

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2012-080

R-3798-2012

17 juillet 2012

PRÉSENT :

Jean-Paul Théorêt
Régisseur

Domtar Inc.
Demanderesse

et

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

**Décision portant sur une demande d'ordonnance de
sauvegarde**

*Demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de
contrôle de la Régie de l'énergie*

Intervenante et mises en causes :

- Hydro-Québec (intervenante et mise en cause);
- Raymond Chabot Grant Thornton (mise en cause).

1. INTRODUCTION

[1] Le 27 avril 2012, Domtar Inc. (Domtar ou la demanderesse) s'adresse à la Régie de l'énergie (la Régie) afin qu'elle exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi), notamment l'alinéa 5 de l'article 31, afin de faire respecter la décision D-2011-190 relative à la demande d'approbation des modalités du programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle et d'émettre toute « *décision ou ordonnance qu'elle estime appropriée afin de sauvegarder les droits de la demanderesse* »² (la Demande).

[2] La Demande comporte une conclusion afin que la Régie émette une ordonnance de sauvegarde ainsi qu'une ordonnance de mise sous scellé du contrat d'achat d'électricité intervenu avec Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (le Producteur) (le Contrat)³.

[3] Le 1^{er} mai 2012, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) comparaît au dossier. La mise en cause, Raymond Chabot Grant Thornton (RCGT), quant à elle, ne comparaît pas.

[4] Le 17 mai 2012, la demanderesse et le Distributeur font parvenir à la Régie une « Entente sur le déroulement de l'instance »⁴ (l'Entente) sur laquelle ils se sont entendus. L'Entente prévoit que le Distributeur déposera sa contestation écrite et ses pièces au plus tard le 4 juin 2012, la demanderesse disposant alors d'un délai jusqu'au 11 juin 2012 pour déposer ses pièces supplémentaires. Les parties s'engagent ensuite à s'échanger leur plan d'argumentation et cahier d'autorité respectifs le 14 juin 2012, après quoi, elles demandent à la Régie de fixer une audience sur la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar, avant le 24 juin 2012.

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

² Pièce B-0001.

³ Pièce B-0006.

⁴ Pièce B-0025.

[5] Le 4 juin 2012, le Distributeur dépose à la Régie une demande relative à l'augmentation à 300 MW de la quantité recherchée en vertu du « *programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle* » (le Programme)⁵. Cette demande fait suite à l'adoption, par le gouvernement du Québec (le gouvernement), le 23 mai 2012, du décret numéro 530-2012 relatif à l'augmentation de la quantité d'électricité visée par le Programme de 150 MW à 300 MW.

[6] Le 19 juin 2012, Domtar dépose une demande amendée (la Demande amendée).

[7] Le 19 juin 2012, la Régie tient une audience à ses locaux de Montréal afin d'entendre les parties sur la demande de Domtar d'obtenir l'émission d'une ordonnance de sauvegarde. Le dossier est pris en délibéré le jour même.

[8] Par la présente décision, la Régie se prononce sur la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar ainsi que sur la demande de mise sous scellé du Contrat.

2. LE CONTEXTE HISTORIQUE ET FACTUEL

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

[10] Le 7 novembre 2001, le Contrat par lequel le Producteur achète la production d'électricité de l'usine de Windsor de la demanderesse intervient entre le Producteur et la demanderesse.

[11] Domtar indique s'être acquittée des paiements prévus aux clauses 4 et 7.2 pour pouvoir se prévaloir de la faculté conférée par la clause 4 du Contrat⁶.

⁵ Dossier R-3801-2012.

⁶ Pièce B-0008, page 3.

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

« 4. Durée du contrat et option de terminaison

Le présent contrat est en vigueur à compter de la date de sa signature et sa durée est de 25 ans à partir de la première livraison d'électricité par le producteur.

Nonobstant ce qui précède, le producteur a l'option, exerçable à partir de la deuxième année contractuelle, de mettre fin au présent contrat. Les parties conviennent que le coût de cette option payable par le producteur s'établit à 1 560 000\$. Ce montant sera payé conformément aux modalités prévues à l'article 7.2.

Pour exercer ladite option, le producteur devra transmettre à Hydro un avis écrit à cet effet au moins six (6) mois avant la date prévue de terminaison. »

[13] Le 4 mai 2006, le gouvernement publie la « Stratégie énergétique du Québec 2006-2015 - L'énergie pour construire le Québec de demain », qui mentionne que « *Le gouvernement s'attend à ce que la petite production d'électricité favorise la mise en valeur de plusieurs nouvelles technologies énergétiques, telles les technologies utilisant la biomasse. Ce type de production décentralisée se prête effectivement très bien à la valorisation énergétique des petites quantités de rebuts forestiers [...] »*⁷.

