



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE ET MOTIFS

Dossier n° PR-2014-025

3202488 Canada Inc. s/n Kinetic
Solutions

c.

Ministère des Travaux publics et
des Services gouvernementaux

*Ordonnance et motifs rendus
le jeudi 25 juin 2015*

TABLE DES MATIÈRES

ORDONNANCE i

EXPOSÉ DES MOTIFS 1

 INTRODUCTION 1

 COMPENSATION POUR PERTE DE PROFITS..... 2

 FRAIS 4

 CONCLUSION 4

APPENDICE CONFIDENTIEL 5

EU ÉGARD À une plainte déposée par 3202488 Canada Inc. s/n Kinetic Solutions aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.);

ET À LA SUITE DE la compensation accordée par le Tribunal canadien du commerce extérieur;

ET À LA SUITE DE la détermination provisoire du Tribunal canadien du commerce extérieur en ce qui a trait au degré de complexité de la plainte et au montant de l'indemnité.

ENTRE

3202488 CANADA INC. S/N KINETIC SOLUTIONS

Partie plaignante

ET

**LE MINISTÈRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES
GOUVERNEMENTAUX**

Institution fédérale

ORDONNANCE

Dans sa décision du 25 novembre 2014, le Tribunal canadien du commerce extérieur, aux termes de l'article 30.15 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, avait déterminé que 3202488 Canada Inc. s/n Kinetic Solutions devait recevoir une compensation raisonnable pour perte de profits. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* et de la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, le Tribunal canadien du commerce extérieur avait accordé à 3202488 Canada Inc. s/n Kinetic Solutions le remboursement des frais raisonnables pour la préparation de sa soumission et le dépôt de sa plainte.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande par la présente que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux verse à 3202488 Canada Inc. s/n Kinetic Solutions une compensation de 51 226,02 \$, montant qui représente les profits que celle-ci a perdus, le contrat ne lui ayant pas été adjugé.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur avait déterminé provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspondait au degré 1 et que le montant de l'indemnité était de 1 150 \$. Après avoir examiné les observations des parties à cet égard, le Tribunal canadien du commerce extérieur considère qu'il est approprié de modifier sa détermination provisoire du degré de complexité de la plainte et détermine par la présente qu'elle correspond au degré 2. Par conséquent, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde une indemnité de 2 750 \$ à 3202488 Canada Inc. s/n Kinetic Solutions.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur ordonne au ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement de la compensation et de l'indemnité soit effectué dans les meilleurs délais.

Jason W. Downey
Jason W. Downey
Membre président

EXPOSÉ DES MOTIFS

INTRODUCTION

1. Dans sa décision du 25 novembre 2014, le Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) a déterminé, aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ que la plainte déposée par 3202488 Canada Inc. s/n Kinetic Solutions (Kinetic) était fondée. La plainte portait sur une demande de propositions (invitation n° W010X-14A002) publiée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), au nom du ministère de la Défense nationale, pour l'acquisition de tapis de jogging et leur installation dans des bases navales et à bord de navires.

2. Comme mesure corrective, le Tribunal avait recommandé, aux termes des paragraphes 30.15(2) et (3) de la *Loi sur le TCCE*, que TPSGC verse une compensation à Kinetic pour perte de profits.

3. Il revient donc au Tribunal de déterminer le montant de la compensation. Les parties ont eu l'occasion de soumettre des observations sur le montant de la compensation. Les parties s'entendent en général sur la méthode utilisée pour calculer le montant des profits, sauf en ce qui concerne la déduction des coûts fixes.

4. Kinetic a déposé une lettre le 18 décembre 2014, dans laquelle elle donnait une estimation préliminaire du montant de la compensation pour perte de profits.

5. TPSGC a déposé ses observations en réponse le 6 février 2015, dans lesquelles il soutenait que les coûts fixes liés au contrat devaient être déduits des profits, y compris les coûts pour la préparation de la soumission. TPSGC n'a ni suggéré de montant à déduire ni de méthode pour y arriver.

6. Kinetic a déposé des observations additionnelles non confidentielles le 11 février 2015, dans lesquelles les coûts de livraison et d'installation étaient donnés séparément de ses revenus pour les biens en question.

7. Le Tribunal a écrit à Kinetic le 26 mai 2015 pour lui demander de bien vouloir lui fournir les renseignements suivants :

Le pourcentage que représente le total des coûts fixes (y compris, sans s'y limiter, la main-d'œuvre indirecte, les frais de commercialisation et les frais généraux) par rapport au total des revenus pour chacune des années civiles 2013 et 2014. Veuillez expliquer vos calculs au besoin, particulièrement en ce qui concerne les pièces justificatives (voir ci-dessous), les coûts et les revenus indiqués et la méthode utilisée [...].

