



Ottawa, le jeudi 10 mai 2001

Dossier n^o : PR-2000-075

EU ÉGARD À une plainte déposée par M.D. Charlton Co. Ltd. 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, dans sa version modifiée;

ET EU ÉGARD À une requête déposée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux pour obtenir une ordonnance visant à rejeter la plainte pour le motif que le Tribunal canadien du commerce extérieur n'a pas compétence pour enquêter sur le marché parce que le marché n'est pas régi par l'*Accord sur le commerce intérieur* en raison des considérations liées à la sécurité nationale invoquées par le gouvernement.

ORDONNANCE

Le Tribunal canadien du commerce extérieur rejette par la présente la requête du ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux.

Zdenek Kvarda
Zdenek Kvarda
Membre président

Michel P. Granger
Michel P. Granger
Secrétaire

L'exposé des motifs suivra à une date ultérieure.

Date de l'ordonnance : Le 10 mai 2001
Date des motifs : Le 15 juin 2001

Membre du Tribunal : Zdenek Kvarda, membre président

Gestionnaire de l'enquête : Randolph W. Heggart

Agent d'enquête : Paule Couët

Conseiller pour le Tribunal : Dominique Laporte

Partie plaignante : M.D. Charlton Co. Ltd.

Institution fédérale : Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux

Conseillers pour l'institution fédérale : Ian McLeod
Susan D. Clarke
Christianne M. Laizner



Ottawa, le vendredi 15 juin 2001

Dossier n° PR-2000-075

EU ÉGARD À une plainte déposée par M.D. Charlton Co. Ltd. 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 requête déposée par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux pour obtenir une ordonnance visant à rejeter la plainte pour le motif que le Tribunal canadien du commerce extérieur n'a pas compétence pour enquêter sur le marché parce que le marché n'est pas visé par l'*Accord sur le commerce intérieur* en raison des considérations liées à la sécurité nationale invoquées par le gouvernement.

EXPOSÉ DES MOTIFS

PLAINTÉ

Le 16 mars 2001, M.D. Charlton Co. Ltd. (M.D. Charlton) 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 d'un marché public (demande d'achat n° M1500-012339) passé par le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (le Ministère), au nom de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), pour la fourniture de divers types de munitions à gaz et d'équipement.

M.D. Charlton a allégué que le marché public a été passé d'une manière contraire aux dispositions des accords commerciaux applicables. À titre de mesure corrective, M.D. Charlton a demandé que le contrat adjudgé à R. Nicholls Distributors Inc. LE (Nicholls) le 9 mars 2001 soit résilié et lancé à nouveau conformément à la procédure d'appel d'offres normale. Reconnaisant la difficulté qu'un nouveau lancement pourrait poser dans les circonstances, M.D. Charlton a demandé, à titre de mesure corrective de rechange, de recevoir une indemnité en reconnaissance des profits qu'elle a perdus.

Le 20 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*². Le 17 avril 2001, le Ministère a déposé un avis de requête auprès du Tribunal conformément à l'article 24 des *Règles du Tribunal canadien du commerce extérieur*³, demandant que le Tribunal rejette la plainte pour le motif que le gouvernement fédéral avait invoqué l'article 1804 de l'*Accord sur le commerce intérieur*⁴ relativement à la présente affaire et que le Tribunal n'avait donc pas compétence en l'espèce. Le 1^{er} mai 2001, M.D. Charlton a déposé ses observations en réponse. Le 10 mai 2001, le Tribunal a rendu une ordonnance dans laquelle il rejetait la requête du Ministère.

1. L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 47 [ci-après Loi sur le TCCE].
2. D.O.R.S./93-602 [ci-après Règlement].
3. D.O.R.S./91-499 [ci-après Règles].
4. 18 juillet 1994, Gaz. C. 1995.I.1323, en ligne : Secrétariat du commerce intérieur <<http://www.intrasec.mb.ca/fire/it.htm>> [ci-après ACI].

PROCÉDURE DE PASSATION DU MARCHÉ PUBLIC

Le 13 février 2001, M.D. Charlton a demandé à être autorisée à soumissionner pour le marché public. La possibilité de soumissionner n'a jamais été accordée à M.D. Charlton. Le 15 février 2001, la GRC a écrit au Ministère pour lui demander qu'un certain nombre d'invitations à soumissionner soient exemptées en invoquant des « motifs de sécurité publique » pour les soustraire aux prescriptions de notification prévues par les accords commerciaux. Ces invitations à soumissionner portaient sur une gamme de biens et de services devant être fournis par la GRC à l'appui de son rôle visant à assurer la sécurité des dirigeants de pays au Sommet des Amériques 2001, qui devait avoir lieu à Québec. La demande prévoit notamment :

Plusieurs de ces demandes ne sont pas d'intérêt public en tout ou en partie. La publication de certaines de ces demandes pourrait même compromettre la sécurité publique.

