

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2012-162	R-3820-2012	30 novembre 2012
------------	-------------	------------------

PRÉSENTE :

Louise Rozon
Régisseur

Domtar Inc.
Demanderesse en révision

et

Hydro-Québec
et
Raymond Chabot Grant Thornton
Mises en cause

Décision

*Demande de révision de la décision D-2012-080 rendue
dans le dossier R-3798-2012*

1. INTRODUCTION

[1] Le 17 août 2012, Domtar Inc. (Domtar ou la demanderesse) dépose à la Régie de l'énergie (la Régie) une demande de révision de la décision D-2012-080 (la Décision)¹ rendue dans le cadre du dossier relatif à la demande de Domtar d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie².

[2] Ce même jour, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) comparaît au dossier. La mise en cause, Raymond Chabot Grant Thornton, quant à elle, ne comparaît pas.

[3] Le 7 septembre 2012, la Régie convoque les parties à une audience devant se tenir le 22 et, si nécessaire, le 23 octobre 2012.

[4] Le 15 octobre 2012, Domtar dépose une demande de révision amendée (la Demande de révision), son plan d'argumentation ainsi qu'une liste d'autorités. Elle soutient que la Décision est entachée de vices de fond et de procédure de nature à l'invalidier au sens de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*³ (la Loi).

[5] Le 15 octobre 2012, le Distributeur dépose son plan d'argumentation ainsi que la liste de ses autorités.

[6] Le 18 octobre 2012, le Distributeur indique à la Régie qu'il déposera une argumentation complétée en réponse à la Demande de révision amendée de Domtar.

[7] Ce même jour, Domtar indique à la Régie qu'elle ne s'oppose pas au dépôt par le Distributeur d'une argumentation supplémentaire, dans la mesure où cela s'accompagne d'une remise de l'audience prévue pour le 22 octobre 2012.

¹ La conclusion de la Régie formulée au paragraphe 77 de la Décision portant sur la demande de traitement confidentiel de Domtar ne fait pas l'objet de la demande de révision.

² Dossier R-3798-2012.

³ L.R.Q., c. R-6.01.

[8] Le 19 octobre 2012, la Régie transmet une lettre au Distributeur et à Domtar par laquelle elle maintient l'audience du 22 octobre 2012, permet au Distributeur de déposer une argumentation écrite supplémentaire au soutien de sa plaidoirie et précise que Domtar pourra déposer sa réplique par écrit, dans un délai raisonnable.

[9] Le 19 octobre 2012, le Distributeur dépose son argumentation écrite supplémentaire.

[10] L'audience est tenue le 22 octobre 2012, date à laquelle la Régie entame son délibéré.

[11] Dans le cadre de la présente décision, la Régie se prononce sur la Demande de révision de Domtar.

2. **CONTEXTE**

[12] Dans cette section, la Régie fait un bref rappel des faits ayant mené à la demande initiale de Domtar déposée le 27 avril 2012 et amendée le 19 juin 2012 (la Demande initiale) et à la Décision dont la révision est demandée au présent dossier.

[13] Domtar exploite une centrale de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle d'environ 25 MW à Windsor, au Québec.

[14] Le 7 novembre 2001, Domtar et Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (le Producteur) concluent un contrat d'achat d'électricité (le Contrat), par lequel le Producteur achète la production d'électricité de l'usine de Windsor de la demanderesse.

[15] Domtar indique s'être acquitté des paiements prévus aux clauses 4 et 7.2 pour être en mesure de se prévaloir de la faculté conférée par la clause 4 du Contrat⁴.

⁴ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, page 3.

[16] La clause 4 du Contrat prévoit un terme de 25 ans avec l'option, pour Domtar, sur préavis d'au moins 6 mois, de mettre fin au Contrat à partir de la deuxième année contractuelle (l'Option).

[17] Le 4 mai 2006, le gouvernement publie la « *Stratégie énergétique du Québec 2006-2015 - L'énergie pour construire le Québec de demain* », dans laquelle il exprime certaines attentes relatives à la petite production d'électricité et à la mise en valeur de nouvelles technologies énergétiques utilisant la biomasse⁵.

[18] Le 26 octobre 2011, le gouvernement adopte le décret 1085-2011 par lequel il édicte le *Règlement sur la capacité maximale de production visée dans un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle*⁶.

[19] Également, le 26 octobre 2011, le gouvernement adopte le décret 1086-2011 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle (le Décret)⁷. En ce qui a trait à un tel programme d'achat d'électricité, le Décret prévoit, notamment, ce qui suit :

« 3. À cette fin, le gouvernement a demandé au distributeur de considérer les caractéristiques suivantes dans l'élaboration de son programme d'achat d'un bloc de 150 MW :

a. Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante depuis plus de six mois consécutifs avant le lancement du programme ou une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme.

[...]

c. Un contrat d'achat d'électricité devrait être conclu avec chaque promoteur ayant déposé une soumission conforme aux modalités approuvées par la Régie jusqu'à l'atteinte de 150 MW; » [nous soulignons]

⁵ La *Stratégie énergétique du Québec 2006-2015 - L'énergie pour construire le Québec de demain*, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, 2006, page 78, pièce B-0007.

⁶ (2011) 143 G.O. II, 4820; dossier R-3798-2012, pièce B-0008.

⁷ (2011) 143 G.O. II, 4851; dossier R-3798-2012, pièce B-0009.

[20] Le 17 novembre 2011, le Distributeur demande à la Régie d'approuver, en vertu de l'article 74.3 de la Loi, les modalités d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle (le Programme)⁸. Il demande également à la Régie de prendre acte du contrat-type qui sera utilisé dans le cadre du Programme. Le Programme, produit avec la demande au dossier R-3780-2011, indique à l'égard des « Critères d'admissibilité » ce qui suit :

« l'électricité produite par la Centrale doit provenir soit (i) d'une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle ou (ii) d'une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du Programme ou (iii) d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du Programme; »⁹

[21] Le 15 décembre 2011, la Régie rend sa décision D-2011-190¹⁰ par laquelle elle accueille la demande du Distributeur, approuve les modalités du Programme et prend acte du contrat-type qui sera utilisé par ce dernier dans le cadre du Programme.

[22] Le 20 décembre 2011, le Distributeur lance le programme PAE-2011-01. Le document de ce programme¹¹ (Document du Programme) est alors mis en ligne.

[23] L'article 1.5 du Document du Programme portant sur les critères d'admissibilité comporte un ajout (la Modalité) qui ne figurait pas dans le Programme approuvé par la Régie dans sa décision D-2011-190 :

« Une installation visée en ii) et iii) ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec au moment de la publication du Décret, n'est pas admissible au Programme si ce contrat de vente a été résilié après la publication du Décret. »

⁸ Dossier R-3780-2011.

⁹ Dossier R-3780-2011, pièce B-0004, page 7.

¹⁰ Dossier R-3780-2011.

¹¹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0015.

