

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20230502

Dossier : A-148-21

Référence : 2023 CAF 88

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE STRATAS
LE JUGE WEBB
LE JUGE RENNIE**

ENTRE :

**HEILTSUK HORIZON MARITIME
SERVICES LTD. et
HORIZON MARITIME SERVICES LTD.**

demandereses

et

**ATLANTIC TOWING LIMITED et
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

défendeurs

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 29 mars 2023.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 2 mai 2023.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE RENNIE

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE STRATAS
LE JUGE WEBB**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20230502

Dossier : A-148-21

Référence : 2023 CAF 88

**CORAM : LE JUGE STRATAS
LE JUGE WEBB
LE JUGE RENNIE**

ENTRE :

**HEILTSUK HORIZON MARITIME
SERVICES LTD. et
HORIZON MARITIME SERVICES LTD.**

demanderes

et

**ATLANTIC TOWING LIMITED et
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA**

défendeurs

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE RENNIE

[1] Les demanderes, Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. et Horizon Maritime Services Ltd., demandent le contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) (dossier n° PR-2020-068) conformément aux articles 18.1 et 28

de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Dans leur plainte devant le Tribunal, les demandereses ont soutenu que le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux (TPSGC) a indûment permis à la défenderesse Atlantic Towing Limited (ATL) de remplacer les quatre capitaines de navire initialement proposés dans sa soumission retenue par de nouveaux capitaines, contrairement aux critères de la demande de propositions (DP) relativement au remplacement des personnes désignées dans le contrat. Le Tribunal a déterminé que la plainte des demandereses n'était pas fondée.

[2] Le sous-alinéa 7.46a)(i) de la DP précisait qu'un soumissionnaire retenu ne pouvait remplacer les capitaines proposés dans ses soumissions que si ces derniers n'étaient pas en mesure de fournir les services prévus. Le sous-alinéa 7.46a)(ii) de la DP exigeait que « les qualifications et l'expérience du remplaçant doivent correspondre à la note obtenue par la ressource originale ou la dépasser ».

[3] La procédure de passation des marchés publics a été entreprise par TPSGC au nom de la Garde côtière canadienne (GCC), qui demandait deux remorqueurs d'urgence, par affrètement à temps. Dans l'élaboration de la demande de propositions, TPSGC a imposé aux soumissionnaires des exigences techniques et des systèmes de pointage à critère coté. En application du critère 20 (MR 20), les navires devaient être opérés par un capitaine ayant au moins cinq ans d'expérience dans le « remorquage en mer et d'urgence ». En application de l'exigence cotée 24 (le critère RR 24), les soumissionnaires ont reçu des points en fonction des années d'expérience des capitaines proposés dans le domaine du remorquage en mer et d'urgence. L'échelle a été plafonnée à 18 points pour les capitaines qui possèdent dix ans ou plus d'expérience.

[4] L'appel d'offres de TPSGC a recueilli sept soumissions, y compris des soumissions des demanderesses et d'ATL. TPSGC a finalement choisi ATL comme soumissionnaire gagnant. Les quatre capitaines de l'offre initiale d'ATL ont satisfait au critère MR 20 et ont reçu la meilleure note en application du critère RR 24, chacun ayant plus de dix ans d'expérience dans le remorquage en mer et d'urgence. Moins d'un mois après l'adjudication du contrat, ATL a proposé le remplacement de tous les capitaines qu'elle avait initialement proposés dans sa soumission. TPSGC et la GCC ont approuvé les remplacements.

[5] Après avoir examiné la plainte des demanderesses concernant ces remplacements, le Tribunal a noté que son rôle n'était pas de procéder à sa propre évaluation des capitaines remplaçants d'ATL, mais simplement de déterminer si l'évaluation par TPSGC des capitaines remplaçants en fonction des critères MR 20 et RR 24 était raisonnable (motifs au para. 56). Le Tribunal a déclaré que sa tâche à cet égard était entravée par l'absence d'éléments de preuve, parallèlement à l'approbation des remplacements, à l'appui de la conclusion que les capitaines remplaçants se conformaient au critère MR 20 et méritaient des notes maximales en application du critère RR 24.

