

FASKEN

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Avocats
Agents de brevets et de marques de commerce

800, rue du Square-Victoria, bureau 3700
C. P. 242
Montréal (Québec) H4Z 1E9
Canada

T +1 514 397 7400
+1 800 361 6266
F +1 514 397 7600
fasken.com

Le 11 juillet 2018
N° de dossier : 315230.00001/16931

Pierre-Olivier Charlebois
Direct +1 514 397 5291
pcharlebois@fasken.com

Me Véronique Dubois, Secrétaire
Régie de l'énergie
Tour de la Bourse
800, place Victoria – 2e étage, bureau 255
Montréal (Québec) H4Z 1A2

Objet : Observations de Bitfarms sur les réponses du Distributeur à la demande de renseignements n° 1 de la Régie de l'énergie et à l'Engagement n° 2 du Distributeur
HQD - Demande de fixation de tarifs et conditions de service pour l'usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs
R-4045-2018

Chère consœur,

La présente fait suite au dépôt, par Hydro-Québec Distribution (le « **Distributeur** »), des réponses à la demande de renseignements n° 1 de la Régie de l'énergie (« **Régie** ») et celles découlant de l'Engagement n° 2 du Distributeur. Elle a pour but de présenter les observations de Bitfarms relativement à cette preuve additionnelle déposée par le Distributeur, le tout en prévision de la décision que doit rendre la Régie sur la demande d'ordonnance provisoire d'ici le 13 juillet 2018.

Les paragraphes 9 et 10 de la décision D-2018-078 rendue par la Régie dans le présent dossier précise ce que suit :

« [9] À ce stade du dossier, après avoir entendu le Distributeur, l'AREQ et les observations des personnes intéressées, la Régie est d'avis que, pour rendre une décision éclairée, elle doit disposer d'un délai additionnel et avoir en main les réponses du Distributeur à sa DDR, lesquelles lui seront transmises au plus tard le 5 juillet 2018.

[10] Conséquemment, la Régie est d'avis qu'en raison des circonstances exceptionnelles invoquées par le Distributeur, il est dans l'intérêt public qu'elle agisse avec prudence et reconduise l'ordonnance de sauvegarde émise le 18 juin 2018, pour une période additionnelle de 15 jours, se terminant le 13 juillet 2018.»

[Nous soulignons]

FASKEN

Comme mentionné dans notre correspondance du 4 juillet 2018, les conclusions de cette décision soulèvent d'importantes questions quant à la manière dont la Régie a considéré la preuve administrée par le Distributeur et contestée par plusieurs personnes intéressées. En effet, la conclusion de la Régie à l'effet que la preuve du Distributeur ne lui permet pas de rendre une décision éclairée est incompatible avec la décision de reconduire l'ordonnance provisoire. L'insuffisance de la preuve du Distributeur aurait dû mener au rejet de la demande d'ordonnance provisoire.

Or, en reconduisant l'ordonnance provisoire, la Régie permet au Distributeur de bonifier à nouveau sa preuve, sans pour autant accorder aux personnes intéressées dont les droits sont directement affectés la possibilité d'être entendus sur cette preuve additionnelle. Cette garantie procédurale se rapportant au processus décisionnel d'un tribunal administratif comporte plusieurs composantes, dont l'accès à l'information, l'audition, la possibilité de s'exprimer, la présentation de témoins, la production de documents, le contre-interrogatoire et le délibéré, le tout dans un délai raisonnable. En l'espèce, la Régie ne respecte pas cette garantie procédurale et va à l'encontre des principes de justice naturelle.

Le présent dossier dépasse le cadre des dossiers standards de régulation économique que la Régie doit traiter annuellement. La demande d'ordonnance provisoire affecte directement les droits contractuels de plusieurs entreprises et la décision à être rendue par la Régie aura pour effet d'adjudger ces droits et non pas seulement de concilier les intérêts de différents intervenants. Compte tenu de l'importance des enjeux soulevés par la demande du Distributeur et considérant le dépôt d'une nouvelle preuve par le Distributeur, Bitfarms demande à la Régie d'être entendu en conformité avec les garanties procédurales de base d'un tribunal administratif. Le refus de permettre aux personnes intéressées d'être entendus constituerait un vice de procédure de nature à invalider la décision au sens de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (« **LRÉ** »), donnant ainsi ouverture à la révision de celle-ci.

Toutefois, en l'absence d'instruction écrite de la Régie malgré la lettre du soussigné en date du 4 juillet 2018 et considérant qu'une décision doit être rendue le 13 juillet 2018, Bitfarms présente ses observations écrites et demande à la Régie de les considérer à leur juste valeur dans le cadre du processus décisionnel associé à la demande d'ordonnance provisoire du Distributeur. En toute équité avec les personnes dont les droits sont directement affectés par cette demande, la Régie est tenue minimalement d'agir ainsi. Le dépôt des présentes observations ne préjudicie en rien les droits de Bitfarms de demander la révision de la décision à être rendue par la Régie sur la base d'un vice de procédure, le cas échéant.

