QUÉBEC

NO : R-3864-2013

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

**DEMANDE D'APPROBATION DU PLAN
D'APPROVISIONNEMENT 2014-2023**

HYDRO-QUÉBEC

**Demanderesse
(ci-après le « Distributeur »)**

et

**L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DES
CONSOMMATEURS INDUSTRIELS D'ÉLEC-
TRICITÉ**

(ci-après « AQCIE »)

**Décision de la Régie D-2003-159 (dossier R-3515-
2003), extraits**

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2003-159

R-3515-2003

19 août 2003

PRÉSENTS :

Anita Côté-Verhaaf, M. Sc. (Écon.)

Benoît Pepin, LL. M.

Francine Roy, M.B.A.

Régisseurs

Hydro-Québec

Demanderesse

et

Intéressés dont les noms apparaissent à la page suivante

Intéressés

Décision

Demande du Distributeur concernant l'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité découlant de l'appel d'offres A/O 2002-01

Liste des intéressés :

- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ);
- Stratégies énergétiques et Association canadienne de l'énergie éolienne (S.É./ACÉE);
- TransCanada Energy Ltd (TCE);
- Union des consommateurs (UC).

1. LA DEMANDE

Le 20 juin 2003, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) introduit à la Régie de l'énergie (la Régie) une demande d'approbation de trois contrats d'approvisionnement en électricité (les Contrats) en vertu de l'article 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi) :

- un contrat pour 350 MW de produits en base intervenu le 10 décembre 2002 avec Hydro-Québec Production (HQP)²;
- un contrat pour 250 MW de produits cyclables intervenu le 10 décembre 2002 avec HQP³;
- un contrat pour 507 MW de produits en base intervenu le 10 juin 2003 avec TransCanada Energy Ltd (TCE)⁴.

Le 18 juillet 2003, dans sa décision D-2003-146, la Régie se prononce sur la confidentialité de certains documents soumis à l'appui de la demande d'approbation du Distributeur.

L'approbation de ces Contrats est l'aboutissement de l'appel d'offres de 600 MW lancé par le Distributeur le 21 février 2002 et modifié le 14 mars 2002 par l'*addenda* n°1 qui augmentait les quantités demandées à 1 200 MW.

2. CADRE JURIDIQUE

La Loi prévoit une série de mesures encadrant le déroulement des appels d'offres et l'approbation des contrats d'approvisionnement du Distributeur :

- la procédure d'appel d'offres et d'octroi (la Procédure) et le code d'éthique sur la gestion des appels d'offres (le Code d'éthique) approuvés par la Régie le 24 juillet 2001⁵;

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

² Pièce HQD-1, document 1.

³ Pièce HQD-1, document 2.

⁴ Pièce HQD-1, document 3.

⁵ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001.

- le Plan d'approvisionnement 2002-2011 (le Plan) approuvé par la Régie le 2 août 2002 selon l'article 72 de la Loi. Dans sa décision sur la première phase du Plan⁶, la Régie reconnaît que l'accroissement de la demande justifie le lancement d'un appel d'offres;
- la surveillance par la Régie de l'application de la Procédure et du Code d'éthique pour l'appel d'offres A/O 2002-01 en vertu de l'article 74.2 de la Loi qui a fait l'objet du *Rapport de constatations* produit par la Régie le 18 juin 2003⁷;
- le *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le Distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie*⁸ (le Règlement d'application) approuvé par le gouvernement le 27 novembre 2002.

Le Distributeur demande à la Régie d'approuver les Contrats en vertu du 2^e alinéa de l'article 74.2 de la Loi. Cet article se lit comme suit :

« 74.2. La Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique, prévus à l'article 74.1, et examine si ceux-ci ont été respectés. À cette fin, elle peut exiger tout document ou renseignement utile. La Régie fait rapport de ses constatations au distributeur d'électricité et au fournisseur choisi.

Le distributeur d'électricité ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement. »

Le Règlement d'application prévoit un délai pour soumettre à l'approbation de la Régie un contrat d'approvisionnement en électricité :

« [...] Une demande d'approbation est présentée à la Régie au moins 90 jours avant la date d'entrée en vigueur du contrat, à moins de circonstances particulières démontrées par le distributeur d'électricité à la Régie. Ce délai est de 60 jours pour les contrats à être octroyés à la suite du premier appel d'offres du distributeur d'électricité. »

Dans le présent cas, comme il s'agit de contrats de plus d'un an découlant du premier appel d'offres, le Règlement d'application indique que le Distributeur doit présenter sa demande

⁶ Décision D-2002-17, 21 janvier 2002.