[6] Il s'agissait d'une observation exacte. La correspondance par courriel entre les représentants de TPSGC et de la GCC a mis en évidence l'idée que l'omission de comparer les exigences cotées des capitaines d'origine avec celles des capitaines remplaçants était en conflit avec l'article 7.46 de la demande de propositions, qui exigeait que ces derniers possèdent une expérience qui égale ou dépasse celle des capitaines proposés à l'origine. Un représentant de la GCC a affirmé que [TRADUCTION] « l'expérience, les connaissances et les capacités [des

capitaines remplaçants proposés] correspondent aux attentes ». Cependant, il a mentionné qu'il est arrivé à cette conclusion [TRADUCTION] « [s]ans ... faire de comparaison avec les documents originaux du contrat et en se fondant uniquement sur les curriculum vitæ présentés » (dossier de demande des demanderesses à la p. 2223). Plus tôt dans l'échange par courriel, ce même représentant avait exprimé sa réserve quant au fait que la GCC n'ait pas évalué les curriculum vitæ des capitaines remplaçants de la même manière qu'elle avait évalué les curriculum vitæ originaux, ce qui pouvait [TRADUCTION] « compromettre la validité du contrat » (dossier de demande des demanderesses à la p. 2225).

[7] Le Tribunal a souligné que TPSGC « aurai[t] dû documenter les efforts déployés pour s'assurer que les capitaines remplaçants répondraient aux exigences obligatoires et qu'ils obtiendraient des notes équivalentes à celles qu'ont obtenu les capitaines originaux pour les exigences cotées » (motifs au para. 60). Néanmoins, le Tribunal a conclu que TPSGC avait raisonnablement déterminé que chacun des capitaines remplaçants avait satisfait au critère MR 20 (motifs au para. 49), et que les quatre capitaines remplaçants auraient obtenu la même note en application du critère RR 24 que les capitaines originaux (motifs aux para. 57-58).

[8] Le Tribunal est arrivé à cette conclusion parce que le « TPSGC a eu l'occasion de démontrer » sous forme de curriculum vitæ des capitaines remplaçants, « ainsi qu'à expliquer le processus de remplacement » (motifs au para. 61). Ainsi, bien qu'il n'existe aucune preuve contemporaine démontrant la conformité au critère MR 20 et aux notes maximales en application du critère RR 24, le Tribunal a finalement conclu, en se fondant sur sa propre évaluation des curriculum vitæ, que les capitaines remplaçants possédaient une expérience équivalente à celle

des capitaines d'origine. Le Tribunal a exprimé son désaccord à l'égard de l'absence d'éléments de preuve justifiant la décision de TPSGC en adjugeant les dépens (motifs au para. 61).

[9] Le Tribunal a souligné que TPSGC n'avait pas divulgué tous les documents pertinents dans son rapport de l'institution fédérale requis, y compris la correspondance par courriel mentionnée ci-dessus (motifs au para. 20). Cela a donné lieu à plusieurs rondes d'observations, à la suite desquelles le Tribunal a rendu une ordonnance de production (motifs au para. 67). Le Tribunal a noté que TPSGC avait aussi inutilement désigné des documents comme étant confidentiels et qu'il avait « étayé les allégations non fondées et inutiles d'ATL selon lesquelles les conseillers juridiques de Heiltsuk Horizon avaient manqué à leurs obligations de confidentialité » (motifs au para. 67).

[10] Devant la Cour, la décision du Tribunal est évaluée selon la norme de la décision raisonnable (*Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26 aux para. 61 et 62).

[11] Une décision est dite raisonnable si elle est « fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujetti » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S 653 au para. 85 [*Vavilov*]). Il n'est pas nécessaire que les motifs soient jugés au regard d'une norme de perfection; il faut donner une certaine latitude pour tenir compte de la nature de l'instance et des procédures et pratiques administratives générales d'un tribunal. Une cour de révision doit être en mesure de suivre un raisonnement sans

« buter sur une faille décisive » et être convaincue de la présence d'un mode d'analyse qui pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait (*Vavilov* au para. 102). Cependant, lorsqu'il n'est pas clair comment un tribunal a rendu sa décision, une cour de révision devrait examiner le dossier présenté au décideur pour voir si le fondement du raisonnement adopté est néanmoins apparent.

