

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE QUÉBEC

N° : 200-17-009506-080

DATE : 3 juin 2010

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE DENIS JACQUES, j.c.s.

SAVOIR-FAIRE LINUX INC

Demanderesse

c.

RÉGIE DES RENTES DU QUÉBEC

Défenderesse

et

**FOURNITURES ET AMEUBLEMENT DU QUÉBEC, division du CENTRE DES
SERVICES PARTAGÉS DU QUÉBEC**

et

MICROSOFT LICENSING GENERAL PARTNERSHIP

et

COMPUGEN INC.

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC

Mis en cause

JUGEMENT

[1] Par sa requête, Savoir-Faire Linux inc. demande au Tribunal de déclarer que la Régie des rentes du Québec (la Régie) a agi illégalement en procédant sans appel d'offres relativement à l'octroi d'un contrat visant le renouvellement de sa plate-forme informatique.

[2] Plus particulièrement, elle reproche à la Régie de s'être arrêtée sur les logiciels propriétaires du fournisseur Microsoft, sans avoir procédé au préalable à une recherche sérieuse et documentée.

LES FAITS

[3] Fondée en 1999, Savoir-Faire Linux est une entreprise de services, spécialisée en logiciels libres.

[4] Le logiciel libre est un logiciel constitué de programmes dont les auteurs ou éditeurs fournissent, sans restrictions ni coûts supplémentaires, le code source aux utilisateurs.

[5] Ils accordent ainsi aux utilisateurs le droit d'étudier, adapter, modifier, reproduire ou redistribuer le logiciel en tout ou en partie sans avoir à demander d'autorisation, ni payer de droits.

[6] Le logiciel libre peut généralement être téléchargé gratuitement.

[7] Contrairement au logiciel libre, le logiciel propriétaire (ou logiciel privé) comporte des restrictions notamment à l'égard de la redistribution, l'étude, la modification, la traduction, l'adaptation ou l'utilisation du logiciel.

[8] De même façon, l'accès au code source du logiciel propriétaire est restreint. Seule l'acquisition d'une licence moyennant redevance en permet l'utilisation.

[9] Savoir-Faire Linux inc. se décrit comme chef de file au Québec et au Canada dans son secteur d'activités. Elle offre des services d'expertise, de consultation, de formation ainsi que de développement de logiciels libres auprès d'entreprises à travers le monde par ses trois bureaux situés à Montréal, Québec et Ottawa.

[10] Compagnie en forte croissance, elle affirme constituer une référence mondiale dans son domaine d'activités des logiciels libres ayant démontré sa capacité à gérer des projets complexes d'envergure, notamment pour des organisations gouvernementales fédérales ou provinciales.

[11] Savoir-Faire Linux inc. emploie près de 25 employés et son président est monsieur Cyrille Béraud.

[12] Dans un guide de référence daté du 30 juillet 2007 portant le titre « Les logiciels libres et ouverts et le gouvernement du Québec »¹ publié par le sous-ministériat à l'encadrement des ressources informationnelles (Ministère des services gouvernementaux), les auteurs s'expriment sur les logiciels libres comme suit :

« [10] Au cours des quinze dernières années, Linux a connu un succès fulgurant. Cette popularité résulte en grande partie de sa maturité et de ses qualités techniques, qui sont à plusieurs niveaux comparables ou supérieurs à ses équivalents commerciaux. Plus récemment, le mouvement des logiciels libres et ouverts a bénéficié d'investissements substantiels de plusieurs grands éditeurs de logiciels. Les sommes ainsi investies ont favorisé la mise en place d'un marché du logiciel libre et ouvert extrêmement actif.

[11] Aujourd'hui, des milliers d'entreprises de toutes les tailles utilisent les logiciels libres et ouverts quotidiennement dans le cadre de leurs activités. Certaines vont plus loin et fondent leur modèle commercial sur ceux-ci. Parmi elles, certaines distribuent des compilations de logiciels libres et ouverts, d'autres se consacrent à fournir des services spécialisés d'installation, d'intégration ou d'assistance, d'autres encore fournissent des certifications professionnelles ou des formations. »²

[Nos soulignements]

[13] La Régie des Rentes du Québec est un organisme gouvernemental qui administre trois lois soit la *Loi sur le régime de rentes du Québec*³, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁴ ainsi que le programme de crédit d'impôt pour soutien aux enfants prévu à la *Loi sur les Impôts*⁵.

[14] Pour réaliser ses missions, la Régie gère et entretient un parc informatique de 1200 postes de travail reliés à plusieurs serveurs et à un ordinateur central de grande capacité.

