

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

**PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL**

HYDRO-QUÉBEC

R-4110-2019
Phase 3

Demanderesse

Et

**ASSEMBLÉES DES PREMIÈRES
NATIONS DU QUÉBEC-LABRADOR
(APNQL)**

Intervenante

**ARGUMENTATION DE L'APNQL SUR LA DEMANDE D'APPROBATION DES
GRILLES DE PONDÉRATION DES CRITÈRES D'ÉVALUATION DES
SOUMISSIONS POUR LES APPELS D'OFFRES DE 480 MW D'ÉNERGIE
RENOUVELABLE ET DE 300 MW D'ÉNERGIE ÉOLIENNE ET D'UNE
CLAUSE DE RENOUVELLEMENT AUX CONTRATS**

Le 30 novembre 2021

Table des matières

INTRODUCTION	3
PREUVE DE L'APNQL.....	5
LE CADRE JURIDIQUE ET RÉGLEMENTAIRE.....	11
L'exercice des compétences en matière d'appels d'offres dans le respect de l'article 5 LRÉ	15
L'intérêt public	15
Le respect des objectifs des politiques énergétiques du gouvernement	16
Le développement durable et les considérations de nature sociale.....	17
L'équité au plan individuel et collectif	20
L'IMPACT DE L'OBLIGATION DE CONSULTER ET D'ACCOMODER	21
Finalité de l'obligation de consulter et d'accommoder.....	21
Naissance de l'obligation de consulter.....	23
Contenu de l'obligation de consulter	29
Les conséquences du manquement d'Hydro-Québec à son obligation de consulter	29
Le rôle et les responsabilités de la Régie en relation avec l'obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder.....	30
RECOMMANDATIONS ET CONCLUSIONS DE L'APNQL	33

INTRODUCTION

1) Le 5 juillet 2021, dans le cadre de la phase 1 du présent dossier R-4110-2019 portant sur le plan d’approvisionnement 2020-2029, Hydro-Québec informe la Régie qu’elle procédera à des appels d’offres en vue de faire l’acquisition d’électricité.

➤ B-0191, p, 5

2) Le 14 juillet 2021, le ministre de l’Énergie et des Ressources naturelles avait fait publier dans la Gazette officielle du Québec deux projets de règlement prévoyant un appel d’offres pour un bloc de 300 MW d’énergie éolienne et un appel d’offres pour un bloc de 480 MW d’énergie renouvelable en puissance.

➤ B-0191, Annexe A

3) Le même jour, le Gouvernement du Québec publie le décret 906-2021 *concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l’énergie à l’égard du Plan d’approvisionnement 2020-2021 d’Hydro-Québec* et relatif au bloc de 300 MW d’énergie éolienne.

➤ B-0191, Annexe B

4) Le 10 septembre 2021, le Hydro-Québec demande à la Régie d’approuver une Grille de sélection et pondération pour le bloc de 480 MW d’énergie renouvelable (la « **Grille de 480 MW** ») et une Grille de sélection et pondération pour le bloc de 300 MW d’énergie éolienne (la « **Grille de 300 MW** »). Elle demande également à la Régie d’approuver l’inclusion d’une clause de renouvellement aux contrats conclus aux termes des appels régis par ces grilles.

➤ B-0190

➤ B-0191, Annexe C

5) Le 5 octobre 2021, l’APNQL dépose une demande pour être reconnue comme intervenante au dossier.

➤ [C-APNQL-0003](#) et sa version corrigée [C-APNQL-0007](#)

6) Dans cette demande, l’APNQL soulève le fait que :

« 11. Les Premières Nations souffrent toujours des impacts des politiques coloniales et discriminatoires au Québec et au Canada, les excluant de leurs territoires, ressources, revenus et accès aux capitaux et emplois qui devraient leur revenir »

- « 12. Ces impacts perdurent même lorsque les lois, politiques et décisions du gouvernement du Québec et de ses instances, comme la Régie de l'énergie et Hydro-Québec, peuvent revêtir une apparence neutre. »
- « 13. Ainsi, le respect des droits des Premières Nations à ces égards, le renversement de la situation pour atteindre une égalité réelle et la réconciliation requièrent des actions positives.
- « 14. À ces fins, l'APNQL souhaite la collaboration et une approche de partenariat offrant des avantages mutuels aux Premières Nations, à Hydro-Québec et aux partenaires privés et publics impliqués.»

[Nous soulignons]

- [C-APNQL-0003](#), par. 11-14
- [C-APNQL-0007](#), par 11-14

7) Elle affirme à cette occasion son intention de traiter de la participation des Premières Nations à l'appel d'offres du bloc de 300 MM d'énergie éolienne et à l'appel d'offre de 480 MW d'énergie renouvelable, de la nécessaire modification des grilles de sélection et pondération, ainsi que du traitement de la demande d'Hydro-Québec dans le respect du cadre constitutionnel applicable.

- [C-APNQL-0008](#), page PDF. 2, 3 et 4

8) En réponse aux commentaires déposés par Hydro-Québec ([B-0198](#)) le 13 octobre 2021, l'APNQL affirme la large portée de la phase 3 du présent dossier et son intention de s'assurer que les questions touchant les droits, les territoires et le développement socio-économique des Premières Nations soient prises en compte par la Régie.

- [C-APNQL-0009](#)

9) En effet, à cette occasion, l'APNQL souligne l'importance des enjeux en cause et note que :

- « [L]a durée des contrats d'approvisionnement envisagée par Hydro-Québec et le recours éventuel à une nouvelle clause de renouvellement ferait en sorte que l'attribution des contrats suivants les grilles de pondération appliquées aux fins des appels d'offres déterminerait pour des décennies à venir qui en bénéficierait. »

- [C-APNQL-0009](#), p. 2

10) Le 22 octobre 2021, la Régie rend la décision procédurale D-2021-136 par laquelle elle reconnaît, entre autres, à l'APNQL le statut d'intervenante au dossier. À cette même occasion, la Régie confirme également que le dossier sera traité par voie de consultation.

➤ [D-2021-136](#), par. 18

11) Le 17 novembre, le décret 906-2021 est modifié pour ajouter à la définition de « milieu local » les régies municipales et les coopératives dont la majorité des membres ont leur domicile dans la région administrative où se situe le projet. Ce décret est publié dans la Gazette officielle le 24 novembre 2021.

➤ [B-0229](#), Annexe C

12) Le 24 novembre 2021, les règlements annoncés le 14 juillet 2021 sont officiellement publiés sous leur forme définitive. Leur entrée en vigueur est fixée au 9 décembre 2021.

➤ [B-0229](#), Annexes A et B

13) La preuve de l'APNQL fait état de sa fonction, de sa mission et de son intérêt dans le contexte de la phase 3 du dossier R-4110-2019.

➤ DSS GP, par. 7-16

14) L'APNQL propose à la Régie de modifier les grilles de sélection et pondération soumises par Hydro-Québec, tel qu'il appert de la **pièce MR-2** afin de valoriser la participation des Premières Nations aux appels d'offres sans pour autant ignorer l'importance de la participation des autres éléments du « milieu local. » Les propositions de grilles de l'APNQL (**pièce MR-2**) sont reproduites en annexe.

15) Elle soutient que ces propositions de grilles sont compatibles avec les règlement et décret du gouvernement, permet de répondre aux besoins d'Hydro-Québec, respectent le critère du prix le plus bas et tiennent compte de plusieurs considérations qui devraient guider la Régie dans l'exercice régulier de ses compétences.

PREUVE DE L'APNQL

16) À l'heure actuelle, les Premières Nations n'ont pas de possibilité réelle de participer avec succès aux appels d'offres publics d'Hydro-Québec, que ce soit en tant que soumissionnaires ou partenaires de promoteurs privés.

17) Les résultats des appels d'offres passés illustrent bien cette situation. En fait, les Premières Nations peinent même à obtenir des contrats d'approvisionnement pour des bloc d'énergie qui leur sont réservés.

- DSS MG, par. 12 et 13

18) Ainsi, en novembre 2009, le Gouvernement du Québec adoptait le *Règlement sur un bloc de 250 MW d'énergie éolienne issu de projets autochtones*, lequel prévoyait la production de 250 MW d'énergie éolienne par des « projets autochtones ».

