

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

REGROUPEMENT DES ORGANISMES
ENVIRONNEMENTAUX EN ÉNERGIE
(ROEÉ)

No R-3953-2015
(R-3925-2015)

Demandeur en révision

et

HYDRO-QUÉBEC

Intimée

PLAN D'ARGUMENTATION DU ROEÉ

1. INTRODUCTION

- 1.1. Le ROEÉ demande à la Régie, en vertu de l'article 37 al. 1 (3^o) de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (« LRÉ ») de décider de l'ouverture du recours et de réviser et révoquer sa décision D-2015-179 du 29 octobre 2015 dans le dossier R-3925-2015, portant sur la demande de l'intimée Hydro-Québec relative à l'entente pour l'approvisionnement en période de pointe provenant de la centrale thermique au gaz naturel de TransCanada Energy Ltd (« TCE ») à Bécancour (« la centrale ») pendant 20 ans, soit de 2016 à 2036.
- 1.2. Le ROEÉ fait valoir qu'en concluant dans la décision D-2015-179 (B-0005) (« la première décision ») à la recevabilité de la demande d'Hydro-Québec, la Régie de l'énergie a commis des erreurs de fond de nature à l'invalidier.
- 1.3. Le ROEÉ entend démontrer que cette conclusion était indéfendable en droit, puisque la première formation n'a pas appliqué la démarche obligatoire d'interprétation, puisque la Régie a outrepassé ses pouvoirs en créant de toutes pièces une méthode d'approvisionnement en électricité non prévue dans la loi, et parce que la Régie a fondé ses conclusions sur des arguments d'opportunité plutôt que sur les exigences de la loi et de la jurisprudence.
- 1.4. La décision D-2015-179 doit être révisée et révoquée par la présente formation.

2. LA PREMIÈRE DÉCISION ET LA TRAME FACTUELLE

2.1. Comme le note la formation en révision au paragraphe 16 de la décision procédurale D-2015-205 et au paragraphe 13 de la décision D-2016-009 sur les demandes d'intervention :

- D-2015-205, par. 16
 - ils [le demandeur et les intervenants] ont déjà une connaissance intégrale du dossier R-3925-2015;
 - la Régie aura pris connaissance de celui-ci; et,
 - les questions soulevées par la Demande sont ciblées et essentiellement de nature juridique.

2.2. Il convient cependant de résumer brièvement certains faits.

2.3. Le 10 juin 2003, TCE a signé un contrat d'approvisionnement avec Hydro-Québec, suite à l'appel d'offres A/O 2002-001. Ce contrat visait l'achat par Hydro-Québec de produits de livraisons en base et cyclable, produits par la centrale de Bécancour, pour une période de 20 ans. Dans sa décision D-2003-159, la Régie a approuvé ce contrat d'approvisionnement en électricité.

- D-2003-159.

2.4. Les premières livraisons de la centrale ont eu lieu le 17 septembre 2006, mais ces livraisons ont rapidement été suspendues en raison des importants surplus en électricité d'Hydro-Québec. La Régie a entériné la suspension du contrat d'approvisionnement pendant un an en vertu de sa décision D-2007-134. La suspension du contrat a par la suite été constamment renouvelée. La dernière suspension, accordée le 27 mai 2014, doit prendre fin en 2018.

- D-2007-134, D-2008-114, D-2009-125, D-2010-109, D-2011-110, D-2012-118, D-2013-129, D-2014-086.

2.5. Le 6 mai 2016, Hydro-Québec s'adresse à la Régie pour obtenir, en vertu de l'article 74.2 LRÉ, l'approbation d'une entente intervenue le 30 avril 2015 relative à l'utilisation de la centrale de Bécancour en période de pointe.

- R-3925-2015.

2.6. Le ROÉÉ, ainsi que d'autres intervenants, avaient formulé auprès de la Régie un moyen préliminaire sur la recevabilité de la demande d'Hydro-Québec de

faire approuver par la Régie son nouveau contrat d'approvisionnement sans appel d'offres, en violation de l'article 74.2 LRÉ

- C-ROÉÉ-0004, par. 32.

2.7. Le ROÉÉ a soumis que la Régie de l'énergie n'avait pas la compétence d'approuver ce nouveau contrat, car la LRÉ oblige Hydro-Québec à procéder par la procédure d'appel d'offres pour l'acquisition de tout nouvel approvisionnement en électricité d'une durée de plus d'un an.

2.8. La Régie a entendu les arguments sur le moyen préliminaire lors de l'audition sur le fond, et l'a rejeté au mérite, ce qui a mené à la présente demande de révision.

- D-2015-179, par. 116.

2.9. Pour une description complète du contexte procédural en lien avec le présent dossier, le ROÉÉ renvoie aux paragraphes 7 à 40 de sa demande de révision (B-007).

- B-007, par. 7-40

3. OUVERTURE DU RECOURS ET CONCLUSION DEMANDÉE

3.1. Le ROÉÉ demande à la Régie de traiter conjointement de l'ouverture du recours et du mérite de la présente demande, comme elle propose de le faire dans la décision procédurale D-2015-205, rendue dans le présent dossier.

- D-2015-205, par. 11.

3.2. Le pouvoir de révision de la Régie de l'énergie de ses décisions est prévu à l'article 37 LRÉ.

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 37.

37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue:

1° lorsqu'est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente;

2° lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations;

3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision.

Avant de réviser ou de révoquer une décision, la Régie doit permettre aux personnes concernées de présenter leurs observations.

Dans le cas visé au paragraphe 3°, la décision ne peut être révisée ou révoquée par les régisseurs qui l'ont rendue.

[Nous soulignons]

3.3. Le ROÉÉ demande la révision et la révocation de la décision D-2015-179 pour le motif prévu à l'article 37, al. 1 (3°). Dans un tel cas, l'Assemblée nationale autorise et confère à une nouvelle formation la responsabilité d'entendre et décider de la demande.

3.4. Les principes devant guider la Régie de l'énergie dans l'analyse de l'ouverture d'un recours en révision ont été résumés ainsi dans la décision D-2005-132 :

- D-2005-132, R-3567-2005, pp. 18-19

« En résumé :

- L'article 37 (3) de la Loi — l'équivalent de l'article 154 (3) de la Loi sur la justice administrative — ne permet pas à une deuxième formation de la Régie de réviser la décision d'une première formation uniquement parce que la deuxième formation aurait une opinion différente sur l'application d'une disposition de la Loi ou sur l'appréciation des faits;
- La deuxième formation, en révision, ne peut que corriger les erreurs fatales qui invalident la décision de la première formation;
- Il faut que la première formation ait tiré des conclusions en droit ou en fait qui soient insoutenables, qui ne puissent être défendues;
- Selon la Cour d'appel du Québec, la notion de vice de fond de nature à invalider la décision doit être interprétée assez largement pour permettre la révocation d'une décision qui serait ultra vires ou qui ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier; il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente. »

[Nous soulignons]

3.5. Ces principes proviennent de décisions bien connues en cette matière.

- *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des loteries et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), p 11.

