

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : R-3827-2012

TSHIUETIN ÉNERGIE S.E.C.

et

HYDROMÉGA SERVICES INC.

Co-demanderes/Intimées

c.

HYDRO-QUÉBEC

Mise en cause/Requérante

DELOITTE INC.

Mise en cause

PLAN D'ARGUMENTATION

**REQUÊTE EN IRRECEVABILITÉ À L'ENCONTRE DE LA DEMANDE DE RÉVISION
DE LA DÉCISION D-2011-175**

Votre Requérante, Hydro-Québec (ci-après «HQ»), plaide respectueusement que la Demande de révision des Intimées (ci-après «Tshiuetin») doit être rejetée par la Régie de l'Énergie (ci-après la «Régie») pour les motifs suivants :

A. La demande de Tshiuetin ne donne pas droit à la révision en vertu de l'article 37, paragr. 1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie, Ch. R-6.01* ci-après la «Loi».

- i) L'article 37 de la Loi doit s'interpréter restrictivement.*
- **D-2006-17 (R-3588-2005)** rendue le 28 janvier 2006, p. 8 et 9 (onglet 1);
- **D-2002-219 (R-3486-2002)** rendue le 21 octobre 2002, p. 8 (onglet 2);
- **D-2003-040 (R-3506-2002)** rendue le 27 février 2003, p. 10 et 11 (onglet 3).

La Régie a le pouvoir de rejeter sommairement une demande de révision si celle-ci lui apparaît comme étant irrecevable à sa face même.

- **D-2008-062 (R-3658-2008)** rendue le 30 mai 2008, p. 16 et 17 (onglet 4);

- **D-2000-120 (R-3442-2000)** rendue le 22 juin 2000, p. 11 (onglet 5);
 - **D-2006-17 (R-3588-2005)** rendue le 26 janvier 2006, p. 8 et 9 (onglet 1).
- ii) *La Demande de révision de Tshiuetin a été déposée hors délai.*

En vertu de l'article 37 de la Loi, une demande de révision devant la Régie doit être introduite avec célérité et diligence.

- **D-2000-120 (R-3442-2000)** rendue le 22 juin 2000, p. 11 (onglet 5);
«Hydro-Québec soumet que la Régie a la compétence pour rejeter d'office, sans audience, toute demande de révision qui apparaît, à sa face même, dépourvue de mérite et/ou qui est, comme dans le cas présent, déposée avec un retard abusif. »
La Régie croit qu'il est opportun de décider immédiatement de ce dossier sur la base du délai déraisonnable pris pour déposer la demande de révision.»
- **D-2003-49 (R-3496-2002)** rendue le 7 mars 2003, p. 8 (onglet 6);
- **D-2004-92 (R-3528-2004)** rendue le 7 mai 2004, p. 14 (onglet 7).

Ces dernières décisions font état du fait que la Régie a déjà reconnu que le délai raisonnable pour faire une demande de révision est de trente (30) jours.

Tel que mentionné dans la Décision **D-2003-049** à moins de circonstances exceptionnelles, un délai entre une décision et la demande de révision dépassant trente (30) jours est considéré tardif.

Or, dans le présent dossier aucune raison n'est invoquée par Tshiuetin afin de justifier son retard.

La finalité et la nature des jugements de la Régie entraînent nécessairement que toute demande de révision doit être entreprise avec célérité. Or, tel n'est pas le cas dans les présentes circonstances.

La décision D-2011-175 a été rendue le 18 novembre 2011.

Le 18 avril 2012, les demanderesses ont reçu les résultats de l'étude d'intégration sur laquelle elles fondent le présent recours.

La demande de révision a été produite le 8 novembre 2012.

Le délai d'introduction de la demande de révision selon l'article 37 de la Loi n'a pas été respecté et les demanderessees n'ont pas agi avec célérité ce qui rend la demande irrecevable.

