

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20190102

Dossier : A-220-17

Référence : 2019 CAF 1

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE WEBB
LE JUGE BOIVIN
LA JUGE WOODS**

ENTRE :

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

demandeur

et

VALCOM CONSULTING GROUP INC.

défenderesse

Audience tenue à Ottawa (Ontario) le 23 janvier 2018.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario) le 2 janvier 2019.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LA JUGE WOODS

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE WEBB
LE JUGE BOIVIN**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20190102

Dossier : A-220-17

Référence : 2019 CAF 1

**CORAM : LE JUGE WEBB
LE JUGE BOIVIN
LA JUGE WOODS**

ENTRE :

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

demandeur

et

VALCOM CONSULTING GROUP INC.

défenderesse

MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE WOODS

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada relativement à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) datée du 14 juin 2017 et portant le numéro de dossier PR-2016-056. La défenderesse, Valcom Consulting Group Inc. (Valcom), n'a pas pris part à l'instance.

[2] La décision du Tribunal concernait une plainte déposée par Valcom en vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.) (la Loi). L'article 30.11 permet à tout fournisseur potentiel de déposer une plainte « concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique ».

[3] Le Tribunal (le membre Penner) a conclu qu'il avait le pouvoir d'enquêter sur la plainte et que la plainte de Valcom était valide. Le Tribunal a aussi émis des recommandations quant aux mesures correctives appropriées.

[4] Dans la présente instance en contrôle judiciaire, le procureur général soutient que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il avait compétence pour enquêter puisque la plainte ne concernait pas une procédure des marchés publics, comme l'exige l'article 30.11 de la Loi. Le procureur général soutient également que le Tribunal a commis une erreur dans sa recommandation des mesures correctives.

[5] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter la demande.

I. Contexte

[6] En 2016, Valcom a présenté une soumission en réponse à une demande de propositions du ministère de la Défense nationale (MDN) pour les services d'un technicien principal. Le contrat devait être attribué pour une durée de trois ans, assorti d'une option de prolongation d'un

maximum de deux ans. Le MDN a reçu plusieurs soumissions et a déterminé que la soumission de Valcom était la seule qui respectait les conditions de l'appel d'offres. Le contrat a ainsi été attribué à Valcom le 14 décembre 2016.

[7] Par la suite, le MDN a reçu une plainte de deux autres soumissionnaires qui avaient présenté des soumissions d'une valeur inférieure à celle de Valcom. Le MDN a ensuite procédé à un réexamen de ces soumissions.

[8] Le 23 janvier 2017, le MDN a informé Valcom que diverses préoccupations avaient été soulevées concernant le processus d'appel d'offres. Il a ordonné à Valcom d'interrompre immédiatement ses travaux et a résilié son contrat pour des raisons de commodité en donnant un préavis de 30 jours, conformément aux modalités du contrat. Le MDN a affirmé que la résiliation visait à [TRADUCTION] « préserver l'intégrité de la procédure des marchés publics » et a donné avis qu'il avait l'intention de lancer un nouvel appel d'offres (dossier de la demande, p. 58, 179).

[9] Le 3 février 2017, Valcom a déposé une plainte auprès du Tribunal concernant l'attribution du contrat et sa résiliation subséquente pour des raisons de commodité. Le Tribunal a donc mené une enquête sur la plainte.

[10] Le 3 mars 2017, le MDN a présenté une requête en vertu de l'article 24 des *Règles du tribunal canadien du commerce extérieur* (DORS/91-499) en vue d'obtenir une ordonnance portant que [TRADUCTION] « le Tribunal cesse son enquête » sur la plainte au motif qu'elle ne portait pas sur un marché public et qu'elle devait donc être rejetée en vertu de l'alinéa 10b) du

Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics (DORS/93-602) pour absence de compétence (dossier de demande, p. 166-168). La requête a été rejetée le 20 mars 2017, les motifs devant être publiés plus tard.

[11] Le 10 mars 2017, le MDN a lancé un nouveau processus d'appel d'offres pour les services. Valcom a participé à ce processus, mais le nouveau contrat a été attribué à un autre soumissionnaire le 2 mai 2017.

[12] Le 14 juin 2017, le Tribunal a publié les motifs de sa décision sur la requête et sur la plainte au fond. Le Tribunal a déterminé qu'il avait le pouvoir d'examiner la plainte en vertu de l'article 30.11 de la Loi parce que la plainte concernait la procédure des marchés publics. Quant à la plainte au fond, le Tribunal a conclu qu'elle était valide parce que le MDN avait violé plusieurs articles des accords commerciaux applicables relatifs au processus des marchés publics.

[13] Le Tribunal a également recommandé des mesures correctives pour dédommager Valcom, notamment l'attribution du contrat à Valcom et l'annulation du nouveau processus d'appel d'offres.