[12] En l'espèce, il n'y avait pas de lien entre la preuve et la conclusion du Tribunal. La Cour a insisté auprès des avocats pour qu'ils démontrent, sur la base des curriculum vitæ, comment on a pu conclure que tous les capitaines remplaçants ont satisfait au critère MR 20 et ont obtenu la note maximale pour le critère RR 24. Ils n'ont pas été en mesure de le faire. Les avocats ont soutenu que l'équivalence de l'expérience peut être déduite du type de navires sur lesquels les capitaines remplaçants ont servi, tel qu'il est décrit dans leur curriculum vitæ. Je ne suis pas de cet avis.

[13] Les défendeurs s'appuient sur l'affidavit d'un représentant de la GCC, Henri Legros, qui affirme que les trois premiers remplacements ont été proposés le 4 septembre 2018, un mois après l'attribution du contrat. M. Legros affirme que, le 11 septembre 2018, il a examiné le curriculum vitæ des capitaines remplaçants proposés et était convaincu que ces capitaines satisfaisaient au critère MR 20 et avaient obtenu la note maximale pour le critère RR 24. Le 28 septembre 2018, il a reçu le curriculum vitæ du quatrième capitaine remplaçant; l'auteur de l'affidavit a approuvé cette substitution le 4 octobre 2018.

[14] Cet affidavit justifie trois commentaires.

[15] Premièrement, l'affidavit a été fait le 7 février 2021, c'est-à-dire environ deux ans et demi après la proposition des remplacements. Aucune note, note de service ou autre élément de preuve ne corrobore l'existence d'une évaluation comparative comme l'exige l'article 7.46 de la DP. Étant donné que le seul élément de preuve suggérant que la GCC a entrepris une évaluation comparative est un affidavit fait deux ans plus tard, sans aucun élément de preuve corroborant illustrant l'approche de la GCC, l'affidavit ne peut pas combler l'écart entre la preuve présentée au Tribunal et sa décision finale selon laquelle TPSGC et la GCC avaient suivi le cadre de la DP visant les remplacements de ressources après l'attribution du contrat.

[16] Deuxièmement, j'accepte volontiers qu'un aspect des curriculum vitæ qui n'est pas évident pour un lecteur profane puisse être évident pour quelqu'un qui travaille dans le domaine. Toutefois, l'affidavit de M. Legros n'explique ou n'indique pas comment, ou même si, les curriculum vitæ répondaient à première vue aux critères lorsqu'ils ont été examinés par un professionnel expérimenté ou formé dans le domaine.

[17] Troisièmement, l'affidavit de M. Legros, dans son ton et son libellé, est argumentatif et non pas simplement descriptif. Il se lit comme s'il s'agissait du mémoire des faits et du droit du procureur général du Canada. L'affidavit, par exemple, va au-delà d'une description objective de ce qui s'est passé au cours du processus d'évaluation et devient un plaidoyer, transmettant une position sur le fond de la question juridique (voir par exemple l'affidavit de M. Legros aux para. 28 et 36 à 39), qui va à l'encontre de la directive de cette Cour dans l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 116 [*Tsleil-Waututh*] relativement au rôle et à l'objet de la preuve par affidavit (*Tsleil-Waututh* au para. 37).

[18] Le deuxième affidavit déposé par la défenderesse ATL présente des lacunes semblables. L'affidavit de M. Gilles Gagnon, vice-président et directeur général d'ATL, offre l'opinion selon laquelle les capitaines remplaçants ont satisfait au critère MR 20 et ont obtenu la note maximale pour le critère coté RR 24. Deux problèmes se posent ici : premièrement, il s'agit d'une preuve d'opinion inappropriée (*Shoan c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 174, 82 Admin LR. (6th) 1 au para. 4), et deuxièmement, en tant que représentant d'ATL, l'opinion de M. Gagnon n'est pas pertinente. Seule la conclusion de TPSGC sur l'équivalence était en litige devant le Tribunal. J'ajoute que d'autres paragraphes de l'affidavit de M. Gagnon sont argumentatifs et ne reflètent pas l'exposé clinique des faits, contrairement à ce qu'un affidavit doit présenter (*Bande Indienne Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 292 au para. 20; *Tsleil-Waututh* aux para. 37 et 42).

[19] Ces préoccupations, aussi sérieuses soient-elles, n'ont aucune incidence sur la décision que je propose de rendre en réponse à la présente demande. Le Tribunal n'a pas, de toute évidence, fondé sa décision sur l'affidavit de M. Legros et ne l'a pas non plus invoqué dans ses motifs.

