

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2008-061 MOTIFS	R-3657-2008	30 mai 2008
-----------------------------	--------------------	--------------------

PRÉSENTS :

Richard Lassonde
Louise Pelletier
Marc Turgeon
Régisseurs

Fédération canadienne de l'entreprise indépendante
Requérante

et

Hydro-Québec
et
TransCanada Energy Ltd
Intimées

Motifs de la décision D-2008-061

Demande de révocation de la décision D-2007-134 (dossier R-3649-2007) de la Régie de l'énergie

Liste des intéressés :

- Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROÉÉ);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA);
- Union des consommateurs (UC).

1. LA DEMANDE DE RÉVOCATION

La Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (section Québec) (FCEI) dépose, le 7 janvier 2008, une demande de révocation de la décision D-2007-134¹ (la Décision).

La FCEI amende sa demande de révocation le 3 mars 2008. Les conclusions de la demande de révocation amendée de la FCEI sont les suivantes :

« **ACCUEILLIR** la présente demande de révocation de la Décision D-2007-134;

ORDONNER la tenue d'une audience en bonne et due forme dans les meilleurs délais pour réévaluer l'ensemble du dossier. »

La Décision dont la FCEI demande la révocation a été rendue dans le cadre d'une demande d'Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) portant sur l'approbation du Protocole d'entente (le Protocole) visant la suspension temporaire des activités de production d'électricité à la centrale de Bécancour et de l'entente finale entre Hydro-Québec Distribution et TransCanada Energy (dossier R-3649-2007, ci-après la Demande initiale).

Le Protocole modifie un contrat d'approvisionnement intervenu entre le Distributeur et TransCanada Energy Ltd (TCE) à l'issue de l'appel d'offres A/O 2002-01 et approuvé par la Régie de l'énergie (la Régie) en 2003² (le Contrat d'approvisionnement).

La Décision a approuvé, en date du 7 décembre 2007, le Protocole et l'Entente finale conclus entre le Distributeur et TCE (l'Entente Finale).

L'audition de la présente demande en révocation a été regroupée avec celle d'Énergie Brookfield Marketing Inc. (EBMI) déposée le 7 janvier 2008 au dossier portant le numéro R-3658-2008 (le dossier connexe).

Les présents motifs sont rendus simultanément à ceux rendus au dossier connexe.

¹ Dossier R-3649-2007, 7 décembre 2007.

² Décision D-2003-159, dossier R-3515-2003, 19 août 2003.

Pour éviter les répétitions et considérant que les motifs de révocation invoqués par la FCEI recourent ceux invoqués par EBMI au dossier connexe, la Régie dispose de la demande de révocation de la FCEI en référant aux motifs de sa décision D-2008-062 rendus ce jour dans le dossier connexe.

2. LES FAITS

Les faits pertinents sont relatés aux motifs de la décision D-2008-062 rendue dans le dossier connexe.

Il y a lieu de souligner que la lettre du 8 novembre 2007³ de la FCEI informant la Régie qu'elle allait participer à la séance de travail du 13 novembre 2007 ne comporte aucun commentaire sur la procédure retenue par la première formation ou la question du traitement confidentiel de certaines informations.

3. ANALYSE

3.1 LA REQUÊTE AMENDÉE

Dans sa demande amendée, la FCEI demande la révocation de la Décision en alléguant qu'elle ne se justifie pas contextuellement ou littéralement pour les raisons suivantes⁴ :

1. La première formation aurait omis de se prononcer sur une partie importante de la preuve sans justification adéquate;
2. Elle a pris en considération l'avantage environnemental alors que cet élément ne devait pas être traité et la FCEI n'a pu ainsi procéder à des contre-interrogatoires;

³ Dossier R-3649-2007, pièce C-4.2.

⁴ Demande de révocation de la FCEI, par. 21.

3. La Décision a pour effet de modifier les modalités de l'appel d'offres A/O 2002-01 dans le cadre duquel le Contrat d'approvisionnement a été octroyé, violant ainsi le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires;
4. La Décision a pour effet de mettre à l'écart les règles de libre concurrence en octroyant un avantage marqué à TCE, ce qui crée des conditions de marché désavantageuses pour les participants aux appels d'offres passés, présents et futurs;
5. La FCEI a été privée de son droit le plus fondamental de soumettre une preuve complète lors de la séance de travail/audience, ce qui constitue une iniquité procédurale et une violation grave de la règle *audi alteram partem*.

