

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2012-142

R-3806-2012

26 octobre 2012

PRÉSENTS :

Marc Turgeon
Jean-François Viau
Suzanne G. M. Kirouac
Régisseurs

Énergie Brookfield Marketing s.e.c.
Demanderesse

et

**Intervenants et mises en cause dont les noms apparaissent
ci-après**

Décision sur la requête en irrecevabilité

*Demande d'annulation de l'appel de qualification
(QA/O 2012-01) en prévision d'un appel d'offres pour
l'acquisition de services d'intégration éolienne*

Intervenants et mises en cause et personnes intéressées :

- Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO) (intervenante);
- Hydro-Québec (intervenante et mise en cause);
- Raymond Chabot Grant Thornton (mise en cause);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) (intervenant).

1. INTRODUCTION

[1] Le 24 avril 2012, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) lance un appel de qualification (QA/O 2012-01) en prévision d'un appel d'offres pour l'acquisition de services d'intégration éolienne. Raymond Chabot Grant Thornton (RCGT) agit à titre de représentant officiel à l'égard de toute question ou demande relative à cet appel de qualification.

[2] Le 19 juin 2012, Énergie Brookfield Marketing s.e.c. (EBM) dépose à la Régie de l'énergie (la Régie), en vertu des articles 5, 31, 34, 74.1 et 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi), une demande relative à l'annulation de cet appel de qualification.

[3] Le 24 juillet 2012, la Régie rend sa décision procédurale D-2012-087 par laquelle, notamment, elle convoque une audience pour examiner la demande d'EBM, invite les personnes intéressées à déposer une demande d'intervention et fixe le calendrier pour le traitement du dossier.

[4] Le 6 août 2012, le Distributeur dépose une requête en irrecevabilité à l'égard de la demande d'EBM. Il est d'avis que les conclusions de la demande d'EBM excèdent la compétence d'attribution de la Régie. Il demande à la Régie de suspendre le calendrier d'audience fixé par la décision D-2012-087 jusqu'à ce qu'une décision soit rendue à l'égard de sa requête.

[5] Le 7 août 2012, S.É./AQLPA et l'ACEFO déposent une demande d'intervention.

[6] Le 21 août 2012, la Régie rend une seconde décision procédurale (décision D-2012-101) par laquelle elle suspend, à compter de cette date, le calendrier fixé dans sa décision D-2012-087. Elle fixe également le calendrier pour le traitement de la requête en irrecevabilité.

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

[7] Le 30 août 2012, la Régie rend une troisième décision procédurale (décision D-2012-110). Elle y énonce que le débat introduit par la requête en irrecevabilité du Distributeur soulève des enjeux d'intérêt public quant à la compétence même de la Régie à se prononcer sur la demande d'EBM. En conséquence, elle accorde le statut d'intervenant à l'ACEFO et à S.É./AQLPA pour le traitement de la requête en irrecevabilité.

[8] Le 6 septembre 2012, la Régie reçoit les plans d'argumentation des participants en vue de l'audience sur la requête en irrecevabilité, laquelle se tient le 10 septembre suivant.

[9] Par la présente décision, la Régie se prononce sur la requête en irrecevabilité.

2. HISTORIQUE ET CONTEXTE

[10] Le 1^{er} novembre 2010, le Distributeur dépose une demande à la Régie, en vertu de l'article 72 de la Loi et du *Règlement sur la teneur et la périodicité du plan d'approvisionnement*² (le Règlement sur le plan), en vue de l'approbation de son plan d'approvisionnement 2011-2020 (le Plan). Dans le Plan, le Distributeur prévoit remplacer l'entente d'intégration éolienne (EIE) par une entente globale de modulation (EGM) qui aurait une portée beaucoup plus large³. Cette entente, qu'il négocie avec Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (le Producteur), comprendrait les quatre services suivants :

- des services complémentaires supplémentaires pour couvrir les dépassements des niveaux de prestation inscrits dans l'*Entente concernant les services nécessaires et généralement reconnus pour assurer la sécurité et la fiabilité de l'approvisionnement patrimonial*⁴;
- un service de puissance complémentaire de l'ordre de 15 % de la puissance éolienne installée, auquel le Distributeur aurait accès afin de raffermir les livraisons d'énergie en hiver;

² (2001) 133 G.O. II, 6037.

³ Dossier R-3748-2010, pièce B-0042, page 57.

⁴ Dossier R-3748-2010, pièce B-0005, pages 139 à 145.

- un service de modulation par lequel le Producteur prendrait livraison de l'énergie associée à certains contrats postpatrimoniaux, nommément les contrats éoliens, de biomasse et des petites centrales hydrauliques, et retournerait l'énergie ainsi emmagasinée (principalement en été) au Distributeur au moment où ce dernier en aurait besoin pour répondre à la demande (principalement en hiver);
- le rachat, par le Producteur, d'un éventuel solde positif du compte en fin d'année⁵.

[11] Le 22 juillet 2011, le Distributeur dépose une demande à la Régie en vertu de l'article 74.2 de la Loi, afin d'obtenir l'approbation de l'EGM conclue le 14 juillet 2011 avec le Producteur.

[12] Le 27 octobre 2011, la Régie rend sa décision relative au Plan (décision D-2011-162). Elle retient que le service de puissance complémentaire compris dans l'EGM contribuerait au bilan en puissance du Distributeur à la hauteur de 470 MW et qu'il constitue un approvisionnement postpatrimonial en puissance. Le Distributeur n'a pas convaincu la Régie que ce service devait nécessairement être obtenu du Producteur par le biais de l'EGM et que l'objectif de raffermissement ne pouvait être comblé par un approvisionnement assujéti à la *Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité*⁶ (la Procédure). En conséquence, la Régie ne peut retenir l'argument du Distributeur selon lequel ce service ne serait pas visé par la procédure d'appel d'offres prévue à l'article 74.1 de la Loi. Par ailleurs, la Régie se déclare satisfaite des caractéristiques de l'EGM présentées par le Distributeur et des bases envisagées pour le calcul des coûts qui y sont associés⁷.

[13] Le 19 décembre 2011, par sa décision D-2011-193, la Régie rejette la demande du Distributeur visant l'approbation de l'EGM. Selon elle, les divers services prévus par l'EGM constituent chacun une « fourniture d'électricité » et donc un approvisionnement en électricité, en vertu de la Loi. Elle est d'avis que de tels services doivent faire l'objet d'appels d'offres conformément à l'article 74.1 de la Loi et de la Procédure, notamment en appliquant les principes de traitement équitable et impartial des fournisseurs et de recherche du prix le plus bas. Elle ajoute que ces appels d'offres doivent être conçus de

⁵ Dossier R-3748-2010, pièce A-0040, pages 18 à 23.

⁶ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, annexe 1.

⁷ Décision D-2011-162, dossier R-3748-2010, paragraphes 254 à 256.

façon à permettre que les besoins puissent être satisfaits par plus d'un contrat d'approvisionnement⁸.

[14] Le 24 avril 2012, le Distributeur lance un appel de qualification visant la présélection d'intéressés à participer à un appel d'offres pour l'acquisition d'un service d'intégration éolienne. Il précise que seuls les intéressés à soumissionner ayant répondu aux exigences minimales décrites au document d'appel de qualification seront invités à déposer une soumission dans le cadre d'un appel d'offres⁹.

[15] Le service d'intégration éolienne recherché par le Distributeur est décrit comme suit :

- Le fournisseur doit absorber, en temps réel, la production éolienne variable, jusqu'à concurrence d'une quantité qu'il déterminera dans sa soumission, laquelle quantité correspondra à la « *quantité contractuelle* ». Cette dernière ne pourra être supérieure à la puissance nominale des éoliennes en service commercial;
- Le fournisseur retourne, en tout temps, une quantité d'électricité correspondant à 35 % de la *quantité contractuelle*;
- Pendant la période d'hiver, les retours d'énergie sont assortis d'une garantie de puissance et des pénalités s'appliquent si la quantité livrée est inférieure à l'engagement du fournisseur;
- L'adéquation des quantités fournies et absorbées par le fournisseur du service d'intégration éolienne est assurée et mesurée aux 5 minutes¹⁰.

[16] Le Distributeur écrit que ce service est similaire à celui actuellement en place et approuvé par la Régie dans le cadre du dossier R-3573-2005¹¹, soit l'EIE.