- DSS MG, par. 12 et 13
- [Décret 1043-2008](#) [Onglet 1]
- [Décret 180-2009](#) [Onglet 2]
- [Décret 520-2009](#), (Augmentant le prix maximum du millier de KWh de 9,5 cent à 12,5 cent) [Onglet 3]
- [Décret 469-2010](#), (modifiant le règlement) [Onglet 4]

19) De fait, des 250 MW réservés aux soumissionnaires autochtones, seuls 24 MW ont effectivement été attribués à la Kahnawà:ke Sustainable Energies. Toutes les autres soumissions déposées par une Première Nation ont été jugées non-compétitives en raison de le coût trop élevé par MW.

- DSS MG, par. 12 et 13
- [D-2011-175](#), par. 29 et p. 16 [Onglet 5]
- [Demande d'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité découlant de l'appel d'offres A/O 2009-02](#) (Pièce B-0018 dans le dossier R-3774-2011), p. 7, 28 et 29 [Onglet 6]

20) Plus généralement, dans sa demande de renseignements, l'APNQL a questionné Hydro-Québec au sujet du nombre de soumissions comportant une participation des Premières Nation qui ont été retenues par Hydro-Québec.

Question 1.20 : « Veuillez, le cas échéant, fournir la liste et les caractéristiques (numéro d'appel d'offre, sources d'énergie et nombre de MW) des soumissions portant sur des énergies renouvelables et comportant une participation des Premières Nations qui ont été retenues par Hydro-Québec dans le contexte des appels d'offres antérieurs. Vous pouvez au besoin vous référer aux informations affichées sur la page web suivante :

<https://mern.gouv.qc.ca/energie/energie-eolienne/projets-eoliens-au-quebec/>. »

Réponse : « Tout appel d'offres et programme d'achats du Distributeur est ouvert à tout soumissionnaire qui souhaite présenter un projet, selon les modalités et exigences de ceux-ci. »

Question 2.20 : « Veuillez, le cas échéant, fournir la liste et les caractéristiques (numéro d'appels d'offres, nombre de MW recherché, sources d'énergie, et nombre de MW des projets retenus) des soumissions portant spécifiquement sur l'énergie éolienne et comportant une participation des Premières Nations qui ont été retenues par Hydro-Québec dans le contexte des appels d'offres antérieurs. Aux fins de votre réponse, veuillez distinguer les projets réalisés directement suite aux appels d'offres d'Hydro-Québec de ceux ayant vu le jour suite à une intervention directe du gouvernement (c-à-d., notamment, les projets de Mesgi'g Ugju's'n et d'Apuiat). Vous pouvez également vous référer au lien suivant : <https://mern.gouv.qc.ca/energie/energie-eolienne/projets-eoliens-au-quebec/> »

Réponse : « Le Distributeur réfère l'intervenant à l'adresse suivante où l'ensemble des contrats d'approvisionnement en électricité en vigueur est disponible : <https://www.hydroquebec.com/achats-electricite-quebec/contrats-electricite.html> »

- [C-APNQL-0011](#), question 1.20 et 2.20
- [B-0211](#), réponses aux questions 1.20 et 2.20

21) Comme on peut le constater à la lecture de ces réponses, Hydro-Québec s'est contentée de référer l'APNQL à un site internet. Ce site ne contient pas les informations demandées; il ne permet pas de déterminer autrement que par conjectures quelles soumissions comportent une participation des Premières Nations.

22) L'APNQL soutient que cette réponse incomplète devrait être interprétée comme un aveu d'Hydro-Québec quant au fait que les soumissions portant spécifiquement sur l'énergie éolienne et comportant une participation des Premières Nations sont rarement retenues.

- [Code de procédure civile](#), RLRQ C-25.01, art. 225

23) Les difficultés des Premières Nations participant aux appels d'offres publics d'Hydro-Québec, compte tenu des grilles de sélection et pondération retenues, s'expliquent principalement par les capacités financières limitées des Premières Nations.

- DSS MR, par 46
- DSS MG, par. 8

24) En effet, les Premières Nations n'ont que rarement la capacité d'amasser les capitaux propres nécessaires à assurer la solidité financière de leurs projets énergétiques.

- DSS MG, par. 8-9

25) Même lorsque les Premières Nations parviennent à contracter des emprunts, ce sera à un taux supérieur à celui des développeurs privés ou des municipalités et des MRC.

- DSS MR, par. 38-40
- DSS MG, par. 8, 10 et 11

26) Par ailleurs, les municipalités et les MRC peuvent émettre des obligations pour financer leurs projets et ont accès à des prêts à des taux préférentiels en raison des sûretés solides que leur confèrent d'une part leur assiette fiscale et d'autre part, la garantie du Gouvernement du Québec.

- DSS MR, par. 39, 44-46
- DSS MG, par. 10

27) Il résulte de cet état de fait qu'il est plus coûteux pour les Premières Nations de financer un projet énergétique.

- DSS MR, par. 46

28) Ce coût plus élevé se reflétera nécessairement dans le prix de l'électricité prévu pour un projet piloté par ou impliquant une Première Nation.

- DSS MR, par. 46
- DSS MG, par. 14

29) Le coût supérieur des projets des Premières Nations affectera également les projets soumis par des promoteurs privés choisissant de s'associer à une Première Nation.

- DSS MG, par. 14

30) Ainsi, les soumissionnaires des Premières Nations ont peu de chances de se voir accorder des contrats de fourniture d'électricité. Il en est de même pour les fournisseurs privés s'associant aux Premières Nations.

31) Ces difficultés s'inscrivent dans un contexte plus large.

32) Bien que situées dans des régions ressources, les Premières Nations ont longtemps été (et sont toujours dans une très large mesure) exclues de l'exploitation des ressources de leurs territoires et ont été privées des retombées économiques qui en découlent. En fait, elles ont souvent souffert de l'exploitation inconsidérée de ces ressources par les allochtones.

- DSS GP, par. 6
- DSS MR, par 19 et 20

33) Ainsi, dans sa décision de principe sur l'interprétation de l'article 35 de la Constitution, la Cour suprême s'exprime dans les termes suivants :

« Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales certainement à titre de droits reconnus en common law ont été à toutes fins pratiques ignorés. [...] À la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. [...] Au cours de la même période générale, Hydro Québec a entrepris le développement de la Baie James sans d'abord tenir compte des droits des Indiens qui y vivaient, et ce, même si ces droits bénéficiaient d'une protection constitutionnelle expresse; voir la *Loi de l'extension des frontières de Québec, 1912*, S.C. 1912, ch. 45. Il aura fallu un bon nombre de décisions judiciaires et notamment l'arrêt *Calder* de notre Cour (1973) pour que le gouvernement reconsidère sa position. »

[Soulignement dans le texte]

- [R. c. Sparrow](#), [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1103-1104 [Onglet 7]

34) Malgré de nombreuses promesses tant en ce qui concerne la reconnaissance de droits qu'en ce qui concerne la participation économique de la part du Québec, répétées dans des politiques, des résolutions et des forums, cette situation s'est très peu améliorée depuis deux décennies.

- DSS GP, par. 17-31

35) Les Premières Nations souffrent généralement d'un niveau de développement socio-économique plus faible que le reste du Québec. Cet écart se traduit, notamment, par un taux de chômage plus élevé dans leurs communautés que dans la population Québécoise en général.

- DSS MR par. 12
- DSS MG, par. 7

36) Cette stagnation économique résulte en grande partie de l'absence d'opportunités économiques dans les régions où se trouvent la plupart des

Premières Nations. Souvent, il s'agit de régions éloignées, sans accès aux grands marchés. Les infrastructures, notamment le réseau cellulaire et la connexion internet, y sont fréquemment déficientes.

➤ DSS MR, par. 15

37) Dans ce contexte, la participation aux projets d'exploitation des ressources locales constitue la principale avenue de développement pour les Premières Nations.

➤ DSS MR, par. 21 et 22

➤ DSS MG, par. 15

38) De tels projets permettent en effet aux Premières Nations de développer leurs capacités économiques à long terme, tant par leurs retombées pécuniaires directes que par leur effet formateur sur la main d'œuvre et l'entrepreneuriat.

➤ DSS MR, par. 24 et 25

39) L'expertise ainsi développée facilitera la réalisation de futurs projets et permettra à certains membres des Premières Nations de se lancer eux-mêmes en affaires pour tirer par elles-mêmes profit des ressources du territoire.

➤ DSS MR, par. 26 et 27

40) Les projets énergétiques sont particulièrement utiles aux Premières Nations. Le fait qu'une société d'État, telle qu'Hydro-Québec distribution, s'engage à acheter l'électricité fournie par une Première Nation permet à cette dernière de compter pour plusieurs décennies sur une source de revenu stable et sans attaches.