- iii) *L'étude d'intégration du mois d'avril 2012 (Pièce D-27) ne constitue pas un fait nouveau.*

L'étude d'intégration du mois d'avril 2012 ne constitue pas un fait nouveau au sens du paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 37 de la Loi.

Les faits qui surviennent après la prise en délibéré d'un dossier ne peuvent constituer un fait nouveau.

- **D-2002-219 (R-3486-2002)** rendue le 21 octobre 2002, p. 16 et 17 (onglet 2);

«Ce motif de révision implique une définition de la notion de faits nouveaux au sens de la Loi. L'article 37, premier alinéa, paragraphe 1^o, élabore trois éléments qui doivent se retrouver en même temps, soit :

- 1. la découverte postérieure à la décision d'un fait nouveau;*
- 2. la non disponibilité de cet élément au moment de la prise en délibéré;*
- 3. le critère déterminant qu'aurait eu cet élément sur le sort du litige, s'il eût été connu en temps utile.*

Ces trois éléments doivent exister de manière concomitante; les faits qui surviennent après la prise en délibéré du dossier ne peuvent être considérés comme des faits nouveaux au sens de la Loi puisque, par définition, ces faits n'existaient pas au moment du délibéré. Le fait nouveau doit donc exister avant la prise en délibéré et n'être découvert qu'après la prise en délibéré. Ainsi, découvrir un fait nouveau signifie que l'on découvre pour la première fois après l'audience un fait nouveau, et ce, malgré des démarches adéquates.

Ce concept de faits nouveaux doit être rigoureusement appliqué par un régulateur économique sinon, il instaure un système d'instabilité décisionnelle préjudiciable à l'intérêt public. En effet, si des faits postérieurs à une décision pouvaient permettre de la reconsidérer, les décisions de la Régie seraient à chaque occasion susceptibles d'être révisées compte tenu que les faits sont en perpétuels changements ou évolution.»

(Nos soulignés)

- **D-2008-062 (R-3658-2008)** rendue le 30 mai 2008, p. 38 et 39 (onglet 4);

- **D-2012-090 (R-3792-2012)** rendue le 25 juillet 2012, paragr. 21 et 22 (onglet 8).

La découverte d'un scénario d'intégration à moindre coût datant du 18 avril 2012, soit plusieurs mois après le moment du délibéré, ne constitue pas un fait nouveau au sens de l'article 37 de la Loi.

Il constitue plutôt un élément extrinsèque au processus d'appel d'offres approuvé par la Régie et appliqué par HQ.

Cette étude d'intégration constitue un fait sans pertinence en l'occurrence puisqu'il n'est d'aucune façon relié à la juridiction de la Régie découlant de la Loi.

Il y a donc absence de connexité entre le résultat de l'étude d'intégration effectuée à l'extérieur du processus d'appel d'offres et le résultat qui pouvait découler de cet appel d'offres.

En fait, ce scénario d'intégration à un coût inférieur constitue un prétexte afin de contester le mérite de l'évaluation faite par HQ du coût de raccordement.

B. L'Appel d'offres A/O-2009-02 est terminé et ne peut être repris

- i) Le processus A/O-2009-02 est terminé et la décision D-2011-175 a acquis l'autorité de la chose jugée.*

Le processus d'appel d'offres A/O-2009-02 et l'approbation des contrats qui en découlaient étaient notamment encadrés par les articles 74.1 et 74.2 de la Loi et par le *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie* (2002), 134 G.O.II, p. 8151 (ci-après le «Règlement»).

La juridiction de la Régie eu égard à ces dispositions a été pleinement exercée par les décisions rendues dans les dossiers suivants :

- **D-2001-191 (R-3462-2001)** rendue le 24 juillet 2001 (onglet 9);
- **D-2009-073 (R-3685-2009)** rendue le 5 juin 2009 (onglet 10);
- **D-2011-175 (R-3774-2011)** rendue le 18 novembre 2011 jumelée au *Rapport de constatations* quant à la surveillance de la procédure d'appel d'offres datée du 11 juillet 2011 (onglet 11).

