

N° : R-3866-2013

HYDRO-QUÉBEC

Demanderesse/Intimée

c.

**L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DES
CONSUMMATEURS INDUSTRIELS
D'ÉLECTRICITÉ**

Personne intéressée/requérante

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

Mise en cause

PLAN D'ARGUMENTATION DU DISTRIBUTEUR

A. Contexte

1. Le 28 août 2013, conformément aux articles 10 et 11 de la *Loi sur les règlements* L.R.Q. c. R-18.1, un projet de Règlement sur un bloc de 450 mégawatts est publié à la partie 2 de la *Gazette officielle du Québec* avec avis suivant lequel il pourrait être édicté à l'expiration d'un délai de 45 jours et que tout intéressé peut, durant ce délai, transmettre ses commentaires.
2. Le 6 novembre 2013, le gouvernement a édicté, conformément à l'article 112 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q. c. R-6.01 (la «LRÉ» ou «la Loi»), le décret 1149-2013 concernant le *Règlement sur un bloc de 450 mégawatts d'énergie éolienne* (le «Règlement»).

3. Selon le Règlement, le Distributeur doit procéder à un appel d'offres au plus tard le 31 décembre 2013.
4. Le gouvernement a également édicté le 6 novembre 2013, le décret 1150-2013 *Concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard d'un bloc de 450 MW d'énergie éolienne* (le «Décret»).
5. Le 14 novembre 2013, Hydro-Québec dans ses activités de Distribution a déposé une demande d'approbation de la grille de pondération des critères d'évaluation pour l'appel d'offres de 450 MW d'énergie éolienne (A/O 2013-01) (la «Demande»).
6. La grille de pondération du Distributeur internalise les préoccupations du gouvernement à l'intention de la Régie exprimées au Décret.
7. Dans le présent dossier, le Distributeur a privilégié une approche similaire à celle utilisée notamment lors de l'appel d'offres éolien A/O-2009-02 (R-3685-2009), qu'il a adapté pour tenir compte des préoccupations énoncées au Décret, tel qu'il appert de la Demande.
8. La Demande permet à la Régie de s'assurer que les préoccupations exprimées au Décret ou au Règlement sont adéquatement intégrées au processus d'analyse des soumissions, notamment à la grille de pondération.

Le rôle de la Régie dans ce dossier est de s'assurer que la demande du Distributeur est conforme aux décrets gouvernementaux fixant le cadre de cet appel d'offres.

•D-2009-073, par. 32, *Demande d'approbation de la grille de pondération des critères non monétaires pour l'appel d'offres éolien issu de projets communautaires et autochtones* (R-3685-2009)

9. Le 28 novembre 2013, l'AQCIE dépose une requête dite en irrecevabilité, accompagnée d'un avis au procureur général du Québec suivant l'article 95 C.p.c., qui sera substantiellement amendée le 6 janvier 2014.

10. Par sa requête l'AQCIE conteste la validité du Règlement. Elle soulève les cinq motifs suivants:

- a) L'exigence de besoins à satisfaire;
- b) La violation du droit à l'électricité patrimoniale;
- c) Le défaut de fixer le prix maximal du bloc d'énergie;
- d) L'existence illégale d'une entente d'intégration éolienne;
- e) La taxation indirecte.

11. L'argumentation du Distributeur se concentre notamment sur les motifs a) et b) et très brièvement le motif e). Le Distributeur se réserve le droit de la compléter, notamment à la lumière des argumentations des autres intervenants.

B. Cadre juridique

12. Le Règlement et le Décret s'inscrivent dans le cadre de la réglementation des approvisionnements du Distributeur. Les dispositions pertinentes de la Loi sont les suivantes:

112. Le gouvernement peut déterminer par règlement:

(...)

2.1° pour une source particulière d'approvisionnement en électricité, le bloc d'énergie et son prix maximal établis aux fins de l'établissement du coût de fourniture de l'électricité visé à l'article 52.2 ou du plan d'approvisionnement prévu à l'article 72 ou de l'appel d'offres du distributeur d'électricité prévu à l'article 74.1;

2.2° déterminer les délais suivant lesquels le distributeur d'électricité doit procéder à un appel d'offres prévu à l'article 74.1;

(...)

