

C A N A D A

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : R-3820-2012

DOMTAR INC.

Demanderesse

c.

HYDRO-QUÉBEC

Distributeur

PLAIDOIRIE DU DISTRIBUTEUR

INTRODUCTION

[1] Par sa demande amendée d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de l'énergie (la « **Demande initiale** »), entendue par la Régie le 19 juin 2012, Domtar inc. (« **Domtar** ») recherchait l'obtention d'ordonnances à l'égard de sa soumission déposée en vertu du Programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle (le « **Programme** »). Domtar prétendait notamment bénéficier d'une option contractuelle prépayée (l' « **Option** ») dans son contrat en cours avec Hydro-Québec (le « **Contrat** ») qui lui permettait, selon elle, de devancer l'échéance du terme et de se qualifier au Programme n'eut été de l'ajout d'une modalité par le Distributeur selon laquelle un contrat résilié après la date du lancement du programme n'est pas admissible au Programme (la « **Modalité** »).

[2] La preuve était constituée, d'une part, des allégations de Domtar dans sa Demande amendée dont les allégations étaient tenues pour avérées, des 24 pièces et des quatre affidavits des représentants de Domtar et d'autre part, de la contestation du Distributeur et des huit (8) pièces à son soutien. Conformément à l'échéancier convenu entre les parties et entériné par la Régie, Domtar a eu l'occasion de déposer des documents supplémentaires en réponse à la contestation du Distributeur.

[3] Chaque partie a déposé lors de l'audience une argumentation écrite et des autorités et a pu présenter l'ensemble de ses arguments.

[4] La Demande initiale a été rejetée par décision de la Régie D-2012-080 du 17 juillet 2012 (la « **Décision** »).

[5] Domtar demande maintenant la révision de la Décision par sa *Demande amendée de révision de la décision numéro D-2012-080 rendue par le régisseur Jean-Paul Théorêt le 17 juillet 2012 en vertu de l'article 37 de la Loi sur la Régie de l'énergie (L.R.Q., c. R-6.01)* (la « **Demande de révision amendée** »).

I LES CONDITIONS D'OUVERTURE DU RECOURS EN RÉVISION

[6] Les critères d'analyse d'une requête en révision alléguant un vice de fond de nature à invalider la décision font l'objet d'une jurisprudence constante de la Régie et des tribunaux judiciaires :

- *Newfoundland and Labrador Hydro c. Hydro-Québec*, Régie de l'énergie, D-2011-101, 15 juillet 2011 [**ONGLET 3**]
- *Bourassa c. Commission des lésions professionnelles*, C.A.M no. 500-09-011014-016, 28 août 2003 [**ONGLET 4**]
- *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, C.A.M. no. 500-09-014608, 7 septembre 2005 [**ONGLET 5**]

[7] S'il s'agit d'allégations d'une erreur de droit, cette erreur doit constituer un vice de fond, c'est-à-dire être manifeste et avoir un caractère déterminant sur l'issue du litige.

II LES MOTIFS DE RÉVISION

[8] Domtar allègue que la Décision est entachée de plusieurs vices de fond au sens de l'article 37(3) de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q., c. R-6.01 (la « **LRÉ** ») et que le Distributeur résume comme suit :

1. En rejetant la demande d'ordonnance de sauvegarde pour le motif que l'Option n'a pas été exercée, la Régie aurait commis une erreur « manifeste et dominante ».
2. La Régie aurait commis une erreur « manifeste » lorsqu'elle a conclu que la Modalité prévue à l'article 1.5 *in fine* est conforme à sa décision D-2011-190 approuvant les modalités du Programme.
3. La Régie aurait excédé sa juridiction et n'aurait pas respecté les principes de justice naturelle en rejetant l'ensemble de la demande de Domtar pour le motif que sa soumission n'est pas conforme au Programme
4. La Régie aurait commis des erreurs « fondamentales » concernant l'appréciation du préjudice, de l'urgence et de la prépondérance des inconvénients.

