
HYDRO-QUÉBEC DISTRIBUTION

(ci-après « HQD »)

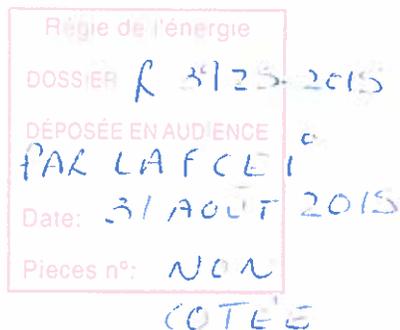
Demanderesse

ET

**FÉDÉRATION CANADIENNE DE
L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE**
(section Québec), 630, boul. René
Levesque Ouest, bureau 2880, Montréal,
Québec, H3B 1S6

(ci-après la « FCEI »)

Intervenante



PLAN D'ARGUMENTATION

Introduction

1. Le 6 mai 2015, Hydro-Québec, dans le cadre de ses activités de distribution (ci-après « HQD » ou le « Distributeur »), a soumis à la Régie de l'énergie une demande d'approbation d'une entente intervenue le 30 avril 2015 (ci-après l'« Entente avec TCE ») relative à l'utilisation de la centrale TransCanada Energy Ltd (ci-après « TCE ») de Bécancour en périodes de pointe, en vertu de l'article 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (ci-après la « Loi »).
2. TCE avait auparavant signé un contrat d'approvisionnement avec HQD le 10 juin 2003 (ci-après « Contrat »), à la suite de l'appel d'offres A/O 2002-001 auquel ont participé près de 20 participants.
3. Le Contrat a été approuvé par la Régie en vertu de la décision D-2003-159. Le Distributeur y indiquait 11 caractéristiques du Contrat, qui ont été validées par la Régie, incluant notamment :
 - « 1. les Contrats visent l'achat de produits de livraisons en base [pour TCE et HQP] et cyclables [pour HQP seulement] comportant une puissance et une énergie annuelle garantie;
 3. les Contrats ont une durée de 20 ans; »¹
4. Les premières livraisons d'électricité ont eu lieu le 17 septembre 2006, mais les surplus d'électricité d'Hydro-Québec ont mené à une suspension du Contrat, entérinée par la

¹ Décision D-2003-159 à la p 22 [ONGLET 1].

décision D-2007-134 [ONGLET 2] de la Régie, et constamment renouvelée par la suite. La dernière suspension, accordée le 27 mai 2014, devait se terminer en 2018².

5. L'Entente avec TCE prévoit également qu'IIQD approvisionne la centrale de Bécancour (ci-après la « Centrale ») en gaz naturel, contrairement au Contrat en vertu duquel TCE était responsable de l'approvisionnement en gaz naturel. HQD a donc conclu une entente avec Gaz Métro le 29 avril 2015 (ci-après l'« Entente avec Gaz Métro ») portant sur l'approvisionnement de la Centrale en gaz naturel.

Le droit applicable

6. En vertu des articles 31(2.1) et 31(5) de la *Loi sur la Régie de l'énergie*³, la Régie a compétence **exclusive** pour :

2.1° surveiller les opérations du transporteur d'électricité, du distributeur d'électricité ainsi que celles des distributeurs de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs paient selon un juste tarif;

[...]

5° décider de toute autre demande soumise en vertu de la présente loi.

7. L'article 74.1 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* oblige le Distributeur à établir et soumettre à l'approbation de la Régie une procédure d'appel d'offres et d'octroi pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale. Cette procédure permet notamment d'informer les fournisseurs intéressés, d'accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement et de favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas.
8. En vertu de l'article 74.2, la Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi. Un contrat d'approvisionnement en électricité ne peut être conclu par le Distributeur sans être approuvé par la Régie.
9. 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*⁴ indique que 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 1 an » (art. 1).
10. Enfin, les objectifs liés à la procédure d'appel d'offres ont été rappelés par la Cour d'appel du Québec :

[28] Le but de l'appel d'offres public est effectivement de protéger les contribuables en permettant à l'organisme public de choisir l'offre la plus avantageuse. Plus spécifiquement, l'obligation de procéder par appel d'offres a pour but d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix, d'éliminer le patronage et le favoritisme et de

² Décision D-2014-086 au para 39 [ONGLET 3].

³ c R-6.01 [ONGLET 4].

⁴ c R-6.01, r 1 [ONGLET 5].

reconnaître le droit à l'égalité devant le service public. Ce dernier élément est essentiel au bon déroulement d'un appel d'offres. Tous les soumissionnaires doivent être traités sur le même pied afin d'avoir les mêmes chances de succès dans un climat de concurrence loyale⁵.

