

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

et

DELOITTE INC.

Mise en cause/Requérante

PLAN D'ARGUMENTATION

REJET DE LA REQUÊTE EN REJET DE LA MISE EN CAUSE/REQUÉRANTE

**EN RÉPONSE À LA REQUÊTE EN REJET DE LA MISE EN CAUSE/REQUÉRANTE,
LES CO-DEMANDERESSES/INTIMÉES EXPOSENT RESPECTUEUSEMENT CE QUI
SUIT :**

1. Les Co-demanderes/Intimées Tshiuetin Énergie S.E.C. et Hydroméga Services Inc. requièrent le rejet de la requête en rejet de la mise en cause de la Mise en cause/Requérante Deloitte.

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3827-2012
DÉPOSÉE EN AUDIENCE
Date: 18/04/2013
Pièces n°: non cotée

A. LE MANDAT DE DELOITTE DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRES

2. L'Appel d'offres A/O 2009-02 (« **Appel d'offres** ») s'est déroulé du 29 octobre 2008 au 31 mai 2011.

3. Deloitte était le Représentant officiel d'Hydro-Québec Distribution (« **HQD** ») dans le cadre de cet Appel d'offres. Son mandat était d'agir comme intermédiaire entre HQD et les soumissionnaires et s'assurer de la bonne gestion du processus d'Appel d'offres.

Document d'Appel d'offres A/O 2009-02, au bas de la page 1 et en haut de la 2, **pièce D-37** :

« Hydro-Québec Distribution a mandaté la firme Deloitte Inc. pour l'accompagner dans le processus d'Appel d'offres et pour agir comme son Représentant officiel. Deloitte Inc. doit également conseiller Hydro-Québec Distribution sur l'application de la Procédure d'Appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité. »

[Nous soulignons]

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 8, paragraphe 14, **pièce D-36** :

« [14] Le Distributeur mandate la firme Deloitte Inc. (le Représentant officiel) pour l'accompagner dans le déroulement du processus d'Appel d'offres et d'analyse des soumissions et pour agir comme son représentant officiel auprès des soumissionnaires [...] La Régie prend également connaissance des commentaires et observations du Représentant officiel et de Merrimack sur le déroulement du processus d'Appel d'offres. »

[Nous soulignons]

4. Par les allégations de sa requête, Deloitte tente de minimiser son implication dans le processus d'Appel d'offres et le rôle qu'elle a joué auprès d'HQD, alors qu'elle a déjà reconnu l'importance de ce dernier dans le processus.

Appui externe relatif à l'Appel d'offre A/O 2009-02, lettre datée du 10 juin 2011 adressée à M. Éric Chaîné par Mme Suzanne Morin, **onglet 1** :

« Il nous fait plaisir de vous transmettre le rapport relatif à notre rôle d'accompagnement d'Hydro-Québec Distribution dans le cadre du processus d'Appel d'offres et de conseil auprès d'Hydro-Québec Distribution sur l'application de *La Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité.* »

[Nous soulignons]

5. Regardons plus attentivement le rapport d'appui externe de Deloitte (**onglet 2** du cahier d'autorités de la Mise en cause/Requérante). L'objectif ici est de démontrer l'ampleur de l'implication de Deloitte dans le déroulement de l'Appel d'offres.