52.2. Les coûts de fourniture d'électricité visés à l'article 52.1 sont établis par la Régie en additionnant le coût de fourniture de l'électricité patrimoniale et les coûts réels des contrats d'approvisionnement conclus par le distributeur d'électricité pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par le gouvernement, en vertu du premier alinéa de l'article 74.1.1 ou du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

Aux fins du premier alinéa, le coût de fourniture de l'électricité patrimoniale est établi par l'addition des produits du volume de consommation patrimoniale de chaque catégorie de consommateurs par le coût alloué respectivement à ces catégories de consommateurs en considérant que:

1° le volume de consommation patrimoniale annuelle correspond aux volumes de consommation des marchés québécois jusqu'à concurrence de 165 térawattheures. Ce volume exclut les volumes découlant d'un tarif de gestion de la consommation ou d'énergie de secours, ceux alloués aux réseaux autonomes et les volumes approvisionnés à partir de blocs d'énergie déterminés par le gouvernement. La part du volume de consommation patrimoniale annuelle allouée à une catégorie de consommateurs, incluant la catégorie des contrats spéciaux conclus en vertu de la Loi sur Hydro-Québec (chapitre H-5), correspond à la proportion du volume de consommation de cette catégorie sur le volume de consommation de l'ensemble des catégories de consommateurs ayant accès au volume d'électricité patrimoniale.

72. Tout titulaire d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel doit préparer et soumettre à l'approbation de la Régie, suivant la forme, la teneur et la périodicité fixées par règlement de celle-ci, un plan d'approvisionnement décrivant les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure pour satisfaire les besoins des marchés québécois après application des mesures d'efficacité énergétique. Le plan doit tenir compte des risques découlant des choix des sources d'approvisionnement propres à chacun des titulaires ainsi que, pour une source particulière d'approvisionnement en électricité, du bloc d'énergie établi par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

Pour l'approbation des plans, la Régie tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret.

74.1. Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

La procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment:

1° permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;

2° accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement de même qu'à des projets d'efficacité énergétique, à moins que l'appel d'offres ne prévoie que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement;

3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement;

4° permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement, auquel cas le fournisseur qui permet d'atteindre la quantité d'électricité demandée peut être invité à diminuer la quantité d'électricité qu'il a lui-même offerte, sans toutefois en modifier le prix unitaire.

(...)

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.*

C. Fondements, finalité et objectifs de la requête de l'AQCIE

13. La requête de l'AQCIE est mal nommée puisqu'elle ne porte pas sur la recevabilité de la Demande mais uniquement sur la légalité du Règlement dont l'invalidité emporterait, selon sa thèse, l'invalidité du Décret.
14. En effet, la requête de l'AQCIE ne cherche aucunement à s'assurer de la conformité et la légalité de la demande de Distributeur. Elle ne comporte d'ailleurs aucune analyse de la grille de pondération soumise par le Distributeur eu égard au Règlement et au Décret, pas plus qu'elle ne comporte une analyse de la portée des dispositions ayant une incidence directe sur la grille, ne serait-ce que de façon subsidiaire.
15. En fait, la Demande du Distributeur ne constitue pour l'AQCIE qu'un prétexte pour demander l'annulation du Règlement et, indirectement de l'appel d'offres A/O 2013-01 et, plus largement, contester l'opportunité du Règlement.
16. À l'évidence, l'AQCIE n'a aucun intérêt à l'égard de l'objet du présent dossier, la grille de pondération.

17. En fait, il s'agit d'une demande de contrôle de la légalité par un organisme qui ne possède aucun intérêt direct à l'égard de l'objet du dossier, qui ne possède pas de statut d'intervenant et qui n'a déposé aucune observation, ne serait-ce que subsidiairement, à l'égard de l'objet du dossier, soit la grille dont le Distributeur demande l'approbation.
18. Or, il appartient aux tribunaux judiciaires supérieurs d'exercer le contrôle juridictionnel de légalité d'un acte réglementaire de l'Administration, comme celui demandé par l'AQCIE/CIFQ.

La Régie ne pourrait prononcer une déclaration d'invalidité de portée générale (« erga omnes »), ce qui relève effectivement de la compétence exclusive de la Cour supérieure du Québec. Elle n'aurait que le pouvoir de constater que les Dispositions réglementaires contestées ne respectent pas le cadre fixé par la Loi et de les considérer inopérantes, pour les fins particulières du présent dossier.

- D-2014-013 , par. 52.

19. De plus, une constatation d'invalidité du Règlement à l'occasion d'une demande d'approbation de la grille ne serait d'aucune utilité puisque le Distributeur devra tout de même procéder à l'appel d'offres requis en vertu du Règlement, lequel sera toujours applicable.
20. Ainsi, une saine administration de la justice exige que la requête de l'AQCIE soit rejetée de manière préliminaire puisque seule une action directe en nullité introduite devant la Cour supérieure du Québec permettrait de répondre adéquatement et de manière finale à la demande de l'AQCIE/CIFQ.

