

Date : 20061110

Dossier : T-1605-04

Référence : 2006 CF 1371

Toronto (Ontario), le 10 novembre 2006

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE KELEN

ENTRE :

AGUSTAWESTLAND INTERNATIONAL LIMITED

demanderesse

et

**LE MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS
ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX DU CANADA
et SA MAJESTÉ LA REINE**

défendeurs

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

[1] La demanderesse a présenté une requête afin d'obtenir une ordonnance prescrivant aux défendeurs de déposer un affidavit de documents plus complet et de fournir des renseignements au sujet de certains documents à l'égard desquels ils opposent une objection fondée sur le privilège.

CONTEXTE

L'instance principale

[2] La présente instance a débuté le 1^{er} septembre 2004 par la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Le 2 décembre 2005, la Cour a ordonné que l'instance soit convertie en une action. Le contexte de l'action principale est exposé aux paragraphes 4 à 9 des motifs de l'ordonnance par laquelle j'ai rejeté une requête en jugement sommaire dans la décision *Agustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2006 CF 767.

Le processus de divulgation des documents

[3] Le 14 février 2006, la Cour a rendu, sur consentement, une ordonnance (l'ordonnance de février) qui rendait compte de l'entente intervenue entre les parties quant à la divulgation des documents. Plus particulièrement, la Cour a ordonné que la demanderesse signifie son affidavit de documents au plus tard le 20 mars 2006 et que les défendeurs signifient le leur au plus tard le 1^{er} mai 2006. L'ordonnance prescrivait aussi à la demanderesse de signifier, avec son affidavit, deux listes énumérant des documents pertinents qu'elle croyait être en la possession des défendeurs. La première liste (liste A) devait faire état de demandes présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, et la seconde devait dresser la nomenclature de tous les autres documents particuliers et catégories de documents (liste B).

[4] La demanderesse a transmis ses deux listes aux défendeurs le 10 février 2006. Elle leur a aussi communiqué des listes supplémentaires (listes supplémentaires A et B) le 3 mars 2006. Toutefois, la demanderesse n'a pas signifié son affidavit de documents au plus tard le 20 mars 2006

ainsi que le prescrivait l'ordonnance. Elle a plutôt demandé et obtenu une ordonnance prorogeant jusqu'au 29 mars 2006 le délai pour signifier son affidavit de documents.

[5] Le 1^{er} mai 2006, les défendeurs ont signifié leur affidavit de documents, souscrit par Michel Lapointe le 12 avril 2006 (le premier affidavit). Le premier affidavit a été jugé insuffisant et, dans une ordonnance en date du 12 mai 2006 (l'ordonnance de mai), la Cour a conclu que le défendeur ne s'était pas conformé à l'ordonnance de février. La Cour a ensuite ordonné que :

- 1) les défendeurs produisent, au plus tard le 31 juillet 2006, un affidavit supplémentaire incluant les documents pertinents non privilégiés énumérés dans les listes A et B et les listes supplémentaires A et B de la demanderesse;
- 2) les défendeurs transmettent les documents à la demanderesse au fur et à mesure qu'ils seront mis à la disposition des avocats des défendeurs;
- 3) les défendeurs fassent connaître aux avocats de la demanderesse sans délai, le cas échéant, qu'ils considèrent qu'un document figurant dans les listes de la demanderesse n'est pas pertinent ou privilégié, de façon à ce que la question puisse être résolue ou tranchée par voie de requête;
- 4) les parties procèdent à des interrogatoires préalables au cours des mois de juillet et d'août 2006, aux dates sur lesquelles les parties se seront entendues, en commençant par les interrogatoires portant sur l'évaluation des soumissions.

[6] Les défendeurs ont fourni un affidavit de documents supplémentaire, souscrit le 2 août 2006 (le deuxième affidavit). Entre le prononcé de l'ordonnance de mai et la transmission du deuxième affidavit, les défendeurs ont déposé, au fil de treize envois transmis à différentes dates, des documents totalisant 92 088 pages. Le défendeur a aussi transmis un deuxième affidavit de documents supplémentaire, souscrit le 5 octobre 2006, qui compte 11 789 pages additionnelles de documents (le troisième affidavit). De plus, le défendeur a annoncé qu'il déposerait un troisième

affidavit de documents supplémentaire au plus tard le 2 novembre 2006 (le quatrième affidavit), date fixée pour l'audition de la présente requête.

[7] Depuis que les défendeurs ont commencé à divulguer des documents, l'avocat de la demanderesse a envoyé à l'avocat des défendeurs plusieurs lettres dans lesquelles il se plaint de lacunes dans les affidavits et les documents y annexés. Depuis que la demanderesse a déposé la présente requête, dont le but initial était de forcer la production d'un affidavit de documents plus complet, les parties ont résolu certaines des plaintes formulées par la demanderesse et ont convenu de régler à l'amiable certaines des lacunes alléguées.

