

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No : R-3827-2012

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

TSHIUETIN ÉNERGIE S.E.C

et

HYDROMÉGA SERVICES INC.,

Co-demanderes/Intimées

c.

HYDRO-QUÉBEC, dans ses activités de
distribution d'électricité,

et

HYDRO-QUÉBEC, dans ses activités de
transport d'électricité,

Mises en cause/Requérantes

DELOITTE INC.,

Mise en cause

**PLAN D'ARGUMENTATION DES CO-DEMANDERESSES/INTIMÉS
REJET DE LA REQUÊTE EN IRRECEVABILITÉ**

**LES CO-DEMANDERESSES/INTIMÉES PLAIDENT RESPECTUEUSEMENT QUE LA
REQUÊTE EN IRRECEVABILITÉ DE LA REQUÉRANTE DOIT ÊTRE REJETÉE
PAR LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE POUR LES MOTIFS SUIVANTS :**

- A. Pouvoir de révision de la Régie de l'énergie (« Régie ») de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q., R-6.01 (« Loi »)**
- a) La Régie doit faire preuve de retenue avant de rejeter sommairement une demande de révision**
1. La Régie doit faire preuve de retenue avant de rejeter sommairement une demande de révision avant même d'avoir entendu la preuve alors que son rôle se limite à une appréciation superficielle de la demande.

2. Les Co-demanderesses/Intimées considèrent que l'article 37 de la Loi doit s'interpréter et s'apprécier à la lumière de la preuve présentée, une fois l'enquête close. Procéder au rejet de la demande de révision à cette étape-ci est prématuré. La demande des Co-demanderesses/Intimées ne peut certainement pas être qualifiée d'abusive.

Daoust c. Boucherville (Ville de), 2012 QCTAQ 11946, par. 21 (**onglet 1**)

b) La demande de révision est présentée dans les délais

3. Contrairement à ce que soutiennent les Mises en cause/Requérantes, les Co-demanderesses/Intimées ont agi avec célérité et diligence en déposant leur demande de révision en vertu de l'article 37(1) de la Loi le 8 novembre 2012.
4. Les Co-demanderesses/Intimées soutiennent que les Mises en cause/Requérantes font fausse route en considérant la date de la décision D-2011-175 de la Régie (18 novembre 2011) comme point de départ du calcul du délai raisonnable et le délai de 30 jours comme un délai fixe.
5. C'est dans la décision D-2000-51 que la Régie s'est exprimée pour la première fois sur le délai applicable aux requêtes en révision présentées en vertu de l'article 37 la Loi. Une lecture attentive de cette décision permet de constater que le délai de 30 jours n'est qu'un indicatif de ce qui constitue « *généralement le temps normal* », aux yeux de la Régie, pour introduire une demande en révision :

Décision D-2000-51 (R-3434-99) rendue le 30 mars 2003, p 8. (**onglet 2**)

6. Les Mises en cause/Requérantes réfèrent à tort à la date de la décision de la Régie et à la date du dépôt de la demande de révision par les Co-demanderesses/Intimées comme étant les balises du délai raisonnable en l'espèce.
7. Les Co-demanderesses/Intimées attirent l'attention de la Régie sur la nature particulière de leur recours, soit notamment la découverte d'un fait nouveau et les circonstances exceptionnelles entourant les parties impliquées et la chronologie des événements.
8. Aucune des décisions citées par les Mises en cause/Requérantes pour justifier que le délai raisonnable soit de 30 jours à compter de la décision de la Régie ne concerne précisément une demande de révision en vertu de l'article 37(1) de la Loi, soit la révision d'une décision suite à la découverte d'un fait nouveau.
9. En l'espèce, les Co-demanderesses/Intimées présentent une demande de révision de la décision suite à la découverte d'un fait nouveau. Dans la décision D-2001-162, une décision rendue en vertu de l'article 37(1) de la Loi, la Régie souligne que le délai raisonnable commence à courir à partir de la connaissance des faits qui font l'objet de la demande de révision.