⁸ Décision D-2011-193, dossier R-3775-2011, paragraphe 19; décision D-2011-193 motifs, dossier R-3775-2011, paragraphe 142.

⁹ Pièce B-0009, page titre et page 1.

¹⁰ Pièce B-0009, pages 2 et 3.

¹¹ Pièce B-0009, page 1.

[17] Le Distributeur annonce que, lors du processus d'appel d'offres et d'octroi, les offres des soumissionnaires dont le dossier de qualification aura satisfait aux exigences minimales seront évaluées individuellement en fonction d'un seul critère, soit le coût des services d'intégration éolienne et qu'aucun critère d'évaluation non monétaire ne sera pris en considération dans l'évaluation des offres¹².

[18] Le 19 juin 2012, EBM s'adresse à la Régie pour demander l'annulation de cet appel de qualification.

3. POSITION DES PARTIES

3.1 POSITION DU DISTRIBUTEUR

[19] Selon le Distributeur, la demande déposée par EBM soulève la question suivante : « *est-ce que le contenu d'un cahier des charges d'un appel d'offres peut être rédigé par la Régie dans le cadre d'un processus public* »¹³?

[20] Le Distributeur soumet qu'en présentant une demande de la nature d'une plainte privée en raison de son insatisfaction eu égard au contenu du produit recherché, EBM tente d'amener la Régie à intervenir à l'étape de rédaction du cahier des charges et que cette procédure n'est pas prévue par la Loi. Selon lui, le rôle de la Régie, en ce qui a trait aux approvisionnements et au processus d'appel d'offres qui en découle, se résume à deux objectifs fondamentaux, soit s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants et paient un tarif raisonnable¹⁴.

¹² Pièce B-0009, page 9.

¹³ Pièce A-0007, page 11.

¹⁴ Pièce A-0007, pages 14 et 15.

[21] Selon le Distributeur, le processus réglementaire comprend trois grands chapitres :

1. l'approbation d'un plan d'approvisionnement;
2. la surveillance de l'appel d'offres;
3. l'approbation des contrats choisis au terme de l'appel d'offres¹⁵.

[22] Le Distributeur soutient que l'approbation du plan d'approvisionnement permettant de s'assurer de la suffisance des approvisionnements, et l'approbation des contrats, où la Régie examine le prix et l'impact sur les tarifs, sont des processus publics. Selon lui, la rédaction du cahier des charges et l'appel d'offres ne sont pas d'intérêt public et les pouvoirs de la Régie à cette étape du processus sont plus circonscrits. Ces pouvoirs consistent, au départ, en l'approbation d'une procédure générale d'appel d'offres et, par la suite, à la surveillance administrative de l'application de la Procédure et à l'émission d'un rapport de constatations en cas de déviation à cette Procédure¹⁶.

[23] Dans le cas présent, le Distributeur considère être à l'étape de l'appel d'offres et le rôle de la Régie, à cette étape, est de nature administrative et son pouvoir est conséquemment limité à un pouvoir de surveillance¹⁷.

[24] Le Distributeur plaide que les articles 74.1 et 74.2 de la Loi ne confèrent pas à la Régie le pouvoir d'annuler le processus d'appel d'offres une fois qu'il est enclenché, ni de rédiger le contenu de son cahier des charges. À cet égard, le Distributeur mentionne qu'il n'existe aucun principe juridique, en droit public ou en droit privé, qui donne le droit à un soumissionnaire de dicter le contenu technique d'un cahier des charges. Étant responsable de la fiabilité du système électrique, il revient à Hydro-Québec de définir le produit technique dont elle a besoin. Il cite à ce sujet des extraits de jugements de la Cour d'appel¹⁸ :

¹⁵ Pièce A-0007, pages 16 et 17.

¹⁶ Pièce A-0007, pages 16 à 20 et 28.

¹⁷ Pièce A-0007, pages 19, 20, 28, 29, 31 et 32.

¹⁸ Pièce A-0007, pages 19, 24, 29, 37 et 39.

« Ainsi, l'organisme public lançant un appel d'offres s'oblige à traiter tous les soumissionnaires équitablement, mais il a également le droit de « stipuler des conditions et des restrictions et de s'accorder des privilèges ». »¹⁹ [références omises]

« Cela respecte également le principe reconnu selon lequel le donneur d'ouvrage a le droit de prescrire les conditions de forme et de fond [...] »²⁰

[25] Le Distributeur soutient que les conclusions demandées par EBM, telles que celles d'ordonner l'annulation de l'appel de qualification, ordonner la réécriture du cahier des charges, ordonner la tenue de trois appels d'offres plutôt qu'un seul et ordonner un produit d'équilibrage horaire plutôt qu'aux 5 minutes, sont de la nature d'une injonction et violent la discrétion et la marge de manœuvre d'Hydro-Québec de dicter le contenu de son cahier des charges. Il précise qu'une injonction est un recours extraordinaire de la compétence exclusive de la Cour supérieure²¹.

[26] Le Distributeur est d'avis que la demande d'EBM constitue une plainte privée d'un soumissionnaire potentiel se sentant lésé et que ce type de litige doit être tranché par la Cour supérieure. Il cite la décision D-2001-191 où la Régie écrit ne disposer d'aucune compétence pour régler les différends contractuels de quelque nature qu'ils soient et pouvant résulter du processus d'adjudication des contrats. Il cite également le jugement de la Cour supérieure dans l'affaire Tembec, confirmant que « *La Régie n'a aucune juridiction pour instaurer un processus de traitement de plaintes de soumissionnaires sur l'application de la Procédure par Hydro.* »²².

[27] Le Distributeur affirme que, contrairement au pouvoir de surveillance administrative de l'application de la Procédure, la Régie possède un pouvoir décisionnel sur l'approbation du contrat. Il est d'avis que la Régie doit attendre au moment de l'examen du contrat pour juger si les irrégularités constatées lors de la surveillance de l'appel d'offres ou les divergences observées entre le contrat soumis pour approbation et les caractéristiques du contrat envisagé qui ont été approuvées par la Régie dans le cadre

¹⁹ *Axor Construction Canada inc. c. Bibliothèque et archives nationales du Québec*, [2012] QCCA 1228, paragraphe 30.

²⁰ *Demix Construction, division de Holcim (Canada) inc. c. Québec (Procureur général)*, [2010] QCCA 1871, paragraphe 23.

²¹ Pièce A-0007, pages 40, 43 et 44.

²² Pièce A-0007, pages 25 à 27, 32, 35 et 36; décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, page 7; *Tembec inc. c. Régie de l'énergie*, [2007] QCCS 2068, paragraphe 30.

du plan d'approvisionnement, le cas échéant, sont de nature à empêcher l'approbation du contrat²³.

[28] Dans sa réplique, le Distributeur se demande pourquoi EBM veut créer un deuxième recours devant la Régie, alors que la vérification de la conformité du contrat avec les caractéristiques des contrats approuvés dans le plan d'approvisionnement s'effectue au moment de l'approbation du contrat, en vertu du paragraphe 6 de l'article 1 du *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie*²⁴ (le Règlement sur les contrats d'approvisionnement)²⁵.

3.2 POSITION DE S.É./AQLPA

[29] Pour S.É./AQLPA, la demande d'EBM ne concerne en rien le cahier des charges tel que le prétend le Distributeur, mais se résume aux deux points suivants :

- statuer que l'appel de qualification préalable est contraire à la Procédure adoptée par la Régie;
- statuer que la non-scission du produit en appels d'offres distincts est contraire aux caractéristiques contenues dans le Plan approuvé par la Régie²⁶.

[30] S.É./AQLPA se dit entièrement en accord avec l'argument du Distributeur selon lequel les règles d'interprétation que la Régie doit appliquer pour déterminer sa juridiction doivent être basées sur la cohérence de la loi. Selon une interprétation tout à fait cohérente avec l'ensemble législatif, la Loi et les pouvoirs qui y sont énumérés, la Régie a juridiction pour statuer sur le recours d'EBM²⁷.

²³ Pièce A-0007, pages 20 et 50 à 52.

²⁴ (2002) 134 G.O. II, 8151.

²⁵ Pièce A-0007, page 214.

²⁶ Pièce A-0007, page 58.

²⁷ Pièce A-0007, pages 54 et 55.

