

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2014-095

R-3878-2014

5 juin 2014

PRÉSENTS :

Lise Duquette
Gilles Boulianne
Louise Pelletier
Régisseurs

Énergie Brookfield Marketing S.E.C.

Demanderesse

et

Hydro-Québec

Mise en cause

Décision

Demande en révision de la décision D-2014-017

1. CONTEXTE

[1] Le 1^{er} novembre 2013, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) demande à la Régie de l'énergie (la Régie) d'approuver son plan d'approvisionnement 2014-2023 (le Plan).

[2] Le 25 novembre 2013, la Régie rend sa décision procédurale D-2013-183¹, par laquelle elle donne des instructions en ce qui a trait aux demandes d'intervention devant être déposées par les personnes intéressées à participer à l'étude du dossier.

[3] Le 10 décembre 2013, Énergie Brookfield Marketing S.E.C. (EBM ou la Demanderesse) dépose sa demande d'intervention dans le dossier. À titre de motifs au soutien de son intervention, elle indique ce qui suit aux paragraphes 10 à 13 de sa demande :

« 10. EBM demande d'intervenir au présent dossier à la lumière de ses dernières interventions et participations dans les différents dossiers devant la Régie dont il est fait référence tout d'abord en suivi des décisions rendues par la Régie (notamment la D-2008-076R, la D-2011-162) et en ce qui a trait aux stratégies d'approvisionnement du Distributeur, aux options proposées pour faire face aux surplus d'énergie et aux coûts qui y sont associés;

11. Selon EBM, il y a lieu d'évaluer la gestion des approvisionnements du Distributeur afin de déterminer si elle est optimale et au moindre coût et si d'autres stratégies ne devrait pas être privilégiée;

12. Dans ce contexte, EBM veut s'assurer du respect de l'article 74.1 de la Loi qui prévoit la procédure d'appel d'offres en vue de favoriser l'octroi de contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et des conditions demandées, tel que la Régie l'a réitéré dans le cadre de la décision procédurale du présent dossier (D-2013-183, par. 18);

13. Ainsi, la proposition du Distributeur préconisant de recourir à de l'électricité interruptible (HQD-1, document 1, p. 18 et 19) pour répondre à de nouveaux besoins en puissance, doit être revue pour tenir compte de l'obligation de recourir à des appels d'offres en puissance ».

¹ Dossier R-3864-2013.

[4] À cet égard, le 20 décembre 2013, le Distributeur s'oppose à ce que cet enjeu de l'électricité interruptible soit examiné au dossier sous cet angle puisqu'il s'agit, selon lui, d'une option tarifaire et qu'elle n'a pas à être soumise à la procédure d'appel d'offres.

[5] Le 9 janvier 2014, EBM réplique et soumet des arguments à la Régie pour la convaincre que le sujet de l'appel d'offres pour l'électricité interruptible doit être examiné dans le cadre du dossier. Elle conclut en demandant à la Régie d'être entendue de façon complète sur cet enjeu, incluant le droit de soumettre une preuve pour justifier la position exprimée, ainsi que soumettre un argumentaire juridique à cet égard.

[6] Le 10 février 2014, la Régie rend sa décision procédurale D-2014-017 (la Décision), par laquelle elle indique qu'elle n'entend pas traiter l'enjeu de l'appel d'offres pour l'électricité interruptible dans le cadre du Plan. Les paragraphes pertinents de la Décision sont les suivants :

« [35] Selon EBM, le recours à l'électricité interruptible pour répondre à de nouveaux besoins en puissance doit être revu pour tenir compte de l'obligation de procéder à des appels d'offres en puissance, conformément à l'article 74.1 de la Loi.

[36] Pour sa part, le Distributeur soutient que l'électricité interruptible est une option tarifaire et, qu'à ce titre, elle n'a pas à être soumise à la procédure d'appel d'offres. Ce sujet ne devrait donc pas, selon lui, être examiné sous cet angle.

[37] En réplique, EBM s'exprime ainsi :

"[...] l'ensemble des besoins postpatrimoniaux du Distributeur, tel que le stipule l'article 74.1 de la Loi, doit faire l'objet d'un appel d'offres sans discrimination entre les participants intéressés ou encore à l'égard des différentes sources d'approvisionnements incluant les projets d'efficacité énergétique dont l'électricité interruptible. Ainsi, le Distributeur [...] ne peut donc pas ainsi privilégier de recourir notamment à l'option d'électricité interruptible sans offrir cette demande en puissance à l'ensemble des fournisseurs potentiels, incluant les clients industriels sur le même pied d'égalité que l'ensemble de tous les participants."