III LA CONTESTATION DU DISTRIBUTEUR

a. Généralités

[9] Le Distributeur soumet que la Décision est bien fondée, qu'elle est conforme à la LRÉ et qu'elle découle d'un exercice valable de la compétence de la Régie.

[10] Le Distributeur soumet également que les motifs invoqués par Domtar dans sa Demande de révision amendée témoignent d'une compréhension erronée de la Décision.

b. Le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde

[11] Par la Décision, la Régie a d'abord rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar pour le motif que l'Option n'ayant pas été exercée, « Domtar ne peut prétendre, sauf hypothétiquement, se qualifier au [Programme] » (para. 61 de la Décision).

[12] Ce motif est clair et incontestable. De plus, dans sa Demande de révision amendée, Domtar n'a pas établi en quoi la conclusion qu'une *hypothèse de droit* ne constitue pas un *droit* pourrait constituer un vice de fond de nature à invalider la décision.

[13] Ce motif justifiait à lui seul le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar. C'est ce que la Régie indique en caractères gras au paragraphe 61 de la décision D-2012-080 :

« [61] La Régie retient la prétention du Distributeur à l'effet que Domtar n'a pas fait la démonstration de l'apparence d'un droit. N'ayant pas exercé l'Option, Domtar ne peut prétendre, sauf hypothétiquement, se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme comme propriétaire d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec qui vient à échéance avant la fin du programme. Pour ce motif, **la Régie rejette la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar.** (caractères gras dans le texte)

[14] En somme, si Domtar ne détient aucun droit, sauf une hypothèse de droit, une seule conclusion s'imposait : le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde.

[15] Dans sa Demande de révision amendée, Domtar prétend que le critère de la question sérieuse à trancher aurait dû trouver application et que la Régie aurait donc dû accueillir sa demande d'ordonnance de sauvegarde. Le Distributeur comprend que Domtar indique ici que la conformité de la Modalité serait une question sérieuse à trancher. Toutefois, cette prétendue question sérieuse à trancher ne pouvait être formulée que de manière hypothétique, comme suit : *dans l'hypothèse où Domtar exerce son Option, sa soumission deviendrait-elle conforme au Programme n'eut été de la Modalité ?*

[16] Le Distributeur soumet respectueusement qu'il ne s'agit pas là d'une question sérieuse à trancher par la Régie pour les motifs suivants :

- À l'évidence, comme l'a décidé la Régie, la Modalité est conforme au cadre réglementaire;
- À l'évidence, comme l'indique la Régie de façon subsidiaire, même en l'absence de la Modalité, Domtar bénéficie d'un contrat dont l'échéance se situe plusieurs années après la fin du Programme, ce qui rend cette question purement déclaratoire.

[17] Ces arguments sont détaillés dans les sections qui suivent en réponse aux prétentions apparaissant dans la Demande de révision amendée.

c. Le rejet de l'ensemble de la demande d'exercice du pouvoir de surveillance de la Régie

1. L'excès de juridiction allégué

[18] Domtar prétend que la Régie a excédé sa juridiction en mentionnant dans sa Décision que dans l'hypothèse où elle avait juridiction pour trancher un litige entre le Distributeur et un fournisseur, elle aurait décidé que la soumission de Domtar ne se qualifierait pas au Programme même si l'Option était exercée.