D. La légalité du Règlement

21. Le principal argument de l'AQCIE concernant la légalité du décret repose sur le caractère *ultra vires* du Règlement à la lumière d'une situation factuelle relative à l'équilibre offre-demande.

(i) Considérations générales

22. Il existe une présomption de validité des règlements. La non-conformité du règlement par rapport à la loi habilitante doit être totale et fondamentalement contraire à l'objet de la loi pour que le règlement soit déclaré *ultra vires*.
23. De plus, dans l'évaluation du caractère *intra* ou *ultra vires* d'un règlement, l'opportunité du règlement n'entre pas en ligne de compte. Ces évaluations incombent au législateur et non aux tribunaux,

[28] L'analyse ne s'attache pas aux considérations sous-jacentes « d'ordre politique, économique ou social [ni à la recherche, par les gouvernements, de] leur propre intérêt » (Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 106, p. 112-113). La validité d'un règlement ne dépend pas non plus de la question de savoir si, de l'avis du tribunal, il permettra effectivement d'atteindre les objectifs visés par la loi (CKOY Ltd. c. La Reine, [1979] 1 R.C.S. 2, p. 12; voir également Jafari, p. 602; Keyes, p. 266). Pour qu'il puisse être déclaré ultra vires pour cause d'incompatibilité avec l'objet de la loi, le règlement doit reposer sur des considérations « sans importance », doit être « non pertinent » ou être « complètement étranger » à l'objet de la loi (...).

• *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64.

(ii) L'exigence des besoins à satisfaire où la subordination du droit du gouvernement à déterminer un bloc d'énergie à une condition préalable

24. L'AQCIE erre dans son interprétation du cadre législatif et réglementaire applicable au bloc d'énergie établi par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1 ° du premier alinéa de l'article 112 de la Loi.
25. En effet, pour prétendre que la détermination d'un bloc d'énergie est subordonnée à une condition préalable quant à l'existence de besoins, il faudrait que cela soit précisé dans la Loi.
26. Or, la LRÉ n'exige aucune condition préalable à l'exercice de détermination d'un bloc d'énergie en vertu de l'article 112. Le libellé de l'article 112 ne souffre d'aucune ambiguïté.

27. Ainsi, s'il est reconnu que le cadre réglementaire exige que le Distributeur fasse approuver un plan d'approvisionnement et que, à l'occasion de cet exercice, il doive décrire les caractéristiques des contrats qu'il entend conclure pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, il en va tout autrement en ce qui concerne la détermination d'un bloc d'énergie par le gouvernement.
28. Au contraire, il apparaît plutôt du cadre législatif que les blocs d'énergie sont déterminés de manière autonome, à l'entière discrétion du gouvernement, et qu'ils s'imposent au cadre réglementaire des approvisionnements dans la mesure où le bloc d'énergie est déterminé précisément aux fins du plan d'approvisionnement, de l'établissement du coût de fourniture et de l'appel d'offres selon le libellé de l'article 112.
29. Le corolaire étant que, aux fins d'approbation du plan, la Régie doit tenir compte:
- 1) du bloc d'énergie établi par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112 et 2) des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret.*
30. Pour boucler la boucle, et tel que précisé à la sous-section suivante, les blocs d'énergie s'imposent à l'exercice d'établissement du volume d'électricité patrimoniale de telle manière qu'il ne peut être argué que ceux-ci ne répondent pas à des besoins du Distributeur (art. 52.2) au sens de la LRÉ.
31. Par ailleurs, nulle part la LRÉ ne prévoit que la prise d'un règlement déterminant un bloc d'énergie soit soumise à un quelconque exercice d'opportunité réalisé par la Régie.
32. Finalement, la pratique réglementaire bien établie depuis le premier appel d'offres issu d'un bloc d'énergie déterminé par le gouvernement infirme et nie l'interprétation de l'AQCIE à l'effet que l'exercice de détermination d'un bloc d'énergie par le gouvernement, en vertu de la LRÉ, soit conditionnel à un

exercice de détermination ou un constat eu égard à l'équilibre offre-demande, le tout tel qu'il appert notamment des décisions suivantes : D-2004-180, D-2005-201, D-2007-59, D-2009-073 et D-2099-084.

