

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

DOSSIER R-3953-2015

EN RÉVISION/RÉVOCATION
DU DOSSIER R-3925-2015
(DÉCISION D-2015-179)

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

IN RE : RÉVISION/RÉVOCATION DE LA
DÉCISION D-2015-179 RENDUE AU
DOSSIER R-3925-2015 RELATIVE À
L'APPROBATION DE L'ENTENTE ENTRE
HYDRO-QUÉBEC DISTRIBUTION (HQD) ET
TRANSCANADA ÉNERGIE (TCE) VISANT
L'UTILISATION DE LA CENTRALE DE
BÉCANCOUR EN PÉRIODE DE POINTE

REGROUPEMENT DES ORGANISMES
ENVIRONNEMENTAUX EN ÉNERGIE
(ROÉÉ)

Intervenante en première instance
Demanderesse au dossier de révocation
-et-

HYDRO-QUÉBEC en sa qualité de Distributeur
Demanderesse en première instance
Défenderesse au dossier de révocation
-et-

STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES

-et-
L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE
CONTRE LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE
(SÉ-AQLPA)
Intervenantes en première instance
Intervenantes au dossier de révocation

ARGUMENTATION

M^e Dominique Neuman
Procureur
Stratégies Énergétiques (S.É.)
Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)

Le 5 février 2016

Régie de l'énergie - Dossier R-3953-2015

Révision/révocation de la décision approuvant l'entente HQD-TCÉ visant l'utilisation de la centrale de Bécancour en période de pointe

Argumentation

M^e Dominique Neuman, Procureur

Préparée pour Stratégies Énergétiques et l'AQLPA

TABLE DES MATIÈRES

1	- PRÉAMBULE.....	1
2	- LES PRINCIPES APPLICABLES À LA DEMANDE DE RÉVISION/RÉVOCATION AU PRÉSENT DOSSIER.....	2
2.1	LES PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES AUX DEMANDES DE RÉVISION/RÉVOCATION ADMINISTRATIVES	2
2.2	LES PRINCIPES APPLICABLES SI LES MOTIFS DE LA DÉCISION INITIALE SONT EN PARTIE ATTEINTS D'UN VICE DE FOND SÉRIEUX ET FONDAMENTAL, MAIS QUE LA CONCLUSION DEMEURE CORRECTE	14
3	- L'EXISTENCE DE CAS (NON ÉNONCÉS DANS LA LOI) OÙ LA RÉGIE POURRAIT APPROUVER DES CONTRATS D'APPROVISIONNEMENT EXTRA- PATRIMONIAUX DE HQD SANS APPELS D'OFFRES PRÉALABLES.....	17
4	- LE CHAMP D'APPLICATION DE LA 3^E CATÉGORIE DE CONTRATS (POUVANT ÊTRE APPROUVÉS SANS NÉCESSITÉ D'APPEL D'OFFRES).....	24
5	- CONCLUSION	35

1

PRÉAMBULE

1 - La Régie de l'énergie est saisie, au présent dossier, d'une demande amendée du *Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROÉÉ)* en révision/révocation de la décision D-2015-179 rendue au dossier R-3925-2015 relative à l'approbation de l'entente entre Hydro-Québec Distribution (HQD) et TransCanada Énergie (TCÉ) visant l'utilisation de la centrale de Bécancour en période de pointe.¹

2 - La présente constitue l'argumentation de l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* et de *Stratégies Énergétiques (S.É.)* au présent dossier.

¹ **REGROUPEMENT DES ORGANISMES ENVIRONNEMENTAUX EN ÉNERGIE (ROÉÉ)**, Dossier R-3953-2015, Pièce B-0007, Demande amendée en révision et révocation.

2

LES PRINCIPES APPLICABLES À LA DEMANDE DE RÉVISION/RÉVOCATION AU PRÉSENT DOSSIER

2.1 LES PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES AUX DEMANDES DE RÉVISION/RÉVOCATION ADMINISTRATIVES

3 - La demande de révision du ROEE au présent dossier indique être fondée sur le paragraphe 3 de l'alinéa 1 de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, selon lequel une décision peut être administrativement révisée ou administrativement révoquée « *lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision* » (demande de révision amendée, parag. 1).

(Note : Nous utilisons l'expression « *révision administrative* » ou « *révocation administrative* » pour désigner la révision ou la révocation d'une décision par une seconde formation du même Tribunal administratif que celui qui a rendu la décision initiale, ceci par opposition à la « *révision judiciaire* » qui a lieu devant un tribunal judiciaire, en l'occurrence la Cour supérieure du Québec.)

4 - Les principes de droit guidant la recevabilité d'une telle demande de « révision administrative » ou « révocation administrative » sont solidement établis. La révision ou révocation administrative ne constitue pas un appel de la décision. Le vice allégué donnant ouverture à révision ou à révocation doit consister en un « vice de fond qui soit suffisamment fondamental et sérieux pour être de nature à invalider cette décision » :

- *Épiciers-Unis Métro-Richelieu inc. c. RACJ*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), pp. 613-614.
- *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490, parag. 37, 45-51, 74 (J. Fish pour la majorité).
- *C.S.S.T. c. Fontaine*, [2005] R.J.Q. 2203 (C.A.), 2220 (par. 49).

5 - Dans *Épiciers-Unis Métro-Richelieu inc. c. RACJ*, la Cour d'appel définit comme suit un droit de révision administrative similaire à celui prévu à l'article 37 al.1 (3^o) de la *Loi sur la Régie de l'énergie* :

*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.**²*

² *Épiciers-Unis Métro-Richelieu inc. c. RACJ*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), pp. 613-614. Souligné en caractère gras par nous.

6 - Dans *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, l'Honorable juge Fish, pour la majorité de la Cour d'appel précise

[37] [...] it connotes a limited jurisdiction to correct fatal or "invalidating" errors shown to have been committed by another panel of the Tribunal in rendering its earlier – and, in principle, final – decision.[...]

[45] This view of the matter appears to me to be entirely consistent with the legislator's stated objective: "to affirm the specific character of administrative justice, to ensure its quality, promptness and accessibility and to safeguard the fundamental rights of citizens".

