



Tribunal canadien du  
commerce extérieur

Canadian International  
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN  
DU COMMERCE  
EXTÉRIEUR

# Marchés publics

---

## DÉCISION ET MOTIFS

Dossiers n<sup>os</sup> PR-2008-014 et  
PR-2008-015

NETGEAR, Inc.

*Décision prise  
le mercredi 21 mai 2008*

*Décision et motifs rendus  
le vendredi 30 mai 2008*

EU ÉGARD À deux plaintes déposées aux termes du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> supp.), c. 47

**PAR**

**NETGEAR, Inc.**

**CONTRE**

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

### **DÉCISION DU TRIBUNAL**

Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur a décidé de ne pas enquêter sur les plaintes.

Diane Vincent  
Diane Vincent  
Membre président

Hélène Nadeau  
Hélène Nadeau  
Secrétaire

## EXPOSÉ DES MOTIFS

1. En vertu du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*<sup>1</sup>, tout fournisseur potentiel peut, sous réserve du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*<sup>2</sup>, 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. De plus, en vertu du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, après avoir jugé la plainte conforme au paragraphe 30.11(2) et sous réserve du *Règlement*, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter.

2. NETGEAR, Inc. (Netgear), de Santa Clara (Californie), a allégué que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC), concernant des demandes de rabais pour volume (DRV), c.-à-d. les DRV297 et DRV300 :

- avait incorrectement limité les marchés aux produits de fournisseurs particuliers et avait appliqué des procédures de passation des marchés de façon discriminatoire;
- avait divulgué, de mauvaise foi, des renseignements confidentiels à des concurrents et à des ministères clients, faisant donc preuve d'une partialité et d'un comportement discriminatoire envers Netgear;
- avait fourni des renseignements à des soumissionnaires trop près de la clôture de l'invitation à soumissionner, favorisant ainsi les revendeurs des produits identifiés par appellation commerciale;
- n'avait pas tenu compte des demandes de Netgear de mettre à jour sa liste de prix, faisant donc preuve d'un comportement discriminatoire envers Netgear.

3. L'alinéa 7(1)c) du *Règlement* exige que le Tribunal détermine si les renseignements fournis par le plaignant démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n'a pas été suivie conformément au chapitre dix de l'*Accord de libre-échange nord-américain*<sup>3</sup> (ALÉNA), au chapitre cinq de l'*Accord sur le commerce intérieur*<sup>4</sup> (ACI) ou à l'*Accord sur les marchés publics*<sup>5</sup> (AMP), selon le cas. Dans le cas présent, seul l'ALÉNA s'applique.

4. Le 22 avril et le 2 mai 2008, TPSGC a produit les DRV297 et DRV300 respectivement. Les DRV ont été attribuées aux huit détenteurs d'une offre à commandes individuelle et ministérielle (OCIM) qui s'étaient qualifiés à titre de fournisseurs de la catégorie 1.1<sup>6</sup> d'équipement de réseau au gouvernement fédéral en vertu d'un processus d'achat concurrentiel passé en 2006.

---

1. L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> supp.), c. 47 [*Loi sur le TCCE*].

2. D.O.R.S./93-602 [*Règlement*].

3. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, R.T.C. 1994, n° 2 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA].

4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <[http://www.ait-aci.ca/index\\_fr/ait.htm](http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm)> [ACI].

5. 15 avril 1994, en ligne : Organisation mondiale du commerce <[http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/final\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm)> [AMP].

6. Netgear a été attribuée une OCIM pour l'équipement de réseau de la catégorie 1.1 seulement, ce qui comprend des commutateurs de réseau local de la couche 2. Le processus concurrentiel qui a mené à l'attribution de l'OCIM de Netgear comprenait aussi plusieurs catégories d'équipement pour lesquelles des OCIM ont été adjudgées à d'autres entreprises.

5. Pendant les deux périodes d'invitation, TPSGC a reçu les questions suivantes et a répondu ce qui suit :

**Question 1 :**

Cette question vise l'utilisateur final. TPSGC demandera-t-il à l'utilisateur de nous présenter un schéma de réseau indiquant les appareils déjà installés et leur configuration en réseau, et où et comment les nouveaux commutateurs que décrit l'invitation seront installés et configurés dans le réseau en place?

**Réponse 1 :**

Par souci de sécurité, l'État ne fournira pas de schéma de réseau du client. De plus, rien dans l'OCIM n'oblige l'État à fournir un tel schéma. L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM.

**Question 2 :**

Le client présentera-t-il ses besoins opérationnels en ce qui concerne les commutateurs de réseau couche 2 de la catégorie 1.1 avec les éléments de justification sans faire référence aux numéros de pièce [...] ? L'État a l'obligation de procéder à toutes ses invitations avec impartialité et, en précisant les numéros de pièce [...], on nourrit clairement un préjugé en faveur des produits [...]. Aucune partie ne peut préparer, concevoir ni structurer un marché afin d'éviter une concurrence franche et loyale dans une invitation particulière, ce qui comprend les tentatives de recourir dans les OCIM à des modalités discriminatoires.