⁷ Dossier R-3515-2003, document n°39.

⁸ (2002) 134 G.O. II, 8151, décret 1354-2002, 20 novembre 2002.

d'approbation « *au moins 60 jours avant la date d'entrée en vigueur du contrat* ». Comme le contrat ne peut entrer en vigueur avant son approbation par la Régie, selon les dispositions de l'article 74.2 de la Loi, il s'ensuit que si l'intention est qu'un contrat puisse entrer en vigueur 60 jours après son dépôt à la Régie, celle-ci établira un processus d'examen visant à rendre sa décision avant l'expiration de ce délai.

Bien que le Règlement d'application n'impose pas à la Régie une obligation d'agir à l'intérieur d'un délai strict, le délai de 60 jours représente une balise correspondant à la période de temps pouvant être requise pour procéder à l'examen de la demande. Aussi, la Régie tient compte de l'importance du temps requis par les soumissionnaires pour l'obtention des permis, pour l'approvisionnement des équipements, la construction et le raccordement au réseau afin de respecter les dates contractuelles de livraison. C'est dans ce contexte que la Régie a établi, sans en avoir l'obligation⁹, un processus de consultation allégé¹⁰ qui a permis de recueillir les observations des parties intéressées.

Dans ce cadre, les Contrats doivent être approuvés « *aux conditions qu'elle [la Régie] fixe par règlement*¹¹ » et que l'on retrouve à l'article 1^{er} du Règlement d'application :

« La demande doit être accompagnée des contrats et contenir les informations suivantes :

1° une description de la contribution de chaque contrat au plan d'approvisionnement, et lorsque l'appel d'offres est satisfait par plusieurs contrats, une description de la contribution de chaque contrat à l'appel d'offres;

2° [...]

3° une description des garanties prévues aux contrats pour couvrir les risques financiers et ceux reliés à la suffisance des approvisionnements ainsi qu'une analyse des risques résiduels;

4° la démonstration que le contrat ou la combinaison des contrats comporte le prix le plus bas, pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable [...];

5° un rapport comparant les prix du contrat, de la combinaison des contrats ou de chaque contrat inclus dans la combinaison des contrats d'approvisionnement en

⁹ Article 25 de la Loi.

¹⁰ Voir la décision procédurale D-2003-128 du 27 juin 2003 et la lettre de la Régie du 14 juillet 2003.

¹¹ Article 74.2 de la Loi.

électricité avec les prix des principaux produits disponibles dans les marchés du nord-est de l'Amérique et les coûts de transport applicables;

6° la démonstration que les caractéristiques des contrats approuvées dans le plan d'approvisionnement sont respectées;

7° le cas échéant, les suites données par le distributeur d'électricité au rapport de la Régie préparé dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de surveillance de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique. »

À partir du moment où les informations soumises par le Distributeur satisfont aux exigences du Règlement d'application, la Régie peut approuver les Contrats. À ce stade, il n'appartient pas à la Régie d'ajouter ou d'enlever au Règlement d'application des conditions d'approbation des Contrats. Ces conditions ont reçu l'approbation du gouvernement et il en irait de même de toute modification de celles-ci¹².

La Régie doit donc déterminer, à la lumière de la preuve soumise, si les Contrats satisfont aux exigences de la Loi et du Règlement d'application.

3. OBSERVATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL DU RNCREQ

Le RNCREQ soumet des arguments d'ordre général notamment sur son droit d'être entendu, sur la portée de l'article 5 de la Loi et sur la légalité des Contrats avec HQP.

3.1 DROIT D'ÊTRE ENTENDU

Le **RNCREQ** prétend avoir été brimé dans son droit d'être entendu en raison du délai déraisonnablement court de préparation à l'audition, du fait que l'audition ait eu lieu en période estivale, qu'il n'ait pas eu l'occasion de présenter une preuve ni de poursuivre son contre-interrogatoire sur un sujet spécifique (le taux de rendement des soumissionnaires) et que sa demande de report de la date pour produire ses observations ait été rejetée.

¹² Article 115 de la Loi.