- *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).
- *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, 2005 QCCA 775.

3.6. L'approche d'un tribunal face à une demande administrative de révision n'est pas la même que dans un recours en révision judiciaire. Dans le premier cas, la formation en révision se doit d'avoir une approche plus libérale. La révision est explicitement prévue par le Législateur à même la loi habilitante et la question d'absence d'expertise des juges de la Cour supérieure ne se pose pas.

- Patrice Garant, *Droit administratif*, 6e éd., Yvon Blais : Cowansville, 2010, p. 512-513 :

« À notre avis, puisqu'il s'agit d'une juridiction statuaire, la seule loi doit nous servir de guide. Or, le tribunal en révision doit se demander, premièrement, s'il est en présence d'un vice de procédure, c'est-à-dire d'une irrégularité procédurale, ou d'un vice de fond, c'est-à-dire d'une erreur de droit ou de fait ou mixte. Deuxièmement, il doit se demander si ces vices sont d'une gravité telle qu'ils atteignent la validité même de la décision. La loi ne parle pas de vices manifestes ou déraisonnables ou de vice de compétence. On devrait éviter d'importer devant le tribunal administratif des concepts provenant de la surveillance judiciaire exercée par des cours supérieures en vertu de la Constitution, concepts inspirés des principes de retenue judiciaire et de séparation des pouvoirs. »

4. MOTIFS DE RÉVISION

4.1. La Régie n'a pas respecté la démarche obligatoire d'interprétation

4.1.1. En omettant d'appliquer de la manière exigée la méthodologie de l'interprétation des lois selon les principes modernes, la Régie s'est mal dirigée, de manière à rendre impossible l'interprétation nécessaire des articles 74.1 et 74.2 LRÉ.

4.1.2. Dans le dossier R-3925-2015, la Régie devait interpréter et appliquer ces articles afin de délimiter sa compétence et décider de la recevabilité de la demande d'Hydro-Québec. :

- D-2015-179, par. 85

« [85] Pour interpréter les règles applicables en matière d'appel d'offres et déterminer si la demande du Distributeur est recevable, la Régie est d'avis qu'elle doit appliquer les principes modernes d'interprétation des lois, tout en tenant compte du contexte général et exceptionnel entourant la demande du Distributeur »

4.1.3. Comme le souligne la Régie au paragraphe 86 de la décision, l'interprétation et l'application de ces articles doivent s'effectuer conformément à la méthodologie de l'interprétation des lois selon les principes modernes, méthodologie qui a été formulée par Driedger, et appliquée systématiquement par la Cour suprême du Canada :

- *Bell Express Vu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, au par 26.

« Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur »

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes ».

4.1.4. Or, la Régie n'a pas appliqué les principes d'interprétation qu'elle a cités.

4.1.5. Plutôt, la Régie a directement conclu que la mission de la Régie, est ses pouvoirs de surveillance des opérations des entreprises réglementées et de la fixation des tarifs, font en sorte qu'Hydro-Québec peut escamoter le processus obligatoire d'appel d'offres, et dispose maintenant d'une nouvelle méthode pour acquérir un approvisionnement en vue de combler les besoins d'électricité autre que patrimoniale des marchés québécois.

- D-2015-179, par. 89-91

« [89] Au vu de ce qui précède, la Régie procède ci-après à l'examen de la recevabilité de la demande du Distributeur selon la méthode d'interprétation téléologique prescrite par la Cour suprême du Canada et par la *Loi d'interprétation*. L'application de cette méthode permet d'obtenir des résultats conformes aux objectifs poursuivis par la Loi.

[90] La Régie est ainsi d'avis qu'il faut lire les articles 74.1 à 74.3 de la Loi, portant sur les appels d'offres, en tenant compte de l'économie générale de la Loi, c'est-à-dire des dispositions relatives à la mission de la Régie, à son pouvoir de surveillance des opérations des entreprises réglementées et à la fixation des tarifs (articles 5, 31, 49, 52.1 et 72 de la Loi). »

« [91] Ces articles visent à assurer la suffisance des approvisionnements (équilibre offre-demande, notamment à la pointe), à favoriser la satisfaction des besoins énergétiques au prix le plus bas et à fixer des tarifs justes et raisonnables. Il en ressort que le Distributeur dispose essentiellement de trois moyens pour acquérir un approvisionnement en

vue de combler les besoins d'électricité autres que patrimoniale des marchés québécois :

- 1) un processus d'appel d'offres;
- 2) les quelques cas de dispense de procéder par appel d'offres prévus aux articles 74.1, al. 4 et 74.3 de la Loi (contrats de court terme, en cas d'urgence et pour des approvisionnements acquis dans le cadre d'un programme d'achat d'électricité provenant d'une source d'énergie renouvelable, dont les modalités ont été approuvées par la Régie);
- 3) une modification à un contrat d'approvisionnement existant issu d'un appel d'offres qui ne nécessite pas de procéder à un nouvel appel d'offres. »

[nous soulignons]

4.1.6. Ainsi, la première formation n'a, dans sa décision, effectué aucun examen des termes des articles 74.1 et 74.2 de la loi instaurant le régime d'appels d'offres, pas plus qu'elle ne les a analysés dans leur contexte statutaire immédiat et global afin de découvrir leur finalité, la véritable intention du Législateur et les limites législatives des pouvoirs de la Régie.

4.1.7. Notamment, la Régie n'a pas examiné :

- les mots des articles 74.1 et 74.2 LRÉ, leurs définitions et l'usage qui en est fait par le Législateur;
- la structure, titres et divisions de la *Loi sur la Régie d'énergie*;
- l'historique législatif de la *Loi sur la Régie d'énergie* et l'intention du Législateur exprimé lors de l'adoption des dispositions en question;
- l'application du régime d'appel d'offres comme la norme, souffrant seulement quelques dérogations expresses et bien cernées.

4.1.8. Le « contexte global » auquel réfère la Cour suprême et devant guider la Régie dans son interprétation ne concerne pas la situation de la centrale, ni les appels passés de la Régie pour trouver une solution à la problématique du contrat de 2003 concernant la centrale de Bécancour, mais bien le contexte législatif des dispositions en question.

- Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th éd., Markham (Ontario) : LexisNexis, 2014, pp. 1-5.