[19] Domtar en conclut erronément que c'est sur cette base que la Régie a rejeté l'ensemble de sa demande. Pourtant, la Décision mentionne en toutes lettres que ce motif est « subsidiaire » :

« [62] Subsidiairement, sans se prononcer sur la question de sa juridiction mais en prenant comme hypothèse qu'elle aurait cette juridiction, la Régie rejeterait la demande de Domtar. Si Domtar exerçait l'Option prévue au Contrat avant la fin du programme la Régie est d'avis que Domtar ne se qualifierait ni vertu du troisième critère de qualification de l'article 1.5 du Programme approuvé par la Régie dans sa décision D-2011-190, ni en vertu du texte de la Modalité tel qu'ajouté par le Distributeur au Programme ». (nous soulignons)

[20] L'expression de motifs subsidiaires par la première formation de la Régie ne peut justifier la révision des conclusions de la Décision. Le critère de révision prévoit que l'erreur alléguée doit avoir un impact déterminant sur l'issue du litige. À l'évidence, des motifs subsidiaires ne sauraient remplir cette condition :

- L'article 37 de la LRÉ prévoit que le vice de fond allégué doit être « de nature à invalider la décision »;
- La Cour d'appel mentionne dans l'arrêt *Fontaine* [ONGLET 5] que « la gravité, l'évidence et le caractère déterminant d'une erreur sont des traits distinctifs susceptibles d'en faire un « vice de fond de nature à invalider la décision »;

- La Régie applique ce critère de façon constante et le qualifie ainsi : l'erreur de fait ou de droit ne peut donner ouverture à la révision administrative que si elle est manifeste et a un caractère déterminant sur l'issue d'un litige » (Décision D-2011-101) [ONGLET 3].

[21] Domtar n'a pas établi en quoi ces conclusions de la Régie seraient entachées d'un vice de fond de nature à invalider la Décision.

[22] Par ailleurs, constatant que la notion de résiliation est clairement et incontestablement définie en droit québécois comme couvrant l'exercice de l'Option, la Régie a rejeté la prétention de Domtar voulant que la résiliation d'un contrat est un moyen de devancer son échéance.

[23] Plus particulièrement, une décision s'appuyant sur des autorités reconnues ne saurait constituer une erreur de droit manifeste ayant un caractère déterminant sur l'issue du litige. Encore aujourd'hui, Domtar ne présente aucune autorité à l'appui de sa prétention que la résiliation d'un contrat est un moyen de devancer son échéance.

[24] Le Distributeur réitère tous ses arguments formulés au dossier R-3798-2012 dans sa contestation écrite du 11 juin 2012 et dans son argumentation du 19 juin 2012 à l'effet que la Régie n'a pas juridiction pour trancher les litiges entre un fournisseur potentiel et le Distributeur dans le cadre de l'application d'un programme d'achat d'électricité.

2. La conformité de la Modalité à la décision de la Régie D-2011-190

[25] La Régie a procédé à l'exercice que lui demandait de faire Domtar, à savoir vérifier si *prima facie*, l'article 1.5 in fine était illégal. Après étude des prétentions des parties, la Régie a conclu que la contestation de la Modalité prévue à l'article 1.5 in fine par Domtar ne change rien à sa situation :

« La Modalité, que ce soit celle apparaissant au programme, avant ou après l'ajout de l'Addenda, ne modifie en rien la situation juridique de la demanderesse : elle bénéficie d'un contrat avec Hydro-Québec qui vient à échéance à l'expiration de la 25^e année à partir de la première livraison d'électricité, soit bien après la fin du Programme ». (para. 65 de la Décision)

[26] De plus, après étude du texte du Décret et de la Modalité attaquée par Domtar, la Régie en vient également à la conclusion que la Modalité respecte la lettre et l'esprit de la décision approuvant les modalités du Programme et constitue une simple précision :

« [63] [...] la Modalité qu'a ajoutée le Distributeur au Programme n'a modifié ni la lettre ni l'esprit du programme approuvé par la Régie de façon substantielle. La Modalité ne fait que préciser la portée de la disposition sur les critères d'admissibilité. Par ailleurs, la Modalité n'a aucune incidence sur la situation de Domtar ».

[27] La Régie est un tribunal spécialisé dans la réglementation de la distribution d'électricité au Québec et notamment en matière d'approvisionnements en électricité.

[28] La réglementation des approvisionnements en électricité du Distributeur, notamment l'approbation du plan d'approvisionnement en électricité du Distributeur et la surveillance des appels d'offres est au cœur des compétences de la Régie.