[14] Le 26 octobre 2011, le gouvernement adopte le *Décret 1085-2011 concernant la capacité maximale de production visée dans un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle*⁸ édictant le *Règlement sur la capacité maximale de production visée dans un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle*.

⁷ La Stratégie énergétique du Québec 2006-2015 - L'énergie pour construire le Québec de demain, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, 2006, page 78.

⁸ (2011) 143 G.O. II, 4820; pièce B-0008.

[15] Également, le 26 octobre 2011, le gouvernement adopte le *Décret 1086-2011 concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle* (le Décret)⁹.

[16] En ce qui a trait aux installations visées par un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle, le Décret prévoit notamment ce qui suit :

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

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

[...]

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

[17] Le 17 novembre 2011, le Distributeur demande à la Régie d'approuver, en vertu de l'article 74.3 de la Loi, les modalités du Programme. Il demande également à la Régie de prendre acte du contrat-type qui sera utilisé dans le cadre du Programme. Cette demande du Distributeur porte le numéro R-3780-2011.

[18] Le document du Programme, produit avec la demande au dossier R-3780-2011, prévoit, en son point 3.3 intitulé « Critères d'admissibilité », ce qui suit :

⁹ (2011) 143 G.O. II, 4851; pièce B-0009.

« L'électricité produite par la Centrale doit provenir soit (i) d'une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle ou (ii) d'une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du programme ou (iii) d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme¹⁰. »

[19] Le 15 décembre 2011, la Régie rend sa décision D-2011-190¹¹ par laquelle elle accueille la demande du Distributeur, approuve les modalités du Programme et prend acte du Contrat-type qui sera utilisé par ce dernier dans le cadre du Programme.

[20] Le 20 décembre 2011, le Distributeur lance le Programme¹² et affiche sur son site internet les renseignements et informations utiles aux soumissionnaires potentiels.

[21] L'article 1.5 du *Document du Programme PAE-2011-01* (le Document du Programme)¹³ portant sur les critères d'admissibilité et intitulé « Origine de la production » comporte une modalité additionnelle précisant la portée de la disposition sur les critères d'admissibilité (la Modalité). La Modalité ne figurait pas dans le Document du Programme, tel qu'approuvée par la Régie dans sa décision D-2011-190 :

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

[22] Dans le cadre du Programme, Domtar transmet, le 14 mars 2012, une question à la mise en cause RCGT, qui agit à titre de représentant officiel du Distributeur, recevant et analysant les soumissions :

« Est-ce qu'une installation de cogénération qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec est admissible en vertu du Programme si le Fournisseur se prévaut d'un droit contractuel prépayé lui permettant d'anticiper

¹⁰ Pièce B-0011.

¹¹ Dossier R-3780-2011.

¹² Programme PAE-2011-01.

¹³ Pièce B-0015.

l'échéance du terme, de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la Fin du Programme? Et si non, en vertu de quelle clause du Programme?¹⁴ »

[23] Le 16 mars 2012, le Distributeur affiche la réponse à la question de Domtar dans la section « Achats d'électricité – Marché québécois » de son site internet :

« La question indique que les installations faisant l'objet du contrat de vente d'électricité conclu avec Hydro-Québec (le « contrat ») sont inadmissibles, car la date d'échéance de ce contrat arrive après la Fin du Programme tel que cette expression est définie à l'article 1.1 du Programme. L'exercice par le Fournisseur du droit prévu au contrat auquel il est fait référence dans cette question, ferait en sorte que ce contrat serait résilié. Les installations concernées seraient toujours inadmissibles en vertu des dispositions de l'article 1.5 du Programme¹⁵. »

[24] Compte tenu de la réponse du Distributeur, et craignant que son éventuelle soumission soit rejetée, Domtar s'adresse, le 27 avril 2012, à la Régie afin qu'elle exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi et qu'elle fasse respecter sa décision D-2011-190 relative à la demande d'approbation des modalités du Programme.

[25] Le 4 mai 2012, le Distributeur modifie, par addenda au Programme (l'Addenda), le texte de la modalité apparaissant au paragraphe précédent, en y remplaçant les mots « *au moment de la publication du Décret* » par « *au moment du lancement du programme* » :

« Une installation visée en ii) et iii) ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec au moment ~~de la publication du Décret~~ du lancement du programme, n'est pas admissible au Programme si ce contrat de vente a été résilié après ~~la publication du Décret~~ le lancement du Programme¹⁶. »

¹⁴ Pièce B-0017.

¹⁵ Pièce B-0017.

¹⁶ Pièce C-HQD-0007.

