

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

DOSSIER : R-3953-2015

**ROÉÉ - DEMANDE DE RÉVISION DE LA DÉCISION D-2015-179 DU 29 OCTOBRE 2015
SUR LA DEMANDE D'HYDRO-QUÉBEC RELATIVE À L'UTILISATION DE LA CENTRALE
DE TRANSCANADA ENERGY LTD (TCE) DE BÉCANCOUR EN PÉRIODES DE POINTE**

**PLAN D'ARGUMENTATION
DE ENERGIE BROOKFIELD MARKETING S.E.C.**

Montréal, le 5 février 2016

I) INTRODUCTION

1. En date du 30 novembre 2015, le Regroupement des organismes environnementaux en énergie (le « ROÉÉ ») déposait une demande de révision de la décision D-2015-179 (la « Décision ») suite à la demande du Distributeur d'utiliser la centrale de TCE de Bécancour en périodes de pointe.
2. En date du 17 décembre 2015, la Régie rendait une décision procédurale dans le dossier indiquant que la demande de révision porte essentiellement sur la question de savoir si la première formation a commis un vice de procédure ou de fond en concluant que l'entente finale entre le Distributeur et TCE, dont l'approbation lui était demandée, ne nécessitait pas de recourir à la procédure d'appel d'offres prévue par la loi.
3. En date du 22 janvier 2016, dans sa décision procédurale D-2016-009, la Régie reconnaissait à EBM le droit d'intervenir au présent dossier. La position d'EBM est que la première formation a erré en déterminant que les modifications apportées au contrat ne nécessitaient pas de recourir à un appel d'offres en vertu de la loi.

II) CADRE LÉGAL DE LA DEMANDE DE RÉVISION

4. La demande de révision du ROÉÉ rencontre les exigences de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (la « Loi ») et plus spécifiquement l'article 37, al. 1 par. 3 puisque la décision D-2015-179 comporte des « vices de fond » de nature à l'invalidier. Il s'agit d'erreurs sérieuses et fondamentales donnant ouverture à une demande de révision.

- *Domtar Inc. et Hydro-Québec*, R-3820-2012, D-2012-162 :

1

« [68] L'article 37, al. 1, par. 3 de la Loi prévoit que la Régie peut réviser ou révoquer une décision qu'elle a rendue lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à l'invalidier.

[69] Les parties ont exposé, en argumentation, les règles applicables en matière de révision. Ces règles ont été énoncées à plusieurs reprises par la Régie et découlent essentiellement des arrêts *Épiciers unis Métro-Richelieu* et *Godin* de la Cour d'appel du Québec.

[70] Dans un passage fréquemment cité de l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu*, le juge Rothman écrit que le vice de fond doit être « sérieux et fondamental » pour être de nature à invalider la décision.

[71] Dans l'arrêt *Godin*, le juge Fish écrit :

« In short, section 154(3) [identique à l'article 37 de la Loi] does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On the contrary, it permits the revocation or review by the Tribunal of its own earlier

decision not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard. » [nous soulignons]

[72] Plus récemment, dans l'arrêt Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine, le juge Yves-Marie Morissette rappelle :

« En ce qui concerne la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre, la jurisprudence est univoque. Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première. Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif « commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions ». L'interprétation d'un texte législatif « ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique » mais, comme « il appart[ient] d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter » un texte, c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir. Saisi d'une demande de révision pour cause de vice de fond, le tribunal administratif doit se garder de confondre cette question précise avec celle dont était saisie la première formation (en d'autres termes, il importe qu'il s'abstienne d'intervenir s'il ne peut d'abord établir l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans la première décision). Enfin, le recours en révision « ne doit [...] pas être un appel sur la base des mêmes faits » : il s'en distingue notamment parce que seule l'erreur manifeste de fait ou de droit habilite la seconde formation à se prononcer sur le fond, et parce qu'une partie ne peut « ajouter de nouveaux arguments » au stade de la révision. » [nous soulignons]

[73] Considérant les conditions d'ouverture d'un recours en révision établies par la jurisprudence, la Régie doit faire preuve de prudence avant de procéder à la révision d'une décision et ne peut substituer sa propre opinion à celle de la première formation. Seules des erreurs sérieuses ou fondamentales peuvent donner ouverture à une demande de révision.

III) LES VICES DE FOND DE NATURE À INVALIDER LA DÉCISION D-2015-179

i) L'interprétation erronée des articles 74.1 et 74.2 de la Loi

5. Dans la Décision D-2015-179, la Régie décide que le Distributeur peut procéder à des modifications de contrats d'approvisionnement issus d'appel d'offres, mais que les modifications importantes doivent faire l'objet d'approbation par la Régie (parag. 100).

6. La Régie ajoute que pour que les modifications du Distributeur soient recevables par la Régie, sans besoin de recourir au processus d'appel d'offres, celles-ci ne devraient pas constituer une entente totalement indépendante du contrat initial (parag. 101).
7. En application de ces principes, la Régie conclut que la demande du Distributeur ne nécessitait pas de faire l'objet d'un appel d'offres.
8. Cette décision comporte des erreurs fondamentales pour plusieurs raisons.
9. Tout d'abord, cette décision est contraire à l'article 74.1 de la Loi et des obligations légales qui en découlent.
10. L'article 74.1 de la Loi prévoit la mise en place d'un processus obligatoire d'appel d'offres auquel l'on ne peut passer outre.
11. L'article 74.1 de la Loi prévoit :

« 74.1. Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appel d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1° du premier alinéa de l'article 112.

La procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment:

1° permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;

2° accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement de même qu'à des projets d'efficacité énergétique, à moins que l'appel d'offres ne prévoie que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement;

3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement;

4° permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement, auquel cas le fournisseur qui permet d'atteindre la quantité d'électricité demandée peut être invité à diminuer la quantité d'électricité qu'il a lui-même offerte, sans toutefois en modifier le prix unitaire.

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

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

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

(Nos soulignés)

12. Vu les objectifs clairs de cette disposition est d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant au processus d'appel d'offres.
13. Le législateur ne prévoit que deux exceptions précises à cette obligation statutaire : la dispense pour les contrats de court terme et les cas d'urgence des besoins à satisfaire.
14. Les modifications à un contrat issu d'un processus d'appel d'offres ne fait pas partie des exceptions prévues par le législateur.
15. Le pouvoir d'approbation des contrats en vertu de l'article 74.2 de la Loi présuppose que le processus d'appel d'offres a été préalablement respecté.
16. L'exercice de ce pouvoir décisionnel survient après l'exercice du pouvoir de surveillance de la Régie qui a pour objectif de s'assurer du respect de la procédure d'appel d'offres et d'octroi (74.2, 1^{er} alinéa).
17. L'exercice du pouvoir décisionnel en vertu de l'article 74.2 de la Loi ne permet pas à la Régie d'approuver des contrats ou modifications de contrat qui ne respectent pas le processus d'appel d'offres.

18. L'article 74.2 se lit comme suit :

« 74.2. La Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique, prévus à l'article 74.1, et examine si ceux-ci ont été respectés. À cette fin, elle peut exiger tout document ou renseignement utile. La Régie fait rapport de ses constatations au distributeur d'électricité et au fournisseur choisi.

Le distributeur d'électricité ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement. »

(Nos soulignés)

19. Il appert du 1^{er} paragraphe de cette disposition qu'en tout premier lieu, avant l'approbation des contrats, la Régie doit s'assurer du respect de la procédure d'appel d'offres en vertu de l'article 74.1 de la Loi.

20. La Régie, dans le cadre de décisions passées, a bien reconnu la distinction entre son pouvoir d'approbation de la procédure d'appel d'offres et son pouvoir d'approbation des contrats.

21. Dans la décision D-2012-142 (*Énergie Brookfield Marketing s.e.c. et intervenants R-3806-2012*), la Régie a procédé à une revue des pouvoirs que lui confère la Loi en matière d'approvisionnement, d'appel d'offres et d'octroi de contrats. 2

22. Dans cette décision, la Régie traite séparément du processus d'approbation de la procédure d'appel d'offres (art. 74.1 et 1^{er} alinéa de l'article 74.2 de la Loi) et d'approbation des contrats (art. 74.2, 2^e alinéa de la Loi).

23. Dans la décision D-2012-142, la Régie cite « *in extenso* » la décision D-2001-191 portant sur l'approbation de la Procédure et du Code d'éthique sur la gestion des appels d'offres

- P. 31 :

« (...) Dans l'exercice de cette compétence, la Régie doit veiller au respect, par la Procédure d'appel d'offres et d'octroi, des critères prévus aux paragraphes 1 à 4 du deuxième alinéa de l'article 74.1 de sa loi constitutive. Les conclusions de la présente décision visent en conséquence à permettre la participation de tout fournisseur intéressé, à accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées et enfin à permettre la satisfaction de l'appel d'offres par une combinaison de contrats d'approvisionnement.

(Nos soulignés)

(...)