➤ DSS MR, par. 28 et 29

➤ DSS MG, 16

41) Ces revenus propres sans attaches peuvent ensuite être réinvestis soit pour stimuler davantage le développement, soit pour offrir des services aux membres de la communauté.

➤ DSS MR, par. 29

➤ DSS MG, par. 17

42) Les effets bénéfiques de l'obtention de contrats de fourniture d'énergie ont par ailleurs pu être constatés lorsque des Premières Nations ont effectivement obtenu de tels contrats.

- DSS MR, par. 31

LE CADRE JURIDIQUE ET RÉGLEMENTAIRE

43) La demande d'Hydro-Québec survient dans la phase 3 du dossier 4110-2019 et l'exercice de la compétence exclusive de la Régie de l'énergie portant sur l'approbation du Plan d'approvisionnement 2020-2029. Plus précisément elle porte sur l'exercice par la Régie de sa compétence exclusive de modifier le processus d'appels d'offres applicable aux contrats d'approvisionnement.

- [A-0900](#), par 25-27

44) L'exercice régulier de ces compétences exige qu'elles soient appréciées dans la plénitude de leur contexte statutaire dans une perspective large et libérale et suivant leurs finalités.

- [Loi d'interprétation](#), RLRQ c. I-16, art. 41 et 41.1 **[Onglet 8]**

45) Il convient donc de reproduire ici les dispositions les plus pertinentes de la LRÉ :

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

[Nous soulignons]

Art. 31 : « La Régie a compétence exclusive pour:

[...]

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

[...]

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

[...]. »

Art. 72. « À l'exception des réseaux privés d'électricité, tout titulaire d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel 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 après application des mesures d'efficacité énergétique. Le plan doit tenir compte:

- 1° des risques découlant de ses choix de sources d'approvisionnement;
- 2° pour une source particulière d'approvisionnement en électricité, du bloc d'énergie établi par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112;

[...]

Pour l'approbation des plans, la Régie tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret. »

Art. 74.1 : « Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'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° du premier alinéa de l'article 112.

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

- 1° permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;
- 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;
- 3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées,

en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement;

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

[...]. »

46) La Régie de l'énergie exerce donc une large compétence exclusive et discrétion réglementaire d'approuver ou non, ou encore modifier l'encadrement des deux appels d'offres proposés par Hydro-Québec.

47) Plus particulièrement, la Régie est investie d'une compétence générale de surveillance concernant les approvisionnements et le processus d'appels d'offres. En vertu de cette compétence, la Régie peut traiter toute demande qui lui ait soumise, incluant les modifications proposées par l'APNQL aux grilles soumises par Hydro-Québec.

- LRÉ, art. 31a1(2) et 31a1(5), 72, 74.1
- [D-2012-142](#), par. 106 **[Onglet 9]**

48) La Régie de l'énergie dispose d'une « totale discrétion pour agir » quant « au mode de surveillance et au moyen d'action » par lequel elle s'assure que les processus d'appels d'offres qui lui sont soumis respectent les exigences de la Loi.

- [D-2012-142](#), par. 86, 94 **[Onglet 9]**

49) Cette discrétion a déjà été appliquée pour prévoir que les critères de sélection et pondération prennent en compte le développement durable et les préoccupations sociales et environnementales soulevées par les intervenants.

- [D-2004-212](#), p. 17-18 **[Onglet 10]**

50) La modification des grilles de sélection et pondération pour valoriser la participation des Premières Nations de n'est aucunement exclue par la Loi sur la Régie de l'énergie, les règlements sur les appels d'offres de 480 et 300 MW et le décret (tel que modifié).

51) Ainsi, l'article premier du Décret 916-2021 prévoit la maximisation des retombées sociales et économiques dans le milieu d'accueil et ne prescrit pas un traitement uniforme pour toutes les entités faisant partie du milieu local.

52) Par exemple, Hydro-Québec, a déjà soumis à la Régie une grille de pondération de critères non-monétaires accordant jusqu'à 3 points aux projets ayant une participation autochtone de 10 pour cent et plus.

- [R-3598-2005; document B-1](#) (Demande du distributeur) p. 5 et 7. **[Onglet 11]**

53) Ces trois points furent accordés alors même que ni le *Règlement concernant le second Bloc d'énergie éolienne*, ni le Décret 927-2005, régissant de concert la conduite de cet appel d'offres, ne prévoyaient de traitement privilégié pour les Premières Nations.

- [Règlement concernant le second Bloc d'énergie éolienne](#), (2005) 41B Gaz. Officielle II, 5859B (Décret 926-2005). **[Onglet 12]**
- [Décret 927-2005](#) **[Onglet 13]**

54) Une première formation de la Régie modifia la grille que lui avait soumise Hydro-Québec pour établir une égalité formelle entre les municipalités et les communautés des Premières Nations.

- [D-2005-201](#), p. 8 **[Onglet 14]**

55) Cette décision fut annulée en révision et, la grille originelle, rétablie au motif que :

- « [L]a Régie conclut que la grille de pondération initialement présentée par le distributeur est conforme au décret 927-2005 dont le paragraphe 5 requiert de privilégier, entre autres, l'apport de projets éoliens au développement économiques des communautés locales et autochtones. Il n'est pas requis que cet apport soit exactement semblable. Il est plus représentatif de l'intention exprimée au décret 927-2005 de trouver un juste équilibre tenant compte de la situation des communautés locales et autochtones. La Régie juge que la grille présentée par le distributeur permet cet équilibre. »

[Nous soulignons]

- [D-2006-166](#), p. 27 **[Onglet 15]**

56) Lorsque le gouvernement entend réserver un traitement identique aux municipalités et aux Premières Nations, il le précise explicitement, comme ce fut le cas dans le décret pris dans la foulée de la décision D-2006-166.

- [Décret 96-2007](#) [Onglet 16]
- [D-2007-59](#), p. 4, 5, et 10 [Onglet 17]

57) Le décret 906-2021 ne libère pas non plus la Régie de tenir compte des impératifs formulés dans ces politiques et par l'article 5 de la LRÉ.

L'exercice des compétences en matière d'appels d'offres dans le respect de l'article 5 LRÉ

58) L'article 5 LRÉ prévoit que :

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

[Nous soulignons]

59) La Régie doit exercer ses compétences dans le respect des principes énoncés à l'article 5 de la LRÉ.

- [D-2001-191](#), p. 14 [Onglet 18]
- Voir aussi; [D-2019-156](#)[Onglet 19] par. 48 et 49; [D-2017-007](#), par. 92 [Onglet 20]

L'intérêt public

60) L'article 5 dispose d'abord que « [D]ans l'exercice de ses fonctions, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. » La référence à la protection des consommateurs et au traitement équitable incarne sans doute les aspects pécuniers, économiques et commerciaux des fonctions de la Régie. Par contre, nul ne peut douter en 2021 que l'intérêt public canadien et québécois qui doit animer la Régie englobe la réconciliation et l'avancement socio-économique des peuples autochtones.

61) Comme nous le verrons plus loin, Hydro-Québec n'a pas respecté le droit constitutionnel des Premières Nations d'être consultées et accommodées avant de proposer les grilles de sélection et pondération dont elle demande maintenant l'approbation. Or, la Cour suprême enseigne que :

« Lorsque l'autorisation accordée à l'égard d'un projet viole les droits constitutionnels des peuples autochtones, cette autorisation ne saurait servir l'intérêt public »

- [Clyde River \(Hameau\) c. Petroleum Geo-Services Inc.](#), 2017 CSC 40, par. 40 [Onglet 21] (Ci-après « **Clyde River** »)

Le respect des objectifs des politiques énergétiques du gouvernement

62) Le présent dossier, incluant sa phase 3, porte sur les approvisionnements pour satisfaire les besoins énergétiques. Or, l'article 5 LRÉ impose également à la Régie que l'exercice de ces compétences à cet égard respecte les objectifs des politiques énergétiques du gouvernement.

- [D-2021-155](#), par. 70 [Onglet 22]

63) Dès 1996, la politique énergétique intitulée *L'énergie au service du Québec : Une perspective de développement durable* publiée par le Gouvernement du Québec annonçait l'établissement d'un « partenariat véritable » avec les Premières Nations. Il n'est pas banal de noter que c'est cette même politique qui a proposé la création de la Régie de l'énergie.

- Pièce GP-30, p. 73-76

64) Cette même politique présente également les Premières Nations comme des partenaires « incontournables » dans le développement du secteur énergétique.