[26] Dans sa Demande amendée du 19 juin 2012, Domtar recherche les conclusions suivantes :

« **À titre provisoire :**

INTERVENIR en vertu de pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi sur la Régie de l'énergie, notamment l'article 31(5) de celle-ci;

ORDONNER à Hydro-Québec de ne pas rejeter la soumission pour 30MW déposée par la demanderesse Domtar inc. pour ses installations de cogénération situées à Windsor, Québec, pour un motif exprimé à l'article 1.5 in fine du Programme (...) et ce, tant que l'issue du présent litige n'aura pas fait l'objet d'une décision finale;

DÉCLARER que la soumission pour 30 MW déposée par la demanderesse Domtar inc. pour ses installations de cogénération situées à Windsor, Québec, prend rang selon la date et l'heure de réception de celle-ci par le Représentant officiel du Distributeur;

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

DÉCLARER que la présente ordonnance de sauvegarde est valable jusqu'à l'expiration du délai de contestation, le cas échéant, de la décision finale de la Régie de l'énergie relativement à la présente Demande de la demanderesse Domtar inc.;

ORDONNER la mise sous scellé du Contrat, pièce **R-3**;

ORDONNER que la décision à être rendue sur la présente demande soit opposable à la mise en cause Raymond Chabot Grant Thornton;

EXERCER, là où approprié, les pouvoirs inhérents prévus à l'article 39 de la Loi sur la Régie de l'énergie, notamment en matière d'outrage au tribunal; et

RENDRE toute décision ou ordonnance qu'elle estime appropriée afin de sauvegarder les droits de la demanderesse Domtar inc. »

3. LES POSITIONS RESPECTIVES DES PARTIES

La demanderesse

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

[28] De plus, Domtar soutient que la clause 4 du Contrat est une clause lui permettant de devancer l'échéance du Contrat (l'Option) et que l'exercice de l'Option lui permettrait de se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme :

« (iii) d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme. »

[29] Domtar ajoute que la présence de l'Option au Contrat a fait l'objet de discussions portant spécifiquement sur la préservation de son droit de devancer l'échéance du Contrat afin de pouvoir participer à un appel d'offres et à d'autres opportunités contractuelles offrant des conditions plus avantageuses que celles prévues au Contrat. Selon la demanderesse, il s'agissait d'une Option précieuse à laquelle elle tenait, ce qui expliquerait la contrepartie substantielle qu'elle a payée (1 560 000 \$) aux fins de l'obtenir.

[30] Au soutien de ses prétentions, Domtar produit l'affidavit de M. François Jetté, ing. qui, à l'époque de la négociation du Contrat, était Directeur, Énergie et chaudières de récupération chez Domtar, impliqué directement dans les négociations avec Hydro-Québec. Ses vis-à-vis chez Hydro-Québec étaient messieurs Christian Brosseau et Hervé Lamarre.

[31] Au sujet de la présence de l'Option, le témoin s'exprime ainsi :

« 6. Les discussions entourant la négociation de la clause 4 du Contrat, ont porté spécifiquement sur la préservation du droit de Domtar de devancer l'échéance du Contrat, si le prix prévu au Contrat devenait moindre que le prix d'achat du marché, ou si le coût de production venait à excéder le prix prévu au Contrat, ou encore pour participer à un appel d'offre ou à d'autres opportunités

contractuelles offrant des conditions plus avantageuses que celle du contrat. Il s'agissait d'une option précieuse à laquelle Domtar tenait particulièrement; ce qui explique le montant d'argent substantiel consenti par Domtar en contrepartie de cette option.

7. Lors de la négociation des termes du Contrat, j'ai participé à plusieurs discussions portant sur la durée du Contrat et sur le prix de l'électricité offerte. J'ai fait valoir auprès des représentants d'Hydro-Québec que le prix de 45\$/MWh, indexé annuellement au taux de 1,50%, était acceptable pour le moment, mais qu'à long terme, le prix ainsi établi pourrait ne plus représenter la valeur de l'énergie verte tirée de la biomasse. J'ai représenté aux représentants d'Hydro-Québec que Domtar inc. consentirait à ce prix dans la seule mesure où le Contrat prévoirait une option qui permettrait à Domtar inc. de devancer l'échéance du Contrat afin de profiter d'opportunités d'affaire qui seraient plus avantageuses pour Domtar inc., de telles opportunités pouvant inclure la consommation de cette électricité par Domtar inc. elle-même, la vente au marché des États-Unis, ou toute autre opportunité d'affaires, tel un appel d'offres.

8. Les représentants d'Hydro-Québec ont répondu favorablement à cette exigence. La clause 4 du Contrat, portant sur l'option d'anticipation du terme du contrat, de même que la clause 7.2, portant sur le paiement de cette option par compensation à même le prix de l'énergie livrée, représente la conclusion des discussions ayant porté sur ce point précis¹⁷. »

[32] Au cours de l'audience du 19 juin 2012, Domtar fait valoir ses arguments. Elle soutient qu'il n'y a pas de débat entre elle et le Distributeur quant à l'interprétation à donner à l'Option, que sa demande ne met nullement en question l'interprétation du Contrat et qu'il s'agit uniquement d'un débat sur la légalité de l'ajout, par le Distributeur, de la Modalité.