Pour toutes ces demandes où la publication est contraire à l'intérêt public, nous vous demandons d'invoquer les motifs de sécurité publique pour les soustraire aux exigences d'affichage au SEAG [MERX].

Dans une lettre datée du 21 février 2001, la sous-ministre adjointe, Direction générale du Service des approvisionnements (S.-M.A., DSA) du Ministère, a avisé la GRC notamment de ce qui suit :

En appui à vos efforts de maintien de la sécurité lors du III^e Sommet des Amériques, et afin de faciliter le processus d'approvisionnement pour les besoins où la publication est contraire à l'intérêt public, je suis d'accord pour invoquer l'exemption de sécurité publique en vertu de l'article 1804 de l'Accord sur le commerce intérieur, de l'article 1018 de l'Accord de libre-échange nord-américain, et de l'article XXIII de l'Accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce.

Le 21 février 2001, la S.-M.A., DSA, a envoyé une copie des pièces de correspondance susmentionnées au Bureau régional du Ministère pour fins de distribution au personnel compétent de la Région du Québec.

Le 5 mars 2001, la GRC a envoyé la demande d'achat en cause. Une note d'accompagnement indique que la demande en cause est « TRÈS URGENTE ». Le 6 mars 2001, le Bureau régional du Ministère a transmis la demande d'achat au bureau du Ministère à Ottawa, assortie d'une page de présentation. La page de présentation prévoit notamment :

Ces demandes sont considérées très urgentes et de nature délicate vu l'approche de cet événement important.

M. [nom du représentant du Ministère] communiquera avec vous d'ici la fin de l'après-midi pour vous fournir l'information et discuter des détails en ce qui concerne l'exemption de publication pour des raisons de sécurité nationale.

La formule de planification et d'approbation préalable des contrats relative au présent marché public, datée du 7 mars 2001, prévoit notamment à la rubrique « Observations » :

Les munitions sont achetées au nom de la GRC.

Étant donné que la demande d'achat se rapporte à la catégorie n°N1300, elle est exemptée de l'ALÉNA et de l'AMP de l'OMC. L'exemption pour le motif de sécurité nationale est invoquée à la demande de la GRC et avec l'approbation de la S.-M.A., DSA, TPSGC. Le présent marché public est donc aussi exempté de l'ACI.

Le présent marché public est urgent, et les produits à livrer doivent l'être avant la fin de mars, si possible.

Le présent marché public sera du type à fournisseur unique. [Le Plan précise que l'entrepreneur proposé est NICHOLLS.] Cependant, un PAC [préavis d'adjudication de contrat] ne sera pas affiché en conformité avec l'approbation de la S.-M.A.

[Traduction]

Un contrat afférent au présent marché public a été adjugé à Nicholls le 9 mars 2001. D'après les faits présentés à l'appui de la requête, un avis d'adjudication de marché afférent à la demande d'achat n° M1500-012339 a par inadvertance été affiché par l'intermédiaire du Service électronique d'appel d'offres canadien (MERX), le 13 mars 2001. L'existence de l'avis a été signalée à l'attention d'un représentant du Ministère le 22 mars 2001, lorsque le Tribunal a avisé le Ministère du dépôt de la plainte. L'avis a immédiatement été retiré. Il prévoit notamment :

Procédure de passation du marché (Stratégie d'approvisionnement) : Considérations de sécurité nationale.

[Traduction]

REQUÊTE

Le Ministère a soutenu que le présent marché public n'est assujéti ni à l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁵ ni à l'*Accord sur les marchés publics*⁶ en conformité avec le paragraphe 1001.1 de l'ALÉNA et l'article I de l'AMP. Le Ministère a soutenu que les types de munitions visées dans le marché public ne figurent ni à la section B de l'annexe 1001.1b-1 de l'ALÉNA ni à l'annexe 1 du Canada de l'AMP et qu'elles sont donc exclues desdits accords.

Le Ministère a en outre soutenu que le gouvernement fédéral a déterminé que le présent marché public était nécessaire pour protéger son intérêt en matière de sécurité nationale et, conformément à ses obligations internationales, pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Le Ministère a ajouté que l'exception pour le motif de sécurité nationale aux termes de l'article 1804 de l'ACI a correctement été invoquée et que le présent marché public a donc été soustrait de la portée des obligations en matière de marché public prévues par l'ACI et de la procédure de contestation des offres prévues par la Loi sur le TCCE.