[31] S.É./AQLPA réfère au professeur Pierre-André Côté²⁸ qui soutient que l'interprétation téléologique de la loi doit être basée sur l'intention du législateur. L'intervenant soumet que ce dernier a confié à la Régie un vaste ensemble de pouvoirs relatifs à la réglementation de l'énergie au Québec et qu'à l'intérieur de cet ensemble, il a constitué un vaste sous-ensemble conférant à la Régie un continuum de pouvoirs réglementant toutes les étapes du processus de sélection des approvisionnements en électricité ou en puissance du Distributeur, du début à la fin de ce processus²⁹.

[32] S.É./AQLPA cite l'article 41 de la *Loi d'interprétation*³⁰ qui énonce qu'une « [...] 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. ». En appui au principe de cohérence de la loi, il cite l'article 41.1 qui indique que « *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.* ». Cette loi prévoit également, à son article 57, que l'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin³¹.

[33] En conformité avec les objectifs et la cohérence de la Loi, S.É./AQLPA considère qu'il serait inefficace que la Régie soit tenue d'attendre à la toute fin du processus d'appel d'offres pour l'invalider, si elle constate en cours de route qu'il y a une violation de la Procédure ou absence de concordance entre le produit recherché par l'appel d'offres et le plan d'approvisionnement du Distributeur. En effet, cette façon de faire pourrait non seulement engager inutilement des ressources humaines et des frais, mais retarder la disponibilité d'un approvisionnement requis pour une certaine date³².

[34] En appui à ses propos, S.É./AQLPA cite certains jugements de la Cour suprême du Canada, dont *Weber c. Ontario Hydro* qui précise que ce n'est pas le fondement des questions juridiques qui détermine la compétence d'un tribunal administratif, mais plutôt le fondement des faits sur lesquels se base le recours³³.

²⁸ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Les Éditions Thémis, 2009.

²⁹ Pièce A-0007, pages 55, 103 et 104.

³⁰ L.R.Q., c. I-16.

³¹ Pièce A-0007, pages 55 et 56.

³² Pièce A-0007, pages 66, 67, 124 et 125.

³³ Pièce A-0007, pages 75 et 76; pièce C-SÉ-AQLPA-0007, page 13.

[35] Dans l'arrêt *Ndungidi c. Centre Hospitalier Douglas*, la Cour supérieure souligne qu'« *il faut reconnaître aux organismes administratifs qui sont appelés à rendre justice dans leur champ de compétence respectif les pouvoirs accessoires nécessaires à l'exercice complet de leur compétence* »³⁴.

[36] Dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, la Cour suprême du Canada reconnaît que³⁵ :

« *Les pouvoirs d'un tribunal administratif [...] peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.* »³⁶

[37] S.É./AQLPA termine en citant le jugement *Interprovincial Pipe Line Limited c. Office National de l'énergie* où la Cour fédérale d'appel du Canada conclut que³⁷ :

« *Les pouvoirs accordés par une loi habilitante ne comprennent pas seulement les pouvoirs accordés expressément, mais également par implication, tous les pouvoirs raisonnablement nécessaires pour atteindre l'objectif visé.* »³⁸

[38] En conclusion, S.É./AQLPA considère que les règles d'interprétation qui gouvernent les différents tribunaux administratifs favorisent l'extension du pouvoir et, par voie de conséquence et d'efficacité, la juridiction de la Régie lui attribue le pouvoir d'intervenir plus tôt dans un processus afin d'éviter son annulation à la toute fin. L'intervenant recommande donc à la Régie de rejeter la requête en irrecevabilité du Distributeur présentée à l'encontre de la demande d'EBM³⁹.

³⁴ Pièce A-0007, pages 93 et 94; *Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas*, [1993] R.J.Q. 536 (C.S.), J. Danielle Grenier, page 545.

³⁵ Pièce A-0007, pages 95 et 96.

³⁶ *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

³⁷ Pièce A-0007, pages 96 et 97.

³⁸ *Interprovincial Pipe Line Limited c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (CAF), paragraphe 13.

³⁹ Pièce A-0007, pages 124, 125 et 128.

3.3 POSITION DE L'ACEFO

[39] L'ACEFO est d'avis que la Régie a, dès l'émission de sa décision procédurale D-2012-087, bien cerné les quatre enjeux liés à la demande d'EBM, dont le premier est libellé comme suit⁴⁰ :

« L'appel de qualification du Distributeur (QA/O 2012-01), et notamment le fait que seuls les intéressés à soumissionner ayant répondu aux exigences minimales décrites au document d'appel de qualification seront invités à soumettre une soumission dans le cadre d'un appel d'offres, respecte-t-il la Procédure d'appel d'offres et d'octroi pour les achats d'électricité et le Code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres? »⁴¹ [référence omise]

[40] Ainsi, l'intervenante considère que le Distributeur tente de modifier la question à trancher dans ce dossier en la formulant plutôt ainsi : *« Est-ce que le cahier des charges d'Hydro-Québec peut être rédigé par la Régie dans un cadre de processus public? »⁴².*

[41] L'ACEFO se dit fondamentalement en désaccord avec la prétention du Distributeur selon laquelle la Régie a le pouvoir d'approuver les plans d'approvisionnement et le pouvoir d'approuver les contrats, mais qu'elle n'a aucun pouvoir entre ces deux étapes. Au contraire, les articles 74.1 et 74.2 de la Loi prévoient que la Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que le code d'éthique. À l'instar de S.É./AQLPA, l'intervenante s'appuie sur les articles 41.1 et 57 de la *Loi d'interprétation*⁴³.

[42] L'ACEFO soumet qu'en toute logique, le pouvoir de surveillance du processus d'appel d'offres doit s'exercer avant la présentation d'un contrat pour approbation, qui est l'aboutissement du processus. Selon elle, les parties liées au processus d'appel d'offres ont intérêt à être mises au courant sans délai d'une quelconque irrégularité. Il serait insensé qu'en fin de processus, la Régie doive refuser un contrat en raison d'un problème déjà constaté en cours d'appel d'offres et que le processus doive recommencer du début⁴⁴.

⁴⁰ Pièce A-0007, pages 130 et 131.

⁴¹ Décision D-2012-087, paragraphe 16.

⁴² Pièce A-0007, pages 130 et 131.

⁴³ Pièce A-0007, pages 131, 133 et 141.

⁴⁴ Pièce A-0007, pages 132, 142 et 143.

[43] Pour l'ACEFO, l'intérêt public transcende les trois étapes identifiées par le Distributeur et menant à l'approbation du contrat. Selon l'intervenante, si quelqu'un porte à l'attention de la Régie un problème dans le cadre du processus d'appel d'offres, cette dernière doit exercer son pouvoir de surveillance. Aucune autre instance ne possède ce pouvoir. L'ACEFO soumet que les articles 31 et 25 de la Loi permettent à la Régie d'exercer, dans le cadre de la demande d'EBM, le pouvoir de surveillance prévu à l'article 74.2⁴⁵ :

« **31.** *La Régie a compétence exclusive pour : [...]*

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

« **25.** *[...] La Régie peut convoquer une audience publique sur toute question qui relève de sa compétence. »*

[44] L'ACEFO considère que l'interprétation plus large qu'elle soumet ne va pas à l'encontre de la décision D-2001-191 par laquelle la Régie a approuvé, en 2001, la Procédure. À son avis, la Régie y énonçait les bases de sa compétence. L'intervenante affirme que la Régie est un tribunal qui évolue et que cette évolution est nécessaire et souhaitable. Elle rappelle, d'une part, que la Régie n'est pas nécessairement liée par ses décisions antérieures puisque la règle du *stare decisis* ne s'applique pas à elle. D'autre part, elle croit qu'aujourd'hui, alors que le processus de surveillance de l'application de la Procédure est en place depuis plusieurs années, la Régie est davantage en mesure d'en évaluer les tenants et aboutissants et d'établir les meilleures façons de l'appliquer⁴⁶.

[45] L'ACEFO conclut que la Régie doit mettre en application les pouvoirs que le législateur lui a intentionnellement conférés⁴⁷.

⁴⁵ Pièce A-0007, pages 145, 146, 151 et 152.

⁴⁶ Pièce A-0007, pages 147 et 148.

⁴⁷ Pièce A-0007, page 149.