[33] Selon Domtar, n'eut été de l'ajout de la Modalité, sa soumission, à la suite de l'exercice de l'Option, serait recevable. Alors que dans sa demande, Domtar qualifie l'option comme une clause lui permettant de devancer l'échéance du contrat, à l'audience, son procureur est moins restrictif quant aux conséquences de l'exercice de l'Option :

« Donc, par cet ajout, là Domtar ne se qualifie plus, ne peut plus se qualifier parce qu'elle devrait envoyer son avis de terminaison du contrat ou de devancer l'échéance du terme ou de résiliation, appelons-le comme on veut¹⁸. »

¹⁷ Affidavit de M. François Jetté en date du 1^{er} mai 2012.

¹⁸ Pièce A-0002, page 19.

Le Distributeur

[34] Le Distributeur, référant aux deux questions identifiées par Domtar, soumet qu'elles ne relèvent pas de la juridiction de la Régie et que les critères requis pour que la Régie émette une ordonnance de sauvegarde ne sont pas rencontrés :

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

et

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

[35] Plus particulièrement, le Distributeur soutient que Domtar n'a aucun droit ni apparence de droit, qu'elle ne subit aucun préjudice sérieux ou irréparable et que la balance des inconvénients favorise le rejet de la Demande.

[36] Le Distributeur soutient que la première question se rapportant à l'application d'une disposition du Programme à la soumission de la demanderesse ne relève pas de la juridiction de la Régie. Selon lui, il est établi que la Régie n'a pas juridiction pour régler des différends contractuels pouvant résulter du processus d'adjudication des contrats ni pour instaurer un processus de plaintes des soumissionnaires.

[37] Se référant à la décision D-2001-191 de la Régie déterminant le cadre juridique de l'exercice de sa compétence relativement à la procédure d'appels d'offres et d'octroi, lequel trouve application au présent dossier, le Distributeur soutient que ces litiges sont de la compétence des tribunaux judiciaires. À la page 7 de cette décision, la Régie s'exprime ainsi :

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

[38] Quant à la seconde question, qui vise notamment à faire déclarer la Modalité inopposable à la demanderesse, le Distributeur soumet que la compétence de la Régie relativement à cette question consiste à vérifier l'adéquation entre la décision D-2011-190, approuvant les modalités du Programme et le Document du Programme, y compris son article 1.5 *in fine* tel que modifié par l'Addenda.

[39] Selon le Distributeur, la Modalité, telle que modifiée par l'Addenda, précise la portée des règles relatives à l'admissibilité des installations visées aux paragraphes ii) et iii) de l'article 1.5 du Programme. La seule question en litige qui relèverait de la compétence de la Régie serait de déterminer si l'article 1.5 du Programme, tel que modifié par l'Addenda, est conforme à la décision D-2011-190 de la Régie.

[40] Par ailleurs, le Distributeur soutient que l'Option constitue une clause de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée venant à échéance après 2013 au bénéfice de la demanderesse, avec paiement d'une compensation dont le montant a été convenu à l'avance. Il ne peut donc s'agir d'un contrat qui « vient à échéance » avant la fin du Programme.

[41] Subsidiairement, le Distributeur soutient que même si la Modalité n'apparaissait pas au Programme, l'aspect du litige relatif à l'interprétation du Contrat et de l'Option demeurerait entier, puisque la soumission de Domtar ne se qualifierait pas en vertu de l'article 1.5 iii), le Contrat ne venant pas à échéance avant la fin du Programme.

L'apparence de droit de la demanderesse

[42] Le Distributeur soutient que la demanderesse n'a aucun droit à faire valoir devant la Régie car, puisque l'Option n'a pas été exercée, il s'agit d'une question hypothétique, laquelle dépend au surplus de l'exercice de la seule discrétion de Domtar quant à savoir si elle exercera ou non l'Option et à quel moment.

[43] De plus, le Distributeur prétend que par sa demande, Domtar réclame un traitement privilégié par rapport aux autres soumissionnaires, en ce qu'elle souhaite, avant d'exercer l'Option, avoir l'assurance que sa soumission soit jugée conforme aux exigences du Programme, tout en bénéficiant d'un contrat d'approvisionnement en électricité. Le Distributeur affirme ne pouvoir offrir cette assurance ou engagement à l'égard de la demanderesse, pas plus qu'à l'égard de tout autre soumissionnaire.

[44] Pour le Distributeur, l'argument de la Demanderesse découlant du dépôt de la décision D-2011-190 au greffe de la Cour supérieure est sans valeur, car cela ne saurait modifier d'une quelconque façon les objets de compétence de la Régie prévus à la Loi.