Questions en litige

11. Les deux ententes soumises à l'approbation de la Régie n'ont pas fait l'objet d'une nouvelle procédure d'appel d'offres, HQD estimant que ces contrats ne sont pas des nouveaux contrats mais bien des modifications au Contrat accordé suite à l'appel d'offres A/O 2002-001.
12. Tel que mentionné dans la preuve déposée le 27 juillet 2015, la FCEI soutient que plusieurs modifications ont été apportées au Contrat principal, menant à se poser les deux questions suivantes : 1) l'Entente avec TCE constitue-t-elle un nouveau contrat d'approvisionnement en électricité qui aurait dû être octroyé à la suite d'une procédure d'appel d'offres ? ; 2) l'Entente avec Gaz Métro aurait-elle dû être octroyée à la suite d'une procédure d'appel d'offres ?

L'Entente avec TCE est un nouveau contrat d'approvisionnement en électricité

13. L'Entente avec TCE constitue un nouveau contrat d'approvisionnement en électricité qui, tel que rédigé et présenté à la Régie, aurait dû être octroyé à la suite d'une procédure d'appel d'offres. Ce constat doit être fait par la Régie puisque des modifications à des modalités essentielles du Contrat ont été apportées.
14. La question des modifications apportées à un contrat octroyé suite à une procédure d'appel d'offres a été traitée par la doctrine et la jurisprudence dans le contexte plus large d'appels d'offres tenus par des organismes publics.
15. La tenue d'un nouvel appel d'offres dans le cas d'une modification substantielle du contrat est la norme. À titre d'analogie avec les exigences de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, l'auteur Patrice Garant indique que « 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 »⁶.
16. Dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec, l'honorable juge Louise Otis indique ce qui suit :

Toutefois, en l'espèce, l'ampleur des travaux exécutés et la modification substantielle des types de travaux requis ont changé la nature du contrat au point d'en altérer la réalité et de rendre accessoire le contrat initial. Comme le souligne avec justesse André Langlois, dans l'ouvrage précité:

« Il ne faut évidemment pas que la technique de la modification d'un contrat devienne le moyen de contourner les dispositions législatives mises de l'avant pour assurer une saine concurrence entre les différents soumissionnaires de

⁵ *Axor Construction Canada inc c Bibliothèque et archives nationales du Québec*, 2012 QCCA 1228 au para 28 [ONGLET 6].

⁶ Patrice Garant, *Droit administratif*, 6^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2010 à la p 392 [ONGLET 7].

façon à ce que l'organisme municipal puisse bénéficier du meilleur prix à l'égard des biens, travaux et services visés au contrat »⁷.

17. André Langlois, précédemment cité par la Cour d'appel, précise que :

[d]e fait, les seules modifications qui peuvent être apportées aux modalités essentielles de l'engagement du cocontractant, que celles-ci soient faites avant l'octroi du contrat ou pendant son exécution, doivent porter sur des éléments accessoires [...]. Un des éléments qui pourrait difficilement être qualifié d'accessoire est la durée du contrat⁸.

18. Notons enfin que la Cour d'appel fédérale, dans un appel d'offres régi par l'Aléna, a indiqué qu'

il est difficile ici d'admettre que le renouvellement, pour cinq autres années, de contrats de haute valeur, longtemps après l'expiration du délai imparti à l'origine pour exercer l'option, soit le genre d'ajustement mineur que des parties peuvent, sans déclencher les obligations [d'aller en appel d'offres] prévues par l'Aléna, apporter pendant la durée d'un contrat afin de répondre à des nécessités⁹.

19. Enfin, Pierre Lemieux indique qu'« en présence d'une modification substantielle, une obligation d'appliquer les formalités essentielles à la formation initiale du contrat se trouve alors exigée sous peine de nullité de celle-ci »¹⁰.

20. Quatre changements importants différencient le Contrat de 2003 de l'Entente avec TCE :

- a) Premièrement, l'Entente avec TCE étend la durée du Contrat de 10 ans, jusqu'en 2036;
- b) Deuxièmement, l'Entente prévoit un approvisionnement d'électricité en période de pointe de 570 MW pour un maximum de trois cents heures par hiver et un maximum de deux appels par jour, alors que le Contrat ayant suivi l'appel d'offres portait sur un approvisionnement en base de 507 MW;
- c) Troisièmement, alors que, dans le premier contrat, TCE était responsable « d'obtenir et gérer les contrats d'approvisionnement, de transport et de distribution de gaz naturel »¹¹, la responsabilité incombe désormais à HQD, en vertu de l'article 6 de l'Entente avec TCE;

⁷ *Entreprises Nord Construction (1962) inc. c. Corporation ville de Saint-Hubert*, 1996 CanLII 5882 (QC CA), citant André Langlois, *L'Adjudication des contrats municipaux par voie de soumissions*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais 1994 aux p 48-49 [ONGLET 8].