1. Réponses à l'Engagement n° 2 du Distributeur

Les réponses données par le Distributeur à l'Engagement n° 2 mettent en évidence les importantes lacunes dans la preuve déposée dans le cadre de la demande d'ordonnance provisoire. Rappelons que le critère de l'urgence repose sur la démonstration que le Distributeur doit faire face à des demandes « soudaines, massives et simultanées » de la part de sa clientèle pour l'utilisation de l'électricité dédiée à un usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs. Or, le Distributeur a tenté d'induire la Régie en erreur en invoquant en audience des



FASKEN

demandes totalisant 18 000 MW. En effet, après avoir été questionné par les personnes intéressées et par la formation de la Régie, le Distributeur a été incapable de justifier cette quantité et a dû se raviser et modifier sa preuve en indiquant que ces demandes ne totalisent pas 18 000 MW, mais bien 6 500 MW.

De surcroît, malgré une demande spécifique à cet effet formulée par la Régie, le Distributeur évite de préciser si les 27 projets totalisant 6 500 MW ont fait l'objet d'un suivi suite à la chute du prix du bitcoin depuis le mois de janvier 2018. Cette omission est d'autant plus surprenante considérant que le Distributeur reconnaît lui-même la possibilité que des clients aient abandonné ou relocalisé leurs projets suite aux fluctuations du prix du bitcoin. Le Distributeur précise même avoir cessé l'analyse des demandes en février 2018. De tels suivis auraient été nécessaires afin de déterminer si les demandes totalisant 6 500 MW représentent toujours des projets devant être considérés par le Distributeur. À ce titre, soulignons que selon les données fournies au tableau 3 de l'Engagement 2, quatre projets couvrent 4 000 MW à eux seuls. Or, le Distributeur ne semble avoir fait aucun suivi quant à la situation de ceux-ci. L'abandon ou la relocalisation de l'un d'eux aurait pour effet de réduire substantiellement la demande à laquelle le Distributeur prétend devoir répondre en urgence.

De plus, les études démontrent que le réseau Bitcoin mondial actuel consomme entre 3600 MW et 4000 MW. Il est donc difficile, voire impossible, de croire qu'avec le prix actuel du Bitcoin, la quantité de MW demandés au Distributeur puisse être de 6 500 MW. L'introduction de milliers de MW dans le marché aurait pour effet direct l'effondrement de celui-ci.

Dans les circonstances, comment le Distributeur peut-il invoquer le critère de l'urgence sur la base d'une preuve aussi faible et insuffisante. Les modifications apportées à la preuve au fur et à mesure de l'évolution du dossier minent en tout point la crédibilité de la preuve déposée par le Distributeur. Le fardeau de preuve du Distributeur n'est pas rencontré étant donné que l'urgence d'agir n'est pas démontrée.

2. Réponses du Distributeur à la demande de renseignements n° 1 de la Régie

À l'égard des réponses données par le Distributeur à la demande de renseignements n° 1 de la Régie, Bitfarms tient à souligner la confusion que crée le dépôt de celles-ci en amont de la décision à être rendue par la Régie à l'égard de la demande d'ordonnance provisoire.

En effet, à la lecture des réponses, il appert que celles-ci couvrent principalement les éléments devant être traités dans le cadre des phases 2 et 3 du présent dossier, soit le processus de sélection des demandes et la fixation des tarifs et conditions pour un usage cryptographique. La preuve du Distributeur au soutien de sa demande d'ordonnance provisoire aurait dû être close avec le dépôt des réponses à l'Engagement n° 2. Dans les circonstances, Bitfarms est d'avis que ces réponses ne devraient pas être considérées par la Régie dans le cadre de la décision à être rendue d'ici le 13 juillet.

Subsidiairement et si la Régie devait décider d'en tenir compte, Bitfarms estime que seuls les éléments nécessaires à l'analyse de la pièce HQD-1, document 4 doivent être considérés à ce stade-ci du dossier. Ainsi, toutes les réponses données par le Distributeur à l'égard du bloc dédié



FASKEN

de 500 MW, du processus aux fins de sélection des demandes en vue de l'attribution de ce bloc dédié et des tarifs et conditions applicables à celui-ci devraient être exclues de la preuve du Distributeur au soutien de la demande d'ordonnance provisoire.

