



Tribunal canadien du
commerce extérieur

Canadian International
Trade Tribunal

TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR

Marchés publics

ORDONNANCE ET MOTIFS

Dossier n° PR-2006-026R

Canadian North Inc.

c.

Ministère des Affaires indiennes et
du Nord canadien

*Ordonnance et motifs rendus
le mardi 15 mai 2007*

TABLE DES MATIÈRES

ORDONNANCE.....i

EXPOSÉ DES MOTIFS.....1

 CONTEXTE.....1

 ANALYSE1

 Frais engagés par AINC.....2

 Frais engagés par First Air3

DÉCISION6

OPINION DISSIDENTE DU MEMBRE FRY7

EU ÉGARD À une plainte déposée par Canadian North Inc. le 21 septembre 2006 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 À LA SUITE D'une ordonnance du Tribunal canadien du commerce extérieur rendue le 9 novembre 2006 dans laquelle il rejetait la requête déposée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien en vue d'obtenir une ordonnance de rejet de la plainte pour le motif que le Tribunal canadien du commerce extérieur n'avait pas compétence;

ET À LA SUITE D'une décision de la Cour d'appel fédérale dans laquelle elle annulait l'ordonnance du Tribunal canadien du commerce extérieur rendue le 9 novembre 2006 et renvoyait l'affaire au Tribunal canadien du commerce extérieur, lui ordonnant d'accueillir la requête du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et de rejeter la plainte de Canadian North Inc. pour le motif d'absence de compétence;

ET À LA SUITE DES demandes de remboursement de frais déposées séparément par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et par Bradley Air Services Limited (faisant affaire sous le nom commercial de First Air);

ET À LA SUITE D'une ordonnance du Tribunal canadien du commerce extérieur rendue le 5 avril 2007 accueillant la requête déposée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et rejetant la plainte.

ENTRE**CANADIAN NORTH INC.****Partie plaignante****ET****LE MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD
CANADIEN****Institution fédérale****ORDONNANCE**

Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le Tribunal canadien du commerce extérieur accorde, par la présente, au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien un montant de 10 000 \$ au titre du remboursement des frais qu'il a engagés pour répondre à la plainte et ordonne à Canadian North Inc. de prendre les dispositions nécessaires pour que le paiement soit effectué rapidement (opinion dissidente du membre Fry).

Elaine Feldman
Elaine Feldman
Membre président

Ellen Fry
Ellen Fry
Membre

Meriel V. M. Bradford
Meriel V. M. Bradford
Membre

Hélène Nadeau
Hélène Nadeau
Secrétaire

EXPOSÉ DES MOTIFS

CONTEXTE

1. Le 21 septembre 2006, Canadian North Inc. (Canadian North) 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. La plainte portait sur le marché (invitation n° TCS 04/95) visant la prestation de services de transport aérien relativement à l'exécution du programme Aliments-poste dans le Nord du Canada.

2. Canadian North a allégué que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (AINC) et la Société canadienne des postes (Postes Canada) n'avaient pas divulgué tous les critères utilisés dans le cadre de l'évaluation des propositions. Elle a aussi allégué que les critères d'évaluation avaient été appliqués d'une façon discriminatoire, favorisant le fournisseur qui a fini par devenir le titulaire du contrat, c.-à.-d. Bradley Air Services Limited (faisant affaire sous le nom commercial de First Air) (First Air).

3. Le Tribunal a tenu une enquête au cours de laquelle, le 23 octobre 2006, AINC a déposé une requête en vue d'obtenir que le Tribunal rejette la plainte pour le motif qu'il n'avait pas compétence, soutenant que le marché public visé n'était pas un contrat spécifique en vertu du seul accord commercial applicable, l'*Accord sur le commerce intérieur*². Le 9 novembre 2006, après avoir étudié les exposés de toutes les parties, le Tribunal a rejeté la requête d'AINC.