Le préjudice sérieux ou irréparable subi par la demanderesse

[45] Selon le Distributeur, la demanderesse ne subit aucun préjudice, car le Contrat est toujours en cours et sa résiliation ne résulterait que de sa volonté.

[46] Puisque la demanderesse a été en mesure de fournir la valeur d'un éventuel contrat en vertu du Programme pour son installation de Windsor, dès le dépôt de sa demande, cela serait incompatible avec sa prétention que le préjudice subi serait irréparable, puisque pouvant faire l'objet d'une évaluation et d'une compensation monétaire.

[47] À l'audience, le Distributeur soumet qu'en semblable matière, c'est un recours en dommage intérêt monétaire qui est ouvert à la demanderesse et non la possibilité qu'elle puisse, de quelque façon, contraindre le Distributeur à lui octroyer un contrat.

La balance des inconvénients

[48] Le Distributeur soumet qu'il serait le seul à subir un préjudice si une ordonnance de sauvegarde était prononcée par la Régie, car il ne pourrait continuer à administrer le Programme conformément au Document du Programme. Selon lui, l'analyse des autres soumissions et la conclusion des autres contrats éventuels pourraient être retardées et, par le fait même, les premières livraisons d'électricité en vertu du Programme pourraient également être retardées. Quant à Domtar, pendant toute la durée du présent dossier, son Contrat continuerait à produire ses effets, de sorte qu'elle continuerait de livrer l'électricité et d'encaisser des revenus, ne subissant ainsi aucun préjudice.

4. DÉCISION

Ordonnance de sauvegarde

[49] La Régie doit déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance de sauvegarde en vertu des articles 31 (5°) et 34 de la Loi, afin de préserver les droits de la demanderesse tant et aussi longtemps que la Régie ne se sera pas prononcé sur la demande au fond de Domtar quant à la légalité de la Modalité. L'article 34 de la Loi se lit comme suit :

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

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

[50] L'ordonnance de sauvegarde demandée par Domtar vise la préservation d'un équilibre entre elle et le Distributeur en attendant la décision finale de la Régie sur sa demande.

[51] Les critères afin d'obtenir une telle ordonnance de sauvegarde sont les mêmes que ceux d'une injonction provisoire, soit l'apparence de droit, le risque de préjudice sérieux ou irréparable, la balance des inconvénients et l'urgence.

[52] La Régie a, par le passé, eu à se prononcer à plusieurs reprises sur les critères qu'elle retenait pour émettre une ordonnance de sauvegarde¹⁹.

[53] Dans le dossier R-3609-2006, la Régie s'exprimait ainsi sur la question :

« La décision Boehringer du TAQ citée par SCGM ne peut être appliquée telle quelle à la Régie. La Loi sur la justice administrative sur laquelle s'appuie cette décision est différente et comporte un article qui prévoit spécifiquement qu'un membre du tribunal peut suspendre l'exécution d'une décision du tribunal :

« 107. Un recours formé devant le Tribunal ne suspend pas l'exécution de la décision contestée, à moins qu'une disposition de la loi ne prévoie le contraire ou que, sur requête instruite et jugée d'urgence, un membre du Tribunal n'en ordonne autrement en raison de l'urgence ou du risque d'un préjudice sérieux et irréparable.

Suspension.

Si la loi prévoit que le recours suspend l'exécution de la décision ou si le Tribunal rend une telle ordonnance, le recours est instruit et jugé d'urgence. »

La question demeure donc entière à savoir si, comme le mentionne SCGM, « l'absence d'une habilitation spécifique dans la Loi suffit, en soi, pour rendre la Régie incompétente pour ordonner un sursis ».

La Régie a déjà décidé qu'elle pouvait suspendre une partie de sa décision dans l'attente de la décision en révision. Elle s'était alors basée sur l'article 34 de la Loi qui lui permet de rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées. Quant aux critères justifiant l'ordonnance de sauvegarde, la Régie s'est référée aux critères propres à l'émission d'une injonction interlocutoire pour justifier l'ordonnance de sursis en question.

¹⁹ Voir à ce sujet les décisions D-99-117R, D-2006-133, D-2009-061et D-2010-128.

La Régie ne voit pas de motifs justifiant de s'écarter de sa décision antérieure à cet égard. Même s'il n'y a pas de dispositions dans la Loi traitant spécifiquement d'une ordonnance de sursis, elle ne voit pas de raison pour interpréter sa loi constitutive, et particulièrement ses pouvoirs généraux de l'article 34, d'une façon à ce point restrictive que cela l'empêcherait de rendre toute décision ou ordonnance pour traiter de façon pragmatique une situation telle que celle qui se présente dans la présente instance.

