

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-17-033289-060

DATE : 4 mai 2007

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE FRANÇOIS TÔTH, j.c.s.

**TEMBEC INC., 800, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 1050 à Montréal H3B 1X9
DEMANDERESSE,**
c.
**LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE, Tour de la Bourse, 800, Place Victoria, bureau 255 à
Montréal H4Z 1A2
DÉFENDERESSE,**
et
HYDRO-QUÉBEC, 75, boul. René-Lévesque Ouest à Montréal H2Z 1A4
et
**STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES (S.É.), 1535, rue Sherbrooke Ouest, Rez-de-
chaussée, local Kwavnick à Montréal H3G 1L7**
et
**ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE CONTRE LA POLLUTION
ATMOSPHERIQUE (AQLPA), 489A, rue Principale à St-Léon-de-Standon G0R 4L0
MISES EN CAUSE.**

JUGEMENT RECTIFIÉ

[1] La Régie de l'Énergie (Régie) a refusé d'approuver le contrat de fourniture d'électricité produite par cogénération intervenu entre Tembec inc. et Hydro-Québec (Hydro) à la suite d'un appel d'offres public. Tembec demande la révision judiciaire de cette décision.

[2] Pour satisfaire les besoins énergétiques des marchés québécois, Hydro doit procéder par appel d'offres. La Régie a approuvé une procédure d'appel d'offres et d'octroi (la Procédure) pour les achats d'électricité ainsi qu'un code d'éthique (le Code) pour la gestion des appels d'offres préparés par Hydro.

[3] Le 5 mars 2003, le gouvernement du Québec adopte le *Décret concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie à l'égard de l'énergie produite par cogénération*.¹

[4] Le 10 décembre 2003, le gouvernement du Québec adopte un décret édictant le *Règlement sur l'énergie produite par cogénération*² qui prévoit un bloc d'énergie produite au Québec par cogénération d'une capacité installée totale de 800 MW. Une première tranche de 200 MW doit être produite dès que possible d'ici 2008.

[5] Le 7 juillet 2004, Hydro avise la Régie de son intention de lancer un appel d'offres pour un bloc d'énergie produite par cogénération dès septembre 2004 .

[6] Le 27 août 2004, la Régie approuve la grille d'analyse des soumissions reliées aux appels d'offres ainsi que la pondération accordée aux critères de sélection.

[7] Le 6 octobre 2004, Hydro lance un appel d'offres pour des achats totalisant 350 MW de puissance installée et produite par cogénération. Plusieurs soumissions sont déposées dans le délai imparti et le 11 mai 2005, Hydro procède à l'ouverture publique des soumissions avec l'assistance d'experts et de consultants. Au total, dix soumissions sont reçues de huit soumissionnaires totalisant environ 591.8 MW de puissance annuelle garantie.

[8] Tembec a présenté une soumission. Tembec utilise la biomasse forestière (résidus forestiers) comme combustible au contraire des autres soumissionnaires qui utilisent des carburants fossiles³.

[9] À l'analyse des soumissions, Hydro juge que l'indexation du prix des soumissions aux prix des combustibles fossiles rend le prix de la majorité des offres non concurrentiel par rapport à d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement dont le coût n'est

¹ Décret 354-2003, 135 G.O.Q. II, p.1779.

² L.R.Q., c. R-6.01, r. 0.1.2.

³ Cela confère à Tembec un avantage important puisque l'indice d'efficacité moyen de son installation est présumé être supérieur à 70% au contraire des installations qui utilisent des combustibles fossiles qui doivent faire la preuve d'un indice d'efficacité moyen égal ou supérieur à 70%. Règlement sur l'énergie produite par cogénération, op. cit., art. 1.

pas indexé aux prix des combustibles fossiles. Conformément à la clause 4.18 du document d'appel d'offres⁴, Hydro rejette toutes les soumissions sauf celle de Tembec.

[10] Tembec est le seul soumissionnaire conforme retenu, ce qui est annoncé par Hydro par communiqué de presse le 20 juin 2005.

[11] Le 3 octobre 2005, Hydro signe un contrat d'approvisionnement avec Tembec pour une puissance de 8 MW⁵ et le 20 décembre 2005, Hydro demande à la Régie d'approuver ce contrat.

[12] La firme retenue par Hydro, Raymond Chabot Grant Thornton, soumet son rapport final quant à l'évaluation du processus d'appel d'offres d'Hydro et conclut que la Procédure a été respectée.

[13] Le 7 décembre 2005, la Régie soumet son rapport de constatations final de l'application de la Procédure et du Code pour l'appel d'offres.

[14] Dans ce rapport (le Rapport), la Régie observe⁶ :

La Régie reconnaît que le Distributeur est responsable d'assurer l'alimentation de la clientèle du Québec au meilleur coût possible et qu'il peut invoquer la clause relative aux prix non concurrentiels.

Toutefois, dans le présent appel d'offres, la Régie constate que le Distributeur s'écarte des objectifs prescrits par le gouvernement dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à la clause des prix non concurrentiels, après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des soumissions et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne.

La Régie conclut :

La Régie constate que l'appel d'offres A/O 2004-02 pour les achats d'électricité est conforme à la Procédure et que les dispositions du Code d'éthique durant la période de l'appel d'offres ont été respectées, sauf pour la sélection des soumissions.

À l'étape de la sélection des soumissions, la Régie constate que le Distributeur s'écarte des objectifs prescrits dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à la clause des prix non concurrentiels, après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des

⁴ "Hydro-Québec Distribution reserves the right to not accept bids where the prices are deemed to be non competitive".