4. Le 5 février 2007, le Tribunal a rendu sa décision, ayant conclu que la plainte était fondée et a accordé à Canadian North un montant de 10 000 \$ au titre du remboursement des frais qu'elle avait engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

5. AINC, Postes Canada et First Air ont interjeté appel auprès de la Cour d'appel fédérale de la décision rendue par le Tribunal le 9 novembre 2006. Le 6 mars 2007, la Cour d'appel fédérale a rendu une décision dans laquelle elle annulait le rejet de la requête d'AINC du 9 novembre 2006 et renvoyait l'affaire au Tribunal l'ordonnant d'accueillir la requête et de rejeter la plainte. Le 5 avril 2007, le Tribunal a rendu une ordonnance accueillant la requête déposée par AINC et rejetant la plainte.

6. Le 7 mars 2007, AINC a demandé d'obtenir le remboursement de ses frais au même montant que celui auparavant accordé à Canadian North. Le 15 mars 2007, First Air a aussi demandé un remboursement de ses frais d'un montant d'au moins 10 000 \$. Le 23 mars 2007, Canadian North a déposé auprès du Tribunal ses observations sur les deux requêtes. Le même jour, AINC a présenté ses observations en réponse aux observations de Canadian North. Le 28 mars 2007, First Air a déposé ses observations en réponse aux observations de Canadian North.

ANALYSE

7. Aux termes du paragraphe 30.16(1) de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal peut accorder le remboursement des frais relatifs à l'enquête. Lorsqu'il examine la question de savoir s'il convient d'accorder ou non le remboursement des frais à une partie, le Tribunal applique le « modèle judiciaire » selon lequel les frais sont ordinairement accordés à la partie qui obtient gain de cause, pourvu qu'elle en ait

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

2. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <http://www.ait-aci.ca/index_fr/ait.htm> [ACI].

déposé la demande durant la procédure³. Le Tribunal peut aussi accorder les frais en faveur ou contre des parties intervenantes. En l'espèce, le Tribunal doit examiner des demandes de remboursement de frais déposées par deux parties : AINC, l'institution fédérale désignée par le Tribunal comme responsable de répondre à la plainte, et First Air, la partie intervenante.

Frais engagés par AINC

8. Canadian North a soutenu que même si ordinairement « les frais devraient suivre le sort de la cause » [traduction], il n'est pas nécessairement vrai que, si des frais sont accordés à une partie et que la décision est par la suite infirmée dans une révision judiciaire, il faille accorder le même montant de frais à la partie qui a maintenant obtenu gain de cause.

9. Canadian North a soutenu qu'AINC avait contribué d'une façon déraisonnable à la complexité de la procédure de diverses façons : a) en attendant jusqu'au dernier jour du délai de dépôt du rapport de l'institution fédérale avant de déposer sa requête concernant la compétence du Tribunal, ce qui a été l'une des causes principales de l'intensité des travaux dans les dernières semaines du délai réglementaire de 135 jours au cours duquel le Tribunal doit rendre sa décision; b) en se plaçant lui-même dans une situation difficile lorsqu'il a omis d'obtenir les documents pertinents à l'évaluation des offres au moment de la passation du marché public; c) en ne demandant pas, avant que plus d'un mois se soit écoulé après le dépôt de la plainte, à Postes Canada de lui faire parvenir les documents relatifs à l'évaluation des soumissions.

10. Dans sa réponse, AINC a soutenu que la complexité de la procédure découlait de la nature des allégations de Canadian North et non pas de la requête en rejet de la plainte qu'il a déposée. Il a soutenu que c'est Canadian North qui avait décidé de déposer une plainte concernant un marché public en se fondant sur diverses théories juridiques qui ont fondé l'enquête et son degré de complexité et que cette dernière doit maintenant assumer les conséquences de cette décision.

