

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

NO : R-3658-2008

HYDRO-QUÉBEC, personne morale de droit public légalement constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec* (L.R.Q., c. H-5) ayant son siège social au 75, boul. René-Lévesque Ouest, dans les cité et district de Montréal, province de Québec, H2Z 1A4,

Intimée

PLAN DE PLAIDOIRIE DU DISTRIBUTEUR
(Demande d'EBMI en révocation des décisions D-2007-127 & D-2007-134)

INTRODUCTION

Retour sur l'audience dans le dossier R-3649-2007 et les décisions D-2007-127 (pp 4-5) et D-2007-134 (**ONGLET 1**) .

Le 30 octobre 2007, le Distributeur et TCE ont convenu d'un *Protocole d'entente entre Hydro Québec, agissant par l'intermédiaire de sa division Hydro Québec Distribution (HQD) et TransCanada Energy (TCE) relativement à la suspension temporaire des activités de production d'électricité à la centrale électrique de Bécancour de TCE* (« Protocole d'entente »).

Le 1er novembre 2007, le Distributeur a produit auprès de la Régie de l'énergie son Plan d'approvisionnement pour la période 2008-2017 qui démontre que le Distributeur disposait à ce moment d'importants surplus énergétiques pour l'année 2008.

Le 2 novembre 2007, HQD dépose à la Régie une demande visant l'approbation du Protocole et de l'Entente finale.

Le 13 novembre 2007, la Régie tient une audience dont une partie se déroule à huit clos conformément à la décision D-2007-127 reconnaissant le caractère confidentiel de certaines informations. À titre de rappel, le Distributeur a demandé à la Régie de constater et de maintenir la confidentialité des renseignements décrits à la décision D-2003-146 intervenue lors de l'approbation du contrat d'approvisionnement (Contrat). Des copies des documents où les extraits dont le Distributeur et TCE demandaient la confidentialité ont cependant été produites caviardées au dossier de la Régie y incluant tous les paramètres financiers et économiques nécessaires à l'étude, par les intéressés, de la demande.

Le 30 novembre 2007 l'entente finale (« l'Entente finale ») est intervenue entre le Distributeur et TCE.

Le 7 décembre 2007, par sa décision D-2007-134, la Régie approuve le Protocole et l'Entente finale.

DÉCISION D-2007-134 / RÉSUMÉ

Sommairement, la Régie mentionne:

- Dans le cadre du Plan d'approvisionnement 2005-2014, approuvé par la décision D-2005-178, le Distributeur identifiait la conclusion d'ententes avec ses fournisseurs pour réduire leurs livraisons comme une option possible en regard de surplus d'approvisionnement. Le Distributeur a exercé cette option en signant avec TCE le Protocole et l'Entente finale dont il demande l'approbation à la Régie. C'est donc à bon droit que le Distributeur demande à la Régie d'approuver le Protocole et l'Entente finale.
- Selon les articles 27 et 28 du Protocole, TCE aura le droit, à compter de la reprise de la production de sa centrale à Bécancour, d'accroître la substitution de la production provenant d'une autre source que la centrale Bécancour de 0,339 TWh, et ce, pour une période de trois ans par année de suspension. Il s'agit d'une compensation de la perte de TCE de son droit de compensation prévu à l'article 7.5 du Contrat. La Régie accepte ce changement vu les limitations précisées et son caractère exceptionnel et temporaire. Il ne coûte rien à la clientèle et le Contrat reste substantiellement inchangé.