[29] Plus particulièrement, en matière d'approvisionnements en électricité produite par cogénération à la biomasse, la Régie a surveillé l'application de la procédure d'appels d'offres et d'octroi pour les appels d'offres A/O 2003-01, A/O 2004-02 et A/O 2009-01 et approuvé les contrats qui en ont découlé. La Régie a également approuvé les modalités du Programme après avoir fait l'étude des positions des intéressés dans le cadre d'un processus public et rendu la décision D-2011-190 en conséquence.

[30] Les prétentions de Domtar quant à l'illégalité de la Modalité ont été jugées mal fondées en droit par la Régie, à leur face même.

[31] La Régie avait en mains toute la preuve nécessaire pour en décider, notamment les décrets pertinents, la preuve et les affidavits de Domtar dont le contenu était tenu pour avéré et la contestation écrite du Distributeur. Domtar n'indique pas en quoi elle aurait été empêchée de faire valoir tous ses arguments à cet égard. Aujourd'hui encore, Domtar réfère aux mêmes autorités que celles présentées à l'audience de la Demande initiale le 19 juin 2012.

[32] En somme, la Régie a rendu sa Décision sur la base d'un dossier complet et conformément à la demande que Domtar lui formulait, c'est-à-dire décider si *prima facie*, la Modalité pourrait être illégale ou s'il s'agit d'une question sérieuse à juger. L'analyse de la Régie l'a amenée à conclure valablement que les prétentions de Domtar n'ont aucun fondement.

[33] Dès lors, la Demande initiale n'avait plus d'assise juridique et une seule conclusion s'imposait : son rejet. En effet, l'ensemble des prétentions de Domtar s'appuyaient sur la prétendue illégalité de la Modalité.

[34] À partir du moment où celle Modalité est jugée conforme au cadre réglementaire, Domtar n'a plus de recours devant la Régie :

- peu importe que l'Option ait été exercée ou non;
- peu importe que la soumission ait été conforme ou non par ailleurs.

[35] Par ailleurs, le Distributeur conteste les prétentions de Domtar relativement aux objectifs gouvernementaux, à la prétendue discrimination illégale fondée sur le mode de terminaison des contrats et sur la révision de la conclusion de la Régie quant à la conformité de la Modalité.

[36] Plus particulièrement, l'argument de Domtar fondé sur les objectifs du gouvernement du Québec prévus au Décret est mal fondé à sa face même. En effet, le gouvernement a indiqué dans le Décret certains critères d'admissibilité pour qu'une installation soit admissible au Programme. Ces critères distinguent les situations suivantes :

- les installations nouvelles des installations existantes;
- les installations opérantes de celles qui sont inopérantes depuis plus de six (6) mois;
- les installations qui bénéficient d'un contrat avec Hydro-Québec de celles qui n'en bénéficient pas et parmi celles-ci, les installations dont le contrat vient à échéance pendant la durée du Programme de celles dont l'échéance se situe après le Programme.

[37] Le gouvernement entendait donc favoriser la compétitivité des entreprises en région qui rencontrent les critères d'admissibilité du Programme et qui déposent une soumission admissible. De plus, aucune preuve n'indique que le Programme ne permettra pas d'atteindre les objectifs du gouvernement.

[38] Ce n'est pas du point de vue de l'admissibilité des autres entreprises que l'on doit faire l'analyse des modalités du Programme dans le présent dossier, mais bien eu égard à la soumission de Domtar.

[39] Le Distributeur conteste également l'affirmation de Domtar voulant que le mode de terminaison des contrats existants n'ait « aucun lien logique avec le Programme ». Comme indiqué plus haut, le Décret prévoit un critère d'admissibilité lié aux contrats existants qui viennent à échéance pendant la durée du Programme. Le « lien logique avec le Programme » est exprimé en toutes lettres dans le décret.

