

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

**PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL
No : R-3953-2015**

**REGROUPEMENT DES ORGANISMES
ENVIRONNEMENTAUX EN ÉNERGIE**

Demandeur en révision

- et -

HYDRO-QUÉBEC

Intimé

-et-

PERSONNES INTÉRESSÉES

**ARGUMENTATION DE L'ASSOCIATION
HÔTELLERIE QUÉBEC ET DE L'ASSOCIATION
DES RESTAURATEURS DU QUÉBEC**

DUFRESNE HÉBERT COMEAU INC.

(Me Steve Cadrin)

1200, boul. Chomedey, bureau 400

Laval (Québec) H7V 3Z3

Tél. : (514) 392-5725

Fax. : (450) 682-5014

INTRODUCTION

Le 20 juin 2003, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (ci-après « **HQD** ») conclut une entente d'approvisionnement d'électricité en base d'une durée de 20 ans (ci-après « **Contrat initial** » avec TransCanada Energy Ltd (ci-après « **TCE** »).

Le Contrat initial a été signé à la suite de l'appel d'offres A/O 2002-001.

Suite au Contrat initial et compte tenu du contexte de surplus énergétiques, HQD et TCE conviennent d'une nouvelle entente pour la suspension de ce Contrat initial, ladite suspension étant renouvelable d'année en année. Cette entente de suspension a été entérinée par la Régie à titre de modification au Contrat initial.

Le ou vers le 30 avril 2015, HQD concluait une nouvelle entente avec TCE pour l'utilisation de la centrale TCE de Bécancour en période de pointe (ci-après « **Contrat 2015** »), plutôt qu'en base comme le prévoyait le Contrat initial. Le Contrat 2015 prévoit une en 2036, soit dix (10) années de plus que le Contrat initial dont l'échéance est et demeure en 2026.

Le 29 octobre 2015, la Régie approuvait le Contrat 2015 dans le cadre de la décision D-2015-179.

Le 2 décembre 2015, le Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROÉÉ) (ci-après « **ROÉÉ** ») déposait une demande en révision et révocation de la décision D-2015-179.

MOTIFS DE RÉVISION

1. NON-RESPECT DE LA DÉMARCHE OBLIGATOIRE D'INTERPRÉTATION

Sur ce motif de révision, nous nous en remettons aux arguments soulevés par le ROÉÉ.

2. LA PREMIÈRE FORMATION S'EST ATTRIBUÉE UN POUVOIR QUE LA RÉGIE NE POSSÈDE PAS

Encore une fois, nous nous en remettons aux arguments soulevés par le ROÉÉ.

Tel que plus amplement détaillé par le ROÉÉ, en approuvant le Contrat 2015, la Régie fait fi des articles 74.1, 74.2 et 74.3 de la Loi sur la Régie de l'énergie. En effet, ces articles prévoient que HQD doit acquérir les approvisionnements requis qui excèdent l'électricité patrimoniale, par appel d'offres. HQD ne peut être dispensé de procéder que pour des contrats à court terme ou en cas d'urgences.

3. LA PREMIÈRE FORMATION SE BASE SUR DES ARGUMENTS D'OPPORTUNITÉ PLUTÔT QUE SUR LA LOI

Au paragraphe 116 de la décision D-2015-179 la Régie conclut :

« [116] Pour l'ensemble de ces motifs, la Régie est d'avis que la demande du Distributeur constitue une modification au Contrat initial qui ne nécessite pas de recourir au processus d'appel d'offres. Par conséquent, elle juge la demande du Distributeur recevable. »

En statuant ainsi, la Régie commet une erreur de fait et de droit quant à l'interprétation de ce qui peut constituer une modification du contrat initial conclu à la suite d'un processus d'appel d'offres.