II. Questions en litige

[14] Deux questions en litige doivent être tranchées en l'espèce :

- (a) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu'il avait le pouvoir d'enquêter sur cette affaire?

- (b) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en recommandant des mesures correctives qui impliquent nécessairement l'annulation de contrats de tiers qui ont été conclus dans le cadre d'un processus d'appel d'offres distinct?

III. Analyse

A. *Le Tribunal a-t-il commis une erreur en exerçant sa compétence?*

[15] La première question est de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il avait le pouvoir d'enquêter sur la plainte. Une question préliminaire concerne la norme de contrôle.

[16] Le procureur général est d'avis que la norme de contrôle de la décision correcte devrait s'appliquer parce que la question porte sur un aspect juridique d'une grande importance que le Tribunal n'est pas mieux placé que notre Cour pour trancher. Bien qu'il s'agisse d'un motif reconnu pour un contrôle selon la norme de la décision correcte, ce motif ne s'applique pas en l'espèce.

[17] La Cour suprême du Canada a récemment donné des directives concernant ce motif de contrôle selon la norme de la décision correcte et a déclaré qu'il ne devrait pas être appliqué de façon libérale. Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, la Cour a énoncé ce qui suit :

[42] La Commission soutient que les décisions du Tribunal soulèvent une question d'une importance capitale à l'égard de laquelle celui-ci ne possède pas l'expertise voulue, puisque d'autres tribunaux fédéraux habilités à trancher des questions générales de droit ont une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation de la portée de l'art. 5 de la *LCDP*. L'arrêt *Dunsmuir* a établi que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait s'appliquer aux questions de droit qui, à la fois, présentent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, *et* sont étrangères au domaine d'expertise du décideur (par. 55 et 60). Depuis *Dunsmuir*, notre Cour a appliqué cette catégorie commandant l'utilisation de la norme de la décision correcte à seulement deux reprises — d'abord dans l'arrêt *Saguenay*, par. 49-51, et ensuite dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, par. 21-22 et 26. En fait, la Cour a maintes fois rejeté une application libérale de cette catégorie (voir, p. ex., *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 38; *Whatcott*, par. 168; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, par. 44; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 34; *Alberta Teachers*, par. 32; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, par. 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60 et 62; *McLean*, par. 28).

[43] Ici, le Tribunal possède une vaste expertise pour ce qui est de déterminer ce qui constitue un acte discriminatoire. Le fait que d'autres tribunaux fédéraux soient habilités à appliquer la *LCDP* ne dépouille nullement le Tribunal de son expertise relativement à sa loi constitutive. Indépendamment du fait qu'elles aient ou non atteint l'importance requise, les questions soumises au Tribunal relevaient clairement de son expertise. Par conséquent, en l'espèce, cette catégorie de questions ne trouve pas application.

[18] À mon avis, la décision du Tribunal selon laquelle il avait le pouvoir d'examiner la plainte ne justifie pas qu'intervienne le motif exceptionnel justifiant l'application de la norme de

la décision correcte, que ce soit du point de vue de l'importance ou du point de vue de la capacité du Tribunal de répondre à la question.

[19] Le procureur général fait valoir que la question en litige soulève une importante question de droit isolable, celle de savoir [TRADUCTION] « si un contrat peut être attribué de façon préliminaire, de sorte que le Tribunal conserve sa compétence après la fin d'une procédure des marchés publics » (mémoire, au paragraphe 22).

[20] En tout respect, cet argument caractérise mal la question en litige. La question à trancher n'est pas de savoir si le Tribunal peut conserver sa compétence après la fin d'une procédure des marchés publics, mais si cette plainte particulière se rapporte à une procédure des marchés publics. Il s'agit là d'une question mixte de fait et de droit qui comporte une composante factuelle importante. La question en litige ne soulève pas une question de droit importante, et elle fait partie du domaine d'expertise principal du Tribunal. La norme présumée, soit celle de la décision raisonnable, devrait s'appliquer.

[21] Quant à la plainte au fond, le procureur général soutient qu'elle dépasse la portée du paragraphe 30.11(1) de la Loi parce qu'elle ne se rapporte pas à la procédure des marchés publics. Il soutient que la procédure a pris fin lorsque le contrat a été attribué à Valcom. La procédure subséquente par laquelle le contrat a été résilié était, selon le procureur général, une question d'administration du contrat sur laquelle le Tribunal n'a pas compétence.

[22] Le paragraphe 30.11(1) de la Loi prévoit ce qui suit :

Dépôt des plaintes

30.11 (1) Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d'enquêter sur cette plainte.

Filing of complaint

30.11 (1) Subject to the regulations, a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint.