[46] And I find it inconsistent with these values to subordinate the finality of a "valid" determination by the Tribunal, in "proceedings brought against an administrative authority", to further contestation by the state in the hope that another panel of the same Tribunal might have decided otherwise.

[47] Of this I am above all else convinced: **Section 154(3) of the ARAJ was not intended to empower one panel of the TAQ to revoke or revise the decision of another panel of the TAQ simply because it takes a different view of the facts, the relevant statutory provisions, or the applicable regulations.**

[48] **The second panel may only intervene where it can identify a fatal error in the impugned earlier decision. By the very terms of the provision, the error must, on account of its significance, be "of a nature likely to invalidate the decision", within the meaning of section 154(3).**

[49] And I would ascribe to the verb "invalidate", in this context, the meaning given to its corresponding adjective by the Canadian Oxford Dictionary: **invalid** 1. not officially acceptable or usable, esp. having no legal force. 2. not true or logical; not supported by reasoning (an invalid argument).[...]

[50] In short, section 154(3) does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On the contrary, **it permits the revocation or review by the Tribunal of its own earlier decision not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard.**

[51] Accordingly, the Tribunal commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions. **Where there is room on any of these matters for more than one reasonable opinion, it is the first not that last that prevails.** [...]

[74] Moreover, section 154(3) does not create a right of appeal to the second panel against a finding of fact or of law by the first. **It provides, rather, for the revocation or review by the Tribunal of its own earlier decision – not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard.**³

³ Tribunal administratif du Québec c. Godin, [2003] R.J.Q. 2490, parag. 37, 45-51, 74 (J. Fish pour la majorité). Souligné en caractère gras par nous.

7 - Une nuance s'impose toutefois à l'égard de ce qui précède, en faisant une analogie avec les principes de la révision judiciaire tels que reconnus notamment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt classique *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*⁴ (analogie qui a cependant ses limites tel qu'indiqué ci-après) :

- **Il existe des questions sur lesquelles la formation de première instance de la Régie a le droit de se tromper**, car le jugement sur ces questions fait partie du domaine de compétence exclusive que le législateur lui a confié. Sur de telles questions, la formation de révision/révocation de la Régie n'interviendra que si la décision de première instance comporte un « *vice de fond qui soit suffisamment fondamental et sérieux pour être de nature à invalider cette décision* », tel que décrit dans la jurisprudence que nous venons d'énoncer.

Même si la tentation est forte d'assimiler ce motif de révision/révocation à la révision judiciaire « *sur la base de la déraisonnabilité de la décision* », une telle comparaison a ses limites. La jurisprudence de la Régie le spécifie d'ailleurs clairement :

*Quant au paragraphe 3, le demandeur invoque plusieurs critères pour donner ouverture à la révision. Il insiste beaucoup sur le critère du « manifestement déraisonnable », critère élaboré par la Cour suprême pour donner ouverture au pouvoir de révision des tribunaux supérieurs. **Comme le pouvoir de révision prévu à l'article 37 n'est pas le même que celui prévu en droit commun ou dans***

⁴ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, <http://scc.lexum.org/fr/2008/2008csc9/2008csc9.html> et <http://scc.lexum.org/fr/2008/2008csc9/2008csc9.pdf>

l'application du Code de procédure civile, les tribunaux et la doctrine n'ont pas retenu ce critère de «manifestement déraisonnable» pour l'application de l'article 37. La Cour d'appel a plutôt élaboré le critère d'un «vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision».⁵

SÉ-AQLPA soumettent respectueusement que la révision/révocation par la Régie d'une décision atteinte d'un « *vice sérieux et fondamental de nature à l'invalider* » se distingue de la révision judiciaire d'une décision déraisonnable notamment par les deux aspects suivants :

- Contrairement à un tribunal judiciaire, **la formation de révision/révocation de la Régie n'est pas hiérarchiquement supérieure à la formation de première instance de la Régie.** Tout régisseur de la Régie peut un jour être amené à siéger aussi bien sur une formation de première instance que sur une formation de révision/révocation. Cette particularité amène donc à davantage de déférence à l'égard de la décision de première instance.
- Mais inversement, l'on doit tenir compte du fait que, contrairement à un tribunal judiciaire, **la formation de révision/révocation de la Régie est elle-même constituée d'arbitres spécialisés, ayant d'office des connaissances spécialisées, dotés d'une compétence exclusive et protégés par une clause privative.** La formation

⁵ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3437-2000 (demande de révision par le RNCREQ au dossier R-3405-98), Décision D-2000-122, 22 juin 2000 (RR. Patoine, Rudel-Tessier, Dumais), p. 10. Souligné en caractère gras par nous.

de révision/révocation de la Régie est donc plus apte à déceler ce qui serait déraisonnable dans une décision de première instance que ne le serait un tribunal judiciaire non spécialisé. Cette particularité amène donc à moins de déférence de sa part à l'égard de la décision de première instance.

- Mais, outre tout ce qui précède, **il existe aussi des questions sur lesquelles la Régie n'a pas le droit de se tromper** car, si elle se trompait, la décision serait certainement révisable en révision devant les tribunaux judiciaires « *sur la base de la justesse de la décision* ». Sur de telles questions, il n'est évidemment pas nécessaire d'aller jusqu'à un recours judiciaire, puisque la formation de révision/révocation de la Régie pourra elle-même intervenir et rendre la décision juste qui aurait dû être rendue.

La Cour d'appel dans *Tribunal administratif du Québec c. Godin et Société de l'Assurance automobile du Québec* affirme elle-même que la notion de « *vice de fond qui est de nature à invalider la décision* » « *est suffisamment large pour permettre la révocation [N.D.L.R. : administrative] d'une décision qui serait ultra vires* ». ⁶

⁶ *Tribunal administratif du Québec c. Godin et Société de l'Assurance automobile du Québec*, C.A.M. 500-09-009744-004, le 18 août 2003, JJ. Fish, Rousseau-Houle, Chamberland, Opinion de la juge Rousseau-Houle, parag. 138 et 140.