[38] *La Régie n'entend pas traiter de l'enjeu soulevé par EBM. L'article 74.1 de la Loi prévoit des appels d'offres applicables « à toutes les sources d'approvisionnement de même qu'à des projets d'efficacité énergétique ». Bien que l'électricité interruptible soit un moyen de gestion de la demande en puissance, la Régie est d'avis qu'elle ne constitue pas un « projet » d'efficacité énergétique au sens de la Loi. Elle constitue, au même titre que le tarif bi-énergie, une option tarifaire permettant la gestion de la pointe d'hiver ».*

[7] Le 4 mars 2014, la Demanderesse dépose une demande de révision partielle de la Décision visant ses paragraphes 35 à 38. Elle allègue l'existence de deux vices de fond ou de procédure de nature à invalider la Décision. D'une part, elle plaide le non-respect de la règle *audi alteram partem*, puisqu'elle n'aurait pu être entendue complètement et valablement sur l'application de l'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*² (la Loi). D'autre part, elle prétend que l'interprétation erronée donnée par la Régie à l'article 74.1 de la Loi constitue une erreur manifeste de droit ayant un impact déterminant sur le débat.

[8] En conséquence, EBM demande à la Régie de réviser la Décision de façon à lui permettre de soulever l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'égard du recours à l'électricité interruptible pour répondre aux besoins postpatrimoniaux en puissance dans le cadre du dossier R-3864-2013.

[9] Le 13 mars 2014, la Régie convoque les parties à une audience pour le 3 avril 2014.

[10] Le 27 mars 2014, EBM dépose sa liste d'autorités et son argumentaire.

[11] Le 1^{er} avril 2014, l'AQCIE/CIFQ dépose ses observations au dossier.

[12] À cette même date, le Distributeur dépose son plan d'argumentation et son cahier des autorités.

[13] L'audience a lieu le 3 avril 2014 et la Régie entame son délibéré le jour même.

² RLRQ, c. R-6.01.

2. CADRE LÉGAL

2.1 RÉVISION DES DÉCISIONS DE LA RÉGIE

[14] Avant d'entreprendre l'analyse des motifs de révision de la Décision, il est utile de rappeler le cadre légal à l'intérieur duquel la Régie peut réviser ses propres décisions.

[15] La demande en révision de la Demanderesse est fondée sur les deuxième et troisième paragraphes du premier alinéa de l'article 37 de la Loi :

« 37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue:

1° lorsqu'est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente;

2° lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations;

3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision.

Avant de réviser ou de révoquer une décision, la Régie doit permettre aux personnes concernées de présenter leurs observations.

Dans le cas visé au paragraphe 3°, la décision ne peut être révisée ou révoquée par les régisseurs qui l'ont rendue ».

[nous soulignons]

[16] En matière de révision, la Régie doit, pour y donner ouverture, constater l'existence d'un vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision.

[17] Il est également de jurisprudence constante que la révision ne peut être un moyen déguisé d'appel par lequel la formation en révision substituerait sa propre appréciation des faits à celle de la première formation.

[18] La Régie a souvent cité l'arrêt clé en la matière, soit *Épiciers unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*³, rendu par la Cour d'appel du Québec. Le vice de fond, au sens de l'article 37 de la Loi, doit être sérieux, fondamental et de nature à invalider la décision :

³ [1996] R.J.Q. 608 (C.A.).

« *The Act does not define the meaning of the term “vice de fond” used in Sec. 37. The English version of Sec. 37 uses the expression “substantive... defect”. In context, I believe that the defect, to constitute a “vice de fond”, must be more than merely “substantive”. It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the “vice de fond” must be “... de nature à invalider la décision”. A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under Sec. 37. A simple error of fact or of law is not necessarily a “vice de fond”. The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision* »⁴.

[19] Cet énoncé de principe n’a jamais été remis en question. La jurisprudence ultérieure y a cependant apporté des précisions.

[20] Le juge Fish dans l’arrêt de la Cour d’appel du Québec *Tribunal administratif du Québec c. Godin*⁵ précise :

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

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

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

[nous soulignons]

⁴ *Ibid.*, p. 613-614.

⁵ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, 2003 CanLII 47984 (QC CA).

[21] Par ailleurs, le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire Fontaine⁶ précise la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre :

« [51] [...] Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première. Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif "commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of facts, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions" ».

[22] La Cour ajoute :

« [51] [...] L'interprétation d'un texte législatif « ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique » mais comme « il appart[ient] d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter » un texte, c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir »⁷.

[23] Ainsi, selon la jurisprudence, seule une décision insoutenable en fait ou en droit (*unsustainable finding in either regard*) est révisable.

[24] Si les conditions prévues à l'article 37 de la Loi sont remplies, la Régie aura compétence pour réviser ou révoquer toute décision qu'elle aura rendue et y substituer sa décision, le cas échéant. Toutefois, à l'inverse, si les conditions ne sont pas satisfaites, la Régie n'aura pas compétence pour réviser ou révoquer une décision, sous peine de révision judiciaire⁸.

⁶ *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, C.A. Montréal, n° 500-09-014608-046, 7 septembre 2005, juges Forget, Morissette, Hilton.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), p. 612-613; *Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel et al.*, [2001] R.J.Q. 961 (C.A.), p. 963-964.

[25] Par ailleurs, la révision ne consiste pas à reconsidérer le fondement de la décision qui a été prise pour apprécier à nouveau les faits et rendre une décision plus appropriée⁹. La demande en révision n'est pas l'occasion de parfaire sa preuve ou d'obtenir une seconde chance dans le cadre du traitement d'un dossier.