3.4 POSITION D'EBM

[46] EBM précise que sa demande s'inscrit dans le cadre du pouvoir de surveillance de la Régie en matière d'appel d'offres et fait directement suite aux décisions rendues par elle dans le cadre du Plan (décision D-2011-162) et dans le dossier relatif à l'approbation de l'EGM (décision D-2011-193). D'ailleurs, la demanderesse s'étonne du fait que le Distributeur n'ait fait aucunement référence au Plan dans son plan d'argumentation. Elle rappelle que, dans la décision D-2001-191, la Régie a lié son pouvoir de surveillance au plan d'approvisionnement⁴⁸ :

« La présente décision sur la Procédure d'appel d'offres et d'octroi et sur le Code d'éthique s'inscrit dans un processus plus global visant l'approvisionnement des consommateurs québécois en électricité par le distributeur. Ce processus inclut la préparation d'un plan d'approvisionnement à être approuvé selon l'article 72 de la Loi. »⁴⁹

[47] Ainsi, EBM considère que la Régie doit regarder le tout dans son ensemble à partir du dernier plan d'approvisionnement dans lequel la Régie a donné des directives et des balises⁵⁰.

[48] EBM soutient que l'appel de qualification lancé par le Distributeur ne respecte pas les caractéristiques du produit que la Régie a déterminées dans les deux décisions mentionnées ci-haut, non plus que les décrets 352-2003⁵¹, 926-2005⁵², 1043-2008⁵³ et 1045-2008⁵⁴ du gouvernement du Québec⁵⁵, la Loi ou la réglementation⁵⁶.

⁴⁸ Pièce B-0019, paragraphe 4; pièce A-0007, pages 156, 166 et 167.

⁴⁹ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, page 6.

⁵⁰ Pièce A-0007, pages 211 et 212.

⁵¹ (2003) 135 G.O.Q. II, 1677.

⁵² (2005) 137 G.O.Q. II, 5859B.

⁵³ (2008) 140 G.O.Q. II, 5865.

⁵⁴ (2008) 140 G.O.Q. II, 5866.

⁵⁵ Dans la présente décision, la Régie utilise le terme « décrets » pour désigner également les règlements édictés par ces décrets.

⁵⁶ Pièce A-0007, page 158.

[49] EBM rappelle l'article 5 de la Loi qui confirme le rôle de la Régie d'assurer la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Selon elle, les règles d'équité et le respect des décisions rendues sont d'intérêt public⁵⁷.

[50] Considérant ce qui précède, EBM affirme que sa demande est d'intérêt public et n'a rien d'un débat privé de soumissionnaires, ni d'un différend dans le processus d'adjudication de contrats. En appui à ses propos, EBM réfère à la décision D-2012-087 où la Régie, connaissant l'ensemble des dossiers et le cadre réglementaire, confirme le caractère public de sa demande en convoquant une audience publique⁵⁸.

[51] Par ailleurs, EBM est en désaccord avec la position du Distributeur selon laquelle le rôle de la Régie en matière de surveillance d'appel d'offres se limite à la production d'un rapport de constatations. Elle soutient que l'article 74.2 de la Loi donne à la Régie pleine compétence pour surveiller la Procédure⁵⁹ :

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

[52] EBM soutient que si le législateur avait voulu limiter le pouvoir de la Régie à la production d'un rapport, il aurait écrit que *« la Régie fait rapport dans le cadre du processus d'enquête »*⁶⁰. La demanderesse cite également les extraits suivants de la décision D-2001-191 portant sur la compétence de la Régie en regard de la surveillance de l'application de la Procédure⁶¹ :

« Dans l'exercice de cette compétence, la Régie doit veiller au respect, par la Procédure d'appel d'offres et d'octroi, des critères prévus aux paragraphes 1 à 4 du deuxième alinéa de l'article 74.1 de sa loi constitutive. [...] »

⁵⁷ Pièce A-0007, pages 181 et 182.

⁵⁸ Pièce B-0019, paragraphe 12; pièce A-0007, pages 155 à 158 et 161.

⁵⁹ Pièce A-0007, pages 163 à 177.

⁶⁰ Pièce A-0007, page 169.

⁶¹ Pièce A-0007, pages 164, 165, 171, 173 à 176.

La Régie effectuera une surveillance de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi selon les modalités qu'elle déterminera. [...]

La Régie déterminera donc elle-même les mesures avec lesquelles elle doit exercer cette surveillance. [...]

À titre d'autorité réglementaire, la Régie doit néanmoins, par sa surveillance, s'assurer du respect par le distributeur des balises approuvées. [...]

Dans le cadre de cette surveillance, la Régie a pleine discrétion quant au mode de surveillance et aux moyens d'action. Elle peut donc également définir, dans chaque cas, l'étendue de sa surveillance afin de l'effectuer de manière continue ou a posteriori, selon les besoins de chaque appel d'offres et d'octroi, en vue de favoriser une concurrence dans le meilleur intérêt de tous. [...]

Elle considère que son rôle de surveillance doit être rempli tout au long de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi. »⁶²

[53] Ainsi, EBM soutient que la Régie a pleine discrétion quant au mode de surveillance à mettre en place et ne peut ni ne doit attendre la fin du processus pour intervenir⁶³. Au dire même d'EBM, « si le Distributeur respecte le cadre réglementaire, le processus ne sera pas bousillé »⁶⁴.

[54] En ce qui a trait à l'ajout d'un appel de qualification au processus d'appel d'offres, EBM rappelle que la Régie approuve une procédure d'appel d'offres en vertu de l'article 74.1 de la Loi. Selon la demanderesse, la Régie se trouve donc au cœur de sa compétence lorsqu'il est question de modifier cette procédure. EBM cite à cet égard le passage suivant de la décision D-2003-69⁶⁵ :

« Considérant que la Régie a approuvé la Procédure d'appel d'offres du Distributeur dans sa décision D-2001-191 de même que la grille de sélection pour l'évaluation des soumissions et sa pondération dans ses décisions D-2002-17 et D-2002-169, la Régie est d'avis que le Distributeur ne peut modifier

⁶² Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, pages 6, 7, 9 et 12.

⁶³ Pièce A-0007, page 160.

⁶⁴ Pièce A-0007, page 172.

⁶⁵ Pièce A-0007, pages 177 et 178.

unilatéralement certaines modalités de la Procédure d'appel d'offres et notamment celles relatives au processus de sélection des offres. »⁶⁶

[55] En conséquence, EBM conclut qu'il revient à la Régie et non pas à la Cour supérieure d'examiner cette question⁶⁷.

[56] EBM soutient que lorsque la Loi ne prévoit aucun recours spécifique dans un contexte particulier, comme ce fut le cas dans l'affaire Domtar⁶⁸, l'article 31(5) de la Loi permet à la Régie de décider d'une demande qui découle de la Loi, comme par exemple une demande en vertu de l'article 74.2. Elle ajoute que la Régie a déjà considéré, dans la décision D-2003-49⁶⁹ par exemple, son pouvoir de surveillance en combinaison avec les autres pouvoirs que lui accorde sa loi habilitante⁷⁰.

[57] En référant au deuxième alinéa de l'article 35 de la Loi qui stipule que la Régie a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de ses fonctions, EBM soutient que la Régie possède tous les moyens qui s'offrent à elle pour exercer cette compétence⁷¹.

[58] EBM cite également les écrits du professeur Yves Ouellette au sujet de la compétence générale de surveillance, lesquels ont été également repris par la Régie dans la décision D-2003-49⁷² :

« Mais l'ajout d'une compétence générale de surveillance a pour effet d'élargir l'autorité de l'organisme et de lui permettre de rendre des ordonnances sur des sujets omis ou non expressément prévus par la loi, sous réserve de l'obligation de l'organisme d'exercer sa discrétion conformément à la finalité de la loi. En vertu d'une longue tradition jurisprudentielle remontant aux années 20, la compétence générale de surveillance, interprétée largement, a permis à des organismes d'exercer leur mandat de régulation même en l'absence de textes spécifiques et de rendre des ordonnances sur diverses questions reliées à leur mandat, mais qu'il était difficile pour le législateur de prévoir dans l'abstrait. »⁷³ [référence omise]

⁶⁶ Décision D-2003-69, dossier R-3513-2003, page 4.

⁶⁷ Pièce A-0007, page 170.

⁶⁸ *Domtar inc. c. Produits forestiers Kruger ltée*, [2010] QCCA 1934.