En outre, le législateur confère à la Régie le pouvoir de surveiller l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que celle du Code d'éthique s'y rattachant. Ce pouvoir de surveillance est distinct du pouvoir d'approbation des contrats d'approvisionnement qui seront adjugés à l'issue des appels d'offres. La Régie effectuera une surveillance de l'application de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi selon les modalités qu'elle déterminera. En fin de processus, les contrats entre le distributeur et les fournisseurs devront être approuvés par la Régie selon les cas et conditions déterminés par règlement en vertu de l'article 74.2. »

- P. 32 :

« À titre d'autorité réglementaire, la Régie doit néanmoins, par sa surveillance, s'assurer du respect par le distributeur des balises approuvées. L'approbation des contrats adjugés en vertu de l'article 74.2, alinéa 2, repose en partie sur cette assurance et vient conclure les formalités légales par lesquelles le législateur entend instaurer un équilibre concurrentiel pour l'approvisionnement en électricité des besoins qui excèdent l'électricité patrimoniale.

(...)

L'approbation prévue à l'article 74.2, alinéa 2 de la Loi constitue un pouvoir décisionnel qui, par sa nature, peut impliquer l'intervention de tiers intéressés à faire valoir leurs intérêts. Il se distingue donc du pouvoir de surveillance, tant au niveau du mode d'action de la Régie que de la nature de l'intervention des parties intéressées ».

24. La Régie indiquait aussi :

« [87] Cette approche de la Régie, selon laquelle le pouvoir de surveillance et celui d'adjudication des contrats sont distincts, a été reconnue par la Cour supérieure dans l'affaire Tembec. L'honorable juge François Tôth, j.c.s. reconnaissait d'ailleurs que la question de savoir si un contrat conclu par un soumissionnaire devait être approuvé est au coeur de la compétence et de la spécialité de la Régie. Le juge accueillait par contre la requête en révision judiciaire de Tembec au motif que la Régie n'avait pas examiné si le contrat qu'elle avait refusé d'approuver était conforme à la Procédure et au Code d'éthique. Là n'est cependant pas l'objet de la présente requête. »

(Nos soulignés)

25. Dans la décision D-2015-050 (*Hydro-Québec et Innergex R-3920-2015*), la Régie rappelait son double rôle : 3

« [18] La Régie rappelle qu'en vertu de l'article 74.2 de la Loi, son rôle consiste à surveiller l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi qu'elle avait elle-même approuvée. À l'étape de l'approbation des contrats, le mandat de la Régie consiste à déterminer si les contrats d'approvisionnement en électricité soumis par le Distributeur sont conformes au contrat-type faisant l'objet de l'annexe 11 du document d'Appel d'offres (le Contrat-type) et satisfont aux exigences de la Loi et du Règlement d'application. »

(Nos soulignés)

26. La Régie a également décidé, dans sa décision D-2011-193, (*Hydro-Québec et intervenants, R-3775-2011*) que les services prévus à l'EGM devaient faire l'objet d'appels d'offres puisqu'ils constituaient des approvisionnements postpatrimoniaux requérant l'application de l'article 74.1 de la Loi : 4

« [91] Pour les motifs exposés ci-après, la Régie est d'avis, d'une part, que les services prévus à l'EGM (le service de modulation, la puissance complémentaire et les services complémentaires) constituent des approvisionnements en électricité et, d'autre part, que ces approvisionnements doivent faire l'objet d'appels d'offres en vertu de l'article 74.1 de la Loi.

(...)

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

(...)

[136] Or, tel qu'indiqué précédemment, la Régie a conclu que les divers services prévus à l'EGM constituent, chacun, une fourniture d'électricité et donc un approvisionnement. La Régie est d'avis que le fait que le Distributeur ait négocié une entente sur mesure, « un tout global », ne le dispense pas de procéder par appels d'offres tel qu'exigé par l'article 74.1 de la Loi. »

27. Contrairement à ce qui est énoncé à la Décision D-2015-179 (parag. 99), la décision D-2011-193 ne peut être distinguée puisqu'en l'espèce, les modifications recherchées constituent un approvisionnement postpatrimonial (en puissance) qui requiert de procéder par appel d'offres en vertu de l'article 74.1 de la Loi.
28. Il appert de ce qui précède, que la Régie a omis de tenir compte de l'article 74.1 de la Loi et que sa décision est entachée d'un vice fondamental.
29. La Régie omet aussi erronément de considérer l'objectif de cette disposition qui est notamment d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs, tel que le prévoit l'article 74.1 de la Loi en retenant seulement comme objectifs la suffisance des approvisionnements, l'importance de favoriser la satisfaction des besoins énergétiques des québécois au prix le plus bas et la fixation de tarifs justes et raisonnables.
30. Or, la Régie a reconnu à maintes reprises que l'article 74.1 de la Loi devait être respecté afin de favoriser la concurrence dans le meilleur intérêt de tous :

- (D-2012-142, parag. 73) :

« [73] Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le Distributeur 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 (article 74.1 de la Loi). »

(Nos soulignés)

- (D-2012-142, parag. 86, p. 34) :

« 86. (...)

