

**DEMANDE RELATIVE À L'UTILISATION DE LA CENTRALE DE TRANSCANADA
ENERGY LTD. DE BÉCANCOUR EN PÉRIODES DE POINTE**

DOSSIER : R-3925-2015

PREUVE DE

ÉNERGIE BROOKFIELD MARKETING S.E.C.

**PRÉSENTÉE À LA
RÉGIE DE L'ÉNERGIE DU QUÉBEC**

LE 27 JUILLET 2015

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	3
II.	DÉVELOPPEMENT EN MATIÈRE D'APPROVISIONNEMENTS.....	3
III.	LE SERVICE REQUIS EST UN APPROVISIONNEMENT QUI REQUIERT UN APPEL D'OFFRES	5
IV.	CONCLUSION	12

I. INTRODUCTION

1. En date du 6 mai 2015, Hydro-Québec Distribution (« HQD » ou le « Distributeur ») demande à la Régie de l'énergie (la « Régie ») d'approuver le protocole d'entente (le « MOU ») intervenu entre Hydro-Québec et TransCanada Energy Ltd. (« TCE ») pour fins d'utilisation de la centrale de Bécancour (la « centrale ») en périodes de pointe. HQD demande également l'approbation de l'entente finale à intervenir avec TCE qui n'a pas encore été produite à la Régie.
2. Par cette même demande, HQD demande à la Régie d'être dispensé de faire approuver annuellement la suspension des livraisons d'énergie provenant de la centrale.

II. DÉVELOPPEMENT EN MATIÈRE D'APPROVISIONNEMENTS

3. Dans le cadre de cette preuve, nous aborderons principalement la question du service recherché par HQD et la nécessité de procéder par appel d'offres pour un tel service. Néanmoins, et de façon subsidiaire à la question relative à l'obligation de recourir à l'appel d'offres, il y a lieu de considérer certains éléments qui découlent de la durée proposée du MOU.
4. Nous reviendrons plus loin sur le fait que le MOU propose une période additionnelle de dix (10) ans au-delà de la date d'échéance du contrat original avec TCE, soit jusqu'en 2036. Toutefois, nous devons d'emblée mentionner que la période prévue dépasse de beaucoup la période sur laquelle portait la dernière demande d'approbation du plan d'approvisionnement soit les années 2014 à 2023.
5. Aussi, pour une aussi longue période, il serait hasardeux de prétendre qu'HQD ne pourrait avoir recours à une plus grande contribution des marchés de court terme, avoir recours à une plus grande utilisation des interconnexions ou encore émettre un appel d'offre de long terme. D'ailleurs, HQD n'a pas soumis d'analyse fouillée sur ces questions.
6. Dans la même veine, nous croyons que la Régie devrait être réticente à accepter la demande d'HQD d'être dispensé d'avoir à faire approuver annuellement la suspension des livraisons d'énergie provenant de la centrale.
7. Finalement, quant aux résultats de l'appel d'offres A/O-2015-01 qui n'étaient pas disponibles lors de la négociation du MOU, il y a lieu de noter que les prix obtenus peuvent difficilement se comparer avec ce qui est présentement attendu de TCE dans le cadre du MOU, puisque dans le cas de l'A/O-2015-01, HQD a demandé un produit appelable à l'intérieur d'un délai de 4 heures alors qu'ici le délai de programmation est de 12 heures (HQD-1, doc. 1, p. 7). Cette caractéristique a un impact sur le prix et le nombre de fournisseurs potentiels pouvant offrir le service tel que la Régie le reconnaissait dans la décision D-2014-205 du dernier plan d'approvisionnement :

« 3.11.4 CARACTÉRISTIQUE DES LIVRAISONS APPELABLE À L'INTÉRIEUR D'UN DÉLAI TRÈS COURT

[241] Le Distributeur recherche un produit dont la flexibilité lui permettrait de réviser la quantité appelée dans un délai très court. Il précise en audience que ce délai pourrait être aussi court qu'une heure et ajoute que normalement un « peaker » est capable de se conformer à cette exigence.