11. Concernant l'argument de Canadian North selon lequel AINC s'est lui-même placé dans une situation difficile en omettant de demander des documents à Postes Canada, AINC a soutenu que cet argument ne tient pas au vu de la décision de la Cour d'appel fédérale dans laquelle il a été déclaré que le marché public était celui de Postes Canada et non celui d'AINC. AINC a dit n'avoir donc jamais été ni moralement ni juridiquement tenu de demander les documents de Postes Canada au moment de la passation du marché public. Il a ajouté que, lorsqu'il a demandé lesdits documents à Postes Canada, Postes Canada a refusé de les produire, ce qui a poussé le Tribunal à rendre une ordonnance de production, et que le moment où AINC a demandé la production de documents est donc sans conséquence.

12. AINC a en outre déclaré qu'accorder les frais contre Canadian North n'aurait pas pour effet, contrairement à ce qu'a affirmé Canadian North, de décourager le dépôt de plaintes à l'avenir, puisqu'un « grand intervenant institutionnel » [traduction] comme Canadian North ne serait pas empêché de déposer une plainte concernant un contrat de 138 millions de dollars de crainte de peut-être devoir payer un montant de 10 000 \$ en remboursement de frais.

3. Voir *Canada (Procureur général) c. EDS Canada Ltd.* (2004), 237 D.L.R. (4^e) 611, 2004 CAF 122 au para. 6 : « [...] le pouvoir du Tribunal en matière d'attribution de frais s'exerçait essentiellement selon les mêmes principes que ceux auxquels obéit l'adjudication des dépens devant les tribunaux judiciaires. Selon un de ces principes, à moins de circonstances spéciales, les frais sont ordinairement accordés à la partie qui obtient gain de cause. [...] »

13. Quant à la demande d'AINC, le Tribunal est d'avis que les circonstances en l'espèce ne justifient pas de s'écarter de la pratique courante qui consiste à accorder le remboursement des frais à la partie qui a gain de cause. Il n'y a pas eu inconduite de la part d'AINC et, ultimement, AINC avait raison lorsqu'il a déclaré que le Tribunal n'avait pas compétence pour enquêter sur la plainte en question. Le Tribunal fait observer que les frais sont accordés à titre d'indemnisation à la partie qui y a droit et ne sont pas imposés à titre de peine à la partie qui les paie⁴. Par conséquent, le Tribunal accorde à AINC le remboursement des frais qu'il a engagés pour répondre à la plainte. Quant au montant des frais, le Tribunal, lorsqu'il a rédigé sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure de plainte portant sur un marché public* (la *Ligne directrice*), n'a pas prévu d'utiliser deux poids deux mesures selon qu'il s'agisse d'une partie plaignante ou du gouvernement.

14. Dans la décision qu'il a rendue le 5 février 2007, le Tribunal a déclaré ce qui suit au paragraphe 134 :

Le Tribunal accorde à Canadian North le remboursement des frais raisonnables qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte. Il a tenu compte de sa *Ligne directrice sur la fixation des frais dans une procédure portant sur un marché public* (*Ligne directrice*). En l'espèce, le Tribunal est d'avis que la complexité de la procédure était particulièrement grande, puisqu'il y a eu, notamment, une partie intervenante, une autre partie en cause, plus de 15 requêtes et d'autres demandes liées à la procédure présentées au Tribunal, des répliques à ces requêtes et demandes et des exposés complémentaires présentés par les autres parties dans le cadre de cette procédure. Le degré inhabituellement élevé de complexité exige du Tribunal qu'il dépasse les seuils prévus dans sa *Ligne directrice*. Par conséquent, le Tribunal accorde à Canadian North un montant de 10 000 \$ au titre du remboursement des frais qu'elle a engagés pour la préparation et le traitement de la plainte.