- Pièce GP-30, p. 17-18

65) Le rôle des Premières Nations dans le développement du secteur énergétique du Québec a depuis été réaffirmé de manière à peu près constante par les diverses politiques du gouvernement.

- [L'énergie pour construire le Québec de demain : Stratégie énergétique du Québec, 2006-2015](#), Gouvernement du Québec, 2006, p. ix, x, 3, 5, 6, 8, (18), 19, 28, 29, 31, 32, 34, 96, 102, 106 [Onglet 23]
- [L'énergie des Québécois : Source de croissance : Politique énergétique 2030](#), Gouvernement du Québec, 2016 p. 10, 50, 51. (Pièce GP-3)

66) Les aspirations de ces politiques concernant les peuples autochtones du Québec ont été reprises par les deux dernières politiques énergétiques du gouvernement : *La Politique énergétique 2030* (Pièce GP-3) et le *Plan pour une économie verte 2030* (Pièce GP-4).

67) Adoptée en 2016, *La Politique énergétique 2030* a pour objectif de privilégier une économie faible en carbone; de mettre en valeur de façon optimale nos ressources énergétiques; de favoriser une consommation responsable; de tirer pleinement parti du potentiel de l'efficacité énergétique et de stimuler la chaîne de l'innovation technologique et sociale.

➤ Pièce GP-3, p. 10.

68) Cette politique affirme avoir été élaborée en concertation avec les communautés autochtones de la province.

➤ Pièce GP-3, p. 9 et 11

69) Elle affirme la volonté du Gouvernement d' « étroitement associer les communautés autochtones au développement des projets sur les territoires qu'elles fréquentent » et de travailler « de concert avec les communautés autochtones pour définir les besoins et les solutions propres à chaque projet et à chaque collectivité. »

➤ Pièce GP-3, p. 50 (voir aussi le mot du ministre Kelley, à la page 9)

70) De même, le *Plan pour une économie verte 2030* publié en 2020 affirme que :

« Travailler en collaboration avec les différentes communautés autochtones est essentiel pour que les mesures conçues et mises en œuvre dans le cadre du Plan pour une économie verte 2030 soient appropriées et efficaces. »

➤ Pièce GP-4, p. 23

71) Ces politiques ne contredisent en rien le Décret 906-2019. Ce décret laisse en effet à Hydro-Québec une latitude suffisante pour respecter les objectifs et les promesses formulées dans les politiques gouvernementales. Plus fondamentalement, la compétence exclusive et la discrétion de la Régie à l'égard des grilles de sélection et pondération restent intactes. En effet, l'article 72 in fine LRÉ exige seulement que la Régie « tient compte » des préoccupations indiquées par décret.

Le développement durable et les considérations de nature sociale

72) Toujours suivant article 5 LRÉ, la Régie « favorise la satisfaction des besoins énergétiques [...] dans une perspective de développement durable. »

73) L'article 5 LRÉ préconise aussi l'intégration de préoccupations économiques, sociales et environnementales dans l'exercice des fonctions de la Régie. En ce qui concerne les appels d'offres, la Régie a déjà statué que :

« Le processus de sélection doit favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour les quantités d'électricité et les conditions demandées. Le concept de développement durable intègre, selon la compréhension de la Régie, non seulement les préoccupations économiques, mais aussi les préoccupations sociales et environnementales. Ce concept est justement né du besoin de jumeler ces trois préoccupations dans un processus décisionnel, dans un souci d'équité intragénérationnelle et intergénérationnelle.

La Régie considère que le développement durable est un concept global introduit en particulier dans la politique énergétique du gouvernement du Québec.

[...]

La Régie note que parmi les composantes du développement durable, le processus de sélection des offres prend déjà en compte surtout des aspects économiques. Les autres aspects sociaux et environnementaux doivent aussi être considérés de façon équilibrée. »

[Nous soulignons]

➤ [D-2002-169](#), p. 71 **[Onglet 24]**

74) Ainsi, dans sa décision portant sur la demande d'Hydro-Québec d'approbation d'un critère non-monnaire lié au développement durable, la Régie souligne le rôle fondamental du concept de développement durable incluant la nécessité d'inclure les considérations sociales et environnementales dans le processus d'appels d'offres.

➤ [D-2004-212](#), p. 7 et 17 **[Onglet 10]**

75) Comme la Régie elle-même l'a déjà écrit, le terme « développement durable » non défini dans la *Loi sur la Régie de l'énergie* peut être interprété à la lumière de la *Loi sur le développement durable*.

➤ [D-2010-061](#), par. 66 **[Onglet 26]**

➤ Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^{ème} éd., Toronto, LexisNexis, 2014, 417-419 et 422-424 **[Onglet 27]**

➤ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3^{ème} éd., Montréal, Édition Thémis, 1999, 434 et 437 **[Onglet 28]**

76) La Régie réfère donc à la définition suivante :

« Dans le cadre des mesures proposées, le « développement durable » s'entend d'un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Le développement durable s'appuie sur une vision à long terme qui prend en compte le caractère indissociable des dimensions environnementale, sociale et économique des activités de développement. »

➤ [Loi sur le développement durable](#), RLRQ c. D-8.8.1, art. 2 [Onglet 29]

77) Cette Loi semble de plus associer spécifiquement la notion de développement durable avec la prise en compte de la situation particulière des Premières Nations :

« Le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs, en collaboration avec les autres ministres concernés, s'assure que l'élaboration du contenu de la stratégie s'effectue de manière à refléter l'éventail des préoccupations des citoyens, des milieux et des conditions de vie au Québec, de sorte que les différences entre les milieux ruraux et urbains ainsi que la situation des communautés autochtones soient notamment prises en compte. »

➤ [Loi sur le développement durable](#), RLRQ c. D-8.8.1, art 8 [Onglet 29]

78) Le lien entre le développement durable et les droits et préoccupations des Premières Nations est en outre réaffirmé dans la *Stratégie de développement durable 2015-2020*, toujours en vigueur :

« Bien qu'elles s'adressent aux organisations publiques, les orientations de la Stratégie 2015-2020 veulent permettre la convergence des initiatives publiques et privées d'organisations représentant des citoyens, des communautés et des entreprises pour atteindre les objectifs fixés. Le gouvernement veut également s'assurer que la Stratégie 2015-2020 reflète la diversité des préoccupations des citoyens des milieux urbains et ruraux de sorte que les particularités de ces milieux ainsi que la situation des communautés autochtones soient prises en compte, et ce, tel qu'il est souhaité dans la LDD. »

« La Stratégie 2015-2020 s'inscrit également dans le plein respect des ententes et des conventions conclues entre le gouvernement du Québec et les Premières Nations et les Inuits ainsi que des obligations gouvernementales québécoises qui concernent les

Autochtones. Les échanges qui conduiront dans le cadre de cette stratégie à l'élaboration et à la réalisation d'actions par des MO en partenariat avec les Autochtones devront se faire dans un esprit de collaboration et de respect mutuel »

- Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques. [Stratégie gouvernementale de développement durable 2015-2020](#). Québec, 2015, p. 13 et 14 (**Pièce GP-31**)
- [Décret 512-2021 Concernant le report de l'exercice de révision générale de la stratégie gouvernementale de développement durable et la directive sur la mise à jour du document visé à l'article 15 de la Loi sur le développement durable](#), (2021) 16 Gaz. Officielle II, 2096. (Révision de la stratégie reportée en 2022). [**Onglet 30**]

79) Hydro-Québec elle-même fait d'ailleurs de la création « avec les nations et communautés autochtones de nouveaux partenariats durables et mutuellement avantageux, dans le respect des valeurs et de la culture de toutes les parties » l'un des douze piliers de son plan de développement durable. Rappelons que l'adoption d'un tel plan est pour Hydro-Québec une obligation en vertu de l'article 15 de la *Loi sur le développement durable*.

- Hydro-Québec, [S'inspirer d'hier; préparer demain : Plan de développement durable 2020-2024](#), p. 14 (**Pièce GP-32**)

Voir aussi les énoncés politiques d'Hydro-Québec concernant ses relations avec peuples autochtones, le respect de leurs droits et l'instauration d'un partenariat d'affaire avec eux : **Pièces GP-5 et GP-6**

80) Tout cela démontre qu'une juste considération des droits et préoccupations des peuples autochtones est indissociable de l'exercice des fonctions de la Régie dans une perspective de développement durable tel que requis par l'article 5 LRÉ. La Régie ne devrait approuver que les grilles soumises par Hydro-Québec qu'après s'être assuré qu'elles valorisent la participation des Premières Nations aux appels d'offres.