[26] Finalement, le fardeau d'établir l'erreur et son caractère fondamental ou fatal repose sur la demanderesse en révision.

3. LES MOTIFS DE RÉVISION

3.1 LES ARGUMENTS DE LA DEMANDERESSE

[27] La Demanderesse invoque les paragraphes 2 et 3 du premier alinéa de l'article 37 de la Loi.

[28] Le premier motif est le non-respect de la règle *audi alteram partem*. La Demanderesse allègue qu'elle n'a pu complètement et valablement être entendue sur l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible dans le cadre du dossier du Plan.

[29] Le deuxième motif est l'existence d'un vice de fond vue l'interprétation erronée donnée par la Régie de l'article 74.1 de la Loi qui constitue une erreur manifeste de droit ayant un impact déterminant sur le débat.

⁹ D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, 2010, Publications CCH Ltée, p. 2, 440; Y. OUELLETTE, *Les Tribunaux administratifs au Canada : Procédure et preuve*, 1997, Les Éditions Thémis Inc., p. 507-508; *Béland c. Commission de la santé et de la sécurité du travail et al.*, J.E. 94-388 (C.S.), p. 9-11.

3.1.1 ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU

[30] La Demanderesse plaide que la Régie a fait défaut de l'entendre valablement relativement à l'enjeu de l'application de l'article 74.1 de la Loi.

[31] L'application de la règle *audi alteram partem* implique que le tribunal administratif doit permettre aux parties d'apporter tout élément de preuve qui est susceptible d'éclairer le débat.

[32] Selon la Demanderesse, il est bien reconnu que le non-respect de la règle *audi alteram partem* constitue un vice de fond ou de procédure de nature à invalider la décision rendue.

[33] Elle plaide qu'elle n'a pas été en mesure de démontrer de manière complète, par l'administration d'une preuve, que la gestion de l'électricité interruptible est un contrat d'approvisionnement postpatrimonial auquel s'applique l'article 74.1 de la Loi. Ainsi, elle a été dans l'impossibilité de soumettre différents éléments de preuve, de contre-interroger les représentants du Distributeur et de faire valoir l'ensemble de son argumentaire à ce sujet.

[34] Eu égard à l'importance de la disposition législative et des enjeux invoqués, la Demanderesse pouvait légitimement s'attendre à ce que la Régie lui permette de faire une preuve ainsi que de présenter une argumentation juridique à ce sujet.

[35] À cet effet, la Demanderesse, dans sa correspondance du 9 janvier 2014, a spécifiquement demandé à la Régie d'être entendue complètement sur ce sujet avant que la Régie rende une décision sur l'application de l'article 74.1 de la Loi.

[36] À son avis, compte tenu des circonstances du présent dossier, de la pertinence du sujet en matière de gestion des approvisionnements, de l'importance de la disposition législative en cause et de la nature de la question à être tranchée en matière d'équité, de l'impact de la décision sur la poursuite de l'audience, elle allègue qu'une audience formelle incluant preuve et plaidoirie devait s'imposer avant le rejet pur et simple de l'argument qu'elle soulevait.

[37] De plus, selon la Demanderesse, la Décision a un impact définitif et final puisqu'elle se voit dans l'impossibilité d'aborder cet enjeu dans le dossier R-3864-2013. En conséquence, elle se voit dans l'impossibilité de démontrer et d'argumenter que l'octroi de certains approvisionnements postpatrimoniaux ou des différentes stratégies d'approvisionnements du Distributeur ne respectent pas les dispositions de l'article 74.1 de la Loi.

[38] Elle argumente que, bien que la Régie soit maître de sa procédure et qu'elle puisse juger que certaines argumentations peuvent être présentées par écrit, elle doit s'assurer que le débat complet ait lieu, ce qui comprend le fait de permettre aux parties de soumettre des éléments de preuve et l'argumentation juridique lorsqu'il s'agit d'un débat pertinent aux enjeux du dossier et implique l'application d'une disposition de sa Loi. Elle croit donc que la Régie ne pouvait rejeter le sujet en cause sans donner l'opportunité à EBM de lui présenter une preuve et une argumentation complètes.

[39] La Demanderesse fait également valoir que, contrairement à la situation qui prévalait dans le dossier R-3826-2012 où Hydro-Québec dans ses activités de transport avait demandé à la Régie de rejeter la demande de l'AQCIE/CIFQ « sans autres formalités », elle a spécifiquement demandé en l'instance à la Régie, par sa lettre du 9 janvier 2014, de lui donner l'opportunité d'être valablement entendue sur cette question qu'elle considère sérieuse et ayant des répercussions importantes en matière de gestion équitable des approvisionnements postpatrimoniaux et au moindre coût.

[40] Pour ces raisons, elle conclut que la Décision doit être révisée.

3.1.2 INTERPRÉTATION ERRONÉE DE L'ARTICLE 74.1 DE LA LOI

[41] La Demanderesse allègue que la Décision doit également être révisée puisqu'elle comporte des erreurs manifestes de droit ou de faits ayant un effet déterminant ou encore pouvant être qualifiées d'erreurs importantes et sérieuses dans son contenu.