[Traduction]

8. Kinetic a déposé des observations non confidentielles en réponse à la lettre du Tribunal du 29 mai 2015, dans lesquelles elle affirmait que ces renseignements additionnels n'étaient pas pertinents étant donné que « [l]es coûts liés à d'autres aspects de notre entreprise n'ont aucune incidence sur les revenus tirés de cette transaction-ci en particulier » [traduction]. Elle n'a pas fourni les renseignements demandés par le Tribunal.

1. L.R.C. (1985), ch. 47 (4^e suppl.) [*Loi sur le TCCE*].

COMPENSATION POUR PERTE DE PROFITS

9. La *Loi sur le TCCE* et le *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*² donnent peu ou pas d'indications sur la façon de calculer une compensation³.

10. Les *Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal, révisées en mai 2004, prévoient ce qui suit :

3.1.2 Pour déterminer le montant de l'indemnité à recommander, le Tribunal tentera, dans la mesure qu'il estime indiqué dans les circonstances et compte tenu de toute autre mesure corrective qu'il a recommandée, de placer la partie plaignante dans la position où cette dernière se serait trouvée, n'eût été l'infraction du gouvernement. À cette fin, le Tribunal peut recommander que des intérêts avant jugement soient inclus dans le montant de l'indemnité.

3.1.3 Les profits perdus s'entendent des profits que la partie plaignante aurait tirés du contrat spécifique si ce dernier lui avait été adjugé. Le Tribunal peut recommander une indemnité en reconnaissance des profits perdus lorsqu'il est clair que, n'eût été l'infraction du gouvernement, le marché aurait été adjugé à la partie plaignante.

[...]

4.1.1 Lorsque le Tribunal recommande le versement d'une indemnité à une partie plaignante, cette dernière dépose un exposé auprès du Tribunal, dans les 30 jours qui suivent la date à laquelle elle a reçu l'avis de la recommandation du Tribunal. L'exposé doit préciser le montant de l'indemnité qu'elle estime indiqué dans les circonstances et doit inclure les éléments suivants :

- une section narrative, décrivant en détail les motifs qui justifient le montant de l'indemnité demandé par la partie plaignante;
- les états financiers, les rapports, les dossiers, les prévisions et les autres renseignements ou données économiques nécessaires pour justifier le montant de l'indemnité demandé par la partie plaignante;
- une description détaillée des mesures, le cas échéant, prises par la partie plaignante pour réduire ou minimiser ses pertes qui, n'eussent été ces mesures, auraient pu être associées à l'infraction du gouvernement aux accords applicables;
- lorsque le Tribunal a recommandé le versement par le gouvernement d'une indemnité en reconnaissance des profits perdus, une section qui traite du montant lié aux éventualités à déduire des profits perdus et une autre section qui traite de la valeur temporelle de l'argent qui est également à déduire de l'indemnité;
- tout autre renseignement que la partie plaignante estime pertinent aux fins de la détermination du montant de l'indemnité indiqué.

4.1.2 Lorsque la partie plaignante s'appuie sur un calcul des profits pour établir le montant de l'indemnité demandée, elle peut présenter, notamment, ses états financiers ou ses contrats de taille analogue à celle du contrat en cause. Le dépôt d'un affidavit d'un tiers (tel qu'un comptable externe) peut aussi s'avérer utile.

2. D.O.R.S./93-602.

3. Le paragraphe 30.15(2) de la *Loi sur le TCCE* ne fait que prévoir que le Tribunal peut recommander, lorsqu'il donne gain de cause au plaignant, que soient prises des mesures correctives qu'il considère appropriées, y compris le versement d'une compensation au plaignant dont le montant est déterminé par le Tribunal.

11. Dans l'ordonnance *Spacesaver Corporation*⁴, le Tribunal a affirmé que le fardeau de la preuve qui incombe au plaignant est de justifier le montant des profits pour lequel une compensation est demandée « suivant la prépondérance raisonnable d'éléments de preuve crédibles »⁵. Cela s'applique à toute déduction pouvant avoir une incidence sur le montant final des profits.

12. Habituellement, le Tribunal ne déduit pas les coûts fixes des profits, lesquels coûts sont supportés par le plaignant peu importe qu'un contrat lui soit adjugé ou non. Toutefois, dans le cas où un contrat occasionne une forte croissance des revenus, les frais généraux augmentent inévitablement, du moins en ce qui concerne les coûts marginaux, et doivent donc être déduits en conséquence⁶.

13. Le Tribunal constate que, comme le soutient TPSGC, le montant des profits proposé par Kinetic ne tient pas compte de tels coûts. Notamment, Kinetic n'a pas alloué de montant pour les frais de commercialisation, l'amortissement et les frais de recherche-développement.