Pour revenir à l'approche de la Régie dans sa décision antérieure, il y a lieu de préciser que, bien que les dispositions du Code de procédure civile du Québec ne s'appliquent pas comme telles devant la Régie, elle peut s'inspirer des critères d'émission de l'injonction interlocutoire pour décider s'il y a lieu de faire droit à une demande de suspension. Ces critères sont à l'article 752 du Code de procédure civile du Québec :

« 752. Outre l'injonction qu'elle peut demander par requête introductive d'instance, avec ou sans autres conclusions, une partie peut, au début ou au cours d'une instance, obtenir une injonction interlocutoire.

L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. »

Ces critères visent différentes alternatives : l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou irréparable ou la situation de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace. Ces critères, s'ils devaient s'appliquer systématiquement à toute demande de suspension d'une décision, sont très exigeants. La Régie considère que leur application peut être modulée suivant l'objet de la décision dont on demande la révision et les effets de la demande de suspension de la décision en question²⁰. » [notes de bas de page omises]

²⁰ Décision D-2006-133.

[54] Au cours de l'audience, le procureur de Domtar précise, décision de la Cour d'appel à l'appui²¹, que le choix entre les quatre critères – i) l'apparence de droit, ii) le préjudice sérieux, iii) le préjudice irréparable ou iv) d'éviter que ne soit créé un état de fait de nature à rendre le jugement final inefficace - est alternatif, en raison de la présence de la conjonction « ou » de l'article 752 du Code de procédure civile du Québec. Ce faisant, la Régie n'est pas limitée à constater un préjudice irréparable pour être en mesure d'émettre l'ordonnance recherchée.

[55] La Régie tient à préciser qu'un demandeur doit, d'entrée de jeu, démontrer l'apparence de droit et c'est à la suite de cette démonstration que le tribunal est appelé à considérer la présence d'un des trois autres critères.

[56] La Régie doit donc d'abord déterminer si la demanderesse a fait la démonstration d'une apparence de droit. Si elle est convaincue que la demanderesse a fait cette démonstration, elle doit ensuite analyser si l'un ou l'autre des trois critères est présent pour émettre une ordonnance de sauvegarde. Pour les motifs qui suivent, la Régie conclut que la demanderesse n'a pas démontré cette apparence de droit.

[57] À l'audience, le procureur de la demanderesse, en plaidant sur la balance des inconvénients, mentionne ce qui suit :

« Si le droit apparaît clair, on a besoin de l'urgence et de l'une des quatre conditions que je viens de faire état. Si le droit est inexistant, bien, vous rejetez évidemment, mais si le droit apparaît douteux, là, vous regardez la balance des inconvénients en plus des autres choses. Ce n'est que là qu'on regarde la balance des inconvénients. Et je vous sou mets qu'elle joue clairement en notre faveur à tout événement²² [...]. »

²¹ *Société Coinamatic inc. c. Armstrong*, [1984] R.D.J. 7 (C.A.).

²² Pièce A-0002, page 58.

[58] Dans son plan d'argumentation²³, le Distributeur soutient que Domtar ne fait valoir aucun droit :

« [13] Le Distributeur soumet respectueusement que la Demanderesse ne fait valoir aucun droit, mais uniquement la possibilité d'exercer une option contractuelle de terminaison d'un contrat existant avec Hydro-Québec Production (le Contrat et l'Option contractuelle - voir les paragraphes 78 à 90 de la contestation écrite du Distributeur). Or, la possibilité pour la Demanderesse d'exercer son Option contractuelle n'est pas mise en doute par le Distributeur.

[14] La Demanderesse veut en réalité faire trancher les débats qui pourraient avoir lieu si elle exerçait son Option contractuelle, pour éviter de prendre quelque risque que ce soit. Or, l'Option contractuelle n'a pas été exercée, la question est donc hypothétique et il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer à l'avance sur les conséquences des différentes options qui s'offrent à un contractant pour l'aider à faire un choix en vertu du contrat auquel il est partie. »

[59] À l'audience, le procureur du Distributeur mentionne ce qui suit :

« Au niveau de l'apparence de droit, premier critère, il n'y a pas de droit, il n'y a pas de droit clair, il n'y a pas de droit douteux, il n'y a aucun droit. Parce que c'est le dossier des « si »... « Si » je posais tel geste, « si » j'exerçais une option contractuelle pré-payée j'aurais à ce moment-là des droits. « Si » j'exerçais, j'aurais des droits.

Alors, ce faisant, ça nous empêche d'appliquer le critère d'apparence de droit. Il n'y en a pas. Alors ça c'est le premier argument. Et s'il n'y a pas de droit, bien tous les autres critères tombent automatiquement. Il n'y a pas d'ordonnance de sauvegarde²⁴. »

[60] Le Distributeur soumet de plus que même en présence d'un droit, la Régie n'aurait pas la compétence pour émettre l'ordonnance recherchée. La Régie ne juge pas qu'il soit nécessaire de se rendre à cet argument, puisqu'elle considère qu'il n'y a pas apparence de droit et, conséquemment, que le débat sur sa juridiction et celui sur la présence des autres critères deviennent caducs.