33. Au même effet, la Régie n'a jamais astreint l'approbation d'un Programme d'achat d'électricité, proposé suite à l'expression de préoccupations par le gouvernement, à une quelconque détermination ou constatation eu égard à l'équilibre offre-demande. Le tout tel qu'il appert des décisions D-2011-190, D-2009-094

(iii) Le droit au patrimonial

34. Au soutien de sa requête, l'AQCIE invoque également l'argument inusité de *la violation du droit au patrimonial*, impliquant une forme d'allocation prioritaire, qui serait fondé sur une citation de M. Jacques Brassard, ministre des ressources naturelles au moment de l'adoption du projet de loi 116 (c. 22, 2000) introduisant la cadre juridique applicable aux approvisionnements tel qu'il est connu aujourd'hui, ainsi que sur des extraits non adoptés du projet de loi 25 (c.16, 2013).

35. En fait, la nature même de l'électricité patrimoniale, laquelle est mise à la disposition du Distributeur (art. 5 décret 1277-2001 *CONCERNANT les caractéristiques de l'approvisionnement des marchés québécois en électricité patrimoniale*, s'oppose à une hiérarchisation suivant laquelle cette source d'approvisionnement serait au premier rang et devrait absolument être épuisée avant tout autre contrat de long terme, et ce tant d'un point de vue juridique qu'économique.

36. En effet, dans un contexte où le Distributeur bénéficie d'un portefeuille d'approvisionnement diversifié et que l'électricité patrimoniale ne comporte aucune obligation d'achat, il est cohérent, toute chose étant égale par ailleurs, de consommer d'abord l'électricité provenant des contrats fermes comportant une obligation de payer («*take or pay*») avant l'électricité patrimoniale dont l'inutilisation permet d'éviter un coût.

37. Cette réalité est bien traduite à l'article 52.2 al. 2 (1°) qui stipule que le volume de consommation patrimoniale annuelle *exclut les volumes découlant d'un tarif de gestion de la consommation ou d'énergie de secours, ceux alloués aux réseaux autonomes et les volumes approvisionnés à partir de blocs d'énergie déterminés par le gouvernement.*
38. Ainsi, aux termes de la Loi, le volume de consommation patrimoniale attribuable aux fins de fixation des tarifs est établi notamment après déduction des blocs d'énergie déterminés par le gouvernement, lesquels doivent donc être consommés en premier lieu, s'assurant ainsi qu'ils répondent aux besoins du Distributeur.
39. Non seulement l'interprétation de l'AQCIE n'est pas supportée par la LRÉ mais elle est également contredite et, dans ce contexte, l'utilisation de travaux parlementaires pour l'interprétation de la loi faite à grand renfort dans la requête et l'argumentation s'avère inutile.

1592. En attribuant aux travaux préparatoires un rôle strictement complémentaire, la Cour se montre sensible à des préoccupations de prévisibilité du droit : il ne faudrait pas que le recours aux travaux préparatoires serve à justifier de ne pas appliquer une règle claire, trompant ainsi la confiance que le lecteur doit pouvoir mettre dans le libellé du texte interprété à la lumière de son juste contexte.

CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 4^e édition, Les éditions Thémis, 2009.

E. La taxation indirecte

40. Pour qu'il y ait taxation indirecte, encore faut-il qu'il y ait imposition d'une taxe. Or, la Régie, après application des critères de la Cour suprême du Canada, a déjà décidé que les coûts d'approvisionnement découlant d'une transaction entre Hydro-Québec Distribution et Hydro-Québec Production ne constituaient pas une taxe.

- D-2003-159, p. 9.

41. A fortiori, les coûts d'approvisionnement en électricité découlant d'un processus d'appel d'offres démarré en vertu d'un règlement dûment adopté en vertu de la Loi ne satisfont pas les critères permettant de les assimiler à une taxe.

F. Conclusion

42. La requête de l'AQCIE n'est pas fondée en droit. Elle constitue une tentative de contester l'opportunité d'une décision gouvernementale dûment prise en vertu de la LRÉ, suite à un exercice de consultation suivant la *Loi sur les règlements*.

43. Le Règlement et le Décret contestés par l'AQCIE sont pris en amont du processus réglementaire de surveillance de l'appel d'offre et d'approbation des contrats. Il s'agit de décisions gouvernementales, dûment prises en vertu de la LRÉ et qui font partie du vaste concept d'intérêt public prévu à l'article 5 de la Loi.

●**D-2011-083**, *Demande du Transporteur relative au projet de raccordement des centrales du complexe de la Romaine au réseau de transport.*

Le tout respectueusement soumis.

Montréal, le 15 avril 2014

(s) Affaires juridiques Hydro-Québec

Affaires juridiques Hydro-Québec