La Régie de l'énergie avait d'ailleurs similairement jugé que :

*En matière de révision, la Régie doit, pour donner ouverture à la demande de révision, constater l'existence d'un vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision.⁷ Il est également de jurisprudence constante que la révision ne peut être le moyen déguisé d'un appel par lequel la seconde formation substituerait sa propre appréciation des faits. **Toutefois, l'erreur de droit suffit dès lors qu'elle soulève une question juridictionnelle.***

*[...] **L'absence de juridiction est une erreur en soi suffisamment grave pour être qualifiée de vice de fond de nature à invalider la décision.**⁸*

La tendance moderne des tribunaux consiste toutefois désormais à interpréter de façon limitative la notion d'erreur juridictionnelle et les cas où un tribunal administratif « *n'a pas le droit de se tromper* ». Ainsi, dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, la majorité de la Cour suprême du Canada énonce que :

[35] Le mécanisme actuel de contrôle judiciaire est issu d'arrêts de principe rendus à partir de la fin des années

⁷ Cité dans la décision : Voir les décisions D-2002-219, dossier R-3486-2002, 21 octobre 2002, pages 7 à 9; D-2002-220, dossier R-3487-2002, 21 octobre 2002, pages 7 à 9 et D-2002-229, dossier R-3493-2002, pages 6 à 9.

⁸ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3496-2002, Décision D-2003-49, pages 8-9. Souligné en caractère gras par nous.

1970. La Cour y a élaboré la théorie de l'examen approfondi des conclusions de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait tirées par les tribunaux administratifs. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« SCFP »), le juge Dickson a lancé l'idée que, selon les contextes juridiques et administratifs, le tribunal administratif spécialisé jouissant d'une expertise particulière et bénéficiant de la protection d'une clause privative pouvait, s'il n'outrepassait pas sa compétence, proposer une interprétation de sa loi habilitante qui serait jugée valable à moins qu'elle ne soit « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire » (p. 237). Avant cet arrêt, la « doctrine de la condition préalable » était appliquée en matière de contrôle judiciaire et s'attachait au bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant l'étendue de sa compétence. La cour de révision pouvait alors substituer à la décision de l'organisme celle qu'elle jugeait préférable, sous prétexte que la question soulevée avait trait à la « compétence », faisant souvent fi de l'intention du législateur de s'en remettre au tribunal administratif. L'arrêt SCFP, et surtout **la mise en garde du juge Dickson invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard »** (p. 233), a

constitué un point tournant dans la conception du contrôle judiciaire. **Le respect du processus décisionnel administratif préconisé par le juge Dickson a marqué le début de l'ère moderne du droit administratif canadien.**

[36] Cependant, l'arrêt SCFP n'a pas totalement écarté l'examen suivant la norme de la décision correcte; dans l'arrêt Bibeault, la Cour a rappelé qu'il demeurait des questions qu'un tribunal administratif devait trancher correctement. Comme l'a expliqué le juge Beetz, « la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d'autres organismes créés par la loi [est] limitée, et . . . un tel tribunal ne [peut], par une interprétation erronée d'une disposition de loi, s'arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné » (p. 1086). **L'arrêt Bibeault a introduit la notion d'« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la compétence d'un tribunal administratif et marqué l'abandon de la théorie « de la condition préalable ».** **Pour arriver à la bonne norme de contrôle, les cours de justice devaient tenir compte de divers éléments, dont le libellé de la disposition conférant la compétence, l'objet de la loi habilitante, la raison d'être du tribunal administratif, l'expertise de ses membres et la nature du problème (p. 1088).** La nouvelle approche mettait « de nouveau l'accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures » (p. 1090). **L'« analyse pragmatique et fonctionnelle » a vu sa portée s'accroître ensuite**

pour englober la détermination du degré de déférence que commandaient les différents types de décision administrative. [...]

[59] [...] **Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise** : Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail), [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. **Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé** : Toronto (Ville) c. S.C.F.P., par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt McLeod c. Egan, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour s'est dissociée de la position stricte qu'elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l'interprétation, par un décideur administratif, d'une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d'annulation par voie de contrôle judiciaire. [...]

[59] Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous

mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt SCFP. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. **La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question.** Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question.⁹

8 - C'est donc dans ce cadre que l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et Stratégies Énergétiques (S.É.) soumettent leur présente argumentation.

⁹ *Dunsmuir* c. *Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, <http://scc.lexum.org/fr/2008/2008csc9/2008csc9.html> et <http://scc.lexum.org/fr/2008/2008csc9/2008csc9.pdf>, JJ. Bastarache et LeBel pour la majorité, parag. 35-36, 54, 59. Souligné en caractère gras par nous.

2.2 LES PRINCIPES APPLICABLES SI LES MOTIFS DE LA DÉCISION INITIALE SONT EN PARTIE ATTEINTS D'UN VICE DE FOND SÉRIEUX ET FONDAMENTAL, MAIS QUE LA CONCLUSION DEMEURE CORRECTE

9 - Au présent dossier, l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et Stratégies Énergétiques (S.É.) plaident que les motifs de la décision initiale sont, en partie (et sur des aspects secondaires énoncés aux paragraphes 29-30 de la présente argumentation), atteints d'un vice de fond sérieux et fondamental, mais que la conclusion de cette décision demeure, malgré tout, correcte (ou plus précisément, « *non atteinte d'un vice de fond sérieux et fondamental entraînant son invalidité* »).

Nous invitons en effet la formation de révision/révocation de la Régie à conclure que le produit faisant l'objet du protocole d'entente et de l'entente finale entre Hydro-Québec Distribution et TransCanada Énergie (« *le Produit* »), dont l'approbation lui était demandée au dossier R-3925-2015, ne nécessitait pas de recourir à la procédure d'appel d'offres, mais **pour des motifs qui seraient quelque peu différents de ceux exprimés dans la décision de première instance sur lesdits aspects secondaires.**

10 - Il existe deux manières possibles, pour la présente formation de révision/révocation, de conceptualiser une telle situation :

- Partons du principe qu'une demande de révocation ou de révision ne doit être accueillie selon l'article 37 al 1 par. 3 de la *Loi* que lorsque le vice de fond ou de procédure « *est de nature à invalider la décision* ». **Or, si la formation de révision/révocation de la Régie estime, pour ses propres motifs partiellement distincts de ceux exprimés en première instance, que le Produit ne nécessitait pas de recourir à la procédure d'appel d'offres, elle a alors le devoir de maintenir la**

conclusion de première instance à cet égard et de n'en corriger que les motifs exprimés (donc en « rejetant » la demande de révision/révocation).

