



Ottawa, le mercredi 18 juillet 2001

Dossier n° PR-2000-071

EU ÉGARD À une plainte déposée par TAB Canada aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(2) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur détermine que la plainte est fondée en partie.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur recommande, à titre de mesure corrective, que le Service correctionnel du Canada s'assure qu'à l'avenir tout marché public passé par CORCAN soit conforme aux exigences de l'*Accord sur le commerce intérieur*.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde à TAB Canada le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre présidentant

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Date de la décision : Le 18 juillet 2001
Date des motifs : Le 15 août 2001

Membre du Tribunal : Ellen Fry, membre président

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseillers pour le Tribunal : Marie-France Dagenais
Eric Wildhaber

Partie plaignante : TAB Canada

Institution fédérale : Service correctionnel du Canada

Conseiller pour l'institution fédérale : Lynne Soublière



Ottawa, le mercredi 15 août 2001

Dossier n° PR-2000-071

EU ÉGARD À une plainte déposée par TAB Canada aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47;

ET EU ÉGARD À une décision d'enquêter sur la plainte aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 14 mars 2001, TAB Canada (TAB) a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*¹ à l'égard de l'acquisition, la livraison et l'installation d'un système de classement mobile à haute densité (système de classement) du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) au moyen d'une demande de transfert de marchandise (DTM) (demande n° V3191-00020) de CORCAN² pour le ministère du Développement des ressources humaines (DRHC).

TAB a allégué qu'il n'y a pas eu publication de demande de propositions (DP) pour ledit besoin et que, par conséquent, elle a été privée de l'occasion de participer à cette invitation à soumissionner. Elle a en outre allégué que CORCAN n'est pas un fabricant de systèmes de classement et que, par conséquent, le contrat exclusif de CORCAN avec Spacesaver Mobile Storage Systems Corporation (Spacesaver) est un accord d'impartition, qui a également été établi sans publication d'une DP.

TAB a demandé, à titre de mesure corrective, que le Tribunal précise si une situation comme la situation décrite ci-dessus est admissible aux termes des accords commerciaux.

Le 19 mars 2001, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte, puisque cette dernière répondait aux exigences du paragraphe 30.11(2) de la Loi sur le TCCE et aux conditions énoncées au paragraphe 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*³. Le même jour, le Tribunal a demandé des observations de TPSGC relativement aux alinéas 507c) et 507d) de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴, à l'alinéa 1018(2)d) de l'*Accord de*

1. R.S.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].

2. CORCAN est un organisme de service spécial du Service correctionnel du Canada (SCC). De ce fait, il fait partie d'une entité du gouvernement fédéral, au sens des accords commerciaux. CORCAN a pour mandat de procurer aux détenus un programme de formation professionnelle et des services destinés à faciliter leur réinsertion sur le marché du travail. CORCAN exploite un nombre de services et d'ateliers liés, notamment, aux secteurs suivants : agriculture et services agricoles, fabrication de mobilier de bureau, textiles, y compris vêtements commerciaux, blanchisserie et tissus industriels, et occasions d'emploi dans le secteur de la construction.

3. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <www.intrasec.mb.ca/fire/it.htm> [ci-après ACI].

*libre-échange nord-américain*⁵ et au paragraphe XXIII(2) de l'*Accord sur les marchés publics*⁶, étant donné que les dispositions susmentionnées se rapportent à l'invitation à soumissionner en cause. Le Tribunal a en outre demandé, si la position de TPSGC était que les dispositions susmentionnées s'appliquaient au présent marché public, que TPSGC explique en détail de quelle façon les travaux effectués par des personnes incarcérées étaient un facteur dans la commande placée auprès de CORCAN. Le 30 mars 2001, TPSGC a déposé, en réponse, des observations auprès du Tribunal et, le 11 avril 2001, TAB a déposé auprès du Tribunal ses observations sur la réponse de TPSGC. Le 20 avril 2001, le Tribunal a rendu une ordonnance de rejet des parties de la plainte qui se rapportaient à la transaction décrite dans la plainte comme étant l'acquisition de marchandises de CORCAN par DRHC et à l'application de l'ALÉNA et de l'AMP à la transaction décrite dans la plainte comme étant l'acquisition de marchandises de Spacesaver par CORCAN, aux termes d'une entente exclusive.