- La Régie a reçu des observations de 21 parties intéressées. Bien que certaines émettent des réserves, particulièrement sur les impacts que pourrait avoir la demande du Distributeur sur les revenus et les tarifs de Gaz Métro, seules EBMI et la FCEI soutiennent que le scénario de la revente serait meilleur sur le plan économique.
- La Régie effectue plusieurs simulations et constate que l'écart entre les deux options pourrait varier sensiblement et devenir favorable à l'option de revente. Elle constate aussi que, selon les hypothèses, la variabilité de l'écart entre les deux options est grande, dans un sens comme dans l'autre. La Régie conclut que l'évaluation des risques devient alors la préoccupation principale.
- En ce qui concerne la vente de capacité par le Distributeur, la Régie juge que ce débat doit être tenu dans un autre forum plus approprié. Elle ne peut statuer dans le présent dossier que l'option de revente doit être bonifiée d'une valeur reliée à la mise en marché de capacité, tant que cet aspect ne sera pas clarifié.
- La Régie ne peut considérer les opportunités sur le marché de NEPOOL comme suffisamment sûres et l'inclure dans sa comparaison des options. De plus, elle note que si ces opportunités se présentaient au Distributeur, il pourrait en profiter car, malgré la suspension du contrat avec TCE, il disposerait encore de surplus de 1,8 TWh à revendre. Le présent dossier n'est toutefois pas le forum approprié pour discuter des stratégies d'approvisionnement. Le Plan d'approvisionnement 2008-2017 vient d'être déposé à la Régie¹ et ces sujets, ainsi que la possibilité pour le Distributeur de revendre de la capacité, pourront y être examinés, s'il y a lieu.
- La Régie constate que les risques reliés aux coûts de l'option de suspension sont bien circonscrits (perte de revenus de TCE, remise en exploitation de la centrale, prix du gaz naturel pour la production de la vapeur est aussi fixé).
- La Régie doit prendre en considération autant les risques liés à une forte demande que ceux liés à une faible demande, de même que les risques liés aux aléas climatiques. Dans le cas du scénario de revente et advenant un scénario fort de la demande, le Distributeur serait en bonne position. Advenant un scénario de faible demande et des surplus importants à revendre, le Distributeur serait dans une situation moins favorable et il est probable qu'il ait des difficultés à écouler une telle

¹ Dossier R-3648-2007.

quantité à des prix raisonnables, le scénario de la suspension vient réduire ce risque de beaucoup.

- La Régie a demandé en audience que le débat se concentre plus sur l'impact du dossier pour les consommateurs et sur les enjeux économiques qui sont complexes, vu le temps imparti pour traiter de ce dossier. Cela ne l'empêche pas de noter que l'option de la suspension a un avantage indéniable sur le bilan de GES du Québec et de tenir compte de cet aspect dans la comparaison des deux options sur lesquelles elle doit décider.
- Bien que la Régie reconnaisse la difficulté d'apprécier correctement les risques inhérents à chacune des options, il apparaît évident que l'option de la revente est la plus risquée, puisque les revenus anticipés dépendent de plusieurs facteurs, notamment des ralentissements significatifs des niveaux de production des grandes entreprises dans plusieurs secteurs, de la fermeture d'autres entreprises si la situation économique se détériore, de la valeur du dollar canadien, des aléas climatiques et de la capacité disponible sur les interconnexions. [...] Il apparaît à la Régie que de contraindre le Distributeur à prendre livraison à grands frais d'électricité dont il n'a pas besoin pour tenter de la revendre à profit dans un marché compétitif, serait imprudent.

1. LES CONDITIONS D'OUVERTURE DU RECOURS EN RÉVISION

À la lumière des arguments offerts à ce jour par la demanderesse en révision, avec égards, les critères qui permettraient la révision des décisions D-2007-127 et D-2007-134, selon l'article 37 LRÉ, ne sont pas rencontrés. EBMI allègue également en appui à sa demande des « faits nouveaux ». Le Distributeur conteste cette allégation qui, à sa face même, est sans fondement ou valeur.

La *Loi sur la Régie de l'énergie* (LRÉ) prévoit qu'il est possible de demander la révision d'une décision:

- lorsqu'est découvert un **fait nouveau** qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente (article 37 (1) LRÉ);
- lorsqu'une **personne intéressée** à l'affaire **n'a pu**, pour des raisons jugées suffisantes, **présenter ses observations** (article 37 (2) LRÉ);
- lorsqu'un **vice de fond ou de procédure** est de nature à invalider la décision (article 37 (3) LRÉ).

L'article 37 LRÉ a fait l'objet de nombreuses décisions, desquelles l'on peut synthétiser les critères qui donnent ouverture à une révision comme suit, à savoir:

- L'article 37 LRÉ ne permet pas à une deuxième formation de la Régie de réviser la décision d'une première formation uniquement parce que la deuxième formation aurait une opinion différente sur l'application d'une disposition de la Loi ou sur l'appréciation des faits;
- La deuxième formation, en révision, ne peut que corriger les erreurs fatales qui invalident la décision de la première formation;
- Il faut que la première formation ait tiré des conclusions en droit ou en fait qui soient insoutenables, qui ne puissent être défendues;
- La notion de vice de fond de nature à invalider la décision doit être interprétée assez largement pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier; il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente (Voir les décisions D-2006-135, pp 4ss; D-2005-216, pp 4 ss; D-2005-132, pp 18 ss et D-2003-117).
- Un fait nouveau, selon l'article 37 (1) LRÉ, doit répondre à trois critères: 1) la découverte, postérieure à la décision, d'un fait qui soit nouveau; 2) la non disponibilité de cet élément au moment de l'audition; 3) le critère déterminant qu'aurait eu cet élément sur le sort du litige s'il eût été connu en temps utile. Ainsi, découvrir un fait nouveau au sens du paragraphe 1 signifie que l'on découvre pour la « première fois » après l'audience un fait nouveau et ce, malgré des démarches adéquates. Découvrir un fait nouveau ne signifie donc pas « obtenir » après l'audience une information si pertinente soit elle. De plus, découvrir un fait nouveau ne veut pas dire découvrir un témoignage de plus au sujet d'un fait déjà discuté à l'audience. Une nouvelle interprétation jurisprudentielle ou invoquer un nouvel argument de droit ne constituent pas un fait nouveau;
- L'article 37 (2) LRÉ exige qu'une personne n'ait pas participé à l'audience, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (D-2006-117).

ONGLET 2 - Décisions Régie de l'énergie: D-2007-24 (pp 5-6), D-2005-216 (p 4) et D-2003-117 (pp 4, 8 à 11 et 15 à 20).

ONGLET 3 - GARANT, Patrice, *Droit administratif*, 5^e édition, Édition Yvon Blais, 2004, pp. 610 à 619.

ONGLET 4 - VILLAGGI, Jean-Pierre, École du Barreau du Québec, Droit public et administratif, Collection de droit 2007-2008, vol. 7, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007: Chapitre I : *La justice administrative* pp. 121 à 174 (pp 131, 132 et 134 à 139).

ONGLET 5 - PARISEAU-LEGAULT, Lysanne, École du Barreau du Québec, Droit public et administratif, Collection de droit 2007-2008, vol. 2, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007: Titre I, Chapitre II : *La demande de rétractation de jugement*, pp. 121 à 130.

ONGLET 6 - *Public School Board's assn. of Alberta c. Procureur general de l'Alberta*, REJB 2000-19273 (C.S.C.) (pp 2, 3 et 5).

ONGLET 7 - *Régime des rentes* – 9, [1993] C.A.S. 307.

ONGLET 8 - *Forages Dominik (1981) c. Haché*, [1994] C.A.L.P. 866.

ONGLET 9 - *L.N. c. Procureur général du Québec*, [2002] T.A.Q. 37.

2. CONTESTATION D'HYDRO-QUÉBEC DISTRIBUTION

En réponse, aux vices de fonds allégués par EBMI, le Distributeur soumet ce qui suit:

Délai d'introduction de la demande en révocation

- Le Distributeur s'en remet à la Régie à cet égard.

La juridiction et la procédure

- La Régie par sa décision concernant le *Plan d'approvisionnement 2005-2014* a avalisé la stratégie mise de l'avant par le Distributeur afin de disposer des surplus, soit de conclure des ententes avec ses cocontractants afin de réduire les livraisons d'électricité (D-2005-178).

- La Régie, agissant à l'intérieur de son mandat législatif, a clairement respecté ses compétences juridictionnelles définies par la LRE et ses décisions antérieures. Le cadre réglementaire exige du Distributeur de requérir l'approbation de la Régie pour des modifications aux éléments essentiels (livraison) prévus aux contrats d'approvisionnement en cours. La demande était conforme à ce cadre.

ONGLET 10 - Décisions: D-2008-15 (pp 3, 4 et 9), D-2007-83 (p 13), D-2007-13 (pp 3 et 4), D-2006-27 (pp 4, 6 et 7), D-2005-203 (p 8) et D-2005-138 (p 3).

- La Régie est seule juge de la complétude de la preuve qui lui est soumise et elle est la maîtresse de ses règles de procédures qu'elle a adaptées aux circonstances dont celles qui ont été mises de l'avant par le Distributeur dans ce dossier soit des surplus importants en électricité pour l'année 2008 et des modalités contractuelles contraignantes incluses au Protocole (Section II et III du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*). À titre d'exemple, afin d'accélérer le processus de qualification des intéressés, les participants aux dossiers tarifaires (HQD, HQT et GMI) ont été autorisés à participer au dossier sans la formalité d'un dépôt d'une demande d'intervention.
- La Régie avait le loisir d'adapter sa procédure, à la fois pour prendre en considération la situation qu'elle avait devant elle (soit la conclusion du Protocole assorti de dates préfixes quant à sa validité) et les ajustements qu'elle devait examiner en conformité avec l'encadrement réglementaire en place. Ce qu'elle a fait correctement d'ailleurs. Il y avait donc une situation particulière découlant des modalités du Protocole, du Contrat et des diverses étapes à franchir afin de cesser la production d'électricité à la Centrale.