Il s'agit d'ailleurs d'une question préliminaire d'ordre public que la Régie, tant en première instance qu'en révision, a le devoir de trancher, étant pleinement libre de le faire selon ses propres motifs, sans être liée par ceux exprimés auparavant ou plaidés devant elle. C'est d'ailleurs ce que la formation de première instance avait fait, puisque ses motifs n'étaient pas tout à fait les mêmes que ceux que lui avaient plaidés les différents participants (dont Hydro-Québec Distribution, l'Union des consommateurs et SÉ-AQLPA, qui avaient chacun plaidé la question selon des arguments distincts entre eux et apportant différentes nuances et autres différences).

- Une autre manière de poser cette question pourrait aussi consister simplement à constater que la demande de révision/révocation du ROEÉ ne demande pas seulement à révision les motifs exprimés à la décision D-2015-179, mais également la révision de sa conclusion de non-nécessité d'appel d'offres, ces deux aspects de la demande de révision/révocation pouvant être tranchés distinctement et différemment.

Par conséquent, même si la Régie, siégeant en révision, choisissait de « réviser » ou « révoquer » les motifs exprimés, son travail ne sera pas terminé puisqu'il lui restera encore à décider si elle doit ou non « réviser » ou « révoquer » la conclusion de non-nécessité d'appel d'offres. Or cette conclusion constitue une question préliminaire d'ordre public que la Régie doit trancher par elle-même, en toute liberté, sans

être liée par le raisonnement de la formation de première instance ou les arguments exprimés. La Régie peut donc arriver à la conclusion de réviser/révoquer les motifs mais de refuser de réviser/révoquer la conclusion de la formation de première instance sur la non nécessité de l'appel d'offres.

11 - C'est en raison de ces deux manières possibles de conceptualiser la présente situation que les conclusions de SÉ-AQLPA, à la fin de la présente argumentation, sont formulées dans les termes suivants :

Pour l'ensemble de ces motifs, nous invitons la Régie à.

REJETER la demande amendée du *Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEE)* en révision/révocation de la décision D-2015-179 rendue au dossier R-3925-2015,

OU SUBSIDIAIREMENT :

ACCUEILLIR en partie cette demande amendée du ROEE, quant aux motifs exprimés dans la décision D-2015-179 au sujet de la non-nécessité de tenir un appel d'offres,

ET PROCÉDANT À RENDRE LA DÉCISION QUI AURAIT DU ÊTRE RENDUE, ÉNONCER des motifs en partie révisés au sujet de la non-nécessité de tenir un appel d'offres,

ET, SUR LA FOI DE CES MOTIFS EN PARTIE RÉVISÉS, REJETER la demande amendée en révision/révocation quant aux conclusions de la décision D-2015-179 au sujet de la non-nécessité de tenir un appel d'offres.

3

L'EXISTENCE DE CAS (NON ÉNONCÉS DANS LA LOI) OÙ LA RÉGIE POURRAIT APPROUVER DES CONTRATS D'APPROVISIONNEMENT EXTRA-PATRIMONIAUX DE HQD SANS APPELS D'OFFRES PRÉALABLES

12 - Au paragraphe 50 de sa demande amendée de révision/révocation, le ROÉÉ reproche à la formation de première instance de la Régie d'avoir énoncé, au paragraphe 91 de sa décision D-2015-179, qu'il existerait une troisième catégorie (non prévue textuellement dans la *Loi*) de contrats d'approvisionnement extra-patrimoniaux de HQD pouvant être approuvés par la Régie :

une modification à un contrat d'approvisionnement existant issu d'un appel d'offres qui ne nécessite pas de procéder à un nouvel appel d'offres

13 - Le ROÉÉ plaide qu'une telle troisième catégorie de contrats n'existe pas et que cet aspect de la décision constitue un vice de fond sérieux et fondamental entraînant son invalidité.

14 - SÉ-AQLPA soumettent respectueusement que la question de savoir si cette troisième catégorie de contrats d'approvisionnement extra-patrimoniaux de HQD pouvant être approuvés par la Régie existe ou non est une question sur laquelle la formation de première instance n'avait pas le droit de se tromper.

En effet, même si l'on pouvait argumenter que si les décisions sur les approvisionnements de HQD soulèvent des questions spécialisées relevant de la spécialisation de la Régie, l'existence-même ou non de cette troisième catégorie de contrats d'approvisionnement extra-patrimoniaux pouvant être approuvés par la Régie constitue une question sur laquelle il est nécessaire qu'il existe une réponse uniforme de la part de la Régie. Il serait inconcevable qu'une formation de la Régie estime que cette troisième catégorie existe alors qu'une autre formation de la Régie estimerait que cette troisième catégorie n'existerait pas, et que ces deux décisions contradictoires de la Régie seraient également inattaquables en révision/révocation.

(Note : nous ne discutons pas ici de l'ampleur de cette troisième catégorie, à savoir si les cas qui seraient visés seraient rares ou fréquents. Cet aspect est traité plus loin dans la présente argumentation.)

15 - Ayant conclu que l'existence ou non de cette troisième catégorie est une question sur laquelle la régie n'a pas le droit de se tromper, SÉ-AQLPA soumettent respectueusement que la formation de première instance ne s'est pas trompée : Il existe bel et bien une catégorie de contrats consistant en « *une modification à un contrat d'approvisionnement existant issu d'un appel d'offres* » qui peut être approuvée par le Tribunal sans nécessité de procéder à un nouvel appel d'offres.

En effet, nous ne croyons pas que la volonté du législateur, quant aux articles 74.1 et 74.2 de la *Loi*, doit être interprétée de façon tellement drastique que HQD (et la Régie) seraient privées de toute possibilité de modifier de gré des contrats d'approvisionnement afin de gérer la volatilité des prévisions de la demande sur 25 ans (soit environ 5 ans entre l'appel d'offres et le début du contrat et environ 20 ans de durée de contrat). Un tel carcan serait manifestement contraire à l'intérêt public et le législateur n'a sûrement pas voulu une telle chose.