Décision D-2001-162 (P-110-137R) rendue le 19 juin 2001 à la p 8. (**onglet 3**)

10. Les Co-demanderesses/Intimées soutiennent que le délai pour déposer leur demande de révision a commencé à courir à la fin du mois d'octobre 2012, soit le moment où les Co-

demandereses/Intimées ont reçu la confirmation, de la part de leur expert, que les Mises en cause/Requérantes avaient commis une erreur dans l'analyse du scénario d'intégration le plus avantageux du point de vue technico-économique dans le cadre de l'étude d'intégration réalisée pour leurs projets présentés dans l'Appel d'offres A/O 2009-02.

11. Subsidiairement, si la Régie n'accepte pas la date de la confirmation de l'erreur d'HQD par l'expert des Co-demandereses/Intimées comme étant le début du délai, les Co-demandereses/Intimées soutiennent que des circonstances exceptionnelles ont empêché le dépôt de la demande de révision avant le 5 novembre 2012.
12. Les Mises en cause/Requérantes s'appuient notamment sur la décision D-2003-49 (R-3496-2002) lorsqu'elles réfèrent au délai raisonnable de 30 jours. Dans cette décision, la Régie a accepté d'entendre la demande de révision d'Hydro-Québec TransÉnergie malgré l'expiration du délai raisonnable d'introduction du pourvoi en révision généralement observé en raison de circonstances exceptionnelles.

Décision D-2003-49 (R-3496-2002) rendue le 7 mars 2003 à la p 8. (**onglet 4**)

13. Les Co-demandereses/Intimées demandent à la Régie de tenir compte de toutes les circonstances du présent dossier pour conclure que les Co-demandereses/Intimées ont déposé leur recours à l'intérieur d'un délai raisonnable.
14. Les Co-demandereses/Intimées n'ont pas été en mesure de déposer de demande de révision à la Régie avant le 5 novembre 2012 et ce, pour les motifs suivants.
15. À partir du mois de mai 2012, Hydroméga a consulté la communauté innue d'Essipit, le partenaire autochtone principal des Co-demandereses/Intimés, afin d'évaluer les différentes options s'offrant à eux afin de faire respecter leurs droits à un traitement équitable dans le cadre de l'Appel d'offres A/O 2009-02.
16. Ces consultations ont été complexes car la communauté innue d'Essipit privilégiait la voie de la négociation et de la discussion plutôt que celle des tribunaux et souhaitait connaître les répercussions découlant d'un dépôt d'une demande auprès de la Régie de l'énergie.
17. Le 23 mai 2012, les Co-demandereses/Intimés ont informé HQD des résultats de l'étude d'intégration et ont demandé des explications et une réévaluation des coûts de raccordement à la lumière des informations obtenues le 18 avril 2012, tel qu'il appert de la **pièce D-28** (déposée sous pli confidentiel).
18. Le 30 mai 2012, HQD a fourni des explications et a informé verbalement les Co-demandereses/Intimés qu'elle maintenait sa position à l'effet de ne pas réouvrir le dossier.
19. Le 31 mai 2012, des représentants des Co-demandereses/Intimés ont rencontré le ministre en titre responsable des Affaires autochtones et le ministre en titre des Ressources naturelles et de la Faune afin de discuter de la possibilité de trouver une

solution à l'erreur probable soulevée par les résultats découlant de l'étude d'intégration du 18 avril 2012.

20. Lors de cette rencontre, les ministres ont évoqué la possibilité de la mise en place d'un Programme d'achat d'électricité produite à partir d'éoliennes réservé aux projets autochtones qui serait mis en place au plus tard à la fin du mois d'octobre 2012.
21. De plus, des élections ont eu lieu le 6 juillet 2012 dans la communauté innue d'Essipit, le partenaire principal des Co-demanderesses/Intimés suite à une période de mise en candidature débutée le 15 juin 2012, causant ainsi des délais dans la prise de décision. Plus particulièrement, le 6 juillet 2012, un nouveau chef et un nouveau conseil était élu dans la communauté innue d'Essipit.
22. Suite à l'arrivée en poste de ces nouveaux élus, le présent dossier a dû être réexpliqué afin d'obtenir des instructions quant à la poursuite du dossier.
23. Les communautés autochtones participant à cet appel d'offres de 250 MW lancé spécifiquement pour elles par le gouvernement du Québec devraient bénéficier de l'équité procédurale à l'égard d'un projet qui pourrait être développé sur leur territoire.

Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmaks, 2010 CSC 53, paragraphes 46-47 (**onglet 5**).

Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du patrimoine canadien), [2005] 3 R.C.S. 388, paragraphe 64 (**onglet 6**).

Gouvernement du Québec, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, mise à jour 2008, page 10 (**onglet 7**).

24. Le 4 septembre 2012, les élections au Québec ont eu lieu et un nouveau gouvernement a été élu.
25. Début octobre 2012, la communauté innue d'Essipit a informé les autres partenaires autochtones des Co-demanderesses/Intimés afin de les consulter sur les démarches en cours et les suites à donner au dossier. Le 9 octobre 2012, les partenaires autochtones ont communiqué avec la nouvelle ministre en titre des Ressources Naturelles afin d'obtenir une rencontre pour discuter de la possibilité de trouver une solution à la problématique.
26. En parallèle aux interventions réalisées auprès des autorités gouvernementales, les Co-demanderesses/Intimés ont entamé des démarches dès le mois de juin 2012 afin d'identifier un expert indépendant habilité à déterminer si HQD et HQT avait commis une erreur quant à l'analyse du scénario d'intégration le plus avantageux du point de vue technico-économique dans le cadre de l'étude d'intégration réalisée pour leurs projets présentés dans l'Appel d'offres A/O 2009-02.
27. En raison de la position qu'occupe HQD dans le marché de l'électricité québécois, les Co-demanderesses/Intimées se sont heurtées à plusieurs refus, ce qui a eu pour conséquence d'allonger le délai.

28. Après avoir pu trouver un expert prêt à présenter un rapport devant la Régie et à la lumière des consultations avec cet expert qui a confirmé, de manière préliminaire à la fin du mois d'octobre 2012, qu'HQT avait commis une erreur quant à l'analyse du scénario d'intégration le plus avantageux du point de vue technico-économique dans le cadre de l'étude d'intégration et que le réseau d'HQT n'avait pas changé de manière significative, les Co-demanderesses/Intimées ont fait parvenir une mise en demeure à HQD le 26 octobre 2012.

29. On ne saurait reprocher à une partie de ne pas intenter un recours alors qu'elle n'est pas en possession de tous les éléments essentiels lui permettant de connaître ses droits.

Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir, Julie McCan, Wilson & Lafleur, 2011, p. 130. (onglet 8)

30. Ainsi, c'est après avoir reçu la confirmation, de la part de leur expert, que les Mises en cause/Requérantes avaient commis une erreur dans l'analyse du scénario d'intégration et après avoir essuyé un refus formel de la part d'HQD, par écrit cette fois, que les Co-demanderesses/Intimées ont estimé opportun d'entamer la procédure de demande de révision devant la Régie.

31. Les Co-demanderesses/Intimées demandent à la Régie de tenir compte de toutes les circonstances du présent dossier, notamment des circonstances exceptionnelles exposées ci-dessus, pour conclure que les Co-demanderesses/Intimées ont déposé leur recours à l'intérieur d'un délai raisonnable.

c) L'existence d'un scénario d'intégration au réseau plus avantageux du point de vue technicoéconomique constitue un fait nouveau

32. La découverte d'un scénario d'intégration au réseau plus avantageux du point de vue technicoéconomique constitue un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente selon l'article 37(1) de la Loi.

Jean-Pierre VILLAGI, « La justice administrative », dans Collection de droit 2012-2013, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, 2012, p. 141, à la page 158. (onglet 9)

33. Premièrement, les Co-demanderesses/Intimées n'ont pu découvrir l'existence d'un scénario d'intégration au réseau plus avantageux qu'après que la Régie ait rendu la décision D-2011-175 et ce, grâce à leur démarche auprès d'Hydro-Québec, dans ses activités de transport d'électricité (« HQT »).

34. Deuxièmement, ni les Co-demanderesses/Intimées, ni leur procureur, ni leur expert n'avaient la possibilité de connaître l'existence de ce scénario plus avantageux au moment de l'audition de la demande d'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité découlant de l'Appel d'offres A/O 2009-02 puisque l'étude effectuée dans le but de déterminer un scénario de raccordement était du ressort exclusif d'HQT tel qu'admis par les Mises en cause/Requérantes.