[20] Bien que trois des curriculum vitæ aient fait référence à l'expérience en « remorquage », aucun ne fait spécifiquement référence au « remorquage en mer et d'urgence », qui est au centre des critères obligatoires et cotés. Le quatrième curriculum vitæ, dont la substitution a été approuvée le 4 octobre 2018, ne mentionne pas du tout le remorquage. Je note que l'absence de l'expression « remorquage en mer et d'urgence » dans les curriculum vitæ des capitaines remplaçants proposés par ATL contraste avec le libellé exprès des curriculum vitæ des capitaines

originaux d'ATL, qui comprennent tous une référence claire à cette expression technique. Les curriculum vitæ montrent également des lacunes dans l'emploi et les périodes de travail à terre; la question de savoir si et dans quelle mesure ces caractéristiques ont été prises en compte, ou auraient dû l'être, reste ouverte. Rien dans l'affidavit de M. Legros n'explique comment la GCC a réagi à ces divergences apparentes dans les curriculum vitæ des capitaines remplaçants.

[21] L'arrêt *Vavilov* nous enseigne que, même si le résultat de la décision pourrait sembler raisonnable dans des circonstances différentes, il n'est pas loisible à la cour de révision (ou en l'espèce, à un tribunal de révision) de faire abstraction du fondement erroné de la décision et d'y substituer sa propre justification du résultat (*Vavilov* au para. 96; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6 aux para. 26 à 28). En l'espèce, le Tribunal a effectué l'évaluation qui aurait dû être effectuée par TPSGC, dans des circonstances qui l'ont obligé à formuler des hypothèses au sujet de l'expérience décrite dans les curriculum vitæ et de la conformité aux exigences de l'article 7.46 de la DP.

[22] Avant de conclure, j'examine l'argument avancé par ATL selon lequel la décision de TPSGC relativement à l'équivalence des remplacements en application du sous-alinéa 7.46a)(ii) de la DP était une question d'administration du contrat et non d'approvisionnement du contrat. Cet argument a été rejeté par le Tribunal. Une telle décision relève de l'expertise et du mandat du Tribunal, et je ne vois aucune erreur dans ses motifs.

[23] La réparation habituelle lorsqu'on fait droit à une demande de contrôle judiciaire consiste à annuler la décision et à renvoyer l'affaire devant le tribunal pour qu'il rende une nouvelle

décision. Toutefois, dans le contexte d'un contrôle judiciaire, les recours sont discrétionnaires et il existe des circonstances où une cour de justice peut s'écarter de la pratique habituelle (*Vavilov* au para. 142; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374 aux para. 99 à 102; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Rogers Communications Inc.*, 2023 CAF 16, 477 D.L.R. (4th) 553 au para. 11).

[24] Il s'agit de l'un de ces cas en l'espèce. Compte tenu des limites de la preuve présentée au Tribunal, ce dernier ne pouvait tirer qu'une seule conclusion et, ainsi, il ne servirait à rien de lui renvoyer l'affaire.

[25] En conséquence, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, le tout avec dépens. J'annulerais la décision du Tribunal et je déclarerais la plainte valide.

« Donald J. Rennie »

j.c.a.

« Je suis d'accord.
Le juge Stratas, j.c.a. »

« Je suis d'accord.
Le juge Webb, j.c.a. »

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-148-21

INTITULÉ : HEILTSUK HORIZON
MARITIME SERVICES LTD. et
autre c. ATLANTIC TOWING
LIMITED et autre

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 29 MARS 2023

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE RENNIE

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE STRATAS
LE JUGE WEBB

DATE DES MOTIFS : LE 2 MAI 2023

COMPARUTIONS :

Frank Metcalf
Seamus Ryder
POUR LES DEMANDERESSES

Julie K. Parla
Robert Glasgow
POUR LA DÉFENDERESSE
ATLANTIC TOWING LIMITED

Brendan F. Morrison
Zachary Rosen
POUR LE DÉFENDEUR
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Metcalf & Company
Halifax (Nouvelle-Écosse)
POUR LES DEMANDERESSES

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Toronto (Ontario)
POUR LA DÉFENDERESSE
ATLANTIC TOWING LIMITED

Lenczner Slaght LLP
Toronto (Ontario)
POUR LE DÉFENDEUR
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU
CANADA