Pour les motifs exposés aux motifs de la décision D-2008-062 aux sections 3.2.3.4 et 3.2.4.4 rendus ce jour au dossier connexe, la Régie rejette les motifs 3 à 5 mentionnés plus haut.

Quant au motif n° 1 voulant que la première formation ait omis de se prononcer sur une partie importante de la preuve sans justification adéquate, la FCEI soumet plus spécifiquement que les éléments de preuve dont la première formation n'aurait pas tenu compte sont les suivants⁵ :

- La valeur du droit de substitution modifié pour TCE dans le calcul économique de l'option d'interruption;
- La preuve que le scénario de revente ne devrait pas être quantifié exclusivement sur la base des prix de New-York;
- L'accessibilité de la ligne de transport d'électricité reliant le Québec au marché de la Nouvelle-Angleterre aux participants du marché, à raison de 600 MW en service ferme et 800 MW en service non ferme;
- Les résultats d'un encan octroyant 600 MW de transport vers le marché New-England Power Pool (NEPOOL).

⁵ Demande de la FCEI, par. 22 à 33.

La FCEI a soumis à la première formation des observations écrites sur tous ces sujets⁶ et le Distributeur y a répondu⁷.

Pour les motifs exposés aux motifs de la décision D-2008-062 rendus ce jour dans le dossier connexe et particulièrement aux sections 3.2.4 et 3.2.4.4 de cette décision, la Régie rejette ces arguments de la FCEI.

Quant au motif n^o 2 ci-dessus voulant que la première formation ait pris en considération l'avantage environnemental alors que cet élément ne devait pas être traité et que la FCEI n'ait pu ainsi procéder à des contre-interrogatoires, la Régie rejette également ce motif de révocation.

Le président de la première formation s'est en effet objecté à ce que les participants discutent de l'impact environnemental de la production ou non production de l'usine TCE :

« Alors, tout le côté aspect environnemental qui est attaché à la production ou non de Bécancour, quand le projet de Bécancour a été approuvé, la Régie, même avec sa mission, connaissait les effets de gaz à effet de serre. Alors, je ne voudrais pas qu'on relance le débat là-dessus, je voudrais bien qu'on s'en tienne strictement au cadre des enjeux de ce dossier »⁸.

La Régie a néanmoins reçu des observations écrites de plusieurs personnes et groupes environnementaux exprimant leur appui à l'option suspension du contrat TCE, principalement en raison de la réduction des gaz à effet de serre résultant de la fermeture temporaire de la centrale thermique de Bécancour⁹.

Pour les motifs exposés à la section 3.2.4.4 des motifs de la décision D-2008-062 rendus ce jour au dossier connexe, les considérations environnementales ne sont pas déterminantes dans la Décision qui est plutôt basée sur une appréciation plus générale et subjective des faits, i.e. sur une appréciation des risques rattachés aux options présentées.

La Régie rejette le motif n^o 2 cité plus haut.

⁶ Dossier R-3649-2007, pièce C-4.4.

⁷ Idem, pièce B-11.

⁸ Dossier R-3649-2007, notes sténographiques (NS), volume 1, 13 novembre 2007, p. 165.

⁹ Voir les pièces C-5.3, 10.3, 13.1, 14.1, 15.1, 16.1, 17.1, 18.1, 19.1, 20.1 et 22.1 au dossier R-3649-2007.

3.2 AUTRES MOTIFS SOUMIS EN AUDIENCE

À l'audition commune de cette demande et de celle d'EBMI, la FCEI a élaboré sur d'autres motifs de révision, notamment sur l'absence de motivation de certaines parties de la Décision.

Plus particulièrement, la FCEI soumet que la Régie a failli à son obligation de motiver ses décisions. La FCEI identifie certains passages spécifiques de la Décision qu'elle juge insuffisamment motivés :