⁶⁹ Décision D-2003-49, dossier R-3496-2002, pages 12 et 13.

⁷⁰ Pièce A-0007, pages 183, 184, 186 et 187; pièce B-0019, paragraphe 24.

⁷¹ Pièce A-0007, pages 188 et 189.

⁷² Pièce A-0007, pages 190 à 192; pièce B-0019, pages 11 et 12; décision D-2003-49, dossier R-3496-2002, page 11.

⁷³ Yves Ouellette, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Les Éditions Thémis, 1997, page 46.

[59] En conclusion, EBM invite la Régie à rejeter la requête en irrecevabilité du Distributeur et l'invite à exercer l'ensemble des pouvoirs de surveillance que la Loi lui confère⁷⁴.

4. OPINION DE LA RÉGIE

[60] Il ressort clairement du débat que la Régie doit trancher entre deux visions diamétralement opposées des pouvoirs qu'elle possède en matière d'approvisionnement et d'appel d'offres. D'une part, le Distributeur soutient que ces pouvoirs sont de deux ordres, le premier, d'ordre « décisionnel », permet à la Régie d'approuver le plan d'approvisionnement, la procédure d'appel d'offres et les contrats qui s'en suivent, le second, d'ordre administratif, permet à la Régie de surveiller l'application de la procédure d'appel d'offres et d'émettre un rapport de constatations qui sera pris en compte au moment de l'approbation des contrats. D'autre part, les autres participants, unanimes sur cette question, soutiennent qu'il existe un « continuum de pouvoirs » qu'exerce la Régie tout au long d'un processus débutant avec la définition des moyens d'approvisionnement et menant à l'attribution de contrats, pouvoirs que la Régie peut exercer à tout moment au cours dudit processus.

[61] Pour les motifs exprimés ici-bas, la Régie ne retient pas la vision du Distributeur. Avant d'élaborer sur ces motifs, la Régie juge utile de procéder à une revue des pouvoirs que lui confère la Loi en matière d'approvisionnement, d'appels d'offres et d'octroi de contrats.

4.1 CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

Pouvoirs généraux

[62] La Loi s'applique à la fourniture et à la distribution d'électricité et elle s'applique également à toute autre matière énergétique dans la mesure où elle le prévoit (article 1 de la Loi).

⁷⁴ Pièce A-0007, pages 210 et 211.

[63] Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du Distributeur. De plus, elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif (article 5 de la Loi).

[64] La Régie a compétence exclusive pour surveiller les opérations du Distributeur afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants (article 31(2) de la Loi) et paient selon un juste tarif (article 31(2.1) de la Loi).

[65] La liste des compétences contenues à l'article 31 de la Loi n'est pas exhaustive puisque la Loi prévoit que la Régie a compétence exclusive pour décider de toute autre demande soumise en vertu de la Loi (article 31(5) de la Loi).

[66] La Régie peut décider en partie seulement d'une demande et elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées (article 34 de la Loi).

[67] La Régie peut aussi 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*⁷⁵. Les régisseurs ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions (article 35 de la Loi).

[68] Nul ne peut refuser de fournir un renseignement ou un document exigé en vertu de la Loi, faire une déclaration fausse ou trompeuse, participer ou consentir à une telle déclaration au cours d'une inspection ou en réponse à un ordre ou à une demande de la Régie (article 47 de la Loi).

⁷⁵ L.R.Q., c. C-37.

[69] La Régie détermine par règlement :

- des normes relatives aux opérations du Distributeur ainsi qu'aux exigences techniques qu'il doit respecter;
- la forme, la teneur et la périodicité du plan d'approvisionnement;
- les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le Distributeur requiert son approbation (article 114 (1), (7) et (8) de la Loi).

Approbation du plan d'approvisionnement

[70] Le Distributeur doit préparer et soumettre à l'approbation de la Régie, suivant la forme, la teneur et la périodicité fixées par le Règlement sur le plan, un plan d'approvisionnement décrivant les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure pour satisfaire les besoins des marchés québécois après application des mesures d'efficacité énergétique qu'il propose. Le plan doit tenir compte des risques découlant des choix des sources d'approvisionnement propres à chacun des titulaires ainsi que, pour une source particulière d'approvisionnement en électricité, du bloc d'énergie établi par règlement du gouvernement. Pour l'approbation du plan, la Régie tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que lui indique le gouvernement par décret (article 72 de la Loi).

[71] En vertu du Règlement sur le plan, le plan d'approvisionnement du Distributeur doit contenir une série de renseignements dont, notamment, la prévision des besoins pour la prochaine décennie, les caractéristiques des contrats d'approvisionnements existants et les caractéristiques des approvisionnements additionnels requis pour satisfaire les besoins de son marché, y compris les besoins découlant de l'application de critères associés à la sécurité des approvisionnements.

[72] Le Distributeur doit ainsi exposer les objectifs poursuivis et la stratégie qu'il prévoit mettre en œuvre, au cours des trois prochaines années, concernant les approvisionnements additionnels requis et les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure, en définissant entre autres :

- a) les différents produits, outils ou mesures envisagés;
- b) les risques découlant des choix des sources d'approvisionnement;
- c) les mesures qu'il entend prendre pour atténuer l'impact de ces risques.

Approbation de la procédure d'appel d'offres

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

[74] Cette procédure d'appel d'offres et d'octroi doit (1°) permettre, par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé. Elle doit également (2°) accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement de même qu'à des projets d'efficacité énergétique, à moins que l'appel d'offres ne prévoie que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement. Elle doit de plus (3°) favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement. Elle doit finalement (4°) permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement.

[75] La Régie peut dispenser le Distributeur de recourir à l'appel d'offres pour des contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire (article 74.1 de la Loi).

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

Approbation des contrats

[77] Le Distributeur ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas fixés par le Règlement sur les contrats d'approvisionnement (article 74.2 de la Loi).

[78] Ce règlement prévoit que le Distributeur doit obtenir l'approbation de la Régie avant de conclure tout contrat d'approvisionnement en électricité dont la durée des approvisionnements, mesurée du début prévu des livraisons à la fin des livraisons, est supérieure à un an. La demande d'approbation est présentée à la Régie au moins 90 jours avant la date d'entrée en vigueur du contrat, à moins de circonstances particulières démontrées par le Distributeur. La demande doit être accompagnée des contrats et contenir les informations suivantes :

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

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

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

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

gouvernement, sous réserve que le gouvernement décide d'établir un tel prix maximal;

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

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

7° le cas échéant, les suites données par le Distributeur au rapport de la Régie préparé dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de surveillance de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique (article 1 du Règlement sur les contrats d'approvisionnement).

4.2 PRÉCÉDENTS JURISPRUDENTIELS

[79] La Régie a déjà eu à se prononcer à quelques reprises sur la portée et l'étendue de ses pouvoirs en matière d'approvisionnement, d'appel d'offres et d'octroi de contrats du Distributeur.

4.2.1 QUANT AU PLAN D'APPROVISIONNEMENT

[80] Lorsqu'elle approuve un plan d'approvisionnement, la Régie approuve un plan qui intègre les caractéristiques des contrats que le Distributeur entend conclure. Dans le cadre du plan d'approvisionnement 2008-2017, les caractéristiques des contrats en puissance que le Distributeur entendait éventuellement conclure n'étant pas définies par ce dernier, la Régie a demandé que ces caractéristiques lui soit soumises, pour approbation, dans le cadre d'un dossier distinct :

« En vertu de l'article 72 de la Loi, la Régie doit approuver un plan d'approvisionnement décrivant les caractéristiques des contrats que le Distributeur entend conclure. C'est dans ce cadre qu'elle a approuvé les stratégies d'approvisionnement des deux plans d'approvisionnement précédents. Le Distributeur n'a pu définir, avant la prise en délibéré du présent dossier, sa stratégie d'appels d'offres pour des produits de puissance de moyen et de long termes. En conséquence, la Régie demande au Distributeur de lui présenter cette stratégie dans un dossier distinct (les quantités, les caractéristiques des produits de puissance de court, moyen et long termes qu'il aura élaborés, les échéanciers et les grilles de sélection des offres), dans un délai raisonnable avant le lancement prévu du premier appel d'offres de produits de puissance de moyen et de long termes. »⁷⁶ [références omises]

[81] Dans sa décision D-2011-011 relative au Plan, la Régie se prononce clairement sur le fait qu'elle doit examiner les caractéristiques des contrats que le Distributeur entend conclure dans le cadre de l'examen du plan d'approvisionnement :

« [54] L'article 72 de la Loi stipule que :

« tout titulaire d'un droit exclusif de distribution d'électricité [...] doit préparer et soumettre à l'approbation de la Régie, suivant la forme, la teneur et la périodicité fixées par règlement de celle-ci, un plan d'approvisionnement décrivant les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure pour satisfaire les besoins des marchés québécois [...] » [nous soulignons]

[55] Par ailleurs, l'article 1 du Règlement sur le plan prescrit que le plan d'approvisionnement du Distributeur doit décrire :

« 3° les objectifs que le titulaire [le Distributeur] vise ainsi que la stratégie qu'il prévoit mettre en œuvre, au cours des 3 prochaines années [...], concernant les approvisionnements additionnels requis [...], et les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure, en définissant entre autres :

⁷⁶ Décision D-2008-133, dossier R-3648-2007 Phase 2, page 33.