[40] Les prétentions de Domtar relativement au caractère prétendument abusif, illégal et discriminatoire de la Modalité, à leur face même, ne reposent sur aucun fondement juridique ou factuel. Ces arguments devaient être rejetés par la Régie et devraient l'être à nouveau au présent dossier.

3. Le caractère purement théorique de la dernière question soumise par Domtar

[41] Domtar prétend dans sa Demande de révision amendée que c'est non seulement la Modalité qui serait illégale, mais également l'interprétation qu'a fait la Régie de l'article 1.5 iii) du Programme, abstraction faite de la Modalité.

[42] Selon Domtar, la question de savoir quel serait le statut de sa soumission si la Modalité était annulée et si l'Option était exercée n'est pas une question théorique; il s'agirait plutôt d'une question réelle et immédiate. Le Distributeur soumet avec égards pour l'opinion contraire que cette prétention est grossièrement mal fondée pour les raisons qui suivent.

[43] Dans les conclusions amendées de sa demande au dossier R-3798-2012, Domtar formulait ainsi ses conclusions sur cette question :

« **DÉCLARER** que dans la mesure où Domtar exerce l'option prévue à la clause 4 du Contrat, pièce R-3 et sous réserve de la Fin du Programme, l'installation de Domtar située à Windsor, Québec, et visée par le Contrat, pièce R-3, satisfait aux conditions prévues à l'article 1.5 iii) du Document du Programme, condition libellée comme suit : « 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 » ;

DÉCLARER que dans la mesure où Domtar exerce l'option prévue à la clause 4 du Contrat, pièce R-3 et sous réserve de la Fin du Programme, l'installation de Domtar située à Windsor, Québec, et visée par ledit Contrat ne sont pas inadmissibles, puisque la date d'échéance du Contrat arriverait avant la Fin du Programme tel que cette expression est définie à l'article 1.1 du Document du Programme;

DÉCLARER que le Contrat pourrait venir à échéance avant la Fin du Programme, au sens de l'article 1.5 iii) du Document du Programme, s'il faisait l'objet de l'exercice conditionnel de l'option prévue à la clause 4 du Contrat, exercice qui serait conditionnel à la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité au terme du Programme; »

[44] La Régie a conclu que l'exercice de l'Option par Domtar constitue un droit hypothétique. Tel qu'il appert des conclusions de Domtar reproduites ci-haut, celle-ci semble également considérer, par l'emploi abondant du conditionnel et du mot « si », que son droit n'est qu'hypothétique.

[45] Domtar ajoute elle-même une hypothèse supplémentaire à l'exercice de son Option, à savoir que cet exercice n'aurait lieu que si un contrat d'achat d'électricité était signé en vertu du Programme.

[46] Néanmoins, Domtar prétend que cette question est réelle et immédiate !

[47] La nature hypothétique du droit de Domtar est incompatible avec sa prétention qu'il s'agit d'une question réelle et immédiate.

[48] Il est de jurisprudence constante de la Régie que celle-ci n'a pas juridiction pour rendre des ordonnances purement déclaratoires. C'est pourtant ce que Domtar lui demande de faire par ses procédures.

[49] La Régie s'est prononcée sur l'étendue et les limites de sa compétence en matière déclaratoire :

- *Énergie La Lièvre s.e.c. c. Hydro-Québec*, Régie de l'énergie, D-2007-100 (23 août 2007) [ONGLET 6]

[50] Dans cette affaire, Énergie La Lièvre, propriétaire d'un réseau de transport d'électricité, s'était adressée à la Régie afin de faire déclarer qu'elle n'est pas un « transporteur auxiliaire » et partant, non assujettie à l'obligation de négocier un contrat de transport avec Hydro-Québec.

[51] En vertu de l'article 85.15 de la LRÉ, un « transporteur auxiliaire » est tenu de négocier avec Hydro-Québec, à sa demande, un contrat de transport d'électricité. La notion de « transporteur auxiliaire » est nouvelle en droit québécois depuis 2006 et est définie à l'article 85.14 de la LRÉ.

