

N° : R-3925-2015

HYDRO-QUÉBEC

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3925-2015
DÉPOSÉE EN AUDIENCE PAR HQD
Date: 31 AOÛT 2015
Pièces n°: NON COTÉE

Demanderesse

Et al.

PLAN D'ARGUMENTATION DU DISTRIBUTEUR

A. CONTEXTE

1. Le 20 juin 2003, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le « Distributeur ») conclut une entente avec TransCanada Energy Ltd (« TCE ») d'une durée de 20 ans, expirant en 2026 (le « Contrat »). Le contrat porte sur l'approvisionnement en base de 507 MW à partir d'une centrale de cogénération au gaz naturel située à Bécancour.
2. Compte tenu du contexte de surplus énergétiques, la Régie de l'énergie (la « Régie ») a approuvé une première entente de suspension des activités de production de la centrale pour l'année 2008, avec option de prolongation de la suspension pour l'année 2009¹.
3. Le 29 juin 2009, le Distributeur et TCE conviennent d'une seconde entente de suspension suivant laquelle la période de suspension peut être prolongée d'année en année (l'« Entente de suspension de 2009 »). Le 29 septembre 2009, la Régie approuve l'Entente de suspension de 2009 ainsi que la suspension pour l'année 2010².

¹ Voir la décision D-2007-134. La suspension de la centrale s'est poursuivie en 2009 (Décision D-2008-114).

² Décision D-2009-125.

4. Le Distributeur exerce par la suite son option pour la prolongation de la période de suspension pour les années 2011 à 2014 et la Régie approuve chacune de ces demandes³.
5. Le 20 décembre 2013, le Distributeur et TCE amendent l'Entente de suspension de 2009. Les amendements et la suspension furent approuvés par la Régie par la décision D-2014-086 du 27 mai 2014.
6. Il importe de souligner que la suspension s'est toujours avérée la solution la plus économique, comme en témoignent les multiples décisions de la Régie sur le sujet.
7. Par ailleurs, les amendements introduits par le Distributeur à l'Entente de suspension de 2009 ont permis de réduire les coûts de suspension liés au transport de gaz naturel.
8. La Régie a exprimé à différentes reprises⁴ ses préoccupations quant à l'utilisation de la centrale TCE, tel qu'il appert notamment de l'extrait suivant de la décision D-2010-109.

5.4 EXAMEN D'AUTRES AVENUES POSSIBLES

- [42] La Régie réitère néanmoins qu'elle s'attend à ce que le Distributeur réévalue annuellement, avant de demander à la Régie de suspendre la production d'électricité de la centrale de Bécancour, les avantages et les coûts d'autres avenues, telle la cession de tout ou partie du contrat à des tiers de gré à gré ou par appel d'offres ou l'opération sporadique en hiver de la centrale de TCE.
- [43] Par exemple et sans prétendre gérer à la place du Distributeur, la Régie constate que la centrale de TCE peut fournir une puissance de 547 MW alors que le Distributeur devrait acquérir pour les quatre mois d'hiver, dans le scénario où sa production serait suspendue en 2011, un peu plus de 500 MW de puissance par d'autres moyens.
9. La présente demande permet de répondre à cette préoccupation. Elle s'inscrit également en continuité avec l'historique des amendements au Contrat, lesquels ont toujours été guidés par l'intérêt public.

B. LE CADRE JURIDIQUE ET RÉGLEMENTAIRE

10. La Régie a reconnu à plusieurs reprises le droit du Distributeur de procéder à des amendements de gré à gré de contrats d'approvisionnement en électricité découlant du processus d'appel d'offres prescrit par l'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (LRÉ).

³ Décisions D-2011-110, D-2012-118 et D-2013-129.

⁴ Voir entre autres D-2011-162 (par. 233 et 234), D-2012-118 (par. 72) et D-2013-119 (par. 57).

11. L'extrait suivant de la décision D-2008-076 résume bien le raisonnement, fondé sur la théorie des contrats A et B, emprunté par la Régie pour écarter les allégations d'atteinte à l'intégrité du processus d'appel d'offres.

