OPINION DE McCARTHY TÉTRAULT RELATIVEMENT AUX DOCUMENTS D'APPELS DE PROPOSITIONS ET DES CONTRATS OCTROYÉS POUR L'ACHAT ET L'INSTALLATION DES COMPTEURS IMA

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2
Canada
Tél : 514-397-4100
Téléc : 514-875-6246

mccarthy tétrault

Daniel Bénay
Ligne directe : 514-397-4168
Courriel : dbenay@mccarthy.ca

Le 17 janvier 2012

PRIVILÉGIÉ ET CONFIDENTIEL

Hydro-Québec
75, boulevard René-Lévesque Ouest
Montréal (Québec)
H2Z 1A4

À l'attention de Monsieur Georges Abiad, Directeur Infrastructure de mesurage avancée

Messieurs, Mesdames,

La présente fait suite à votre demande visant à obtenir notre avis juridique sur les accords contractuels conclus entre Hydro-Québec Distribution et des tiers entrepreneurs quant à la fourniture et à l'installation de compteurs intelligents, de l'infrastructure de télécommunications connexe et des frontaux d'acquisition dans le cadre du Projet Lecture à distance d'Hydro-Québec Distribution.

Plus spécifiquement, vous avez demandé notre avis quant à la question de savoir si Hydro-Québec Distribution a conclu ces accords contractuels i) conformément aux conditions commerciales habituelles, et ii) en se fondant sur des prix contractuels fermes.

Dans le cadre de ce mandat, nous avons examiné les accords contractuels conclus entre Hydro-Québec et deux entrepreneurs tiers, soit i) le fournisseur de 80 % des compteurs intelligents*, des infrastructures de télécommunications et des frontaux d'acquisition (le « fournisseur ») et ii) le prestataire de services pour l'installation de compteurs intelligents (le « prestataire de services »).

Hydro-Québec Distribution a accordé séparément des contrats à la fois au fournisseur et au prestataire de services après un appel initial de candidatures et un appel subséquent de propositions pour chaque contrat. Dans les deux cas, Hydro-Québec Distribution a émis un avis d'attribution au soumissionnaire retenu.

Nous examinons chaque accord contractuel ci-après. Dans le cadre de notre examen, nous avons porté notre attention exclusivement sur les conditions commerciales juridiques entre les parties et nous nous sommes abstenus d'examiner les éléments matériels et spécifications techniques ou les données de nature purement financière. À cet égard, nous n'exprimons aucun avis.

En résumé et sur le fondement de notre examen ci-après, nous sommes d'avis que les accords contractuels conclus entre Hydro-Québec Distribution et le fournisseur, ainsi qu'entre Hydro-Québec Distribution et le prestataire de services ont été conclus conformément aux conditions

---

* Nous croyons comprendre qu'Hydro-Québec Distribution a choisi un entrepreneur différent pour fournir 20 % des compteurs intelligents, mais que les derniers détails de ces accords contractuels n'ont pas encore été conclus.

commerciales habituelles, dans le but de réaliser leur objet à un prix contractuel aussi ferme que les circonstances du Projet Lecture à distance le permettent.

I. Accord contractuel entre Hydro-Québec Distribution et le fournisseur

L'avis d'attribution d'Hydro-Québec Distribution au fournisseur en date du 19 mai 2011 indique que le fournisseur fournira jusqu'à 80 % des compteurs intelligents, des infrastructures de télécommunications et des frontaux d'acquisition pour un « montant maximal » spécifié et selon les modalités convenues.

Un petit pourcentage de ce « montant maximal » est le prix ferme pour deux projets-pilotes (un en zone urbaine et un en zone rurale). Le solde du « montant maximal » est pour le déploiement massif des compteurs. Ce déploiement massif s'effectuera au gré d'Hydro-Québec Distribution et est notamment tributaire i) du succès des deux projets-pilotes, ii) de l'attestation de la rentabilité du projet dans son ensemble, et iii) de l'obtention de l'autorisation du projet de la part de la Régie de l'énergie.

À notre avis, l'utilisation par les parties de l'expression « montant maximal » dans l'avis d'attribution exprime leur intention de fixer un plafond aux obligations financières d'Hydro-Québec Distribution aux termes du contrat.