- a) les différents produits, outils ou mesures envisagés;
- b) les risques découlant des choix des sources d’approvisionnement;
- c) les mesures qu’il entend prendre pour atténuer l’impact de ces risques;
- d) le cas échéant, les mesures qu’il entend prendre pour disposer d’une capacité de transport adéquate; » [nous soulignons]

[56] Il ressort clairement de ces dispositions que les caractéristiques des contrats ou ententes que le Distributeur entend conclure doivent être examinées dans le cadre du Plan. Par ailleurs, tout contrat, telle que l’entente de modulation si elle est éventuellement conclue, fera l’objet d’un examen spécifique de la Régie lorsque le Distributeur déposera une demande d’approbation à cet égard en vertu de l’article 74.2 de la Loi.⁷⁷ » [nous soulignons]

[82] Dans sa décision D-2011-029, la Régie réitérait ses propos :

« [21] Tel que la Régie l’indiquait dans sa décision D-2011-011, en vertu de l’article 72 de la Loi et de l’article 1 du Règlement, les caractéristiques des contrats ou ententes que le Distributeur entend conclure doivent être examinées dans le cadre du Plan. Par ailleurs, tout contrat éventuel, tel que l’Entente, fera l’objet d’un examen spécifique de la Régie à la suite du dépôt d’une demande d’approbation par le Distributeur en vertu de l’article 74.2 de la Loi.

[22] En conséquence, ce sont les caractéristiques des contrats et ententes éventuels, telles qu’envisagées par le Distributeur, que celui-ci doit décrire dans le cadre du Plan et l’examen du Plan par la Régie est le forum approprié pour débattre de ces caractéristiques. À cet égard, la Régie précise qu’elle considère important que le Distributeur soit explicite quant aux objectifs et stratégies qu’il privilégie, aux coûts et risques associés à ces stratégies et aux impacts de celles-ci sur les bilans en puissance et en énergie à l’horizon du Plan.

[23] La Régie réitère que lorsqu’une entente sera conclue, et à la suite d’une demande d’approbation du Distributeur à cet égard, elle en fera l’examen en vertu de l’article 74.2 de la Loi.⁷⁸ » [référence omise - nous soulignons]

⁷⁷ Décision D-2011-011, dossier R-3748-2010, paragraphes 54 à 56.

⁷⁸ Décision D-2011-029, dossier R-3748-2010, paragraphes 21 à 23.

[83] De plus, dans des décisions portant sur des demandes d'ordonnance d'intervenants quant à la suffisance des informations fournies par le Distributeur sur les caractéristiques des contrats, la Régie adoptait une approche large quant à ce qu'elle considérait être des « caractéristiques » et ordonnait au Distributeur de fournir l'information relative à ces caractéristiques⁷⁹.

[84] Enfin, dans sa décision finale sur le Plan, la Régie élaborait de nouveau sur les caractéristiques des contrats d'approvisionnement. Elle demandait également au Distributeur de soumettre à la Régie, pour approbation, les caractéristiques d'une éventuelle entente de modulation des livraisons d'électricité dans le cadre d'un dossier distinct :

« [232] Vu le caractère embryonnaire des discussions entre le Distributeur et TCE, la Régie comprend que les caractéristiques et les coûts d'une éventuelle entente de modulation des livraisons de la centrale de TCE ne peuvent être examinés dans le cadre du présent Plan. Elle comprend également que, dans le cas où le projet d'entente avec TCE s'avérerait impossible, le Distributeur s'en remettra, entre autres, aux conventions d'énergie différée et aux transactions de court terme, afin d'assurer l'équilibre des bilans en énergie et en puissance.

[233] La Régie demande au Distributeur de lui présenter les caractéristiques et les coûts estimés de l'entente de modulation envisagée avec TCE (durée, date d'entrée en vigueur, formes de modulation, nombre d'heures de fonctionnement en hiver, nombre d'arrêts-départs par an, formules ou références des prix de la puissance et de l'énergie, taux de livraisons, délais d'appel, etc.) dans un délai raisonnable avant la conclusion de l'entente, soit dans le cadre d'un dossier distinct ou au plus tard dans le cadre du plan d'approvisionnement 2014-2023. [...]

[305] L'article 74.1 de la Loi prévoit, notamment, que la procédure d'appel d'offres doit favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées. Dans cette optique, la stratégie d'approvisionnement en amont du lancement d'appels d'offres doit permettre de minimiser les coûts, compte tenu des risques. Ainsi, la Régie examine les stratégies d'approvisionnement du Distributeur dans une perspective de long terme et doit prendre en compte les principes de suffisance et

⁷⁹ Décision D-2011-064, dossier R-3748-2010; décision orale rendue au dossier R-3748-2010, pièce A-0038, pages 11 à 13.

de fiabilité de ces approvisionnements ainsi que l'objectif de la minimisation des coûts.

[306] Comme elle l'indiquait lors de l'audience, la Régie ne retient pas la position du Distributeur selon laquelle la démonstration de la minimisation des coûts ne peut se faire que lors du déploiement de la stratégie présentée dans le Plan et qu'après la conclusion d'une entente.

[307] À cet égard, la Régie souligne que les informations additionnelles fournies par le Distributeur lors de l'audience lui étaient nécessaires pour évaluer et apprécier sa proposition dans le présent dossier.

[308] En conséquence de ce qui précède et conformément aux principes qu'elle a émis aux paragraphes 44 à 46 de la décision D-2011-011, au paragraphe 22 de la décision D-2011-029 ainsi qu'aux paragraphes 9 à 13 de sa décision D-2011-064, la Régie demande au Distributeur de documenter davantage, dans le cadre des prochains plans d'approvisionnement, les caractéristiques et les coûts des stratégies envisagées. En ce qui a trait aux coûts, la Régie demande au Distributeur de fournir un tableau contenant les quantités, les prix et les coûts estimés (les revenus relatifs à la revente) des moyens d'approvisionnement existants et envisagés. »⁸⁰ [références omises]

4.2.2 QUANT À LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES ET AU CODE D'ÉTHIQUE

[85] Tous les participants au dossier ont référé à la décision D-2001-191, portant sur l'approbation de la Procédure et du *Code d'éthique sur la gestion des appels d'offres*⁸¹ (le Code d'éthique) applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité du Distributeur.

[86] La Régie constate que le Distributeur et les autres participants font une lecture différente de cette décision. La Régie juge utile de reproduire « *in extenso* » la partie de cette décision traitant du cadre de son intervention en ce qui a trait à la Procédure ainsi qu'au Code d'éthique applicables aux contrats d'approvisionnement du Distributeur :

⁸⁰ Décision D-2011-162, dossier R-3748-2010, pages 69, 70, 86 et 87.

⁸¹ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, annexe 2.

« 2.1 POUVOIRS DE LA RÉGIE

Dans le présent dossier, la Régie doit approuver la Procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que le Code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité d'Hydro-Québec. [...] Les critères applicables sont contenus à [la] Loi sur la Régie de l'énergie (la Loi). L'article 74.1 de la Loi précise que :

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

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

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

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

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

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

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

Dans l'exercice de cette compétence, la Régie doit veiller au respect, par la Procédure d'appel d'offres et d'octroi, des critères prévus aux paragraphes 1 à 4 du deuxième alinéa de l'article 74.1 de sa loi constitutive. Les conclusions de la présente décision visent en conséquence à permettre la participation de tout fournisseur intéressé, à accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées et enfin à permettre la satisfaction de l'appel d'offres par une combinaison de contrats d'approvisionnement.