Article 74.1

Conformément à l'article 74.1, la Régie a approuvé, le 24 juillet 2001, par sa décision D-2001-191, la procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité (ci-après la «Procédure d'appel d'offres») de même que le code d'éthique sur la gestion des appels d'offres (ci-après le «Code d'éthique»).

En vertu de cette disposition, la Régie vérifie la conformité de la Procédure d'appel d'offres à la Loi.

En approuvant la Procédure d'appel d'offres précitée, la Régie reconnaissait que la Procédure atteignait notamment les objectifs suivants :

- permettre la participation de tout fournisseur intéressé;
- accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement;
- favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et conditions demandées;
- permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement.

La Régie dans sa décision D-2001-191 rendue le 24 juillet 2001, ajoutait :

« Cette procédure permet aussi de donner à toutes les entreprises intéressées un accès égal au processus, selon une procédure juste, équitable et exempte de favoritisme. La Régie pose donc le principe du caractère public de la procédure d'appel d'offres et d'octroi. » (p.16)

La Régie décidait également qu'un processus d'appel d'offres régit par les articles 74.1, 74.2 et la décision D-2001-191 était de nature publique. Comme nous le verrons plus loin, cette détermination vient limiter les motifs de contestation possibles.

Article 74.2

En vertu de cet article, le législateur a conféré à la Régie le pouvoir de surveiller l'application de la Procédure d'appel d'offres ainsi que celle du Code d'éthique s'y rattachant.

En vertu, encore une fois de la décision D-2001-191 (p. 7), la Régie a circonscrit et défini ce pouvoir de surveillance.

Par l'émission du rapport de constatations D-36 daté du 11 juillet 2011 et de la décision D-2011-175, la Régie a épuisé son pouvoir de surveillance découlant de l'article 74.2.

Tshiuétin et Hydroméga Services inc. ne peuvent invoquer le pouvoir de surveillance au soutien d'une nouvelle demande pour un processus terminé.

Aux paragraphes 39 à 41 de cette décision, la Régie se déclare satisfaite de l'exercice de la discrétion revenant à HQ au terme du processus A/O-2009-02 et de la satisfaction de toutes conditions prévues au Règlement.

ii) Absence de pertinence des allégués de la requête.

Il n'y a aucun allégué dans la Demande de révision à l'effet que HQ aurait manqué aux exigences de la Procédure d'appel d'offres.

Le fait nouveau évoqué par Tshiuétin n'est pas lié à un défaut dans le processus A/O-2009-02.

Les allégués 66 et 67 de la Demande de révision, confirment que le «fait nouveau» invoqué (D-27), résulte d'un exercice réalisé à l'extérieur de la procédure appliquée à l'appel d'offres A/O-2009-02.

La Demande de révision ne contient aucun allégué à l'effet que le processus d'appel d'offres A/O-2009-02 a été administré en contravention des règles applicables.

- *Groupe Bio Services inc. c. Ville de Terrebonne, 2010 QCCA p. 1152, paragr. 5 (onglet 12).*

«[5] La perfection n'est pas la norme qui régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Pour être à l'abri d'une intervention judiciaire, il suffit que l'organisme jouissant d'un pareil pouvoir agisse de bonne foi et de façon adéquate à l'intérieur des limites fixées par la Loi et par les règles propres à chaque espèce.»

Effets :

- *Groupe Bio-services inc. c. Terrebonne (Ville de), 2008 QCCS 1158, paragr. 20, 35, 36, 38 et 39 (confirmé par la Cour d'appel, 2010 QCCA 1152) (onglet 13);*
- *Groupe Financier Lévesque inc. c. Société des alcools du Québec, 2006 QCCS 6583, paragr. 12 (confirmé par la Cour d'appel dans 2008 QCCA 756) (onglet 14);*
- *Boisclair & Fils inc. c. Malartic (Ville de), AZ-97026204 (C.S.), p. 13 et 14 (onglet 15).*

En l'occurrence, la Demande de révision ne contient aucune allégation à l'effet que le processus d'adjudication n'aurait pas été suivi correctement par HQ.