Les documents litigieux

[8] La demanderesse a classé dans quatre annexes, les annexes A à D, les lacunes alléguées dans les documents des défendeurs :

Annexe A

« Lacunes dans les brevets » constatées dans les documents présentés; ces lacunes sont réparties dans les sous-catégories suivantes :

- 1.1 lacunes dans les brevets découvertes dans les documents non confidentiels;
- 1.2 documents assujettis à la *Loi sur l'accès à l'information* et comportant des coupures inopportunes;
- 1.3 lacunes dans les brevets découvertes dans les documents confidentiels.

Annexe B

Documents pertinents que les défendeurs ont omis ou refusé de produire; ces documents sont répartis dans les sous-catégories suivantes :

- 1.1 documents assujettis à la *Loi sur l'accès à l'information*, mentionnés dans la liste A et la liste supplémentaire A et que les défendeurs ont omis ou refusé de divulguer;
- 1.2 documents non confidentiels mentionnés dans la liste B et la liste supplémentaire B et que les défendeurs ont omis ou refusé de divulguer;
- 1.3 documents confidentiels mentionnés dans la liste B et la liste supplémentaire B et que les défendeurs ont omis ou refusé de divulguer.

Annexe C

Documents manquants :

- 1.1 documents manquants mentionnés dans la liste B et la liste supplémentaire B, notamment :
 - A. la version contractuelle de certains plans de proposition;
 - B. attestations de statut.

Annexe D

Fonctionnaires responsables qui n'ont fourni que peu de documents ou qui n'ont fourni aucun document.

[9] Les défendeurs soutiennent qu'eux-mêmes et leur avocat ont fait preuve de diligence et n'ont ménagé aucun effort pour fournir en temps opportun à la demanderesse des copies de tous les documents pertinents. Ils font valoir en particulier que tous les documents pertinents non privilégiés en leur possession, sous leur autorité ou sous leur garde, auront été rassemblés et produits au plus

tard le 2 novembre 2006. Les seuls documents qui ne peuvent pas être produits sont les documents assujettis à l'examen du Bureau du Conseil privé relativement au privilège du Cabinet et les documents qui nécessitent l'autorisation des États-Unis en vertu du *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR).

[10] La demanderesse a initialement sollicité une ordonnance prescrivant la production des documents mentionnés dans les annexes à sa requête; cependant, les défendeurs ont produit plusieurs de ces documents, notamment ceux du quatrième affidavit présenté en vue de l'audience portant sur la présente requête. En conséquence, les parties ont indiqué qu'il suffisait que la Cour examine les objections suivantes des défendeurs à la divulgation qui sont fondées sur l'absence de pertinence.

Objections fondées sur l'absence de pertinence

[11] Les défendeurs se sont opposés à la divulgation en invoquant l'absence de pertinence à l'égard de trois catégories de documents :

- 1) les documents établis après que le ministre a annoncé l'attribution du marché le 23 juillet 2004;
- 2) les documents provenant de l'étape de la présélection en vue du marché public;
- 3) la base de données et le logiciel d'évaluation des propositions utilisés pour la passation de ce marché public.

QUESTIONS EN LITIGE

[12] Étant donné que les parties, depuis le dépôt de la requête de la demanderesse, ont convenu de régler à l'amiable bon nombre des questions soulevées dans la requête, la Cour n'est appelée à trancher que les quatre questions suivantes pour ce qui est de la présente requête :

- 1) la question préliminaire concernant l'admissibilité des affidavits souscrits par M. Alan J. Lenczner, c.r., l'avocat principal des défendeurs dans la présente action;
- 2) la pertinence des documents établis après que le ministre a annoncé, le 23 juillet 2004, l'attribution du marché, par rapport à l'action en contrôle judiciaire de la décision du 23 juillet 2004; autrement dit, les documents établis après la décision sont-ils effectivement assujettis au contrôle judiciaire de la Cour?
- 3) la pertinence des documents provenant de l'étape de la présélection en vue du marché public;
- 4) la pertinence de la base de données et du logiciel d'évaluation des propositions utilisés pour la passation du marché public en cause.

ANALYSE

Première question : l'admissibilité des affidavits de M. Lenczner

[13] Le dossier de requête des défendeurs comporte deux affidavits d'Alan J. Lenczner, c.r. Dans ces affidavits, M. Lenczner décrit en détail la démarche suivie par les défendeurs pour recueillir et examiner les documents en vue de les divulguer à la demanderesse. M. Lenczner assure personnellement la conduite de la défense de la présente action pour le compte des défendeurs depuis le 25 avril 2006. Il dirige l'équipe d'avocats et de techniciens juridiques responsables de rassembler, numériser et coder la documentation se rapportant à ce litige, qui totalise plus de 120 000 pages. M. Lenczner expose aussi les efforts déployés par les défendeurs pour produire les documents et leur réponse à plusieurs allégations de la demanderesse concernant l'existence de lacunes dans un affidavit inclus dans le dossier de requête supplémentaire des défendeurs. Cette description étaye dans l'ensemble l'affirmation des défendeurs selon laquelle ils ont consacré

beaucoup de temps et des ressources considérables pour se conformer de bonne foi à leurs obligations en matière de divulgation.