14. Kinetic soutient que ses coûts fixes ne sont pas pertinents en ce qui concerne le contrat en question, mais n'a présenté aucun élément de preuve ni d'explication pour justifier cette affirmation.

15. En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les frais généraux seraient demeurés exactement les mêmes compte tenu de la soumission et de la possibilité d'obtenir un contrat. Par conséquent, il est approprié de tenir compte d'une certaine augmentation des coûts marginaux en ce qui concerne les frais de commercialisation.

16. En résumé, le Tribunal conclut que Kinetic n'a pas entièrement justifié le montant des profits qu'elle avance.

17. Dans des causes précédentes, le Tribunal a attribué aux coûts fixes ou aux frais généraux un pourcentage qui, selon lui, reflète la nature du contrat. Dans *Bluedrop Performance Learning Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, le Tribunal a affirmé ce qui suit :

Le Tribunal est d'accord sur la position de Bluedrop selon laquelle, étant donné la nature du contrat en question (des services entièrement exécutés à l'extérieur de ses locaux), elle n'aurait pas dû assumer des frais généraux à la hauteur des frais généraux constatés dans certaines des décisions antérieures du Tribunal. Toutefois, le Tribunal peut difficilement comprendre comment Bluedrop aurait pu éviter tous les frais généraux seulement en raison de l'exécution du travail à la BFC Gagetown. [...] *Le Tribunal, compte tenu des circonstances de ce contrat particulier, considérera qu'un taux de 5 p. 100 du revenu brut, soit un montant de ----- \$, donne le montant pertinent des frais généraux*⁷.

[Nos italiques]

18. Cette méthode peut fournir un point de départ, mais surévaluerait dans une certaine mesure les frais de commercialisation et les coûts fixes en l'espèce. Puisqu'un contrat spécifique pour l'acquisition de biens, c'est-à-dire la distribution de produits déjà commandés, peut ne pas occasionner de coûts additionnels, comme dans le cas d'un contrat de service, et n'occasionner aucuns coûts fixes additionnels, un plus faible pourcentage pour les frais généraux est par conséquent approprié. Le calcul de la déduction et le montant

4. (27 avril 1999), PR-98-28 (TCCE).

5. *Ibid.* à la p. 2.

6. Voir l'ordonnance *Immeubles Yvan Dumais Inc. c. Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* (7 juin 2010), PR-2007-079 (TCCE) au par. 70.

7. (19 février 2009), PR-2008-017 (TCCE) au par. 38.

des profits qui en résulte figurent dans un appendice confidentiel joint à la présente ordonnance. Bien que le Tribunal n'ait pas disposé des renseignements qu'il avait demandés à Kinetic pour étayer son estimation, la méthode utilisée est la plus raisonnable étant donné les renseignements dont le Tribunal disposait.

19. Par conséquent, le montant des profits initialement réclamer par Kinetic a été légèrement réduit pour tenir compte des coûts fixes. Le montant final des profits est donc de 51 226,02 \$.

FRAIS

20. Dans sa décision du 25 novembre 2014, le Tribunal, aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, avait accordé à Kinetic le remboursement des frais raisonnables pour la préparation de sa soumission et le dépôt de sa plainte. Conformément à la *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public*, le Tribunal avait déterminé provisoirement que le degré de complexité de la plainte correspondait au degré 1 et que le montant de l'indemnité était de 1 150 \$. Il relève de la compétence du Tribunal de fixer le montant définitif des frais.

21. La détermination provisoire du Tribunal en ce qui a trait au montant de l'indemnité a été faite avant qu'il ne devienne apparent que la présente procédure serait nécessaire.

22. La présente procédure a occasionné des coûts additionnels et son degré de complexité s'est accru. Le Tribunal est d'avis que la question de la compensation a rendu la procédure plus complexe.

CONCLUSION

23. Le Tribunal recommande par la présente que TPSGC verse à Kinetic une compensation de 51 226,02 \$, montant qui représente les profits que celle-ci a perdus, le contrat ne lui ayant pas été adjugé.

24. Suite à l'indemnité accordée à Kinetic par le Tribunal le 25 novembre 2014, le Tribunal modifie sa détermination provisoire du degré de complexité de la plainte et détermine par la présente qu'elle correspond au degré 2. Par conséquent, le Tribunal accorde à Kinetic une indemnité de 2 750 \$.

25. Le Tribunal ordonne à TPSGC de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement de la compensation et de l'indemnité soit effectué dans les meilleurs délais.

Jason W. Downey

Jason W. Downey

Membre président

APPENDICE CONFIDENTIEL