⁵ 8 MW sur un appel d'offres de 350 MW soit 2,28%.

⁶ Page 16 du Rapport.

soumissions et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne⁷.

[15] Le 20 décembre 2005, Hydro demande à la Régie d'approuver le contrat d'approvisionnement intervenu avec Tembec.

[16] La Régie indique à Hydro que sa demande d'approbation n'est pas valablement présentée puisque Hydro n'a pas fait état des suites qu'elle a données au Rapport. La Régie précise que sa demande d'approbation doit être complétée avant qu'elle ne puisse être considérée comme déposée auprès de la Régie pour examen.

[17] Le 16 janvier 2006, Hydro répond à la demande de la Régie et indique qu'elle n'a pas de suite à donner au Rapport puisque la Régie a elle-même constaté que l'appel d'offres est conforme à la Procédure et que les dispositions du Code ont été respectées.

[18] Pour Hydro, la Régie a donné suite aux préoccupations du gouvernement exprimées dans le décret D354-2003 en modifiant la grille d'analyse des soumissions ainsi que les critères non monétaires reliés à l'appel d'offres.

[19] De plus, l'article 74.1 al. 3 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* prévoit que le prix le plus bas doit être recherché pour l'octroi des contrats d'approvisionnement et l'offre de Tembec est la plus basse. Enfin, la clause 4.18 se retrouve dans tous les appels d'offres de Hydro.

[20] Le 24 février 2006, la Régie revient à la charge et adresse à Hydro la demande de renseignements no 1. La Régie insiste pour que Hydro indique quelles suites elle entend donner au fait que la sélection des soumissions n'est pas conforme à la Procédure.

[21] Hydro a répondu longuement à la Régie et maintient sa position⁸. Comme suite au Rapport, Hydro s'engage à rendre plus explicite, dans les appels d'offres à venir, son droit d'appliquer la clause de non compétitivité lorsque cela est dans le meilleur intérêt de sa clientèle.

[22] Le 12 avril 2006, le régisseur Boulianne refuse d'approuver le contrat pour le motif que la sélection des autres soumissionnaires n'a pas été conforme à la Procédure (ci-après décision 1). Aucun des autres soumissionnaires ne comparaît devant la Régie pour se plaindre de leur exclusion.

[23] Le 10 mai 2006, Tembec demande à la Régie la révision de la décision 1. Dans le cadre de cette demande en révision, Hydro a admis que Tembec était le plus bas soumissionnaire conforme et que le contrat aurait dû être approuvé. De plus, Hydro assure que Tembec aurait été partie à toute combinaison gagnante. En somme, même si

⁷ Id. page 20.

⁸ HQD-3, document 1 (6 pages).

Hydro n'avait pas appliqué la clause 4.18 relative aux prix non concurrentiels, la soumission de Tembec aurait de toute façon été retenue.

[24] La Régie refuse de réviser la décision 1 (ci-après décision 2).

[25] Le 12 octobre 2006, Tembec demande la révision judiciaire de la décision 2 .

LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE

[26] La *Loi sur la Régie de l'énergie*⁹ (la Loi) institue la Régie de l'énergie dont la responsabilité est d'assurer la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif (art. 5). Au sens de cette loi, Hydro est un distributeur d'électricité. La Régie a compétence exclusive pour surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité afin de s'assurer que les consommateurs aient les approvisionnements suffisants. Elle doit aussi décider de toute autre demande soumise en vertu de la Loi.

[27] Dans le cas d'appel d'offres, la Régie doit approuver une Procédure et un Code :

74.1 Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appels d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1^o du premier alinéa de l'article 112.

Buts de la procédure

La procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment :

1^o permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;

2^o accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à moins que l'appel d'offres ne prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement;

⁹ L.R.Q. c. R-6.01.

3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement.

4° permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement, auquel cas le fournisseur qui permet d'atteindre la quantité d'électricité demandée peut être invité à diminuer la quantité d'électricité qu'il a lui-même offert, sans toutefois en modifier le prix unitaire.

Dispense

La Régie peut dispenser le distributeur d'électricité de recourir à l'appel d'offres pour des contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire.

[28] La Régie a un pouvoir de surveillance de nature administrative quant à l'application de la Procédure et du Code :

Application

74.2 La Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique, prévus à l'article 74.1, et examine si ceux-ci ont été respectés. À cette fin, elle peut exiger tout document ou renseignement utile. La Régie fait rapport de ses constatations au distributeur d'électricité et au fournisseur choisi.

Approbaton

Le distributeur d'électricité ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement.

[29] Pouvoir de surveillance et adjudication des contrats sont distincts. C'est la position de la Régie elle-même¹⁰.

¹⁰ Décision D. 2001-191R, p.7.

[30] Le Régie n'a aucune compétence pour régler les différends contractuels résultant du processus d'adjudication. Elle n'a aucune juridiction pour instaurer un processus de traitement de plaintes de soumissionnaires sur l'application de la Procédure par Hydro¹¹.

LE CONTRAT

[31] Le contrat d'approvisionnement en électricité dont il est question est un contrat visé 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*¹² (le Règlement). L'article 1 de ce règlement mentionne que :

1. Le distributeur d'électricité doit obtenir l'approbation de la Régie de l'énergie avant de conclure tout contrat d'approvisionnement en électricité dont la durée des approvisionnements, mesurée du début prévu des livraisons à la fin des livraisons, est supérieure à 1 an.