« Quelques intervenants sont d'avis que les modifications apportées aux contrats par les Conventions sont inéquitables pour les soumissionnaires de l'appel d'offres A/O 2002-01, puisque ces modifications portent sur des éléments essentiels de l'appel d'offres. La Régie ne partage pas cet avis pour les motifs suivants.

La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Double N Earthmovers Ltd. c. Ville d'Edmonton et Sureway Construction of Alberta Ltd* enseigne que l'appel d'offres est un contrat distinct du contrat qui en découle :

« Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. Dans *Ron Engineering*, le juge Estey a déclaré qu'« il faut préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats » (page 121, nous soulignons). En droit des contrats, *Double N* ne peut exiger l'annulation d'un contrat auquel elle n'est pas partie, dans le but de préserver l'intégrité d'un mécanisme d'appel d'offres qui, par définition, a pris fin au moment de la formation du contrat B ».

Le mécanisme d'appel d'offres a pris fin au moment de la signature du Contrat en base et du Contrat cyclable, soit le 10 décembre 2002. L'article 28.5 de ces contrats prévoit que toute modification ne peut être faite que du consentement écrit des parties. Les éléments essentiels des contrats d'approvisionnement, dont le coût et la quantité d'énergie, ne sont pas modifiés par les Conventions. Les modifications apportées aux contrats permettent de sécuriser les coûts d'une portion des approvisionnements futurs puisque le coût est déjà connu.

Le juge Russel de la Cour d'appel de l'Alberta expose, dans son jugement ayant donné lieu à la décision de la Cour suprême du Canada mentionnée ci-haut, les conséquences suivantes :

« [...] les parties au contrat B pourraient faire l'objet d'une surveillance constante de la part des autres soumissionnaires, qui pourraient contester toute dérogation aux conditions initiales du contrat A et ultimement gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres en général et créer de l'incertitude relativement au contrat B ».

Les changements dans le contexte énergétique survenus depuis l'appel d'offres A/O 2002-01, à la conclusion duquel le Contrat en base et le Contrat cyclable ont été approuvés par la Régie, ne pouvaient pas être connus lors du processus d'octroi de ces contrats. Il ne saurait alors être question de mauvaise foi, ni de la part du Producteur ni du Distributeur, dans l'administration de l'appel d'offres et dans l'octroi des contrats. Par ailleurs, dans la décision D-2005-178 relative au plan d'approvisionnement précédent, la Régie reconnaissait la pertinence de conclure des ententes pour réduire les livraisons :

« Par ailleurs, le Distributeur peut, dans le cas d'un scénario de demande plus faible, réduire les quantités qu'il achète pendant le processus de sélection des offres, reporter le lancement d'autres appels d'offres, utiliser les options de report incluses dans les contrats, réduire les quantités des produits flexibles et conclure des ententes avec ses fournisseurs pour réduire les livraisons »³¹.

En conséquence, la Régie ne peut conclure que les modifications apportées aux contrats sont inéquitables pour les soumissionnaires de l'appel d'offres A/O 2002-01. »

(notes de bas de page omises).

12. Toute modification importante à une entente doit être soumise pour approbation à la Régie. Cette obligation découle de l'article 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* et des compétences de la Régie en matière de surveillance, tel qu'il appert notamment des extraits suivants de la décision D-2006-27.

« Il convient ici de rappeler que le pouvoir d'approbation conféré à la Régie par l'article 74.2 de la Loi s'inscrit, à l'instar d'autres pouvoirs (tels que, par exemple, celui d'approuver le plan d'approvisionnement ou celui d'autoriser des projets d'acquisition ou de construction d'immeubles ou d'actifs), dans le contexte plus général de sa compétence exclusive de surveiller les opérations du Distributeur pour s'assurer en particulier que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants et paient selon un juste tarif.

(...)

La Régie est d'avis que le Distributeur doit lui soumettre pour approbation préalable toute modification importante à l'Entente (notamment toute modification relative à sa durée, aux produits et obligations, aux prix et aux clauses d'indexation), ainsi que toute renonciation projetée à des éléments importants de l'Entente. Le Distributeur doit par ailleurs l'informer sans délai de toute autre modification ou renonciation de nature mineure.