**Réponse 2 :**

L'article 14 de l'OCIM permet de proposer des équivalents en cas de spécification de produits par appellation commerciale. L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM pour laquelle il y a eu une concurrence franche et loyale. De plus, étant donné le grand nombre de caractéristiques et de critères de rendement qui interviennent afin d'assurer un interfonctionnement entier avec les produits en place, il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis de décrire les exigences du marché autre que de spécifier les pièces [...] ou des équivalents.

**Question 3 :**

L'article 14 de l'OCIM dit que la première possibilité pour traiter des DRV est de recourir aux spécifications génériques de l'annexe A [...] et que la seconde possibilité est d'appliquer la section « Équivalents » selon lequel « des conditions équivalentes sont applicables dans les seuls cas où le client a spécifié un produit par appellation commerciale ». Pour cette seconde possibilité de désignation par appellation commerciale, il est possible que l'utilisateur final entre en dérogation aux accords commerciaux selon la façon dont l'invitation par DRV est traitée et la soumission est évaluée. L'État modifiera-t-il l'article 14 de l'OCIM aux fins de cette invitation par DRV de manière à écarter la seconde possibilité d'invitation par DRV appelée « Équivalents » et l'État présentera-t-il la documentation demandée d'appel d'offres avec toute l'information pouvant permettre aux fournisseurs de présenter une soumission valable, ce qui comprend les plans et les spécifications techniques?

**Réponse 3 :**

L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM. De plus, étant donné le grand nombre de caractéristiques et de critères de rendement qui interviennent afin d'assurer un interfonctionnement entier avec les produits en place, il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis de décrire les exigences du marché autre que de spécifier les pièces [...] ou des équivalents.

**Question 4 :**

Nous sommes directement concernés par l'OCIM lorsqu'elle dit que le Canada n'a pas l'obligation de demander aux soumissionnaires de faire la démonstration des produits qu'ils proposent. Il peut être difficile d'évaluer les produits proposés par un soumissionnaire par l'appréciation d'une fiche technique sans démonstration des capacités. Si le client s'interroge sur les capacités avant l'adjudication d'un contrat, on devrait avoir l'obligation de demander préalablement une telle

démonstration et cette mesure ne devrait avoir aucun caractère facultatif. Le client peut y aller de fausses hypothèses au sujet des capacités en matière d'interfonctionnement avec l'infrastructure en place par exemple, et il devient discriminatoire pour le soumissionnaire de ne pas avoir la possibilité de démontrer la capacité du produit qu'il propose. La plupart des fabricants conçoivent leurs produits pour qu'ils interfonctionnent avec une infrastructure de réseau qui comprend le matériel de Nortel [...], sinon ils ne seraient tout simplement pas en affaires. Le client confirmera-t-il que des essais sont obligatoires et n'ont rien de facultatif de sorte que la possibilité s'offre vraiment de faire la démonstration des produits que nous planifions démontrer?

**Réponse 4 :**

L'État ne modifiera pas les modalités de l'OCIM.

[Traduction]

6. Le 14 mai 2008, Netgear a déposé ses plaintes auprès du Tribunal.

7. Netgear a allégué qu'il n'était nullement justifié de spécifier les produits par appellation commerciale dans le cas des invitations visées. Netgear a aussi allégué que des renseignements additionnels étaient requis afin de permettre aux soumissionnaires de produits équivalents de correctement préparer leur soumission et que, en omettant de fournir ces renseignements, TPSGC faisait preuve d'un comportement discriminatoire envers les soumissionnaires qui auraient pu proposer des produits équivalents.

8. Le Tribunal fait remarquer que Netgear a présenté des allégations presque identiques dans 16 autres plaintes, concernant la production de DRV pour de l'équipement de réseau similaire, sur lesquelles le Tribunal a décidé d'enquêter<sup>7</sup>. À la date à laquelle il a pris sa décision concernant l'ouverture d'une enquête au sujet des présentes plaintes, le Tribunal avait déjà publié 2 décisions à l'égard de 7 de ces plaintes<sup>8</sup>. Étant donné que le Tribunal a décidé, lors de ces enquêtes, que les plaintes de Netgear concernant ces mêmes allégations n'étaient pas fondées et que Netgear n'a fourni aucun renseignement qui convainc le Tribunal de rendre une décision différente, le Tribunal ne peut pas conclure que les éléments de preuve présentés dans les présentes plaintes démontrent, dans une mesure raisonnable, que les marchés publics n'ont pas été passés conformément aux accords commerciaux pertinents.