4.1.9. Afin de respecter la démarche d'interprétation, la Régie était tenue d'examiner les mots et le contexte statutaire. La Régie a certes le droit et l'obligation d'interpréter la *Loi sur la Régie de l'énergie*, mais afin de le faire, elle doit respecter la méthode nécessaire. À cet effet, nous fournissons maintenant les grandes lignes de l'exercice auquel la première formation était tenue.

4.1.10. Tout d'abord, Sullivan nous enseigne que l'interprétation doit procéder de la présomption que la loi est ordonnée et est porteuse de sens.

- Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th éd., Markham (Ontario) : LexisNexis, 2014, p. 210.

4.1.11. La *Loi d'interprétation* du Québec.

- *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41, 41.1 et 51.

1. Cette loi s'applique à toute loi du Parlement du Québec, à moins que l'objet, le contexte ou quelque disposition de cette loi ne s'y oppose.

[...]

41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

41.1. Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.

[...]

51. Chaque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue; mais s'il est dit qu'une chose «pourra» ou «peut» être faite, il est facultatif de l'accomplir ou non.

4.1.12. Le texte de la *Loi sur la Régie de l'énergie*:

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 2 et chap. VI:

2. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

[...]

« *contrat d'approvisionnement en électricité* »: *contrat intervenu entre le distributeur d'électricité et un fournisseur dans le but de satisfaire les besoins en électricité des marchés québécois;*

4.1.13. La notion de « contrat d'approvisionnement en électricité » a reçu une interprétation large par la Régie.

- Voir D-2005-76, pp. 5-6

4.1.14. Par ailleurs, l'article 74.2 s'insère dans le chapitre VI de la LRÉ, qui s'intitule : « *DROIT EXCLUSIF DE DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ OU DE GAZ NATUREL* »

4.1.15. Donc, les articles du chapitre VI doivent s'interpréter dans le contexte du monopole (« droit exclusif ») d'Hydro-Québec. En contrepartie, afin de protéger l'intérêt public et les consommateurs, Hydro-Québec est assujettie à un régime spécifique que la Régie est tenue d'appliquer.

4.1.16. Pour les contrats d'approvisionnement en électricité, l'Assemblée nationale prévoit l'application obligatoire du processus d'appel d'offres assurant un traitement équitable et impartial des fournisseurs, y compris ceux proposant des projets d'efficacité énergétique. L'appel d'offres peut être satisfait par plus d'un contrat. En l'espèce le régime qui concerne les blocs d'énergie déterminés par règlement ne s'applique pas. Les seules exceptions à l'application obligatoire de ce régime sont les contrats de court terme, l'urgence et les achats, prévus à l'article 74.3 LRÉ, non applicables dans notre cas.

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 74.1 à 74.3.

SECTION II

OBLIGATIONS DU TRANSPORTEUR D'ÉLECTRICITÉ ET DES DISTRIBUTEURS

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.

[...]

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.

74.3. Malgré les articles 74.1 et 74.2, le distributeur d'électricité peut, dans le cadre d'un programme d'achat d'électricité provenant d'une source d'énergie renouvelable dont les modalités ont été approuvées par la Régie, acheter de l'électricité d'un client dont la production excède

sa propre consommation ou d'un producteur, sans être tenu à la procédure d'appel d'offres.

Le présent article ne s'applique qu'à l'égard de l'électricité produite à partir d'une installation dont la capacité maximale de production est fixée par règlement du gouvernement.

[Nous soulignons]

- 4.1.17. Il s'agit d'un code complet sur la question, qui prévoit les principes et quelques exceptions. La Régie ne saurait refuser ce choix de l'Assemblée nationale en se rabattant sur « l'économie de la loi » et les dispositions portant sur les fonctions de surveillance.
- 4.1.18. L'Assemblée nationale réserve au Conseil des ministres le pouvoir de faire des règlements modulant l'application du régime obligatoire d'appel d'offres pour les approvisionnements. La Régie est limitée au pouvoir de faire des règlements en ce qui concerne l'étape ultérieure, soit l'approbation de contrats issus des appels d'offres. La Régie ne peut s'arroger de créer d'exceptions à l'application du régime d'appels d'offres non prévues dans la loi.
- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 112 à 115.

SECTION II

RÈGLEMENTS

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;

2.3° la capacité maximale de production visée à l'article 74.3 pouvant varier selon les sources d'énergie renouvelable ou en fonction des catégories de clients ou de producteurs qu'il prévoit;

[...]

Un règlement peut prévoir que la participation à l'appel d'offres du distributeur d'électricité est réservée à certaines catégories de fournisseurs et que la quantité d'électricité visée par chaque contrat

d'approvisionnement peut être limitée dans les cas où les besoins seront satisfaits par un bloc d'énergie.

[...]

114. La Régie peut déterminer par règlement:

[...]

8° les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert son approbation;

[...]

115. Les règles de procédure adoptées par la Régie et ses règlements sont soumis au gouvernement qui peut les approuver avec ou sans modification.

[Nous soulignons]

- 4.1.19. Il n'est pas permis à Hydro-Québec et à la Régie de lire isolément et hors contexte l'article 74.2 al 2, afin de découvrir un régime qui n'existe pas, soit la négociation de gré à gré de contrats pour de nouveaux approvisionnements sans l'application obligatoire du processus d'appel d'offres.
- 4.1.20. L'histoire législative confirme l'application générale et non discrétionnaire du régime d'appels d'offres.
- 4.1.21. Ce régime fut créé en 2000 dans la foulée du PL 116.
- 4.1.22. Depuis son introduction en 2000 (PL 116, L.Q. 2000, c. 22, art. 27), hormis les modifications de 2006 mettant les projets d'efficacité énergétique sur le même pied que les autres sources d'approvisionnement (PL 52, L.Q. 2006, c. 46, art.43), l'essentiel des obligations de la Régie et d'Hydro-Québec et du traitement équitable assuré par le législateur à ses concurrents, au public et aux consommateurs garantis aux articles 74.1 et 74.2 LRÉ n'ont pas changé.
- 4.1.23. Les Notes explicatives du PL 116 permettent de déceler l'intention du Législateur et la finalité de la loi. Ces notes indiquent clairement la place centrale du processus d'appel d'offres et la nécessité de lire ensemble et dans l'ordre les articles 74.1 et 74.2 LRÉ. À part des exceptions, qui reçoivent comme toujours une interprétation restrictive, ce sont seulement les contrats d'approvisionnement qui sont issus du processus d'appel d'offres qui peuvent être par la suite approuvés par la Régie :

- PL 116, L.Q. 2000, c. 22

« Ce projet de loi modifie la Loi sur la Régie de l'énergie ...

[...]