Ces exigences découlent implicitement de l'article 74.2 de la Loi et du contexte plus général de la compétence exclusive de la Régie pour surveiller ses opérations, tel qu'indiqué dans la section 3.1 de la présente décision. »

(pp. 6-7, nous soulignons, note de bas de page omise)

13. La Régie a déjà approuvé des modifications substantielles, le meilleur exemple étant probablement les ententes de suspension des livraisons de la centrale de TCE précitées.
14. La légalité des modifications à des éléments contractuels substantiels a été confirmée par la Régie en révision à la décision D-2008-062.
15. En outre, dans sa décision D-2010-099 (*Demande d'approbation des amendements aux conventions d'énergie différée*, R-3726-2010), la Régie a reconnu le droit du Distributeur de se procurer des approvisionnements additionnels découlant des amendements aux Conventions d'énergie différée, lesquels constituaient des amendements aux contrats de base et cyclable intervenu entre le Distributeur et le Producteur suite à l'appel d'offres A/O-2002-01.

[49] La Régie rappelle que les contrats prévoient la fourniture d'énergie et de puissance pour 600 MW. Selon ces contrats, tout retour d'énergie au-delà de 600 MW ne comporte pas de garantie de puissance. Les conventions amendées introduisent une garantie de puissance en hiver qui exige du Producteur de mobiliser jusqu'à 800 MW d'installations en plus des 600 MW déjà rémunérés afin de répondre aux besoins du Distributeur. Les conventions amendées fournissent donc un produit complémentaire au Distributeur.

[50] Compte tenu des besoins spécifiques et croissants de puissance en hiver, la Régie est d'avis que les amendements relatifs à la puissance additionnelle et garantie que peut se procurer le Distributeur auprès du Producteur en période d'hiver sont avantageux en termes de fiabilité, de flexibilité opérationnelle et de réduction du risque par rapport aux conditions associées aux conventions actuelles, et ce, à un coût jugé raisonnable compte tenu du produit offert.

(nous soulignons)

16. La capacité pour le Distributeur de se procurer des approvisionnements additionnels par amendement contractuel constituait une question en litige du dossier R-3726-2010.

[39] EBMI considère que la puissance additionnelle associée aux retours d'énergie qu'obtient le Distributeur en période d'hiver constitue un nouvel outil d'approvisionnement, satisfaisant les besoins excédant l'électricité patrimoniale, qui aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres. Selon l'intervenante, cette procédure serait équitable et transparente envers les autres fournisseurs et serait conforme aux articles 74.1 et 74.2 de la Loi.

17. L'analyse des principales décisions en la matière⁵ démontre donc que le Distributeur peut procéder à des modifications substantielles de ses contrats d'approvisionnement en électricité, incluant la durée de ceux-ci. Cette analyse permet également d'affirmer que le Distributeur a déjà fait approuver des modifications de même nature, voire tout aussi substantielles, que celles présentées en l'instance.

18. On constate aussi que l'équilibre offre-demande et l'impact économique sont les paramètres d'analyse les plus importants de l'exercice. La décision procédurale D-2015-100 l'illustre bien d'ailleurs.

[10] La Régie est d'avis que, dans un premier temps, elle doit s'assurer que les caractéristiques de l'utilisation de la Centrale en périodes de pointe répondent aux besoins en puissance du Distributeur et, dans un deuxième temps, que le Protocole d'entente est avantageux sur le plan économique pour la clientèle.

⁵Voir également D-2005-138, D-2006-27, D-2007-13, D-2007-134 et D-2008-015.

19. Cette approche est cohérente avec l'économie générale et l'objet de la *Loi sur la Régie de l'énergie* qui, en matière d'approvisionnement, consiste à s'assurer de la suffisance des approvisionnements et à favoriser la satisfaction des besoins énergétique au prix le plus bas.

Articles 5, 31, 72 et 74.1 LRÉ.

20. EBM et le ROÉÉ affirment dans leur mémoire que les modifications proposées au Contrat de 2003 constituent un nouveau contrat d'approvisionnement et que, en conséquence, le Distributeur devrait procéder à un appel d'offres suivant l'article 74.1. Cette interprétation est erronée. Elle contrevient au corpus décisionnel de la Régie en la matière et heurte de plein fouet les principes modernes d'interprétation des lois.