L'équité au plan individuel et collectif

81) Enfin, l'article 5 LRÉ commande que, dans l'exercice de ses fonctions, la Régie « favorise la satisfaction des besoins énergétiques [...] dans une perspective [...] d'équité au plan individuel comme au plan collectif. »

82) L'APNQL souligne que cette obligation de la Régie porte explicitement sur la satisfaction des besoins énergétiques. Il s'agit de l'objet de la présente phase 3 du dossier R-4110-2019 dans son ensemble.

83) Cette dernière exigence de l'article 5 ne peut se traduire par l'approbation de grilles de soumissions et de pondération plaçant les communautés autochtones sur un pied d'égalité purement formelle avec les municipalités et les MRC en les réduisant toutes deux au rang de « milieux locaux ».

84) En effet, les Municipalité et les MRC ont contrairement au Premières Nations la faculté de se financer en émettant des obligations garanties par le Gouvernement du Québec.

➤ DSS MR, par. 39

85) Un traitement formellement égal a donc pour seul effet de favoriser les municipalités et les MRC et de priver de toute portée l'inclusion des intérêts et préoccupations des Premières Nations, ce qui contredit les exigences de l'article 5 LRÉ concernant l'intérêt public, le respect des objectifs des politiques énergétiques et le perspective développement durable et l'équité.

86) Au contraire, l'exercice par la Régie de ses compétences exclusives doit se solder par l'approbation de grilles de sélection et pondération conçues de manière à valoriser la participation des Premières Nations.

87) En définitive, les textes de loi, les politiques et les décisions de la Régie indiquent clairement que la Régie peut et doit, modifier les grilles proposées par Hydro-Québec pour tenir compte des réalités autochtones.

L'IMPACT DE L'OBLIGATION DE CONSULTER ET D'ACCOMODER

Finalité de l'obligation de consulter et d'accommoder

88) Tel qu'il sera démontré plus bas, il ne fait aucun doute qu'Hydro-Québec avait une obligation de consulter et d'accommoder les Premières Nations du Québec lors de l'élaboration de ses grilles de sélection et pondération qu'elle soumet maintenant à l'examen de la Régie.

89) En effet, la preuve de l'APNQL révèle que la Couronne—représentée en l'espèce par son mandataire Hydro-Québec—a connaissance de revendications et droits des Premières Nations visant la quasi-totalité du territoire québécois.

90) L'obligation de consulter découle de l'honneur de la Couronne, qui est toujours en jeu lorsque la Couronne traite avec les peuples autochtones, qui « étaient déjà ici à l'arrivée des Européens [et] n'ont jamais été conquis ». Elle a pour but d'assurer de façon intérimaire la protection des droits des Premières

Nations aux terres et aux ressources entre le moment où ces droits sont revendiqués et celui où ils sont consacrés par une décision judiciaire ou un traité. Elle préserve ainsi la possibilité pour les Premières Nations de choisir la manière dont les terres et les ressources seront développées. Cette faculté de choisir leur permettra d'éviter que les ressources soient accaparées par les Autochtones avant que leurs revendications puissent être tranchées.

- [Nation haïda c. Colombie-Britannique \(Ministre des Forêts\)](#), 2004 CSC 73, par. 25; voir aussi par 16, 18-19 et 24 [Onglet 31] (Ci-après, « Haïda »)
- Voir aussi : *Protocole de consultation des Premières Nations du Québec et du Labrador*, p. 10-12, **Pièce GP-33**, et **Pièce GP-34**; [Delgamuukw c. Colombie-Britannique](#), [1997] 3 RCS 1010, par. 167-168 [Onglet 32]; Peter W. Hogg, *Constitutionnal Law of Canada*, feuilles mobiles, Thomson Reuters, Toronto, 2021, p. 28-64 – 28-65 [Onglet 33] (Ci-après, « Hogg »)

91) L'obligation de consulter vise à faire en sorte que les différends entre Premières Nations et la Couronne se règlent par voie de négociation sans qu'il soit fait appel aux tribunaux.

- [Clyde River](#), par 24 [Onglet 21]

92) L'obligation de consulter est également présente dans le cas où une action proposée pourrait porter atteinte à des droits issus de traités tant historiques que modernes.

- [Première nation crie Mikisew c. Canada \(Ministre du Patrimoine canadien\)](#), 2005 CSC 69, par. 55-57 [Onglet 34] (Ci-après, « Mikisew »)
- Hogg, p. 28-73 – 28 - 74 [Onglet 33]
- [Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks](#), 2010 CSC 53, par. 13 et 38 [Onglet 35]

93) Par ailleurs, l'obligation constitutionnelle de consultation et d'accommodement trouve écho dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, endossée par une résolution unanime de l'Assemblée nationale, qui affirme les droits des Premières Nations sur leurs terres et ressources. Les articles 19 et 32 de cette Déclaration prévoient notamment :

« **Article 19 :**

Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés—par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives —avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les

peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. »

« **Article 32** :

1. Les peuples autochtones ont le droit de définir et d'établir des priorités et des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres ou territoires et autres ressources.
2. Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres.
3. Les États mettent en place des mécanismes efficaces visant à assurer une réparation juste et équitable pour toute activité de cette nature, et des mesures adéquates sont prises pour en atténuer les effets néfastes sur les plans environnemental, économique, social, culturel ou spirituel. »

- Pièce GP-2, art. 19 et 32
- Pièce GP-1, p. 1159

Naissance de l'obligation de consulter

94) L'obligation de consulter et d'accommoder naît lorsque trois conditions sont réunies, soit:

- a) la connaissance par la Couronne, réelle ou imputée, de l'existence possible d'une revendication autochtone ou d'un droit ancestral;
- b) l'existence d'une mesure envisagée par la Couronne; et
- c) la possibilité que cette mesure ait un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou un droit ancestral

- [Clyde River](#), par. 25 [**Onglet 21**]
- [Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani](#), 2010 CSC 43, par. 31, 51 [**Onglet 36**] (Ci-après, « Rio-Tinto »)
- [Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique \(Directeur d'évaluation de projet\)](#), 2004 CSC 74, par. 25 [**Onglet 37**] (Ci-après, « Tlingit »)
- [Haïda](#), par. 35 [**Onglet 31**]

95) **Le premier critère**, soit la connaissance, réelle ou imputée, par la Couronne d'une revendication autochtone, n'est pas stricte. Il suffit que la Couronne ait connaissance d'une revendication ou soupçonne raisonnablement que des terres aient été traditionnellement occupées par une collectivité autochtone.

- [Rio Tinto](#), 2010 CSC 43, par. 40 [Onglet 36]
- [Haïda](#), par. 64 [Onglet 31]

96) Il n'est pas nécessaire, pour les fins de l'obligation de consulter que les Premières Nations démontrent le bien-fondé de leurs revendications.

- [Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique \(Forests, Lands and Natural Resource Operations\)](#), 2017 CSC 54, par. 78, 80 [Onglet 38] (Ci-après « Ktunaxa »)
- [Tlingit](#), par. 21, 24 [Onglet 37]
- [Haïda](#), par. 26-27, 31-34 et 37 [Onglet 31]

97) En l'espèce, la quasi-totalité du territoire du Québec fait l'objet de traités ou est l'objet de revendications de la part de peuples autochtones.

- DSS GP, par. 32-45

98) À titre d'exemple, les droits sur le territoire de certaines Nations, telles que les Algonquins et les Hurons-Wendats ont été discutés par la Cour suprême qui les a reconnus dans la mesure où cela était nécessaire pour trancher les affaires dont elle était saisie.

- [R. c. Côté](#), [1996] 3 RCS 139, par. 61 [Onglet 39]
- [R. c. Sioui](#), [1990] 1 RCS 1025, 1070-1071 (le territoire d'exercice des droits issus du Traité de 1760) [Onglet 40]

99) Impossible dans un tel contexte, de prétendre qu'Hydro-Québec n'était pas au courant de ces revendications.

- [Rio Tinto](#), par. 40 [Onglet 36]

100) Dans certains cas, les droits des Premières Nations font l'objet de traités. D'autres, font l'objet d'ententes et de négociations afin de conclure un traité. Hydro-Québec ne peut prétendre ignorer ces traités et revendications.

- Pièce GP-20
- Pièce GP-24
- Pièce GP-29
- [Rio Tinto](#), par. 40 [Onglet 36]

101) Plusieurs autres revendications sont publiées sur les sites internet des Premières Nations qui les ont formulées, ainsi que sur le site du *Système d'information sur les droits ancestraux et issus de traités* ([SIDAIT](#)).