[42] Selon elle, la première erreur commise par la Régie dans la Décision est de ne pas avoir considéré l'application du premier paragraphe de l'article 74.1 de la Loi. EBM soutient que cette erreur constitue une erreur grave de faits et de droit fondamentale et sérieuse.

[43] Selon EBM, l'objectif de cette disposition est d'assurer un traitement équitable et impartial des fournisseurs susceptibles de répondre aux besoins postpatrimoniaux ainsi que d'accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnements.

[44] La Demanderesse soulève également diverses problématiques avec d'autres éléments de la Décision.

[45] En premier lieu, EBM plaide que la Régie n'a pas reconnu que l'électricité interruptible était, en elle-même, une source d'approvisionnement en vertu du deuxième alinéa de l'article 74.1 voulant qu'un traitement égal soit accordé à toutes les sources d'approvisionnements.

[46] En deuxième lieu, EBM croit que la Régie ne pouvait conclure à la non-application de l'article 74.1 de la Loi, puisque l'électricité interruptible est une source d'approvisionnement et que la Régie a elle-même reconnu, au paragraphe 38 de la Décision, qu'il s'agissait d'un moyen de gestion de la demande en puissance.

[47] En troisième lieu, la Régie aurait commis une erreur lorsqu'elle conclut, au paragraphe 38 de la Décision, que l'électricité interruptible constitue, au même titre que le tarif biénergie, une option tarifaire permettant la gestion de la pointe hivernale.

[48] Selon EBM, cette conclusion de la Régie est contredite par la preuve déposée par le Distributeur. Ainsi, il y aurait une distinction fondamentale entre le tarif biénergie et l'électricité interruptible puisque, dans ce dernier cas, la gestion de cette source d'approvisionnement est sous le contrôle du Distributeur. Ce contrôle lui permet d'inclure l'électricité interruptible dans son bilan en puissance, tout comme la contribution en puissance des marchés de court terme.

[49] Selon la Demanderesse, l'interprétation selon laquelle l'électricité interruptible n'est qu'une option tarifaire comme la biénergie constitue une erreur importante et sérieuse justifiant la révision de la Décision.

[50] En conclusion, étant donné que la formation initiale, dans sa Décision, n'a pas considéré la notion de « contrat d'approvisionnement » et les décisions rendues par la Régie sur cette expression en vertu du premier paragraphe de l'article 74.1 de la Loi, qu'elle n'a pas considéré l'électricité interruptible comme étant une source d'approvisionnement et que c'est à tort qu'elle a conclu que l'électricité interruptible n'était qu'une option tarifaire comme la biénergie, EBM soumet respectueusement que la Décision est entachée de vices de fond de nature à l'invalider.

3.2 LES ARGUMENTS DU DISTRIBUTEUR

3.2.1 ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU

[51] En ce qui a trait à l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible, le Distributeur plaide qu'EBM a été pleinement entendue et a eu l'opportunité de soumettre cet enjeu à la considération de la Régie dans le cadre du Plan, tant au moyen de sa demande d'intervention que de sa réplique.

[52] Selon le Distributeur, la question découlant de la demande de révision consiste à examiner la portée des droits d'un intervenant dans le cadre d'un dossier réglementaire ainsi que la discrétion que confère la Loi à la Régie relativement aux sujets à être abordés.

[53] Il indique en premier lieu que la règle *audi alteram partem* n'implique pas qu'une audition orale soit toujours accordée. Il souligne également que le droit d'être entendu est une norme variable dont l'intensité dépend d'un certain nombre de facteurs énumérés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Baker¹⁰.

[54] En ce qui a trait au premier facteur à considérer selon la Cour suprême du Canada, soit la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir, le Distributeur plaide que la nature de la décision recherchée par EBM et qui fait l'objet de la demande de révision consiste à introduire un sujet précis dans l'étude au mérite du Plan.

¹⁰ *Baker c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[55] Ainsi, le seul droit qu'avait EBM était celui de faire la démonstration de son droit d'intervenir et, accessoirement, de faire la démonstration de la pertinence et de l'opportunité des enjeux qu'elle souhaitait aborder dans le cadre du dossier.

[56] Selon le Distributeur, la Demanderesse, contrairement à sa prétention, a été pleinement entendue à cet égard selon le processus qui avait été fixé. EBM a pu faire valoir ses arguments relativement à son droit d'intervention général, ainsi qu'à l'opportunité d'aborder certains sujets alors que la Régie lui a non seulement permis de faire une demande d'intervention mais lui a également accordé un droit de réplique.

[57] C'est à l'étape de la réplique qu'EBM aurait dû faire valoir tous ses arguments. Somme toute, EBM s'est vu accorder plus de droits que la Loi et le *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*¹¹ (le Règlement) ne lui en accordent, et elle ne peut s'en plaindre maintenant.

[58] La demande en révision d'EBM ne porte pas sur son droit d'intervenir, mais bien sur son droit de forcer l'inclusion d'un enjeu, sujet sur lequel il n'a pas été jugé pertinent, utile ou nécessaire d'accorder une attention dans le dossier du Plan. Selon le Distributeur, la demande d'EBM pourrait être assimilée au droit d'obtenir un jugement déclaratoire.