15. Le Tribunal fait observer que, dans son exposé, Canadian North a convenu que l'espèce était complexe et que les « frais devraient suivre le sort de la cause »; cependant, elle a soutenu, pour les raisons énumérées ci-dessus, que les frais accordés à AINC devraient être relativement modestes. Le Tribunal n'est pas d'avis que la décision de la Cour d'appel fédérale ait une incidence sur les motifs qui ont fondé la décision du Tribunal d'accorder le remboursement des frais, ni sur la manière dont il en détermine le montant. Le Tribunal ne voit aucun motif de modifier sa décision précédente concernant les frais et maintient donc sa conclusion selon laquelle la complexité de l'affaire justifie un montant de 10 000 \$ au titre du remboursement des frais. Le Tribunal accorde donc à AINC un montant de 10 000 \$ au titre de remboursement des frais qu'il a engagés.

Frais engagés par First Air

16. First Air a soutenu que même s'il est possible de comprendre qu'une partie intervenante ait rarement droit au remboursement de ses frais, le rôle de First Air dans la présente affaire a été beaucoup plus marqué que celui ordinairement joué par les parties intervenantes, étant donné particulièrement la décision de l'autorité acheteuse — Postes Canada — de ne pas participer à la procédure.

17. First Air a soutenu que, dans *Lynnview Ridge Residents' Action Committee v. Imperial Oil Limited*⁵, la cour a énuméré les trois facteurs suivants à prendre en compte pour décider s'il convient de s'écarter de la règle générale selon laquelle les parties intervenantes doivent assumer leurs propres frais :

4. *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525 au para. 25.

5. 2005 ABCA 375 [*Lynnview Ridge*].

[...]

- La partie intervenante a-t-elle contribué aux délibérations de la cour en ajoutant un point de vue qui, autrement, n'aurait pas été pris en compte? Ou bien les parties elles-mêmes ont-elles présenté les mêmes arguments ou points de vue?
- Existe-t-il des mesures législatives pertinentes à l'affaire qui portent à croire que la partie intervenante a un intérêt particulier ou un important rôle à jouer dans l'affaire?
- Quelle est la nature de l'intérêt particulier de la partie intervenante? Cet intérêt peut être d'ordre financier, peut concerner le droit de propriété, peut être non pécuniaire ou d'une autre nature.

[...]

[Traduction]

18. D'après *First Air*, dans les circonstances de la présente enquête, tous les trois facteurs énumérés ci-dessus militent dans le sens de l'attribution de frais à *First Air*.

19. Pour décider si, en l'espèce, il s'écartera de la pratique générale de ne pas accorder de remboursement de frais aux parties intervenantes, le Tribunal examinera les principes énoncés dans *Lynnview Ridge* et sa propre jurisprudence. Le Tribunal fait observer que dans *Sawridge c. Canada*⁶, une récente affaire dont la Cour fédérale du Canada a été saisie et qui traitait des dépens attribués aux parties intervenantes, la Cour fédérale du Canada a déclaré que « [...] [si les parties intervenantes] n'ont pas généralement droit à des dépens, [elles] peuvent en obtenir lorsque leurs droits sont directement affectés par l'instance et que d'autres éléments militent en faveur de l'attribution de dépens. [...] »⁷ La Cour fédérale du Canada a expressément renvoyé aux trois facteurs énoncés dans *Lynnview Ridge* et a fait observer qu'ils avaient été utiles à titre indicatif.

20. En appliquant les facteurs énoncés dans *Lynnview Ridge* aux circonstances de la présente enquête, le Tribunal traitera d'abord du deuxième et du troisième facteur.

21. Le deuxième facteur consiste à savoir si les textes législatifs pertinents à l'affaire portent à croire que la partie intervenante a un intérêt particulier ou un important rôle à jouer dans l'affaire. Le troisième facteur est une interrogation au sujet de la nature de l'intérêt particulier de la partie intervenante. En ce qui a trait au deuxième facteur, *First Air* a soutenu que la loi lui reconnaît le droit, à l'article 30.17 de la *Loi sur le TCCE*, de participer à une plainte concernant un marché public. En ce qui a trait au troisième facteur, *First Air* a soutenu avoir eu un important intérêt financier dans l'affaire et qu'elle n'avait eu d'autre choix que d'y participer. Elle protégeait ses intérêts économiques et les intérêts économiques de ses employés ainsi que leurs emplois conformément à son obligation d'entreprise de prendre toutes les mesures pertinentes pour préserver ces intérêts.