[15] Pour l'administration de la *Loi sur la Régie des rentes*, ses services s'adressent à 4 millions de cotisants et à 1.4 million de bénéficiaires. Quant à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, 1.4 million de personnes y cotisent.

¹ Pierre-Paul LEMYRE et Marie-Odile DÉSY, Guide de référence : « Les logiciels libres et ouverts et le gouvernement du Québec », 30 juillet 2007, Sous-ministériat à l'encadrement des ressources informationnelles (Ministère des services gouvernementaux), pp. 2 et 3 (pièce R-4).

² La Régie au paragraphe 3 de sa défense convient de la définition du logiciel libre et ouvert qui se retrouve au chapitre 1.1 du Guide de référence R-4, par. 3 à 16.

³ L.R.Q., c. R-9.

⁴ L.R.Q., c. R-15.1.

⁵ L.R.Q., c. I-3.

[16] Enfin, pour les crédits remboursables pour enfants, plus de 862 000 familles québécoises en bénéficient ou y sont admissibles.

[17] Près de 300 préposés à l'emploi de la Régie répondent annuellement à 1.2 million de demandes de renseignements par internet ou par téléphone dans un environnement technologique sans papier, où tout est numérisé.

[18] Dès 1996, la Régie utilise pour son infrastructure informatique la suite bureautique « Office » de Microsoft.

[19] En 2002, la Régie opte pour le système d'exploitation Windows 2000, ainsi que la suite Office XP et Visio standard 2002, de Microsoft.

[20] Microsoft est propriétaire de ces licences qu'elle vend aux utilisateurs lors de leur délivrance.

[21] Une « mise à niveau » est nécessaire à tous les cinq, six ou sept ans notamment en raison de la désuétude et de la fin du support offert par Microsoft sur ses logiciels devenus désuets⁶.

[22] En 2006, afin de maintenir la qualité des services aux usagers, la Régie projette de renouveler son environnement technologique avec comme objectif de conserver toute la fonctionnalité que supporte la productivité.

[23] À l'automne 2006, la Régie décide alors d'acquérir, pour un coût total de 722 000 \$, les licences Microsoft Vista Business, Office Professional Plus 2007 et Visio Standard 2007, dans le cadre d'un projet de plus de 3 millions de dollars.

[24] Le 4 avril 2007, monsieur Béraud, président de Savoir-Faire Linux, écrit à la présidente du Conseil du trésor, Monique Jérôme-Forget afin de la sensibiliser sur une iniquité de traitement flagrante entre les différents fournisseurs de solutions en logiciels⁷.

[25] Le 18 septembre 2007, la directrice de cabinet de la ministre responsable de l'administration gouvernementale répond à la demanderesse en ces termes :

« ...

En ce qui a trait à l'acquisition de logiciels libres, soyez assuré qu'au gouvernement du Québec nous sommes pleinement conscients du potentiel qu'ils peuvent offrir. Plusieurs études nous ont prouvé que ce

⁶ Voir pièce R-23, Politique de support de Microsoft.

⁷ Voir pièce R-16.

type de logiciel pourrait constituer une alternative dans nos projets au même titre que les offres commerciales.⁸

Ainsi, nous sommes actuellement à parachever une stratégie pour tirer profit du logiciel libre et encadrer son utilisation. Plusieurs travaux allant dans ce sens ont été conduits par le ministère des Services gouvernementaux qui a d'ailleurs publié récemment un guide de référence intitulé Les logiciels libres et ouverts et le gouvernement du Québec.⁹ Pour de plus amples renseignements, vous pouvez consulter leur site Internet à l'adresse : http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/log_lib_gouv_qc.html.

Mentionnons toutefois que l'objectif n'est pas d'imposer aux ministères et organismes un recours systématique aux logiciels libres, mais de veiller à ce que ces produits soient pris en compte au même titre que les autres logiciels commerciaux.

... »¹⁰

[Nos soulignements]

[26] Le 21 décembre 2007, la Régie rend public sur Internet un avis d'intention (DA02481) informant les intéressés de sa décision d'acheter les produits Microsoft, mais invitant les fournisseurs potentiels à lui faire part de leur intérêt au projet et de leur aptitude à mener à bien le contrat¹¹.

[27] Selon l'avis, les intéressés ont jusqu'au 11 janvier 2008 pour se manifester.

[28] La Régie identifie ses besoins en se limitant à des produits ciblés spécifiquement : Vista Business, Office Professional Plus 2007 et Visio Standard 2007 de Microsoft.