35. Les Co-demanderesses/Intimées et leur expert ne pouvaient, avec toute la diligence raisonnable, être au courant de l'existence d'un scénario d'intégration au réseau plus avantageux du point de vue technicoéconomique puisque seul HQT a accès aux données de raccordement.
36. Troisièmement, la décision aurait été différente si ce scénario avait été connu avant que la Régie rende la décision D-2011-175. Les Co-demanderesses/Intimées auraient alors pu bénéficier d'un contrat d'approvisionnement avec HQD, lequel aurait obtenu par la suite l'approbation de la Régie dans le cadre de la décision D-2011-175.

Décision D-2002-219 (R-3486-2002) rendue le 21 octobre 2002, p. 17. (**onglet 10**)

37. Le scénario d'intégration au réseau plus avantageux existait bel et bien au moment de la préparation du rapport de constatations de la Régie. N'eût été le manque de diligence des Mises en cause/Requérantes, ce scénario aurait été appliqué à la soumission des Co-demanderesses/Intimées à l'étape 3 du processus d'évaluation des soumissions.
38. La situation des Co-demanderesses/Intimées diffère fondamentalement des faits en cause dans la décision D-2008-62 (R-3658-2008) citée par les Mises en cause/Requérantes où le fait nouveau invoqué était sans conteste un fait postérieur puisqu'il était le résultat d'un appel d'offres conclu ultérieurement à la décision contestée.
39. De plus, la situation des Co-demanderesses/Intimées diffère aussi fondamentalement des faits en cause dans la décision D-2012-090 (R-3792-2012) citée par les Mises en cause/Requérante puisque la requérante dans cette décision avait accès aux données afin d'effectuer elle-même le calcul des gains unitaires qu'elle conteste, et ce, avant que la décision finale de la Régie eût été rendue.
40. Le scénario d'intégration au réseau plus avantageux se retrouve au cœur même de la décision d'approbation de la Régie puisqu'HQD a erronément rejeté la soumission des Intimés, la jugeant non-conforme sur la base d'un scénario moins avantageux au niveau économique, privant la Régie de la possibilité d'approuver le contrat d'approvisionnement des Co-demanderesses/Intimés.
41. Ainsi, l'existence d'un scénario d'intégration au réseau plus avantageux se révèle être un fait nouveau permettant l'ouverture à un recours en révision.

B. Pouvoir de surveillance de la Régie selon les articles 74.1 et 74.2 de la Loi

a) La Régie possède un large pouvoir de surveillance

42. La surveillance de l'application de la procédure d'appel d'offres de l'article 74.2 de la Loi est au cœur de la compétence de la Régie.
43. Il ne s'agit pas ici d'une plainte déposée à la Régie; la requête concerne plutôt une demande de révision et une demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie considérant le fait que le scénario d'intégration approprié n'a pas été considéré lors du processus d'appel d'offres.

Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale - Précis des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1174. (**onglet 11**)

44. La présente requête se distingue de la décision D-2001-191 et de l'affaire de la Cour supérieure *Tembec c. Régie de l'énergie*, J.E. 2007-1028 (C.S.), puisqu'il ne s'agit pas d'un différend de nature privée d'un soumissionnaire se sentant lésé; ce type de litige devant être tranché par la Cour supérieure.

Décision D-2001-191 (R-3462-2001) rendue le 24 juillet 2001, p. 9 (**onglet 12**)

45. La récente décision dans le dossier *Domtar* confirme que la Régie dispose de tous les moyens s'offrant à elle pour exercer sa compétence, ce qui inclut des mesures de redressement.

Décision D-2012-162 (R-3820-2012) rendue le 30 novembre 2012, par. 90, 94, 106, 107, 112 et 116 (**onglet 13**)

46. Dans l'affaire *Énergie Brookfield Marketing S.E.C.* D-2012-142, R-3806-2012 (26 octobre 2012), la Régie a décidé qu'en ce qui avait trait au remède demandé par EBM, soit l'annulation de l'appel de qualification, elle avait l'entière compétence pour en décider.

47. Dans la même affaire, la Régie rejette l'argument de HQD voulant que le rôle de la Régie soit fondamentalement un rôle de nature administrative et que son pouvoir soit limité à un pouvoir de surveillance.