« [TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un principe ou qu'une approche : les termes de la loi doivent être lus dans leur contexte global, selon leur sens grammatical et ordinaire en harmonie avec l'économie générale de la loi, avec son objet et avec l'intention du législateur ».⁶

21. La lecture d'EBM et du ROÉÉ conduit à des résultats qui sont incompatibles avec l'économie générale de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, en interdisant l'optimisation des contrats d'approvisionnement Distributeur afin de répondre adéquatement à ses besoins énergétiques, et ce au meilleur coût.

22. Le Protocole d'entente constitue nécessairement un amendement au Contrat de 2003 puisqu'il découle directement des obligations créées par celui-ci.

23. Plus exactement, il s'ajoute au contrat d'approvisionnement initial de 2003 et aux ententes de suspension en permettant au Distributeur d'utiliser avantageusement la centrale de TCE en périodes de pointe selon les modalités qui y sont prévues et pour une période jugée optimale.

24. L'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* ne s'applique pas à la situation factuelle du présent dossier qui se caractérise par l'optimisation d'un contrat d'approvisionnement en électricité du portefeuille du Distributeur, dont les livraisons sont suspendues depuis 2008.

25. On ne peut interpréter l'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* de telle sorte qu'elle oblige le Distributeur à procéder à un nouvel appel d'offres alors qu'il est en mesure d'optimiser et d'utiliser les moyens à sa disposition pour mieux répondre à ses besoins. Il s'agirait là d'un résultat aberrant puisqu'il pourrait conduire le Distributeur à s'engager dans un processus d'appel d'offres alors qu'il existe des

⁶ Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, Les éditions Thémis, 4^e Édition, par. 1449.

alternatives moins coûteuses disponibles, ce qui irait à l'encontre non seulement des objectifs de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, mais également de la finalité même du processus d'appel d'offres qui est d'obtenir le plus bas prix (article 74.1 par. 3° LRÉ).

C. Opportunité de la demande

i) Adéquation entre les caractéristiques de l'utilisation de la Centrale en pointe et les besoins en puissance du Distributeur

26. Le bilan en puissance du Distributeur fait état de besoins d'approvisionnement en puissance sur l'ensemble de l'horizon de planification. L'Entente avec TCE permet au Distributeur de compter sur un moyen flexible afin de répondre aux besoins de fine pointe (notamment aux aléas climatiques), à un coût avantageux par rapport aux autres moyens en puissance qui devront être mis en place.
27. Le bilan en puissance du Distributeur intègre une contribution théorique des marchés de court terme de 1 500 MW. Il s'agit d'une quantité plafond utilisée à des fins de planification et ne doit pas être interprétée limitativement comme le déclencheur des besoins de puissance de long terme. D'une part, jamais le Distributeur n'a acquis autant de puissance sur les marchés de court terme. D'autre part, considérant le resserrement des conditions sur ces marchés (diminution des quantités disponibles et hausse des prix), il est de plus en plus difficile pour le Distributeur d'y acquérir la puissance requise.
28. Enfin, l'entente entre le Producteur et l'IESO garantit à la zone de contrôle du Québec une capacité additionnelle garantie uniquement pour les hivers 2015-2016 et 2016-2017, et ne permet pas d'accroître la contribution attendue des marchés de court terme sur l'horizon de planification.

ii) Avantage économique du Protocole d'entente

29. Le prix de la puissance pour l'utilisation de la centrale de TCE durant les périodes de pointe représente moins de la moitié des coûts d'un nouvel équipement de production d'électricité en période de pointe.
30. Le coût variable des livraisons de la centrale de TCE, estimé à près de 65 \$/MWh, est très avantageux par rapport aux prix sur les marchés de court terme aux heures de pointe, qui peuvent souvent et facilement dépasser les 100 \$/MWh pour de l'électricité dont la livraison est non garantie.

CONCLUSION

31. La présente demande relative à l'utilisation de la centrale de TCE en périodes de pointe est conforme aux cadres législatif et réglementaire applicables. Elle est d'intérêt public en permettant de valoriser un équipement de production qui aurait autrement continué à être inutilisé, et ce, à un coût qui représente moins de la moitié des coûts de l'alternative.

LE TOUT, respectueusement soumis.

Montréal, le 31 août 2015

Affaires juridiques Hydro-Québec
(M^e Éric Fraser)