Le même jour, le Tribunal a avisé les parties qu'il avait décidé de demander d'autres observations du SCC sur l'applicabilité de l'ACI à la transaction visant la fourniture de marchandises de Spacesaver à CORCAN. Le 27 avril 2001, le SCC a déposé ses observations auprès du Tribunal. Le 1^{er} mai 2001, le Tribunal a demandé à TAB et à TPSGC de déposer leurs observations en réponse. Le 23 mai 2001, dans une lettre à TPSGC, le Tribunal a demandé à ce dernier de coordonner avec le SCC et DRHC une réponse à cinq questions spécifiques d'intérêt pour le Tribunal. Le 4 juin 2001, TPSGC a répondu à la lettre du 23 mai 2001 du Tribunal. Le 8 juin 2001, le Tribunal a écrit à CORCAN pour lui demander de produire un rapport de l'institution fédérale (RIF) en application de l'article 103 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*⁷ relativement à la transaction entre Spacesaver et CORCAN. Le 28 juin 2001, CORCAN a déposé un RIF auprès du Tribunal. Le 6 juillet 2001, le Tribunal a écrit à CORCAN pour lui demander des renseignements sur la façon dont les participants aux ententes de commercialisation telles que celle qui est décrite dans le RIF étaient déterminés et si, en l'occurrence, une forme quelconque de procédure en régime concurrentiel avait été tenue pour choisir Spacesaver. CORCAN a répondu à la demande du Tribunal le 9 juillet 2001. Le 10 juillet 2001, TAB a déposé ses observations sur le RIF auprès du Tribunal.

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 6 septembre 2000, DRHC a envoyé à TPSGC une demande de système de classement. Plus tard en septembre 2000, DRHC a avisé TPSGC que des discussions avaient été entreprises entre CORCAN et DRHC relativement à la fourniture du système de classement requis. Le 16 octobre 2000, CORCAN et Spacesaver ont conclu une entente de commercialisation selon laquelle Spacesaver obtiendrait l'accès hâtif à des projets de stockage dense financés par le gouvernement et CORCAN ferait une contribution relative à la valeur ajoutée en fournissant des services et des éléments. Le 1^{er} novembre 2000, DRHC a avisé TPSGC qu'il avait convenu d'acquérir le système de classement de CORCAN. DRHC a donc fait parvenir à TPSGC une demande modifiée, datée du 2 novembre 2000, dans laquelle il demandait la délivrance d'une DTM à CORCAN. Le 18 janvier 2001, une DTM portant sur le système de classement a été délivrée à CORCAN. Les 31 janvier et 13 février 2001, CORCAN a délivré deux commandes à Spacesaver portant sur le système de classement en cause. Le système de classement a ensuite été livré à l'entrepôt de CORCAN à Kingston (Ontario), CORCAN en devenant alors propriétaire. Le système de classement a ensuite été livré, sur une période de plusieurs jours, par CORCAN, à l'emplacement où il devait être installé,

5. 32 I.L.M. 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) [ci-après ALÉNA].

6. Le 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm> [ci-après AMP].

7. D.O.R.S./91-499.

à Scarborough (Ontario), où il a été reçu par du personnel de DRHC. Le titre de propriété du système de classement a été cédé à DRHC au moment de l'acceptation de la livraison.

Questions préliminaires

Dans ses observations du 30 mars 2001, TPSGC a soutenu que le mouvement intragouvernemental dans le cadre duquel il a acquis un système de classement de CORCAN au nom de DRHC n'est pas un « marché public » aux fins de l'application des accords commerciaux. Il a soutenu que l'alinéa 1001(5)a) de l'ALÉNA et le paragraphe 2 des Notes générales concernant le Canada à l'appendice I de l'AMP prescrivent que les marchés publics ne comprennent pas les « accords non contractuels ». Le paragraphe I(2) de l'AMP prévoit de plus que l'AMP « s'applique aux marchés passés par tout moyen contractuel ». TPSGC a soutenu que la DTM, qui régit l'acquisition, n'est en aucune façon un contrat au sens juridique. Une DTM, selon TPSGC, est un document de confirmation utilisé, à l'interne, par le gouvernement dans le cas de transactions entre des ministères ou des organismes gouvernementaux.