ONGLET 11 - *Brière c. Laberge*, [1985] R.D.J. 599.

- Le processus d'audience du dossier R-3649-2007 est conforme à la pratique adoptée par la Régie dans le dossier antérieur pertinent, à savoir le dossier R-3624-2007 (Demande d'approbation de l'entente de suspension intervenue avec HQP, déposée à la Régie le 25 janvier 2007 et une décision finale le 26 février 2007) et ce, notamment quant à la durée de l'audience et aux modes procéduraux de participation des intéressés.

- EBMI et la FCEI ont participé aux deux dossiers relatifs à la suspension de livraisons d'électricité (R-3649-2007 et R-3624-2007). En raison notamment de leur participation au dossier R-3624-2007, ils ne peuvent se déclarer « pris par surprise » à l'égard des modes procéduraux mis en place par la Régie dans le présent dossier (idem pour la facture de la preuve offerte par le Distributeur dans le dossier). D'ailleurs, ni EBMI, ni FCEI n'ont mentionné en temps opportun (oralement à l'audience ou dans un écrit quelconque produit au dossier) que la Régie ne respectait pas les règles de justice naturelle, qu'ils exigeaient des ajustements procéduraux et des délais, qu'ils souhaitaient faire entendre un témoin ou un expert ou qu'ils n'étaient pas en mesure de comprendre la preuve du Distributeur ou d'y répondre adéquatement y incluant les éléments confidentiels (D-2007-134). Ces intéressés n'ont pas non plus demandé à la Régie la possibilité d'interroger d'autres témoins que les représentants du Distributeur. Ils avaient l'obligation de se manifester en cours d'audience et de présenter leurs demandes ce qu'ils ont omis de faire. Ils sont forclos de faire valoir de tels arguments en révision.

Supplémentaire: *Laporte c. T.A.Q.*, REJB 2001-28114 (C.S.).

- La Régie, afin d'approuver des ajustements aux contrats d'approvisionnement ou une entente intérimaire pour une période de court terme comme dans le dossier R-3649-2007, n'a pas d'obligation législative ou réglementaire de tenir une audience publique de nature contradictoire. La Régie agit dans le cadre de sa juridiction administrative de surveillance et elle n'est donc pas soumise à la formalité de l'article 25 LRÉ.

ONGLET 12 - Décision D-2001-191 (pp 6, 7 et 9)

- La LRÉ (articles 16, 31 (5)) autorise un régisseur seul à entendre une demande d'approbation tel que dans le présent dossier.

ONGLET 13 - *Tembec inc. c. La Régie de l'énergie et Hydro-Québec*, EYB 2007-119141 (C.S.) (pp 5, 9, 12, 14, 15).

- La Régie de l'énergie a gouverné le dossier R-3649-2007 en conformité avec les règles de justice naturelle (processus administratif sans obligation de tenir une audience publique selon 25 LRÉ et en application de l'article 12 du *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*).

Supplémentaire: *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4.

- Il est faux de prétendre, comme EBMI, que des intéressés ont été privés de participer pleinement aux audiences. Les délais et autres modes procéduraux dictés par la Régie étaient d'applications générales et flexibles en ce qu'il fut permis aux intéressés de formuler leurs arguments et même de les produire hors délai pour EBMI.

Supplémentaire: *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781.

- Il est faux de prétendre que la demanderesse en révision n'a pas eu la chance de faire valoir son point de vue car elle a participé à l'audience du 13 novembre 2007, qu'elle a procédé au contre-interrogatoire des représentants du Distributeur et qu'enfin elle a produit ses arguments et observations au dossier de la Régie.

Les décisions D-2007-127 & D-2007-134

- La Régie a correctement interprété et appliqué aux faits en preuve les dispositions législatives et réglementaires en cause. La Régie n'a pas commis d'erreur de droit ou de fait.
- Les décisions D-2007-127 et D-2007-134 sont bien fondées notamment en ce qu'elles reposent sur des faits ainsi que sur la preuve de nature technico-économique qui ont été produits au dossier par le Distributeur. Les insatisfactions de EBMI à cet égard ne constituent pas des vices de fond, tel que requis à l'article 37 LRÉ.
- À l'évidence, la Régie a considéré les faits et les démonstrations mis en preuve par le Distributeur ainsi que les arguments soumis par les participants à l'audience, dont EBMI. Le fait que la Régie, à la suite de son évaluation de la force probante de la preuve et des arguments offerts par les participants à l'audience, ait choisi de ne pas retenir les arguments ou les conclusions d'EBMI dans sa décision finale ne constitue pas un vice de fond selon l'article 37 LRÉ.
- Afin de respecter l'article 18 LRÉ (décision motivée), la Régie n'a pas l'obligation de se prononcer sur tous les arguments de faits ou de droit énoncés par les participants à ses audiences.