➤ DSS GP, par. 37, 38, 40, 41 et 43

102) Enfin, la Régie de l'énergie a déjà traité de revendications couvrant la quasi-totalité du territoire québécois dans une affaire où Hydro-Québec était partie. Cette allégation a été reproduite en entier dans la décision de la Régie.

➤ [D-2006-166](#), p. 18-19 [Onglet 15]

103) Dans les circonstances, une personne raisonnable aurait pu s'attendre à ce qu'Hydro-Québec fasse preuve d'un minimum de diligence afin de se renseigner sur l'état de ces revendications.

104) Bref, Hydro-Québec a une connaissance réelle ou imputée du fait que la quasi-totalité du territoire Québécois fait l'objet de traités de droits et de revendication de la part des Premières Nations.

105) **Le second critère**, soit l'existence d'une « mesure gouvernementale » doit lui aussi être appliqué suivant une approche généreuse fondé sur la finalité

➤ [Rio Tinto](#), par. 43 [Onglet 36]

106) La Régie a déjà décidé que l'évaluation d'une grille d'appel d'offres pouvait constituer une mesure gouvernementale susceptible de donner naissance à l'obligation de consulter.

« Sur la naissance de l'obligation, par opposition à son contenu, la Régie conclut que l'APNQL a rempli son fardeau de preuve par la démonstration non contredite de la connaissance, à tout le moins par imputation, de l'existence potentielle de droits autochtones par la preuve des revendications territoriales des Innus, des Mi'gmaq et des Malécites sur le territoire québécois et ce sans que la Régie soit appelée à se prononcer sur leur portée ou sur leur validité. Il en est de même à l'égard d'une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable par le décret 926-2005 ordonnant l'attribution d'un bloc d'énergie éolienne de 2 000 MW par appel d'offres du Distributeur. L'impact d'une telle allocation de ressources doit être suffisante pour permettre à l'APNQL de rencontrer le test de l'arrêt Nation Haïda »

[Nous soulignons]

➤ [D-2006-166](#), p. 20 [Onglet 15]

107) Cette décision de la Régie est d'ailleurs au diapason de la jurisprudence de la Cour suprême.

108) En effet, pour satisfaire à ce critère, une mesure doit être considérée par la Couronne fédérale ou provinciale.

- [Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge inc.](#), 2017 CSC 41, par.50-53 [Onglet 41] (Ci-après, « Chippewas »)
- [Haïda](#), par. 53 [Onglet 31]
- Hogg, 28-68 - 28-69 [Onglet 33]

109) Les sociétés d'État mandataires de la Couronne sont assimilées à celle-ci, et partagent son obligation de consulter.

- [Rio Tinto](#), par. 81 [Onglet 36]
- Jack Woodward, *Native Law*, feuilles mobiles, Toronto, Thomson Reuters, 2021, p.5-92 [Onglet 42] (Ci-après, « Woodward »)

110) Hydro-Québec est une société d'État et, comme telle, est astreinte à une obligation d'agir honorablement envers les Premières Nations et de les consulter lorsqu'elle considère une mesure pouvant avoir des effets négatifs sur les droits des Première Nations.

- [Loi sur Hydro-Québec](#), RLRQ c. H-5, art. 3.1.1, 3.2, 3.3, 4.0.1 [Onglet 43]

111) Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que la mesure gouvernementale en cause ait un effet immédiat sur les terres et ressources de Premières Nations. Des « décisions stratégiques prises en haut-lieu » peuvent parfois déclencher l'obligation de consulter.

- [Clyde River](#), par. 25 [Onglet 21]
- [Rio Tinto](#), par. 44 [Onglet 36]
- Woodward, p.5-77 [Onglet 42]

112) En effet, pour être efficace le processus de consultation et d'accommodation doit débuter dès la phase inchoative du projet qui en fait l'objet. Elle ne doit se terminer qu'avec la complétion du projet.

- Jack Woodward, p.5-76 [Onglet 42]

113) De plus, la consultation est un processus continu et itératif. Le fait que le fait qu'une Première Nation puisse avoir une opportunité ultérieure de se faire entendre ne libère en rien la Couronne de son obligation dès lors que les trois critères donnant naissance à l'obligation sont remplis.

- [Clyde River](#), par. 24 [Onglet 21]
- [Mikisew](#), par. 49-52 [Onglet 34]
- [Tlingit](#), par. 45 et 46 [Onglet 37]

114) En l'espèce, il est incontestable que le processus menant à la création des grilles de sélection et de pondération constitue bien une « mesure » pouvant donner lieu à l'obligation de consulter.

115) La Cour suprême fournit plusieurs exemples de décisions stratégiques donnant lieu à l'obligation de consulter.

116) D'une part, elle cite la décision *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)* de la Cour fédérale confirmée par la Cour d'appel fédérale, où l'obligation de consulté est déclenché par la simple « création d'un processus d'examen relativement à un gazoduc important. »

- [Rio Tinto](#), par. 44 [Onglet 36]
- [Première Nation Dene Tha' c. Canada \(Ministre de l'Environnement\)](#), 2006 CF 1354, par. 108 [Onglet 45]
- [Canada \(Environnement\) c. Première nation Dene Tha'](#), 2008 CAF 20, par. 6-8

117) La Cour suprême a également écrit que « l'examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province » était un exemple de décisions donnant naissance à l'obligation de consulter et d'accommoder.

- [Rio Tinto](#), par. 44 [Onglet 36]

118) L'« examen approfondi des besoins d'infrastructure et de capacité de transport d'électricité d'une province » mentionné par la Cour suprême dans l'arrêt *Rio Tinto* constitue une mesure aux effets beaucoup moins immédiats que l'élaboration de grilles de sélection et pondération dont il est question dans le présent dossier.

119) En conséquence, il est indubitable que l'élaboration de grilles de sélection et pondération par Hydro-Québec qui déterminera quels projets pourraient faire l'objet de soumissions, avec la possibilité de réussite constitue bel et bien une mesure de la Couronne. Cette mesure est distincte d'un éventuel engagement contractuel, d'un éventuel octroi d'un droit d'occupation par un fournisseur d'électricité de terres publiques et de l'éventuelle construction d'infrastructures de production d'électricité.

120) Finalement, **le troisième critère**, soit la possibilité que la mesure considérée par la Couronne ait un effet préjudiciable sur un droit ou une revendication autochtone, est satisfait par la démonstration d'un lien de

causalité entre la décision envisagée et un effet préjudiciable éventuel. Ce critère doit comme les précédents être approché de façon généreuse et en fonction de sa finalité.

➤ [Rio Tinto](#), par. 45, 46

121) L'effet préjudiciable appréhendé doit toucher l'exercice futur des droits des Premières Nations. Il n'est pas nécessairement physique et peut comprendre une « modification structurelle de la gestion d'une ressource. » Le contrat par lequel la Couronne se départit d'une terre ou du contrôle d'une ressource peut donner lieu à l'obligation de consulter dans la mesure où la Couronne se prive du même coup de la faculté de s'assurer que « la ressource soit exploitée dans le respect des intérêts autochtones, conformément à l'honneur de la Couronne », ce qui affecte assurément l'exercice futur du droit des Premières Nations.

➤ [Rio Tinto](#), par. 47 [Onglet 36]

122) En l'espèce, la proposition de grilles soumise par Hydro-Québec à l'examen de la Régie a des effets délétères et durables sur les droits revendiqués par les Premières Nations du Québec.

123) En effet, tel que démontré par la preuve de l'APNQL, les décisions prises par Hydro-Québec lors de la conception de ces grilles sans l'intervention de la Régie garantissent pratiquement que les soumissionnaires des Premières Nations seront dans l'impossibilité d'obtenir les contrats envisagés par Hydro-Québec que ce soit par elles-mêmes ou en partenariat avec des investisseurs privés.

124) En conséquence, des contrats renouvelables de fourniture d'électricité seront accordés pour des décennies à des soumissionnaires qui réaliseront des projets énergétiques et exploiteront des ressources énergétiques situées sur des terres faisant l'objet de revendications ou de traités. Durant cette période, les Premières Nations seront exclues, par la structure même des appels d'offres, des bénéfices découlant de ces activités.

➤ DSS MG, par. 19

125) Or, le nombre d'emplacements optimaux pour la réalisation de projets énergétiques est limité. Chaque projet réalisé réduit le nombre de sites optimaux qui seront disponibles pour les projets des Premières Nations advenant que celles-ci parviennent à faire valoir leurs droits. Les décisions prises par Hydro-Québec lors de la conception des grilles de sélection et pondération risquent donc de priver, pour longtemps, les Premières Nations de la possibilité d'exploiter ces sites et de participer au développement des ressources énergétiques.

- DSS MG, par. 19

126) Le régime réglementaire présentement en vigueur, réservant à Hydro-Québec le quasi-monopole de la distribution d'électricité au Québec (et par conséquent de sa vente), fait de plus en sorte que l'existence de projets de soumissionnaires allochtones empêchera les Premières Nations de développer leur propre secteur énergétique, le domaine étant occupé par les promoteurs allochtones. Les Premières Nations seront contraintes d'attendre l'éventuelle ouverture, dans un avenir indéterminé, de nouveaux appels d'offres.

Contenu de l'obligation de consulter

127) Le contenu de l'obligation de consulter varie, cependant, au minimum, la Couronne doit mener les consultations de bonne foi, de manière appropriée et avec la volonté « de tenir compte réellement des préoccupations [des autochtones] ».

- [Ktunaxa](#), par. 80, 81 [Onglet 38]
- [Clyde River](#), par. 20 [Onglet 21]
- [Tlingit](#), par. 25, 29 [Onglet 37]
- [Haïda](#), par. 24, 37, 41, 42, 43, 45 [Onglet 31]

128) La Couronne doit être prête à modifier la mesure qu'elle envisage en fonction des renseignements obtenus lors des consultations, pour accommoder les droits et revendications des Premières Nations. Comme le fait remarquer la Cour suprême à l'unanimité :

« La consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens. Le processus envisagé ne consiste pas simplement à donner aux Mikisew l'occasion de se défouler avant que la ministre fasse ce qu'elle avait l'intention de faire depuis le début. »

- [Mikisew](#), par. 54 [Onglet 34]
- Accord :
- [Ktunaxa](#), par. 80 [Onglet 38]
 - [Tlingit](#), par. 29 [Onglet 37]
 - [Haïda](#), par.46-47 [Onglet 31]

Les conséquences du manquement d'Hydro-Québec à son obligation de consulter

129) De son propre aveu, et bien qu'elle invoque « une consultation réalisée en 2020 auprès de l'industrie énergétique au Québec », Hydro-Québec n'a tenue

aucune consultation avec les Premières Nations du Québec avant de soumettre ses grilles de sélection et de pondération à la Régie. En fait, Hydro-Québec nie jusqu'à l'existence d'une obligation de consulter dans le présent dossier.

- [B-0211](#), réponse aux questions 1.1 et 1.2
- Pièce GP-7
- DSS MR, par. 47
- DSS MG, par. 20

130) Ce manquement étant établi, Hydro-Québec ne peut y remédier en s'assurant que les promoteurs privés discutent avec les Premières Nations susceptibles d'être touchées.

- [Clyde River](#), par. 39 [Onglet 21]

131) Le manquement de la Couronne à son obligation de consulter peut entraîner, entre autres, la cassation par les tribunaux de la mesure prise sans consultation suffisante, la tenue d'une consultation sous la surveillance des tribunaux, la délivrance d'une injonction et le versement d'une indemnisation pécuniaire.

- Olthuis Kleer Townshend LLP, *Aboriginal Law Handbook*, 5ème éd., Toronto, Thomson Reuters, 2018, p.167-168 [Onglet 44]

132) C'est d'ailleurs ce qui est arrivé dans les affaires Clyde River et Rio Tinto, où des régulateurs énergétiques ont autorisé des projets sans s'être auparavant assurée que les peuples autochtones avaient été adéquatement consultés.

- [Clyde River](#), par. 32 [Onglet 21]
- [Rio Tinto](#), par. 49 [Onglet 36]

Le rôle et les responsabilités de la Régie en relation avec l'obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder

133) L'APNQL ne demande pas à la Régie de se livrer maintenant à des consultations. En effet, elle soutient que la présente instance ne peut tenir lieu de consultation. Par ailleurs, l'APNQL n'est pas une Première Nation dont la participation au présent dossier puisse tenir lieu de consultation.

- DSS GP, par. 10 à 12

134) Bien qu'un tribunal administratif puisse être chargé de mener des consultations, une exigence cruciale n'a pas été satisfaite dans le présent dossier. En effet, il n'a pas été clairement indiqué aux Premières Nations que

l'obligation d'Hydro-Québec serait acquittée dans le cadre de la présente instance par l'intermédiaire de la Régie.

- [Chippewas](#), par. 44 [Onglet 41]
- [Clyde River](#), par. 23 [Onglet 21]
- [Rio Tinto](#), par. 56-57 [Onglet 36]

135) De plus, le fait que la Régie ait choisie de traiter la phase 3 sur dossier plutôt que par audience publique indique également que le présent processus ne peut pas faire office de consultation.

- [Chippewas](#), par. 52 [Onglet 41]

136) En conséquence, la présentation de la preuve et de l'argumentation de l'APNQL à la Régie ne peut équivaloir à une consultation.

137) Cependant, la Régie est investie du pouvoir de constater le manquement d'Hydro-Québec à son obligation constitutionnelle et a le devoir de rendre sa décision sur la présente demande en conséquence.

138) La Régie de l'énergie a déjà statué qu'elle « ne pouvait, dans l'exercice de ses fonctions de régulation économique, assumer une obligation de consultation et d'accommodement particulière aux Premières nations. » En effet, elle considère qu'elle « n'est pas investie d'un pouvoir de surveillance sur la Couronne afin de s'assurer que celle-ci respecte ses obligations constitutionnelles envers les autochtones »

- [D-2007-59](#), p.8-10 [Onglet 17]

139) Cette approche n'est plus conforme aux enseignements du plus haut tribunal du pays et doit être abandonnée. Suivant le test désormais établi par la Cour suprême, la Régie est habilitée et tenue de statuer sur le respect par Hydro-Québec de son obligation de consulter et d'accommoder. Ce test comporte deux critères, tous deux remplis par la Régie ; elle est habilitée à traiter de questions de droit et elle a le pouvoir d'accorder une réparation.

- [Rio Tinto](#), par. 58 [Onglet 36]

140) La Régie de l'énergie est implicitement investie par le législateur du pouvoir de trancher des questions de droit, y compris les questions de nature constitutionnelle.

- [D-2007-59](#), p. 8 [Onglet 17]
- [D-2006-166](#), p. 16 [Onglet 15]

141) Il ne fait par ailleurs aucun doute que le cinquième paragraphe de l'alinéa premier de l'articles 31, les seconds alinéas des articles 34 et 35 de la LRÉ accordent à la Régie le pouvoir d'accorder une réparation appropriée dans l'exercice de ses compétences exclusives.

➤ [D-2012-162](#), par. 107 [Onglet 47]

142) En conséquence, la Régie de l'énergie est donc investie du pouvoir de statuer sur le respect ou non-respect par Hydro-Québec de son obligation constitutionnelle de consulter et d'accommoder lors de la conception de ses projets de grilles de sélection et pondération.

- [R. c. Conway](#), 2010 CSC 2, par. 68, 77, 78, 81, 82 [Onglet 48]
- [Nouvelle-Écosse \(Workers' Compensation Board\) c. Martin](#), 2003 CSC 54, par. 32, 36 [Onglet 49]
- [D-2006-166](#), p. 16 [Onglet 15]
- [Paul c. Colombie-Britannique \(Forest Appeals Commission\)](#), 2003 CSC 55, par. 36, 39 [Onglet 50]

143) C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour suprême a décidé dans les affaires Chippewas et Clyde River, mettant toutes deux en cause l'Office national de l'énergie, un tribunal chargé, comme la Régie, de régulation économique.

- [Chippewas](#), par. 34 et 37 [Onglet 41]
- [Clyde River](#), par. 36 et 37 [Onglet 21]

144) Bref, en tant que décideur ultime en ce qui concerne les grilles de sélection et de pondération, la Régie doit se demander si Hydro-Québec s'est acquitté de son obligation de consulter. Tel que démontré plus haut (par. 129-130) ce n'est manifestement pas le cas.

➤ [Clyde River](#), par. 36 [Onglet 21]

145) En conséquence de ce manquement, la Régie ne devrait pas accorder les approbations demandées par Hydro-Québec.

➤ [Clyde River](#), par. 39 [Onglet 21]

146) Toutefois, dans la mesure où Hydro-Québec est contrainte par les règlements du Gouvernement de débiter ses appels d'offres pour le 31 décembre 2021 et dans la mesure où la Régie doit faciliter le respect de ces exigences, l'APNQL suggère respectueusement à la Régie qu'il y a lieu en l'espèce de faire preuve de souplesse.