22. Le Tribunal conclut que l'article 30.17 de la *Loi sur le TCCE*, qui prévoit que « [t]out intéressé peut, avec l'autorisation du Tribunal, intervenir dans la procédure de plainte que celui-ci instruit », envisage manifestement l'intervention des parties intéressées à une instance dont il est saisi. Le Tribunal conclut aussi qu'au titre d'adjudicataire, *First Air* avait un intérêt financier dans la procédure. Toutefois, étant donné la nature et les circonstances de ses enquêtes concernant les marchés publics et des textes législatifs afférents, le Tribunal n'est pas d'avis que ces deux facteurs suffisent, à eux seuls, pour l'amener à s'écarter de la règle générale applicable aux frais des parties intervenantes. Au vu de l'expérience du Tribunal, pratiquement chaque partie intervenante est un participant (p. ex. un soumissionnaire ou un adjudicataire) dans toute

6. 2006 CF 656.

7. *Ibid.*, para. 40.

procédure de passation de marché public et a donc à tout le moins un intérêt financier dans cette procédure. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que, pour décider d'accorder ou non le remboursement des frais à une partie intervenante dans une enquête concernant un marché public, c'est le premier des facteurs énumérés dans *Lynnview Ridge* qui est le facteur essentiel.

23. Ce premier facteur est celui de savoir si la partie intervenante a contribué aux délibérations de la cour en ajoutant un point de vue qui, autrement, n'aurait pas été pris en compte, ou bien si les parties elles-mêmes ont présenté les mêmes arguments ou points de vue.

24. First Air a soutenu avoir effectivement contribué à la procédure en ajoutant de nouveaux points qui n'auraient autrement pas été pris en compte. À titre d'exemple, elle a souligné avoir déposé une requête dans laquelle elle affirmait que la plainte n'avait pas été déposée dans les délais prévus. First Air a aussi soutenu que, durant toute la procédure, elle avait présenté des arguments, relevé certaines questions et fourni des renseignements qu'il convenait que le Tribunal examine et que les autres parties n'avaient pas soulevés.

25. Par contre, Canadian North a soutenu que First Air était intervenue volontairement et n'avait pas soulevé de nouvelles questions. Elle a ajouté qu'en conformité avec la jurisprudence concernant les frais des parties intervenantes en général et avec les décisions rendues par le Tribunal au sujet des frais des intervenantes en particulier, First Air ne devrait pas obtenir le remboursement de ses frais. Elle a aussi fait valoir qu'à titre de participante volontaire à la procédure, une partie intervenante n'est ni susceptible de devoir rembourser les frais d'une autre partie ni susceptible d'obtenir le remboursement des siens. Canadian North a ajouté que le Tribunal, dans sa décision, n'a pas ordonné à First Air de rembourser des frais à Canadian North, même si Canadian North avait dû répondre à de nombreuses observations de First Air durant la procédure.

26. En l'espèce, le Tribunal conclut que les arguments déposés par First Air durant la procédure d'enquête ont été en grande partie adoptés par AINC et n'ont pas, en soi, « ajouté » un nouveau point de vue. Le Tribunal fait observer que First Air a effectivement déposé une requête en rejet de la plainte puisque, d'après elle, la plainte avait été déposée après la fin du délai prescrit à l'article 6 du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*. Cependant, le Tribunal fait également observer qu'il a rejeté cette requête, ayant conclu que Canadian North avait respecté ledit délai.

27. À la revue de ses propres décisions précédentes concernant l'attribution de frais à des parties intervenantes, le Tribunal souligne qu'il a de façon constante décidé de ne pas attribuer de tels frais. Dans trois récentes affaires⁸, il a conclu que, même si elle avait un intérêt commercial considérable dans la procédure et que ses observations étaient utiles, la partie intervenante ne devait pas obtenir le remboursement de ses frais car elle avait choisi d'intervenir et n'avait pas soulevé de nouvelles questions de fond importantes dans le cadre de la procédure.