L'avis d'attribution précise que l'attribution est faite conformément à une liste des documents contractuels décrits en annexe. Ces documents précisent davantage l'accord contractuel conclu entre Hydro-Québec Distribution et le fournisseur, et le complètent. Ces documents contractuels sont décrits en ordre décroissant de priorité, les documents répertoriés en premier ayant priorité sur les documents répertoriés en dernier.

Le premier document contractuel est une liste de bordereaux de prix finaux. Ce document commence par un état des coûts du projet, y compris une option de coût qui correspond au « montant maximal » indiqué dans l'avis d'attribution. Nous croyons comprendre qu'Hydro-Québec Distribution a choisi cette option de coût, et qu'en conséquence les parties se sont entendues sur le « montant maximal » du contrat.

La liste de bordereaux de prix finaux est suivi d'un document intitulé « Clauses particulières ». Ce document fait état des dispositions détaillées qui régissent pour l'essentiel les relations contractuelles entre les parties. À notre avis, ces dispositions constituent des conditions commerciales habituelles pour ce type d'accord contractuel.

Les « Clauses particulières » font notamment état des dispositions détaillées relatives : i) à la durée du contrat, ii) aux droits de résiliation et à la répartition de responsabilité entre les parties, iii) à la livraison, au transport des compteurs et d'autre équipement, y compris des dispositions de contrôle de la qualité, de garantie et de pénalité, iv) aux conditions d'acquisition de logiciels et de licences, v) à la sécurité des technologies de l'information et à la préservation du caractère confidentiel des renseignements auxquels le fournisseur a accès, vi) aux garanties et à l'évaluation de la performance, vii) aux conditions de paiement, y compris les retenues de performance, viii) au règlement de différends, et ix) aux modalités financières.

Le document « Clauses particulières » est suivi des autres documents contractuels habituels. Ces documents comprennent notamment i) les « Clauses générales » d'Hydro-Québec Distribution qui font état des conditions générales dans les contrats d'Hydro-Québec Distribution avec les modifications pertinentes, ii) un énoncé des travaux définitif, iii) certains documents relatifs au processus d'appel de propositions, et iv) un contrat d'entiercement visant le code source du logiciel

fourni par le fournisseur. Aux termes d'une convention de cession avec effet le 26 juillet 2011, le fournisseur a cédé le contrat à sa filiale canadienne et a donné une garantie inconditionnelle quant aux obligations contractuelles de la filiale.

En résumé, ces documents contractuels sont non seulement habituels, mais ils servent également à limiter la vulnérabilité d'Hydro-Québec Distribution au risque financier. Un certain nombre de dispositions prévoient des mesures incitatives, comme des mesures correctives, des pénalités et des retenues de performance, pour que le fournisseur respecte ses obligations d'exécution et les objectifs technologiques fixés par Hydro-Québec Distribution.

En vertu de l'accord contractuel, le fournisseur est tenu d'exécuter tous les travaux liés aux deux projets-pilotes moyennant une rémunération forfaitaire, qui constitue une limite aux obligations financières d'Hydro-Québec Distribution.

Après la réalisation des projets-pilotes, la décision de procéder au déploiement massif revient pour l'essentiel à Hydro-Québec Distribution. Ce déploiement massif se divise en trois zones (zones 1, 2 et 3) qui couvrent différentes régions du Québec desservies par Hydro-Québec Distribution.

Pendant toute la durée du projet global, les compteurs et les équipements de télécommunications sont fournis à prix unitaires fermes pour la zone 1 ou à des prix unitaires « plafonds » pour les zones 2 et 3. Les prix unitaires « plafonds » pour les zones 2 et 3 peuvent être rajustés à la hausse uniquement si la variation du taux de change ($C - $US) est de plus de 5 % entre le 29 avril 2011 et la date à laquelle Hydro-Québec Distribution confirme le déploiement dans ces zones. Ces prix unitaires « plafonds » peuvent également être rajustés à la baisse pour s'assurer qu'Hydro-Québec bénéficie des conditions commerciales les plus avantageuses selon une « clause de la nation la plus favorisée » pour des services comparables fournis par le fournisseur.

Les prix des services de topologie du réseau de télécommunications et des services de support et d'optimisation sont fixés selon un prix forfaitaire. Les prix pour les logiciels et les licences relativement au frontal d'acquisition ainsi que la maintenance et le support sont fixés selon les bordereaux de prix finaux. Des modalités de rémunération pour des services de soutien « post implantation » sont également prévues aux bordereaux de prix finaux.