- a) page 10 de la Décision : « *La Régie effectue plusieurs simulations et constate qu'en prenant des « forwards » plus récents pour l'année 2008 [...]* ». La première formation aurait effectué certaines simulations mais elle ne les a pas présentées. Aucun détail ne permet d'évaluer la véracité et la pertinence de ces scénarios dans la Décision. Le fait d'avoir effectué sa propre analyse en n'indiquant pas ce qu'elle retient de la preuve constituerait une absence de motivation.
- b) Page 10 de la Décision : « *La Régie conclut que l'évaluation des risques devient alors la préoccupation principale* » : La première formation n'aurait pas expliqué les motifs qui l'amènent à une telle conclusion. La première formation aurait évacué rapidement les deux scénarios pour s'en remettre à la question des risques sans énoncer ses motivations, et ce, dans un contexte où l'enjeu principal est la comparaison économique entre les deux scénarios.
- c) Page 11 de la Décision : « *En ce qui concerne la vente de la capacité par le Distributeur, la Régie juge que ce débat doit être tenu dans un autre forum plus approprié* ». La première formation n'aurait aucunement justifié pourquoi le débat devrait être tenu dans un autre forum et pas celui de la Demande initiale.
- d) Page 11 de la Décision : « *La Régie ne peut donc considérer les opportunités sur le marché de NEPOOL comme suffisamment sûres et l'inclure dans sa comparaison des options* ». La première formation fait référence au fait que le marché de NEPOOL pourrait être intéressant mais conclut qu'elle ne peut le considérer. Selon la FCEI, cette conclusion ne serait pas motivée et serait insoutenable par rapport à la preuve rapportée dans la Décision au paragraphe précédent.

À cet égard, le Distributeur fait valoir que les décisions d'un organisme administratif n'ont pas à répondre à chacun des arguments soumis par les participants. Cependant, on doit être en mesure de comprendre la logique du décideur et d'établir la relation entre les motifs et l'objet de la décision. Le Distributeur considère que la Décision possède ces caractéristiques.

Les motifs invoqués plus haut par la FCEI se basent sur l'obligation de la Régie de motiver ses décisions. L'article 18 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹⁰ (la Loi) prévoit explicitement cette obligation :

« 18. Une décision de la Régie doit être rendue avec diligence et être motivée; [...] »

Lorsqu'une disposition législative oblige un tribunal à motiver sa décision, les motifs contenus dans son jugement doivent être considérés comme suffisants.

Dans la décision D-2006-144, la Régie s'exprime sur le test qui doit être appliqué pour déterminer si l'obligation de motiver est remplie ou non :

« En vertu de l'article 18 de la Loi, la Régie a l'obligation de motiver ses décisions. En pratique, comme le précise Yves Ouellette, « pour être considérés comme suffisants, les motifs doivent être raisonnablement précis en faits et en droit, en plus d'être clairs et intelligibles ». Cette obligation de motiver doit cependant s'adapter à chaque cas d'espèce. Par exemple, lorsque la Régie décide de s'écarter d'une jurisprudence établie, les motifs présentés doivent être suffisamment précis. Comme nous l'enseigne Patrice Garant, dans ces circonstances, la Régie a l'obligation d'expliquer clairement les raisons pour lesquelles elle fait le choix de s'écarter de sa jurisprudence »¹¹.

Dans la décision D-2003-54, la Régie précisait la portée de l'obligation de motiver en ces termes :

« L'obligation de motiver n'impose pas à la Régie de répondre à chacun des arguments de l'intervenant, mais bien d'exprimer les considérations essentielles sur lesquelles la décision se fonde. Les motifs doivent traiter du critère d'utilité

¹⁰ L.R.Q., c. R-6.01.

¹¹ Décision D-2006-144, dossier R-3608-2006, 11 octobre 2006.

prévu par la Loi et il n'est pas nécessaire de commenter et de répéter tous et chacun des arguments avancés par les avocats »¹².

Ainsi, il n'est pas nécessaire que la Régie se prononce sur chaque argument qui lui est présenté. Elle doit cependant s'exprimer intelligemment, de façon à permettre aux parties de comprendre le processus décisionnel qu'elle a suivi pour en arriver aux résultats de sa décision¹³.

Enfin, même dans le cas où la décision n'est pas suffisamment motivée, l'erreur doit être suffisamment déterminante pour avoir un impact sur l'issue du litige¹⁴.

Voici les quatre passages de la Décision qui seraient, selon la FCEI, insuffisamment motivés :

« La Régie effectue plusieurs simulations et constate qu'en prenant des « forwards » plus récents pour l'année 2008 pour le gaz naturel, pour les prix de l'électricité dans le marché de NYISO et pour la valeur de la devise canadienne pour 2008, l'écart entre les deux options pourraient varier sensiblement et devenir favorable à l'option de revente. »

La FCEI a raison de dire que la première formation fait référence à des simulations qui ne sont pas présentées dans la Décision. La première formation aurait certainement pu présenter ces simulations afin de permettre une meilleure compréhension de la Décision.