16 - SÉ-AQLPA soumettent donc respectueusement que la Régie a correctement interprété les articles 74.1 et 74.2 de la *Loi*, comme l'indique l'extrait suivant de sa décision D-2015-179 :

[85] Pour interpréter les règles applicables en matière d'appel d'offres et déterminer si la demande du Distributeur est recevable, la Régie est d'avis qu'elle doit appliquer les principes modernes d'interprétation des lois, tout en tenant compte du contexte général et exceptionnel entourant la demande du Distributeur.

*[86] La Cour suprême du Canada favorise depuis longtemps une méthode d'interprétation téléologique large ou contextuelle. Cette méthode oblige l'interprète à lire les termes d'une loi dans leur contexte global. À cet effet, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Bell Express Vu*, précise ce qui suit :*

« Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »¹⁰

*[87] Ce principe d'interprétation a également été repris par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Katz*¹¹, *Chieu*¹² et *Glykis*¹³.*

¹⁰ Note infrapaginale dans la citation : *Bell Express Vu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, aux par. 26 à 30.

¹¹ *Katz Group Canada Inc. c. Ontario*, 2013 CSC 64, arrêt rendu le 22 novembre 2013.

¹² *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3.

¹³ *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285.

[88] Par ailleurs, la Loi d'interprétation ¹⁴ énonce ce qui suit :

« 41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

41.1 Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet ». ¹⁵

[89] Au vu de ce qui précède, la Régie procède ci-après à l'examen de la recevabilité de la demande du Distributeur selon la méthode d'interprétation téléologique prescrite par la Cour suprême du Canada et par la Loi d'interprétation. L'application de cette méthode permet d'obtenir des résultats conformes aux objectifs poursuivis par la Loi.

[90] La Régie est ainsi d'avis qu'il faut lire les articles 74.1 à 74.3 de la Loi, portant sur les appels d'offres, en tenant compte de l'économie générale de la Loi, c'est-à-dire des dispositions relatives à la mission de la Régie, à son pouvoir de surveillance des opérations des entreprises réglementées et à la fixation des tarifs (articles 5, 31, 49, 52.1 et 72 de la Loi).

[91] Ces articles visent à assurer la suffisance des approvisionnements (équilibre offre-demande, notamment à la pointe), à favoriser la satisfaction des besoins énergétiques au prix le plus bas et à fixer des tarifs justes et raisonnables.

¹⁴ Note infrapaginale dans la citation : RLRQ, c. I-16.

¹⁵ Souligné dans la citation.

17 - Le ROÉE fait erreur lorsqu'il soutient, aux paragraphes 51-57 de sa demande amendée en révision/révocation que la première formation aurait omis d'appliquer les principes d'interprétation.

C'est au contraire précisément ce que la première formation a fait dans l'extrait susdit de sa décision D-2015-179, et nous soumettons que cet aspect de cette décision est exact.

18 - Même le ROÉE semble d'ailleurs admettre, au paragraphe 57 de sa demande amendée en révision/révocation, qu'il existe bel et bien une troisième catégorie (non prévue textuellement dans la *Loi*) de contrats d'approvisionnement extra-patrimoniaux de HQD pouvant être approuvés par la Régie et consistant en une modification à un contrat d'approvisionnement existant issu d'un appel d'offres, laquelle ne nécessiterait pas de procéder à un nouvel appel d'offres. Le désaccord du ROÉE semble davantage porter sur l'ampleur de cette catégorie, non son existence même. (L'ampleur de cette 3^e catégorie sera traitée plus loin.)

19 - Comme nous le soulignons aux paragraphes 9 et suivants de notre mémoire amendé C-SÉ-AQLPA- 0010 du 27 juillet 2015 au dossier R-3925-2015, l'existence de cette troisième catégorie (non prévue textuellement dans la *Loi*) de contrats d'approvisionnement extra-patrimoniaux de HQD pouvant être approuvés par la Régie sans nécessité de nouvel appel d'offres a depuis longtemps été reconnue par la jurisprudence de la Régie.

Dans de nombreuses décisions antérieures, la Régie a en effet accepté que des ententes de gré à gré avec des fournisseurs déjà existants (dont les contrats étaient issus d'appels d'offres et avaient été approuvés par la Régie) :

- Puissent être valablement conclus par HQD (à titre d'amendements au contrat initial) sans requérir la tenue d'un nouvel appel d'offres selon l'article 74.1 de la *Loi*
- Mais requièrent malgré tout une nouvelle approbation de la Régie selon l'article 74.2 al. 2 de la *Loi*.

Nous énumérons ces précédents plus loin dans la présente argumentation.

20 - La reconnaissance de l'existence de cette troisième catégorie est confortée par l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton*¹⁶ De façon générale, cet arrêt indique qu'une fois le soumissionnaire choisi dans le cadre de l'appel d'offres (ce choix constituant un « contrat A »), les parties jouissent d'une certaine latitude dans la négociation de gré à gré du contrat visant à opérationnaliser ce choix de soumissionnaire (le « contrat B »), ce qui inclut la possibilité de s'écarter du strict respect des conditions du « contrat A » initial.

L'ampleur de cette latitude du donneur d'ouvrage est discutée plus loin, de même que le rôle de la Régie pour identifier cette latitude.

¹⁶ *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, [2007] 1 R.C.S. 116.

21 - Nous soumettons donc que la troisième catégorie existe bel et bien. La première formation n'a pas commis d'erreur en affirmant qu'elle existe.

4

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA 3^E CATÉGORIE DE CONTRATS (POUVANT ÊTRE APPROUVÉS SANS NÉCESSITÉ D'APPEL D'OFFRES)

22 - SÉ-AQLPA soumettent respectueusement qu'il relève de la discrétion de la Régie, au cas par cas, de déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances, s'il est préférable de permettre que lui soit soumis pour approbation un contrat modificateur conclu de gré à gré ou si au contraire, au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances, s'il est préférable que la Régie exige un nouvel appel d'offres.

Tel est le critère qui, en droit, s'applique selon nous.

23 - Cette discrétion relève de la compétente spécialisée de la Régie.