Pour ce qui est du déploiement de l'infrastructure dans les zones 1, 2 et 3, le fournisseur est tenu de respecter un « prix 'sans excéder' ». Pour ce qui est de la zone 1, le fournisseur fixe à l'avance le « prix 'sans excéder' ». Le « prix 'sans excéder' » pour la zone 2 est fixé après l'achèvement de la zone 1 et celui pour la zone 3 est fixé après l'achèvement de la zone 2.

Nous croyons comprendre que la détermination définitive du « prix 'sans excéder' » du fournisseur relativement aux zones 2 et 3 dépend essentiellement de la finalisation des quantités d'équipements requises pour chaque zone. Le fournisseur a toutefois garanti un plafond global sur le nombre d'unités nécessaire pour une composante centrale et assumera les coûts des unités supérieurs à ce plafond pour cette composante.

Pour l'intégralité des zones 1, 2 et 3, l'accord contractuel prévoit une rémunération « sans excéder – quantité maximale ». Il s'agit d'une limite ferme sur les engagements financiers d'Hydro-Québec Distribution aux termes du contrat. Ce prix ne peut être augmenté et vise tous les services fournis aux termes du contrat, à l'exception des taxes sur les produits et services et des taxes de vente.

II. Accord contractuel entre Hydro-Québec Distribution et le prestataire de services

L'avis d'attribution d'Hydro-Québec Distribution au prestataire de services en date du 3 novembre 2011 indique que ce dernier installera les compteurs intelligents pour le projet-pilote en milieu urbain et effectuera le déploiement massif selon les modalités convenues. En outre, Hydro-Québec Distribution exerce son option d'acquérir certains accessoires auprès du prestataire de services et de lui attribuer un montant supplémentaire pour des taux d'installation supérieurs à la cible convenue pour, au moins, les premiers six mois du déploiement massif.

Les montants indiqués dans l'avis d'attribution sont caractérisé comme étant des montants maximums. Le paiement de ces montants dépend de la performance du prestataire de services et de la décision d'Hydro-Québec Distribution d'exercer les options contractuelles à son gré.

L'exécution du projet global dépend également i) de son approbation par le conseil d'administration d'Hydro-Québec, ii) de l'obtention de l'autorisation du projet par la Régie de l'énergie, et iii) de la réussite commerciale et technique du projet-pilote.

À notre avis, la classification par les parties des montants indiqués dans l'avis d'attribution comme étant des « montants maximums » exprime leur intention de fixer un plafond aux obligations financières d'Hydro-Québec Distribution aux termes du contrat.

Une liste des documents contractuels est jointe à l'avis d'attribution. Ces documents précisent davantage l'accord contractuel conclu entre Hydro-Québec Distribution et le prestataire de services, et le complètent. Ces documents contractuels sont décrits en ordre décroissant de priorité, les documents répertoriés en premier ayant priorité sur les documents répertoriés en dernier.

Parmi ces documents contractuels se trouve un bordereau de prix finaux. Ce document contient un état des coûts du projet global. Le total des coûts correspond aux montants indiqués dans l'avis d'attribution pour le projet-pilote et le déploiement massif. Le bordereau de prix finaux contient également une ventilation des coûts des accessoires et de la performance supérieurs à la cible convenue. Ces deux montants correspondent aux montants indiqués dans l'avis d'attribution pour ces éléments.

La liste de bordereaux de prix finaux est suivi d'un document intitulé « Clauses particulières ». Ce document fait état des dispositions détaillées qui régissent pour l'essentiel les relations contractuelles entre les parties. À notre avis, ces dispositions constituent des conditions commerciales habituelles pour ce type d'accord contractuel.

Les « Clauses particulières » font notamment état des dispositions détaillées relatives : i) à la durée du contrat, ii) aux droits de résiliation, iii) au personnel du prestataire de services et sa formation, iv) aux modalités d'installation des compteurs, y compris le service à la clientèle, v) à la répartition des responsabilités, vi) au transport, à l'entreposage et à la gestion des stocks, vii) à la planification, viii) à la préservation des renseignements confidentiels, ix) aux droits d'audit d'Hydro-Québec Distribution, x) aux technologies de l'information et des communications, xi) à l'évaluation de la performance, xii) aux conditions de paiement, y compris les retenues de performance et les pénalités, xiii) à la garantie d'installation, xiv) au règlement de différends, et xv) aux modalités de rémunération.