De plus, TPSGC a soutenu que l'acquisition du système de classement constitue la fourniture, par une entité fédérale, de biens et services à d'autres organisations gouvernementales au sens de l'article 518⁸ de l'ACI et, de ce fait, n'entre pas dans la portée d'application de l'expression « marché public » aux fins de l'assujettissement audit accord. TPSGC a ajouté que les contrats entre les organismes publics, comme TPSGC et CORCAN, ne seraient de toute façon pas assujettis à l'ACI en vertu de l'alinéa 507d).

TPSGC a soutenu que, conformément aux articles 30.1 et 30.11 de la Loi sur le TCCE et au paragraphe 3(1) du Règlement, la compétence du Tribunal pour examiner un marché public est limitée à « l'un des aspects [...] du processus des marchés publics ayant trait à un contrat spécifique ». TPSGC a soutenu que, étant donné que la DTM n'est pas un contrat et que l'acquisition en cause n'est pas un marché public aux fins de l'assujettissement aux accords commerciaux, le Tribunal n'a pas compétence eu égard à la DTM.

Dans le cadre d'un argument subsidiaire, TPSGC a soutenu que les alinéas 507c) et 507d) de l'ACI, l'alinéa 1018(2)d) de l'ALÉNA et le paragraphe XXIII(2) de l'AMP se rapportant aux « personnes incarcérées » excluent la présente acquisition du champ d'application des accords commerciaux et de la compétence du Tribunal. TPSGC a soutenu que l'acquisition en cause constitue une « mesure » se rapportant à des marchandises (produits) ou services de personnes incarcérées ou à un « [marché public] [...] de personnes incarcérées », comme l'envisagent les accords commerciaux. TPSGC a soutenu qu'il en va ainsi parce que CORCAN a acquis le système de classement à des fins d'emploi des détenus et que l'installation dudit système a été source d'expérience professionnelle pour les détenus et, subséquemment, a mené à la participation des détenus à la fabrication de systèmes de rayonnage.

Dans sa réponse du 11 avril 2001, TAB a demandé pourquoi CORCAN n'avait pas recouru à une procédure de DP pour établir son partenariat avec un fabricant du secteur privé et a demandé si CORCAN avait le droit de signer des ententes exclusives sans recours à une DP. TAB a en outre demandé que ferait TPSGC à l'avenir dans les mêmes circonstances. TAB a dit difficilement comprendre l'observation de TPSGC selon laquelle ladite acquisition n'est pas une entente contractuelle ou un marché public, puisque le

8. L'article 518 de l'ACI prévoit, notamment, ce qui suit : « **“marché public”** Acquisition par tous moyens - notamment par voie d'achat, de location, de bail ou de vente conditionnelle - de produits, de services ou de travaux de construction. Ne sont toutefois pas visés par la présente définition :

[...]

b) la fourniture par l'État de produits et services à des personnes ou à d'autres organisations gouvernementales ».

texte même du document de DTM prévoit, notamment, ce qui suit : « Il vous est demandé de vendre à Sa Majesté la Reine les marchandises, services, sur l'une ou l'autre des feuilles jointes, au prix ou aux prix y figurant. Par les présentes, le vendeur/l'entreprise accepte/accuse réception du présent contrat » [traduction].

Le Tribunal a déterminé que la transaction entre DRHC et CORCAN pour l'acquisition d'un système de classement est, effectivement, une transaction entre des entités (DRHC et le SCC) énumérées aux annexes du chapitre cinq de l'ACI, ainsi qu'il est énoncé à l'alinéa 507d) de l'ACI et qui traite de la fourniture par l'État de produits et services à des personnes ou à d'autres organisations gouvernementales, tel qu'il est stipulé à l'article 518 de l'ACI. Par conséquent, ladite transaction est exclue du champ d'application du chapitre cinq de l'ACI. Le Tribunal a déterminé en outre que la transaction entre DRHC et CORCAN est un marché public exclu du champs d'application de l'ALÉNA et de l'AMP en vertu du paragraphe 1001(5) de l'ALÉNA et du paragraphe I(2) de l'AMP.

Le Tribunal a déterminé que l'acquisition de marchandises par CORCAN de Spacesaver est un marché public au sens du paragraphe 1001(5) de l'ALÉNA, du paragraphe I(2) de l'AMP et de l'article 518 de l'ACI. Cependant, le Tribunal est d'avis que le présent marché public est visé par les dispositions de l'alinéa 1018(2)d) de l'ALÉNA et du paragraphe XXIII(2) de l'AMP, puisqu'il constitue une mesure se rapportant à des travaux effectués par des personnes incarcérées au sens des accords susmentionnés. Par conséquent, le Tribunal a déterminé que l'acquisition de marchandises par CORCAN de Spacesaver est exclue du champs d'application du chapitre 10 de l'ALÉNA et de l'AMP.