Une demande d'approbation est présentée à la Régie au moins 90 jours avant la date d'entrée en vigueur du contrat, à moins de circonstances particulières démontrées par le distributeur d'électricité à la Régie. Ce délai est de 60 jours pour les contrats à être octroyés à la suite du premier appel d'offres du distributeur d'électricité.

La demande doit être accompagnée des contrats et contenir les informations suivantes :

1° une description de la contribution de chaque contrat au plan d'approvisionnement, et lorsque l'appel d'offres est satisfait par plusieurs contrats, une description de la contribution de chaque contrat à l'appel d'offres;

2° dans le cas d'un appel d'offres prévoyant que la totalité ou une partie des besoins des marchés québécois devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, une description de la contribution de chaque contrat au bloc d'énergie fixé par règlement du gouvernement, au plan d'approvisionnement et à l'appel d'offres lorsque celui-ci est satisfait par plusieurs contrats;

3° une description des garanties prévues aux contrats pour couvrir les risques financiers et ceux reliés à la suffisance des approvisionnements ainsi qu'une analyse des risques résiduels;

¹¹ Id.

¹² L.R.Q. c. R-6.01, r. 0.04.01.

4° la démonstration que le contrat ou la combinaison des contrats comporte le prix le plus bas, pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas d'un appel d'offres prévoyant que la totalité ou une partie des besoins des marchés québécois devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, la démonstration que le prix le plus bas ne dépasse pas le prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement, sous réserve que le gouvernement décide d'établir un tel prix maximal;

5° un rapport comparant les prix du contrat, de la combinaison des contrats ou de chaque contrat inclus dans la combinaison des contrats d'approvisionnement en électricité avec les prix des principaux produits disponibles dans les marchés du nord-est de l'Amérique et les coûts de transport applicables;

6° la démonstration que les caractéristiques des contrats approuvées dans le plan d'approvisionnement sont respectées;

7° le cas échéant, les suites données par le distributeur d'électricité au rapport de la Régie préparé dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de surveillance de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique.

[nos soulignés]

LES DÉCISIONS

Décision 1 – refus de la Régie d'approuver le contrat

[32] Dans le cadre du processus d'approbation, on a vu que la Régie avait indiqué à Hydro que sa demande était incomplète en ce qu'elle ne fait pas état des suites données à son Rapport. Hydro a répondu à la Régie qu'elle n'avait pas de suite à donner puisque la Régie a conclu que l'appel d'offres était conforme à la Procédure et que le Code avait été respecté. Hydro a justifié longuement le recours à la clause 4,18 relative aux prix non concurrentiels prévue à l'appel d'offres et son obligation d'obtenir le meilleur prix pour sa clientèle.

[33] Cette réponse est examinée par le régisseur Boulianne¹³. Le régisseur reprend les constatations du Rapport et écarte tous les moyens d'Hydro. Il conclut que les conclusions du Rapport ne sont pas remises en cause. Hydro ne peut pas utiliser la

¹³ C'est un cas où le régisseur peut agir seul; art. 16 de la Loi.

clause des prix non concurrentiels contenue dans les documents d'appel d'offres sans remettre en cause l'appel d'offres.

[34] Le régisseur se pose alors la question suivante: la Régie peut-elle approuver un contrat dont la procédure d'appel d'offres n'est pas conforme? Il répond non. Le passage pertinent de la décision est le suivant :

La Loi fait de l'appel d'offres une exigence formelle dans les cas prescrits à l'article 74.1. Le Distributeur, sauf pour les exceptions prévues, ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité autrement qu'en procédant par appel d'offres. Aussi, dans la mesure où la procédure d'appel d'offres est non conforme dans l'un de ses aspects essentiels, voire la sélection des soumissions, la Régie est d'avis que le Distributeur ne peut rechercher l'approbation d'un contrat qui en découle. [sic]¹⁴

Décision 2 – refus de la Régie de réviser la décision 1

[35] Tembec demande la révision administrative de cette décision à la Régie en vertu de l'article 37 par. 3 de la Loi alléguant qu'elle est affectée d'un vice de fond.

[36] Tembec estime que la décision 1 tient en compte un élément de preuve non pertinent (soit que la Procédure n'a pas été respectée concernant la sélection des soumissions) – c'est le premier motif de révision - tout en omettant de prendre en compte une preuve pertinente soit que la soumission de Tembec était, elle, conforme et la plus basse en tout état de cause – c'est le deuxième motif de révision.

[37] Selon Tembec, la procédure d'approbation d'un contrat n'est pas une procédure d'approbation de *tout* l'appel d'offres ou l'examen des soumissions rejetées. La question est de savoir si le *contrat de Tembec* doit être approuvé. Cela est d'autant plus vrai qu'aucun des soumissionnaires perdants ne s'est plaint de l'appel d'offres (3^e motif de révision).

[38] Tembec plaide aussi que la décision entraîne un résultat déraisonnable en pénalisant un soumissionnaire dont la soumission est conforme et la plus basse (4^e motif de révision).

[39] La Régie rejette le premier motif essentiellement sur la base que le Rapport était une preuve pertinente dont la Régie devait tenir compte comme le mentionne le Règlement. Pour le reste, la Régie reprend la décision 1 pour conclure qu'elle n'a rien d'irrationnelle ou d'insoutenable et que les conclusions de faits et de droit sont tout à fait défendables.

¹⁴ D-2006-65, p.4.