[24] Le 27 avril 2012, Domtar dépose, en vertu des articles 5, 31, 34, 39, 72 et 74.3 de la Loi une demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie¹². Cette demande est amendée le 19 juin 2012. Par cette demande, Domtar recherche essentiellement à faire trancher par la Régie les questions suivantes :

« Est-ce qu'une installation de cogénération qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec est admissible en vertu du Programme si le Fournisseur se prévaut d'un droit contractuel prépayé lui permettant d'anticiper l'échéance du terme, de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la fin du Programme? »

La Modalité apparaissant à l'article 1.5 in fine du Document du Programme, pièce R-12, et dans la partie 3.1 du Formulaire, pièce R-13, est-elle discriminatoire? illégale? abusive? ultra vires des droits et des pouvoirs d'Hydro-Québec? opposable à Domtar? »¹³

[25] Dans sa Demande initiale, Domtar recherche également l'obtention d'ordonnances de sauvegarde.

[26] Le 4 mai 2012, le Distributeur modifie comme suit, par addenda au Programme (l'Addenda), le texte de la Modalité apparaissant au paragraphe 23 ci-haut, en remplaçant les mots « publication du Décret » par « lancement du Programme » :

« Une installation visée en ii) et iii) ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec au moment ~~de la publication du Décret~~ du lancement du Programme, n'est pas admissible au Programme si ce contrat de vente a été résilié après ~~la publication du Décret~~ le lancement du Programme. »¹⁴

[nous soulignons]

¹² Dossier R-3798-2012.

¹³ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, page 11.

¹⁴ Dossier R-3798-2012, pièce C-HQD-0007.

[27] Le 4 juin 2012, le Distributeur dépose à la Régie une demande relative à l'augmentation à 300 MW de la quantité recherchée en vertu du Programme¹⁵. Cette demande fait suite à l'adoption du décret numéro 530-2012¹⁶ relatif à l'augmentation de la quantité d'électricité visée par le Programme de 150 MW à 300 MW. Cette demande est approuvée par la Régie le 17 juillet 2012¹⁷.

[28] Le 19 juin 2012, la Régie tient une audience afin d'entendre les parties sur les ordonnances de sauvegarde recherchées par Domtar dans sa Demande initiale.

[29] Le 17 juillet 2012, la Régie rend la Décision, par laquelle elle rejette l'ensemble de la Demande initiale de Domtar. Elle rejette ainsi les mesures de sauvegarde ainsi que les conclusions principales recherchées par Domtar.

3. LA DEMANDE DE RÉVISION

3.1 POSITION DE LA DEMANDERESSE

[30] La demanderesse soutient que la Décision est entachée de vices de fond et de procédure de nature à l'invalider en vertu de l'article 37 de la Loi. Les vices de fond et de procédure allégués par Domtar dans sa Demande de révision sont résumés ci-après.

Excès de compétence et manquements à la justice naturelle

[31] La demanderesse est d'avis que la première formation n'a pas respecté le cadre juridictionnel établi et qu'elle a excédé sa compétence lorsqu'elle a conclu, au paragraphe 62 de la Décision, que la soumission de Domtar déposée dans le cadre du Programme n'était pas conforme aux exigences de celui-ci.

¹⁵ Dossier R-3801-2012, pièce B-0002.

¹⁶ Dossier R-3801-2012, pièce B-0005.

¹⁷ Décision D-2012-081, dossier R-3801-2012.

[32] Domtar soumet que la première formation, dans le cadre du débat provisoire engagé devant elle, n'avait pas juridiction pour trancher, de façon finale, la conformité de sa soumission en vertu du Programme. En tranchant cette question, la Régie a rendu une décision entachée d'un vice de fond de nature à invalider la Décision. Domtar cite, à cet effet, un extrait de la transcription des notes sténographiques de l'audience tenue le 19 juin 2012 pour démontrer que la première formation, lors de cette audience, avait clairement circonscrit le débat aux critères de l'ordonnance de sauvegarde¹⁸.

[33] Domtar allègue que la première formation a préjugé des questions qui devaient lui être plaidées au fond par les parties, sans lui donner l'opportunité de faire sa preuve et de présenter ses arguments de fond, contrevenant ainsi à la garantie procédurale *audi alteram partem*.

[34] La demanderesse plaide que la première formation devait uniquement se pencher sur l'opportunité d'accorder les ordonnances de « type sauvegarde » demandées sans, par ailleurs, trancher le fond du litige.

[35] La demanderesse soutient également que la première formation a commis une erreur manifeste en se prononçant sur le critère de l'apparence de droit et sur le fond du litige sans statuer, au préalable, sur sa juridiction. Domtar est d'avis que le défaut de la première formation de se prononcer sur sa compétence constitue également un vice de fond de nature à invalider la Décision.

Erreurs fondamentales quant à l'apparence de droit

[36] De plus, la demanderesse est d'avis que la première formation devait uniquement déterminer si Domtar avait démontré *prima facie* que l'inclusion de la Modalité était illégale et que l'application de l'article 1.5 du Document du Programme à son cas, telle qu'annoncée par le Distributeur, était illégale. Dans l'affirmative, la première formation devait vérifier si son effet devait être suspendu, en attendant une décision au mérite.

¹⁸ Pièce B-0005, pages 16 et 17.

[37] À cet égard, Domtar plaide, entre autres, que la Modalité, à sa face même, apportait une modification substantielle à l'article 1.5 du Programme et qu'elle n'avait pas été approuvée par la Régie conformément à l'article 74.3 de la Loi. En conséquence, Domtar est d'avis que la première formation devait constater que l'inclusion de la Modalité au Programme était *prima facie* illégale.

[38] Selon la demanderesse, la seule autre conclusion possible au niveau de l'apparence de droit était d'estimer que le droit de Domtar était incertain, auquel cas l'analyse de la prépondérance des inconvénients aurait dû être effectuée.

[39] Également, Domtar soutient que les conclusions de la première formation mentionnées ci-après sont manifestement erronées.

Apparence de droit et question hypothétique

[40] Domtar est d'avis que la conclusion de la première formation, au paragraphe 61 de la Décision, à l'effet que la demanderesse n'avait pas fait la démonstration d'une apparence de droit puisqu'elle ne disposait que d'un droit hypothétique, est manifestement erronée et doit être révisée. Cette erreur porte sur un critère d'octroi d'ordonnances de sauvegarde.

[41] L'interprétation de la Régie du critère d'apparence de droit n'est pas conforme à la jurisprudence applicable, notamment en ce qu'elle impose un fardeau de preuve au moins aussi exigeant que la prépondérance de preuve (norme applicable au fond) et nettement plus élevé que la démonstration *prima facie* du droit invoqué.

[42] Domtar est d'avis que la Régie aurait dû appliquer le critère de la « question sérieuse ». Elle soumet, à cet égard, qu'il est indubitable, vu la longueur et la teneur des motifs invoqués dans la Décision, que la Demande initiale soulevait des questions sérieuses.

[43] Domtar est d'avis que la première formation a confondu la notion d'apparence de droit et la notion de l'intérêt pour agir en justice qui est insérée dans la Loi via la notion de personne concernée à l'article 34.