- a) À la page 1, on constate que le rapport couvre les quatre phases du processus d'appel d'offres et donc que Deloitte, à titre de représentant officiel, a été appelé à commenter chacune de ces quatre phases.
- b) À la page 7, on peut lire que Deloitte était responsable des éléments suivants :
 - i) Deloitte a transmis les avis d'émission des addendas (1 à 8) à tous les soumissionnaires;
 - ii) Deloitte a envoyé un avis à toutes les entreprises inscrites à la conférence préparatoire tenue le 11 septembre 2009;
 - iii) Deloitte a reçu tous les formulaires d'inscription de tous les intéressés à soumissionner et manufacturiers d'éoliennes et s'est occupé de transmettre les accusés de réception.
- c) À la page 8, on peut lire que Deloitte était responsable de recevoir, de la part des manufacturiers, la modélisation du comportement électrique de leur technologie éolienne.
- d) Au niveau des questions-réponses, Deloitte a également été très actif. À la page 9 du rapport, on constate que plus de 160 questions ont été reçues par Deloitte et que 22 d'entre elles ont été répondues directement par Deloitte - que ce soit verbalement ou par écrit.
- e) Toujours à la page 9, on voit que Deloitte a été responsable d'envoyer deux avis aux soumissionnaires - soit un premier pour annoncer l'approbation de la grille des critères non-monétaires et l'autre pour informer de la publication des questions et réponses sur le financement communautaire par le MFQ et le MAMROT.
- f) À la page 10, on constate que Deloitte était présent lors de l'ouverture publique des soumissions le 7 juillet 2010.
- g) À la page 12 maintenant, dans le cadre de la sélection des soumissions, nous pouvons lire que Deloitte a été responsable de la révision des fiches de contrôle - rejet automatique et des fiches de contrôle - conformité. Deloitte était également responsable de transmettre aux soumissionnaires les demandes de renseignements préparées par Hydro-Québec Distribution et de recevoir les réponses à ces demandes.
- h) À la page 14, on constate que Deloitte statue sur le caractère d'égalité du traitement des soumissionnaires tout au long du processus de sélection. On peut lire également que Deloitte a participé aux trois réunions du comité d'appel d'offres destinées à faire le point sur le degré d'avancement des travaux relatifs à cet appel d'offres et aux conférences téléphoniques avec certains soumissionnaires - le tout dans le but d'assurer la rigueur et l'équité du processus.

- i) À la page 17, on constate que c'est Deloitte qui a transmis les avis de rejets aux soumissionnaires et aux manufacturiers non-retenus dans le cadre de l'Appel d'offres.
 - j) Finalement, à la page 18, on peut voir que Deloitte a été responsable de transmettre les avis de report pour la signature des contrats d'approvisionnement en électricité.
6. Dans les faits, sur la base de cette démonstration, il est facile de constater toute l'ampleur de l'intervention de Deloitte dans le cadre de ce processus.
 7. Voir aux paragraphes 8 à 13 les références aux éléments du mandat de Deloitte énoncés dans le Rapport de constatations de la Régie, **pièce D-36**.
 8. Des questions posées par des soumissionnaires ont reçues une réponse verbale de la part de Deloitte, s'exprimant au nom de HQD.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 14, paragraphe 39, **pièce D-36**.
 9. Deloitte transmettait aux soumissionnaires des avis provenant d'HQD.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 15, paragraphe 43, **pièce D-36**.
 10. Toutes les soumissions devaient être déposées au bureau de Deloitte dans le délai imparti et cette dernière a assisté HQD le 7 juillet 2010 lors de l'ouverture publique des soumissions.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 17, paragraphes 52-53, **pièce D-36**.
 11. Deloitte était également présente lors de la vérification de la validité et de l'admissibilité de chaque soumission.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 18, paragraphe 58, **pièce D-36**.
 12. Du 8 juillet au 20 décembre 2010, période au cours de laquelle l'analyse des soumissions a été réalisée, les demandes de renseignements supplémentaires ont été acheminées aux soumissionnaires via Deloitte et leurs réponses ont également transigées par cette dernière.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 27, paragraphes 94-95, **pièce D-36**.
 13. Par la suite, HQD a contacté via Deloitte les soumissionnaires retenus, les soumissionnaires inscrits sur la liste de relève et les soumissionnaires non retenus.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 27, paragraphes 96-97, **pièce D-36**.

14. Deloitte a conclu son mandat en indiquant que les dispositions du *Guide d'évaluation des soumissions - Appel d'offres A/O 2009-02* et leur application étaient conformes à la *Procédure d'Appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité* pour les achats d'électricité et au document d'Appel d'offres et a constaté dans son rapport que tous les soumissionnaires avaient été traités équitablement tout au long du processus de sélection.

Rapport de constatations - SAO-2009-02, 2011 07 11, page 28, paragraphes 98-99, **pièce D-36**.

Appui externe relatif à l'Appel d'offre A/O 2009-02, lettre datée du 10 juin 2011 adressée à M. Éric Chaîné par Mme Suzanne Morin, page 20, **onglet 2** du cahier d'autorités de la mise en cause.