Il prévoit également que le coût de la fourniture d'électricité autre que de l'électricité patrimoniale est établi au moyen d'une procédure d'appel d'offres et d'un code d'éthique soumis à l'approbation de la Régie. La procédure prévoit l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas, en tenant compte notamment du coût de transport applicable. La Régie surveille l'application de cette procédure et de ce code d'éthique, et les contrats d'approvisionnement du distributeur d'électricité sont soumis à son approbation. »

[Nous soulignons]

4.1.24. Lors de la présentation du projet de loi, le ministre M. Jacques Brassard s'est exprimé dans ces mêmes termes :

- Assemblée nationale du Québec, 36e législature, 1re session, 11 mai 2000 – journal des débats, Vol. 36 N° 106.

M. Brassard: M. le Président, ce projet de loi modifie la Loi sur la Régie de l'énergie afin de modifier la compétence de la Régie relativement à la tarification de l'électricité, d'introduire des mesures de concurrence dans la fourniture d'électricité, d'assouplir le mode de fonctionnement de la Régie et d'élargir ses sources de financement.

C'est ainsi que ce projet prévoit des modalités d'établissement des tarifs et conditions auxquels l'électricité est transportée et distribuée. Dans tout tarif qu'elle établit, applicable par le distributeur d'électricité, la Régie tient compte notamment des coûts de fourniture faisant l'objet d'un traitement distinct selon que les besoins des marchés québécois sont satisfaits ou non à même le volume d'électricité patrimoniale. Ce volume est fixé à un maximum de 165 TWh. Le coût moyen de fourniture de l'électricité patrimoniale est établi à 0,0279 \$ le kilowattheure. Ce coût peut être diminué par le gouvernement.

Il prévoit également que le coût de la fourniture d'électricité autre que de l'électricité patrimoniale est établi au moyen d'une procédure d'appel d'offres et d'un code d'éthique soumis à l'approbation de la Régie. La procédure prévoit l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas, en tenant compte notamment du coût de transport applicable. La Régie surveille l'application de cette procédure et de ce code d'éthique, et les contrats d'approvisionnement du distributeur d'électricité sont soumis à son approbation.

[...]

M. Brassard: De plus, ce projet introduit certains critères de fixation des tarifs de transport d'électricité et des tarifs applicables par le distributeur d'électricité, dont l'uniformité territoriale, et prévoit la reconnaissance de certains actifs de transport et de distribution d'électricité en exploitation et en construction. Il prévoit que le tarif d'une catégorie de consommateurs ne peut être modifié pour atténuer l'interfinancement entre les tarifs applicables par le distributeur d'électricité.

Ce projet modifie certaines règles de fonctionnement de la Régie, notamment en ce qui concerne les demandes pouvant être étudiées et décidées par un régisseur seul, et permet à la Régie de tenir une séance de conciliation. Il modifie les règles de financement des activités de la Régie. De plus, il modifie l'habilitation réglementaire de la Régie et du gouvernement.

Enfin, ce projet comporte également des modifications de nature technique et de concordance et des dispositions transitoires.

[Nous soulignons]

4.1.25. L'examen et l'analyse déficiente des articles 74.1 et 74.2 LRÉ qu'a effectué la première formation a mené à une interprétation insoutenable en droit de ces dispositions, entraînant ainsi un vice de fond sérieux et fondamental de nature à invalider la décision D-2015-179.

4.1.26. Dans la première décision, la première formation a éludé le régime des articles 74.1 et 74.2 de la loi instaurant le régime d'appels d'offres au profit d'une interprétation de la LRÉ qui permet à Hydro-Québec d'acquérir un nouvel approvisionnement en électricité sans passer par l'étape obligatoire d'un appel d'offres, et se donne le pouvoir d'approuver des contrats d'approvisionnement sans appel d'offres.

4.2. **Une méthode d'approvisionnement non prévue dans la Loi**

4.2.1. En concluant à la recevabilité du nouveau contrat soumis par Hydro-Québec sous l'article 74.2 LRÉ, la première formation a mal cerné et a outrepassé les pouvoirs octroyés à la Régie en vertu de la *Loi sur la Régie de l'énergie* et a créé de toutes pièces une option d'acquisition d'approvisionnements pour Hydro-Québec.

4.2.2. La Régie de l'énergie justifie la création de cette nouvelle méthode d'approvisionnement par la prétendue application de la « méthode téléologique d'interprétation », ignorant les termes de la loi et le contexte statutaire global pour plutôt imposer sa vision de l'objet de la loi.

- D-2015-179, par. 89-91

« [89] Au vu de ce qui précède, la Régie procède ci-après à l'examen de la recevabilité de la demande du Distributeur selon la méthode d'interprétation téléologique prescrite par la Cour suprême du Canada et par la *Loi d'interprétation*. L'application de cette méthode permet d'obtenir des résultats conformes aux objectifs poursuivis par la Loi.

[90] La Régie est ainsi d'avis qu'il faut lire les articles 74.1 à 74.3 de la Loi, portant sur les appels d'offres, en tenant compte de l'économie générale de la Loi, c'est-à-dire des dispositions relatives à la mission de la Régie, à son pouvoir de surveillance des opérations des entreprises réglementées et à la fixation des tarifs (articles 5, 31, 49, 52.1 et 72 de la Loi). »

« [91] Ces articles visent à assurer la suffisance des approvisionnements (équilibre offre-demande, notamment à la pointe), à favoriser la satisfaction des besoins énergétiques au prix le plus bas et à fixer des tarifs justes et raisonnables. Il en ressort que le Distributeur dispose essentiellement de trois moyens pour acquérir un approvisionnement en vue de combler les besoins d'électricité autres que patrimoniale des marchés québécois :

- 1) un processus d'appel d'offres;
- 2) les quelques cas de dispense de procéder par appel d'offres prévus aux articles 74.1, al. 4 et 74.3 de la Loi (contrats de court terme, en cas d'urgence et pour des approvisionnements acquis dans le cadre d'un programme d'achat d'électricité provenant d'une source d'énergie renouvelable, dont les modalités ont été approuvées par la Régie);
- 3) une modification à un contrat d'approvisionnement existant issu d'un appel d'offres qui ne nécessite pas de procéder à un nouvel appel d'offres. »

[Nous soulignons]

- 4.2.3. L'option d'acquisition d'approvisionnement par modification d'un contrat existant n'est pas prévue dans la loi. C'est une méthode d'approvisionnement que la première formation invente de toutes pièces pour justifier sa décision d'approuver le contrat d'approvisionnement soumis par Hydro-Québec.
- 4.2.4. En effet, la LRÉ ne prévoit que trois méthodes d'approvisionnement, incluant l'électricité patrimoniale. Cette liste est exhaustive :
 - 4.2.4.1. L'électricité patrimoniale est un bloc fixe d'électricité qu'Hydro-Québec Production doit livrer à Hydro-Québec Distribution, jusqu'à concurrence de 165 TWh

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 52.1 et 52.1

4.2.4.2. Au-delà du bloc d'électricité patrimoniale, l'approvisionnement par appel d'offres permet à Hydro-Québec de conclure des ententes d'approvisionnement à long terme, c'est-à-dire pour une période de plus d'un an. Selon l'auteur Yves Fréchette, il s'agit du mode d'approvisionnement privilégié par la LRÉ.

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 74.1
- *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*, art. 1
- Yves Fréchette, « L'approvisionnement des marchés québécois en électricité » *Développements récents en droit de l'énergie 2007*, volume 262, Service de la formation continue du Barreau du Québec, Cowansville : Yvon Blais, 2007, p. 93-95

4.2.4.3. Finalement, la LRÉ prévoit que la Régie peut exonérer Hydro-Québec de la procédure d'appel d'offres dans certains cas précis (urgence, court terme, achats prévus à 74.3). Aucun de ces cas n'est applicable en l'espèce.

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 74.1 et 74.3
- *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*, art. 1

4.2.5. Ainsi, la LRÉ est claire à l'effet qu'outre le bloc d'électricité patrimoniale, le seul moyen d'approvisionnement en électricité à long terme possible pour le distributeur est par l'entremise du processus d'appel d'offres, prévu aux articles 74.1 et 74.2 LRÉ.

4.2.6. Le rôle de la Régie est d'approuver la procédure d'appel d'offres prévue à l'article 74.1, et de surveiller son application. Tel qu'il appert clairement de la structure et du libellé de l'article 74.2 LRÉ, c'est seulement après un appel d'offres que la Régie peut approuver un contrat d'approvisionnement.

4.2.7. Dans la décision, la Régie justifie la création d'un nouveau moyen d'approvisionnement en électricité sans appel d'offres par des dispositions générales et autres de la LRÉ :

- D-2015-179, par. 90 (précité, par. 4.2.2).

- *Loi sur la Régie de l'énergie*, art. 5, 31, 49, 52.1 et 72.

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.

[...]

31. La Régie a compétence exclusive pour:

1° fixer ou modifier les tarifs et les conditions auxquels l'électricité est transportée par le transporteur d'électricité ou distribuée par le distributeur d'électricité ou ceux auxquels le gaz naturel est fourni, transporté ou livré par un distributeur de gaz naturel ou emmagasiné;

2° surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants;

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;

3° (paragraphe abrogé);

4° examiner toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de transport d'électricité par le transporteur d'électricité, de distribution d'électricité par le distributeur d'électricité, les réseaux municipaux ou privés d'électricité ou par la Coopérative régionale d'électricité de Saint-Jean-Baptiste de Rouville et voir à ce que le consommateur paie le tarif qui lui est applicable et soit assujéti aux conditions qui lui sont applicables;

4.1° examiner toute plainte d'un consommateur portant sur l'application d'un tarif ou d'une condition de fourniture, de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel par un distributeur de gaz naturel et voir à ce que le consommateur paie le tarif qui lui est applicable et soit assujéti aux conditions qui lui sont applicables;

4.2° (paragraphe abrogé);

5° décider de toute autre demande soumise en vertu de la présente loi. Elle a la même compétence pour décider d'une demande soumise en vertu de l'article 30 de la Loi sur Hydro-Québec (chapitre H-5), du paragraphe 3° de l'article 12 et des articles 13 et 16 de la Loi sur les systèmes municipaux et privés d'électricité (chapitre S-41), et des articles 2 et 10 de la Loi sur la

Coopérative régionale d'électricité de Saint-Jean-Baptiste de Rouville et abrogeant la Loi pour favoriser l'électrification rurale par l'entremise de coopératives d'électricité (Lois du Québec, 1986, chapitre 21).

[...]

49. Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de transport d'électricité ou un tarif de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel, la Régie doit notamment:

1° établir la base de tarification du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel en tenant compte, notamment, de la juste valeur des actifs qu'elle estime prudemment acquis et utiles pour l'exploitation du réseau de transport d'électricité ou d'un réseau de distribution de gaz naturel ainsi que des dépenses non amorties de recherche et de développement et de mise en marché, des programmes commerciaux, des frais de premier établissement et du fonds de roulement requis pour l'exploitation de ces réseaux;

2° déterminer les montants globaux des dépenses qu'elle juge nécessaires pour assumer le coût de la prestation du service notamment, pour tout tarif, les dépenses afférentes aux programmes commerciaux, et pour un tarif de transport d'électricité, celles afférentes aux contrats de service de transport conclus avec une autre entreprise dans le but de permettre au transporteur d'électricité d'utiliser son propre réseau de transport;

3° permettre un rendement raisonnable sur la base de tarification;

4° favoriser des mesures ou des mécanismes incitatifs afin d'améliorer la performance du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel et la satisfaction des besoins des consommateurs;

5° s'assurer du respect des ratios financiers;

6° tenir compte des coûts de service, des risques différents inhérents à chaque catégorie de consommateurs et, pour un tarif de gaz naturel, de la concurrence entre les formes d'énergie et de l'équité entre les classes de tarifs;

7° s'assurer que les tarifs et autres conditions applicables à la prestation du service sont justes et raisonnables;

8° tenir compte des prévisions de vente;

9° tenir compte de la qualité de la prestation du service;

10° tenir compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret;

11° maintenir, sous réserve d'un décret du gouvernement à l'effet contraire, l'uniformité territoriale de la tarification sur l'ensemble du réseau de transport d'électricité.

Lorsqu'elle fixe un tarif de livraison de gaz naturel, la Régie doit également tenir compte du montant total annuel qu'un distributeur de gaz naturel alloue à l'efficacité et à l'innovation énergétiques.

La Régie peut, pour un consommateur ou une catégorie de consommateurs, fixer un tarif afin de financer les économies d'énergie non rentables pour un distributeur de gaz naturel mais rentables pour ce consommateur ou cette catégorie de consommateurs.

Elle peut également utiliser toute autre méthode qu'elle estime appropriée.

[...]

52.1. Dans tout tarif qu'elle fixe ou modifie, applicable par le distributeur d'électricité à un consommateur ou une catégorie de consommateurs, la Régie tient compte des coûts de fourniture d'électricité et des frais découlant du tarif de transport supportés par le distributeur d'électricité, des revenus requis pour assurer l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et, en y apportant les adaptations nécessaires, des paragraphes 6° à 10° du premier alinéa de l'article 49 ainsi que des deuxième et troisième alinéas de ce même article. La Régie s'assure également que les ajustements au tarif L intègrent l'évolution des coûts de fourniture de l'électricité patrimoniale alloués à cette catégorie.

La Régie peut également utiliser toute autre méthode qu'elle estime appropriée lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de gestion de la consommation ou d'énergie de secours. Un tarif de gestion de la consommation désigne un tarif applicable par le distributeur d'électricité, à un consommateur qui le demande, pour lequel le coût de la fourniture est établi en fonction du prix du marché ou dont le service peut être interrompu par ce distributeur.

La tarification doit être uniforme par catégorie de consommateurs sur l'ensemble du réseau de distribution d'électricité, à l'exception toutefois des réseaux autonomes de distribution situés au nord du 53e parallèle.

La Régie ne peut modifier le tarif d'une catégorie de consommateurs afin d'atténuer l'interfinancement entre les tarifs applicables à des catégories de consommateurs.

Le quatrième alinéa ne s'applique pas lorsque la Régie fixe ou modifie un tarif de transition pour un consommateur qui passe à une autre catégorie de consommateurs.

[...]

72. À l'exception des réseaux privés d'électricité, 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 qu'il propose. 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.

- 4.2.8. Aucun de ces articles de la LRÉ ne prévoit explicitement ou implicitement le pouvoir de créer de nouvelles manières pour Hydro-Québec d'acquérir et pour la Régie d'autoriser de nouveaux types d'approvisionnement.
- 4.2.9. D'ailleurs, la définition des termes « surveiller » et « monitor » indiquent clairement que de tels pouvoirs ne sauraient fonder l'autorité d'approuver de nouveaux approvisionnements sans appels d'offres.
- The Canadian Oxford Dictionary, « Monitor »
 - Le petit Robert, « Surveiller »
- 4.2.10. À cet égard, la Cour suprême et la Cour d'appel du Québec sont sans équivoques à l'effet que les organismes de régulation économique comme la Régie de l'énergie disposent de compétences qui se limitent à ce qui est inscrit dans la loi qu'ils ont le devoir d'appliquer.
- 4.2.11. Dans l'affaire *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta*, la Cour suprême du Canada examine les pouvoirs de la Commission Albertaine de régulation de l'énergie. La Cour souligne entrée de jeu que les pouvoirs d'un organisme de régulation économique se limitent à ce qui est prévu dans sa loi habilitante
- *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 RCS 140, 2006 CSC 4, par. 35.
- « Un tribunal ou un organisme administratif est une création de la loi : il ne peut outrepasser les pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, il doit [TRADUCTION] « s'en tenir à son domaine de compétence et ne peut s'immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence [...] »

4.2.12. Dans cette même décision, la plus haute autorité judiciaire du pays souligne que c'est au législateur de modifier la loi, et non à un tribunal de régulation économique.

- *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 RCS 140, 2006 CSC 4, par. 80

« Si l'Assemblée législative albertaine souhaite que les clients bénéficient des avantages financiers découlant de la vente des biens d'un service public, elle peut le prévoir expressément dans la loi, à l'instar de certains États américains (le Connecticut, par exemple). »

4.2.13. Dans le Renvoi relatif à CRTC, la Cour suprême du Canada a examiné les compétences du CRTC en matière de réglementation, en lien avec la décision de l'organisme d'établir un nouveau régime de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché. Le CRTC a justifié la création de ce régime par les larges pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

- *Renvoi relatif à la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68.

4.2.14. Dans cette décision, le plus haut tribunal du pays souligne que le CRTC dispose de larges pouvoirs en matière de réglementation et d'attribution de licences :

- *Renvoi relatif à la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, par. 15-16

[15] Il est incontestable que le CRTC dispose de vastes pouvoirs en matière de réglementation et d'attribution de licences. Aux termes de la Loi sur la radiodiffusion, le CRTC a pour mission de réglementer et de surveiller « tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 5(1)).

[16] Les pouvoirs reconnus au CRTC sont énoncés aux art. 9 et 10 de la Loi sur la radiodiffusion. Le CRTC tient ses pouvoirs en matière d'attribution de licences de l'art. 9, qui lui permet notamment d'établir des catégories de licences, d'attribuer des licences et d'obliger les titulaires de licences à accomplir certains actes « dans l'exécution de sa mission ». Aux termes de l'al. 9(1)b), le CRTC peut assortir les licences des conditions « qu'il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion ».

4.2.15. Toujours selon la Cour suprême, pour qu'un organisme soit justifié de conclure qu'il ait compétence, il ne lui suffit pas d'énumérer vaguement quelques articles de sa loi et de déclarer que la mesure contribue à l'atteinte de ses objectifs :

- *Renvoi relatif à la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, 2012 CSC 68, par. 23*

[23] Pour que le CRTC soit justifié de conclure qu'il avait compétence, il ne lui suffisait pas à mon avis de se référer isolément à certains des objectifs de politique énoncés à l'art. 3 et de postuler que le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux contribuerait à la réalisation de ces objectifs. [...]

4.2.16. La Cour suprême souligne par ailleurs que des pouvoirs élargis attribués à un organisme ne donnent pas à celui-ci un pouvoir discrétionnaire illimité :

- *Renvoi relatif à la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, 2012 CSC 68, par. 27-28*

[27] Dans *Bell Aliant*, la vaste compétence expresse ainsi attribuée au CRTC lui permettait de créer et d'utiliser les comptes de report en litige. Cette situation se distingue nettement du présent cas et des dispositions invoquées par les radiodiffuseurs en l'espèce, à savoir le pouvoir général de prendre des règlements prévu à l'al. 10(1)k) et le large pouvoir d'attribution de licences prévu à l'al. 9(1)b)(i). Une disposition attributive de compétence n'est pas analogue à une disposition accordant un pouvoir général de prendre des règlements ou d'attribuer des licences. En effet, alors que par le premier type de dispositions le législateur accorde expressément une compétence précise, par le second il confère un pouvoir général qui doit être interprété de manière à éviter de reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité que n'envisagent pas les dispositions attributives de compétence de la loi en cause.

[28] Il s'agit là de l'aspect fondamental. Si la seule limite restreignant les pouvoirs conférés au CRTC par le par. 10(1) était l'obligation que le règlement concerné favorise la réalisation d'un des objectifs de politique énoncés au par. 3(1), la seule limite à laquelle serait assujéti le pouvoir de réglementation du CRTC serait sa propre appréciation de l'opportunité du règlement proposé à la lumière de l'un ou l'autre des objectifs en question, ce qui reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, l'organisme doit :

[...] exercer [son pouvoir discrétionnaire] en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois. (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4 (CanLII), [2006] 1 R.C.S. 140, par. 50, le juge Bastarache)

4.2.17. Dans la décision *Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, la Cour d'appel du Québec conclut que la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec n'avait pas l'assise légale de faire ce qui n'est pas prévu dans sa loi constitutive. Ce n'est pas à un tribunal de régulation économique de modifier la loi, mais au législateur.