[59] Le Distributeur s'inscrit en faux à l'égard de la prétention d'EBM selon laquelle la demande d'introduction d'un sujet emporte nécessairement le droit d'administrer une preuve et de plaider de manière détaillée. Le processus envisagé par EBM de faire une audience dans l'audience serait impraticable puisqu'il s'agirait d'une judiciarisation extrême qui rendrait les dossiers beaucoup trop lourds et irait à l'encontre de la définition d'audience publique qui peut être faite tant de vive voix que par écrit.

[60] Le deuxième facteur à considérer est celui de la nature du régime législatif en place. Selon le Distributeur, la Régie n'exerce pas une fonction quasi judiciaire dans le cadre du dossier du Plan, mais plutôt une fonction de régulation, matière en laquelle elle dispose de pouvoirs étendus et d'une autonomie réelle.

¹¹ (2006) 138 G.O. II, 2279.

[61] En l'occurrence, la Régie exerce une fonction quasi législative et son obligation est d'étudier le Plan déposé par le Distributeur. Dans un tel contexte de régulation, la Régie possède une grande latitude dans l'exercice de ses pouvoirs quant à la façon dont elle aborde les dossiers. Il apparaît tout à fait logique et opportun que sa discrétion soit très grande et, lorsqu'elle décide de ne pas aborder un sujet, elle exerce sa discrétion et n'a pas besoin de se justifier outre mesure.

[62] Le raisonnement de la Demanderesse nie le droit de la Régie à exercer une discrétion quant aux sujets qu'elle veut aborder au-delà du Plan déposé.

[63] En ce qui a trait au troisième facteur, soit l'importance des décisions pour les personnes visées, aucune conclusion de la décision finale à venir sur le Plan ne vise EBM. Seuls les droits du Distributeur sont affectés par le processus d'approbation du Plan. La décision finale n'aura que des incidences indirectes sur les intérêts de la Demanderesse, et non sur ses droits, car la Loi ne lui prévoit pas un droit d'obtenir une portion plus grande de l'option d'électricité interruptible.

[64] Pour ce qui est du facteur des attentes légitimes, les seules attentes que peut avoir EBM sont le respect du processus suivi pour déposer une demande d'intervention. En l'occurrence, la procédure a été rigoureusement suivie telle qu'édictée, et même au-delà. Au stade des demandes d'intervention, le processus réglementaire ne peut appuyer la thèse avancée par EBM selon laquelle le droit d'être entendu comporterait également le droit d'administrer une preuve et de plaider.

3.2.2 INTERPRÉTATION ERRONÉE DE L'ARTICLE 74.1 DE LA LOI

[65] La Décision est une décision procédurale portant sur les demandes d'intervention et les sujets à étudier. Il ne s'agit pas d'une décision portant sur l'application de l'article 74.1 de la Loi.

[66] La première formation n'avait aucune obligation de motiver sa Décision de façon aussi détaillée qu'elle l'a fait. Elle l'a néanmoins fait en rejetant l'application de l'article 74.1 sur la base de l'état du droit.

[67] Il est impossible d'arriver à la conclusion que la Régie a rendu une décision insoutenable constituant un vice de fond fatal si sa Décision ne fait que refléter l'état du droit.

[68] Par ailleurs, puisque la Décision est interlocutoire, il sera toujours loisible à quiconque d'invoquer ou de plaider à nouveau les tenants et les aboutissants de l'application de l'article 74.1 de la Loi.

3.3 LES OBSERVATIONS DE L'AQCIE/CIFQ

[69] L'AQCIE/CIFQ fait part à la Régie de ses observations dans le présent dossier. Il est d'avis que, non seulement la Décision ne comporte aucun vice de fond de nature à l'invalider, mais elle ne comporte aucune erreur que ce soit.

[70] Après avoir procédé à un rappel de l'historique législatif de l'article 74.1 de la Loi et de son interprétation, l'AQCIE/CIFQ allègue que l'option d'électricité interruptible offerte aux grandes entreprises industrielles par le Distributeur ne constitue ni un contrat d'approvisionnement, ni un projet d'efficacité énergétique visé par l'article 74.1 de la Loi.

4. OPINION DE LA RÉGIE

[71] La présente demande en révision pose les questions suivantes :

- La Régie a-t-elle contrevenu à la règle *audi alteram partem* en ne donnant pas suite à la demande d'EBM de présenter une preuve et une argumentation sur l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible dans le cadre de l'étude du Plan?
- La Régie a-t-elle commis une erreur de droit révisable dans son analyse de l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible?

[72] La Régie, en révision, examine chacun des moyens de révision invoqués par EBM et présente, ci-après, le résultat de son analyse, en tenant compte de la position respective des parties ainsi que du cadre législatif applicable en matière de révision, tel qu'énoncé précédemment.

4.1 ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET LE DROIT D'ÊTRE ENTENDU

[73] Dans sa décision D-2013-030¹², après un rappel du cadre réglementaire et de la doctrine quant à l'application de la règle *audi alteram partem*, la Régie s'exprimait comme suit :

« [73] L'application de la règle *audi alteram partem* varie donc selon le contexte particulier de chaque cas. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale. La Cour suprême, dans l'arrêt *Baker*, mentionne¹³ :

"L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. [...] « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas. » Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation [...]."

