l'établissement du prix d'achat de l'électricité, en tenant compte notamment de l'« étude réalisée en 2010 par la firme Merrimack Energy Group, dont l'objectif était d'évaluer la compétitivité des soumissions retenues » (paragraphe 26).

114. Aux paragraphes 39 à 54 de la Décision, la Régie étudie les arguments présentés par les intervenants pour l'établissement d'un prix supérieur aux 10,6 ¢/kWh proposés par Hydro-Québec. Au paragraphe 89 :

À la lumière du Décret et compte tenu de ce qui précède, la Régie est satisfaite de la proposition du prix d'achat d'électricité du Distributeur, de la preuve soumise par le Distributeur et de ses commentaires à l'égard du prix d'achat. En outre, la Régie partage l'avis du Distributeur selon lequel le prix d'achat offert [soit 10,6¢/kWh] est un prix juste, raisonnable et approprié pour les installations admissibles au Programme.

(Nous soulignons)

115. Si, de l'aveu même d'Hydro-Québec et de l'avis de la Régie, le prix de 10,6 ¢/kWh est un prix « juste, raisonnable et approprié, et qu'une bonification du prix par la Régie la contraindrait au paiement d'une « somme supérieure à un juste prix » (R-9, page 3), on est logiquement forcé de conclure qu'une somme inférieure à 10,6 ¢/kWh est **inférieure** à un prix juste, raisonnable et approprié.
116. Conséquemment, pour assurer sa compétitivité, Domtar devrait recevoir un prix nettement supérieur à celui qu'elle reçoit en ce moment ; un prix juste et raisonnable, de l'aveu même d'Hydro-Québec et de l'avis de la Régie, se situerait à 10,6¢/kWh.
117. Les retombées du contrat qui pourrait être octroyé à Domtar par le biais du Programme contribueraient à assurer la compétitivité de l'installation de Domtar située à Windsor, Québec, qui emploie environ 875 personnes;
- Affidavit d'Yves Séguin du 27 avril 2012 et *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie*, paragraphe 79
118. La perte réelle et relative de compétitivité découlant du prix insuffisant payé pour l'électricité produite par les installations de Domtar à Windsor est porteuse de conséquences graves et irréparables pour Domtar, pour ses employés, pour ses partenaires d'affaires et pour la vitalité de la région;
- Affidavit d'Yves Séguin du 27 avril 2012 et *Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie*, paragraphes 76 à 81
119. Il appert de ce qui précède que la Modalité contrevient à l'objectif législatif servi par la Décision. En conséquence, il n'y aurait pas eu lieu, si la Modalité avait été soumise à la Régie en temps utile, de l'approuver en application de l'article 74.3 *Lré*.

D) LA CONDUITE D'HYDRO-QUÉBEC EST EMPREINTE DE MAUVAISE FOI ET RÉVÈLE LE CARACTÈRE ARBITRAIRE DE LA MODALITÉ

120. En novembre 2011, au moment de soumettre les documents R-7 et R-8 à la Régie, Hydro-Québec ne pouvait ignorer le fait qu'elle avait consenti à Domtar, à même le Contrat, une Option de terminaison anticipée.

- R-3 : Contrat, clause 4
121. Hydro-Québec ne pouvait ignorer, non plus, que cette Option avait été négociée et payée 1 560 000\$ par Domtar précisément dans l'intention de participer à un programme offrant des conditions plus intéressantes que celles du Contrat.
- Affidavit de monsieur André Béland du 2 mai 2012, paragraphes 3 à 5 et annexe AB-01
 - Affidavit de monsieur François Jetté, 1^{er} mai 2012, paragraphes 6 à 8
122. On constate, à la lecture de la *Contestation du Distributeur*, paragraphes 9 et 10, qu'Hydro-Québec nie l'affidavit de l'ingénieur Jetté et ignore celui de l'ingénieur Béland sans toutefois avancer la moindre preuve contraire.
123. La Régie devrait tirer une inférence négative de cette dénégation pure et simple, et dépourvue d'assise probante, et tenir pour avérés les déclarations contenues aux affidavits des ingénieurs Jetté et Béland.
124. En novembre 2011, Hydro-Québec avait des raisons suffisantes de croire que Domtar s'intéresserait au Programme, ses représentants l'ayant incitée à soumissionner.
- Affidavit supplémentaire d'André Béland, 1^{er} février 2013, paragraphes 1 à 8
125. En novembre 2011, au moment de soumettre les documents R-7 et R-8 pour approbation de la Régie, Hydro-Québec n'avait manifestement pas pour position que Domtar ne se qualifiait pas au Programme et ce, avec raison : le Décret 1086-2011 ne prévoyait rien qui y fit obstacle.
126. Selon toute vraisemblance, entre le moment du dépôt des documents R-7 et R-8, le 17 novembre 2011, et le lancement du Programme, le 20 décembre 2011, Domtar a perdu la faveur d'Hydro-Québec. Les causes de ce revers de fortune sont inconnues de Domtar qui, à l'évidence, n'est pas rentrée en grâce depuis.
127. Selon toute vraisemblance, la Modalité incluse au Document du Programme, pièce R-12, visait à priver Domtar du bénéfice de l'article 3a) du Décret et de son équivalent contenu dans le document R-8, tel qu'approuvé par la Décision.
128. Pour comble, dans un affidavit que sa franchise honore, **Hydro-Québec admet que la Modalité avait pour but d'empêcher les entreprises dans la situation de Domtar de soumissionner au Programme** et de bénéficier de meilleures conditions financières que celles prévues au Contrat :