- EBMI, par sa demande de révision, tente d'introduire un appel déguisé de la décision D-2007-134 ce qui est illégal et rend la demande nulle (article 40 LRÉ). Plusieurs des motifs avancés par EBMI relèvent du fardeau de la preuve (exemple: l'ajustement de 6 \$ utilisé par le Distributeur dans son scénario de revente qui serait injustifié et non soutenu selon EBMI) en ce que, la Régie est la seule apte à déterminer si les démonstrations qui lui sont faites sont convaincantes ou non. La grande majorité des arguments soumis l'ont été lors de l'audience. La Régie a choisi de ne pas les retenir. Il s'agit donc d'un appel déguisé.
- L'argument d'EBMI (la Régie a erré en droit lorsque elle a refusé de reconnaître que les changements au contrat TCE allaient à l'encontre des principes d'équité en matière d'appels d'offres) ne repose sur aucune assise factuelle ou juridique valable.

R-3515-2003, HQD-1, Document 3, articles 39.5 et 39.10

Supplémentaire: *R. (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111.

ONGLET 14 - *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, 2007 CSC 3 (pp 10, 14 à 16, 26, 27, 29 et 30 à 33).

ONGLET 15 - *Roussillon (Municipalité régionale de comté de) c. Construction Frank Catania & Associés inc.*, 2007 QCCS 3607 (pp 7, 10, 12).

- Les faits et arguments invoqués par EBMI (résultat de l'encan quant aux disponibilités de transit sur l'interconnexion HQT-NE et l'angle d'analyse suggéré à la Régie soit un scénario basé sur le coût moyen de l'énergie en fonction du coût moyen des coûts d'approvisionnement et non du coût de l'énergie d'un contrat en particulier) ne rencontrent pas les critères de recevabilité et ils ne sont pas admissibles à fonder une demande de révision selon l'article 37 (1) LRÉ.
- Quant à l'aspect confidentialité du Protocole ou de l'Entente finale, il s'agit de renseignements dont la Régie avait déjà déclaré le caractère confidentiel (D-2003-146, pp 4, 11, 15 et 16, **ONGLET 16**). Par sa décision D-2007-127, la Régie a simplement constaté que les informations et renseignements produits dans ce dossier étaient confidentiels selon la décision D-2003-146. De là, la Régie n'avait pas à tenir une seconde audience à l'égard de renseignements qui ont déjà été tenus pour confidentiels lors de l'approbation du Contrat initial. Puisque notamment il s'agit de questions procédurales qui relèvent de la seule discrétion du premier banc de la Régie, ils sont maintenant

forclos d'invoquer cet élément comme fondement à leur demande de révision. De plus, la demanderesse en révision n'a nullement mentionné qu'elle ne disposait pas de l'information nécessaire pour l'étude de ce dossier.

- Étant maître de sa procédure, la Régie peut décider d'un huis clos à sa convenance pour la tenue de l'audience, ce qu'elle fit. Les procureurs de la demanderesse en révision alors présents à l'audience publique ne se sont pas objectés à une telle procédure de la part de la Régie. Puisque notamment il s'agit de questions procédurales qui relèvent de la seule discrétion du premier banc de la Régie, ils sont maintenant forclos d'invoquer cet élément comme fondement à leur demande de révision. De plus, la demanderesse en révision n'a nullement mentionné qu'elle ne disposait pas de l'information nécessaire pour l'étude de ce dossier.

3. CONCLUSIONS

CONSIDÉRANT l'insuffisance manifeste des motifs de révision allégués;

CONSIDÉRANT que les décisions D-2007-127 et D-2007-134 ne comportent aucun vice de fond de nature à les invalider;

REJETER la demande de révision;

RÉSERVER au Distributeur et selon la décision à venir, la faculté de commenter les demandes de frais de tout participant à cette audience.

Montréal, le 7 mars 2008

(S) Affaires juridiques Hydro-Québec

Affaires juridiques
Hydro-Québec
(Me Yves Fréchette)