Les modifications apportées au Contrat initial par le Contrat 2015 sont importantes notamment en ce que :

- Le Contrat 2015 (20 ans) se prolonge au-delà de la durée du Contrat initial (20 ans), à savoir pour une durée supplémentaire de 10 ans, jusqu'en 2036;
- Contrairement à ce que prévoyait le Contrat initial, en vertu du Contrat 2015, HQD est désormais responsable d'approvisionner TCE en gaz naturel;
- Alors que le Contrat initial portait sur un approvisionnement en base de 507 MW, le Contrat 2015 vise un approvisionnement en puissance uniquement en période de pointe et ce, pour 570 MW;
- Le Contrat 2015 comprend des investissements importants pour de nouveaux équipements et des modifications à l'usine TCE que doit supporter HQD.

Ces modifications changent la nature même du Contrat initial et ne sauraient être considérées comme une simple modification accessoire à ce contrat.

Les principes de droit public

D'emblée, il est important de souligner les objectifs de l'appel d'offres. Ceux-ci ont été résumés par la Cour d'appel dans le dossier *Axor Construction Canada c. Bibliothèque et archives nationales du Québec*¹ :

« [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,

¹ 2012 QCCA 1228 [ONGLET 1]

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 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 loyale. »

La modification *a posteriori* d'un contrat conclu suite à une procédure d'appel d'offres ne doit pas faire échec à ces objectifs et le principe est qu'un contrat doit demeurer conforme aux modalités de l'appel d'offres.

Il nous apparaît également pertinent de reproduire certains extraits de la *Loi sur les contrats des organismes publics* :

« 12. Un organisme public ne peut scinder ou répartir ses besoins ou apporter une modification à un contrat dans le but d'éviter l'obligation de recourir à la procédure d'appel d'offres public ou de se soustraire à toute autre obligation découlant de la présente loi.

(...)

17. Un contrat peut être modifié lorsque la modification en constitue un accessoire et n'en change pas la nature.

Toutefois, dans le cas d'un contrat comportant une dépense égale ou supérieure au seuil d'appel d'offres public, une modification qui occasionne une dépense supplémentaire doit de plus être autorisée par le dirigeant de l'organisme public. Le dirigeant peut, par écrit et dans la mesure qu'il indique, déléguer le pouvoir d'autoriser une telle modification. Dans le cadre d'une même délégation, le total des dépenses ainsi autorisées ne peut cependant excéder 10% du montant initial du contrat.

Malgré le deuxième alinéa, une modification ne requiert pas d'autorisation lorsqu'elle résulte d'une variation du montant sur lequel doit s'appliquer un pourcentage déjà établi ou, sous réserve de l'article 12, d'une variation d'une quantité pour laquelle un prix unitaire a été convenu. » (nos soulignements)

Quant aux modifications qui peuvent être apportées à un contrat octroyé suite à une procédure d'appel d'offres, les auteurs² s'entendent.

À cet effet, les auteurs Héту et Duplessis résumant bien la position des auteurs quant aux modifications qui peuvent être apportées à un tel contrat :

« Que ce soit un contrat à forfait ou à prix unitaire à forfait, il ne faut pas cependant que la modification change la nature du contrat au point d'altérer la réalité et de rendre accessoire le contrat initial (Entreprises Nord Construction (1962) inc. c. Ville de St-Hubert, J.E. 96-2061 (C.A.)). La doctrine est au même effet. Pierre Giroux et Denis Lemieux écrivent dans Contrats

² Patrice Garant, *Droit administratif*, 6^e édition, Cowansville Yvon Blais, 2010, p.392 [Onglet 2]; André Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éditions, Yvon Blais, 2005, p. 316 à 320 [Onglet 3]

des organismes publics québécois (Brossard, Publications CCH ltée, p. 2,255) qu'en cours d'exécution, certains changements peuvent entraîner la modification des termes originaux du contrat. Ils ajoutent: «exiger le recours à l'appel d'offres pour toutes les modifications des contrats qui ont été octroyés par le biais de cette procédure aurait pour effet d'alourdir le processus administratif et de retarder considérablement l'exécution complète des contrats administratifs». On précise que la modification est permise même si elle comporte une dépense supplémentaire pour autant qu'elle demeure accessoire au contrat principal (opinion reprise dans Construction Irebec inc. c. Ville de Montréal, J.E. 2015-1552 (C.S.), EYB 2015-256780 (C.S.), 2015 QCCS 4303, paragraphe 98). Voir aussi : Pierre Issalys et Denis Lemieux, L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives, 3 éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 1180. »³

Également, l'auteur Pierre Lemieux ajoute quant au caractère accessoire de la modification :

« Il est bien important de donner une interprétation restrictive du caractère accessoire en regardant dans chaque cas le pourquoi et la nécessité d'une telle modification. »⁴

La jurisprudence

La jurisprudence ne déroge pas aux principes mis de l'avant par les auteurs et confirme qu'on ne peut modifier un contrat pour changer sa nature ou rendre le contrat initial accessoire.

L'arrêt de la Cour suprême dans *Adricon c. East Angus*⁵, établit clairement que la modification du contrat est possible à condition que celle-ci demeure accessoire au contrat initial.

« 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'art. 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 telles le caractère accessoire de la modification par rapport à l'ensemble du contrat, la présence ou l'absence de contre-partie 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. »

Dans cette affaire, les parties signent un contrat en vue de la construction d'un aréna pour la somme de 408 000 \$ après que le Conseil municipal ait autorisé l'architecte à apporter certaines modifications au contrat original. Cependant, la Ville n'autorise pas explicitement les changements. Après l'exécution des travaux, Adricon produit une réclamation pour tenir compte

³ Jean Héту et Yvon Duplessis, Droit municipal principes généraux et contentieux, CCH Municipal et droit public, [9.156], [Onglet 4]

⁴ Pierre Lemieux, *Les récents développements en matière de contrats de l'administration*, (1986) 16 R.D.U.S, p.571 [Onglet 5]

⁵ [1978] 1 R.C.S. 1107, p.1117-1118 [Onglet 6]

des modifications au contrat demandées que la Ville refuse de payer. La Cour conclut que les parties ont fait des modifications accessoires entraînant une augmentation de coûts qui n'altérerait pas la nature forfaitaire du contrat ou une modalité essentielle du contrat.

À plusieurs reprises, les tribunaux ont appliqué les principes de l'arrêt *Adricon* pour conclure qu'une modification au contrat était accessoire et ne faisait pas en sorte que l'on doive procéder à un nouvel appel d'offres.

Par exemple, les coûts additionnels découlant de modifications de certains travaux par l'organisme public et de l'augmentation du coût de la main-d'œuvre dans le cadre de travaux d'aqueduc et de pavage étaient des modifications accessoires.⁶

Dans l'arrêt *Les entreprises Nord construction (1962) inc. c. Corporation Ville de St-Hubert*⁷, la cour d'appel a réitéré qu'un dépassement de coûts constituait une modification accessoire, mais ajoute qu'un dépassement des coûts de 100% par rapport au montant initialement prévu saurait difficilement se qualifier de modification accessoire.

Également, la modification de la marque de contrôles du système d'air ambiant ne justifiait pas de tenir un nouvel appel d'offres⁸.

Dans la même veine, les tribunaux n'ont pas hésité à conclure que certaines modifications **ne constituaient pas** une modification accessoire du contrat.

Dans l'affaire *Construction Irebec inc. c. Montréal (Ville de)*⁹, Irebec avait conclu un contrat avec la Ville suivant un appel d'offres public pour la « *Reconstruction des trottoirs, des bordures, des mails centraux et d'îlots, là où requis, sur différentes rues de l'agglomération de Montréal* »¹⁰.

Irebec réclamait plusieurs milliers de dollars à la Ville pour des travaux supplémentaires pour des travaux de puisard. Les travaux concernant les puisards n'étaient pas prévus dans le contrat conclu entre Irebec et la Ville.

La Ville alléguait entre autres que les travaux relatifs aux puisards n'étaient pas prévus au contrat conclu en vertu du processus d'appel d'offres public, ne pouvaient être considérées comme accessoires au contrat original et que les travaux relatifs aux puisards excédaient 100 000\$ et devaient donc fait l'objet d'un appel d'offres.

⁶ *Nord construction (1962) Ltée c. Ville de St-Rémi*, (1983) C.A. 220 [Onglet 7]

⁷ 1996 CanLII 5882 (QC CA) [Onglet 8]

⁸ *Hervé Pomerleau inc. c. Société de transport de Montréal*, 2011 QCCS 1579 [Onglet 9]

⁹ 2015 QCCS 4303 [Onglet 10]

¹⁰ *Idem*, par 3

La Cour, s'appuyant sur les auteurs et les principes de l'arrêt Adricon, conclut que :

« [97] De l'avis du Tribunal, l'octroi des contrats de puisards sur Van Horne et Trinitaire constituait un octroi illégal de contrats.

[98] Même si l'on considérait les réquisitions de travaux de puisards sur Van Horne et Trinitaire comme une modification du contrat 9489 plutôt qu'un nouveau contrat, encore faudrait-il que ces modifications ne changent pas la nature du contrat de manière à le détourner de sa finalité».

Dans *Profac Facilities Management Services c. FM One Alliance Corp.*¹¹, la Cour d'appel fédérale concluait qu'un renouvellement de cinq ans, pour un contrat de haute valeur, après l'expiration du délai imparti, ne constituait pas une modification au contrat permettant aux parties de passer outre au processus d'appel d'offres.

Également dans *Roxboro Excavation inc. c. Montréal (Ville de)*¹², le Tribunal a conclu que la construction de deux tronçons de piste cyclable nécessaires pour permettre son utilisation, qui n'était pas prévue au contrat ne saurait être considérée comme accessoire au contrat.

« [87] Il n'est pas contesté que la construction des deux tronçons visés par la « Directive de chantier numéro 7 » était nécessaire pour permettre l'utilisation de la piste cyclable par le public mais ce n'est pas le critère qui doit être considéré pour répondre à cette question.

[88] Il faut plutôt déterminer si les travaux faisant l'objet de cette directive sont ou ne sont pas « accessoires » à ce qui devait être construit en vertu du contrat.

[89] Il n'y a pas de définition unique du concept de « travaux accessoires » et, au contraire, la Cour suprême du Canada mentionne, dans l'arrêt Adricon, qu'il « faut considérer les circonstances particulières de chaque affaire. »

[90] Selon la doctrine, les tribunaux doivent faire « la distinction entre les travaux correctifs qui facilitent l'exécution du contrat sans en changer la nature forfaitaire et les travaux supplémentaires qui, compte tenu de leur prix, demeurent régis par la procédure d'appel d'offres ».

[91] En l'instance, et bien que cela ne soit pas déterminant, il est important de souligner que le prix des travaux demandés par la « Directive de chantier numéro 7 » représente environ 13,7% du prix du contrat et une telle proportion n'incite pas à conclure qu'il s'agit de « travaux accessoires ».

¹¹ 2001 CAF 352 (CanLIJ) [Onglet 11]

¹² 2015 QCCQ 1228, par 28 [Onglet 12]

[92] De plus et, surtout, les travaux litigieux concernent la construction de deux tronçons d'une piste cyclable situés au-delà de l'endroit où les travaux de « Roxboro » devaient prendre fin en vertu du plan utilisé pour l'appel d'offres. »

CONCLUSION

Suivant ce qui précède et considérant qu'un contrat octroyé suite à une procédure d'appel d'offres ne peut être modifié que dans les seuls cas où la modification est accessoire et ne change pas la nature du contrat, la Régie commet une erreur de droit en concluant que le Contrat 2015 constitue une modification du Contrat initial.