[23] Dans ses motifs, le Tribunal a examiné les accords commerciaux pertinents et a conclu que ceux-ci prévoient que la procédure des marchés publics « débutera au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuivra jusqu'à l'adjudication du marché » (motifs, au paragraphe 30, citant l'article 514(2)a) de l'*Accord sur le commerce intérieur* et l'alinéa 1017(1)a) de l'*Accord de libre-échange nord-américain*). Le Tribunal a donc convenu que les questions d'administration des contrats n'étaient pas de son ressort (motifs, au paragraphe 32).

[24] Cependant, le Tribunal a finalement conclu que la plainte était visée par l'article 30.11 de la Loi parce que la plainte de Valcom concernait un aspect de la procédure des marchés publics. À cet égard, il a déterminé que la procédure des marchés publics s'est poursuivie dans ce cas lorsque le MDN a réexaminé certaines des soumissions après la conclusion du contrat avec Valcom (motifs au paragraphe 33). Le Tribunal a statué ce qui suit :

35. Étant donné que la plainte vise des aspects du processus de passation des marchés, le simple fait que ce processus semble s'être prolongé au-delà de l'attribution initiale du contrat ne prive pas le Tribunal de sa compétence. Les renseignements dont dispose le Tribunal concernant les « diverses préoccupations [qui] ont été soulevées concernant [la DP] » indiquent que le MDN a engagé de nouveau le processus de passation du marché après l'attribution du contrat à

Valcom et que cela faisait partie intégrante de la procédure suivie relativement au contrat spécifique. En fait, du propre aveu du MDN, ce dernier a résilié le contrat de Valcom et lancé un nouvel appel d'offres en raison de ces préoccupations concernant le processus de passation du marché. Dans de telles circonstances, le fait que le processus de passation du marché se poursuive au-delà de l'attribution initiale d'un contrat ne permet pas au MDN d'éviter les dispositions des accords commerciaux.

[Note de bas de page omise]

[25] Le procureur général soutient que cette décision est incompatible avec les décisions antérieures du Tribunal, à savoir qu'il n'a pas compétence sur l'administration des contrats. Toutefois, la décision du Tribunal n'est pas incompatible avec ces pouvoirs. Le Tribunal reconnaît d'ailleurs qu'il n'a pas compétence sur l'administration des contrats.

[26] Le procureur général renvoie en particulier à la conclusion du Tribunal dans la décision *Reicore Technologies Inc. c. Le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, dossier n° PR-2009-047. Cette thèse méconnaît la conclusion tirée dans la décision *Reicore*, qui se fondait essentiellement sur les faits. Plus particulièrement, le Tribunal a fait remarquer dans l'affaire *Reicore* que la plainte ne portait pas sur un « processus d'évaluation » et qu'elle n'indiquait pas pourquoi l'attribution contrevenait aux dispositions relatives aux marchés publics des accords commerciaux pertinents (*Reicore*, au paragraphe 8). En revanche, la plainte de Valcom porte directement sur le processus d'évaluation et la violation des accords commerciaux.

[27] À mon avis, le Tribunal a raisonnablement conclu que la question soulevée dans la plainte concerne une procédure des marchés publics sur laquelle il a le pouvoir de faire enquête en vertu de l'article 30.11 de la Loi. Les motifs du Tribunal, ainsi que sa conclusion, sont raisonnables.

B. *Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans sa recommandation des mesures correctives?*

[28] Le Tribunal a également examiné les mesures correctives pertinentes et a recommandé que Valcom soit effectivement placée dans la même position que si son contrat n'avait pas été résilié. Il a été recommandé d'attribuer le contrat à Valcom et de mettre fin au nouveau processus d'appel d'offres.

[29] Le procureur général soutient que ces recommandations ont nécessairement une incidence sur le contrat qui a été attribué après que le MDN a lancé le nouvel appel d'offres. Selon le procureur général, le Tribunal n'a pas le pouvoir de recommander une telle mesure corrective en vertu de la Loi. Les mesures correctives ne peuvent porter que sur le contrat spécifique qui a été attribué à Valcom, laisse-t-on entendre. Les mesures correctives toucheraient autrement des tiers innocents.

[30] Je ne suis pas d'accord. Premièrement, l'enquête du Tribunal porte sur la procédure des marchés publics; c'est ce qui ressort clairement du libellé du paragraphe 30.11(1) de la Loi, qui prévoit qu'une plainte peut être déposée « concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique ». Il en découle que les mesures correctives devraient tenir compte du préjudice causé par une procédure des marchés publics viciée, ce que font les recommandations du Tribunal.