[14] La demanderesse s'oppose à l'admissibilité des affidavits de M. Lenczner. Elle prétend que chacun de ces affidavits, étant souscrit par un avocat, est composé en grande partie de oui-dire et que les affidavits sont dans une large mesure dénués de pertinence. La demanderesse s'appuie sur l'article 82 des *Règles des Cours fédérales*, qui prévoit :

Utilisation de l'affidavit d'un avocat

Use of solicitor's affidavit

82. Sauf avec l'autorisation de la Cour, un avocat ne peut à la fois être l'auteur d'un affidavit et présenter à la Cour des arguments fondés sur cet affidavit.

82. Except with leave of the Court, a solicitor shall not both depose to an affidavit and present argument to the Court based on that affidavit.

[15] À mon avis, il n'est pas approprié, dans les circonstances, que M. Lenczner atteste les faits exposés dans les affidavits qu'il a souscrits. Comme il a été mentionné, M. Lenczner a une connaissance personnelle des faits énoncés dans ses affidavits puisqu'il est personnellement responsable de la gestion de la communication des documents. J'accepte l'argument de M. Lenczner qui affirme que personne au sein du gouvernement ne connaît mieux que lui le processus suivi pour la divulgation des documents dans le présent litige. En deux mots, il n'y a vraisemblablement personne de mieux qualifié pour déposer en preuve les éléments que M. Lenczner a exposés dans ses affidavits.

[16] Quant à l'article 82 des Règles, l'interdiction concernant l'utilisation de l'affidavit d'un avocat s'applique seulement lorsqu'un avocat est l'auteur d'un affidavit et présente à la Cour des arguments fondés sur cet affidavit. Or, M. Lenczner n'a pas présenté à la Cour des arguments fondés sur les affidavits qu'il a souscrits. Il a retenu les services de M. Brongers pour plaider la

requête et une autre avocate des défendeurs, M^{me} Fuerst, a formulé des observations écrites dans le dossier de requête produit en réponse.

[17] La demanderesse soutient en outre qu'en souscrivant ses affidavits, M. Lenczner a mis les défendeurs à l'abri de tout contre-interrogatoire sur ces affidavits. Je ne peux pas être d'accord avec cet argument. M. Lenczner a clairement fait savoir à la demanderesse qu'il se tenait à sa disposition pour être contre-interrogé sur ses affidavits. De fait, dans la mesure où la demanderesse conteste le processus même de divulgation de documents des défendeurs, il pourrait être avantageux pour elle de se prévaloir de cette possibilité ou de demander l'autorisation de contre-interroger l'un des auteurs des affidavits de documents.

[18] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je conclus que, dans les circonstances, les affidavits de M. Lenczner sont admissibles.

Deuxième question : Les documents établis après l'annonce, le 23 juillet 2004, de l'attribution du marché

[19] Les défendeurs n'ont pas accepté de divulguer les documents énumérés à l'annexe C de la requête de la demanderesse au motif que les documents relatifs à des événements postérieurs au 23 juillet 2004 ne sont pas pertinents pour la présente instance.

[20] La demanderesse soutient que ces documents sont pertinents puisqu'ils ont trait à l'exécution du marché dont, prétend la demanderesse, Sikorsky ne peut pas s'acquitter conformément aux modalités énoncées dans la demande de propositions (DDP). L'ordonnance

d'avril 2005 a été rendue avant que l'instance soit convertie en une action; dès lors, les obligations en matière de divulgation sont plus étendues qu'elles ne l'étaient auparavant, lorsque l'instance se présentait comme une demande de contrôle judiciaire.

[21] Les défendeurs affirment que, malgré la conversion de la demande en une action, les seuls éléments de preuve pertinents pour l'instruction sont les documents dont disposait le décideur avant que le ministre annonce que le marché serait attribué à Sikorsky. Je ne partage pas cet avis. S'il est bien établi que le contrôle judiciaire d'une décision s'effectue sur la base des documents dont disposait le décideur au moment où il a pris sa décision, il existe une exception pour les cas où il est allégué que le décideur a manqué à l'équité procédurale ou a commis une erreur de compétence :

Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario, [2003]

1 C.F. 331, au paragraphe 30 (C.A.F.); demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée,

[2002] C.S.C.R. n° 316; voir aussi l'article 306 des *Règles des Cours fédérales*.