En effet, les modifications apportées par le Contrat 2015 ne pourraient être considérées comme accessoire au Contrat initial et ne sauraient être assimilées aux exemples retenus par la jurisprudence tel que :

- Les dépassements de coûts pour les travaux prévus au contrat¹³;
- Les travaux supplémentaires nécessaires pour un projet¹⁴;
- Les modifications qui ne changent pas la nature du contrat¹⁵;

Par ailleurs, des modifications telles que celles apportées par le Contrat 2015, notamment quant à l'augmentation de la durée du contrat initial (double de la durée)¹⁶, sa nature et le prix¹⁷, n'ont pas été considérées comme accessoires par la jurisprudence, bien au contraire.

Suivant ces principes, nous considérons que le Contrat 2015 constitue un nouveau contrat d'approvisionnement et qu'en conséquence le Contrat 2015 n'aurait pu être conclu sans procéder par le processus d'appel d'offres.

En ce qui a trait à l'argument qui voudrait qu'en raison du processus d'approbation par la Régie du Contrat 2015 et de son analyse de son caractère « avantageux » pour la clientèle, il serait possible d'écarter l'exigence d'avoir recours au processus d'appel d'offres, nous soumettons qu'il semble exister une certaine confusion quant aux exigences imposées par la Loi sur le Régie de l'énergie.

En effet, le processus d'appel d'offres, dont l'objet est de s'assurer d'obtenir le meilleur prix possible pour un produit donné en soumettant celui-ci aux lois de la concurrence et du libre marché, ne peut être remplacé par une analyse du caractère « avantageux » pour la clientèle de la, soi-disant, « modification » contractuelle proposée.

¹³ *Supra*, note 6 et 7

¹⁴ *Idem*

¹⁵ *Supra*, note 8

¹⁶ *Supra*, note 11

¹⁷ *Supra*, note 10 et 12

La Régie doit d'abord déterminer si le Contrat 2015 est une modification du Contrat initial, soit qu'il ne s'agit que d'un contrat qui reflète des modifications accessoires au Contrat initial et qui n'en modifie pas la nature, ce qui lui permet d'être exclu du processus d'appel d'offres. Ensuite, et seulement ensuite, elle pourra déterminer si cette « modification » contractuelle est à l'avantage des consommateurs québécois. Avec respect, il s'agit de deux étapes bien distinctes et qui doivent être analysées dans l'ordre et indépendamment l'une de l'autre.

En l'espèce, outre l'identité des parties contractantes, le Contrat 2015 ne présente aucun lien avec le Contrat initial qui, rappelons-le, demeure inchangé et pour lequel HQD devra défrayer l'intégralité des coûts. Autrement dit, le Contrat 2015 est totalement indépendant du Contrat initial et dispose d'une « vie » et de « conditions » qui lui sont propres.

Avec respect, il est aussi difficile pour la Régie de conclure au caractère « avantageux » de ce Contrat 2015 sans qu'il n'ait pu être soumis aux lois de la concurrence et du libre-marché pour un produit similaire qui pourrait être fourni par un tiers dans le cadre d'un processus d'appel d'offres.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

POUR CES MOTIFS, L'AHQ-ARQ DEMANDE À LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE:

- **D'ACCUEILLIR** la demande en révision et révocation de la décision D-2015-179;
- **CONVOQUER** une audience publique;
- **RÉVISER ET RÉVOQUER** la décision D-2015-179;
- **JUGER IRRECEVABLE** la demande d'approbation formulée par Hydro-Québec dans le dossier R-3925-2015;
- **ACCORDER** toutes ordonnances que la Régie trouve justes et appropriées dans les circonstances.

Montréal, ce 5 février 2016

DUFRESNE HÉBERT COMEAU INC.
Procureurs de l'AHQ-ARQ