La présente décision sur la Procédure d'appel d'offres et d'octroi et sur le Code d'éthique s'inscrit dans un processus plus global visant l'approvisionnement des consommateurs québécois en électricité par le distributeur. Ce processus inclut la préparation d'un plan d'approvisionnement à être approuvé selon l'article 72 de la Loi. Par la suite, des appels d'offres seront lancés pour différents produits (puissance, énergie, etc.), échéanciers et termes. Ces appels d'offres devront respecter la procédure découlant de la présente décision.

En outre, le législateur confère à la Régie le pouvoir de surveiller l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que celle du Code d'éthique s'y rattachant. Ce pouvoir de surveillance est distinct du pouvoir d'approbation des contrats d'approvisionnement qui seront adjugés à l'issue des appels d'offres. La Régie effectuera une surveillance de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi selon les modalités qu'elle déterminera. En fin de processus, les contrats entre le distributeur et les fournisseurs devront être approuvés par la Régie selon les cas et conditions déterminés par règlement en vertu de l'article 74.2.

2.2 POUVOIRS DE NATURE DISTINCTE

Nature administrative du pouvoir de surveillance

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. Elle agit dans le respect de son indépendance et de son impartialité et, dans le cas d'un pouvoir de nature administrative, le législateur lui accorde la totale discrétion pour agir. Ainsi en est-il du pouvoir de surveillance prévu à l'article 74.2 alinéa 1 de la Loi qui résulte en un rapport de constatations relevées par la Régie tout au long de la procédure quant au respect de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi et du Code d'éthique tels qu'approuvés par la Régie. La Régie déterminera donc elle-même les mesures avec lesquelles elle doit exercer cette surveillance.

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 de soumissionnaires sur l'application par le distributeur de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi.

À titre d'autorité réglementaire, la Régie doit néanmoins, par sa surveillance, s'assurer du respect par le distributeur des balises approuvées. L'approbation des contrats adjugés en vertu de l'article 74.2, alinéa 2, repose en partie sur cette assurance et vient conclure les formalités légales par lesquelles le législateur entend instaurer un équilibre concurrentiel pour l'approvisionnement en électricité des besoins qui excèdent l'électricité patrimoniale.

Nature décisionnelle du pouvoir d'approbation des contrats d'approvisionnement

L'approbation prévue à l'article 74.2, alinéa 2 de la Loi constitue un pouvoir décisionnel qui, par sa nature, peut impliquer l'intervention de tiers intéressés à faire valoir leurs intérêts. Il se distingue donc du pouvoir de surveillance, tant au niveau du mode d'action de la Régie que de la nature de l'intervention des parties intéressées.

2.3 EXERCICE DE LA SURVEILLANCE PAR LA RÉGIE

Selon le distributeur, la Régie pourrait se satisfaire de toute la documentation que le distributeur lui remettrait en fin de processus pour « vérification a posteriori ». Selon lui, la présence d'un représentant de la Régie à certaines étapes du processus est inopportune et se concilie difficilement avec le fait « qu'un organisme, par ses représentants, participe au processus menant au choix de l'approvisionnement requis et qu'il soit par la suite saisi du dossier afin d'approuver les contrats qui en résultent ».

Toutefois, Hydro-Québec prévoit dans sa Procédure d'appel d'offres et d'octroi que « Lorsque la Régie le requiert, le Distributeur mandate une ou des firmes indépendantes (ci-après collectivement désignées " firmes mandatées ") pour l'accompagner dans l'évaluation des soumissions et dans l'application de la procédure d'appel d'offres ».

Hydro-Québec pose le principe de l'accès illimité de la Régie à tout document ou renseignement relatif au processus en sus des rapports qu'elle prévoit déjà lui communiquer et de l'ensemble d'informations qu'elle a prévu lui rendre disponible d'office pour attester de la progression de l'appel d'offres.

Le distributeur entend donc déposer, indépendamment de l'intervention ou non d'une firme externe, un rapport des résultats d'évaluation des soumissions ainsi que sur l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi.

Hydro-Québec soumet la possibilité que la Régie demande le dépôt des procédures mises en place par le comité d'exploitation mandaté pour assurer l'administration des contrats. Le distributeur s'engage également au dépôt du registre tenu par le secrétaire général d'Hydro-Québec relatif à l'application du Code d'éthique. Hydro-Québec soumet, par ailleurs, que l'établissement de Comités de gestion sectoriels pour les diverses unités de l'entreprise est destiné à assurer la séparation fonctionnelle établie.

OPINION DE LA RÉGIE

La Régie rappelle que la fonction de surveillance est distincte de celle portant sur la décision d'approbation du contrat d'approvisionnement devant intervenir entre Hydro-Québec Distribution et le fournisseur choisi. Dans le cadre de cette surveillance, la Régie a pleine discrétion quant au mode de surveillance et aux moyens d'action. Elle peut donc également définir, dans chaque cas, l'étendue de sa surveillance afin de l'effectuer de manière continue ou a posteriori, selon les besoins de chaque appel d'offres et d'octroi, en vue de favoriser une concurrence dans le meilleur intérêt de tous.

La présence d'une firme mandatée par le distributeur pour l'assister obligera ce dernier à déposer les documents et les informations produits par lui-même et la firme. La Procédure d'appel d'offres et d'octroi devra, en conséquence, être changée pour illustrer l'éventualité pour Hydro-Québec de choisir cette firme elle-même lorsqu'elle le voudra et lui confier en tout ou en partie les rôles de conseil, de témoin ou de vérificateur externe.

La Régie souligne qu'en aucun cas l'intervention d'une firme mandatée par le distributeur ne peut être de nature à limiter ou à modifier le rôle de surveillance de la Régie qui aura toute discrétion pour retenir elle-même, lorsqu'elle le jugera utile, des services de consultation externe afin d'être conseillée en vue de sa surveillance et de la production de son rapport de constatations.

En conséquence, la Régie remplace la dernière phrase du dernier paragraphe de l'introduction de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi par celle-ci : « Le distributeur mandate, selon son choix, une ou des firmes indépendantes (ci-après collectivement désignées "firme mandatée") pour l'accompagner dans l'évaluation des soumissions et dans l'application de la procédure d'appel d'offres. » [...]

La Régie entend s'assurer que l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi se fasse en toute équité et permette de favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées. Elle considère que son rôle de surveillance doit être rempli tout au long de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi. »⁸² [références omises - nous soulignons]

⁸² Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, pages 5 à 9 et 12.

[87] Cette approche de la Régie, selon laquelle le pouvoir de surveillance et celui d'adjudication des contrats sont distincts, a été reconnue par la Cour supérieure dans l'affaire Tembec⁸³. L'honorable juge François Tôth, j.c.s. reconnaissait d'ailleurs que la question de savoir si un contrat conclu par un soumissionnaire devait être approuvé est au cœur de la compétence et de la spécialité de la Régie. Le juge accueillait par contre la requête en révision judiciaire de Tembec au motif que la Régie n'avait pas examiné si le contrat qu'elle avait refusé d'approuver était conforme à la Procédure et au Code d'éthique. Là n'est cependant pas l'objet de la présente requête.

[88] Au cours de sa plaidoirie, le procureur du Distributeur a affirmé que la demande d'EBM revenait à exiger de la Régie qu'elle réécrive le cadre du régime réglementaire s'appliquant au processus d'approvisionnement, en y ajoutant une nouvelle étape permettant à un soumissionnaire potentiel d'intervenir en cours d'appel d'offres pour réécrire le cahier des charges.

[89] De plus, il a affirmé :

« Et avec tout le respect qu'on doit à la Régie et le nombre de fois on a maintenu votre compétence devant les tribunaux, le régime n'accorde pas ce pouvoir d'annuler un processus d'appel d'offres une fois qu'il est enclenché, ne vous donne pas un pouvoir de rédiger le devis technique du cahier des charges. »⁸⁴

[90] Selon le Distributeur, la Régie agit en fonction d'une compétence attribuée dans un cadre réglementaire bien précis ou quatre étapes sont prévues, i) l'approbation du plan d'approvisionnement, ii) l'approbation de la procédure d'appel d'offres et du code d'éthique, iii) la surveillance de l'application de la procédure d'appel d'offres et iv) l'approbation des contrats.