[40] Quant au deuxième motif, la Régie concède qu'on a pas tenu compte d'une preuve pertinente soit que la soumission de Tembec était, elle, conforme à la Procédure et la plus basse. Pour la Régie, la situation s'explique par le fait que la Régie avait préalablement décidé que la procédure suivie n'avait pas été conforme dans un de ses aspects essentiels ce qui faisait en sorte qu'on ne pouvait pas rechercher l'approbation de tout contrat qui en découle. *Fraus omnia corrumpit* en quelque sorte. La preuve que la soumission de Tembec était, elle, conforme à la Procédure et la plus basse était donc devenue non pertinente. Le deuxième motif est rejeté.

[41] Quant aux 3^e et 4^e motifs de Tembec, la Régie répète que la décision est défendable et ne fait qu'appliquer la Loi.

[42] La demande de révision de Tembec est rejetée.

LA DEMANDE DE RÉVISION JUDICIAIRE

[43] Tembec demande la révision judiciaire de cette décision. Pour Tembec, la décision 2 est déraisonnable quand elle conclut que la décision 1 n'est pas entachée d'un vice de fond.

[44] Tembec reprend ses quatre motifs précédents et fait sien le motif soumis à la Régie par les deux mises en cause Stratégies Énergétiques et Association Québécoise de Lutte contre la Pollution de l'Air : la Régie a erré en ne concluant pas que la sélection des soumissionnaires, la clause 4,18. En effet, la Régie a jugé que Hydro ne pouvait pas faire appel à cette clause sans remettre en cause tout l'appel d'offres. Or, c'est plutôt l'inverse qui se produit. Décider a posteriori qu'une clause de l'appel d'offres ne doit plus s'appliquer remet en cause l'appel d'offres et change les règles du jeu. Les documents fournis au soutien de la demande d'approbation comprenaient les documents d'appel d'offres et la clause 4,18. La Régie a complètement négligé cette preuve.

DÉTERMINATION DE LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE À LA DÉCISION 2

[45] En droit administratif canadien, le tribunal de contrôle doit déterminer la norme de déférence applicable au décideur administratif¹⁵, ici la Régie de l'énergie siégeant en révision d'une de ses décisions. L'analyse pragmatique et fonctionnelle s'articule autour de quatre facteurs¹⁶ qui seront successivement traités. Aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi, même la présence d'une clause privative intégrale¹⁷.

¹⁵ *Ryan c. Barreau du Nouveau-Brunswick*, 2003 C.S.C. 20, par. 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 C.S.C. 19, par. 21; *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de la télévision par câble*, 2003 C.S.C. 28, au par. 10.

¹⁶ *Dr Q*, précité, au par. 26.

¹⁷ *Dr Q*, précité.

Premier facteur : la clause privative

[46] La *Loi sur la Régie* contient une clause privative et il n'y a pas d'appel des décisions de la Régie :

40. Les décisions rendues par la Régie sont sans appel.

41. Sauf sur une question de compétence, aucun recours en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ou recours extraordinaire au sens de ce code ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre la Régie ou l'un de ses régisseurs agissant en sa qualité officielle.

[47] Cette clause privative a été qualifiée de «clause privative intégrale» à quelques reprises par les tribunaux¹⁸. En conséquence, «la cour doit faire montre de retenue à l'égard de la décision du tribunal administratif, sauf si d'autres facteurs suggèrent fortement le contraire en ce qui a trait à la décision en cause»¹⁹.

[48] Même pour une décision de révision, la clause privative conserve toute sa portée²⁰.

Deuxième facteur : l'expertise de la Régie

[49] L'article 31 de la Loi énumère les matières pour lesquelles la Régie possède une compétence exclusive:

31. La Régie a compétence exclusive pour:

1° fixer ou modifier les tarifs et les conditions auxquels l'électricité est transportée par le transporteur d'électricité ou distribuée par le distributeur d'électricité ou ceux auxquels le gaz naturel est fourni, transporté ou livré par un distributeur de gaz naturel ou emmagasiné;

2° surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants;

2.1° surveiller les opérations du transporteur d'électricité, du distributeur d'électricité ainsi que celles des distributeurs de gaz

¹⁸ *Plateau de la Capitale, s.e.n.c. c. Régie de l'énergie*, J.E. 2006-1090 (C.S.); *Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec (R.N.C.R.E.Q.) c. Régie de l'énergie*, J.E. 2000-1663 (C.S.).

¹⁹ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

²⁰ *TAQ c. Godin* [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).

naturel afin de s'assurer que les consommateurs paient selon un juste tarif;

3° (*paragraphe abrogé*) ;

4° examiner toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de transport d'électricité par le transporteur d'électricité, de distribution d'électricité par le distributeur d'électricité, les réseaux municipaux ou privés d'électricité ou par la Coopérative régionale d'électricité de Saint-Jean-Baptiste de Rouville et voir à ce que le consommateur paie le tarif qui lui est applicable et soit assujetti aux conditions qui lui sont applicables;

4.1° examiner toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de fourniture, de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel par un distributeur de gaz naturel et voir à ce que le consommateur paie le tarif qui lui est applicable et soit assujetti aux conditions qui lui sont applicables;

5° décider de toute autre demande soumise en vertu de la présente loi.

[...]

[50] Dans l'affaire *Plateau de la Capitale, s.e.n.c. c. Régie de l'énergie*²¹, le juge Prévost de la Cour supérieure affirme que «la Régie est certainement mieux placée que [la Cour supérieure] pour examiner les conditions de service d'électricité, eu égard notamment à l'équilibre économique recherché par le législateur à l'article 5 de la Loi, [ce qui] milite en faveur d'un haut degré de déférence»²².