[22] L'exception à la règle générale énoncée ci-dessus a été appliquée par le juge Campbell dans la décision *Schwarz Hospitality Group Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFPI 961, dans laquelle il a confirmé, aux paragraphes 7 et 8, l'admissibilité d'éléments de preuve postérieurs à la décision dans les cas d'allégations de mauvaise foi ou de partialité :

En ce qui concerne l'affidavit de M^{me} Ethier en date du 30 mai 2002 [...] qui porte sur des faits postérieurs à la décision, la demanderesse a fait valoir devant le protonotaire que la preuve se rapportait à la décision contestée puisque la déclaration sous serment avait été faite de « mauvaise foi » et elle maintient cet argument dans le cadre du présent appel.

Le protonotaire a conclu que, n'ayant pas été saisi de l'affidavit de M^{me} Ethier avant de rendre sa décision, l'affidavit n'était pas pertinent. Un élément de preuve présenté postérieurement à la décision peut être très pertinent en ce qui concerne une allégation de « mauvaise foi » ou de « partialité » et par conséquent, j'arrive à la conclusion que la décision du protonotaire ne tient pas compte de l'argument formulé et constitue de ce fait une erreur.

[Non souligné dans l'original]

[23] La demanderesse allègue dans sa déclaration que Sikorsky ne pouvait pas avoir respecté les exigences relatives aux dates de livraison conformément aux modalités du contrat type de la DDP, et que les défendeurs le savaient ou auraient dû le savoir. La demanderesse avance que la décision des défendeurs d'attribuer le marché à Sikorsky est entachée de partialité et de mauvaise foi. La demanderesse formule aussi d'autres allégations de partialité que la Cour n'a pas à exposer en détail pour les besoins de la présente ordonnance.

[24] La demande de contrôle judiciaire en l'espèce a été introduite avant que le marché soit attribué à Sikorsky en novembre 2004. Depuis, une série de documents postérieurs à la décision d'attribuer le marché à Sikorsky a vu le jour et ces documents, allègue la demanderesse, démontrent qu'il y a eu partialité et mauvaise foi. Ces documents comprennent notamment une progression de versions du contrat proposées par Sikorsky ainsi que des rapports de situation. Évidemment, l'allégation selon laquelle Sikorsky ne pourrait pas livrer l'hélicoptère dans le délai prévu de 48 mois pourrait bientôt être résolue, au rythme où progresse la poursuite en l'espèce. Le délai de 48 mois expire en novembre 2008. La Cour conclut sans hésitation que les documents *ex post facto* qui sont utiles pour prouver les allégations de partialité et de mauvaise foi portées contre les défendeurs sont pertinents dans le cadre de la présente instance. Il serait injustifié et absurde de ne pas produire des documents *ex post facto* qui peuvent être probants pour établir la partialité et la mauvaise foi.

[25] Les défendeurs ont fait valoir, à l'audition de la requête, que l'obligation de divulgation se limite en l'espèce aux documents pertinents à l'égard des moyens soulevés par la demanderesse en vue du contrôle judiciaire et exclut plus particulièrement les documents qui ne sont pertinents que pour les causes d'action invoquées dans la déclaration de la demanderesse. Il en est ainsi, selon les défendeurs, parce que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Grenier c. Canada*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, 262 D.L.R. (4th) 337, 344 N.R. 102, exige que le contrôle judiciaire d'une décision ministérielle précède toute action en dommages-intérêts consécutive à cette décision. Ainsi que je l'ai indiqué plus haut, j'estime que les documents sollicités par la demanderesse dans le cadre de la présente requête s'inscrivent dans le volet du contrôle judiciaire de la présente affaire. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner séparément l'étendue des documents pertinents au regard des causes d'action invoquées par la demanderesse. Néanmoins, si ma conclusion sur ce point est erronée, je conclurais à titre subsidiaire que l'arrêt *Grenier* ne s'applique pas en l'espèce.

[26] Dans les motifs de l'ordonnance que j'ai rendue le 15 juin 2006, 2006 CF 767, j'ai dit ce qui suit au paragraphe 47 :

Dans l'arrêt *Grenier c. Canada* [...] la Cour d'appel fédérale a déclaré qu'une personne ne pouvait remettre en cause indirectement, par voie d'une action en dommages-intérêts, la légalité d'une décision pouvant faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire dans les trente jours de son prononcé, ainsi que le prévoit le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. J'ajouterais que le paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* dispose que les recours extraordinaires prévus aux paragraphes 18(1) ou (2) sont exercés exclusivement par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. L'arrêt *Grenier* s'applique aux décisions administratives qui peuvent en principe faire l'objet d'un contrôle judiciaire, et non aux actes pour lesquels Sa Majesté peut normalement être poursuivie en justice pour inexécution de contrat ou au titre de sa responsabilité civile délictuelle. Pour cette raison, l'action contractuelle et délictuelle de la demanderesse ne serait pas irrecevable si la demanderesse n'avait pas, contrairement à ce qu'elle a fait, introduit une instance en contrôle judiciaire portant sur le même objet.