15. Contrairement à ce que prétend Deloitte, ce n'est pas l'implication de Deloitte à l'égard du rejet des soumissions déposées par les Co-demanderesses/Intimés qu'il importe de considérer mais plutôt le rôle que Deloitte a joué globalement dans l'ensemble du processus d'Appel d'offres par rapport aux soumissionnaires.
16. Aux regards de ces faits, il convient de conclure que Deloitte a joué un rôle important dans l'Appel d'offres.

B. NÉCESSITÉ DE LA MISE EN CAUSE DELOITTE

17. La Mise en cause/Requérante allègue qu'elle n'est pas nécessaire pour solutionner le litige. Avec égards, la jurisprudence citée par la Mise en cause/Requérante est issue d'un courant jurisprudentiel ayant interprété le critère de la nécessité de façon restrictive.
18. Or, il existe un autre courant jurisprudentiel concernant l'application du critère de nécessité.

Lafarge Canada Inc. c. Construction Fré-Jean, 2012 QCCA 1264, au paragraphe 8, **onglet 4** du cahier d'autorités de la Mise en cause/Requérante

[8] Dans le cadre de l'analyse détaillée qui l'a conduite à autoriser l'appel, la juge Thibault cible les questions qui, selon elle, méritent l'attention d'une formation de la Cour. Elle s'exprime ainsi :

[17] Premièrement, le juge a appliqué aux requérantes un contrat judiciaire auquel elles n'ont pas consenti. Le procédé paraît discutable.

[18] Deuxièmement, le jugement ne fait pas voir en quoi la présence des requérantes est nécessaire pour une solution complète du litige. L'application la plus généreuse de l'arrêt rendu par la Cour dans *Kingsway General Insurance Co. c. Duvernay Plomberie et chauffage inc.* peut-elle justifier la mise en cause? Peut-être, mais cette conclusion ne saute pas aux yeux. En droit, la responsabilité de Fré-Jean à titre d'entrepreneur peut-elle être réduite ou écartée à l'égard des

demanderesse par l'adjonction des requérantes à titre de défenderesses? Cela n'est pas davantage évident. D'ailleurs, les demanderesse se sont opposées à la requête de Fré-Jean.

[...]

[Nous soulignons]

Kingsway General Insurance Co. c. Duvernay Plomberie et chauffage Inc., 2009 QCCA 926, au paragraphe 44, **onglet 2**

[32] Cette adjonction d'une nouvelle partie défenderesse peut prendre diverses formes, comme le montre d'ailleurs la jurisprudence, s'agissant en réalité de faire participer au débat une personne qui n'y a pas été appelée à l'origine, mais dont la présence permet que soient tranchées ensemble la totalité des questions soulevées de façon que les déterminations à être faites et qui sont susceptibles de la concerner lui soient opposables et fassent l'objet des conclusions appropriées.

[...]

[44] La vision plus étroite du concept de « nécessité », telle qu'appliquée dans Consolidated Bathurst Inc., précité, doit céder le pas à la perspective plus large expliquée par le juge Brossard dans Eclipse Bescom Ltd. c. Soudures d'Auteuil inc., notamment dans l'extrait suivant :

35. [...] Enfin, il est clair que toute l'évolution récente du Code de procédure civile vise à imposer aux parties la plus grande transparence qui soit et à mettre devant le tribunal, dans le cadre d'un même dossier, tous les éléments pertinents au litige dont, me semble-t-il, la présence d'une partie qui en aurait été omise.

[Nous soulignons]

CGU c. Wawanesa Compagnie mutuelle d'assurance et AXA assurances Inc., 2005 QCCA 320, aux paragraphes 13 et 14, **onglet 3**

[13] Les règles applicables à l'appel en garantie ne peuvent être transposées telles quelles au recours en intervention forcée, ce qui rend le précédent jurisprudentiel ci-haut mentionné sujet à caution. Avec l'évolution du droit judiciaire sur le sujet, et pour éviter la multiplication de recours en cascade, l'article 216 C.p.c. doit, à mon avis, recevoir une interprétation large et généreuse.