[51] Le Règlement oblige le distributeur à obtenir l'approbation de la Régie pour le type de contrat conclu par Tembec, ce qui relève de sa spécialité. Pour ce genre de demande, un régisseur peut agir seul²³.

[52] On remarque que ni la Loi ni les règlements ne prévoient de critères particuliers quant à la nomination du régisseur²⁴ ou sa formation. L'expertise de la Régie est une expertise institutionnelle ou générale établie par ses responsabilités prévues à la Loi.

[53] Toutefois, il faut aussi analyser la nature de la question précise dont était saisi le décideur administratif par rapport à cette expertise, éléments étroitement liés²⁵.

²¹ J.E. 2006-1090 (C.S.).

²² *Id.*, par. 40.

²³ Art. 16 et 31 al. 1 par. 5 de la Loi.

²⁴ À ce sujet *Québec (Procureur général) c. Forces motrices Batiscan inc.* [2004] R.J.Q. 40 (C.A.).

²⁵ *Puspanathan c. Canada (M.C.I.)* [1998] 1 R.C.S. 982, p.1007.

Troisième facteur : L'objet de la Loi sur la Régie de l'énergie

[54] L'article 5 de la Loi précise l'objet de la Loi:

5. Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif.

[55] La Régie doit tenter d'établir un équilibre délicat entre plusieurs intérêts.

[56] Le juge Prévost, dans *Plateau de la Capitale, s.e.n.c. c. Régie de l'énergie*²⁶, dit:

«La Loi a pour objet d'assurer le contrôle, par un organisme indépendant, de l'accessibilité à ce service, tant en ce qui concerne sa distribution que son coût. La Régie doit veiller, à cet égard, à l'équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux d'Hydro-Québec.»²⁷

[57] La disposition en cause est le pouvoir de révision de la Régie :

37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue: [...]

3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision.

[58] La compétence de la Régie à interpréter l'article 37 de sa Loi est exclusive. La question de savoir si le contrat conclu par Tembec doit être approuvé est au cœur de la compétence et de la spécialité de la Régie.

Quatrième facteur : La nature de la question en litige

[59] La Régie a exercé son pouvoir de déterminer les contrats qui requièrent son approbation (art. 114 de la Loi). Le Règlement oblige le distributeur à obtenir l'approbation de la Régie pour le type de contrat conclu avec Tembec.

[60] La question à déterminer pour la Régie était de savoir si la décision 1 était affectée d'un vice de fond .

²⁶ J.E. 2006-1090 (C.S.).

²⁷ *Id.*, par. 43.

[61] La juge Rousseau-Houle fait remarquer, sur le rôle du Tribunal administratif du Québec siégeant en révision et la norme de contrôle judiciaire, que :

[144] Le mandat du TAQ en révision est plus précis et plus limité que celui conféré à la première formation du TAQ puisqu'il s'agit de déterminer s'il existe ou non un vice de fond de nature à invalider la première décision. C'est principalement en raison de la nature du problème soulevé, qu'il qualifie essentiellement de question de droit, que le juge Fish conclut que la norme de contrôle judiciaire la plus appropriée à la présente décision du TAQ en révision est celle de la décision raisonnable²⁸.

[145] J'estime que dans l'examen du processus décisionnel du TAQ en révision, une grande importance doit être donnée aux motifs invoqués dans la demande de révision interne.

[62] Dans l'arrêt *CSST c. Fontaine* 2005 QCCA 775, la Cour d'appel traite à nouveau de la norme de contrôle applicable aux décisions de révision interne. Le juge Morissette fait l'analyse suivante :

[32] Le processus de révision interne examiné par le juge Fish dans ses motifs majoritaires de l'arrêt *Godin* s'inscrit dans un cadre institutionnel qui, à diverses variantes près, est commun à plusieurs tribunaux administratifs. Le tribunal mis en cause dans l'arrêt *Godin* était, comme on le sait, le Tribunal administratif du Québec. La disposition qui dans son cas régit le processus de révision interne se trouve à l'article 154 de la *Loi sur la justice administrative* (la *LJA*). La disposition qui dans le cas de la CLP régit le processus de révision interne se trouve à l'article 429.56 de la *LATMP*. Exception faite de la mention dans l'article 429.56 d'«une décision, d'un ordre ou d'une ordonnance» de la Commission, termes qui font pendant à la mention dans l'article 154 de la *LJA* d'«une décision» du Tribunal, les deux dispositions sont rigoureusement identiques. L'une et l'autre sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 1998. L'une et l'autre contiennent mot à mot, aux paragraphes 1° à 3°, le même énoncé des motifs de révision.

[...]

[34] Il est un point sur lequel je suis prêt à suivre la mise en cause: la *ratio decidendi* de l'arrêt *Godin* n'est pas nécessairement extensible à tout autre processus de révision interne prévu par la loi constitutive d'un tribunal administratif.

[35] Douze tribunaux ou organismes administratifs de compétence provinciale sont ainsi investis par la loi du pouvoir de réviser leurs propres décisions pour diverses causes, dont le

²⁸ *TAQ c. Godin*, op. cit.