⁸ André Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2005 aux pp 318-19 [ONGLET 9].

⁹ *Profac Facilities Management Services c. FM One Alliance Corp.*, 2001 CAF 352 (CanLII) au para 28 [ONGLET 10].

¹⁰ Pierre Lemieux, « Les récents développements en matière de contrats de l'administration » (1986) 16 RDUS à la p 571, tel que cité par *Entreprises Nord Construction (1962) inc. c. Corporation ville de Saint-Hubert*, 1996 CanLII 5882 (QC CA) [ONGLET 8].

¹¹ Entente du 10 juin 2003 entre TCE et HQD au para 26.3.

- d) Quatrièmement, d'importants investissements devront être faits pour équiper la Centrale d'un réservoir de GNL.
21. Ce sont des changements importants, notamment la durée du Contrat, ainsi que le type d'approvisionnement fourni par la Centrale, en passant d'une centrale de base à une centrale de pointe, qui font croire qu'il s'agit en réalité d'un nouveau contrat d'approvisionnement en électricité.
22. Puisqu'il s'agit d'un nouveau contrat, HDQ est lié par les articles 74.1 et 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, dont la Régie fait l'interprétation suivante :

Pour satisfaire les besoins des marchés québécois excédant l'électricité patrimoniale, le Distributeur doit acquérir les approvisionnements requis par appel d'offres. La Régie peut néanmoins dispenser le Distributeur de recourir à l'appel d'offres pour des contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire¹².

23. Nous ne croyons pas être en présence d'un cas où HDQ peut demander une dispense.

L'Entente avec Gaz Métro est nécessairement sous le contrôle et la surveillance de la Régie

24. Tel que mentionné précédemment, la responsabilité d'alimenter la Centrale en gaz naturel était à l'origine dévolue à TCE en vertu du Contrat ayant suivi l'appel d'offres A/O 2002-001, tel qu'approuvé par la décision D-2003-159.
25. À l'époque, lors de l'audience du 9 juillet 2003, la FCEI avait déjà exprimé ses craintes à savoir que le fardeau financier lié aux fluctuations des prix du gaz naturel allait être assumé par le Distributeur, et donc *in fine* par les consommateurs. Voici les commentaires émis par la FCEI à l'époque :

[C]e qui nous intéresse, là, le prix du gaz naturel, si le prix monte, là, qui qui prend le risque? Le risque associé à la hausse du prix du gaz naturel, est-ce que c'est le Distributeur qui le prend? Si c'est le Distributeur qui le prend, ça veut dire que c'est les consommateurs qui vont payer le prix ultimement [...] Alors, qui prend le risque? On ne le sait pas¹³.

26. L'approvisionnement en gaz naturel était alors assumé par TCE, et des formules d'ajustement permettaient à TCE de refléter dans son prix de vente d'électricité des fluctuations du prix du gaz naturel.
27. La nouvelle structure juridique diffère, car c'est désormais l'entière responsabilité du risque, ainsi que le coût de construction d'un réservoir de GNL, qui est assumé par le Distributeur, et donc le consommateur. La responsabilité d'HDQ d'approvisionner TCE en GNL est nouvelle, ce qui a logiquement mené à l'octroi d'un nouveau contrat.
28. Le Distributeur se doit de favoriser la concurrence dans l'octroi de ce contrat.
29. L'article 7 de la *Loi sur les contrats des organismes publics* indique ce qui suit :

¹² Décision D-2007-83 à la p 7 [ONGLET 11].

¹³ R-3515-2003, Notes sténographiques, 9 juillet 2003 aux pp 216-217.

Les organismes autres que ceux mentionnés aux articles 4 à 6 et dont au moins la moitié des membres ou des administrateurs sont nommés ou élus par le gouvernement ou un ministre doivent adopter une politique portant sur les conditions de leurs contrats et la rendre publique au plus tard 30 jours après son adoption.

La politique visée au premier alinéa doit respecter tout accord intergouvernemental applicable et tenir compte des principes énoncés aux articles 2 et 14.