OPINION DE LA RÉGIE

Une demande d'approbation pour un contrat d'approvisionnement en vertu de l'article 74.2 de la Loi ne donne pas automatiquement lieu à l'audience publique prévue à l'article 25 de la Loi. Dans le contexte du présent dossier, le RNCREQ a eu l'occasion de participer pleinement au processus de consultation et il ne peut prétendre ne pas avoir été entendu. La Régie a toujours le loisir de solliciter les observations du public et, dans le cadre de la Loi, elle reste maîtresse du processus de consultation. De plus, la Régie, pour tenir compte du délai prévu au Règlement d'application et des contraintes des parties aux Contrats, a dû procéder avec diligence et ce, en période estivale. Le RNCREQ ne peut se plaindre de cette façon de procéder.

3.2 RENDEMENT SUR L'ÉQUITÉ DES SOUMISSIONNAIRES

Le RNCREQ soutient que la Régie ne peut décider si les Contrats sont dans l'intérêt public sans conclure que les prix sont raisonnables, ce qui demande, selon lui, un jugement concernant le rendement sur l'investissement des producteurs. De vant l'absence de preuve, le RNCREQ estime que le rendement de HQP est supérieur à 100 %; il soutient que tout contrat accordé à HQP doit contenir un prix raisonnable en comparaison avec le coût de production¹³.

Le RNCREQ considère que la juridiction de la Régie au niveau de l'approbation d'un contrat d'approvisionnement n'est pas limitée par le libellé du Règlement d'application, mais que la Régie doit se satisfaire que les Contrats sont dans l'intérêt public au sens large suivant les dispositions de l'article 5 de la Loi.

Réplique du Distributeur et commentaires de TCE

Le Distributeur mentionne que la Régie, Hydro-Québec et les intéressés sont liés par les dispositions de la Loi et de son Règlement d'application lesquels ne prévoient pas le dépôt d'informations sur le rendement des soumissionnaires¹⁴. TCE est en désaccord avec les observations du RNCREQ concernant le rendement de ses capitaux propres. Selon TCE, aucune disposition du Règlement d'application n'autorise la Régie à examiner le rendement des capitaux propres d'un fournisseur dans le cadre d'une demande d'approbation d'un contrat d'approvisionnement en électricité. Le Règlement d'application établit que le prix, et

¹³ Observations écrites de RNCREQ, page 4.

¹⁴ Réplique du Distributeur, page 13.

non le taux de rendement, est le facteur pertinent que la Régie doit examiner dans le cadre d'une telle demande¹⁵.

OPINION DE LA RÉGIE

L'article 5 de la Loi se lit comme suit :

« 5. Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif. »

Cette disposition est de nature interprétative. Elle apparaît au chapitre II de la section I de la Loi qui décrit de façon générale le fonctionnement de la Régie. L'article 5 indique les grands objectifs poursuivis par la Régie dans l'exercice de ses fonctions, lesquelles sont spécifiquement énumérées au chapitre III de la Loi, dont, dans cette affaire, l'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité. La Régie, lorsqu'elle exerce la fonction d'approbation d'un contrat d'approvisionnement en électricité, tient son habilitation des dispositions spécifiques de l'article 74.2 de la Loi et du Règlement d'application.

La Régie conclut que, lorsque le gouvernement a approuvé le texte du Règlement d'application, il agissait en cohérence avec la Loi et que, ce faisant, il articulait la mise en œuvre des objectifs énumérés à l'article 5 de la Loi. Ainsi, à titre d'exemple, la protection du consommateur se retrouve dans l'exigence faite au Distributeur de favoriser le jeu de la concurrence par un processus d'appel d'offres et de démontrer qu'il a obtenu le prix le plus bas pour ses approvisionnements.

3.3 LÉGALITÉ DES CONTRATS AVEC HQP

L'argument du RNCREQ sur la légalité des Contrats avec HQP suit substantiellement la trame suivante :

- il n'y a pas de lien entre le prix des soumissions de HQP et les coûts encourus par ce dernier pour fournir l'électricité;
- une preuve *prima facie* montre que HQP réalisera un bénéfice déraisonnable de ces Contrats;

¹⁵ Commentaires écrits de TCE, page 6.

- la récupération par voie tarifaire d'un tel bénéfice est assimilée à une taxe indirecte déguisée que ni la Régie ni Hydro-Québec ne sont autorisés à percevoir par la législation applicable;
- la perception d'une telle taxe déguisée est inconstitutionnelle;
- la Régie ne peut interpréter la Loi de façon à permettre une telle situation et ne peut, par conséquent, l'interpréter de façon à permettre à HQP de soumissionner;
- la soumission d'HQP et les Contrats qui s'ensuivent sont donc illégaux et la Régie doit refuser de les approuver.