[14] L'appel en garantie permet seulement à la partie condamnée d'exercer par la suite un recours récursoire contre l'auteur du dommage. L'intervention forcée vise plus simplement à joindre un nouveau défendeur à l'instance telle qu'engagée pour permettre de résoudre, au sein d'un même débat, le litige et favoriser une solution complète de celui-ci. L'intervention forcée n'est donc, en réalité, que l'extension à un tiers du lien juridique d'instance déjà formé entre les parties à l'instance d'origine.

[Nous soulignons]

19. Que faut-il retenir de ces deux décisions de la Cour d'appel du Québec :
- a) Le fait de mettre une partie en cause permet que soient tranchées ensemble la totalité des questions soulevées dans un litige de façon que les déterminations à être faites et qui sont susceptibles de la concerner lui soient opposables et fassent l'objet des conclusions appropriées;
 - b) Il s'agit de l'extension à un tiers du lien juridique d'instance déjà formé entre les parties à l'instance d'origine;
 - c) Ce critère de nécessité doit recevoir une interprétation large et généreuse et doit donc s'éloigner d'une vision étroite, tel que proposé par Deloitte;
20. De plus, au paragraphe 12 de son plan d'argumentation, Deloitte indique que le coût total d'électricité jugé inapproprié ou non-concurrentiel dans le cadre des soumissions déposées par les Co-demanderesses/Intimés n'a aucun lien avec le mandat confié à Deloitte. Cette affirmation est contestée par les Co-demanderesses/Intimés mais soulignons que la jurisprudence prévoit que ce lien n'est pas un élément à analyser dans le cadre du critère de nécessité.

Les Aciers Fax Inc. c. Les Constructions A.V.L. inc. et al., 2003 CanLII33353 (QCCS), Gaétan Pelletier j.c.s., aux paragraphes 31 à 34, **onglet 5** du cahier d'autorités de la Mise en cause/Requérante.

[31] L'article 216 C.p.c., fondement de la requête de A.V.L. pour mise en cause forcée, couvre deux (2) réalités juridiques distinctes: la mise en cause forcée et l'appel en garantie[1]. Cette distinction est opérée par l'insertion de la conjonction « ou » dans les termes de la disposition en cause:

« 216. Toute partie dans un procès peut y appeler un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige, ou contre qui elle prétend exercer un recours en garantie. »

[soulignement ajouté]

[...]

[33] En plus de servir des objectifs différents, la mise en cause et l'appel en garantie comportent des critères de recevabilité distincts. Alors que l'appel en garantie exige l'existence d'un lien de droit entre le requérant et le tiers et d'un lien de connexité entre l'appel en garantie et l'action principale[3], la mise en cause forcée n'est soumise qu'au critère de nécessité.

[34] A.V.L. désirant la présence de GOULET pour la solution complète du litige, nous en concluons que la présente situation relève de la première partie de l'article 216 C.p.c.: mise en cause forcée. Il s'ensuit dès lors que la recevabilité de la requête de A.V.L. pour mise en cause forcée repose exclusivement sur le critère de la nécessité. L'existence d'un lien de droit entre A.V.L. et GOULET et d'un lien de connexité n'est nullement requise.

[Nous soulignons]

21. Toujours au plan d'argumentation de la Mise en cause/Requérante, nous référons maintenant aux paragraphes 20-21 concernant l'absence de conclusion significative s'adressant à Deloitte dans la demande des Co-demanderes/Intimés. Ce critère n'est pas non plus un facteur déterminant dans l'analyse du critère de nécessité.

Les Aciers Fax Inc. c. Les Constructions A.V.L. inc. et al., 2003 CanLII33353 (QCCS), Gaétan Pelletier j.c.s., aux paragraphes 43-44, **onglet 5** du cahier d'autorités de la Mise en cause/Requérante.

[43] L'absence de conclusion visant ou concernant le mis en cause dans la requête introductive d'instance peut être le reflet d'une présence non nécessaire, bien que celle-ci puisse s'avérer utile.

[44] Il ne s'agit toutefois pas d'un facteur déterminant en soi. En effet, une telle absence de conclusion ne constitue pas en soi un motif d'irrecevabilité lorsque la présence du mis en cause est nécessaire, à la lumière des faits de l'espèce, pour permettre la solution complète du litige.