²³ Pièce C-HQD-0014.

²⁴ Pièce A-0002, pages 87 et 88.

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

[62] Subsidiairement, sans se prononcer sur la question de sa juridiction mais en prenant comme hypothèse qu'elle aurait cette juridiction, la Régie rejeterait la demande de Domtar. Si Domtar exerçait l'Option prévue au Contrat avant la fin du programme, la Régie est d'avis que Domtar ne se qualifierait ni en vertu du troisième critère de qualification de l'article 1.5 du Programme approuvé par la Régie dans sa décision D-2011-190, ni en vertu du texte de la Modalité tel qu'ajouté par le Distributeur au Programme.

[63] La demanderesse soutient que n'eut été de la présence de la Modalité, elle aurait pu avoir recours à l'Option et ainsi devancer le terme du contrat pour se qualifier en vertu du Programme, tel qu'il a été approuvé par la Régie, avant que ne soit ajoutée la Modalité. La Régie ne retient pas cette prétention de la demanderesse. D'abord, parce que la Modalité qu'a ajoutée le Distributeur au Programme n'a modifié ni la lettre ni l'esprit du programme approuvé par la Régie de façon substantielle. La Modalité ne fait que préciser la portée de la disposition sur les critères d'admissibilité. Par ailleurs, la Modalité n'a aucune incidence sur la situation de Domtar.

[64] À l'audience, le procureur du Distributeur mentionne l'objectif visé par l'article 1.5 *in fine* :

« Alors la prétention du Distributeur ici, c'est qu'il existe déjà une condition d'admissibilité qui prévoit que si un contrat est en cours, ce contrat-là doit venir à échéance avant la fin du programme et les termes « venir à échéance » ont été précisés comme signifiant qu'une résiliation n'est pas équivalente à une... un contrat qui vient à échéance²⁵. »

²⁵ Pièce A-0002, page 90.

[65] La Modalité, que ce soit celle apparaissant au programme, avant ou après l'ajout de l'Addenda, ne modifie en rien la situation juridique de la demanderesse : elle bénéficie d'un contrat avec Hydro-Québec qui vient à échéance à l'expiration de la 25^e année à partir de la première livraison d'électricité, soit bien après la fin du Programme. L'exercice par Domtar de l'Option change-t-il quelque chose à sa situation? La Régie juge que non. L'article 4 du Contrat intitulé « Durée du contrat et option de terminaison » permet à Domtar de mettre fin unilatéralement au Contrat avant son échéance.

[66] Répondant à une question de la Régie sur l'interprétation à donner à l'Option, à la lumière de l'article 18 du Contrat qui, en traitant du droit de résiliation d'Hydro-Québec, renvoie à l'article 4, le procureur de la demanderesse mentionne :

« Oui. Donc, l'article 4 donne le droit à Domtar de résilier à n'importe quel... sans motif, pour n'importe quelle raison parce qu'elle a payé pour résilier ou devancer l'échéance du terme ou terminer ou résoudre²⁶ [...]. »

[67] L'Option n'est pas une clause permettant de devancer le terme du Contrat mais une clause permettant à Domtar de résilier unilatéralement le Contrat. Domtar ne fait aucune distinction entre une résiliation du Contrat et l'échéance de son terme.

[68] Le Lexique des termes juridiques 2012²⁷ définit ainsi ces trois notions :

« Résiliation : Dissolution d'un contrat par une décision volontaire, soit à l'initiative d'une seule partie ([...]), soit d'un commun accord ([...]) »
« Échéance : Date à laquelle le débiteur doit exécuter son obligation »
« Terme : Modalité d'un acte juridique faisant dépendre l'exécution ou l'extinction d'un droit d'une événement futur dont la réalisation est certaine »

²⁶ Pièce A-0002, page 83.

²⁷ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2012*, Éditions Dalloz, Paris, 19^e édition, 2012.

[69] Au même effet, le Dictionnaire de droit québécois et canadien²⁸ définit ces mêmes trois notions :

« Résiliation : Résolution sans effet rétroactif d'un contrat »

« Échéance : Date à laquelle l'exécution d'une obligation peut être exigée, arrivée du terme prévu dans une convention »

« Terme : Événement futur dont la réalisation est certaine et auquel est subordonnée l'exécution ou l'extinction d'un droit, d'une obligation »

[70] Le professeur Daniel Jutras définit ainsi la notion de résiliation unilatérale d'un contrat :

« l'une des parties à un contrat peut, de manière unilatérale et dans l'exercice d'un droit, décider de mettre fin avant l'heure à la relation créée par le contrat²⁹. »

[71] Un contrat résilié, ou le fait de mettre fin unilatéralement à un contrat avant l'échéance, ne saurait être interprété comme étant un contrat qui est venu à échéance, cette échéance ayant été fixée par les parties à l'article 4, paragraphe 1 du Contrat, soit à l'expiration de la 25^e année à partir de la première livraison d'électricité par Domtar. L'exercice de l'Option par Domtar lui permettrait de mettre fin au contrat sous certaines conditions avant l'arrivée de l'échéance du terme et non de devancer le terme du contrat.