Renvoyant à plusieurs reprises aux décisions rendues par le Tribunal dans PR-98-005, PR-98-006 et PR-98-009⁷, le Ministère a soutenu que ces décisions s'appliquent aux circonstances du marché public en cause. À cet égard, le Ministère a soutenu que les faits de la présente affaire établissent clairement que les dispositions de l'article 1804 de l'ACI ont été invoquées par la S.-M.A., DSA, et subséquemment appliquées par le personnel compétent du Ministère qui a agi conformément aux responsabilités qui lui étaient déléguées et au mandat découlant de l'exception invoquée par la S.-M.A.

Dans ses observations sur la requête, M.D. Charlton a dit croire que le Ministère ne veut pas traiter de la plainte et veut simplement se servir de la requête pour éluder toute question.

M.D. Charlton a soutenu que, à son avis, il n'existe pas de question de sécurité. De plus, elle a affirmé que, même si la livraison est urgente, le Ministère peut obtenir des prix de deux fournisseurs ou plus, par téléphone, ce qui ne nuira aucunement à tout calendrier de livraison.

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

6. 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. *Re plainte déposée par Lotus Development Canada* (14 août 1998) [ci-après *Lotus*].

M.D. Charlton a soutenu que la sécurité nationale n'est pas la question en litige. Elle a ajouté que la question qui fonde le litige est plutôt qu'un traitement préférentiel semble avoir été accordé à un distributeur du Québec, ce qui, selon M.D. Charlton, a violé ses droits au titre de fournisseur légitime des agences gouvernementales canadiennes. M.D. Charlton a ajouté que, en l'espèce, la question de savoir si le Ministère connaissait la capacité de M.D. Charlton de fournir les biens requis ne se pose pas. Pourtant, un traitement spécial a été accordé à un concurrent qui réside au Québec. Le fait que tant M.D. Charlton que Nicholls étaient au courant des mêmes renseignements confidentiels concernant le Sommet des Amériques 2001 a annulé toute considération justifiant le rejet d'un de ces deux fournisseurs potentiels en raison de toute disposition concernant la sécurité nationale.

DÉCISION SUR LA REQUÊTE

Le Tribunal détermine que les munitions visées dans l'achat sont des biens qui ne sont assujettis ni à l'ALÉNA ni à l'AMP. Cependant, ils sont assujettis à l'ACI.

Invoquant le principe énoncé dans *Lotus*, le Tribunal décide que, en l'espèce, le gouvernement fédéral a correctement invoqué les dispositions de l'article 1804 de l'ACI concernant la sécurité nationale eu égard au présent marché public.

Dans *Lotus*, le Tribunal a déclaré : « Le Tribunal, à titre d'organisme chargé d'examiner les contestations des offres aux termes des accords commerciaux, doit être convaincu qu'une exception concernant la sécurité nationale a de fait été invoquée et qu'elle a été invoquée par une Partie, pour l'application de l'ALÉNA et de l'AMP, et par le gouvernement fédéral, pour l'application de l'ACI. Si les conditions susmentionnées n'ont pas été remplies, alors le Tribunal n'assumerait pas sa responsabilité, aux termes des accords commerciaux, de veiller à ce que le marché public assujetti aux accords soit passé conformément aux dispositions desdits accords. De plus, le Tribunal doit également examiner si une exception concernant la sécurité nationale a été entièrement invoquée. Dans certaines circonstances, la mesure qui est prise ou les renseignements qui sont tus par le gouvernement peuvent être tels que l'exception a été invoquée relativement à un aspect particulier uniquement d'un marché public donné. Dans de telles circonstances, le Tribunal peut avoir compétence relativement à la partie du marché public qui n'est pas objet de l'exception. » [Soulignement ajouté]

Cependant, d'après les termes mêmes de la demande de la GRC datée du 15 février 2001, et de la réponse du Ministère datée du 21 février 2001, le Tribunal détermine que le recours tel qu'il a été formulé par la GRC et autorisé par le représentant officiel du Ministère est un recours partiel qui vise à exempter certains marchés publics, y compris celui en cause, seulement des exigences de publication prévues par le paragraphe 506(2) de l'ACI. Par conséquent, le Tribunal est d'avis que le présent marché public n'a pas été exempté des autres exigences portant sur la procédure prévues par l'ACI, et que le Tribunal a, dans cette mesure, compétence en l'espèce. Étant donné que la plainte déposée par M.D. Charlton ne se rapporte pas aux exigences de publication prévues par le paragraphe 506(2) de l'ACI, le Tribunal demeure compétent pour connaître de l'espèce.

Zdenek Kvarda
Zdenek Kvarda
Membre président