[44] Domtar est d'avis qu'en tirant du non-exercice de l'Option une conclusion voulant que la question présentée était hypothétique, la Régie s'est mal dirigée en droit quant à la doctrine du caractère théorique d'une demande. À cet égard, Domtar cite certains jugements des tribunaux judiciaires.

Apparence de droit et légalité de la Modalité

[45] Domtar soumet qu'au paragraphe 72 de la Décision, la Régie a jugé au fond, mais sans le bénéfice d'un débat sur le fond, que l'ajout de la Modalité était conforme au Décret et qu'elle n'avait pas à être spécifiquement approuvée par la Régie. Domtar est d'avis que cette conclusion est manifestement erronée et doit être révisée.

[46] À cet effet, Domtar réitère que, *prima facie*, la modification était substantielle et qu'elle devait être approuvée par la Régie suivant le processus prévu à l'article 74.3 de Loi.

[47] De plus, Domtar soutient que dans son interprétation de la Modalité, la Régie a ignoré l'intention du législateur et que cette interprétation est incompatible avec les objectifs gouvernementaux exprimés au Décret.

[48] En outre, la demanderesse est d'avis que la Régie a erré dans son interprétation des termes « échéance » et « résiliation ». Les définitions avancées par la Régie aux paragraphes 68 à 70 de la Décision ne soutenaient aucunement l'affirmation selon laquelle la résiliation n'est pas un moyen de devancer l'échéance d'un contrat. De plus, ces définitions n'ont pas été soumises à l'étude et aux commentaires de Domtar.

[49] Enfin, la demanderesse soumet que la Régie a distingué les différents modes de terminaison d'un contrat et a exclu Domtar sur la base du mode de terminaison de son contrat existant, ce qui n'avait aucun lien logique avec le Programme. Il s'agit là d'une discrimination illégale et arbitraire, selon Domtar, équivalent à un excès de compétence.

Les autres critères pour l'octroi d'ordonnances de sauvegarde

[50] Domtar est d'avis qu'ayant commis une erreur manifeste en concluant à l'absence d'apparence de droit, la Régie a, par voie de conséquence, fait défaut de considérer la preuve et les arguments qui lui ont été présentés quant au préjudice sérieux ou irréparable ou à l'état de droit ou de fait de nature à rendre le jugement final inefficace, à l'urgence et à la prépondérance des inconvénients. De l'avis de Domtar, le défaut par la Régie de considérer la preuve sur ces éléments vicie également la Décision.

3.2 POSITION DU DISTRIBUTEUR

[51] La Régie reprend ci-après les prétentions du Distributeur quant au bien-fondé de la Décision.

[52] Le Distributeur soumet que les motifs invoqués par Domtar dans sa Demande de révision témoignent d'une compréhension erronée de la Décision.

Le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde

[53] Selon le Distributeur, l'ordonnance de sauvegarde a été rejetée par la Régie pour le motif exprimé au paragraphe 61 de la Décision selon lequel Domtar ne pouvait prétendre, sauf hypothétiquement, se qualifier au Programme puisqu'elle n'avait pas exercé l'Option.

[54] Le Distributeur est d'avis que ce motif est clair et incontestable. Il plaide que si Domtar ne détenait aucun droit, sauf une hypothèse de droit, seule une conclusion s'imposait, soit le rejet de l'ordonnance de sauvegarde. Le Distributeur soumet, à cet égard, que certaines conclusions de la Demande initiale de Domtar illustraient le caractère hypothétique de son droit¹⁹. Le Distributeur est d'avis que ce motif justifiait, à lui seul, le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde.

¹⁹ Pièce A-0003, pages 78 à 80.

L'excès de juridiction allégué par Domtar

[55] Le Distributeur note la prétention de Domtar selon laquelle la Régie aurait excédé sa juridiction en mentionnant dans la Décision que dans l'hypothèse où elle avait juridiction pour trancher un litige entre le Distributeur et un fournisseur, elle déciderait que la soumission de Domtar ne se qualifiait pas au Programme, même si l'Option était exercée. Le Distributeur soumet, à cet égard, que Domtar conclut erronément que c'est sur cette base que la Régie a rejeté sa Demande initiale.

[56] Le Distributeur soumet que la Demande initiale de Domtar n'a pas été rejetée pour les motifs exprimés au paragraphe 62 de la Décision²⁰, puisqu'il s'agit là de motifs subsidiaires. Les motifs subsidiaires exprimés à ce paragraphe ne peuvent justifier la révision des conclusions de la Décision. Le critère de révision prévoit que l'erreur alléguée doit avoir un impact déterminant sur l'issue du litige. Le Distributeur soumet que des motifs subsidiaires ne sauraient remplir cette condition.

[57] Le Distributeur ajoute que la conclusion de la Régie selon laquelle la résiliation d'un contrat n'est pas un moyen de devancer son échéance est également liée aux motifs subsidiaires du paragraphe 62 de la Décision. Il soumet que même si cette conclusion vient appuyer la décision de la première formation à l'effet que la Modalité était conforme au Décret, il ne s'agit pas là d'un élément déterminant à cette décision²¹.

[58] Le Distributeur soumet, par ailleurs, que la Demande initiale de Domtar a plutôt été rejetée pour le motif que la Modalité a été jugée conforme au Décret et à la décision D-2011-190 par la première formation²².

La conformité de la modalité

[59] En ce qui a trait à la prétention de Domtar selon laquelle la conformité de la Modalité est une question sérieuse à trancher, le Distributeur est d'avis qu'à l'évidence, la première formation a décidé que ce n'était pas le cas. La Régie a jugé que la Modalité était conforme au cadre réglementaire. Également, de façon subsidiaire, elle a déterminé que même en l'absence de cette modalité, Domtar bénéficiait d'un contrat dont l'échéance se situait

²⁰ Pièce C-HQD-0012, pages 4 et 5 et pièce A-0003, pages 76 et 77.

²¹ Pièce A-0003, pages 68, 69, 113 et 114.

²² Pièce A-0003, page 110.

plusieurs années après la fin du Programme, ce qui rendait cette question purement déclaratoire.

[60] Le Distributeur soumet que la première formation a vérifié si, *prima facie*, la Modalité était illégale. La Régie a conclu, au paragraphe 65 de la Décision, que la contestation de la Modalité ne changeait rien à la situation de Domtar. De plus, après étude du texte du Décret et de la Modalité, la Régie a conclu, au paragraphe 63 de la Décision, que la Modalité respectait la lettre et l'esprit de la décision D-2011-190 et constituait une simple précision. Le Distributeur soumet qu'il s'agit là de la racine de la Décision qui n'est pas insoutenable. La Régie a exercé sa compétence de vérifier si les dispositions du Programme visées par l'article 74.3 de la Loi étaient conformes à la décision D-2011-190²³.