9. Netgear a aussi allégué que TPSGC avait diffusé des renseignements confidentiels de Netgear à des ministères clients et à d'autres détenteurs d'une OCIM. Netgear a allégué que cette divulgation ne lui permettait pas d'établir un partenariat avec des détenteurs d'une OCIM dans d'autres catégories, ce qui a mené à la perte d'un montant important de revenu possible. Elle a aussi allégué que d'autres ministères gouvernementaux peuvent avoir un intérêt direct de communiquer avec d'autres fournisseurs potentiels afin de leur fournir les renseignements en vue de mettre au point des stratégies pour empêcher Netgear de faire concurrence.

10. Le Tribunal ne dispose d'aucun élément de preuve selon lequel TPSGC a incorrectement diffusé des renseignements confidentiels de Netgear. Les plaintes contiennent seulement des accusations et des présumées répercussions concernant la perte de revenu sans fournir d'éléments de preuve à l'appui. Le Tribunal n'est pas d'avis que ces simples accusations sont suffisamment étayées pour qu'il ouvre une enquête, puisqu'elles, à elles seules, ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que les marchés publics n'ont pas été passés conformément aux accords commerciaux pertinents.

11. À titre d'un autre exemple de comportement discriminatoire, Netgear a aussi soutenu que TPSGC n'avait pas tenu compte de ses demandes de mettre à jour sa liste de prix sur le système interne de TPSGC, ce que, selon Netgear, elle avait le droit de faire en vertu de l'OCIM. Netgear a fait valoir qu'elle savait que

---

7. Dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-075 à PR-2007-077, dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-080 à PR-2007-083, dossier n<sup>o</sup> PR-2007-088, dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-091 à PR-2007-094 et dossiers n<sup>os</sup> PR-2008-003 à PR-2008-006.

8. Voir dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-075 à PR-2007-077 et dossiers n<sup>os</sup> PR-2007-080 à PR-2007-083.

d'autres fournisseurs pouvaient mettre à jour leur liste régulièrement. Selon Netgear, la mesure prise par TPSGC visait à limiter le nombre et le type de produits que Netgear pouvait proposer.

12. Le Tribunal ne dispose d'aucun élément de preuve dans les plaintes qui indique que Netgear aurait demandé de mettre à jour sa liste de prix sur le système interne de TPSGC ou que TPSGC n'aurait pas tenu compte de cette demande ou l'aurait refusé. Tout comme l'allégation susmentionnée concernant la divulgation de renseignements confidentiels, le Tribunal est d'avis que les plaintes ne contiennent que des allégations non étayées qui, à elles seules, ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que les marchés publics n'ont pas été passés conformément aux accords commerciaux pertinents.

13. Enfin, concernant la DRV300, Netgear a allégué que TPSGC avait répondu aux questions trop tard dans le processus d'invitation pour lui permettre et permettre à d'autres soumissionnaires de produits équivalents de correctement préparer leur soumission. Elle a soutenu que ceci a favorisé les revendeurs des produits identifiés par appellation commerciale, puisqu'ils disposaient déjà de tous les renseignements pour soumissionner.

14. Le Tribunal fait remarquer que la DRV300 contient la clause suivante concernant les réponses de TPSGC à toute demande présentée par des fournisseurs potentiels :

[...]

DEMANDES : (Obligatoire)

Il est obligatoire que toutes les demandes concernant la présente DRV soient envoyées par courriel à l'attention de l'agent des contrats nommé dans le présent document [...]. On ne peut pas garantir de réponses aux questions si elles ne sont pas reçues par l'agent des contrats au plus tard à midi (12 h), deux (2) jours ouvrables avant la date et l'heure de clôture de la DRV.

[...]

[Traduction]

15. La date et l'heure de clôture de la DRV300 étaient indiquées comme étant à 14 h le 7 mai 2008, ce qui veut dire que les demandes devaient être présentées à l'agent des contrats au plus tard à 12 h le 5 mai 2008, afin de recevoir une réponse. Le Tribunal fait remarquer que les questions ont été envoyées à TPSGC à 13 h 51 le 5 mai 2008, après l'heure spécifiée, et que, par conséquent, une réponse n'était pas garantie. Le Tribunal fait remarquer que, malgré ceci, TPSGC a pu répondre aux questions. Le Tribunal fait aussi remarquer que l'OCIM de Netgear n'indique nullement que des réponses seront fournies dans un délai prédéfini. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que les renseignements présentés concernant cette allégation ne démontrent pas, dans une mesure raisonnable, que les marchés publics n'ont pas été passés conformément aux accords commerciaux pertinents.

16. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal n'enquêtera pas sur les plaintes et tient la question pour réglée.

## DÉCISION

17. Aux termes du paragraphe 30.13(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal a décidé de ne pas enquêter sur les plaintes.

Diane Vincent  
Diane Vincent  
Membre président