RECOMMANDATIONS ET CONCLUSIONS DE L'APNQL

- 147) L'APNQL demande à la Régie de ne pas approuver les grilles de sélection et pondération soumises par Hydro-Québec, à moins que ces grilles ne soient modifiées conformément aux propositions présentées dans sa **Pièce MR-2**, reproduite en annexe.
- 148) Ces propositions reprennent les grilles soumises par Hydro-Québec en les adaptant afin de valoriser la participation des Premières Nations aux appels d'offres.
- 149) Dans l'ensemble, ces propositions de grilles favorisent un partenariat équitable et bénéfique entre les Premières Nations et les instances locales dans le développement des ressources naturelles des territoires et régions.
- 150) Les grilles proposées par l'APNQL comportent un total de plus de 110 points. Cependant, ce plus grand nombre de point n'est pas problématique et, subsidiairement, le nombre de points dans chaque grille pourrait être ramené à 100 au moyen d'opérations mathématiques relativement simples.
- 151) Ainsi, **la nouvelle grille régissant le bloc de 480 MW renouvelable** accorde 6 points au critère de l'appui du milieu local.
- 152) Ce critère est divisé en deux sous-critères représentant 3 points chacun. Le premier de ces sous-critères valorise l'appui du milieu local, sans les Premières Nations.
- 153) Le second sous-critère valorise spécifiquement l'appui des communautés autochtones.
- 154) Le critère de la « Participation du milieu local à hauteur d'environ 50 % » est similairement modifié. Plutôt qu'un critère global, l'APNQL propose deux sous-critères valorisant, pour l'un, la participation à 25 pour cent des municipalités et des MRC, et pour l'autre, celle, toujours à 25 pour cent des communautés autochtones.
- 155) Ce critère pourrait évidemment être ajusté pour tenir compte de la définition changeante du milieu local, suivant les décrets gouvernementaux.
- 156) Compte tenu des modifications précédentes, l'APNQL croit qu'il y a lieu de réduire la pondération du critère « retombées économiques » de 8 points à 4 points.
- 157) La nouvelle grille accorde 5 points à chacun des nouveaux critères, ce qui, selon la Régie, constitue le minimum pour que ces critères maintiennent une certaine importance.

➤ [D-2004-212](#), p. 22 [Onglet 10]

- 158) **La nouvelle grille régissant le bloc de 300 MW d'énergie éolienne** accorde 6 points au critère de l'appui du milieu local.
- 159) Comme c'était le cas pour la grille de 480 MW, ce critère est divisé en deux sous-critères représentant 3 points chacun. Le premier de ces sous-critères valorise l'appui du milieu local, sans les Premières Nations, c'est-à-dire, l'appui des municipalités et des MRC.
- 160) Le second sous-critère valorise spécifiquement l'appui des communautés autochtones.
- 161) Il y a également ajout, comme indicateurs à caractère social, de deux sous-critères valorisant, pour l'un, la participation à 25 pour cent des municipalités et des MRC, et pour l'autre, celle, toujours à 25 pour cent des communautés autochtones.
- 162) La nouvelle grille accorde 5 points à chacun des nouveaux critères.
- 163) Il est à noter que les grilles proposées ne sont aucunement en contravention des décrets et règlements cités par le distributeur dans la pièce B-0191, ou par la Loi. Au contraire, l'approche de l'APNQL est fidèle à la finalité des décrets du gouvernement et permet de donner plein effet aux responsabilités et aux compétences exclusives de la Régie suivant les articles 5, 31, 72 et 74.1 LRÉ.
- 164) Dans cet optique, l'APNQL rappelle que la Régie doit exercer de manière indépendante ses compétences en ce qui concerne le plan d'approvisionnement et les appels d'offres d'Hydro-Québec. Le cadre réglementaire prévoit que la Régie « tient compte » (« shall consider ») des préoccupations exprimées par décret. En fin de compte, c'est la Régie qui décide et pour le faire de manière régulière, elle doit se pencher sur l'ensemble de la preuve et de ses obligations constitutionnelles, statutaires et réglementaires.
- 165) Le Décret 916-2021 tel que modifié par le décret 1442-2021 ne prescrit pas un traitement uniforme pour toutes les entités faisant partie du milieu local. (Voir par. 51, ci-dessus)
- 166) Telles que proposées par Hydro-Québec, les grilles de sélection et pondération priveraient tout effet utile l'inclusion des Premières Nations parmi les entités constituant le milieu et la collectivité locale dans le décret 906-2021, tel que modifié.

167) En effet, dans leur état actuel, ces grilles présenteraient aux soumissionnaires un ensemble de partenaires potentiels parmi lesquels ils peuvent choisir celui qui leur convient.

168) Cette égalité apparente entre les Premières Nations et les autres acteurs du milieu local ne trouverait cependant pas écho dans la réalité.

169) Comme le démontre la preuve de l'APNQL, les municipalités et les MRC disposent d'options de financement avantageuses auxquelles les Premières Nations n'ont pas accès.

➤ DSS MR, par. 39

170) Les soumissionnaires préféreront ainsi faire affaire avec ces entités plutôt qu'avec les Premières Nations. Les grilles proposées par Hydro-Québec sanctionnent ce biais.

171) Elles permettent ainsi aux soumissionnaires de ne s'associer que des municipalités et des MRC et d'ignorer complètement les Premières Nations.

172) De même, les grilles proposées par Hydro-Québec ne respectent ni la perspective de développement durable ni les objectifs des politiques énergétiques du gouvernement qui doivent guider l'exercice des compétences de la Régie en vertu de l'article 5 LRÉ et qui demandent toutes deux qu'une place soit faite aux Premières Nations dans le secteur de l'énergie.

173) Toutes les modifications proposées par l'APNQL permettraient d'éviter que les Premières Nations ne soient marginalisées par les soumissionnaires dans le processus d'appels d'offres d'Hydro-Québec.

174) En revanche, les propositions de grilles de l'APNQL obligeraient tout soumissionnaire désireux d'obtenir le maximum de points à s'associer avec une municipalité, une MRC (ou toute autre entité visée par le décret modifié) **et** une Première Nation. Toutes deux se verraient reconnaître comme des partenaires incontournables du développement énergétique au Québec.

175) Il serait ainsi donné une portée réelle au principe de développement durable et à celui du respect des politiques énergétiques du gouvernement.

176) Enfin, les modifications aux appels d'offres proposées par l'APNQL favoriseraient le développement socio-économique des Premières Nations qui accusent un retard significatif dans ces domaines.

177) Toujours, dans cet esprit, l'APNQL suggère à la Régie de spécifier que les 5 700 \$ par KWh qui, suivant le Décret 906-2021, devraient être versés à la « collectivité locale » soient partagés équitablement entre les Premières

Nations et les municipalités ou MRC partageant l'administration des territoires où se réaliseront les projets éoliens.

178) Pour tous ces motifs, plaise à la Régie de l'Énergie :

DE :

- **Demander**, à l'avenir, à Hydro-Québec de s'acquitter adéquatement de son obligation de consulter et d'accommoder lorsqu'elle soumet à la Régie des mesures pouvant porter atteinte aux droits des Premières Nations
- **Refuser** d'approuver les grilles de sélection et pondération proposées par Hydro-Québec;
- **Remplacer**, les grilles de sélection et pondération soumises par Hydro-Québec par les grilles de sélection et pondération soumises par l'APNQL dans sa **Pièce MR-2**, en annexe;
- **Spécifier**, pour l'appel d'offres concernant le bloc de 300 MW d'énergie éolienne, que la somme de 5 700 \$ par kwh devant être versé à la « collectivité locale » aux termes du décret 906-2021 devra être équitablement partagée entre les collectivités des Premières Nations et les collectivités non-autochtones qui administrent le territoire;
- **Rendre** toute autre décision qu'elle juge appropriée;
- **Ordonner** à Hydro-Québec de payer les frais de l'intervention de l'APNQL.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS,

Montréal, le 30 novembre 2021

(s) Franklin Gertler Étude Légale

FRANKLIN GERTLER ÉTUDE LÉGALE

par : Me Franklin S. Gertler

Me Hadrien Burlone

Aldred Building
507 Place d'Armes, bureau 1701
Montréal (Québec)
H2Y 2W8

T : (514) 798-1988
F : (514) 798-1966
M : (514) 942-9309
franklin@gertlerlex.ca
hburlone@gertlerlex.ca