- *Bourgoin c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2010 QCCA 1593 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée)

[74] C'est la même chose ici. Ce n'est pas parce que le secteur agroalimentaire s'accommode de ces clauses depuis plusieurs années et que la Cour supérieure a homologué sans discussion, à de nombreuses reprises, les décisions de la Régie qui condamnent des parties à des dommages-intérêts que ce qui est illégal devient légal. Si les intimés et l'intervenante ont des doléances à faire valoir, elles pourront toujours d'adresser au législateur afin de faire modifier la loi. Il appartiendra alors à ce dernier, en toute connaissance de cause, de donner suite à leur demande de modification législative s'il estime opportun et souhaitable de le faire dans l'intérêt de l'industrie agroalimentaire et le respect des droits des justiciables.

- 4.2.18. Selon le ROÉÉ, la jurisprudence de la Cour suprême, de la Cour d'appel, et certaines décisions de la Régie appliquent les règles relatives aux modifications des contrats. Seules les modifications accessoires peuvent être effectuées sans l'application du processus d'appel d'offres. Ce n'est pas parce que la Régie aurait décidé autrement par le passé et dans la décision D-2015-179, que cette situation est devenue légale.
- 4.2.19. Si la Régie s'était livrée à l'exercice d'interprétation de la loi auquel elle était obligée, et si elle n'avait pas outrepassé ses pouvoirs en créant une méthode d'approvisionnement en électricité qui n'est pas prévue dans la loi, elle aurait jugé irrecevable la demande présentée par Hydro-Québec. L'issue de la décision D-2015-179 aurait donc été bien différente.
- 4.2.20. Ainsi, la Régie a commis une erreur fatale en s'arrogeant un pouvoir qu'elle ne détient pas. Avec égard, le ROÉÉ soumet que ni l'application prétendue de la méthode téléologique d'interprétation, ni la *Loi d'interprétation*, ni le renvoi à des pouvoirs généraux ne permettent à la Régie de créer une méthode d'approvisionnement en électricité que la loi ne prévoit pas.
- 4.2.21. Si elle avait appliqué correctement les critères prévus dans la loi et dans la jurisprudence applicable, la Régie aurait dû conclure que l'entente soumise par Hydro-Québec constitue un nouvel approvisionnement qui requiert obligatoirement la tenue d'un nouveau processus d'appel d'offres.

4.3. **Une approbation d'un nouvel approvisionnement fondée sur des arguments d'opportunité**

4.3.1. La première formation a illégalement approuvé la nouvelle entente en se repliant sur des arguments d'opportunité, qu'elle traite sous le vocable du « contexte entourant la demande du Distributeur », plutôt que sur les dispositions applicables de la LRÉ, dans la jurisprudence de la Régie et dans les décisions des tribunaux supérieurs, dont de la Cour suprême du Canada, en matière d'appels d'offres.

- C-ROEÉ-0016, Plan d'argumentation du ROEÉ, par. 20-30
- C-EBM-0007, Mémoire de EBM, par. 18 ss.
- C-FCEI-0010, Plan d'argumentation de la FCEI, par. 13-23

4.3.2. Aux paragraphes 94 à 101 de la décision, la première formation élabore une théorie voulant qu'elle ne soit pas soumise aux enseignements de la Cour suprême du Canada en matière d'appel d'offres en raison de « l'approbation supplémentaire » requise par la Régie de l'énergie.

- D-2015-179, par. 94-101

4.3.3. Pourtant, l'appel d'offres et l'approbation des contrats issus de l'application de ce processus ne sont pas des substituts. Ce n'est pas parce que le Protocole d'entente et d'autres contrats d'approvisionnements semblables, une fois conclus, sont sujet à l'approbation de la Régie, qu'il est permis d'écarter l'étape de l'appel d'offres qui assure la diversité et économie des approvisionnements et permet notamment les approvisionnements sous la forme de projets d'efficacité énergétique.

4.3.4. C'est ainsi que la première formation a conclu, en contradiction avec la lettre et avec l'esprit de l'article 74.1 LRÉ et avec les principes de droit applicables, que seule « une entente totalement indépendante du contrat initial, c'est-à-dire une entente qui pourrait exister sans le contrat initial », requiert l'application du processus d'appel d'offres applicable aux approvisionnements postpatrimoniaux de plus d'un an.

- D-2015-179, par. 101

[101] Par ailleurs, pour que les modifications proposées par le Distributeur puissent être recevables par la Régie sans recourir au processus d'appel d'offres, elles ne doivent pas constituer une entente totalement indépendante du contrat initial, c'est-à-dire une entente qui pourrait exister

sans le contrat initial. Dans de telles circonstances, un appel d'offres sera alors requis pour obtenir les approvisionnements en cause. Permettre à la Régie d'examiner des modifications à un contrat d'approvisionnement selon ces balises est cohérent avec l'économie générale et l'objet de la Loi qui consistent, tel que mentionné précédemment, à assurer la suffisance des approvisionnements, à favoriser la satisfaction des besoins énergétiques des Québécois au prix le plus bas et à fixer des tarifs justes et raisonnables. Cette possibilité permet d'atteindre le résultat recherché par le législateur en matière d'approvisionnement et de tarification.

[Nous soulignons]

- 4.3.5. Pour l'élaboration de cette théorie, la première formation a non seulement écarté les enseignements de la jurisprudence et de la doctrine, mais arrive, sans analyse des textes et de la finalité des articles 74.1 et 74.2 LRÉ, directement à la conclusion qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le processus d'appels d'offres.
- 4.3.6. Or, la Régie n'examine pas le contenu essentiel du nouveau contrat afin de déterminer s'il s'agit de modifications substantielles au premier contrat, ni même s'il s'agit d'une « nouvelle entente »
- 4.3.7. Les seuls éléments de preuve retenus par la première formation à l'effet « que le Protocole d'entente ne pourrait exister sans le Contrat initial », qui n'ont d'ailleurs pas pu faire l'objet de contre-interrogatoire ou de contre-preuve, sont les déclarations d'Hydro-Québec à cet effet, ainsi que sur les réponses laconiques d'Hydro-Québec aux demandes de renseignements.

- D-2015-179, par. 113
- B-0018 HQD-2, question 2.2 à la p. 4

2.2 Veuillez fournir une version comparée entre le contrat d'approvisionnement avec TCE du 20 juin 2003 et le MOU produit par la pièce HQD-1, doc. 2.

Réponse :

Le Protocole d'entente avec TCE s'ajoute au contrat d'approvisionnement initial de 2003 et aux ententes de suspension en permettant au Distributeur d'utiliser la centrale de TCE en périodes de pointe selon les modalités qui y sont prévues.