[Nous soulignons]

22. En l'espèce, sur la base de la démonstration relative à l'ampleur du mandat de Deloitte dans le cadre de l'Appel d'offres, il existe une connexité claire entre les assises du litige principal et celle de la demande de mise en cause - Deloitte, étant le Représentant officiel d'HQD dans le cadre de l'Appel d'offres, constitue pour ce tiers l'extension du lien juridique déjà formé entre HQD et les Co-demanderes/Intimés.
23. Deloitte était le Représentant officiel d'HQD dans le cadre de l'Appel d'offres et la demande de révision des Co-demanderes/Intimés concerne une décision rendue dans le cadre de cet Appel d'offres. L'argument à l'effet que le mandat de Deloitte se soit terminé le 31 mai 2011 est donc non-pertinent à l'égard de l'analyse du critère de nécessité.
24. Puisque l'analyse de la nécessité est essentiellement une question de faits, les éléments ci-haut mentionnés nous permettent de conclure que le test de la jurisprudence est rencontré.
25. De plus, selon la jurisprudence, il convient d'être prudent avant d'écarter une mise en cause du litige dans le cadre d'une requête en irrecevabilité concernant le rejet d'une mise en cause.

Alcoa Ltd. c. Va Tech JST, s.a., 2009 QCCS 1348, au paragraphe 9, **onglet 4**

[9] Dans le cadre d'une requête pour mise hors de cause, le tribunal doit être prudent avant d'écarter une partie du litige. Il doit donc ressortir clairement que la mise en cause n'est pas nécessaire au litige.

26. À plus fortes raisons, il est inutile de faire un débat poussé de la nécessité de la présence de la mise en cause lorsqu'on traite de la recevabilité d'une demande.

CGU c. Wawanesa Compagnie mutuelle d'assurance et AXA assurances Inc., 2005 QCCA 320, au paragraphe 28, **onglet 3**

[28] La présence de celui-ci (en l'occurrence de son assureur) me paraît donc nécessaire à une solution complète du litige tel qu'engagé, surtout puisque nous sommes seulement à la simple étape préliminaire de la recevabilité. Le juge du fond, selon la preuve qui lui sera fournie, aura à décider, s'il y a lieu, d'un éventuel partage de responsabilité entre trois débiteurs solidaires ou de rejeter carrément l'une ou l'autre des réclamations.

[Nous soulignons]

27. Dans la décision D-2012-080 rendue par la Régie dans le dossier R-3798-2012 (30 novembre 2012), Raymond Chabot Grant Thornton & Cie était mis en cause pour avoir, comme dans les circonstances en l'espèce, été le Représentant officiel d'HQD dans le cadre du *Programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle PAE 2011-01*.
28. Raymond Chabot Grant Thornton & Cie a également été mis en cause dans la décision D-2012-011 rendue par la Régie dans le dossier R-3783-2012 (16 février 2012) pour ce même rôle de Représentant officiel qu'il avait tenu dans le programme *PAE 2011-01*.
29. Finalement, précisons que dans la mesure où la Régie accueille la demande des Co-demanderesse/Intimés, HQD devra refaire l'analyse des soumissions de Tshiuéтин déposées dans le cadre de l'Appel d'offre A/O 2009-02 sur la base du scénario d'intégration le plus avantageux du point de vue technico-économique. Deloitte, à titre de Représentant officiel d'HQD dans le cadre de cet appel d'offres, devra être impliqué et la Régie pourrait lui ordonner d'agir à ce titre dans le cadre de la nouvelle analyse à effectuer.
30. En mettant Deloitte en cause dans le présent dossier, les Co-demanderesse/Intimés évitent ainsi à la Régie une démarche supplémentaire auprès de Deloitte afin qu'il agisse à titre de représentant officiel dans le cadre de la nouvelle analyse à effectuer par HQD et HQT.
31. Pour ces motifs, les Co-demanderesse/Intimées Tshiuéтин Énergie S.E.C. et Hydroméga Services Inc. soumettent respectueusement que la Demande contre la Mise en cause/Requérante Deloitte est bien fondée et nécessaire, et invite la Régie à rejeter la requête en rejet de la mise en cause.

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

REJETER la présente requête;

Montréal, ce 18 avril 2013

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