Pour les installations de cogénération déjà existantes (*sic*), les modalités du Programme définies à l'article 1.5 ont précisément pour objectif d'éviter que des parties ne résilient des contrats de vente d'électricité en cours avec Hydro-Québec afin de soumissionner dans le Programme pour bénéficier de meilleures conditions financières;

(Nous soulignons)

- Affidavit de Yannick Scully, 19 février 2013, paragraphe 10
129. Le reste de l'affidavit de Yannick Scully constitue une opinion juridique, irrecevable comme telle à titre de témoignage, car elle usurpe la fonction juridictionnelle de la Régie.
- ROYER, J.C. et S. LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2008, page 328
 - *Fournier c. Lamonde*, 2004 CanLII 17901 (QC CA), paragraphes 20 à 22
130. Aucune règle de droit ne permet à la Régie de cautionner l'attitude affichée par Hydro-Québec par l'ajout de la Modalité au Document du Programme.
131. Au contraire, la Cour suprême, endossant la doctrine des auteurs Dussault et Borgeat, a reconnu dans l'arrêt *Arcade Amusements* que les principes de droit administratif relatifs à la discrimination pouvaient servir à sanctionner la mauvaise foi des autorités :

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

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

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

132. La discrimination arbitraire et *intentionnelle*, mue par des considérations étrangères au texte habilitant, est prohibée par les principes de droit administratif garantissant les justiciables contre l'arbitraire des autorités publiques.

Ainsi la jurisprudence a depuis longtemps admis que l'on puisse attaquer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, soit :

- parce que l'auteur a agi sans compétence ou autrement excédé sa compétence;
- parce que l'auteur de l'acte ne s'est pas conformé à la procédure prescrite, aux règles de la justice naturelle ou de l'équité procédurale;
- parce que l'auteur a poursuivi une finalité improprie, a agi de mauvaise foi ou par malice ou de façon discriminatoire;
- parce que l'auteur a agi de façon déraisonnable ou absurde.

[...]

Ainsi le pouvoir discrétionnaire ne doit jamais devenir arbitraire. L'arbitraire se manifeste sous les diverses formes d'abus de pouvoir, que la jurisprudence a classées en cinq catégories : la poursuite d'une finalité autre que celle voulue par le législateur, la mauvaise foi, la discrimination, les considérations non pertinentes, le caractère déraisonnable d'un acte. [...]

- GARANT, P., *Droit administratif*, 6^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, pages 189 à 192

133. Dans son interprétation de la Décision et dans l'application de celle-ci au cas d'espèce, la Régie ne peut endosser la position d'Hydro-Québec, laquelle relève de l'arbitraire prohibé par les principes les plus élémentaires du droit administratif.

A decision to deny or cancel such a privilege lies within the "discretion" of the Commission; but that means that decision is based upon a weighing of considerations pertinent to the object of the administration.

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. [...] "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure

from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption. [...]

- *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, page 140 (juge Rand)

134. La Régie est donc bien fondée de déclarer la Modalité abusive, arbitraire, illégale et non conforme à la Décision.

LE TOUT, RESPECTUEUSEMENT PRÉSENTÉ.

Montréal, le

WOODS S.E.N.C.R.L.
Procureurs de Domtar inc.