- B-0023 à la p. 3

En ce qui concerne la contestation formulée à la section 3, le Distributeur réitère que la référence à sa réponse à la question 2.2 de EBM est juste, mais aux fins de compréhension par SÉ/AQLPA nous la reproduisons avec un ajustement mineur.

Le Protocole d'entente avec TCE constitue un amendement puisqu'il s'ajoute au contrat d'approvisionnement initial de 2003 et aux ententes de suspension en permettant au Distributeur d'utiliser la centrale de TCE en périodes de pointe selon les modalités qui y sont prévues.

- A-0016, notes sténographiques. vol. 1, pp 63-66

Q [40] En fait, on se demande pour quelle raison ces différences, qui sont, bon, jugées comme étant mineures pour le Distributeur, mènent à des produits qui ne sont pas du même prix ou qui ont une différence quand même de prix importante. Vous avez fait mention, dans une de vos réponses, que la situation particulière de TCE vous a permis de négocier un prix plus avantageux, pouvez-vous expliquer pourquoi on en arrive à des différences si importantes?

R. Oui. C'est sûr, ce que je voulais aussi, ça me revient, dire, c'est que la centrale de TCE est une centrale existante, c'est sûr que ce n'est pas une centrale qui est conçue pour être une centrale de pointe, c'est une, d'un point de vue opérationnel, pour l'opérateur de la centrale, ça demande certains ajustements, qui sont, que la centrale, dans son état actuel, ne permet pas de faire. Autrement dit, la centrale ne permet pas, ou il n'est pas sûr qu'elle aurait résisté telle quelle à des arrêts/démarrages, mettons, à toutes les heures, comme ce que l'autre contrat permet. Donc, les caractéristiques techniques de la centrale font en sorte que TransCanada a choisi d'imposer certaines limites, certains critères, certains critères à l'intérieur desquels ils étaient prêts à opérer la centrale, à faire les modifications qui y sont associées et qui peuvent nous garantir, dans le fond, la disponibilité de la centrale et son opération de façon sécuritaire, fiable, sur l'horizon. Maintenant, question prix, c'est sûr que d'une certaine façon, on a bénéficié du fait que la centrale de TCE est sous contrat pour une période de dix ans déjà en partant.

(10 h 58)

Donc, c'est sûr que c'est quelque chose qui fait...qui a fait partie des discussions et de façon à dire, oui, on veut regarder quel est l'horizon le plus... le meilleur horizon pour négocier ce type d'entente et le meilleur prix, sachant le contexte dans lequel on est. Contexte où on a une centrale qui est inopérante, à toutes fins pratiques depuis deux mille huit (2008), pour laquelle il y a des frais fixes qui sont associés. C'est sûr que la centrale est disponible et elle demeure disponible pour des questions d'énergie, donc si jamais le besoin en énergie devait changer... si le bilan en énergie devait changer de façon spectaculaire, et ce que ça prendrait c'est effectivement un changement spectaculaire au cours des prochaines années, qu'on ne voit pas aujourd'hui, bien, la centrale, elle est encore disponible pour fournir de l'énergie, huit mille sept cents (8760) heures, à la demande du Distributeur. Donc, c'est l'ensemble de ces paramètres-là qui a permis d'arriver à un audit, tel qu'il est là et au prix qui est là. Si ça devait être une centrale neuve, et je pense que ça se traduit par les résultats de l'appel d'offres 2015-01 évidemment le prix n'aurait pas été ce qu'il est là. Si la centrale avait été complètement libre et non commise, on aurait vu des conditions qui auraient été fort différentes. Et c'est ce qu'on a vu dans l'appel d'offres 2015-01,

on a parlé du résultat de l'appel d'offres et des contrats octroyés mais, évidemment, c'est... les contreparties qui ont fait des offres et qui n'ont pas été octroyées, c'est parce qu'ils ont soumis des prix qui sont nettement supérieurs aux prix qui sont là.

4.3.8. La Régie n'a aucunement examiné la durée du contrat, l'objet du contrat, les parties, éléments pourtant essentiels pour comparer les deux contrats.

4.3.9. Pour justifier sa décision, la Régie s'est plutôt rabattue sur des éléments qui n'avaient aucun lien avec la question qu'elle devait examiner :

- D-2015-179, par. 115

[115] Compte tenu de l'économie générale de la Loi, du contexte exceptionnel du présent dossier et du fait que l'ensemble de la clientèle paie pour un actif inutilisé depuis plusieurs années, la Régie juge que la durée du Protocole d'entente constitue une modification recevable et qu'elle peut, par conséquent, examiner. À cet effet, la Régie partage les motifs invoqués par SÉ-AQLPA, l'UC et le Distributeur.

[Nous soulignons]

4.3.10. Ni les besoins appréhendés en puissance au bilan, ni la volonté exprimée par la Régie de mettre à contribution la centrale de Bécancour, essentiellement inutilisée depuis 2008, ni les demandes de la Régie afin de réduire les pertes financières des pénalités d'interruption des livraisons (objectif par ailleurs non accompli par le Protocole d'entente négocié et proposé par Hydro-Québec), de lien avec la question de savoir si le Protocole d'entente porte sur un approvisionnement assujéti à l'exigence d'un appel d'offres. Ces considérations ne permettent pas de passer outre le régime d'approvisionnement prévu dans la LRÉ.

4.3.11. En tant que tribunal administratif, la Régie de l'énergie a l'obligation de respecter le principe de primauté du droit, et de fonder ses décisions sur des considérations légales plutôt que sur des arguments d'opportunité.

- *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 1998, par. 71

« Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l'a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit». En d'autres termes, les rapports entre l'Etat et les individus doivent être régis par le droit ».

4.3.12. Par ailleurs, l'interprétation proposée par la Régie mènerait à un résultat absurde. Le distributeur pourrait donc modifier à volonté le contenu d'une entente, notamment les éléments essentiels de celui-ci (durée, parties, type

d'énergie, prix), sans jamais que de telles modifications substantielles ne constituent « une entente indépendante ».

4.3.13. La Régie n'a pas compétence pour changer la loi. Son devoir est de veiller à ce qu'elle soit correctement appliquée.

5. Pour tous ces motifs, la demande d'Hydro-Québec dans le dossier R-3925-2015 était irrecevable, et la Régie de l'énergie devrait maintenant statuer ainsi.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

Montréal, le 5 février 2016

(s) Franklin S. Gertler

FRANKLIN GERTLER ÉTUDE LÉGALE

par : Franklin S. Gertler, avocat

Aldred Building

507 Place d'Armes, bur 1701

Montréal, Québec H2Y 2W8

t (514) 798-1988