Par conséquent le «fait nouveau» invoqué par Tshiuétin dans sa Requête ne peut soutenir la Demande de révision.

iii) La Régie ne possède pas la juridiction pour trancher un différend résultant du processus d'adjudication.

Même si Tshiuétin avait allégué la non-conformité des estimés faits par HQ quant au processus A/O-2009-02 la Régie ne pourrait pas intervenir.

La Régie n'a pas compétence pour régler un différend contractuel résultant d'un processus d'adjudication, ni pour gérer les plaintes des soumissionnaires relativement à l'application du processus d'adjudication.

- *Tembec inc. c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068 (CanLII), paragr. 26 à 30 (onglet 16);
- **D-2001-191 (R-3462-2001)** rendue le 24 juillet 2001, p. 7 (onglet 9) ;
- **D-2012-162 (R-3820-2012)** rendue le 30 novembre 2012, par. 97, 98 et 103 (onglet 17).

La question de savoir si le scénario du 18 avril 2012 (pièce D-27) est pertinent à la soumission de Tshiuetin (para. 88 de la Demande de révision) ne relève aucunement de la juridiction de la Régie mais plutôt de celle des tribunaux de droit commun, le cas échéant.

La Régie, à titre d'entité administrative bénéficiant d'une compétence attribuée, ne peut outrepasser les pouvoirs qui lui ont été conférés par la Loi.

- *ISSALYS, Pierre et LEMIEUX, Denis, « L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives », 3^e édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2009, p. 82 et 83 (onglet 18);*
- *Dunsmuir c. R.*, [2008], 1 R.C.S, p. 190, paragr. 28 et 29 (onglet 19);
- *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, paragr. 35 (onglet 20);
- *Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel*, REJB 2001-23793 (C.A), paragr. 17 et 19 (onglet 21);
- *Morin c. Québec (T.A.Q.)*, REJB 2001-25333 (C.S.), para. 61 (onglet 22).

La Loi n'attribue aucun pouvoir à la Régie lui permettant de remettre en question, après coup, le mérite de l'évaluation faite en vertu des articles 2.5 et 3.19 du document d'appel d'offres (D-37), et encore moins le fondement de la décision D-2011-175.

Il revenait à HQ d'appliquer les critères d'évaluation établis dans le cadre de l'appel d'offres pour chaque soumission.

- *Groupe Bio-services inc. c. Terrebonne (Ville de)*, 2008 QCCS 1158, paragr. 38 et 39, supra p.6 (onglet 13);
- *L'Immobilière, Société d'évaluation conseil inc. c. Évaluation BTF inc.*, [2009] QCCA, p. 1844, paragr. 289 et 290 (onglet 23);

«[289]..... la Cour supérieure ne peut substituer son opinion à celle d'un comité et attribuer la note de chaque soumissionnaire; elle usurperait alors les fonctions de l'organe administratif à qui le législateur a confié cette tâche.»

- **D-2001-191 (R-3462-2001)** rendue le 24 juillet 2001, p. 7 (onglet 9) ;
- **D-2012-162 (R-3820-2012)** rendue le 30 novembre 2012, paragr. 103 (onglet 17).

La Régie n'a donc aucune juridiction pour s'immiscer dans la relation entre HQ et un soumissionnaire afin de réévaluer une offre déjà traitée par HQ en conformité avec le document d'appel d'offres, la Procédure d'appel d'offres, la Loi et le Règlement.

iv) La demande en révision va à l'encontre du principe de l'égalité entre soumissionnaires.

Le principe de l'égalité entre les soumissionnaires ne permet pas de reprendre le processus d'évaluation des soumissions sur la base d'intrants qui ne figurent pas au document d'appel d'offres.