POSITIONS DES PARTIES

Position de CORCAN

CORCAN a indiqué, dans ses observations du 27 avril 2001, ne jamais avoir acheté ni acquis les produits Spacesaver. Par conséquent, CORCAN a soutenu que, en l'absence d'une acquisition, par CORCAN, des produits Spacesaver, il n'existait pas de « marché public » aux termes de la définition de cette expression énoncée à l'article 518 de l'ACI. CORCAN a soutenu que l'ACI ne s'applique donc pas. De plus, CORCAN a soutenu que, bien que la transaction d'acquisition, comme le prévoit la définition de « marché public » énoncée à l'article 518 de l'ACI, à son avis, ait eu lieu entre DRHC et Spacesaver aux termes de l'entente de commercialisation CORCAN-Spacesaver, ledit marché public échappe à la portée de l'ACI par application de l'alinéa 507c), qui exclut expressément les marchés publics de travaux effectués par des personnes incarcérées.

Dans sa réponse du 25 mai 2001 aux questions du 23 mai 2001 du Tribunal, CORCAN a modifié ses observations du 27 avril 2001 et a ajouté à leur contenu en indiquant qu'il avait payé Spacesaver pour le produit, qu'il en était devenu propriétaire et qu'il a l'obligation d'honorer la garantie sur le produit.

CORCAN a pour mandat de fournir aux détenus un apprentissage d'emploi et de services pour faciliter leur retour sur le marché du travail et leur réintégration sociale. CORCAN a soutenu que sa charte et le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*⁹ l'autorisent à conclure des ententes avec des entreprises du secteur privé pour favoriser l'accomplissement de son mandat. Dans un tel contexte, il a soutenu avoir légalement passé une entente de commercialisation avec Spacesaver. CORCAN a soutenu que de nombreux facteurs influencent les entreprises du secteur privé et leur désir de conclure des alliances avec CORCAN. De ce fait, CORCAN a dit devoir établir des liens avec les entreprises du secteur privé qui sont intéressées à collaborer avec CORCAN.

9. D.O.R.S./92-620.

CORCAN a soutenu que son entente de commercialisation avec Spacesaver a pour objet de procurer des occasions d'emploi aux détenus dans le domaine de la fabrication et de l'installation des systèmes de classement Spacesaver. CORCAN a soutenu que, dans le cadre de l'achat en cause par DRHC, les détenus ont acquis suffisamment d'expérience sur les systèmes de classement Spacesaver pour ensuite participer à la fabrication desdits systèmes et que la commande initiale était une étape clé vers une participation ultérieure des détenus à la fabrication et à l'installation des systèmes de classement Spacesaver.

CORCAN a soutenu que la participation des détenus à l'acquisition d'un système de classement de Spacesaver par DRHC a été une participation importante. Les détenus ont traité la commande, conditionné le système de classement en fonction du destinataire prévu, démonté les systèmes de classement en place, organisé l'aménagement et subséquemment installé le nouveau système de classement pour le destinataire prévu.

Invoquant l'alinéa 507c) de l'ACI concernant les travaux effectués par des personnes incarcérées, CORCAN a soutenu que la transaction qui a eu lieu entre Spacesaver et CORCAN, bien qu'elle soit un marché public, n'en était pas moins un marché public qui découlait d'une entente conclue dans le but de procurer une formation et des occasions d'emploi pour des détenus et, donc, des travaux effectués par des personnes incarcérées. Par conséquent, CORCAN a soutenu que ledit marché public est exclu de l'application générale de l'ACI par application de l'alinéa 507c).

CORCAN a soutenu que, n'eût été de la participation des détenus à ladite transaction, il n'y aurait eu ni entente de commercialisation ni transaction entre CORCAN et Spacesaver. En fait, CORCAN a soutenu que l'entente passée entre CORCAN et Spacesaver a pour but et fondement la participation des personnes incarcérées. Reconnaisant avoir acquis le système de classement de Spacesaver, puis facturé ledit système de classement à DRHC, CORCAN a soutenu que ces faits ne changent pas la nature de la transaction, qui demeure une transaction « uniquement fondée sur des travaux effectués par des personnes incarcérées, et entièrement dépendante d'elles » [traduction].