[74] Pour définir les droits procéduraux requis pour respecter l'obligation d'équité dans des circonstances données, la Cour suprême présente différents critères¹⁴ :

"[...] Un facteur important est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir. [...] Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès [...]."

¹² Dossier R-3826-2012, p. 24-25.

¹³ *Baker c. Canada*, [1999] 2 RCS 817, p. 837.

¹⁴ *Ibid.*, p. 838-840.

Le deuxième facteur est la nature du régime législatif et les «termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question»: [...]. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes: [...].

Le troisième facteur [...] est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. [...].

Quatrièmement, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. [...]. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure: [...].

Cinquièmement, l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances: [...]" ».

[74] La Régie croit que ce canevas d'analyse est toujours pertinent aux fins d'évaluer si la règle *audi alteram partem* a été correctement appliquée par la formation initiale dans le cadre du dossier R-3864-2013.

[75] Relativement au premier facteur, EBM plaide que la nature de la décision recherchée était l'application d'un principe de droit et, plus particulièrement, l'application de l'article 74.1 de la Loi¹⁵ à l'option d'électricité interruptible.

¹⁵ Pièce A-0003, p. 30.

[76] La Régie ne peut retenir cette proposition. Il ressort clairement du dossier que la Décision constituait une étape procédurale qui faisait suite à la réception des demandes d'intervention reçues après la publication de la décision D-2013-183¹⁶ et de l'avis public dans les quotidiens le 30 novembre 2013.

[77] En vertu de l'article 113 de la Loi et de l'article 8 du Règlement, lorsque la Régie reçoit une ou plusieurs demandes d'intervention dans le cadre d'un dossier, elle détermine si elle les accorde ou les refuse. Lorsqu'elle les accorde, elle détermine alors, si elle le juge nécessaire, le cadre de la participation de cet intervenant.

[78] C'est exactement ce que la Régie a fait dans les circonstances. Elle a accueilli la demande d'intervention d'EBM. Elle a ensuite déterminé le cadre de la participation de cette dernière en indiquant que l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible qu'EBM souhaitait soulever ne ferait pas partie des enjeux qui seraient étudiés dans le cadre du Plan. Il ne s'agissait donc pas, par cette Décision, de faire la détermination de l'applicabilité de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible, mais plutôt de définir et clarifier les questions à débattre lors de l'audience publique. Autrement dit, la question que la Régie devait trancher ne portait pas sur l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible, mais bien sur l'à-propos d'inclure cette question dans l'examen du Plan.

[79] En ce qui a trait au processus suivi par la formation initiale pour trancher cette question, la Régie en révision juge qu'il était amplement suffisant pour permettre aux personnes intéressées, dont EBM, de présenter leurs arguments à la Régie sur la pertinence et le caractère opportun de traiter d'un enjeu, soit, en l'occurrence, l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible.

[80] De plus, la première formation a procédé de manière conforme à ce qui a été annoncé dans la décision procédurale D-2013-183, soit le dépôt d'une demande d'intervention par les personnes intéressées, la possibilité de commentaires du Distributeur ainsi que la possibilité d'une réplique avec des échéances préalablement fixées. La Demanderesse et le Distributeur se sont prévalus de chacune de ces étapes. EBM ne peut donc maintenant prétendre ne pas avoir eu l'occasion de se faire entendre sur l'opportunité d'inclure l'enjeu visé au dossier.

¹⁶ Dossier R-3864-2013.

[81] À la suite de la réplique d'EBM, la Régie a estimé avoir en mains le point de vue complet des parties et les éléments nécessaires à ses délibérations sur la pertinence et le caractère opportun d'examiner l'enjeu soulevé par EBM dans le cadre du Plan.

[82] Quant au deuxième facteur, soit la nature du régime législatif, il faut regarder les articles pertinents de la Loi et du Règlement à cet égard. Il s'agit des articles 25, 31 al. 1 (2°) et 72 de la Loi et de l'article 8 du Règlement. Ces articles se lisent comme suit :

« 25. La Régie doit tenir une audience publique:

1° lorsqu'elle procède à l'étude d'une demande faite en vertu des articles 48, 65, 78 et 80;

2° lorsqu'elle détermine les éléments compris dans les coûts d'exploitation et fixe un montant en application de l'article 59;

2.1° (paragraphe abrogé);

3° lorsque le ministre le requiert sur toute question en matière énergétique;

4° lorsqu'elle établit le mécanisme de réglementation incitative prévu à l'article 48.1.

La Régie peut convoquer une audience publique sur toute question qui relève de sa compétence.

[...]

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;

[...]

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 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 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 ».

« 8. La Régie peut refuser ou accorder la demande d'intervention. Lorsqu'elle l'accorde, elle détermine, si elle le juge nécessaire, le cadre de la participation en fonction de l'intérêt de l'intervenant et de la nature, de l'importance et de l'ampleur des enjeux qu'il aborde ».

[83] Comme il peut être constaté de la lecture de ces articles précédents, la Régie a une mission de surveillance continue des opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants. Elle s'acquitte de cette tâche, entre autres, en examinant le plan d'approvisionnement du Distributeur prévu à l'article 72 de la Loi, ce qui est l'objet du dossier R-3864-2013.

[84] L'article 25 de la Loi prévoit que des audiences publiques doivent être tenues lorsque la Régie procède à l'étude de dossier déposé en vertu des articles 42, 48, 48.1, 59, 65, 78 et 80 de la Loi. Dans les autres dossiers, comme celui du Plan déposé en vertu de l'article 72 de la Loi, la Régie peut, à son entière discrétion, convoquer une audience publique.

[85] L'article 8 du Règlement accorde également une discrétion à la Régie pour déterminer, d'une part, si une personne intéressée doit être reconnue comme intervenante au dossier et, d'autre part, pour déterminer le cadre de sa participation.

[86] La rédaction des articles précités affirme la discrétion dont dispose la Régie pour statuer sur l'inclusion d'un enjeu à la demande d'un intervenant.

[87] Pour ce qui est du troisième facteur, la Décision a un aspect final puisque la première formation a décidé de ne pas inclure l'enjeu proposé par EBM dans le dossier R-3864-2013. Cependant, il s'agit d'une décision qui n'affecte pas définitivement les droits d'EBM de présenter à nouveau cet enjeu. De plus, les répercussions de cette Décision pour EBM ne sont, pour l'instant, que conjectures. C'est pourquoi la Régie juge que l'impact de la Décision à l'égard d'EBM n'est pas significatif.

[88] Le quatrième facteur porte sur les attentes légitimes d'EBM. La Demanderesse est une intervenante régulière devant la Régie et elle connaît son fonctionnement. Dans plusieurs dossiers, elle s'est vu accorder et refuser, par la Régie, l'inclusion d'enjeux au stade de la décision procédurale. Le processus suivi est le processus habituel et il a, de plus, été énoncé dans la décision procédurale D-2013-183 et rigoureusement suivi.

[89] Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'un intervenant indique dans sa demande d'intervention qu'il souhaite présenter une preuve sur le fond du dossier sur un enjeu qu'il prétend important que la Régie manque à son obligation d'entendre cette partie lorsqu'elle refuse d'inclure cet enjeu. Agréer à cette proposition de la Demanderesse nierait la discrétion qu'accorde le cadre législatif à la Régie de déterminer les questions à débattre lors de l'audience publique.

[90] Enfin, quant au cinquième facteur, celui du « choix de procédure que l'organisme fait lui-même », il est reconnu que la Régie est maître de sa procédure. EBM elle-même le reconnaît. Elle plaide toutefois que la Régie doit s'assurer que le débat complet ait lieu, ce qui inclut la possibilité pour les parties de soumettre des éléments de preuve et l'argumentation juridique « lorsqu'il s'agit d'un débat pertinent aux enjeux du dossier et implique l'application d'une disposition de sa Loi ». Elle croit donc que la Régie ne pouvait rejeter ce sujet sans donner l'opportunité à EBM de lui présenter une preuve et une argumentation complètes.

[91] Cet argument indique la confusion d'EBM par rapport au processus choisi. En effet, elle fusionne en une seule étape l'évaluation de la pertinence du débat et le débat lui-même. Or, dans le dossier R-3864-2013, la Régie a décidé de fonctionner en deux étapes. Dans la première, il y a débat sur la pertinence et l'opportunité d'inclure un ou plusieurs enjeux au dossier. Si la Régie accepte de débattre d'une question, il y aura, dans une seconde étape, un débat complet sur cette question, incluant preuve et argumentation.

[92] Dans le présent dossier, l'enjeu proposé par EBM n'a pas franchi la première étape car elle a échoué dans sa tentative de convaincre la formation initiale de la pertinence et de l'opportunité d'en traiter. Elle ne peut donc maintenant se plaindre de ne pouvoir présenter une preuve et une argumentation prévues à la deuxième étape.

[93] En fait, le seul débat sur lequel devait s'exprimer EBM était l'opportunité d'inclure l'enjeu et, sur ce point, la Demanderesse a eu amplement l'opportunité de faire valoir ses arguments.

[94] Pour ces motifs, **la Régie ne retient pas l'argument de la Demanderesse voulant que la Décision doive être révisée parce que la première formation aurait fait défaut de respecter les règles d'équité procédurale et particulièrement la règle *audi alteram partem*.**

4.2 INTERPRÉTATION ERRONÉE À L'ARTICLE 74.1 DE LA LOI

[95] Le deuxième motif de révision d'EBM est l'interprétation erronée qu'aurait donnée la Régie à l'article 74.1 de la Loi. Elle reproche à celle-ci d'avoir escamoté les dispositions et les définitions de la Loi et, en conséquence, d'être parvenue à une conclusion sérieusement et fondamentalement erronée sur l'application de cet article.