Position des intervenants

[242] L'AQCIE-CIFQ est d'avis que la caractéristique associée au délai de réponse à une heure d'avis fait en sorte que ce produit se rapproche plus d'un produit de réserve répondant à des besoins en temps réel. Selon l'intervenant, le Distributeur n'a pas démontré qu'il avait besoin d'un tel produit. De plus, il considère que cette caractéristique entraîne des contraintes beaucoup plus importantes que les produits de puissance couramment échangés sur les marchés de court terme et se traduira par une augmentation du prix du produit demandé.

[243] EBM note que la caractéristique relative à la consigne de programmation répondant à un court délai n'avait pas été demandée lors de l'appel d'offres de court terme A/O 2014-01, et que cette caractéristique n'est pas demandée lors des appels d'offres de puissance dans les autres marchés. D'ailleurs, selon l'intervenante, contrairement aux prétentions du Distributeur, un « peaker » ne serait pas en mesure de répondre à une telle consigne.

[244] La FCEI estime que les conditions de l'appel d'offres dont l'échéancier, la disponibilité en tout temps et le délai de réponse très court, vont restreindre la possibilité pour certains types de centrales de soumissionner à un prix compétitif et auront pour effet d'entraîner une réduction de la concurrence et potentiellement une hausse des prix obtenus.

(...)

Opinion de la Régie

[246] La Régie partage la position d'EBM quant à la difficulté, pour certains types de technologies, de satisfaire les exigences du Distributeur. Elle est également en accord avec les propos de certains intervenants à l'effet que le Distributeur dispose d'autres moyens lui fournissant la flexibilité nécessaire à ses approvisionnements, pour équilibrer l'offre et la demande.

[247] De plus, le Distributeur n'a pas convaincu la Régie de son besoin additionnel de flexibilité, d'autant plus que cette caractéristique risque de restreindre le nombre de fournisseurs potentiels. En conséquence, la Régie n'approuve pas cette caractéristique associée au délai de réponse à une heure d'avis. »

(Nos soulignés)

III. LE SERVICE REQUIS EST UN APPROVISIONNEMENT QUI REQUIERT UN APPEL D'OFFRES

8. HQD requiert de TCE un produit de puissance d'un maximum de 570 MW durant un maximum de 300 heures par hiver et pour un maximum de deux (2) appels par jour.

9. HQD, à sa demande, indique au paragraphe 14 :

« 14. L'Entente avec TCE est d'une durée de 20 ans à compter du 1^{er} juin 2016. Elle garantit au Distributeur un approvisionnement en puissance pour une période additionnelle de 10 ans au-delà de la date d'échéance du Contrat. »

(Nos soulignés)

10. HQD mentionne clairement que le MOU découle des besoins en puissance additionnels qu'il estime requis (HQD-1, doc. 1, p. 5). Il indique (HQD-1, doc. 1, p. 6) :

« Les ententes permettront au Distributeur de répondre au moment opportun aux besoins de pointe et d'assurer un meilleur équilibre du bilan de puissance. »

11. HQD affirme que n'eût été des ententes, il aurait dû procéder par appel d'offres vu le niveau additionnel des besoins à combler (HQD-1, doc.1, p. 6-7) :

« Malgré ces ententes, le Distributeur devra procéder à d'autres appels d'offres de long terme afin de compléter une partie des besoins en puissance au cours des prochaines années. Les ententes convenues avec TCE et Gaz Métro permettront de diminuer le niveau des besoins additionnels à combler et d'éviter le lancement d'un appel d'offres additionnel de puissance de long terme. »

(Nos soulignés)

12. À la pièce B-0023, le Distributeur mentionne :

« Un fait est établi, le bilan de puissance est en déficit sur l'horizon de planification. Le Distributeur se doit donc d'acquérir des moyens additionnels pour en assurer l'équilibre. L'utilisation de TCE en périodes de pointe représente un moyen qui garantit des approvisionnements jusqu'à 300 heures par année. »

(Nos soulignés)

13. HQD a présenté sa demande d'approbation en vertu de l'article 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (la « Loi ») :

« 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. »

(Nos soulignés)

14. L'article 1 du 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 prévoit que :

« 1. Le distributeur d'électricité doit obtenir l'approbation de la Régie de l'énergie avant de conclure tout contrat d'approvisionnement en électricité dont la durée des approvisionnements, mesurée du début prévu des livraisons à la fin des livraisons, est supérieure à un an. [...] »

15. Or, le service qui est requis en vertu du MOU constitue un approvisionnement en électricité qui doit faire l'objet d'un appel d'offres en vertu de l'article 74.1 de la Loi qui se lit comme suit:

« **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.