Le RNCREQ appuie ses prétentions sur l'arrêt *Re Succession Eurig*¹⁶.

RÉPLIQUE

Selon le Distributeur, la Régie n'est pas le bon forum pour débattre des arguments du RNCREQ remettant en cause la légitimité des dispositions de la Loi.

OPINION DE LA RÉGIE

La Régie est d'avis que les sommes qui seront perçues des consommateurs d'électricité par suite de cette transaction avec HQP ne constituent pas une taxe.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Re Succession Eurig*, réitère les critères permettant d'identifier une taxe établis dans *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*¹⁷:

« Notre Cour s'est penchée sur la question de savoir si une somme donnée constitue une taxe ou des frais dans l'arrêt *Lawson*, précité. Le juge Duff a conclu, au nom de la majorité, que la somme en question était une taxe parce qu'elle était: (1) exigée par la loi, (2) imposée sous l'autorité de la législature, (3) perçue par un organisme public, (4) pour une fin d'intérêt public. »¹⁸

Dans ce cas, il s'agissait de frais *ad valorem* imposés pour l'obtention d'un certificat d'homologation par l'exécuteur testamentaire. Ces frais étaient établis en proportion du montant de la succession et servaient à financer l'administration de la justice en Ontario. La Cour a conclu qu'il s'agissait d'une taxe directe qui n'avait pas été autorisée par une législation fiscale claire, mais imposée en vertu d'un règlement d'application d'une loi qui

¹⁶ [1998] 2 R.C.S. 565.

¹⁷ (1931) R.C.S. 357, page 363.

¹⁸ *Eurig*, page 576.

n'était pas une loi fiscale. Ceci contrevenait aux dispositions de l'article 53 de *Loi constitutionnelle de 1867*.

Nous sommes loin d'une telle situation. Dans la détermination du prix de la soumission et des contrats entre les divisions d'Hydro-Québec, l'État, comme actionnaire de HQP et du Distributeur, n'agit pas dans le cadre de l'exercice de son pouvoir public. Il agit, dans le présent cas, comme propriétaire. L'exercice de ce pouvoir place alors l'État, comme Hydro-Québec, dans la même position que tout citoyen en regard de l'exercice de son droit de propriété.

Comme l'écrit le professeur Hogg dans l'extrait produit par le RNCREQ de son traité de droit constitutionnel :

« Not every impost levied by a province has to satisfy the requirement of being "direct". If the charge is not "taxation" within the meaning of s. 92(2), and is constitutionally justified under some other provincial power, then it is no objection that the charge is indirect. The most obvious category of permissible charges are those levied by a province in the exercise of proprietary rights over its public property. Thus, a province may levy charges in the form of licence fees, rents or royalties as the price for the private exploitation of provincially-owned natural resources; and a province may charge for the sale of books, liquor, electricity, rail travel or other goods or services which it supplies in a commercial way. Some of these charges are undoubtedly indirect, but they are valid nonetheless, because they are not taxes. »¹⁹

Et, toujours dans son traité de droit constitutionnel, l'auteur élabore sur la nature du pouvoir exercé par l'État à titre de propriétaire. Il y distingue ce pouvoir de l'exercice du pouvoir public assujéti aux limites constitutionnelles invoquées par le RNCREQ :

« The federal and provincial governments have full executive powers over their respective public properties. It is neither necessary nor accurate to invoke the royal prerogative to explain the Crown's power over this property. As a legal person, the Crown in right of Canada or the Crown in right of a province has the power to do anything that other legal persons (individuals or corporations) can do. Thus, unless there are legislative or constitutional restrictions applicable to a piece of public property, it may be sold, mortgaged, leased, licensed or managed at the pleasure of the responsible government, and without the necessity of legislation. [...] Moreover, in the role of proprietor, the Crown can (subject to market conditions) insist upon the inclusion in leases, licences or other instruments of any terms that a private proprietor could insist upon. [...]

¹⁹ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf edition, Carswell, page 30-18.

Obviously, the rate of production, the degree of processing within the province and (subject to market conditions) the price at which it is to be sold can be controlled by the province as proprietor. [...] »²⁰

En conséquence de l'approbation des Contrats avec HQP et de leur exécution, les coûts d'achat de cette électricité seront pris en compte lors de l'établissement des tarifs du Distributeur²¹. Ces tarifs ne sont pas constitués de sommes exigées pour une fin d'intérêt public, mais reflètent le coût de la prestation d'un service offert aux consommateurs d'un produit : l'électricité. De plus, la Régie souligne que le coût de l'électricité acquise auprès d'HQP, ou de tout autre fournisseur, correspond à un prix de marché découlant d'un processus d'appel d'offres. Cette situation ne saurait s'apparenter à la perception d'une somme pour une fin d'intérêt public.