[52] Dans le cadre d'un processus contradictoire, la Régie a déterminé que la demande d'Énergie La Lièvre n'est pas purement déclaratoire, vu l'existence d'une impasse réelle entre les parties, ni prématurée, en ce qu'il s'agit d'une étape de qualification nécessairement préalable à la négociation éventuelle d'un contrat de transport. La Régie s'exprime ainsi :

« Ce n'est donc pas en vertu d'une juridiction de droit commun que la Régie est appelée à agir, mais bien en vertu de sa compétence statutaire de déterminer préliminairement de l'assujettissement d'une partie à un litige à l'obligation de négociation, compétence admise par les parties au litige et conforme aux articles 31(5^e) et 85.14 de la Loi ». (D-2007-100, page 8).

[53] Les distinctions avec le présent dossier constituent un obstacle dirimant à la Demande de révision amendée de Domtar. Dans le dossier Énergie La Lièvre, une obligation de négocier un contrat de transport était prévue dans la LRÉ et la qualification préalable d'Énergie La Lièvre à titre de « transporteur auxiliaire », termes définis à la LRÉ, était nécessaire pour décider de son assujettissement à la loi. Les situations juridiques étaient cristallisées et ne dépendaient d'aucun événement, option ou acte de la part de l'une ou l'autre des parties.

[54] Dans le cas de Domtar, l'existence de son droit dépend non pas de la qualification que pourrait faire la Régie en vertu d'une loi, mais de l'exercice par Domtar d'une Option contractuelle, à sa seule discrétion.

[55] Domtar a donc un acte contractuel important à poser avant que la question qu'elle soumet à la Régie ne perde son caractère purement théorique pour devenir réelle et immédiate. Les autorités citées par Domtar n'appuient pas ses prétentions, notamment en référant au critère du « litige réel », car il est question ici d'un litige éventuel si l'Option était exercée.

[56] En définitive, Domtar demande à la Régie d'excéder sa compétence en prononçant une ordonnance purement déclaratoire. Qui plus est, cette question ne se rapporte pas à l'interprétation de la LRÉ, mais à l'interprétation de l'expression « vient à échéance » dans un programme d'achat du Distributeur.

- *Domtar inc. c. Produits Kruger Ltée*, 2010 QCCA 1934 [ONGLET 7]
- *Farinacci c. Québec (Procureur général)*, 2012 QCCS 4189 [ONGLET 8]

4. L'analyse des critères du préjudice sérieux ou irréparable, à l'urgence et à la prépondérance des inconvénients

[57] Le Distributeur réitère les faits et les arguments présentés dans sa contestation écrite du 11 juin 2012 et dans son argumentation du 19 juin 2012.

CONCLUSION

[58] Le Distributeur soumet que dans le cadre de l'étude de la demande de Domtar et compte tenu de ses allégations de son argumentation et des conclusions demandées, la Régie pouvait valablement :

- **Apprécier la preuve d'apparence de droit** administrée par Domtar et conclure à l'absence de droit. Une seule conclusion s'imposait alors : le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde.
- **Vérifier l'adéquation entre l'article 1.5 *in fine* du Programme avec le cadre réglementaire** et décider qu'il s'agit d'une simple précision. Une seule conclusion s'imposait alors : le rejet de l'ensemble de la demande d'exercice du pouvoir de surveillance de la Régie.
- **Faire état d'un motif subsidiaire** présenté sous réserves d'une décision quant à sa compétence et rejeter de surcroît la prétention de Domtar que la résiliation d'un contrat est un moyen de devancer son échéance.

[59] Le Distributeur demande donc à la Régie de rejeter la Demande de révision amendée formulée dans le présent dossier.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

Montréal, le 19 octobre 2012

(S) Affaires juridiques d'Hydro-Québec

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