Tout projet d'efficacité énergétique, visé par un appel d'offres en vertu du paragraphe 2° du deuxième alinéa, doit satisfaire aux exigences de stabilité, de durabilité et de fiabilité applicables aux sources d'approvisionnement conventionnelles.

La Régie peut dispenser le distributeur d'électricité de recourir à l'appel d'offres pour des contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire.

Pour l'application du présent article, le promoteur d'un projet d'efficacité énergétique est considéré comme un fournisseur d'électricité. »

(Nos soulignés)

16. Dans la décision D-2011-193, la Régie a conclu que la puissance complémentaire était une « fourniture d'électricité » tel que cette expression est définie à la Loi et donc un approvisionnement au sens de l'article 74.1 de la Loi :

« [103] La puissance complémentaire est décrite par le Distributeur comme étant « [...] une garantie de puissance fournie par le Producteur au Distributeur ». Le Distributeur indique que « [p]endant la durée de la présente entente, le Producteur fournira au Distributeur une quantité de puissance complémentaire équivalant à 15 % de la puissance installée des contrats éoliens en service commercial pour la période d'hiver, c'est-à-dire pour les mois de janvier, février, mars et décembre. » [nous soulignons].

[104] Cette mise à la disposition de puissance pour le Distributeur constitue, elle aussi, une « fourniture d'électricité », et donc un approvisionnement au sens de la Loi. Cette conclusion s'applique d'autant plus qu'il s'agit, en l'occurrence, de la fourniture de puissance additionnelle, au-delà de la contribution propre des parcs éoliens, laquelle fourniture est prise en compte spécifiquement au bilan en puissance du Distributeur. »

(Nos soulignés)

17. Il en fut de même à l'égard des services complémentaires (aux par. 107 et 108) :

« [107] Par ailleurs, le texte de l'EGM indique que « [...] l'obligation du Producteur envers le Distributeur, à l'égard de la fourniture de services complémentaires, se limite actuellement aux services définis dans l'Entente de services complémentaires ». Cette entente est définie à l'article 1.9 de l'EGM et est citée en référence par le Distributeur.

[108] À la lecture du texte des annexes A et B de l'Entente de services complémentaires, la Régie note que les services complémentaires indiqués ci-haut et nommément identifiés dans l'EGM, consistent à rendre disponibles ou accessibles des ressources en puissance. Ces

services constituent ainsi, chacun, de la « fourniture d'électricité » et donc des approvisionnements en électricité. »

(Nos soulignés)

18. Dans cette affaire (D-2011-193), la Régie a conclu que l'article 74.1 de la Loi s'appliquait et que les services recherchés devaient faire l'objet d'un appel d'offres :

« [109] En conformité avec l'exigence prescrite à l'article 74.1 de la Loi, une procédure d'appel d'offres et d'octroi (la Procédure d'appel d'offres) ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres (le Code d'éthique) ont été établis par le Distributeur et approuvés par la Régie, par sa décision D-2001-191. Ces éléments visent à assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participants à un appel d'offres et à satisfaire les exigences suivantes : permettre la participation de tout fournisseur intéressé, accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées et enfin permettre la satisfaction de l'appel d'offres par une combinaison de contrats d'approvisionnement.

[110] L'article 74.1 de la Loi précise que la Procédure d'appel d'offres et le Code d'éthique s'appliquent à l'égard des « 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 ».

(...)

[113] Tel qu'en conclut la Régie à la section 4.1 de la présente décision, les services prévus à l'EGM constituent une « fourniture d'électricité » en vertu de la Loi.

[114] Le Distributeur prétend qu'il ne s'agit pas d'une « fourniture d'électricité » dans le but de satisfaire les besoins en électricité des marchés québécois et que la Procédure d'appel d'offres ne s'applique donc pas à ces services.