Au surplus, la Cour d'appel du Québec a récemment statué que la fourniture de l'électricité par une municipalité pour laquelle un prix est exigé sous forme d'abonnement n'est pas une taxe²².

Dans cette affaire, la Cour, analysant les dispositions de diverses lois, dont la *Loi sur les systèmes municipaux et les systèmes privés d'électricité*²³ et la *Loi sur la fiscalité municipale*²⁴, détermine si la créance de la municipalité pour le prix de l'électricité fournie à un commerçant est une taxe municipale. La Cour rappelle que le législateur distingue entre trois modes de tarification : la « taxe », la « compensation » et le « prix exigé » et conclut que, dans le cas qui nous occupe, le prix n'est pas exigé d'une personne en raison du fait qu'elle est propriétaire d'un immeuble, mais plutôt parce qu'elle a signé un abonnement ou contrat pour la fourniture et la livraison d'électricité. Il s'agit donc d'un prix et non d'une taxe.

Elle ajoute enfin sur le profit :

« L'énumération faite par le législateur à l'article 244.2 [Loi sur la fiscalité municipale] revêt une importance primordiale dans l'analyse de la problématique qui divise les parties. Les municipalités, on le sait, sont des organismes publics qui, règle générale, n'ont pas pour objectif de faire des profits. De là le concept de la « compensation » qui est un mode de tarification au moyen duquel une municipalité couvre, par les recettes qu'elle retire, les coûts qu'elle doit supporter pour offrir un bien ou un service. Par opposition, le mode de tarification décrit

²⁰ P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf edition, Carswell, pages 28-3 à 28-5.

²¹ Article 52.1 de la Loi.

²² *Caisse populaire d'Amos c. Café du Quai (1994) inc. et al*, REJB 2002-30040 (C.A.).

²³ L.R.Q. c. S-41.

²⁴ L.R.Q. c. F-2.1.

comme étant le « prix exigé [...] pour l'utilisation d'un bien ou service » laisse ouverte la possibilité d'une recette délibérément excédentaire lorsque, exceptionnellement, une municipalité peut exploiter à but lucratif. »²⁵

4. PREUVE SUR LES EXIGENCES RÉGLEMENTAIRES

4.1 DESCRIPTION DE LA CONTRIBUTION DE CHAQUE CONTRAT AU PLAN D'APPROVISIONNEMENT ET À L'APPEL D'OFFRES

POSITION DU DISTRIBUTEUR

Contribution de chaque contrat au plan d'approvisionnement

Au printemps 2002, le Distributeur a lancé l'appel d'offres A/O 2002-01 visant l'acquisition de 1 200 MW²⁶, livrables à partir de 2007 avec des options de devancement des livraisons en 2006. Selon le Distributeur, l'appel d'offres est conforme au Plan qui prévoit des besoins de 300 MW de livraisons cyclables et de 900 MW de livraisons en base²⁷.

Avant d'entreprendre l'étape 3 de l'analyse des soumissions²⁸, le Distributeur a réévalué les approvisionnements additionnels requis à l'horizon 2006-2007 afin de refléter la dernière prévision de la demande disponible, soit celle d'avril 2002²⁹. Cette dernière montre une diminution des besoins de 1 400 GWh en 2007 par rapport au Plan, établissant les besoins prévus en énergie à 7 200 GWh à cet horizon³⁰. Le Distributeur établit aussi à 1 050 MW les besoins en puissance à combler dans le cadre de l'appel d'offres A/O 2002-01. Ces besoins sont répartis en 750 MW de produits en base et 300 MW de produits cyclables³¹.

La combinaison des trois Contrats totalise une puissance de 1 107 MW³².

²⁵ *Caisse populaire d'Amos c. Café du Quai (1994) inc. et al*, REJB 2002-30040 (C.A.), page 5.

²⁶ Après l'émission de l'*addenda* n° 1.

²⁷ Pièce HQD-2, document 1, page 3.

²⁸ Pièce HQD-2, document 1, pages 3 et 4.

²⁹ Notes sténographiques (NS), volume 4, page 51.

³⁰ Pièce HQD-2, document 1, pages 4 et 5.

³¹ Pièce HQD-2, document 1, page 5.

³² Pièce HQD-2, document 1, page 5.