Face aux mêmes faits, deux formations différentes de la Régie auraient parfaitement le droit de rendre des décisions différentes. Ainsi, devant un cas donné, une formation pourrait fort bien déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances, qu'il est préférable de permettre que lui soit soumis pour approbation un contrat modificateur conclu de gré à gré. Face au même cas, une autre formation pourrait fort bien déterminer, en tenant compte de toutes les circonstances, qu'il est préférable que la Régie exige un nouvel appel d'offres.

Si les deux décisions sont raisonnables (ou, plus précisément, ne comportent pas de vice de fond sérieux et fondamental entraînant nullité), aucune ne pourrait être renversée par une formation de révision/révocation de la Régie.

24 - Par exemple, la Régie a déjà rendu plusieurs décisions, où, dans le cadre de sa discrétion, elle a accepté que de nouveaux appels d'offres ne soient pas requis lorsque HQD et un soumissionnaire s'étaient entendus de gré à gré pour apporter des modifications contractuelles aussi importantes que :

- ❑ la suspension des livraisons (TCE, à plusieurs reprises),
- ❑ le report interannuel de l'énergie contractée et sa récupération (HQP),
- ❑ la modification du lieu d'un parc éolien (St-Laurent Énergies – relocalisation d'Aganish sur la Côte-Nord à Saint-Robert-Bellarmin en Estrie)
- ❑ et même simultanément le changement du lieu d'un parc éolien et le remplacement du fournisseur (remplacement de *Kruger Énergie Bas Saint-Laurent s.e.c.* à Sainte-Luce et Sainte-Flavie par *Boralex inc.-Gaz Métro Éole inc.* au site *Seigneurie de Beaupré-4* dans Charlevoix).

Mais on peut très bien concevoir que d'autres formations de la Régie, dans l'un ou l'autre de ces cas, auraient tout aussi bien pu juger qu'un nouvel appel d'offres aurait été requis car les modifications contractuelles étaient trop importantes dans les circonstances.

25 - L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton* ne guide aucunement la Régie pour l'aider à déterminer si elle doit ou non accepter d'examiner (pour fins d'approbation) un contrat modificateur ou au contraire, vu les circonstances, refuser de l'examiner en requérant plutôt un nouvel appel d'offres.

La question ne consiste donc pas à se demander si la nouvelle entente serait ou non illégale car requérant un nouvel appel d'offres (l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton* règle la question) mais plutôt de savoir si, dans l'exercice de sa discrétion selon l'article 74.2 al.2 de la *Loi*, la Régie devrait ou non refuser d'examiner (pour fins d'approbation) une telle

entente au motif qu'elle s'écarterait trop du contrat initial et/ou serait inéquitable compte tenu de toutes les circonstances.

26 - L'arrêt de *common law Double N Earthmovers* de la Cour suprême du Canada reconnaît lui-même en *obiter dictum* l'importance du respect du processus d'appel d'offres (un *obiter dictum* dont la Régie de l'énergie pourrait s'inspirer lorsqu'elle aura à répondre à exercer sa discrétion de déterminer si un nouvel appel d'offres est ou non préférable).

Ainsi, l'arrêt de *common law Double N Earthmovers* reconnaît l'importance de traiter tous les soumissionnaires «*équitablement et sur un pied d'égalité*» et l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres ». ¹⁷ Dans *Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* qui y est citée, la Cour suprême du Canada, par la voix du juge Estey, avait aussi déclaré, en *common law*, qu' « *il faut préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats* » ¹⁸

En droit québécois, par ailleurs, l'article 1475 du *Code civil du Québec* prévoit aussi que « *[l]a bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction* ». De plus, suivant l'article 1434 du *Code civil du Québec*, « *[l]e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi* », ce qui dans les circonstances requiert que les contrats d'approvisionnement issus d'un processus d'appel d'offres ne soient pas modifiés de façon arbitraire, inéquitable ou contraire à l'intégrité du processus initial d'appel d'offres prescrit par l'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*.

¹⁷ *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, [2007] 1 R.C.S. 116, parag. 32 et 52, citant avec approbation *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, parag. 88, et *Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, parag. 121.

¹⁸ *Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, parag. 121.

Enfin, au dossier R-3649-2007, Monsieur Jean-Paul Théorêt, président de la Régie, avait bien pris le soin de s'assurer qu'une modification proposée au contrat d'approvisionnement entre Hydro-Québec Distribution et TransCanada Énergie (TCE) ne contrevenait pas à l'intégrité et à l'équité du processus d'appel d'offres.¹⁹

27 - Mais la Régie doit aussi tenir compte d'une multitude d'autres facteurs factuels pouvant justifier que l'on accorde la flexibilité à HQD de modifier de gré à gré un contrat d'approvisionnement existant.

Le fait que la modification en constitue un simple accessoire du contrat initial et n'en change pas la nature (cité à titre de premier exemple par la Régie au paragraphe 95 de sa décision D-2015-179) n'est qu'un des cas où la Régie pourra, dans le cadre de sa discrétion, juger qu'un nouvel appel d'offres n'est pas requis. Ce n'est pas le seul cas possible, contrairement à ce que le ROÉÉ plaide au paragraphe 57 de sa demande amendée en révision/révocation.

Dans sa décision D-2015-179, la Régie nomme elle-même avec justesse d'autres considérations pertinentes et exemples d'exercice de sa discrétion :

[97] [...] lorsque des modifications importantes sont apportées, une demande d'approbation doit être déposée à la Régie. Ces exigences découlent notamment de la compétence exclusive générale de la Régie en matière de

¹⁹ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3649-2007, Décision D-2007-134, le 7 décembre 2007, R. Théorêt, pp. 4-5. Confirmé en révision sous : **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3658-2008, Décision D-2008-062, le 6 mai 2008, motifs le 30 mai 2008, RR. Lassonde, Pelletier, Turgeon (voir motifs p. 37) et par : **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-3657-2008, Décision D-2008-061, le 6 mai 2008, motifs le 30 mai 2008, RR. Lassonde, Pelletier, Turgeon (voir motifs, p. 5).

surveillance des opérations du Distributeur²⁰ et des dispositions relatives au processus d'appel d'offres²¹. Ces exigences ont été énoncées par la Régie dans sa décision D-2006-27. La Régie se prononçait comme suit à ce sujet :

« La Régie est d'avis que le Distributeur doit lui soumettre pour approbation préalable toute modification importante à l'Entente (notamment toute modification relative à sa durée, aux produits et obligations, aux prix et aux clauses d'indexation), ainsi que toute renonciation projetée à des éléments importants de l'Entente. Le Distributeur doit par ailleurs l'informer sans délai de toute autre modification ou renonciation de nature mineure.