Dans sa réponse à la demande du 6 juillet 2001 du Tribunal, CORCAN a dit choisir les participants éventuels aux ententes de commercialisation à partir d'une méthode d'invitation. CORCAN recherche continuellement des partenaires commerciaux au moyen de discussions avec la collectivité du monde des affaires de diverses parties du pays. CORCAN a indiqué que, pour son secteur de la fabrication, il a communiqué avec des fabricants et s'est informé de l'intérêt que ces derniers pourraient avoir à travailler avec CORCAN dans le but de transférer du savoir-faire, de former des détenus et des instructeurs et de partager les risques commerciaux. Cependant, CORCAN a soutenu que, étant donné la nature de sa main-d'œuvre et de son environnement de travail, attirer de tels partenaires s'est révélé une entreprise extrêmement difficile. CORCAN a dit vouloir et pouvoir travailler avec toute entité crédible disposée à faire affaire avec CORCAN.

Position de TAB

TAB a soutenu que rien dans les documents produits par CORCAN ne montre que son mandat l'autorise à signer des ententes exclusives avec le secteur privé. En fait, TAB a soutenu que les documents qu'elle a examinés démontrent le contraire. Pour l'essentiel, TAB a repris sa demande initiale sur la raison pour laquelle une procédure de DP n'a pas été utilisée pour passer ledit marché public.

DÉCISION DU TRIBUNAL

Aux termes du paragraphe 30.14(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal doit, lorsqu'il a décidé d'enquêter, limiter son étude à l'objet de la plainte. En outre, à la fin de l'enquête, le Tribunal doit déterminer la validité de la plainte en fonction des critères et procédures établis par règlement pour le contrat spécifique. De plus, l'article 11 du Règlement prévoit que le Tribunal doit déterminer si le marché public a été passé conformément aux accords commerciaux applicables; en l'espèce, seul l'ACI s'applique.

L'alinéa 507c) de l'ACI prévoit, en partie, que le chapitre cinq ne s'applique pas aux « [marchés publics] [...] de personnes incarcérées ». Le Tribunal accepte l'observation de CORCAN selon laquelle, du point de vue de CORCAN, l'acquisition de Spacesaver par CORCAN avait exclusivement pour objet de créer de la formation liée au travail et des services pour les détenus. Cependant, aucun élément de preuve au dossier n'indique que Spacesaver, une entreprise du secteur privé, pourrait fournir des travaux effectués par des « personnes incarcérées ». Par conséquent, l'acquisition de Spacesaver par CORCAN ne constitue pas un « [marché public] [...] de personnes incarcérées » au sens de l'alinéa 507c) de l'ACI et cet alinéa ne soustrait pas le présent marché public à l'application de l'ACI.

L'article 501 de l'ACI prévoit que le chapitre cinq vise à établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics. Dans un tel contexte, et à moins que les circonstances énoncées au paragraphe 506(11) ou au paragraphe 506(12) ne s'appliquent, le chapitre cinq de l'ACI prévoit que, pour la passation d'un marché public, la procédure d'appel d'offres ouverte est la norme. Il n'y a aucun élément de preuve au dossier qui montre que de telles circonstances existent et CORCAN n'a pas prétendu que de telles circonstances s'appliquent en l'espèce. Par conséquent, il incombait à CORCAN de recourir à une procédure d'appel d'offres ouverte pour acquérir le système de classement en tant qu'intrant pour satisfaire au besoin de DRHC.

Cela n'a pas été fait. Plutôt, CORCAN a passé un contrat avec Spacesaver sans offrir à un autre fournisseur éventuel quelconque, comme TAB, l'occasion de présenter une offre en régime concurrentiel. Une telle façon de procéder contrevient à l'article 506 de l'ACI.

DÉCISION DU TRIBUNAL

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal détermine que le marché public n'a pas été passé conformément aux dispositions de l'ACI et que la plainte est donc fondée en partie.

Aux termes des paragraphes 30.15(2) et 30.15(3) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal recommande, à titre de mesure corrective, que le SCC s'assure qu'à l'avenir tout marché public passé par CORCAN soit conforme aux exigences de l'ACI.

Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE, le Tribunal accorde à TAB le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour le dépôt et le traitement de la plainte.

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre président