

3.2.4 CONCLUSIONS ERRONÉES EN FAIT ET EN DROIT

3.2.4.1 Position d'EBMI

Selon EBMI, la première formation a commis un certain nombre d'erreurs de fait et de droit lors de l'étude de la Demande initiale.

Le droit de substitution

La première erreur porterait sur le fait que la première formation ait approuvé les modifications aux droits de substitution prévus à la section 7.5 du Contrat d'approvisionnement. Ces modifications sont décrites aux articles 27 à 29 du Protocole et 28 à 31 de l'Entente finale.

Selon EBMI, cela irait à l'encontre des principes d'équité en matière d'appel d'offres vu que les modifications portent sur un élément essentiel du Contrat d'approvisionnement qui aurait nécessité la conclusion d'une nouvelle entente par voie d'appel d'offres⁸³.

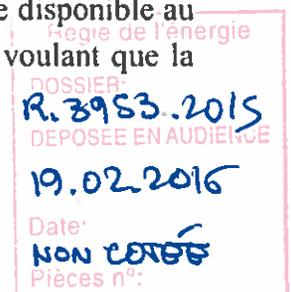
EBMI soumet que la Régie était tenue, en vertu de son rôle de surveillance des activités du Distributeur en matière d'appel d'offres, de faire respecter le principe d'égalité de traitement à l'égard des soumissionnaires qui n'auraient pas eu l'occasion de présenter une offre à des conditions substantiellement différentes de celles de l'appel d'offres initial ayant mené au Contrat d'approvisionnement.

La première formation aurait eu tort de minimiser l'importance de la concession faite à TCE par les amendements au Contrat d'approvisionnement au chapitre des droits de substitution.

La revente de la puissance

La première formation aurait également fait erreur dans son évaluation du scénario de la revente, en omettant de tenir compte de la valeur de la revente de la puissance disponible au Contrat d'approvisionnement et en acceptant les prétentions du Distributeur voulant que la

⁸³ Requête d'EBMI, par. 66 à 77.



revente de la puissance aille à l'encontre de l'esprit de l'Entente Cadre intervenue entre le Distributeur et Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (HQP)⁸⁴.

Les appels d'offres de 2007

La première formation aurait également fait erreur en acceptant l'analyse des risques associés à la revente sur la base de l'expérience des appels d'offres en 2007. En 2007, selon EBMI, certains incidents reliés à un comportement présumé abusif d'une filiale de HQP et une baisse inattendue des prix offerts ont faussé l'analyse de ces résultats. La première formation aurait, à cet égard, commis une erreur déterminante dans son appréciation de ce qu'est une gestion prudente axée sur l'optimisation du portefeuille d'approvisionnement du Distributeur⁸⁵.

Analyse comparative des scénarios de suspension et de revente

Une autre erreur de la première formation, selon EBMI, consisterait à avoir considéré les deux scénarios comme comparables en termes de résultats. Le coût du scénario de suspension aurait dû être ajusté pour tenir compte du coût direct d'achat d'électricité durant une période de quatre mois en 2008. Cela aurait dû favoriser le scénario de revente. De plus, le scénario de revente du Distributeur aurait dû être écarté par la première formation et elle aurait dû demander au Distributeur de refaire ses calculs sur la base du coût moyen d'approvisionnement en électricité⁸⁶.

3.2.4.2 Position de S.É./AQLPA

Ce participant aborde la question des erreurs de fait et de droit sous l'angle de la juridiction qu'avait la première formation qui n'était pas de réécrire le Protocole ou l'Entente finale mais de l'approuver ou de le rejeter⁸⁷.

⁸⁴ Idem, par. 78 à 85.

⁸⁵ Requête d'EBMI, par. 86 à 91.

⁸⁶ Idem, par. 92 à 104.

⁸⁷ NS, volume 3, pages 176 à 183.

Selon S.É./AQLPA, la Régie a apprécié la preuve de faits qui lui était soumise. Elle avait très peu de temps pour le faire, mais il s'agissait de l'approbation d'un contrat d'un an. Le participant réfère au fondement de la Décision qui n'est pas tellement basé sur des calculs précis ou des études fines des deux scénarios, mais plutôt sur le rôle du Distributeur et sur l'évaluation des risques. À cet égard, S.É./AQLPA souligne que la fonction première du Distributeur est de vendre de l'électricité aux Québécois. Elle n'est pas de planifier des achats de surplus, mais d'éviter des surplus et de ne pas chercher à se transformer en spéculateur sur les marchés étrangers⁸⁸.

La première formation s'est donc basée sur le rôle du Distributeur, sur les risques reliés au fait d'opter pour la revente et sur le fait qu'une large part des consommateurs était en faveur du scénario de suspension du Contrat d'approvisionnement.

En révision, la Régie doit se demander, compte tenu de ce qui précède, si la Décision est entachée d'un vice sérieux ou fondamental dans le fait d'avoir approuvé, en décembre 2007, le Protocole plutôt que de l'avoir rejeté. À cela, S.É./AQLPA répond que si la Régie révisait ou révoquait la Décision, cela placerait les parties dans une situation qui n'est pas comparable à ce qui existait en novembre 2007 et que de nouveaux calculs devraient être présentés. Pour l'ensemble de ces raisons, S.É./AQLPA invite la Régie à rejeter la demande en révocation et révision d'EBMI.

3.2.4.3 Position du Distributeur

Le Distributeur plaide que la première formation a correctement interprété et appliqué aux faits en preuve les dispositions législatives et réglementaires en cause. La Décision repose sur la preuve de nature technico-économique au dossier. Les insatisfactions d'EBMI ne constituent pas des vices de fond au sens de l'article 37 de la Loi.

La première formation a considéré les faits et les démonstrations mis en preuve par le Distributeur ainsi que les arguments soumis par les participants à l'audience, dont EBMI. Le fait que la première formation, en évaluant la force probante de la preuve et des arguments, ait choisi de ne pas retenir les arguments ou les conclusions d'EBMI dans la Décision ne

⁸⁸ Idem, page 180.

constitue pas un vice de fond selon l'article 37 de la Loi. Selon le Distributeur, EBMI tente d'introduire un appel déguisé de la Décision.

De plus, le Distributeur soumet que suivant l'article 18 de la Loi, la première formation n'avait pas l'obligation de se prononcer sur tous les arguments de fait ou de droit soumis par les participants⁸⁹.

Sur les allégués d'EBMI voulant que les changements au Contrat d'approvisionnement aillent à l'encontre des principes d'équité en matière d'appel d'offres, le Distributeur soumet qu'ils ne reposent sur aucune assise factuelle ou juridique valable. À cet égard, le Distributeur réfère la Régie à deux arrêts des tribunaux : *Double N Earthmovers Ltd c. Edmonton*⁹⁰ et *Roussillon c. Construction Franck Catania & Associés inc.*⁹¹.

Dans *Double N*⁹², les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont dit qu'un soumissionnaire non retenu ne peut intervenir au contrat B — dans notre cas, le Contrat d'approvisionnement et le Protocole —, i.e. au contrat adjudgé au soumissionnaire retenu à la suite de l'appel d'offres, pour se plaindre que les conditions du contrat B ont été changées et que les parties à ce contrat ne respectent pas les conditions de l'appel d'offres.

En conséquence, le Distributeur soumet que, à la suite de la procédure d'appel d'offres ayant mené au Contrat d'approvisionnement entre le Distributeur et TCE, les soumissions étaient terminées, mais le Contrat d'approvisionnement n'était pas immuable. Ainsi, la première formation pouvait, après avoir pris en considération la conjoncture, permettre les modifications reprises au Contrat d'approvisionnement⁹³.

Plus spécifiquement sur (i) les modifications introduites par le Protocole au niveau du droit de substitution prévu au Contrat d'approvisionnement, (ii) la question de la revente de puissance prévue au Contrat d'approvisionnement et (iii) l'analyse comparative des scénarios de suspension ou de revente, le Distributeur soumet que tous ces éléments ont été plaidés devant la première formation par EBMI dans ses observations écrites et commentés

⁸⁹ Plan d'argumentation sommaire du Distributeur, pages 3 et 4.

⁹⁰ 2007 CSC 3.

⁹¹ 2007 QCCS 3607.

⁹² Voir les paragraphes 68 à 74 de la décision.

⁹³ NS, volume 4, pages 36 et 37.

en réplique par le Distributeur. À cet égard, la demande en révocation et révision d'EBMI est un appel déguisé⁹⁴.

Sur les allégués d'erreurs au niveau de l'analyse comparative des scénarios de suspension et de revente, particulièrement en ce qui concerne le fait que la première formation n'aurait pas pris en compte le coût moyen des approvisionnements, le Distributeur soutient que cela ne rencontre pas les critères de recevabilité d'une demande en révision selon l'article 37 (1) de la Loi⁹⁵. Il ne s'agit pas d'un fait nouveau, mais d'un nouvel argument introduit par le procureur d'EBMI et qui n'a pas été présenté à la première formation. On ne peut reprocher au décideur initial de ne pas avoir tenu compte d'un argument qui ne lui a pas été présenté. Il ne s'agit donc pas d'un motif de révision recevable⁹⁶. Le Distributeur cite un auteur et un arrêt de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles à l'appui de ses prétentions⁹⁷.

3.2.4.4 Opinion de la Régie

Les motifs de la première formation pour retenir le scénario de suspension plutôt que celui de la revente sont exprimés à la page 17 de la Décision; il importe de les citer :

« Bien que la Régie reconnaisse la difficulté d'apprécier correctement les risques inhérents à chacune des options, il apparaît évident que l'option de la revente est la plus risquée, puisque les revenus anticipés dépendent de plusieurs facteurs, notamment des ralentissements significatifs des niveaux de production des grandes entreprises dans plusieurs secteurs, de la fermeture d'autres entreprises si la situation économique se détériore, de la valeur du dollar canadien, des aléas climatiques et de la capacité disponible sur les interconnexions.

De plus, il est démontré qu'un trop grand volume offert sur le marché aurait un impact à la baisse sur les prix.

⁹⁴ Idem, pages 79 à 90.

⁹⁵ Plan sommaire d'argumentation du Distributeur, page 4.

⁹⁶ NS, volume 4, pages 91 et 92.

⁹⁷ M^r Jean-Pierre VILLAGI, CAJ, *École du Barreau, Droit public et administratif*, collection de droit 2007-2008, vol., 7, Cowansville, Yvon Blais, 2007, pages 135 (sur l'irrecevabilité de nouveaux arguments de droit en révision), 136 et 137 (sur ce qui n'est pas un fait nouveau en révision). *Forage Dominik (1981) Inc. c. Haché et CSST*, 1994 C.A.L.P., à la page 871 (sur l'argument non soumis au premier décideur).

À cet égard, le fait que le Producteur ait informé le Distributeur qu'il n'avait pas l'intention de répondre à ses appels d'offres est inquiétant, puisque cela suppose qu'il sera très actif sur les marchés d'exportation.

Il faut reconnaître également que le Distributeur ne dispose pas des mêmes outils que le Producteur pour intervenir de manière rentable sur les marchés. Avec l'option de suspension du contrat, les coûts sont connus et les risques bien identifiés.