[115] La Régie ne partage pas l'avis du Distributeur à cet égard, pour les motifs indiqués ci-après.

(...)

[119] En conséquence de ce qui précède, la Régie conclut que les services prévus dans l'EGM constituent des approvisionnements dans le but de satisfaire les besoins en électricité des marchés québécois en vertu de la Loi. Elle conclut également que tout contrat entre un « fournisseur d'électricité » et le Distributeur pour la fourniture à ce dernier de l'un ou l'autre des services prévus à l'EGM constitue un « contrat d'approvisionnement en électricité » en vertu de la Loi.

(...)

[142] En regard des faits mis en preuve et des argumentations soumises et après examen des dispositions législatives et réglementaires pertinentes, la Régie est d'avis que les divers services prévus par l'EGM constituent chacun une « fourniture d'électricité » et donc un approvisionnement en électricité, en vertu de la Loi. Elle est d'avis que de tels services doivent faire l'objet d'appels d'offres conformément à l'article 74.1 de la Loi et de la Procédure d'appel d'offres, notamment en appliquant les principes de traitement équitable et impartial des fournisseurs et de recherche du prix le plus bas. Ces appels d'offres doivent être conçus de façon à permettre que les besoins puissent être satisfaits par plus d'un contrat d'approvisionnement.

[143] La Régie constate que le Distributeur n'a pas appliqué la Procédure d'appel d'offres relativement aux services visés par l'EGM. Elle doit donc rejeter la demande du Distributeur visant l'approbation de l'EGM. »

(Nos soulignés)

19. Nous soumettons que les principes applicables dans cette affaire et dans la décision D-2011-162 (par. 254 et 255) s'appliquent au présent dossier. Il s'agit du même genre de service de puissance qui était requis lors de l'appel d'offres long terme A/O 2015-01.
20. L'exigence de recourir à un appel d'offres pour cet approvisionnement est une disposition impérative de la Loi et de son Règlement. Le Distributeur ne peut en être dispensé. Le législateur a prévu seulement 2 cas de dispense possible soit pour les contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire (article 74.1 de la Loi). Aucune preuve d'urgence n'a été soumise par HQD.
21. L'argument d'HQD à l'effet qu'il s'agit d'un simple amendement au contrat initial avec TCE permettant de passer outre à cette exigence ne peut valablement être retenu puisque les modifications recherchées portent sur les modalités essentielles du contrat et changent complètement la nature initiale du contrat. Le MOU est en fait un nouveau contrat.
22. L'auteur Patrice Garant¹, dans son traité de droit administratif s'est interrogé sur la nécessité de procéder de nouveau par soumission publique lorsque intervient une modification au contrat original en ces termes :

« Lorsque intervient une modification au contrat original pour un montant ou pour un objet de quelque importance, l'autorité doit-elle procéder de nouveau par soumission publique? Ce problème a été soulevé devant la Cour suprême. Cette dernière s'exprime ainsi au sujet notamment de l'article 573 de la Loi sur les cités et villes :

¹ GARANT, Patrice « Droit administratif, 6^e édition », Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée, 2010, p. 392.

Il ne résulte pas de cette disposition que toute modification du contrat original, même si elle entraîne une dépense de 10 000 \$ et plus, constitue nécessairement un nouveau contrat lui-même soumis aux formalités prescrites par l'article 610. Une telle interprétation rendrait impraticable l'exécution d'un grand nombre de travaux publics et je ne puis me convaincre que telle soit la volonté du législateur. Il faut considérer les circonstances particulières de chaque affaire tel le caractère accessoire de la modification par rapport à l'ensemble du contrat, la présence ou l'absence de contrepartie et surtout l'intention des parties, car il ne leur est évidemment pas permis de contourner la loi en altérant par exemple la nature forfaitaire du contrat.

Sur la base de cet arrêt, la Cour d'appel a admis des modifications imposées par l'Administration si « rien ne permet d'inférer que les parties ont voulu altérer la nature forfaitaire du contrat pour en tirer avantage ». Il faut toutefois bien distinguer s'il s'agit d'ajouts de travaux supplémentaires ou d'un nouveau contrat qui requiert de procéder par appel d'offres. Les lois ou règlements peuvent prévoir cette situation : ainsi la Loi (québécoise) sur les contrats des organismes publics énonce qu'un contrat peut être modifié lorsque la modification en constitue un accessoire et n'en change pas la nature ».