[Renvoi omis]

[27] Je précise ma pensée. L'arrêt *Grenier* établit qu'une action en dommages-intérêts qui découle d'une décision ministérielle ne peut précéder le contrôle judiciaire de la décision en cause. Toutefois, je ne peux pas souscrire à l'argument des défendeurs selon lequel l'arrêt *Grenier* a pour conséquence importante d'interdire qu'une action en dommages-intérêts et un contrôle judiciaire se poursuivent simultanément. L'examen des considérations de principe qu'a exposées la Cour d'appel dans l'arrêt *Grenier* pour interdire les contestations indirectes m'amène à conclure que le raisonnement qui sous-tend ce jugement ne s'étend pas aux faits de la présente espèce.

[28] Dans l'arrêt *Grenier*, la Cour d'appel a fait état de trois principes généraux justifiant l'interdiction de contester une décision ministérielle au moyen d'une action en dommages-intérêts avant de la contester par voie de contrôle judiciaire : le partage des compétences entre la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux, l'importance de la finalité des décisions et la dissuasion des contestations indirectes. Comme je l'expliquerai ci-dessous, aucune de ces considérations de principe n'est en cause en l'espèce.

[29] La Cour d'appel a dit au paragraphe 26 que la possibilité pour un demandeur de contester indirectement une décision ministérielle en intentant une action en dommages-intérêts entrerait en conflit avec la compétence exclusive conférée à la Cour fédérale par l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* :

C'est aussi réintroduire judiciairement le partage des compétences entre la Cour fédérale et les tribunaux des provinces. C'est faire renaître dans les faits une ancienne problématique à laquelle le législateur fédéral a remédié par l'adoption de l'article 18 et l'attribution d'une compétence exclusive à la Cour fédérale et, dans les cas de l'article 28, à la Cour d'appel fédérale. C'est précisément cette intention législative que la Cour d'appel du Québec a reconnue dans l'affaire [*Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209] afin d'éviter que l'action en dommages, introduite en Cour supérieure du Québec et s'attaquant à la légalité des décisions d'offices fédéraux, ne conduise, en fait et en droit, à un démembrement dysfonctionnel du droit administratif fédéral.

[Non souligné dans l'original]

En l'espèce, il n'y a aucun risque de « démembrement dysfonctionnel » puisque la demanderesse n'a pas intenté son action en dommages-intérêts au moyen d'une procédure distincte dans une cour supérieure d'une province. En effet, la demanderesse poursuit à la fois ses recours de droit administratif et ses recours de common law dans une seule action introduite devant la Cour fédérale. La question du partage des compétences dont traite l'arrêt *Grenier* ne se pose pas en l'espèce.

[30] La Cour d'appel, aux paragraphes 27 à 30, s'est aussi préoccupée de l'importance d'assurer la finalité des décisions, qui serait compromise si les demandeurs pouvaient contester indirectement les décisions après l'expiration du délai de 30 jours prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* pour demander un contrôle judiciaire :

Permettre un recours en vertu de l'article 17, que ce soit en Cour fédérale ou devant les tribunaux des provinces, pour faire sanctionner l'invalidité de décisions d'organismes fédéraux, c'est aussi permettre une atteinte au principe de la finalité des décisions et à la sécurité juridique qui s'y rattache.

Il ne m'est pas nécessaire de discourir longuement sur l'importance des principes de l'autorité de la chose jugée et de la finalité des décisions. De même, je n'ai pas à épiloguer sur l'abondante jurisprudence qui reconnaît et promeut ces principes. Je me contenterai de dire que ces principes existent dans l'intérêt public et que l'intention du législateur de protéger cet intérêt ressort du court délai octroyé pour contester une décision administrative.

Le législateur fédéral a prévu au paragraphe 18.1(2) que le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire est de trente (30) jours à compter du moment où la décision contestée de l'organisme fédéral fut communiquée au demandeur (sujet à une extension des délais autorisée par la Cour). Au sujet de cette limite temporelle, notre Cour écrit dans l'affaire [*Canada c. Berhad*, 2005 CAF 267], au paragraphe 60 :

À mon avis, la raison primordiale pour laquelle un armateur qui s'estime lésé par les conclusions d'une inspection de sécurité de son navire doit épuiser les recours prévus par la loi avant d'intenter une action en responsabilité civile est l'intérêt public dans le caractère définitif des décisions qui font suite aux inspections. L'importance de cet intérêt public est reflétée dans les délais relativement brefs qui sont imposés à quiconque veut contester une décision administrative – un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle la décision est communiquée, ou tel autre délai que la Cour peut accorder sur requête en prorogation de délai. Ce délai n'est pas capricieux [...] En l'espèce, la décision du président n'a été contestée qu'un an et demi après qu'elle a été rendue, lorsque les intimées ont déposé leur action en dommages-intérêts.