Cependant, la présente formation ne croit pas que la présentation détaillée de ces simulations effectuées à l'interne était essentielle pour comprendre le processus décisionnel de la première formation. Dans les faits, la première formation cherchait simplement à expliquer que, dépendant des hypothèses que l'on retient, l'écart entre l'option de revente et l'option de la suspension est susceptible de varier considérablement.

La Décision est donc, à cet égard, suffisamment claire et intelligible.

« La Régie conclut que l'évaluation des risques devient alors la préoccupation principale. »

¹² Décision D-2003-54, dossier R-3502-2002, 19 mars 2003.

¹³ LAPORTE, André, *Le recours en révision ou en révocation des décisions du T.A.Q.*, 2004, EYB2004DEV651.

La FCEI prétend que la première formation n'a pas expliqué comment elle arrive à cette conclusion. La présente formation n'est pas de cet avis.

La lecture du paragraphe dans son ensemble permet de comprendre aisément le raisonnement de la Régie. La première formation indique que, selon les hypothèses, « *la variabilité de l'écart entre les deux options est grande, dans un sens comme dans l'autre* ». On comprend donc que la première formation jugeait qu'il était difficile d'établir avec suffisamment de certitude les hypothèses de coûts du scénario de revente permettant d'effectuer une comparaison solide entre les deux scénarios. C'est dans ce contexte que la première formation conclut que l'évaluation des risques devient sa préoccupation principale.

« En ce qui concerne la vente de la capacité par le Distributeur, la Régie juge que ce débat doit être tenu dans un autre forum plus approprié. »

La FCEI soutient que la première formation n'a pas expliqué pourquoi le débat devait être tenu dans un autre forum.

La première formation essayait de fournir une certaine explication en mentionnant qu'« *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 la capacité, tant que cet aspect ne sera pas clarifié* ». Toutefois, la première formation n'a pas expliqué pourquoi elle n'était pas en mesure d'utiliser une certaine valeur aux fins du présent dossier, ni en quoi cet aspect devait être d'abord clarifié. La Décision ne permet pas de comprendre le raisonnement suivi par la première formation pour arriver à une telle conclusion. La première formation aurait certainement eu avantage à motiver davantage cet aspect de sa Décision.

Cependant, il n'a pas été démontré que cette partie de la Décision, prise isolément, était déterminante dans l'issue du litige. Il s'agit d'un élément de coût parmi d'autres et comme la première formation n'a pas été en mesure d'établir une valeur, il est difficile de dire que la prise en compte de cette valeur aurait pu justifier une décision différente.

« La Régie ne peut donc considérer les opportunités sur le marché de NEPOOL comme suffisamment sûres et l'inclure dans sa comparaison des options. »

¹⁴ Idem 12.

La FCEI prétend que cette conclusion n'est pas cohérente avec le paragraphe qui précède. La présente formation n'est pas de cet avis.

Dans le paragraphe cité par la FCEI, la première formation indique que de meilleurs prix pourraient être obtenus par le Distributeur sur le marché de la Nouvelle-Angleterre (NEPOOL), compte tenu que certains acteurs du marché avaient déposé des demandes pour les mégawatts disponibles dans ce marché. Par contre, la première formation conclut qu'étant donné que les résultats de l'enchère ne sont pas connus, elle ne peut considérer les opportunités sur le marché de NEPOOL comme « suffisamment sûres ». Il n'y a aucune incohérence dans le raisonnement de la première formation à cet égard.

Pour ces raisons, la présente formation est d'avis que les motifs de révocation de la FCEI relatifs à l'obligation de motiver ne sont pas fondés.

Richard Lasonde
Régisseur

Louise Pelletier
Régisseur

Marc Turgeon
Régisseur

Liste des représentants :

- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) représentée par M^e André Turmel;
- Hydro-Québec représentée par M^e Yves Fréchette;
- Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROÉÉ) représenté par M^e Franklin S. Gertler;
- Stratégies Énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) représenté par M^e Dominique Neuman;
- TransCanada Energy Ltd (TCE) représentée par M^e John Hurley;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M^e Hélène Sicard.