«vice de fond de nature à invalider la décision». Ce sont le Tribunal administratif du Québec, la Commission des lésions professionnelles, le Tribunal des droits de la personne, le Tribunal des professions, la Commission des relations du travail, la Commission des transports du Québec, la Commission de protection du territoire agricole du Québec, la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs, la Régie des alcools, des courses et des jeux, la **Régie de l'énergie**, la Société d'assurance automobile du Québec et la Financière agricole du Québec, successeur de la Régie des assurances agricoles du Québec. Un treizième organisme, la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, peut lui aussi réviser ses propres décisions en des termes très semblables, mais à cette différence près que seul le «vice de procédure» de nature à invalider la décision, et non le «vice de fond», est énuméré parmi les motifs de révision.

[36] Un examen de la législation fait ressortir bien des différences, à la fois entre les textes instituant un pouvoir de révision interne et entre les tribunaux ou organismes pourvus de ce pouvoir. Les décisions de quelques-uns de ces tribunaux ou organismes sont finales et sans appel, comme par exemple celles de la Commission des relations de travail, mais celles de plusieurs autres organismes peuvent faire l'objet d'un recours au TAQ, comme dans le cas de la Commission des transports du Québec, ou encore d'un appel avec permission à la Cour d'appel, comme c'est le cas du Tribunal des droits de la personne. Or, il est de règle que seules les décisions qui ne sont pas attaquées devant une autre instance peuvent faire l'objet d'une révision interne. La plupart de ces organismes bénéficient d'une clause privative robuste, mais pas tous : ce n'est le cas ni de la Société d'assurance automobile du Québec, ni de la Financière agricole du Québec. Dans certains cas, comme pour la **Régie de l'énergie** mais aussi pour le Tribunal des droits de la personne, la révision est possible d'office ou sur demande; dans d'autres, comme pour la Commission des lésions professionnelles ou la Commission des relations du travail, elle ne survient que sur demande. Ailleurs, la loi n'apporte pas de précisions sur ce point. Enfin, dans six cas sur douze, la loi spécifie que la révision pour cause de vice de fond de nature à invalider la décision ne peut se faire que devant une formation autre que celle qui a rendu la décision à réviser; dans les six autres cas, la loi est silencieuse sur ce point.

[gras ajouté, notes omises]

[63] Les décisions de la Régie sont finales et sans appel. Il existe un pouvoir d'auto-révision d'office mais également une possibilité de révision à la demande d'une des

parties. La révision peut avoir lieu dans le cas d'un vice de fond comme dans l'arrêt *Godin*. Dans ce cas, un banc différent doit entendre la demande de révision. Sauf quant au pouvoir d'auto-révision, le pouvoir de révision de la Régie de l'énergie est rigoureusement le même que celui du TAQ analysé dans l'affaire *Godin*.

[64] En conséquence, la norme de contrôle judiciaire applicable à une décision de la Régie siégeant en révision interne est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Définition de la norme

[65] La Cour suprême définit ainsi la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans son arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247 :

[50] [...] En revanche, lorsqu'elle décide si une mesure administrative est déraisonnable, la cour ne doit à aucun moment se demander ce qu'aurait été la décision correcte. La norme de la décision raisonnable donne effet à l'intention du législateur de confier à un organisme spécialisé la responsabilité principale de trancher la question selon son propre processus et ses propres raisons. La norme de la décision raisonnable n'implique pas que l'instance décisionnelle dispose simplement d'une « marge d'erreur » par rapport à ce que la cour estime être la solution correcte.

[...]

[54] Comment la cour siégeant en contrôle judiciaire sait-elle si une décision est raisonnable alors qu'elle ne peut d'abord vérifier si elle est correcte? La réponse est que la cour doit examiner les motifs donnés par le tribunal.

[55] La décision n'est déraisonnable que si aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait. Si l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir (*Southam*, par. 56). Cela signifie qu'une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision (voir *Southam*, par. 79).

[56] Cela ne signifie pas que chaque élément du raisonnement présenté doive passer individuellement le test du caractère raisonnable. La question est plutôt de savoir si les motifs, considérés dans leur ensemble, sont soutenable comme assise de la décision. Une cour qui applique la norme de la décision

raisonnable doit toujours évaluer si la décision motivée a une base adéquate, sans oublier que la question examinée n'exige pas un résultat unique précis. De plus, la cour ne devrait pas s'arrêter à une ou plusieurs erreurs ou composantes de la décision qui n'affectent pas la décision dans son ensemble.
[nos soulignés]

ANALYSE

[66] Appliquant ces principes, il faut se demander si la conclusion de la Régie dans la décision 2 était déraisonnable lorsqu'elle énonce que la décision 1 de la Régie n'était pas entachée de vices de fond de nature à l'invalider.

Vice de fond-notion

[67] Le juge Rothman dans *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608, aux pages 613-614 s'exprime ainsi sur la notion de vice de fond :

The Act does not define the meaning of the term "vice de fond" used in section 37. The English version of section 37 uses the expression "substantive ... defect." In context, I believe that the defect, to constitute a "vice de fond," must be more than merely "substantive." It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the "vice de fond" must be "de nature à invalider la décision." A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under section 37. A simple error of fact or law is not necessarily a "vice de fond." The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision.

[68] Dans *TAQ c. Godin*²⁹, la juge Rousseau-Houle fait le constat suivant :

[par.140] Notre Cour a reconnu que cette notion [de vice de fond] doit être interprétée largement. Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente.

²⁹ Op. cit.