Par ailleurs, le fait que deux participants, représentant une large partie des consommateurs, favorisent l'option de la suspension du contrat de TCE et compte tenu des risques déjà discutés, il apparaît à la Régie que de contraindre le Distributeur à prendre livraison à grands frais d'électricité dont il n'a pas besoin pour tenter de la revendre à profit dans un marché compétitif, serait imprudent. »

Les motifs de la première formation tiennent donc à son appréciation du risque comparé de deux scénarios : la revente de surplus d'électricité en 2008 vs la suspension temporaire du contrat avec TCE. Comme l'indique l'extrait cité plus haut de la Décision, la première formation a considéré plus risqué de spéculer sur les expectatives incertaines de gains résultant de la revente de surplus d'électricité en 2008 que d'accepter les coûts connus découlant de la suspension temporaire du contrat avec TCE.

Un des critères de révision reconnus par la Cour d'appel du Québec⁹⁸ consiste à voir si le décideur a tiré une conclusion insoutenable (i.e., inadmissible, indéfendable, injustifiable⁹⁹) à partir des faits ou du droit. Il n'y a rien d'insoutenable dans la décision de la première formation du fait d'avoir préféré une situation connue (coût de la suspension du Contrat d'approvisionnement) à une situation inconnue (bénéfices de revente en 2008).

Tenant compte de cela, les arguments soumis par EBMI et portant sur les allégations d'erreurs dans l'appréciation de la preuve par la première formation ne tiennent pas. Comme l'a plaidé le Distributeur, ces arguments ont déjà été soumis à la première formation et pris en compte par cette dernière. Ce n'est pas parce que la première formation n'a pas retenu les arguments ou observations d'EBMI que cela constitue un motif de révision ou de révocation au sens de la Loi.

⁹⁸ *Tribunal Administratif du Québec c. Godin*, (C.A.), 500-09-009744-004, 18 août 2003, (j. Fish, Rousseau-Houle et Chamberland).

⁹⁹ Le Petit Robert cédérom.

De plus, considérant les raisons qui ont motivé la première formation à retenir le scénario de suspension, les allégations d'erreurs, si erreurs il y a, ne portent pas sur des éléments déterminants ou fatals à la Décision qui est plutôt basée sur une appréciation plus générale et subjective des faits, i.e. sur une appréciation des risques présentés.

Quant à l'argument voulant que l'approbation du Protocole soit illégale parce que constituant une modification substantielle à un contrat ayant fait l'objet d'un appel d'offres, la présente formation souscrit aux arguments du Distributeur à cet égard. Le processus d'appel d'offres ayant mené au Contrat d'approvisionnement était terminé. Les soumissionnaires non retenus ne sont pas impliqués au niveau du Contrat d'approvisionnement et des amendements introduits par le Protocole et l'Entente finale. Si, suivant la jurisprudence citée plus haut, les soumissionnaires non retenus n'auraient pas d'intérêt pour contester le Protocole et l'Entente finale, EBMI, en soumettant des arguments à cet égard, plaide non seulement pour autrui, mais pour des parties qui n'ont pas d'intérêt au départ.

Finalement, il incombait à la première formation, dans le cadre du processus particulier prévu à la Loi pour l'approbation du Contrat d'approvisionnement issu d'un appel d'offres, d'approuver les amendements introduits par le Protocole et l'Entente finale. C'est ce qu'a fait la première formation en tenant compte de l'ensemble du contexte ayant mené à la nécessité de suspendre l'application du Contrat d'approvisionnement avec TCE.

La Régie rejette les arguments d'EBMI sur les allégations d'erreurs en fait et en droit dans l'appréciation de la preuve par la première formation.

3.2.5 FAITS NOUVEAUX

3.2.5.1 Position d'EBMI

EBMI soumet que depuis les représentations qu'elle a faites à la première formation dans le cadre de la Demande initiale et depuis la Décision, le processus d'appel d'offres alors en cours et portant sur le droit au transport ferme à partir de l'interconnexion du côté américain de PHI/PHI1 a été complété, avec comme résultat que des intermédiaires de marché autres que HQP se sont vus octroyer des garanties de transport ferme vers la Nouvelle-Angleterre