[31] Deuxièmement, la loi prévoit explicitement un très large éventail de mesures correctives. Le paragraphe 30.15(2) de la Loi prévoit ce qui suit :

Mesures correctives	Remedies
30.15(2) Sous réserve des règlements, le Tribunal peut, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, recommander que soient prises des mesures correctives, notamment les suivantes :	30.15(2) Subject to the regulations, where the Tribunal determines that a complaint is valid, it may recommend such remedy as it considers appropriate, including any one or more of the following remedies:
<i>a</i>) un nouvel appel d'offres;	<i>(a)</i> that a new solicitation for the designated contract be issued;
<i>b</i>) la réévaluation des soumissions présentées;	<i>(b)</i> that the bids be re-evaluated;
<i>c</i>) la résiliation du contrat spécifique;	<i>(c)</i> that the designated contract be terminated;
<i>d</i>) l'attribution du contrat spécifique au plaignant;	<i>(d)</i> that the designated contract be awarded to the complainant; or
<i>e</i>) le versement d'une indemnité, dont il précise le montant, au plaignant.	<i>(e)</i> that the complainant be compensated by an amount specified by the Tribunal.

[32] Le législateur n'avait pas l'intention de limiter les mesures correctives, comme l'a laissé entendre le procureur général. C'est ce qui ressort clairement du mot « notamment » au paragraphe 30.15(2) ci-dessus. De plus, les mesures correctives explicites prévues aux alinéas a) à e) sont très vastes et pourraient toucher des tiers.

[33] Le procureur général soutient que [TRADUCTION] « le législateur avait l'intention de créer un processus décisionnel qui viserait un marché donné et non l'inventaire complet des marchés que le gouvernement du Canada a conclus » (mémoire, au paragraphe 50). Je suis d'accord, mais en l'espèce, il est raisonnable de considérer le premier contrat et le nouveau contrat comme faisant partie d'un « marché donné ». De l'aveu même du MDN, la deuxième demande de propositions a eu lieu en raison des lacunes dans la première, mais les deux demandes

concernaient essentiellement le même service. Je ne considère pas que la décision du Tribunal ouvre la porte à des mesures correctives touchant des marchés publics conclus par le gouvernement qui n'ont aucun lien entre eux.

[34] Enfin, le procureur général fait valoir que, comme Valcom n'a pas déposé de plainte au sujet du rejet de sa soumission lors de la deuxième demande de propositions, [TRADUCTION] « la décision a été acceptée par tous » (mémoire, au paragraphe 45). Cet argument est mal fondé. Lorsque le MDN a lancé un nouvel appel d'offres le 10 mars 2017, Valcom avait déjà déposé sa plainte le 3 février 2017. De plus, Valcom « demand[ait] que le contrat lui soit restitué » (motifs, au paragraphe 98). Même si Valcom aurait pu contester séparément la deuxième demande de propositions, son défaut de le faire ne signifie pas qu'elle a accepté le résultat, mais plutôt que la deuxième demande de propositions n'aurait jamais dû faire l'objet d'un appel d'offres.

[35] En fin de compte, à la lumière de la norme de la décision raisonnable, les mesures correctives recommandées par le Tribunal appartenaient à l'éventail des issues raisonnables dont il disposait dans les circonstances.

[36] Quoi qu'il en soit, la thèse du procureur général est viciée sur le plan de la procédure parce que la question a été soulevée pour la première fois dans le cadre du présent contrôle judiciaire. Le MDN n'a pas abordé la question des mesures correctives dans ses observations au Tribunal, et il n'a pas fourni au Tribunal la preuve qu'un nouveau contrat avait été attribué le 2 mai 2017. Il n'est pas opportun pour le procureur général de soulever cette question pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire (*Alberta (Information and Privacy*

Commissioner) c. Alberta Teachers' Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, aux paragraphes 21 à 26).

IV. Conclusion

[37] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter la présente demande de contrôle judiciaire. Comme la défenderesse n'a pas participé à l'instance, je n'ordonnerai pas de dépens.

« Judith M. Woods »

j.c.a.

« Je suis d'accord
Wyman W. Webb, j.c.a. »

« Je suis d'accord
Richard Boivin, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Marie-Luc Simoneau, jurilinguiste

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-220-17

**DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL
CANADIEN DU COMMERCE EXTÉRIEUR DATÉE DU 14 JUIN 2017, DOSSIER
N^o PR-2016-056**

INTITULÉ : PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA c. VALCOM
CONSULTING GROUP INC.

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 23 JANVIER 2018

MOTIFS DU JUGEMENT : LA JUGE WOODS

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE WEBB
LE JUGE BOIVIN

DATE DES MOTIFS : LE 2 JANVIER 2019

COMPARUTIONS :

Alexander Gay
Helene Robertson

POUR LE DEMANDEUR

AVOCAT INSCRIT AU DOSSIER :

Nathalie G. Drouin
Sous-procureure générale du Canada

POUR LE DEMANDEUR