[parenthèses ajoutées, notes omises, nos soulignés]

LES GRIEFS

[69] Les griefs de Tembec sont les suivants:

- Premier grief : la décision 1 tient en compte un élément de preuve non pertinent soit que la Procédure n'a pas été respectée concernant la sélection des soumissions, puisque les soumissions non retenues étaient toutes supérieures à celle de Tembec.
- Deuxième grief: la décision 1 omet de prendre en compte une preuve pertinente soit que la soumission de Tembec était, elle, conforme et retenue car la plus basse de toutes les soumissions reçues.
- Troisième grief : la procédure d'approbation d'un contrat n'est pas une procédure d'approbation de *tout* l'appel d'offres ou l'examen des soumissions rejetées. La question est de savoir si le *contrat de Tembec* doit être approuvé. Cela est d'autant plus vrai qu'aucun des soumissionnaires perdants ne s'est plaint de l'appel d'offres.
- Quatrième grief : la décision entraîne un résultat déraisonnable en pénalisant un soumissionnaire dont la soumission est conforme et la plus basse.
- Cinquième grief : la Régie a erré en ne concluant pas que la sélection des soumissions était conforme à la Procédure qui comprenait, pour tous les soumissionnaires, la clause 4,18. La Régie a jugé que Hydro-Québec ne pouvait pas faire appel à cette clause sans remettre en cause tout l'appel d'offres. Or, les documents fournis au soutien de la demande d'approbation comprenaient les documents d'appel d'offres³⁰ et la clause 4,18. Les experts et consultants ont conclu que la Procédure avait été suivie. La Régie a complètement négligé cette preuve.

[70] Le Tribunal retient les griefs deux et trois de Tembec. Il sera suffisant et prudent pour les fins de la décision de s'en tenir à ces deux griefs. Comme ils sont intimement liés, ils seront examinés ensemble. Le Tribunal n'exprime pas d'opinion quant aux autres griefs.

³⁰ Le document d'appel d'offres est déposé à la Régie avant le lancement de l'appel d'offre. Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001.

[71] Le Tribunal estime que la Régie a eu tort de ne pas intervenir. La décision I était affectée d'un vice de fond.

[72] Dans la décision 1, le régisseur a confondu surveillance administrative de l'appel d'offres (art. 74.2 al.1 de la Loi) et processus d'approbation de contrat (art. 74.2 al. 2 de la Loi).

[73] Le *Règlement* ne dit pas qu'un Rapport défavorable entraîne automatiquement le rejet d'un contrat conclu suite à l'appel d'offres visé par le Rapport. En ce sens, il n'y aurait même pas nécessité à processus d'approbation. Ce n'est pas l'équation. Le système d'appel d'offres public est un processus long, complexe, sophistiqué et coûteux. Un contrat conclu suite à ce processus nécessite un examen tout aussi minutieux de la part de l'organisme spécialisé.

[74] Le *Règlement* prévoit les cas où un contrat doit être soumis pour approbation à la Régie. En l'espèce, c'est un contrat dont la durée des approvisionnements est supérieure à un an (art. 1).

[75] Quant aux conditions de la demande d'approbation, outre le délai de présentation de la demande elle-même, elles sont de plusieurs ordres :

- | | |
|--------------------------------|--|
| Conditions documentaires : | fournir les contrats (a. 1 al. 2) |
| Conditions informationnelles : | fournir des descriptions (a. 1 al. 2, par. 1-2-3)
fournir une analyse (a. 1 al. 2, par. 3)
fournir un rapport de comparaison (a. 1 al. 2, par.5)
faire état des suites données (a. 1 al. 2, par. 7) |
| Obligations de démonstration : | démontrer que le contrat comporte le prix le plus bas (a. 1 al. 2, par. 4)
démontrer le respect des caractéristiques des contrats approuvées dans le plan d'approvisionnement (a. 1 al. 2, par. 6) |

[76] Le *Règlement* envisage l'hypothèse d'un Rapport de la Régie qui soulèverait des accrocs à la Procédure. Dans ce cas, le Distributeur doit faire état des suites données au Rapport. Lors de l'approbation du contrat, la Régie doit faire l'analyse des suites données. Le *Règlement* ne dit pas quelles doivent être ces suites ni qu'un Rapport qui soulève des accrocs à la procédure est un obstacle dirimant.

[77] L'analyse du contrat dont on veut obtenir l'approbation doit être faite *in concreto*. Il est tout à fait possible d'imaginer un cas où un Rapport souligne des manquements quant à la Procédure mais qu'un contrat en particulier puisse être approuvé, par exemple dans l'hypothèse où les manquements relevés ne mettent pas en péril le principe du traitement

équitable et égal des soumissionnaires³¹. La Régie avait elle-même envisagé la possibilité de corriger les appels d'offres futurs quant à l'étape 2 du processus de sélection des soumissions³². Cette interprétation respecte la dichotomie surveillance du processus d'appel d'offres / approbation d'un contrat.

[78] Nonobstant le Rapport défavorable quant à l'appel d'offres, le régisseur devait examiner si le contrat de Tembec était, *lui*, conforme à la Procédure et au Code et décider si ce contrat devait être approuvé c'est-à-dire procéder à la deuxième étape de l'analyse et examiner la preuve pertinente. Cela n'a pas été fait.

[79] Même si on refaisait l'appel d'offres pour tenir en compte les remarques de la Régie dans son Rapport, la soumission de Tembec serait retenue et un contrat devrait être conclu. Hydro l'a admis³³. Les reproches contenus au Rapport ne visent pas le contrat de Tembec. Tembec utilise la biomasse comme combustible et la clause 4,18 ne lui est pas applicable. Il y a eu refus de prendre en compte une preuve pertinente et refus d'exercer la compétence. C'est un vice de fond.