[96] La Régie doit rejeter ce motif de révision parce qu'il relève d'une mauvaise lecture par la Demanderesse des paragraphes contestés, soit les paragraphes 35 à 38 de la Décision. Si EBM croit que l'analyse de l'article 74.1 de la Loi n'a pas été complète et a donné lieu à une conclusion erronée, c'est qu'il n'y a justement pas eu d'analyse et que la Régie n'a pas offert de conclusion quant à l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible.

[97] Lorsque les paragraphes contestés de la Décision sont examinés, il peut être constaté que les paragraphes 35 à 37 inclusivement ne font que résumer les arguments respectifs d'EBM et du Distributeur quant à la pertinence et au caractère opportun d'inclure l'enjeu de l'application de l'article 74.1 de la Loi à l'option d'électricité interruptible.

[98] Au paragraphe 38 de la Décision, la première formation débute en indiquant immédiatement qu'elle n'entend pas traiter de cet enjeu dans le cadre du Plan. Par la suite, aux fins de motiver cette décision, elle réfère simplement à l'article 74.1 de la Loi mais ne porte pas de jugement quant à son applicabilité à l'option d'électricité interruptible. Elle commente plutôt sa compréhension de cette option d'électricité interruptible mais pas l'applicabilité de l'article 74.1 de la Loi à celle-ci.

[99] Pour ces motifs, **la Régie ne retient pas l'argument de la Demanderesse voulant que la Décision soit entachée d'un vice de procédure et de fond de nature à l'invalider parce que la formation initiale aurait fait une interprétation erronée de l'article 74.1 de la Loi.**

5. DEMANDE DE PAIEMENT DE FRAIS

[100] Le 2 mai 2014, la Régie reçoit de la part d'EBM une demande de paiement de frais au montant de 16 418,20 \$. Selon EBM, cette demande est raisonnable, compte tenu du travail effectué dans ce dossier et de son utilité aux délibérations de la Régie. Bien qu'elle représente une partie privée, la Demanderesse souligne que les représentations effectuées ont un caractère public qui dépasse les considérations commerciales qui pourraient lui être imputées, tel que la Régie l'a déjà reconnu à la décision D-2013-013¹⁷.

[101] Dans une correspondance datée du 12 mai 2014, le Distributeur exprime sa vive opposition à l'égard de cette demande.

[102] Le Distributeur allègue que le recours ne visait qu'à satisfaire les intérêts privés d'EBM à titre de participant au marché de l'énergie, en obligeant le Distributeur à augmenter ses achats de court terme en puissance par la mise en concurrence des produits de puissance avec l'électricité interruptible.

¹⁷ Dossier R-3806-2012.

[103] De plus, le Distributeur prétend que le recours d'EBM s'apparente beaucoup plus à un appel déguisé qu'à un recours en révision. Selon le Distributeur, EBM n'a, en effet, pas fait la démonstration que la première formation a commis une erreur fatale invalidant sa décision. En ce sens, il serait paradoxal qu'un intervenant qui introduit un recours assimilable à un appel, lequel est prohibé par la Loi, puisse se voir rembourser ses frais en agissant ainsi.

[104] Finalement, le Distributeur est d'avis qu'il n'appartient pas à l'ensemble de sa clientèle de financer de tels recours.

[105] Le 14 mai 2014, en réponse à ces commentaires, EBM affirme que la demande de remboursement de frais respecte les critères applicables puisque la demande de révision est, contrairement aux prétentions du Distributeur, d'intérêt public. En effet, la disposition qui est soulevée est l'article 74.1 de la Loi, disposition d'ordre public qui vise à assurer le maintien d'une saine concurrence entre fournisseurs pour les approvisionnements postpatrimoniaux et qui est d'autant plus primordiale dans un contexte monopolistique.

[106] De plus, EBM plaide que le Distributeur prétend à tort que son recours constitue un appel alors que le recours en révision porte sur la question du respect de la règle *audi alteram partem* et du vice de fond de nature à invalider la décision dans le contexte de l'interprétation donnée au sujet de l'option d'électricité interruptible à la lumière de l'article 74.1 de la Loi. Il s'agit d'un cas clairement visé par l'article 37 de la Loi et non prohibé tel que soumis par le Distributeur.

[107] La Régie note que la Décision portait sur un aspect procédural, soit d'une part, la reconnaissance des intervenants au dossier et, d'autre part, l'inclusion ou l'exclusion d'enjeux à être examinés dans le cadre du Plan. Lorsqu'elle est appelée à trancher quels enjeux seront examinés dans un dossier, la Régie possède une grande discrétion.

[108] Contester cette discrétion en plaidant le manquement à la règle *audi alteram partem*, alors que l'intervenante a eu plusieurs fois l'opportunité de s'exprimer, ne respecte pas le critère d'utilité. De plus, la demande d'EBM en ce qui a trait à l'interprétation de l'article 74.1 de la Loi était, à tout le moins, prématurée. En conséquence, **la Régie n'accorde aucuns frais à EBM pour la présente demande de révision.**

[109] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande en révision de la décision D-2014-017;

REJETTE la demande de paiement de frais de la Demanderesse.

Lise Duquette
Régisseur

Gilles Boulianne
Régisseur

Louise Pelletier
Régisseur