Dans la présente affaire, je le rappelle, l'action en dommages fut intentée, à quelques jours près, trois ans après le prononcé de la décision attaquée. Au-delà du fait qu'il ignore, sans explication et sans justification, le délai prévu au paragraphe 18.1(3), le recours utilisé par l'intimé crée de l'incertitude juridique inconvenante et préjudiciable quant à la finalité de la décision et de son exécution.

[31] Le délai prévu au paragraphe 18.1(2) n'est pas en cause en l'espèce. La demanderesse a déposé son avis de demande de contrôle judiciaire le 1^{er} septembre 2004, dix jours après l'expiration du délai prévu par la loi. Elle a sollicité une prorogation de délai, et j'ai accordé la prorogation demandée dans mon ordonnance du 3 novembre 2004 – la question, soit dit en passant, est maintenant chose jugée : *Agustawestland International Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2004 CF 1545, aux paragraphes 56 à 65. À la différence de la situation dans l'arrêt *Grenier*, l'action en dommages-intérêts de la demanderesse ne constitue pas une contestation indirecte de la décision administrative à l'égard de laquelle elle était forclosée en raison de l'écoulement du délai prévu par la loi. En fait, l'action en dommages-intérêts de la demanderesse est subséquente à la conversion de la demande initiale dans le présent dossier en une action, conversion avant laquelle la demanderesse sollicitait uniquement des réparations relevant du droit administratif. Étant donné que la décision du ministre d'attribuer le marché à Sikorsky a été contestée en temps opportun, le principe de la finalité des décisions n'est pas ici en jeu comme il l'était dans l'arrêt *Grenier*.

[32] La troisième question dont s'est préoccupée la Cour d'appel dans l'arrêt *Grenier* est celle de la promotion des contestations indirectes. Au paragraphe 31, la Cour a dit :

Le principe de la finalité des décisions commande également, dans l'intérêt public, que les possibilités de contestations indirectes d'une décision administrative soient limitées et circonscrites, particulièrement lorsque le législateur a opté pour une procédure de contestation directe de cette décision, à l'intérieur de paramètres définis.

La Cour a ensuite examiné les principes de droit administratif applicables à la procédure de contrôle judiciaire qui seraient compromis si l'on permettait des contestations indirectes des décisions administratives. Au paragraphe 33, la Cour a conclu qu'un recours en vertu de l'article 17 ne devrait pas pouvoir être exercé de façon à permettre à des demandeurs de contourner les exigences du paragraphe 18(3) :

Il est d'autant plus important de ne pas permettre un recours sous l'article 17 comme mécanisme de contrôle de la légalité d'une décision d'un organisme fédéral que cette procédure de contestation indirecte de la décision permet de contourner les dispositions impératives du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[Non souligné dans l'original]

[33] Comme je l'ai indiqué plus haut, la demanderesse a engagé simultanément une demande de contrôle judiciaire et une action en dommages-intérêts. En ce qui concerne l'allégation de la demanderesse selon laquelle la décision du ministre est illégale pour des motifs de droit administratif, la norme de contrôle et le redressement qui s'imposent seront arrêtés conformément aux principes de droit administratif pertinents. De même, la Cour appliquera la norme de preuve et les principes de redressement appropriés en ce qui touche les causes d'action invoquées par la demanderesse. Je suis d'avis que rien dans cette façon de procéder ne porte atteinte aux dispositions impératives de la *Loi sur les Cours fédérales*. La demanderesse n'a pas non plus choisi d'exercer une procédure plus avantageuse. En soulevant à la fois des erreurs de droit administratif et des causes d'actions distinctes dans sa déclaration, la demanderesse a adopté la procédure directe

envisagée par le législateur en matière de contrôle judiciaire tout en rationalisant l'étude de ses réclamations étroitement apparentées mais néanmoins distinctes en dommages-intérêts pour rupture de contrat et autres actes délictuels. Compte tenu de la complexité de la présente instance et des délais considérables déjà écoulés avant l'instruction, l'intérêt public à la bonne organisation du processus judiciaire et au règlement rapide des litiges favorise très largement la procédure combinée engagée par la demanderesse. L'autre solution, si l'on adoptait l'interprétation de l'arrêt *Grenier* proposée par les défendeurs, serait d'astreindre les parties à une série de délais supplémentaires en ajournant l'examen des recours civils de la demanderesse jusqu'à ce que la Cour ait rendu une décision sur le contrôle judiciaire de la décision ministérielle à l'origine de ces recours.