[80] On ne peut pas s'empêcher de voir une certaine ambiguïté dans la genèse de ce litige. Le Gouvernement a indiqué par décret à la Régie ses préoccupations à l'égard de l'énergie produite par cogénération³⁴. La Procédure, la grille d'analyse des soumissions et sa pondération ont fait l'objet de décisions de la Régie³⁵. Par sa décision D-2004-180, la Régie s'assurait que l'appel d'offres était conforme aux préoccupations gouvernementales exprimées dans le Décret. Tous les documents d'appel d'offres sont déposés à la Régie. La Régie est donc bien au fait de la clause 4,18. Dans son Rapport, la Régie prend une position ambiguë quand elle dit que Hydro peut invoquer la clause relative aux prix non concurrentiels mais qu'en même temps, Hydro s'écarte des objectifs prescrits par le gouvernement dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à cette clause des prix non concurrentiels après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des soumissions et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne.

[81] Il n'est donc pas étonnant que le consultant Raymond Chabot Grant Thornton conclut que l'appel d'offres, la sélection des soumissions et l'octroi respectaient la

³¹ *Martel Building Ltd c. Canada* [2000] 2 R.C.S. 860.

³² D-2002-169 à l'occasion de l'approbation du plan d'approvisionnement 2002-2011 d'Hydro-Québec, partie II : Modalités des appels d'offres, pp. 65-66. Dans les suites données au Rapport, Hydro suggère de rendre plus explicite dans les appels d'offres à venir, son droit d'appliquer la clause de non compétitivité lorsque cela est dans le meilleur intérêt de sa clientèle : Réponses d'Hydro-Québec Distribution à la demande de renseignements No.1 de la Régie de l'énergie, HQD-3, page 6. Dans le même sens, voir les décisions de la Régie D-2003-159, p.23-24 et D-2004-115, p.11-12.

³³ *Syndicat canadien de la fonction publique c. Gravel* [1998] R.J.D.T. 56.

³⁴ *Décret concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie à l'égard de l'énergie produite par cogénération.*

³⁵ D-2001-191, D-2002-14, D-2002-169, D-2003-69.

Procédure tels qu'ils étaient. C'est là-dessus que les parties intéressées ont soumissionné.

[82] Les motifs de la Régie, pris dans leur ensemble, rendent la décision 2 déraisonnable. Il y a avait vice de fond dans la décision 1. Le *Règlement* n'a pas été respecté et la compétence n'a pas été exercée. La preuve pertinente n'a pas été tenue en compte. La décision 1 devait être révisée et le refus de le faire était déraisonnable. Tembec a raison de se plaindre et de s'adresser à la Cour.

[83] Généralement, lorsque la Cour exerce son pouvoir de contrôle, elle renvoie le dossier au décideur spécialisé sauf quand le débat est entièrement vidé. Tembec présente sa situation comme un cas particulier. Cet argument a du mérite.

[84] C'est l'avis du Tribunal que le renvoi à la Régie est inapproprié dans ce cas particulier [nous soulignons]. Il serait inutile de renvoyer le dossier à la Régie. Il n'y a plus rien à décider. Encore une fois, dans ce cas particulier, la Régie ne pouvait que faire droit à la demande d'approbation. La soumission de Tembec était la plus basse. Dans le cas de Tembec, la Procédure et le Code ont été suivis. La clause 4,18 ne s'appliquait pas à Tembec. La soumission de Tembec était conforme.

[85] Le contrat a été conclu le 3 octobre 2005. Les livraisons doivent débuter en 2008. Il serait inutile de faire supporter aux parties des coûts et des délais supplémentaires³⁶.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[86] **ACCUEILLE** la requête en révision judiciaire;

[87] **RÉVISE et ANNULE** la décision D-2006-135 rendue le 12 septembre 2006 par la Régie de l'Énergie rejetant la demande de révision de la demanderesse Tembec inc. et la décision D-2006-65 rendue le 12 avril 2006 par la Régie de l'énergie refusant la demande d'Hydro-Québec en approbation du contrat intervenu entre Hydro-Québec et Tembec inc.

ET PROCÉDANT À RENDRE LA DÉCISION QUI AURAIT DÛ ÊTRE RENDUE :

[88] **APPROUVE** le contrat intervenu entre Hydro-Québec et Tembec inc. le 3 octobre 2005;

[89] **RETOURNE** le dossier à la Régie pour qu'elle décide de la demande de confidentialité d'Hydro-Québec incluse dans sa demande d'approbation;

³⁶ *Panneau Vicply inc. Guindon*, J.E. 98-109 (C.A.), *Lapray Realities Ltd. c. Montréal (Ville de)*, 2005 QCCA 477. *Club de yacht royal St-Laurent c. Commission municipale du Québec* J.E. 98-2299 (C.S.). Appel rejeté J.E. 2002-1660 (C.A.). *Renaud c. C.A.S.* [1999] 3 R.C.S. 855.

[90] **Sans frais vu l'absence de contestation.**

FRANÇOIS TÔTH, j.c.s.

**Me Gérard Dugré
Me Mélisa Thibault
FRASER MILNER CASGRAIN
Procureurs de la demanderesse**

**Me Eric Fraser
GAGNON, LAFONTAINE
Procureur de la mise en cause Hydro-Québec**

**Me Dominique Neuman
Procureur des mises en cause Stratégies Énergétiques (S.É.) et
Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique**

Date d'audience : 13 mars 2007