[61] La Régie a rendu la Décision sur la base d'un dossier complet, avec toute la preuve nécessaire, et conformément à la demande que Domtar lui formulait, c'est-à-dire de décider si, *prima facie*, la Modalité était illégale ou s'il s'agissait d'une question sérieuse à juger.

[62] Les prétentions de Domtar quant à l'illégalité de la Modalité ont été jugées mal fondées en droit par la Régie, à leur face même²⁴. L'analyse de la Régie l'a amenée à conclure valablement que les prétentions de Domtar n'avaient aucun fondement. Le Distributeur soumet que, dès lors, la Demande initiale n'avait plus d'assise juridique et une seule conclusion s'imposait, soit son rejet.

[63] Le Distributeur souligne que Domtar n'indique pas en quoi elle aurait été empêchée de faire valoir tous ses arguments à cet égard.

[64] Le Distributeur est d'avis que les conclusions de la Régie quant à la conformité de la Modalité sont bien fondées et que son interprétation est raisonnable. Il conteste, à cet égard, les arguments de Domtar relatifs aux objectifs gouvernementaux et à la discrimination illégale fondée sur le mode de terminaison des contrats. Le Distributeur ajoute que les prétentions de Domtar relatives au caractère prétendument abusif, illégal et discriminatoire de la Modalité, à leur face même, ne reposent sur aucun fondement juridique ou factuel. Selon lui, ces arguments devaient être rejetés par la Régie.

²³ Pièce A-0003, pages 65 à 68.

²⁴ Pièce C-HQD-0012, page 6 et pièce A-0003, pages 88 et 89.

Question purement théorique

[65] Le Distributeur est également d'avis que la question de savoir quel aurait été le statut de la soumission de Domtar si la Modalité avait été annulée et si l'Option avait été exercée, est une question purement théorique et la Régie n'a pas le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires. Il soumet cependant que la première formation pouvait vérifier l'adéquation entre le cadre réglementaire et la Modalité, ce qu'elle a fait de façon soutenable²⁵.

4. OPINION DE LA RÉGIE

[66] La présente formation doit statuer sur le droit de la demanderesse d'obtenir la révision de la Décision et déterminer si la demande de Domtar rencontre l'un des trois cas d'ouverture prévus à l'article 37 de la Loi. Dans l'affirmative, la Régie procèdera à rendre la décision qui aurait dû être rendue.

[67] La présente formation expose ci-après le cadre légal applicable en matière de révision, présente son opinion sur l'ouverture à la révision et, ensuite, rend la décision qui aurait dû être rendue.

4.1 CADRE LÉGAL

[68] L'article 37, al. 1, par. 3 de la Loi prévoit que la Régie peut réviser ou révoquer une décision qu'elle a rendue lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à l'invalidier.

[69] Les parties ont exposé, en argumentation, les règles applicables en matière de révision. Ces règles ont été énoncées à plusieurs reprises par la Régie et découlent essentiellement des arrêts *Épiciers unis Métro-Richelieu*²⁶ et *Godin*²⁷ de la Cour d'appel du Québec.

²⁵ Pièce A-0003, pages 93 et 94.

²⁶ *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.).

²⁷ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 50.

[70] Dans un passage fréquemment cité de l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu*, le juge Rothman écrit que le vice de fond doit être « sérieux et fondamental » pour être de nature à invalider la décision.

[71] Dans l'arrêt *Godin*, le juge Fish écrit :

« *In short, section 154(3) [identique à l'article 37 de la Loi] 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.* » [nous soulignons]

[72] Plus récemment, dans l'arrêt *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*²⁸, le juge Yves-Marie Morissette rappelle :

« *En ce qui concerne la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre, la jurisprudence est univoque. Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première. Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif « 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 ». L'interprétation d'un texte législatif « ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique » mais, comme « il appart[ient] d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter » un texte, c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir. Saisi d'une demande de révision pour cause de vice de fond, le tribunal administratif doit se garder de confondre cette question précise avec celle dont était saisie la première formation (en d'autres termes, il importe qu'il s'abstienne d'intervenir s'il ne peut d'abord établir l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans la première décision). Enfin, le recours en révision « ne doit [...] pas être un appel sur la base des mêmes faits » : il s'en distingue notamment parce que seule l'erreur manifeste de fait ou de droit habilite la seconde formation à se prononcer sur le fond, et parce qu'une partie ne peut « ajouter de nouveaux arguments » au stade de la révision. » [nous soulignons]*

²⁸ 2005 QCCA 775 (CanLII), par. 51.

[73] Considérant les conditions d'ouverture d'un recours en révision établies par la jurisprudence, la Régie doit faire preuve de prudence avant de procéder à la révision d'une décision et ne peut substituer sa propre opinion à celle de la première formation. Seules des erreurs sérieuses ou fondamentales peuvent donner ouverture à une demande de révision.

4.2 OPINION DE LA RÉGIE SUR L'OUVERTURE À LA DEMANDE DE RÉVISION

[74] Avec respect, la présente formation est d'avis qu'il y a ouverture à la Demande de révision déposée par la demanderesse, puisque la Décision comporte deux vices de fond de nature à l'invalidier.

4.2.1 ERREUR FONDAMENTALE QUANT À L'APPARENCE DE DROIT

[75] La première formation a conclu, au paragraphe 61 de la Décision, que Domtar n'avait pas fait la démonstration de l'apparence d'un droit, puisqu'elle n'avait qu'un droit hypothétique de se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme :

*« [61] La Régie retient la prétention du Distributeur à l'effet que Domtar n'a pas fait la démonstration de l'apparence d'un droit. N'ayant pas exercé l'Option, Domtar ne peut prétendre, sauf hypothétiquement, se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme comme propriétaire d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec qui vient à échéance avant la fin du programme. Pour ce motif, **la Régie rejette la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar.** »*

[76] Selon la jurisprudence applicable²⁹, le critère de l'apparence de droit est satisfait lorsqu'il est démontré que les questions soulevées sont sérieuses et que la demande ne constitue pas une demande vouée à l'échec, futile, vexatoire ou dilatoire.

²⁹ *Manitoba (P.G.) c. Metropolitain Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, paragraphe 32 (pièce B-0020) et *Services énergie Brookfield inc. c. Legris*, 2010 QCCS 4226, paragraphes 76 et 82 (pièce B-0021).

[77] Dans le présent cas, la Demande initiale de Domtar soulevait essentiellement deux questions, tel qu'indiqué au paragraphe 24 de la présente décision. La première formation avait d'ailleurs identifié ces deux questions aux paragraphes 27 et 28 de la Décision :

« [27] *Par sa demande, Domtar cherche essentiellement à faire déclarer la Modalité comme étant non conforme à la décision D-2011-190, discriminatoire, illégale, abusive et ultra vires des droits et pouvoirs du Distributeur.*

[28] *De plus, Domtar soutient que la clause 4 du Contrat est une clause lui permettant de devancer l'échéance du Contrat (l'Option) et que l'exercice de l'Option lui permettrait de se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme : « (iii) d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme. » »*

[78] La première formation a conclu au paragraphe 61 de la Décision que le droit de se qualifier, auquel Domtar prétendait [dans sa Demande initiale], n'était qu'hypothétique puisque Domtar n'avait pas encore exercé l'Option. La première formation a ainsi appliqué le critère de l'apparence de droit à la deuxième question (indiquée ci-haut) soulevée par Domtar dans sa Demande initiale. Pour ce motif, la première formation a rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde.

[79] La Régie constate cependant que la première formation n'a pas appliqué le critère de l'apparence de droit à la première question soulevée par Domtar, à savoir si la Modalité était légale et conforme à la décision D-2011-190. Contrairement à la prétention du Distributeur, la Régie est d'avis que la première formation a rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar sans avoir statué, au préalable, sur la conformité de la Modalité *prima facie*.

[80] À l'égard de cette question, la première formation ne s'est pas posé en droit la bonne question. Elle a conclu au fond, après avoir rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde et après s'être livrée à l'interprétation des documents du Programme, du Décret et d'autorités qui n'avaient pas été soumises à l'étude et aux commentaires des parties, que « [...] *la Modalité est conforme au Décret et qu'elle n'avait pas à être spécifiquement approuvée par la Régie à la suite de sa décision D-2011-190* »³⁰. Cette conclusion est d'ailleurs reprise dans le dispositif de la Décision en ces mots : « **DÉTERMINE** que

³⁰ Paragraphe 72 de la Décision.

l'article 1.5 du Programme, tel que modifié par l'Addenda, est conforme à la décision D-2011-190 ».

[81] Or, au stade de la sauvegarde, la première formation devait uniquement vérifier l'application du premier critère de l'apparence de droit, à savoir si la question paraissait sérieuse et n'était pas frivole, ce qu'elle n'a pas fait. Elle devait procéder à une évaluation préliminaire de la question invoquée par Domtar et non pas à chercher à trancher la question au fond. Il s'agit là d'une erreur fondamentale de nature à invalider la Décision sur l'ordonnance de sauvegarde.

[82] Par ailleurs, la Régie ne retient pas la prétention du Distributeur à l'effet que la première formation a conclu, au paragraphe 65, que la question de la conformité de la Modalité n'était pas une question sérieuse à juger, puisque cette dernière ne changeait rien à la situation de Domtar³¹. En effet, cette conclusion n'apparaît aucunement des motifs ayant conduit au rejet de l'ordonnance de sauvegarde par la première formation³². Cette conclusion, à laquelle réfère le Distributeur, a plutôt été exprimée par la première formation dans le cadre d'une analyse du dossier sur le fond.

4.2.2 ATTEINTES AUX GARANTIES PROCÉDURALES

[83] La première formation a statué de façon finale sur les questions qui devaient lui être plaidées au fond, après avoir circonscrit le débat à la stricte apparence de droit³³, sans donner à Domtar l'opportunité de présenter sa preuve et ses arguments de fond.

[84] En effet, aux paragraphes 62 à 72 de la Décision, la première formation a procédé à une analyse sur le fond du dossier et a tranché de façon finale les questions soulevées par Domtar, à savoir (i) si Domtar se qualifiait en vertu du Programme (avec et sans la Modalité) et (ii) si la Modalité était conforme à la décision D-2011-190.

³¹ Pièce C-HQD-0012, paragraphes 16 et 25.

³² Paragraphe 61 de la Décision.

³³ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 5 à 8.

[85] Bien que les conclusions exprimées par la première formation à ces paragraphes puissent sembler, à première vue, de la nature d'un *obiter dictum*, vu l'emploi du mot « subsidiairement » au paragraphe 62, la Régie constate que tel n'est pas le cas. En effet, ces conclusions ont, de toute évidence, amené la première formation à rejeter, dans son dispositif, la Demande initiale de Domtar et à déterminer que la Modalité était conforme à la décision D-2011-190.

[86] En statuant sur le fond de la demande de Domtar, alors que le débat avait été circonscrit à la stricte apparence de droit, sans donner à la demanderesse l'opportunité de présenter sa preuve et ses arguments de fond, la première formation a contrevenu à la garantie procédurale *audi alteram partem*. Ce manquement constitue un vice procédural de nature à invalider les conclusions de la première formation sur le fond du litige.

[87] De l'avis de la présente formation, ces deux erreurs constituent des vices de fond et de procédure de nature à invalider la Décision et, par conséquent, suffisent à elles seules à donner ouverture à la révision recherchée par la demanderesse.

[88] Considérant cette conclusion, la présente formation ne juge pas utile de se prononcer sur les autres motifs de révision invoqués par la demanderesse. Elle rend maintenant la décision qui aurait dû être rendue en ce qui a trait à la demande d'ordonnance de sauvegarde.

4.3 OPINION DE LA RÉGIE SUR LA DÉCISION QUI AURAIT DÛ ÊTRE RENDUE

4.3.1 JURIDICTION DE LA RÉGIE SUR LA DEMANDE INITIALE DE DOMTAR

[89] La Régie doit se prononcer sur sa juridiction à l'égard des conclusions recherchées (sur le fond et au stade de la sauvegarde) par la demanderesse dans sa Demande initiale. Tel qu'indiqué par Domtar, la compétence de la Régie de statuer sur la demande d'ordonnance de sauvegarde suppose sa compétence à se prononcer sur le fond du litige.

Position de la demanderesse

[90] Domtar est d'avis que les articles 5, 31 (5), 34, 39 et 74.3 de la Loi consacrent les vastes pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Régie à l'égard du Programme et lui confèrent la compétence pour rendre toutes les ordonnances sollicitées (au fond et au stade de la sauvegarde) dans sa Demande initiale.

[91] La demanderesse soumet que la décision D-2011-190 ayant été déposée au greffe de la Cour supérieure, la Régie a compétence exclusive en vertu des articles 31 (5) et 39 de la Loi pour entendre une demande visant à faire respecter cette décision.

[92] Afin que cet exercice ne soit pas privé d'effet utile, la Loi permet à la Régie de rendre toute ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes visées, en l'occurrence Domtar. La demanderesse cite, à cet effet, certains précédents jurisprudentiels, dont la décision rendue sur la demande d'Abibow Canada inc.³⁴.

[93] Domtar est d'avis que le fait que les ordonnances émises par la Régie dans cette dernière décision ont été rendues avec le consentement des parties n'est pas pertinent aux fins de l'analyse de la compétence de la Régie de rendre de telles ordonnances. Elle soumet, à cet égard, qu'un tribunal administratif ne peut, même avec le consentement des parties, excéder sa compétence³⁵.

[94] La demanderesse est d'avis que la Régie peut rendre des décisions déclaratoires sur les matières qui relèvent de sa compétence, même en l'absence de dispositions spécifiques à cet égard. Elle peut, pour ce faire, s'appuyer sur l'article 31 (5) de la Loi et sur sa compétence implicite. Domtar cite, au soutien de sa prétention, certaines décisions de la Régie et des tribunaux judiciaires³⁶.

³⁴ Décision D-2012-011, dossier R-3783-2012.

³⁵ Décision D-2012-011, dossier R-3783-2012 et *Julien c. Québec (Commission des transports)*, [1993] J.Q. n° 2280 (C.S.) (juge Louis LeBel), paragraphes 12 et 13.

³⁶ *Domtar c. Kruger et Hydro-Québec*, 2010 QCCA 1934 (C.A.), paragraphes 25, 26, 35, 36 et 38; décision D-2003-49 de la Régie dans le dossier R-3496-2002, pages 11 et 12; *Gestion Belfont inc. (Bar King Vegas) c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2006 QCCS 5443 (C.S.), paragraphes 28 à 36; *Deever c. Immeubles des Îles*, (2004) AZ-50280774 (C.Q.), paragraphes 10 à 16.

[95] Domtar soumet que le litige dont la Régie est saisie n'est pas de nature contractuelle et qu'elle a ainsi la compétence pour le trancher :

« [...] Ce que je vous soumetts c'est ce dont vous êtes saisi ce n'est pas un litige contractuel. Vous devez interpréter 74.3 de la Loi sur la Régie, clairement, vous devez l'interpréter à savoir est-ce que 1.5 in fine est une modalité qui a à être approuvée par la Régie. Essentiellement, est-ce que c'est une modalité, parce que c'est clair que les modalités doivent être approuvées par la Régie. Est-ce que 1.5 in fine est une modalité? Et si oui, je vous soumetts respectueusement que vous devez donner raison à Domtar, parce que cette modalité-là n'a pas été approuvée. C'est ça le litige qui est devant vous.

[...] le litige découle du fait qu'Hydro-Québec a fait approuver des modalités en vertu de 74.3 et que, par la suite, elle a ajouté une modalité sans en demander l'approbation. C'est que c'est clairement une analogie qui s'applique ici. »³⁷

[96] Enfin, Domtar plaide que la Régie doit pouvoir sanctionner le comportement du Distributeur qui constitue une tentative de contourner le système de contrôle mis en place par le législateur afin de favoriser l'atteinte des objectifs prévus à l'article 5 de la Loi.

Position du Distributeur

[97] En ce qui a trait à la question soulevée par Domtar qui se rapporte à l'application d'une disposition du Programme à la soumission de la demanderesse, le Distributeur est d'avis que cette question ne relève pas de la juridiction de la Régie. À cet égard, il soumet qu'il est établi que la Régie n'a pas juridiction pour régler des différends contractuels pouvant résulter du processus d'adjudication des contrats, ni pour instaurer un processus de traitement des plaintes des soumissionnaires. Le Distributeur est d'avis que ces litiges sont de la compétence des tribunaux judiciaires. Il cite, à cet effet, la décision D-2001-191, et plus particulièrement l'extrait suivant :

³⁷ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 26, 27 et 41.

« *Chargée de voir à l'atteinte des objectifs de la Loi, la Régie ne peut ni être, ni être perçue comme une partie au processus d'adjudication. [...]*

La Régie précise toutefois que, détentrice d'une compétence attribuée, elle ne dispose d'aucune compétence pour régler des différends contractuels de quelque nature qu'ils soient et pouvant résulter du processus d'adjudication. Ces litiges relèvent des tribunaux supérieurs et il importe également de souligner que la Régie n'a pas juridiction pour instaurer un processus de traitement de plaintes [note de bas de page omise] de soumissionnaires sur l'application par le distributeur de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi. »³⁸

[98] Le Distributeur ajoute que la position exprimée par la Régie dans cet extrait a été entérinée par la Cour supérieure³⁹.

[99] Quant à la seconde question, le Distributeur souligne qu'elle vise le paragraphe 1.5 *in fine* (la Modalité) du Programme pour notamment la faire déclarer inopposable à la demanderesse.

[100] À cet égard, le Distributeur soumet que la compétence de la Régie relativement à cette question consiste uniquement à vérifier l'adéquation entre la décision D-2011-190 approuvant les modalités du Programme et le Document du Programme, y compris son article 1.5 *in fine* (la Modalité) tel que modifié par l'Addenda.

[101] Par ailleurs, le Distributeur soutient que la Régie n'a pas la compétence pour suspendre un programme d'achat d'électricité ni rendre toute autre ordonnance dans le cadre de la gestion du Programme⁴⁰. Il réfère, à cet égard, aux pouvoirs de la Régie dans le cadre des appels d'offres indiqués précédemment.

³⁸ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, page 7.

³⁹ *Tembec c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068.

⁴⁰ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 102, 111 et 112.

Opinion de la Régie

[102] Il appert des conclusions formulées dans la Demande initiale de Domtar que cette dernière cherche essentiellement à faire trancher par la Régie les questions suivantes⁴¹ :

1) Est-ce qu'une installation de cogénération qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec est admissible en vertu du Programme si le Fournisseur se prévaut d'un droit contractuel prépayé lui permettant d'anticiper l'échéance du terme, de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la fin du Programme?

2) La Modalité apparaissant à l'article 1.5 *in fine* du Document du Programme, pièce R-12, et dans la partie 3.1 du Formulaire, pièce R-13, est-elle [conforme à la décision D-2011-190]? discriminatoire? illégale? abusive? *ultra vires* des droits et des pouvoirs d'Hydro-Québec? opposable à Domtar?

[103] La Régie est d'avis que la première question que la demanderesse cherche à faire trancher ne relève pas de sa compétence d'attribution. En effet, la Régie n'a pas la juridiction pour statuer sur l'admissibilité de la soumission de Domtar au Programme. Il n'apparaît ni explicitement ni implicitement des articles de la Loi soulevés par Domtar que la Régie ait une telle compétence. Il s'agit là d'un différend de nature contractuelle entre un soumissionnaire et le Distributeur qui relève des tribunaux judiciaires. La Régie mentionnait d'ailleurs, dans sa décision D-2001-191, que la compétence qui lui est conférée à l'égard de la procédure d'appel d'offres ne lui permet pas de régler des différends contractuels entre un soumissionnaire et le Distributeur. La compétence de la Régie à l'égard des programmes d'achat d'électricité ne lui permet pas davantage de trancher de tels litiges.

[104] Compte tenu que la Régie n'a pas compétence pour trancher la première question soulevée par Domtar dans sa Demande initiale, elle n'a pas compétence pour déterminer s'il y a une apparence de droit à l'égard de cette question.

⁴¹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, pages 11, 14, 15 et 16.

[105] En ce qui a trait à la deuxième question soulevée par Domtar, la Régie est d'avis qu'elle a juridiction en vertu des articles 31 (5) et 74.3 de la Loi pour déterminer si la Modalité est conforme à la décision D-2011-190. En effet, cette question est rattachée à l'application et à l'interprétation de l'article 74.3 de la Loi. Le Distributeur reconnaît d'ailleurs cette compétence à la Régie⁴².

[106] Par ailleurs, le Distributeur est d'avis que cette compétence de vérifier la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190 ne permet pas à la Régie d'accorder les ordonnances recherchées par Domtar qui se rapportent à l'administration du Programme, dont la suspension de celui-ci⁴³.

[107] La Régie ne partage pas cet avis. Elle juge qu'elle peut s'appuyer sur les pouvoirs de réparation étendus qui lui sont conférés par les articles 34 et 35 de la Loi ainsi que sur ses pouvoirs implicites pour rendre les ordonnances recherchées par la demanderesse à l'égard de la Modalité.

[108] Les articles 34 et 35 de la Loi se lisent comme suit :

« 34. La Régie peut décider en partie seulement d'une demande.

Elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées.

35. La Régie peut faire les enquêtes nécessaires à l'exercice de ses fonctions et, à ces fins, les régisseurs sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. »

[nous soulignons]

⁴² Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 107 et 111.

⁴³ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 102, 111 et 112.

[109] En ce qui a trait à la notion de pouvoir implicite, la Cour suprême mentionne que :

« [...] sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif [...] »⁴⁴

[110] La compétence de la Régie en vertu des articles 31 (5) et 74.3 de la Loi d'examiner et de statuer sur la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190 implique nécessairement que si la Régie, après étude du dossier, concluait que la Modalité ne respecte pas la décision D-2011-190, elle a le pouvoir d'exiger que des actions soient prises par le Distributeur pour pallier à la situation.

[111] Également, au stade de la sauvegarde, la Régie doit nécessairement avoir le pouvoir d'exiger du Distributeur certaines actions, dont la suspension de l'application de la Modalité, afin que cet examen ne soit pas privé d'effet utile.

[112] Ces mesures de redressement que la Régie peut exiger sont nécessaires à la réalisation du régime législatif prévu aux articles 31 (5) et 74.3 de la Loi selon lequel les achats d'électricité visés doivent se réaliser dans le cadre d'un programme dont les modalités ont été approuvées par la Régie.

[113] La Régie juge ainsi qu'elle a le pouvoir d'émettre les ordonnances recherchées par Domtar à l'égard de la Modalité (au stade de la sauvegarde et sur le fond du litige). La Régie a d'ailleurs émis des ordonnances similaires dans sa décision D-2012-011 relative à la demande d'Abibow Canada inc.⁴⁵.

⁴⁴ Dossier R-3798-2012, pièce C-HQD-0015, liste des autorités, onglet 2, pages 38 et 39.

⁴⁵ Dossier R-3783-2012.

[114] De plus, dans sa décision D-2012-142⁴⁶, la Régie mentionnait que :

« [95] [...] Le Distributeur ne peut lancer un appel de qualification et ensuite affirmer que la Régie ne peut plus intervenir pour exercer les pouvoirs que la Loi lui confère. Il ne peut invoquer ses propres choix à l'encontre de la Loi et des règlements pour ensuite dire à la Régie qu'elle n'a pas la compétence ni les pouvoirs requis pour annuler ce que le Distributeur aurait fait à l'encontre de la Loi et des règlements. »

[115] Le même raisonnement s'applique au présent dossier dans l'éventualité où la Modalité était jugée non-conforme. Ainsi, le Distributeur ne pourrait lancer un programme d'achat d'électricité en contravention de l'article 74.3 de la Loi et de la décision D-2011-190 et ensuite affirmer que la Régie ne pourrait plus intervenir pour exercer les pouvoirs que la Loi lui confère, entre autres, pour annuler ce que le Distributeur aurait fait à l'encontre de la Loi.

[116] En conclusion, la Régie a compétence pour vérifier la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190 et les pouvoirs pour accorder les ordonnances recherchées par Domtar à l'égard de la Modalité (au stade de la sauvegarde et sur le fond du litige). Cependant, la Régie est d'avis qu'elle n'a pas juridiction pour trancher un litige de nature contractuelle entre un soumissionnaire et le Distributeur.

4.3.2 DEMANDE D'ORDONNANCE DE SAUVEGARDE

[117] La Régie détermine maintenant s'il y a lieu de rendre une ordonnance de sauvegarde jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée sur la demande au fond de Domtar quant à la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190.

[118] Tel qu'indiqué précédemment, la Régie est d'avis qu'elle a juridiction pour rendre les ordonnances recherchées par la demanderesse au stade de la sauvegarde.

⁴⁶ Dossier R-3806-2012, paragraphe 95.

[119] En ce qui a trait aux critères retenus par la Régie pour émettre une ordonnance de sauvegarde, la Régie s'inspire des critères d'émission de l'injonction interlocutoire. Ainsi, la demanderesse doit établir :

- que sa demande au fond présente une apparence de droit, soit une perspective raisonnable de succès;
- qu'elle subirait un préjudice sérieux ou irréparable ou qu'il serait créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace, si aucune ordonnance de sauvegarde n'est émise;
- si le droit paraît incertain, que la balance des inconvénients favorise l'octroi d'une ordonnance de sauvegarde.

[120] La Régie n'est cependant pas tenue d'appliquer systématiquement ces critères à toute demande d'ordonnance de sauvegarde. Elle mentionnait d'ailleurs ce qui suit dans sa décision D-2006-133⁴⁷ : « [...] Ces critères, s'ils devaient s'appliquer systématiquement à toute demande de suspension d'une décision, sont très exigeants. La Régie considère que leur application peut être modulée suivant l'objet de la décision dont on demande la révision et les effets de la demande de suspension en question ».

[121] La Régie a pris connaissance de la preuve et des arguments présentés par la demanderesse et le Distributeur devant la première formation à l'égard des critères relatifs à l'émission d'une ordonnance de sauvegarde.

L'apparence de droit

[122] Le premier critère, soit l'apparence de droit, sera rencontré s'il est démontré que la demande ne constitue pas une demande vouée à l'échec, futile, vexatoire ou dilatoire. À cette étape, la Régie doit procéder à une évaluation préliminaire des arguments invoqués et non pas chercher à trancher la question au fond.

[123] La Régie est d'avis que la question relative à la conformité de la Modalité soulevée par Domtar est une question sérieuse à trancher.

⁴⁷ Dossier R-3609-2006, page 5.

[124] D'abord, l'ajout de la Modalité apparaît, à sa face même, être une modification plutôt importante du Document du Programme. La Régie note à ce sujet que le concept de résiliation introduit au Document du Programme par la Modalité n'apparaissait aucunement dans les critères du Programme, tel qu'approuvé par la Régie.

[125] De plus, l'ajout de la Modalité n'a pas été autorisé par la Régie, alors qu'en vertu de l'article 74.3 de la Loi, les modalités d'un programme d'achat d'électricité doivent être approuvées par la Régie. Le processus d'approbation n'ayant pas été suivi, Domtar a été privée de la possibilité de faire valoir sa position sur cet ajout.

[126] Enfin, la question de savoir si la Modalité est conforme ou non à la décision D-2011-190 soulève des questions d'interprétation de textes réglementaires et législatifs apparemment contradictoires.

[127] La demande au fond de Domtar n'est donc pas « *vouée à l'échec, futile, vexatoire ou dilatoire* ».

[128] Par ailleurs, le Distributeur soumet que la demanderesse n'a aucun droit à faire valoir devant la Régie puisque l'Option n'a pas été exercée. La question soulevée par Domtar serait donc hypothétique⁴⁸.

[129] La Régie ne partage pas cet avis. Le non-exercice de l'Option par Domtar n'a pas pour effet de rendre la question de la conformité de la Modalité hypothétique. D'une part, Domtar a, de toute évidence, l'intérêt requis pour soulever une telle question devant la Régie et, d'autre part, à première vue, il apparaît que la Modalité aurait dû être approuvée conformément à la Loi. De plus, si le Distributeur avait suivi le processus d'approbation prévu à la Loi, notamment en soumettant cette modalité pour approbation dans le cadre du dossier R-3780-2011, la question de la conformité de cette modalité au cadre réglementaire aurait pu être valablement soulevée par Domtar et examinée par la Régie, indépendamment du fait que Domtar ait ou non exercé l'Option.

[130] En conséquence, la présente formation est d'avis que le premier critère pour émettre une ordonnance de sauvegarde est rencontré.

⁴⁸ Dossier R-3798-2012, pièce C-HQD-0002, paragraphe 106.

Le préjudice sérieux ou irréparable ou l'état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace

[131] Le deuxième critère consiste à décider si celui qui demande une ordonnance de sauvegarde subirait un préjudice sérieux ou irréparable ou s'il ne serait créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace, si la demande d'ordonnance de sauvegarde n'était pas accordée.

[132] En ce qui a trait au préjudice allégué par Domtar, la Régie est d'avis qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour conclure que, sans ordonnance de sauvegarde, un préjudice sérieux pourrait être causé à la demanderesse.

[133] D'une part, la preuve révèle que si aucune ordonnance de sauvegarde n'est émise, la soumission de Domtar pourrait être rejetée sur la base de la Modalité, et la fin du Programme pourrait survenir avant qu'une décision finale ne soit rendue par la Régie quant à la conformité de cette modalité⁴⁹.

[134] D'autre part, la preuve révèle que si aucun contrat n'est attribué à la demanderesse à l'issue du Programme, celle-ci subirait un préjudice sérieux. Cette preuve porte sur la compétitivité de l'installation de Domtar à Windsor auquel contribuerait l'octroi d'un contrat à l'issue du Programme et sur la valeur du contrat qui pourrait être octroyé à Domtar à l'issue du Programme⁵⁰. Cette preuve n'a pas été contredite de manière probante par le Distributeur. De plus, la Régie retient la prétention de Domtar à l'effet que le préjudice sérieux n'a pas besoin d'être « irréparable » pour que ce deuxième critère soit rencontré⁵¹. À tout événement, tel qu'indiqué précédemment, la Régie n'est pas tenue d'appliquer tels quels les critères de l'injonction interlocutoire prévus au *Code de procédure civile*.

[135] Par ailleurs, même s'il ne fallait pas considérer le préjudice subi par la demanderesse comme suffisamment sérieux, la Régie est d'avis qu'il y aurait tout de même lieu de rendre une ordonnance de sauvegarde, afin d'éviter que ne soit créé « un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace ».

⁴⁹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, paragraphes 71 et 73 à 75 et pièces B-0003, B-0017, B-0018 et B-0019.

⁵⁰ Pièce B-0005, pages 18 et 19, paragraphe 53.

⁵¹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0032, pages 36 à 38 et pièce A-0002, page 80.

[136] En effet, si la soumission de Domtar est rejetée sur la base de la Modalité et que cette modalité est par la suite jugée non conforme par une décision finale de la Régie (émise après la fin du Programme), cette décision serait de toute évidence inefficace. Le Distributeur aurait, en effet, administré le Programme sans respecter le cadre réglementaire et législatif applicable et Domtar ne pourrait plus obtenir de contrat. La Régie est d'avis que la demanderesse a le droit de demander le respect, par le Distributeur, du cadre réglementaire et législatif applicable plutôt que de s'en remettre à un recours en dommages devant les tribunaux judiciaires⁵².

La balance des inconvénients

[137] Par ailleurs, même si le droit de Domtar paraissait incertain, la Régie est d'avis que la balance des inconvénients favorise l'octroi d'une ordonnance de sauvegarde. En effet, la prépondérance des inconvénients penche en faveur de la demanderesse qui a démontré qu'elle pourrait subir plusieurs inconvénients si sa demande d'ordonnance de sauvegarde n'était pas accordée. Quant au Distributeur, la décision d'accorder la demande d'ordonnance de sauvegarde ou non n'aura pas pour effet de l'empêcher de poursuivre l'administration du Programme, tant qu'il restera suffisamment de mégawatts pour qu'un contrat puisse être attribué pour la totalité de la soumission déposée par la demanderesse.

[138] En conséquence, la Régie est d'avis qu'il y a lieu d'accueillir la demande d'ordonnance de sauvegarde en ce qui a trait aux conclusions qui se rapportent à l'administration du Programme.

4.3.3 AUDIENCE SUR LE FOND DE LA DEMANDE DE DOMTAR

[139] Puisque la demande d'ordonnance de sauvegarde est accordée, la présente formation convoque une audience pour examiner le fond de la Demande initiale de Domtar. À cet égard, la Régie tient à préciser que l'audience portera sur la question de savoir si la Modalité est conforme ou non à la décision D-2011-190. En effet, l'autre question soulevée par Domtar ne relève pas de la juridiction de la Régie, tel qu'indiqué précédemment.

⁵² Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 137 et 138.

[140] La Régie précisera ultérieurement la date de l'audience.

[141] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE la demande de révision de la demanderesse;

RÉVOQUE la Décision, sauf la conclusion portant sur la demande de traitement confidentiel de la demanderesse;

ORDONNE au Distributeur de ne pas rejeter la soumission pour 30 MW déposée par la demanderesse pour ses installations de cogénération situées à Windsor, Québec, pour un motif exprimé à l'article 1.5 *in fine* du Programme, tant que l'issue du présent litige n'aura pas fait l'objet d'une décision finale de la Régie;

ORDONNE au Distributeur de s'abstenir de transmettre tout avis d'acceptation au sens de l'article 3.10.1 du Programme relativement à toute soumission de rang postérieur à celui de Domtar pour ses installations de cogénération situées à Windsor, si un tel avis d'acceptation a pour effet de rendre insuffisant le nombre de mégawatts restants pour attribuer un contrat pour la totalité de la soumission déposée par la demanderesse pour ses installations de cogénération situées à Windsor, Québec;

DÉCLARE que la présente ordonnance de sauvegarde est valable jusqu'à la décision finale de la Régie, au présent dossier, sur la demande au fond de la demanderesse.

Louise Rozon
Régisseur

Domtar Inc. représentée par M^e Patrick Ouellet et M^e Samuel Bachand;
Hydro-Québec représentée par M^e Jean-Olivier Tremblay.