- *Prud'homme & Frères Ltée. c. Montréal (Ville de)*, EYB 1990-83664 (C.S.), paragr. 68 et 73 (onglet 24);
- *Groupe Bio-services inc. c. Terrebonne (Ville de)*, 2008 QCCS 1158, paragr. 39 (onglet 13).

La Demande de révision allègue que la Régie devrait utiliser une étude d'intégration réalisée à l'extérieur de la Procédure d'appel d'offres A/O-2009-02 afin d'en modifier le résultat (paragr. 67 et 82 de la Demande de révision).

Le document d'appel d'offres du 30 avril 2009 (D-37) prévoyait une évaluation des coûts de raccordement selon une méthode prévue à l'article 2.5 laquelle fut appliquée

Par ailleurs, à l'audition ayant mené à la décision D-2011-175, SÉ/AQLPA a contesté le fait que HQ avait écarté la soumission de Tshiuetin comme étant non économique.

Or, la Régie après avoir considéré tous les arguments présentés à l'audition, a conclu que HQ avait agi de façon raisonnable (voir paragr. 39 à 41).

La décision D-2011-175 constitue un jugement dont les effets bénéficient de la présomption de la chose jugée et le processus A/O-2009-02 est terminé.

- *Raymond Nadeau c. Société québécoise d'Assainissement des eaux (SQAÉ) intimée et Cour du Québec, Mise en cause, AZ-50100834, C.A., 25 septembre 2001, paragr. 17 (onglet 25).*

- v) *Le pouvoir de surveillance accordé à la Régie par le paragraphe 5° du premier alinéa de l'article 31 de la Loi ne permet pas d'étendre la portée des articles 74.1 et 74.2 de la Loi.*

Le pouvoir accordé à la Régie par le paragraphe 5° du premier alinéa de l'article 31 de la Loi est de nature discrétionnaire et doit donc être exercé dans les limites de la loi habilitante.

Ce pouvoir ne peut avoir pour effet d'étendre la portée des pouvoirs conférés à la Régie par les articles 74.1, 74.2 de la Loi et par le Règlement.

- *Domtar inc. c. Productis Kruger Ltée.*, 2010 QCCA 1934, paragr. 42 (onglet 26);
- *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 RCS 929, paragr. 50 à 52 et 58 (onglet 27);
- *Morin c. Québec, TAQ.*, REJB, 2001-25333, C.S., paragr. 61 (onglet 28).

C. Le Transporteur est illégalement mis en cause par les Co-demanderes/Intimées

Ce ne sont pas les divisions d'Hydro-Québec qui sont assujetties à la Loi et à la juridiction de la Régie, mais bien Hydro-Québec, personne morale de droit public, dans ses activités de distribution et de transport. Par ses divisions administratives, Hydro-Québec incarne cette séparation fonctionnelle entre les activités réglementées et non réglementées sans plus.

La Demande de révision porte exclusivement sur les activités de distribution relativement aux approvisionnements en électricité conformément au cadre réglementaire applicable.

L'étude relative aux coûts de raccordement réalisé par le Transporteur constitue un intrant dans le processus d'appel d'offres du Distributeur. Cette étude a été réalisée et administrée selon la méthode prévue à l'article 2.5 du document d'appel d'offres.

Il n'existe aucune assise juridique ou factuelle permettant de mettre en cause le Transporteur dans la présente instance.

NOTE : Veuillez noter que HQ se réserve le droit de déposer un argumentaire écrit reprenant en détail le présent plan lors de l'audition.

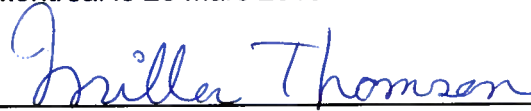
Le tout respectueusement soumis.

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

D'ACCUEILLIR la présente Requête;

REJETER la Demande de révision.

Montréal le 28 mars 2013

A handwritten signature in blue ink that reads "Miller Thomson". The signature is written in a cursive style and is positioned above a horizontal line.

MILLER THOMSON, s.e.n.c.r.l.
Procureurs de la Requérante