Le document « Clauses particulières » est suivi des autres documents contractuels habituels. Ces documents comprennent notamment i) les « Clauses générales » d'Hydro-Québec Distribution qui prévoient les modalités générales des contrats d'Hydro-Québec Distribution avec les modifications pertinentes, ii) un Énoncé des travaux, iii) certains documents relatifs au processus d'appel de

propositions, et iv) une garantie de la société mère relativement à l'exécution du contrat par le prestataire de services.

Globalement, ces documents contractuels sont non seulement habituels, mais ils servent également à limiter la vulnérabilité d'Hydro-Québec Distribution à l'incertitude ou au risque financier.

Pour le projet-pilote, l'installation standard et l'installation spéciale des compteurs intelligents sont fixées aux prix unitaires. Ces prix unitaires comprennent tous les coûts liés à ces installations respectives.

Il incombe au prestataire de services de participer à l'établissement d'une interface entre son réseau et celui d'Hydro-Québec Distribution pour le déploiement massif. Un prix forfaitaire est fixé pour ce travail.

Si Hydro-Québec Distribution décide de procéder au déploiement massif, des prix unitaires sont fixés pour l'installation standard et l'installation spéciale, selon la zone. Le prestataire de services installe des compteurs intelligents uniquement dans les zones 1 et 2. Chaque prix unitaire comprend tous les coûts liés à ces installations. Les prix unitaires peuvent être indexés annuellement, après le printemps 2014, selon l'Indice des prix à la consommation.

Dans le cas de signalements de point chaud, de subtilisation et de sonde ou de contrôleur endommagé, le prestataire de services reçoit le prix unitaire pour une installation standard dans la zone applicable, même si le compteur n'a pas été remplacé.

Selon l'option exercée par Hydro-Québec Distribution, le prestataire de services facture également mensuellement pour certains accessoires, soit les adaptateurs et les anneaux d'attache.

L'accord contractuel prévoit également des mesures incitatives pour encourager le prestataire de services à atteindre ses objectifs de performance.

Si le prestataire de services ne respecte pas le taux d'installation cible convenu, une retenue de performance est alors appliquée. Cette retenue de performance devient une pénalité à l'encontre du prestataire de services si la performance demeure sous la cible.

Si la performance du prestataire de services est supérieure à la cible, il a alors droit à des prix unitaires supplémentaires, selon le dépassement de la cible et la zone pertinente; toutefois, Hydro-Québec Distribution peut mettre fin à cet incitatif. Le prestataire de services a également droit à une rémunération supplémentaire fixe si le nombre de plaintes des consommateurs reçues est inférieur au minimum cible.

III. Conclusion

En résumé et sur le fondement de notre examen ci-dessus, nous sommes d'avis que les accords contractuels conclus entre Hydro-Québec Distribution et le fournisseur, ainsi qu'entre Hydro-Québec Distribution et le prestataire de services ont été conclus conformément aux conditions commerciales habituelles, dans le but de réaliser leur objet à un prix contractuel aussi ferme que les circonstances du Projet Lecture à distance le permettent.

Pour émettre le présent avis, nous nous sommes fiés, quant à certaines questions de fait, aux renseignements obtenus auprès des représentants d'Hydro-Québec, y compris les documents examinés et ceux susceptibles d'examen.

Nous n'exprimons aucun avis quant aux lois de tout territoire, à l'exception des lois existantes au Québec.

Le présent avis est limité aux questions expressément précitées et aucun avis n'est sous-entendu ni ne peut être présumé au-delà des questions expressément indiquées. Le présent avis ne se veut pas un sommaire exhaustif des contrats. Nous ne sommes pas tenus de vous aviser de tout changement futur dans les faits, se rapportant aux questions visées par le présent avis.

Nous émettons le présent avis à titre de conseillers juridiques d'Hydro-Québec et uniquement à l'intention d'Hydro-Québec relativement à la question indiquée ci-dessus dans les paragraphes d'introduction. Le présent avis ne peut être cité ni mentionné, en tout ou en partie, dans tout document, et aucune autre personne ou entité ne peut s'y fier, sans notre consentement écrit préalable.

Nous consentons toutefois à la remise d'une copie du présent avis à la Régie de l'énergie pour renseignements particuliers dans l'acquittement de ses obligations réglementaires, cette remise est subordonnée aux mêmes réserves ci-dessus.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs, Mesdames, nos salutations distinguées.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

McCarthy Tétrault