Décision D-2012-142 (R-3806-2012) rendue le 26 octobre 2012, par. 65, 97, 98 et 103 (**onglet 14**)

48. Sur la compétence de la Régie, voir également :

Domtar Inc. c. Produits Kruger ltée, [2010] R.J.Q. 2312 (C.A.), dans la partie « Résumé de la décision » et aux paragraphes 35 et 42. (**onglet 15**)

49. Sur la question des pouvoirs de surveillance et de contrôle des tribunaux administratifs, voir :

Ndungidi c. Centre Hospitalier Douglas, [1993] R.J.Q. 536 (C.S.), J. Danielle Grenier, p. 545 (p. 12) (**onglet 16**)

Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 1 R.C.S. 1722, 1756. (**onglet 17**)

50. La Régie a ainsi toute la latitude nécessaire pour redresser la situation des Co-demanderesses/Intimées et approuver le contrat d'approvisionnement de celles-ci à la lumière de l'étude d'HQT. La Régie est à même de constater que les Co-demanderesses/Intimées répondent aux critères des décrets gouvernementaux.

b) Le principe d'égalité entre les soumissionnaires n'est pas en jeu

51. HQD prétend, à la page 8 de son plan d'argumentation, que le principe de l'égalité entre les soumissionnaires n'est pas respecté car les Intimés demande à la Régie d'utiliser une étude d'intégration réalisée à l'extérieur de la procédure d'appel d'offres A/O-2009-02 afin d'en modifier les résultats.
52. Les Co-demandereses/Intimés contestent cette conclusion pour les motifs suivants :
- A) Les Co-demandereses/Intimés ne demandent pas à la Régie d'utiliser l'étude d'intégration réalisée à l'extérieur de la procédure d'appel d'offres A/O-2009-02 afin d'en modifier les résultats mais plutôt de constater que des données erronées ont été utilisées par HQD et HQT dans l'analyse de leurs soumissions déposées dans le cadre de l'Appel d'offres A/O 2009-02;
 - B) Dans le cadre de l'appel d'offres A/O-2009-02, seulement un contrat d'approvisionnement a été conclu pour un projet autochtone pour une quantité de 24 MW. Ainsi, comme le bloc de 250 MW d'énergie éolienne issu de projets autochtones n'a pas été complètement attribué, la demande des Intimées n'entre pas en conflit avec le principe d'égalité des soumissionnaires.
53. À la page 8 de son plan d'argumentation, HQD réfère également à cet égard aux paragraphes 39 à 41 de la décision D-2011-175 de la Régie concernant le rejet des projets autochtones. Selon HQD, la Régie a constaté qu'HQ avait agi de façon raisonnable en rejetant ces projets car ils étaient non-économique - « *que l'ampleur des coûts de transport des projets autochtones faisait en sorte que leur coût total dépassait de manière importante les coûts totaux d'achats récents ailleurs en Amérique du Nord.* »
54. Or, c'est précisément pour cette raison que les Co-demandereses/Intimés demandent l'intervention de la Régie dans le présent dossier. Les données permettant à la Régie d'en arriver à une telle conclusion étaient, pour Co-demandereses/Intimés, des données erronées car elles ne constituaient pas le scénario le plus avantageux du point de vue technico-économique.

C. HQT est légalement mis en cause par les Co-demandereses/Intimés

55. Les allégations des Mises en cause/Requérantes nient plus de 10 ans de principes réglementaires établis par la Loi, la jurisprudence de la Cour supérieure du Québec et les décisions de la Régie à l'égard de la séparation fonctionnelle d'Hydro-Québec.

Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (section Québec) c. Régie de l'énergie, 2010 QCCS 6658, paragraphes 126 à 129 (**onglet 18**).

POUR TOUS CES MOTIFS, PLAISE À LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE :

REJETER la requête en irrecevabilité

Montréal, ce 9 avril 2013

(S) FASKEN MARTINEAU DuMOULIN, S.E.N.C.R.L., S.R.L.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Avocats des Co-demanderesses/Intimés

COPIE CONFORME

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., S.R.L.
FASKEN MARTINEAU DuMOULIN S.E.N.C.R.L., S.R.L.