Ces exigences découlent implicitement de l'article 74.2 de la Loi et du contexte plus général de la compétence exclusive de la Régie pour surveiller ses opérations, [...] »²². [Souligné par la Régie dans sa décision D-2015-179]

[98] Tel que le précisent le Distributeur, l'UC et SÉ-AQLPA, la Régie a reconnu à plusieurs reprises le droit du Distributeur de procéder à des amendements de gré à gré de contrats d'approvisionnements en électricité découlant du processus d'appel d'offres prévu à l'article 74.1 de la Loi. À titre d'exemple, des modifications importantes ont été approuvées par la Régie aux conventions d'énergie différée²³, aux contrats en base et cyclable²⁴, au contrat d'approvisionnement en électricité intervenu entre Saint-Ulric Saint-Léandre

²⁰ Note infrapaginale dans la citation : Article 31, al. 1, par. 2.1 de la Loi.

²¹ Note infrapaginale dans la citation : Articles 74.1 à 74.3 de la Loi.

²² Note infrapaginale dans la citation : Décision D-2006-27, p. 7.

²³ Note infrapaginale dans la citation : Décision D-2010-099.

²⁴ Note infrapaginale dans la citation : Décision D-2008-076.

Wind L.P./Éolienne Saint-Ulric Saint-Léandre S.E.C. et le Distributeur²⁵ et au contrat d'approvisionnement en électricité intervenu entre le Distributeur et Kruger inc.²⁶ [...]

[100] De façon générale, il ressort de la majorité des décisions rendues par la Régie que le Distributeur peut procéder à des modifications de ses contrats d'approvisionnement en électricité issus d'appels d'offres, mais que des modifications importantes doivent faire l'objet d'une approbation par la Régie. Dans le cadre de l'examen d'une telle demande d'approbation, la Régie doit considérer l'équilibre offre-demande et les impacts économiques pour la clientèle.

[101] [...] Permettre à la Régie d'examiner des modifications à un contrat d'approvisionnement selon ces balises est cohérent avec l'économie générale et l'objet de la Loi qui consistent, tel que mentionné précédemment, à assurer la suffisance des approvisionnements, à favoriser la satisfaction des besoins énergétiques des Québécois au prix le plus bas et à fixer des tarifs justes et raisonnables. Cette possibilité permet d'atteindre le résultat recherché par le législateur en matière d'approvisionnement et de tarification. [...]

[105] Pour les motifs suivants et en appliquant les critères énoncés précédemment, la Régie juge que la demande du Distributeur est recevable. Elle partage ainsi le point de vue de l'UC, de SÉ-AQLPA et du Distributeur. Elle est d'avis que le Protocole d'entente constitue une modification au Contrat initial qui ne nécessite pas de recourir à un appel d'offres. Il a été négocié avec

²⁵ Note infrapaginale dans la citation : Décision D-2008-015. Ce contrat d'approvisionnement est issu de l'appel d'offres A/O 2003-02.

²⁶ Note infrapaginale dans la citation : Décision D-2005-138. Ce contrat d'approvisionnement est issu de l'appel d'offres A/O 2003-01.

TCE à la suite de demandes répétées de la Régie, dans un contexte exceptionnel où un actif inutilisé occasionne des coûts importants pour la clientèle depuis plusieurs années, sans apporter de bénéfice à la clientèle.

[106] Dans le cadre de son analyse, la Régie prend en considération l'ensemble des dispositions de la Loi en matière d'approvisionnement et de tarification, tel que démontré précédemment, ainsi que le contexte entourant la demande du Distributeur. Tel que mentionné à la section 2.1 de la présente décision, compte tenu d'importants surplus énergétiques s'échelonnant sur plusieurs années, la Régie a approuvé à maintes reprises la suspension annuelle des activités de la Centrale.

[107] Le contexte actuel de l'équilibre offre-demande caractérisé par des surplus énergétiques et des besoins en puissance additionnelle en pointe ne pouvait être prévu par le Distributeur ni par les intervenants lors du processus d'octroi du Contrat initial. Depuis 2008, la Centrale est inutilisée et n'apporte aucun bénéfice à la clientèle. Elle occasionne plutôt des coûts de plusieurs dizaines de millions de dollars à chaque année. C'est pour ces raisons que la Régie, dans plusieurs décisions²⁷, a invité le Distributeur à trouver des alternatives à la suspension pure et simple de la Centrale pour la rendre finalement utile à la clientèle. D'ailleurs, tous les dossiers de suspension ont été traités dans un souci de minimiser les coûts pour la clientèle. [...]

[109] Il ressort de ces décisions que la Régie encourageait le Distributeur à trouver des alternatives à la suspension des livraisons de la Centrale et

²⁷ Note infrapaginale dans la citation : Décisions D-2010-109, D-2011-162, D-2012-118, D-2013-129 et D-2014-205.

qu'elle l'invitait, de façon spécifique, à utiliser la Centrale en vue de combler ses besoins en puissance à la pointe.

[110] Lorsque la Régie invitait le Distributeur à trouver des alternatives à l'utilisation de la Centrale, elle l'invitait clairement à modifier le Contrat initial par un amendement conclu de gré à gré avec TCE, dans la perspective que cet amendement serait globalement à l'avantage de la clientèle. D'ailleurs, l'UC reconnaît que la modification apportée au Contrat initial, en y ajoutant une entente relativement à la livraison de puissance en période de pointe, répond aux demandes répétées de la Régie qui impliquaient nécessairement des variations importantes au Contrat initial.²⁸

[111] La Régie tient également à souligner que, lors de l'étude du plan d'approvisionnement 2014-2023, elle a pris en considération une contribution potentielle de TCE pour répondre aux besoins en puissance à la pointe du Distributeur, lorsqu'elle a autorisé ce dernier à lancer un appel d'offre de long terme de 500 MW.²⁹ Toutefois, la Régie tient à préciser qu'elle ne partage pas l'interprétation du Distributeur quant à la valeur de la contribution potentielle de la Centrale au bilan en puissance qu'elle aurait alors considérée. Il ressort de sa décision D-2014-205 que la Régie a considéré une possible contribution de la Centrale de 300 MW à la pointe et non une contribution potentielle de 300 à 500 MW.³⁰

²⁸ Note infrapaginale dans la citation : Pièce C-UC-0008, p. 3 et 4.