28. Même s'il convient que les intérêts de First Air sont directement touchés en l'espèce, le Tribunal n'est pas d'avis que les autres facteurs, dont il a déjà été discuté, justifient de lui accorder un remboursement de frais. À la lumière de ce qui précède, le Tribunal n'accordera pas de frais en faveur de First Air.

8. *Re plainte déposée par Bosik Vehicle Barriers Ltd.* (6 mai 2004), PR-2003-082 (TCCE); *Re plainte déposée par Bell Mobilité* (14 juillet 2004), PR-2004-004 (TCCE); *Re plainte déposée par Northern Lights Aerobatic Team, Inc.* (7 septembre 2005), PR-2005-004 (TCCE).

DÉCISION

29. Aux termes de l'article 30.16 de la *Loi sur le TCCE*, le Tribunal accorde à AINC le remboursement des frais raisonnables qu'il a engagés pour répondre à la plainte, ces frais devant être payés par Canadian North. Pour décider du montant de l'indemnisation en l'espèce, le Tribunal a tenu compte de sa *Ligne directrice*, qui fonde l'évaluation du degré de complexité d'une plainte sur trois critères : la complexité du marché public, la complexité de la plainte et la complexité de la procédure. Le Tribunal est d'avis que la complexité de la procédure était en l'espèce particulièrement grande, puisqu'il y a eu, notamment, une partie intervenante, une autre partie en cause, plus de 15 requêtes et d'autres demandes liées à la procédure présentées au Tribunal, des réponses à ces requêtes et demandes et des exposés complémentaires présentés par les autres parties tout au long de cette procédure. Le degré inhabituellement élevé de complexité exige du Tribunal qu'il dépasse les seuils prévus dans sa *Ligne directrice*. Par conséquent, le Tribunal accorde à AINC un montant de 10 000 \$ au titre du remboursement des frais qu'il a engagés pour répondre à la plainte.

Elaine Feldman

Elaine Feldman

Membre président

Meriel V. M. Bradford

Meriel V. M. Bradford

Membre

OPINION DISSIDENTE DU MEMBRE FRY

30. Je ne suis pas d'accord avec mes collègues sur la question du remboursement de frais à la partie intervenante, First Air. À mon avis, les circonstances exceptionnelles en l'espèce justifient d'accorder des frais en faveur de First Air car cette dernière a ajouté un point de vue qui, autrement, n'aurait pas été pris en compte.

31. La nature de la relation entre Postes Canada et l'adjudicataire était un élément important dans la présente enquête. Dans des circonstances ordinaires, le Tribunal aurait pu s'appuyer sur les observations d'au moins une partie à cette relation, l'entité fédérale. Cependant, en l'espèce, AINC n'étant pas directement une partie à cette relation et Postes Canada ayant refusé l'occasion d'intervenir, First Air était l'unique source de renseignements sur cette relation. Il s'agit là d'une situation très inhabituelle.

32. Je ne suis pas d'accord avec mes collègues sur le fait qu'il soit nécessaire d'examiner la teneur de ses observations pour décider si, effectivement, First Air a ajouté un élément de fond significatif aux observations d'AINC. À mon avis, l'élément important en l'espèce est que First Air est la seule partie à l'enquête qui avait une relation clé. Autrement dit, à mon avis, ce qui importe ici, c'est la situation de First Air et le point de vue inhérent qui en découle. C'est à First Air qu'il revenait de décider quels éléments de preuve et arguments convenaient le mieux pour représenter efficacement son point de vue.

33. Je suis d'accord avec mes collègues sur le fait que le montant total à accorder au titre du remboursement des frais devrait être de 10 000 \$. Je répartirais ce montant total en deux montants, à savoir 8 000 \$ à AINC et 2 000 \$ à First Air.

Ellen Fry

Ellen Fry
Membre