Les observations de Bitfarms se limitent donc aux réponses du Distributeur associées aux éléments faisant l'objet de la demande d'ordonnance provisoire. Bitfarms réserve tous ses droits de questionner et de commenter le contenu de la pièce HQD-2, document 1 dans le cadre des phases 2 et 3 du dossier R-4045-2018.

a) Questions 1.1

Bitfarms réfère la Régie aux commentaires formulés ci-dessus concernant la ventilation des demandes totalisant 18 507 MW. Nous réitérons que cette quantité ne devrait, en aucune circonstance, être considérée par la Régie dans son analyse de la demande du Distributeur. Le manque de rigueur dans la présentation de la preuve du Distributeur milite pour un rejet de ce chiffre soumis à la Régie.

Le Distributeur introduit dans la preuve le terme défini « Abonnements existants », sans toutefois préciser si ceux-ci correspondent aux abonnements couverts par l'article 4 des Tarifs et conditions de service provisoires déposés au soutien de la demande du Distributeur à la pièce HQD-1, document 4 (« **TC provisoires** »).

De plus, alors que l'article 4 des TC provisoires réfère à la puissance installée, la réponse du Distributeur réfère plutôt à la puissance autorisée. Bitfarms estime que les TC provisoires, peu importe ce que la réponse du Distributeur prévoit, devraient couvrir tous les engagements contractuels du Distributeur envers ses clients, incluant la puissance autorisée et toute montée en charge (puissance disponible autorisée maximale à venir) convenue entre les parties. Aucun tarif dissuasif ne devrait être applicable à ces engagements pris par le Distributeur envers ses clients.

b) Question 2.1

Dans le tableau R-2.1, le Distributeur introduit la notion de « Puissance maximale appelée en MW », sans toutefois préciser de quelle manière il l'a considéré dans le cadre de l'application de l'article 4 des TC provisoires. Bitfarms réitère que cet article devrait couvrir tous les engagements contractuels du Distributeur envers ses clients, incluant la puissance autorisée et toute montée en charge (puissance disponible autorisée maximale à venir) convenue entre les parties. Si la Régie devait approuver les TC provisoires, la notion de « Puissance maximale appelée en MW » ne devrait pas être considérée.

c) Question 2.2

Le Distributeur allègue qu'à l'égard des « Abonnements existants », le tarif général applicable serait maintenu pour leur puissance autorisée, mais que le tarif dissuasif serait applicable à tout accroissement de la charge au-delà de la puissance autorisée. Or, des documents contractuels ont été signés entre Bitfarms et le Distributeur à l'égard d'augmentation de la charge à certaines



FASKEN

installations déjà en opération. Si la Régie devait approuver les TC provisoires, ces engagements du Distributeur devraient être honorés et le tarif dissuasif ne devrait s'appliquer à ceux-ci.

d) Questions 5.2 à 5.5

En réponse à la question 5.2, le Distributeur reconnaît que l'obligation de desservir prévue à l'article 76 de la LRÉ n'est pas absolue. À ce titre, il réfère à la limite de 50 MW édictée à l'article 10.6 des Tarifs et conditions du Distributeur, lequel prévoit ce qui suit :

« Hydro-Québec n'est pas tenue de consentir un abonnement pour toute nouvelle demande de plus de 50 mégawatts ou d'acquiescer à toute demande de charge additionnelle de plus de 50 mégawatts ou à toute demande soumise par le titulaire d'un contrat spécial. »

[Nous soulignons]

Or, la preuve du Distributeur quant au préjudice irréparable et à l'urgence d'agir est principalement basée sur cette obligation de desservir. Les paragraphes 17 et 18 et 54 à 60 de la demande du Distributeur sont révélateurs à ce sujet. On y indique notamment que l'article 76 de la LRÉ impose au Distributeur de distribuer l'électricité à tout consommateur qui le demande dans le territoire où s'exerce son droit exclusif. Aucune référence n'est faite à l'article 10.6 des Tarifs et conditions et à la limite de cette obligation de servir.

Cette omission de référer à la limite à l'obligation de servir revêt une importance capitale à la lumière des réponses fournies par le Distributeur à l'Engagement n° 2. En effet, le Distributeur indique que la puissance demandée pour les projets de plus de 50 MW s'élève à plus de 15 500 MW. En vertu de l'article 10.6 des Tarifs et conditions, c'est l'ensemble de ces projets qui sont exclus de l'obligation de servir du Distributeur. Encore une fois, le Distributeur tente d'induire la Régie en erreur et échoue à démontrer le critère de l'urgence et du préjudice irréparable.

Le Distributeur se défend en alléguant que le caractère fractionnable de l'usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs fait en sorte que cette limite de 50 MW n'est pas adaptée au présent contexte. Cette affirmation du Distributeur quant au caractère fractionnable des projets n'est supportée par aucune preuve. Au contraire, à la lumière des réponses fournies par le Distributeur à l'Engagement n° 2, aucune information ne peut amener la Régie à penser que les demandeurs, notamment ceux présentés au tableau 3, n'ont fractionné leur projet en vue de contourner l'article 10.6 des Tarifs et conditions. En l'absence de preuve, cet argument devrait être rejeté par la Régie.

e) Questions 8.1 à 8.5

Les questions 8.1 à 8.5 de la Régie concernent les réseaux municipaux. Comme mentionné plus haut, étant donné que le présent dossier est au stade de l'ordonnance provisoire, les commentaires de Bitfarms se limite aux éléments pertinents de cette demande d'ordonnance.

FASKEN

L'article 7 des TC provisoires prévoit l'application du tarif à un réseau municipal. Le Distributeur propose ce qui suit :

« Le tarif applicable par Hydro-Québec à un réseau municipal pour la puissance et l'énergie associées à l'usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs est celui prévu à l'article 3. Toutefois, le tarif LG continue de s'appliquer à cette puissance et cette énergie jusqu'à la fixation par la Régie de l'énergie de nouveaux tarifs et conditions auxquels l'électricité est distribuée par Hydro-Québec pour un usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs dans les situations suivantes :

- a) tout abonnement existant entre un réseau municipal et son client, mais uniquement pour la puissance installée déjà en place correspondant à un usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs ;
- b) lorsque la capacité disponible pour un usage cryptographique appliqué aux chaînes de blocs au point de raccordement du réseau municipal a été confirmée par écrit par Hydro-Québec et acceptée par écrit par le réseau municipal. »

[Nous soulignons]

Les réponses du Distributeur ne fournissent aucune assise juridique permettant de démontrer qu'un réseau municipal doit obtenir une confirmation écrite du Distributeur avant d'offrir à un client de la capacité disponible sur son réseau. De plus, rien dans les réponses du Distributeur ne supporte la proposition à l'effet qu'il faut appliquer les mêmes tarifs et conditions à tous les clients pour un usage cryptographique. Dans les circonstances, l'article 7 des TC provisoires devrait être rejeté par la Régie.

3. Conclusion

Le paragraphe 9 de la décision D-2018-078 rendue par la Régie dans le présent dossier précise ce que suit :

« [9] À ce stade du dossier, après avoir entendu le Distributeur, l'AREQ et les observations des personnes intéressées, la Régie est d'avis que, pour rendre une décision éclairée, elle doit disposer d'un délai additionnel et avoir en main les réponses du Distributeur à sa DDR, lesquelles lui seront transmises au plus tard le 5 juillet 2018. »

[Nous soulignons]

Ayant en main les réponses du Distributeur, la Régie devrait maintenant disposer des éléments nécessaires pour rendre une décision éclairée. L'ordonnance provisoire est un recours exceptionnel qui ne peut être accordé qu'après un examen sérieux de ses conditions d'ouverture. Le test est rigoureux et il ne peut y être satisfait sans une preuve claire et convaincante de la partie demanderesse. Les tribunaux doivent donc utiliser ce pouvoir exceptionnel avec beaucoup de prudence et éviter de percevoir le recours à l'ordonnance comme une procédure ordinaire.

FASKEN

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent qu'une demande d'ordonnance provisoire doit être analysée de façon stricte et rigoureuse. L'ordonnance ne devrait être accordée que si la partie demanderesse fait la preuve d'une situation urgente. À défaut de démontrer l'urgence, la partie demanderesse devrait voir sa demande rejetée sans que les autres critères ne soient examinés. En l'espèce, comme démontré ci-dessus et lors de l'audience, le Distributeur a été incapable de démontrer l'urgence.

Au niveau de l'apparence de droit, il est important de préciser que le Distributeur n'a pas un droit à un tarif spécifique pour l'usage cryptographique appliqué à la chaîne de blocs. La Régie a la compétence pour fixer les tarifs et conditions, mais il ne s'agit pas ici d'un droit pour le Distributeur. L'apparence de droit doit être sérieuse et non frivole. L'ordonnance provisoire ne peut servir des fins uniquement préventives et doit s'appuyer sur un droit clairement établi. Le Distributeur n'a pas été en mesure de démontrer ce droit clair. Ainsi, la jurisprudence reconnaît qu'en l'absence d'un droit clair et d'une situation d'urgence, la prudence ne peut justifier une ordonnance provisoire.

Dans les circonstances, la demande d'ordonnance provisoire du Distributeur devrait être rejetée par la Régie.

Veillez agréer, chère consœur, l'expression de nos sentiments distingués.

FASKEN MARTINEAU DuMOULIN S.E.N.C.R.L., s.r.l.



Pierre-Olivier Charlebois

PC/mb