[91] Le Distributeur précise que les pouvoirs que la Régie exerce, au cours de ces quatre étapes, seraient étanches et mutuellement exclusifs puisque la Régie agit en fonction de pouvoirs différents. Il soutient que cette dernière agit dans le cadre de pouvoirs décisionnels dans le cas de l'approbation du plan d'approvisionnement, de la procédure d'appel d'offres, du code d'éthique et des contrats, tandis qu'elle agit dans le cadre de pouvoirs administratifs dans le cas de la surveillance de l'application de la procédure d'appel d'offres.

⁸³ *Tembec inc. c. Régie de l'énergie*, [2007] QCCS 2068.

⁸⁴ Pièce A-0007, page 19.

[92] La Régie ne peut retenir cette approche restrictive et retient plutôt l'approche voulant que les pouvoirs qu'elle exerce fassent partie d'un « continuum » de pouvoirs qu'elle peut exercer en tout temps.

[93] La Régie constate que le Distributeur ne s'est pas adressé à elle pour faire approuver des modifications :

1. aux caractéristiques contractuelles du service d'intégration éolienne, telles qu'on les retrouve au document d'appel de qualification⁸⁵, conformément à l'article 72 de la Loi et aux décisions D-2008-133 (page 33) et D-2011-162 (paragraphes 232 et 233);
2. à la grille d'analyse des soumissions approuvée par les décisions D-2002-17 et D-2002-169, afin que celle-ci ne tienne compte que du coût des services d'intégration éolienne, tel qu'annoncé au document d'appel de qualification⁸⁶;
3. à la Procédure approuvée par la décision D-2001-191, en vertu de l'article 74.1 de la Loi, afin d'y intégrer une étape de qualification.

[94] Ce n'est pas parce que le Distributeur n'a pas demandé à la Régie d'approuver ces modifications avant de lancer l'appel de qualification que la Régie n'aurait plus maintenant les pouvoirs requis pour approuver ou rejeter ces modifications. C'est en vertu de la Loi que la Régie détient sa compétence et ses pouvoirs et non pas en fonction des choix ou des demandes initiées par le Distributeur.

[95] Les choix du Distributeur placent la Régie dans la situation où elle doit exercer ses pouvoirs sur l'approbation du plan d'approvisionnement et sur l'appel d'offres alors que le Distributeur a déjà lancé un appel de qualification, plutôt que préalablement à ce lancement. 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.

⁸⁵ Pièce B-0009.

⁸⁶ Pièce B-0009, page 9.

[96] En ce qui a trait à l'approbation du plan d'approvisionnement, des caractéristiques des contrats d'approvisionnement que le Distributeur entend conclure, de la Procédure et des contrats choisis ainsi qu'à la surveillance de l'application de la Procédure, les pouvoirs de la Régie sont clairement définis à la Loi aux articles 31(2), 31(2.1), 31(5), 72, 74.1 et 74.2, tel que plus amplement décrit plus haut.

[97] La Régie est d'avis qu'elle a compétence pour déterminer qu'un appel d'offres est conforme ou non au cadre légal et réglementaire, car l'appel d'offres fait partie d'une suite logique par laquelle la Régie approuve le plan d'approvisionnement (article 72), approuve la procédure d'appel d'offres (article 74.1), surveille l'application de la Procédure (article 74.2, 1^{er} alinéa) et approuve le contrat d'approvisionnement (article 74.2, 2^e alinéa).

[98] La Régie exerce donc une compétence exclusive lorsqu'il s'agit de déterminer si un appel d'offres est conforme à la Loi et au cadre réglementaire.

[99] La Régie juge que la détermination de ses pouvoirs quant à la décision du Distributeur de lancer l'appel de qualification doit être examinée dans le contexte de l'approbation du dernier plan d'approvisionnement et du rejet de l'EGM. Si le Distributeur s'était adressé à la Régie pour faire approuver les nouvelles caractéristiques du service d'intégration éolienne et une grille d'analyse des soumissions ne tenant compte que du coût des services d'intégration éolienne, ces demandes auraient fait l'objet d'un débat public pour lequel EBM aurait sans aucun doute obtenu la reconnaissance du statut d'intervenant, puisque le traitement réglementaire de telles demandes est public.

[100] Si le Distributeur s'était aussi adressé à la Régie pour faire modifier la Procédure, afin d'y intégrer une étape de qualification, cette demande aurait sans doute aussi fait l'objet d'un traitement réglementaire public, comme ce fut le cas pour l'approbation de la Procédure en 2001.

[101] En ce qui a trait au remède demandé par EBM, soit l'annulation de l'appel de qualification, la Régie juge qu'elle a l'entière compétence pour en décider.

[102] Si la Régie a la compétence d'approuver la Procédure, la Régie juge qu'elle peut aussi approuver ou refuser, en vertu de l'article 74.1 de la Loi, les modifications ou demandes de modifications qui y seraient apportées par le Distributeur. Par la suite, la mécanique prévue à l'article 74.2 de la Loi s'applique et comporte deux volets :

1. Le pouvoir de surveillance prévu à l'article 74.2 de la Loi et décrit dans la décision D-2001-191, tel que rapporté au paragraphe 86, laisse notamment mais non limitativement le pouvoir à la Régie de consigner ses commentaires dans un rapport de constatations dirigé au Distributeur et au fournisseur choisi, afin de les aviser de potentiels problèmes en vue de l'approbation du contrat;
2. Lors du dépôt du contrat par le Distributeur pour approbation, ce dernier doit concilier les constatations du rapport de la Régie avec le contrat soumis.

[103] Sans se prononcer, à ce stade-ci et particulièrement dans le contexte d'une requête en irrecevabilité, sur sa juridiction à l'égard de chacune des conclusions formulées par EBM, la Régie juge que les dispositions prévues aux articles 31(2) et (5) de la Loi quant à son pouvoir général de surveillance, à l'article 72 de la Loi quant à son pouvoir d'approbation du plan d'approvisionnement et des caractéristiques des contrats ainsi qu'à l'article 74.1 de la Loi relatif à l'approbation de la procédure d'appel d'offres lui permettent d'intervenir afin d'examiner la demande d'EBM.

[104] Force est de constater que si le Distributeur avait procédé en conformité avec le cadre réglementaire et les décisions de la Régie citées ci-haut, il aurait présenté pour approbation :

1. les caractéristiques du produit recherché;
2. la nouvelle grille d'analyse des soumissions;
3. le changement à la Procédure.

[105] Ces trois sujets auraient été traités de façon publique et il aurait été loisible à tout intervenant de plaider pour que la Régie les rejette. L'argument du Distributeur selon lequel EBM pourrait faire valoir ses prétentions lors de l'approbation du contrat est donc, en l'espèce, des suites de sa conduite, irrecevable, car les vices évoqués sont liés à des sujets qui auraient dû être discutés avant le processus d'appel de qualification.

[106] La Régie, dans ce dossier, n'intervient pas en vertu du processus prévu à l'article 74.2 de la Loi mais plutôt en vertu de sa compétence générale de surveillance (article 31(2)), ni l'un ni l'autre n'étant exclusif, en vertu de ses pouvoirs de décider de toute autre demande soumise en vertu de la Loi (article 31(5)), d'approuver le plan d'approvisionnement et les caractéristiques contractuelles (article 72) et d'approuver la procédure d'appel d'offres (article 74.1).

[107] En conséquence, la Régie rejette la requête en irrecevabilité déposée par le Distributeur et convoque la tenue d'une rencontre préparatoire, le 15 novembre 2012, en vue du traitement de la demande d'EBM. Elle communiquera aux parties, par l'entremise de son Secrétaire, les modalités relatives à cette rencontre.

[108] **Considérant ce qui précède,**

La Régie de l'énergie :

REJETTE la requête en irrecevabilité.

Marc Turgeon
Régisseur

Jean-François Viau
Régisseur

Suzanne G. M. Kirouac
Régisseur

Représentants :

- Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEFO) représentée par M^e Stéphanie Lussier;
- Énergie Brookfield Marketing s.e.c. (EBM) représentée par M^e Paule Hamelin;
- Hydro-Québec représentée par M^{es} Éric Fraser et Stephen G. Schenke;
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) représenté par M^e Dominique Neuman.