[72] Ainsi, la résiliation n'étant pas un moyen de devancer l'échéance, il faut conclure que l'ajout de la Modalité à l'article 1.5, tel que modifié par l'Addenda, n'a pas modifié de manière substantielle cet article. Elle a simplement apporté une clarification à l'article 1.5 qui respecte la lettre et l'esprit du Décret. **Pour ces raisons, la Régie juge que la Modalité est conforme au Décret et qu'elle n'avait pas à être spécifiquement approuvée par la Régie à la suite de sa décision D-2011-190.**

²⁸ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Éditions Wilson Lafleur, Montréal, 3^e édition, 2004.

²⁹ Daniel JUTRAS, *La résiliation unilatérale ou les joies de l'exégèse*, (2002) 81 R. du B. can. 156.

Ordonnance de confidentialité

[73] Domtar demande que la Régie émette une ordonnance de confidentialité et de mise sous scellé du Contrat. Cette demande est fondée sur l'engagement contractuel (article 26 du Contrat) des parties signataires de ne pas divulguer le contenu du Contrat. De plus, dans son plan d'argumentation, Domtar sollicite une ordonnance de mise sous scellé des deux affidavits produits au soutien de la demande, alors qu'il n'en est nullement question dans la Demande ni dans la Demande amendée.

[74] Hormis le plan d'argumentation de la demanderesse et les représentations faites à l'audience, cette demande de mise sous scellé n'est appuyée d'aucun affidavit. La demanderesse soutient qu'en raison des dispositions de l'article 26 du Contrat, elle ne peut divulguer le contenu du Contrat.

[75] Lorsqu'un document est soumis à la Régie au soutien d'une demande, il est considéré être un document de nature publique. Selon l'article 30 de la Loi, la Régie peut déclarer qu'un document est confidentiel. Toutefois, la reconnaissance du caractère confidentiel d'un document doit être considérée comme un acte de nature plutôt exceptionnelle.

[76] La Régie s'est prononcée à plusieurs reprises sur les règles régissant les demandes de confidentialité³⁰. Dans sa décision D-2003-42, la Régie écrivait :

« La demande de traitement confidentiel en vertu de la Loi sur l'accès, par le Transporteur, est mal fondée. Il est question ici de la confidentialité d'une preuve versée au dossier d'un organisme de régulation économique. Cette confidentialité relève de l'article 30 de la Loi.

Cet article prévoit que la Régie peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, « interdire ou restreindre la divulgation, la publication ou la diffusion de renseignements ou de documents qu'elle indique, si le respect de leur caractère confidentiel ou l'intérêt public le requiert ».

³⁰ Voir à cet effet la décision D-2002-56.

La demande de traitement confidentiel d'informations soumises à l'appréciation de la Régie relève du domaine du droit de la preuve et de l'administration de son processus. Dans le cadre d'une demande de confidentialité en vertu de l'article 30 de la Loi, le fardeau repose sur le requérant. Ce fardeau ne sera rencontré que par une preuve convaincante et non par de simples allégations³¹. Il est reconnu que la présence simultanée de l'ensemble des éléments³² est requise afin d'écarter la règle de complète divulgation. Il repose sur le requérant d'établir leur existence par prépondérance de preuve³³.

La Régie est alors amenée à examiner le rôle de l'information dans le contexte du dossier, puis à soupeser et choisir entre la conduite publique de ses audiences et la protection de la confidentialité demandée par le Transporteur.» [nous soulignons]

[77] Aucune preuve spécifique n'est soumise par Domtar au soutien de sa demande d'ordonnance de confidentialité et de mise sous scellé du Contrat et des affidavits. De plus, la Régie juge insuffisants les motifs soulevés par la demanderesse au soutien de la mise sous scellé du contrat. **La Régie rejette la demande de traitement confidentiel de la demanderesse.**

[78] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar;

REJETTE la demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie de Domtar;

³¹ Société nationale de l'amiante c. Lab Chrysotile inc., [1995] R.J.Q. 757, 759 (C.A.).

³² R. c. Gruenke, [1991] 3 R.C.S. 263, 289-293.

³³ M. (A.) c. Ryan, [1997] 1 R.C.S. 157, 171.

REJETTE la demande de mise sous scellé du Contrat;

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

Jean-Paul Théorêt

Régisseur

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