(Nos soulignés)

23. Le jugement de la Cour suprême dont il est fait référence plus haut dans l'extrait *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*² indique également que la modification recherchée ne doit être qu'accessoire, qu'elle ne doit pas altérer la nature forfaitaire ou une modalité essentielle du contrat.
24. L'auteur André Langlois³ mentionne aussi que les seules modifications qui peuvent être effectuées en cours d'exécution doivent porter sur des éléments accessoires.
25. À notre avis, la durée, l'objet, le prix et le cocontractant sont notamment des éléments essentiels d'un contrat qui nécessitent de procéder à un nouvel appel d'offres.
26. En l'espèce, HQD demande la modification de plusieurs éléments essentiels du contrat dont :
 - la nature du service : la centrale selon le contrat initial devait offrir un approvisionnement en base de 507 MW d'électricité et offrirait maintenant un nouveau service de puissance d'un maximum de 570 MW avec une contrepartie différente;

² [1978] 1 R.C.S. 1107.

³ LANGLOIS, André « Les contrats municipaux par demandes de soumissions, 3^e édition, Éditions Yvon Blais Inc. 2005, pp. 316 à 322.

- la durée de l'entente est prolongée de 10 ans au-delà du terme initial;
- le Distributeur serait responsable de l'approvisionnement en gaz naturel de la centrale et le MOU est indissociable de l'entente de principe intervenue entre HQD et Gaz Métro avec des conditions spécifiques dont certaines pénalités;
- une modification potentielle de la contrepartie de HQD à HQP au-delà de 2026 pour une période de 10 ans;
- différentes modifications de la centrale dont l'ajout d'un réservoir de GNL.

27. D'ailleurs, HQD admet qu'il s'agit de modifications substantielles dans sa demande :

« 1. Elle est une entreprise dont certaines des activités, notamment celles relatives à la distribution d'électricité sont assujetties à la juridiction de la Régie de l'énergie (la « Régie ») dans la mesure prévue à la Loi sur la Régie de l'énergie (la « Loi »).

2. En application de l'article 74.2 de la Loi, toute modification à un élément substantiel d'un contrat d'approvisionnement en électricité postpatrimoniale doit faire l'objet d'une approbation par la Régie. »

(Nos soulignés)

28. La Régie a d'ailleurs conclu que des modifications telles que la date de garantie de début des livraisons de l'électricité et l'indexation du prix de l'électricité sont des éléments substantiels d'un contrat (D-2015-138, p. 3).

29. Aussi, dans la décision D-2006-27 (p. 7), la Régie décidait que toute modification relative à la durée, aux produits et aux obligations, aux prix et aux clauses d'indexation constituait une modification importante d'un contrat.

30. Permettre aux parties de modifier de gré à gré des aspects essentiels du contrat et d'en changer la nature, équivaut selon nous à mettre de côté le principe même qui sous-tend un processus d'appel d'offres soit l'équité entre les soumissionnaires.

31. HQD demande à la Régie d'approuver un MOU de 31 pages impliquant une centrale modifiée avec de nouvelles parties (HQP et Gaz Metro).

32. HQD indiquait d'ailleurs dans le dossier du plan d'approvisionnement que l'intervention était de transformer le contrat et la centrale (D-2014-205);

« [193] À cet effet, le Distributeur précise que son objectif est de transformer le contrat ainsi que la centrale de TCE en centrale de pointe (« peaker ») qui serait disponible pour 2018. Cette contribution au bilan en puissance pourrait varier de 300 à 500 MW. »

(Nos soulignés)

33. En fait, le MOU constitue un tout nouveau contrat et pour lequel HQD ne peut passer outre aux exigences de la Loi.
34. Pour mes motifs, nous invitons la Régie à rejeter la demande d'approbation demandée par HQD.

IV. CONCLUSION

35. À la lumière de ce qui précède, nous soumettons que la Régie ne peut autoriser le MOU vu l'obligation de procéder par appel d'offres. Pour ces motifs, la demande d'HQD devrait être rejetée.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.