30. Puisque les administrateurs d'Hydro-Québec sont nommés par le gouvernement en vertu des articles 4 et suivants de la *Loi sur Hydro-Québec*, Hydro-Québec se doit d'adopter une politique portant sur les conditions des contrats octroyés.
31. Dans la Politique d'Hydro-Québec concernant l'acquisition de biens meubles et services, il est notamment indiqué ce qui suit :
- [P]our obtenir les meilleures conditions du marché, Hydro-Québec s'engage à :*
- *optimiser la gestion de son approvisionnement en planifiant et en groupant ses besoins de biens meubles et de services ;*
 - *favoriser de façon générale, des modes d'acquisition qui font appel à la concurrence entre les fournisseurs ;*
 - *attribuer ses marchés aux fournisseurs ayant répondu aux exigences spécifiées, et ce au coût le plus avantageux ;*
 - *développer des relations d'affaires durables avec ses fournisseurs lorsque de telles relations permettent d'atteindre des objectifs communs de réduction des coûts, d'amélioration de la qualité ou de développement technologique, et ce dans une perspective de rentabilité¹⁴.*
32. La Régie de l'énergie a les pouvoirs pertinents, en vertu des articles 31(2.1) et (5) de la *Loi sur la Régie de l'énergie*, pour faire respecter cette Politique et les principes qui en découlent, notamment ceux de « surveiller les opérations [...] du distributeur d'électricité [...] afin de s'assurer que les consommateurs paient selon un juste tarif ».
33. Lorsqu'Hydro-Québec attribue des contrats d'approvisionnement en carburants pour les centrales thermiques de ses réseaux autonomes, ces contrats font l'objet d'appels d'offres, lorsque plus d'une option d'approvisionnement est disponible.
34. Dans le cadre de la demande R-3492-2002, Hydro-Québec a par exemple fait un appel d'offres pour l'approvisionnement en mazout lourd de la centrale de Cap-aux-Meules, et en mazout léger pour celle de l'île d'Entrée¹⁵.
35. Tentant de se justifier sur l'octroi du contrat d'approvisionnement en GNL à Gaz Métro sans appel d'offres, HQD a indiqué notamment que « [l]'usine LSR de Gaz Métro est la

¹⁴ Hydro-Québec, Politique, *Nos acquisitions de biens meubles et de services et les conditions des contrats*, Res HA-110/2009, 17 août 2009 à la p 2.

¹⁵ HQD, *Achats de combustible*, Demande R-3492-2002, HQD-5, document 4, 3 juillet 2002.

seule installation de liquéfaction de gaz naturel présentement en service au Québec. Aucun autre fournisseur au Québec ne peut garantir des livraisons de GNL en 2018 »¹⁶.

36. S'il est vrai qu'il n'y a aucune autre installation de liquéfaction de gaz naturel à l'heure actuelle au Québec, la compagnie Stolt LNGaz a toutefois récemment obtenu l'approbation du BAPE pour la construction d'installations de liquéfaction de gaz naturel à Bécancour¹⁷. Le gouvernement du Québec a confirmé l'autorisation du projet le 24 août 2015 et la mise en service est prévue pour 2018¹⁸.
37. HQD indique par ailleurs que Gaz Métro fera un appel d'offres pour ce qui est de la construction des infrastructures d'entreposage et de vaporisation du GNL, ouvrant probablement la porte à une collaboration avec Stolt LNGaz, ce qui serait logique d'un point de vue économique. Rien ne garantit toutefois cette collaboration, et l'octroi sans appel d'offres de l'Entente avec Gaz Métro ne permet pas d'explorer au préalable toutes les options de collaboration.

Conclusion

38. La FCEI considère que l'Entente avec TCE en l'état constitue un nouveau contrat d'approvisionnement en électricité et estime qu'HQD ne peut conclure ce type d'entente sans procéder par appel d'offres.
39. La FCEI considère également qu'afin de favoriser la concurrence, l'Entente avec Gaz Métro aurait dû être octroyée suite à une procédure d'appel d'offres.

LE TOUT, respectueusement soumis.

Montréal, ce 31 août 2015

FASKEN MARTINEAU DuMOULIN s.r.l.
Procureurs de la FCEI

¹⁶ Réponses à la demande de renseignements no 1 de SÉ-AQLPA, HQD-2, document 8, 15 juillet 2015 à la p 24.

¹⁷ Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, Rapport 315, Projet de construction d'une installation de liquéfaction de gaz naturel à Bécancour, Rapport d'enquête et d'audience publique, juin 2015.

¹⁸ Gouvernement du Québec, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques, *Exigences du gouvernement du Québec concernant la délivrance d'un certificat d'autorisation à Stolt LNGaz inc. pour un projet de construction d'une installation de liquéfaction de gaz naturel sur le territoire de la ville de Bécancour*, 24 août 2015.