[34] Pour ces motifs, je ne peux pas convenir que l'arrêt *Grenier* appuie la proposition avancée par les défendeurs, à savoir que le contrôle judiciaire de la décision du ministre doit précéder l'action en dommages-intérêts. J'estime que rien, dans l'arrêt *Grenier*, ne fait obstacle à la procédure adoptée en l'espèce par la demanderesse, qui poursuit simultanément sa demande de contrôle judiciaire et une action en dommages-intérêts.

Troisième question : Les documents provenant de l'étape de la présélection en vue du marché public

[35] Les points 21 à 29 de la liste B de la demanderesse renvoient à des documents provenant de l'étape de présélection du projet d'acquisition d'hélicoptères maritimes. La demanderesse fait valoir que ces documents ont une portée limitée et concernent directement l'allégation selon laquelle Sikorsky serait incapable de respecter les délais de livraison obligatoires et la connaissance qu'avaient les défendeurs de cet état de fait. Les documents ont trait au rendement des hélicoptères

lors d'opérations à bord de navires, aux développements requis pour la création du système de gestion des données de mission (Mission Data Management System ou MDMS) et à certains points précis quant au groupe d'éléments d'auto-défense. De l'avis de la demanderesse, chacun de ces sujets concerne la nécessité, pour Sikorsky, de procéder à des travaux de développement considérables pour transformer son hélicoptère actuel en un hélicoptère conforme aux caractéristiques techniques définies par les défendeurs pour l'hélicoptère maritime. Les documents de présélection qui traitent de ces travaux fourniront, affirme la demanderesse, des éléments de preuve pertinents pour étayer ses allégations à cet égard.

[36] Je suis convaincu que les documents de présélection dont la demanderesse demande la divulgation sont pertinents en ce qui a trait à la méthode envisagée par Sikorsly pour construire un hélicoptère conforme aux caractéristiques techniques imposées par les défendeurs. De plus, ces documents ont été joints à la proposition soumise par Sikorsky en réponse à la DDP. La demanderesse fonde son action, notamment, sur l'allégation selon laquelle les défendeurs savaient que Sikorsky ne pouvait pas se charger de ces travaux de manière à construire, dans le délai imparti de 48 mois, un hélicoptère maritime conforme aux exigences. Qui plus est, le ministre disposait de ces documents au moment où, le 23 juillet 2004, la décision a été prise d'attribuer le marché à Sikorsky.

[37] Je conclus que les défendeurs ne peuvent pas refuser de divulguer les documents de présélection identifiés aux points 21 à 29 de la liste B de la demanderesse en invoquant l'absence de pertinence.

Quatrième question : La base de données et le logiciel d'évaluation des propositions

[38] Les défendeurs n'ont pas communiqué tous les éléments d'information de la base de données créés à l'aide du logiciel d'évaluation des propositions dont la demanderesse avait demandé la production. La demanderesse affirme que le logiciel a été utilisé comme un outil d'évaluation des propositions techniques, partie 3 du projet d'acquisitions d'hélicoptères maritimes. Le logiciel a été conçu en vue d'assurer l'intégrité du processus d'évaluation de la partie 3. La demanderesse soutient plus particulièrement que le logiciel devait être doté de certaines caractéristiques intégrées qui contrôleraient le processus d'évaluation en forçant les évaluateurs à suivre la méthodologie d'évaluation établie. La demanderesse allègue que le logiciel n'a pas fonctionné de la manière prévue ou que les évaluateurs ont trouvé des moyens de déjouer les caractéristiques de protection destinées à assurer l'équité et les fonctions de vérification du logiciel. La demanderesse sollicite en conséquence un examen exhaustif du logiciel et de la base de données, y compris des rapports de situation quotidiens, afin de déterminer la mesure et la gravité de l'inobservation de la procédure et d'établir, notamment, comment et quand l'intégrité du processus a été compromise par les évaluateurs.

[39] Les défendeurs affirment que les données du logiciel d'évaluation des propositions (LEP) qui consistent dans les rapports finals sur la DDP concernant la demanderesse et Sikorsky ont été imprimées et annexées au premier affidavit des défendeurs sous les numéros 34 à 45. La base de données n'existe plus sous la forme qui a servi à l'évaluation des soumissions, bien qu'il subsiste des données de sauvegarde enregistrées sur CD. Les défendeurs affirment qu'ils ont consacré beaucoup de temps à la divulgation, depuis les CD de sauvegarde, de documents additionnels, en l'occurrence des références du LEP fournies par les soumissionnaires et les demandes

d'éclaircissement des évaluateurs. La seule information consignée dans les CD de sauvegarde qui n'a pas été transmise consiste en des renseignements sur l'état d'avancement quotidien de l'évaluation. Les défendeurs soutiennent que l'état d'avancement quotidien du travail de chaque évaluateur ne présente aucune pertinence pour la présente instance et que la divulgation de ces renseignements nécessiterait des centaines d'heures de travail.