La Régie rappelle que la fonction de surveillance est distincte de celle portant sur la décision d'approbation du contrat d'approvisionnement devant intervenir entre Hydro-Québec Distribution et le fournisseur choisi. Dans le cadre de cette surveillance, la Régie a pleine discrétion quant au mode de surveillance et aux moyens d'action. Elle peut donc également définir, dans chaque cas, l'étendue de sa surveillance afin de l'effectuer de manière continue ou a posteriori, selon les besoins de chaque appel d'offres et d'octroi, en vue de favoriser une concurrence dans le meilleur intérêt de tous. »

- (D-2011-193, parag. 109, 142) :

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

(...)

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

(Nos soulignés)

ii) La Régie fait défaut d'appliquer la jurisprudence applicable en matière d'appel d'offres

31. Aux paragraphes 94 et 95 de la Décision D-2015-179, la Régie mentionne :

« [94] La question des modifications apportées à un contrat octroyé à la suite d'un appel d'offres a été traitée par la jurisprudence dans le contexte d'appels d'offres tenus par des organismes publics.

[95] Il ressort de cette jurisprudence qu'un contrat peut être modifié lorsque la modification en constitue un simple accessoire et n'en change pas la nature. »

32. La note infrapaginale de cet extrait réfère aux autorités citées par EBM devant la première formation :
- *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107 5
 - P. Garant, *Droit administratif*, 6e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 392 6
 - A. Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 319 7
33. Toutefois, la Régie décide de ne pas appliquer cette jurisprudence y compris les enseignements de la Cour Suprême dans *Adricon*, supra en indiquant que dans ces cas, il n'y avait pas d'approbation supplémentaire par un tribunal de régulation économique, tel que prévu à l'article 74.2 de la Loi.
34. Tel qu'indiqué précédemment, le pouvoir d'approbation des contrats n'élimine pas l'obligation de respecter l'article 74.1 de la Loi et celle de s'assurer du respect du processus d'appel d'offres (74.2, 1^{er} alinéa) dès qu'il s'agit d'un approvisionnement postpatrimonial.
35. Conclure autrement voudrait dire que le pouvoir décisionnel d'approbation des contrats par la Régie permettrait même de passer outre aux exigences de l'article 74.1 de la Loi et de créer une autre forme de dispense du processus d'appel d'offres, ce qui est contraire aux articles 74.1 et 74.2 de la Loi.
36. Ainsi, la Régie ne peut mettre de côté les principes applicables en matière de modifications de contrats issus d'appels d'offres qui lui avaient été soumis (C-EBM-007, par. 21 à 27).
37. La Régie commet aussi une erreur sérieuse invalidant sa décision lorsqu'elle fait défaut de reconnaître que les modifications au contrat recherchées par le Distributeur équivalent essentiellement à la signature d'un nouveau contrat ou à des modifications substantielles sur des considérations essentielles nécessitant de procéder à un nouvel appel d'offres dont notamment à l'égard des éléments suivants :
- la nature du service : la centrale selon le contrat initial devait offrir un approvisionnement en base de 507 MW d'électricité et offrirait maintenant un nouveau service de puissance d'un maximum de 570 MW avec une contrepartie différente;
 - la durée de l'entente est prolongée de 10 ans au-delà du terme initial;
 - le Distributeur serait responsable de l'approvisionnement en gaz naturel de la centrale et le MOU est indissociable de l'entente de principe intervenue entre HQD et Gaz Métro avec des conditions spécifiques dont certaines pénalités;

- une modification potentielle de la contrepartie de HQD à HQP au-delà de 2026 pour une période de 10 ans;
- différentes modifications de la centrale dont l'ajout d'un réservoir de GNL.

38. Il est à noter que dans les décisions passées de la Régie approuvant des modifications de contrat issus d'appels d'offres, les principes de l'arrêt *Adricon* n'avaient pas été plaidé.

39. Vu ces modifications substantielles, l'article 74.1 de la Loi et les principes de droit commun applicables, la Régie a erré en déterminant que l'utilisation de la centrale de TCE en période de pointe ne nécessitait pas de procéder à un nouvel appel d'offres, surtout que le produit de puissance est un approvisionnement distinct qui pourrait être obtenu sur les marchés.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.