²⁹ Note infrapaginale dans la citation : Pièce B-0018, p. 5 et pièce B-0038, p. 11 et 12.

³⁰ Note infrapaginale dans la citation : Décision D-2014-205, p. 54, tableau 9 et p. 55, par. 223.

[112] C'est ainsi, en réponse aux demandes de la Régie, que le Distributeur a déposé la présente demande visant l'utilisation de la Centrale en période de pointe hivernale.

28 - Sur ces extraits de la réflexion de la Régie, au titre qui coiffe le paragraphe 61 de sa demande amendée en révision/révocation, le ROEE émet le reproche que « *la première formation se base sur des arguments d'opportunité plutôt que sur la loi* ». Le ROEE détaille ce reproche aux paragraphes 66, 68 et 69 de sa demande amendée en révision/révocation

SÉ-AQLPA soumettent respectueusement que ce reproche du ROEE est injustifié. Au contraire, la formation de première instance aurait commis un vice de fond sérieux et fondamental si elle n'avait pas, comme elle l'a fait, examiné toutes les circonstances factuelles pertinentes dans l'exercice de sa juridiction de déterminer au présent cas, s'il était préférable qu'elle se saisisse de la demande d'approbation de la modification contractuelle de gré à gré ou si au contraire il était préférable qu'elle la refuse au motif qu'un nouvel appel d'offres devrait être tenu.

29 - Sé-AQLPA sont toutefois en accord avec les paragraphes 61, 62 et 67 de la demande amendée en révision/révocation du ROEE à l'effet que la décision de première instance serait entachée d'un vice de fond sérieux et fondamental lorsqu'elle semble affirmer que, « *pour que les modifications proposées par le Distributeur puissent être recevables par la Régie sans recourir au processus d'appel d'offres, elles ne doivent pas constituer une entente totalement indépendante du contrat initial, c'est-à-dire une entente qui pourrait exister sans le contrat initial. Dans de telles circonstances, un appel d'offres sera alors requis pour obtenir les approvisionnements en cause.* ».

D'abord, ce critère est impraticable car, vu les développements technologiques, tout contrat d'approvisionnement de HQD pourrait théoriquement être subdivisé en une infinité de

contrats indépendants auprès de fournisseurs distincts. Et, à l'inverse, tout nouveau contrat d'approvisionnement pourrait théoriquement être présenté comme un amendement à un autre contrat : on a même vu le cas extrême précité du changement simultané du lieu d'un parc éolien et le remplacement du fournisseur (remplacement de *Kruger Énergie Bas Saint-Laurent s.e.c.* à Sainte-Luce et Sainte-Flavie par *Boralex inc.-Gaz Métro Éole inc.* au site *Seigneurie de Beaupré-4* dans Charlevoix).

Donc le caractère distinct ou indépendant du nouveau contrat ne peut pas constituer en soi un facteur déterminant si un nouvel appel d'offres devrait être ou non requis.

Le critère est plutôt celui que nous avons énoncé plus haut (et que la Régie semble elle-même avoir considéré dans le reste de sa décision de première instance tel que susdit) : tenir compte de toutes les circonstances dans l'exercice de sa discrétion.

Mais la présente formation de révision/révocation, procédant à rendre la décision qui aurait dû être rendue, peut aisément corriger cette erreur dans les motifs de la décision de première instance, sans affecter le sort des conclusions de cette décision.

30 - Dans un autre ordre d'idée, il est possible que la présente formation de révision/révocation estime que la motivation de la décision de première instance serait insuffisante quant à l'examen de l'une ou l'autre des circonstances pertinentes à l'exercice de sa discrétion (notamment les circonstances pouvant justifier l'ajout de 10 ans à la période contractuelle, ce que la décision D-2015-179 ne traite qu'en son paragraphe 115).

Là encore, si la formation de révision/révocation estime qu'il existe une insuffisance de motivation sur un aspect ou l'autre (dont l'ajout de 10 ans), elle peut, procédant à rendre la décision qui aurait dû être rendue, y suppléer par sa propre connaissance d'office ou en puisant dans la preuve déjà au dossier R-3925-2015 (notamment le mémoire révisé C-SÉ-AQLPA-0010 qui traite des diverses modifications contractuelles en ses sections 3.2, 3.3 et 3.4). La formation de révision/révocation devrait ainsi arriver aux mêmes conclusions que la formation de première instance à l'effet qu'aucun nouvel appel d'offres n'est requis, vu toutes les circonstances.

5

CONCLUSION

31 - Pour l'ensemble de ces motifs, nous invitons respectueusement la Régie à.

REJETER la demande amendée du *Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEE)* en révision/révocation de la décision D-2015-179 rendue au dossier R-3925-2015,

OU SUBSIDIAIREMENT :

ACCUEILLIR en partie cette demande amendée du ROEE, quant aux motifs exprimés dans la décision D-2015-179 au sujet de la non-nécessité de tenir un appel d'offres,

ET PROCÉDANT À RENDRE LA DÉCISION QUI AURAIT DU ÊTRE RENDUE, ÉNONCER des motifs en partie révisés au sujet de la non-nécessité de tenir un appel d'offres,

ET, SUR LA FOI DE CES MOTIFS EN PARTIE RÉVISÉS, REJETER la demande amendée en révision/révocation quant aux conclusions de la décision D-2015-179 au sujet de la non-nécessité de tenir un appel d'offres.

ACCORDER des frais raisonnables de participation à SÉ-AQLPA selon la demande de remboursement de frais à être logée par celles-ci.

32 - Le tout, respectueusement soumis.

Montréal, le 5 février 2016



Dominique Neuman

Procureur de *Stratégies Énergétiques (S.É.)* et de
l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)*