[40] Je conviens avec la demanderesse que l'information qu'elle souhaite obtenir par l'intermédiaire du logiciel d'évaluation des propositions et de sa base de données est pertinente en ce qui a trait aux allégations de partialité et d'actes irréguliers dans le processus d'évaluation. Il est bien établi que la raison d'être d'une divulgation complète avant l'instruction est d'aider à vérifier la véracité de questions en litige, à circonscrire les questions en litige et à accélérer l'instruction des véritables questions en litige : *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [1993] A.C.F. n° 1119. À cette fin, les parties ont le droit, essentiellement, d'avoir accès à tous les documents susceptibles d'aider leur cause ou de nuire à celle de la partie adverse. Les rapports quotidiens consignés dans la base de données du logiciel d'évaluation des propositions sont pertinents pour établir si les évaluateurs ont utilisé le logiciel ou si, comme le prétend la demanderesse, ils ont trouvé des moyens de l'éviter, déjouant de ce fait les caractéristiques de protection destinées à assurer l'équité et les fonctions de vérification du logiciel. Conformément au principe de la divulgation complète qui régit la divulgation préalable, j'estime qu'il convient dans les circonstances d'ordonner au défendeur de communiquer les CD de sauvegarde sur lesquels sont gardées les données du logiciel d'évaluation des propositions. Cette solution évitera aux défendeurs de devoir consacrer des centaines d'heures à extraire l'information en vue de sa divulgation. Dans la mesure où les CD de sauvegarde contiendraient des éléments d'information non pertinents pour l'instance, la

demanderesse devra s'engager à restreindre son utilisation des informations aux besoins du présent litige.

CONCLUSION

[41] Pour les motifs énoncés ci-dessus, la Cour conclut ce qui suit :

- 1) les affidavits de M. Lenczner sont admissibles. Toutefois, M. Lenczner ne peut pas présenter d'arguments concernant la requête pour laquelle il a souscrit les affidavits. Par ailleurs, la demanderesse peut demander l'autorisation de contre-interroger tout auteur des affidavits de documents;
- 2) les documents établis après l'annonce de l'attribution du marché, le 23 juillet 2004, sont assujettis à la divulgation dans la mesure où ils sont pertinents aux allégations formulées dans la déclaration, notamment les allégations de partialité et de mauvaise foi;
- 3) les documents provenant de l'étape de la présélection en vue du marché public sont pertinents en ce qui a trait à la méthode envisagée par Sikorsky pour construire un hélicoptère conforme aux exigences techniques des défendeurs en respectant le délai imparti de 48 mois;
- 4) les éléments d'information du logiciel d'évaluation des propositions et de sa base de données créés à l'aide du logiciel sont pertinents pour établir si les évaluateurs ont utilisé le logiciel ou si, comme le prétend la demanderesse, ils ont trouvé des moyens de l'éviter, déjouant de ce fait les caractéristiques de protection destinées à assurer l'équité et les fonctions de vérification que devait remplir le logiciel.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La requête est accueillie en ce que les trois catégories suivantes de documents sont pertinentes :
 - a) les documents établis après l'annonce de l'attribution du marché, le 23 juillet 2004, sont assujettis à la divulgation dans la mesure où ils sont pertinents aux allégations formulées dans la déclaration, notamment les allégations de partialité et de mauvaise foi;
 - b) les documents provenant de l'étape de la présélection en vue du marché public sont pertinents en ce qui a trait à la méthode envisagée par Sikorsky pour construire un hélicoptère conforme aux exigences techniques des défendeurs en respectant le délai imparti de 48 mois;
 - c) les éléments d'information du logiciel d'évaluation des propositions et de sa base de données créés à l'aide du logiciel sont pertinents pour établir si les évaluateurs ont utilisé le logiciel ou si, comme le prétend la demanderesse, ils ont trouvé des moyens de l'éviter, déjouant de ce fait les caractéristiques de protection destinées à assurer l'équité et les fonctions de vérification que devait remplir le logiciel.

2. Les affidavits de M. Lenczner sont admissibles.

3. La demanderesse a droit aux dépens de la présente requête suivant l'issue de la cause.

« Michael A. Kelen »

Juge

Traduction certifiée conforme
Suzanne Bolduc, LL.B.

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1605-04

INTITULÉ : AUGUSTAWESTLAND INTERNATIONAL
LIMITED
c.
LE MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET
DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX DU
CANADA et SA MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 2 NOVEMBRE 2006

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE
ET ORDONNANCE :** LE JUGE KELEN

DATE DES MOTIFS : LE 10 NOVEMBRE 2006

COMPARUTIONS :

Gordon Cameron
613-788-2200

POUR LA DEMANDERESSE

Jan Brongers
604-666-4353

POUR LES DÉFENDEURS

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Blake, Cassels & Graydon
Ottawa (Ontario)

POUR LA DEMANDERESSE

John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada

POUR LES DÉFENDEURS