[29] Le fournisseur désigné y est décrit comme le Centre des Services Partagés du Québec (CSPQ), mis en cause dans la présente instance.

[30] Dans son avis d'intention, la Régie justifie comme suit sa décision d'acquérir des licences de produits Microsoft :

« Pour mettre à jour son parc de postes de travail, la Régie désire d'abord mettre à jour le système d'exploitation des postes à « Vista Business ». Elle procédera aussi au remplacement d'un certain nombre de micro-ordinateurs désuets, où les nouvelles unités seront préconfigurées par le

⁸ Lire Logiciels propriétaires, tel Microsoft.

⁹ Voir pièce R-4, ainsi que le paragraphe 12 et la note 1 du présent jugement.

¹⁰ Précité, note 7

¹¹ Voir pièces R-7 et RRQ-1.

fournisseur avec la même édition du système d'exploitation Vista. La Régie vise minimiser les coûts et les impacts du changement auprès de ses employés et assurer la continuité d'opération de logiciels sur ses postes de travail.

D'autre part, la Régie exploite la suite Office de Microsoft depuis 1996. Les logiciels qu'elle comprend (Word, Excel, PowerPoint, Outlook) sont largement utilisés par les employés et la qualité des fonctionnalités de même que leur intégration sont grandement appréciées. À ce seul chapitre, le remplacement de cette suite bureautique d'un autre fournisseur aurait des impacts énormes sur la formation des utilisateurs, la conversion des documents, conversion incertaine des applications (macros) développées par les utilisateurs, le support...

De plus, la Régie a développé une application corporative qui utilise Microsoft Word pour la composition de communications destinées à la clientèle, que l'agent peut modifier avant son expédition finale.

Par ailleurs, la Régie compte bénéficier de l'intégration additionnelle de l'édition « Professionnel Plus » de Office 2007 avec le produit Microsoft Office SharePoint Server 2007 (MOSS 2007) qu'elle a acquis pour supporter efficacement la gestion électronique de ses documents (GED). Elle compte aussi exploiter les fonctionnalités additionnelles suivantes comprises dans cette édition :

- La protection des documents par la gestion des droits numériques (DRM);
- La construction et l'exploitation de formulaires XML (Infopath).

L'acquisition de Visio Standard 2007, pour sa part, est justifiée pour des raisons similaires. Également, utilisé depuis 1996, son remplacement par un produit compétiteur aurait des impacts énormes : formation des utilisateurs, la conversion incertaines [sic] des documents, intégration improbable avec les logiciels de Office 2007, le support...

Finalement, la désuétude et la fin du support des trois produits actuels justifient l'importance qu'accorde la Régie à la réalisation de ce projet de mise à jour de son parc de postes de travail.

Par conséquent, la Régie désire acquérir les licences énumérées ci-haut auprès de Fournitures et Ameublement du Québec, représentant et désigné pour le Québec du fabricant Microsoft, dans les meilleurs termes et conditions et ce, sans appel d'offres, pour un coût de 722 848,00 \$. »

[31] Le 25 décembre 2007, après avoir pris connaissance de l'avis d'intention, monsieur Cyrille Béraud, président de Savoir-Faire Linux, transmet un courriel à monsieur Simon Nadeau, responsable des achats à la Régie, en ces termes :

« Monsieur,

Pourriez vous [sic] me faire parvenir dans les plus bref [sic] délais, les numéros des articles du règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics qui justifient le fait que la régie des rentes du Québec ne souhaite pas procéder par appel d'offre [sic] concernant le marché identifié par l'avis d'attribution DAO2481. »

[32] Le 31 décembre 2007, monsieur Nadeau répond à monsieur Béraud et justifie la décision de la Régie de procéder par avis d'intention et non par appel d'offres en la basant sur l'article 12 alinéa 4 de « *la réglementation gouvernementale* » qui prévoit une exception à l'appel d'offres en présence d'un fournisseur unique¹².

[33] De plus, monsieur Nadeau reproduit dans sa réponse certains passages de l'avis d'intention. Il informe alors monsieur Béraud qu'il sera de retour à son bureau le 7 janvier 2008.

[34] Le 7 janvier 2008, monsieur Béraud écrit à monsieur Nadeau un courriel élaboré divisé en quatre sections¹³.

[35] D'abord, en l'absence de spécifications ou de devis à l'avis d'intention, monsieur Béraud pose les questions suivantes :

« A) Demande d'informations complémentaires sur le marché identifié par l'avis d'intention DA02481.

- Nous souhaiterions connaître le type de licences dont la Régie des rentes souhaite faire l'acquisition. L'avis indique que la période concernée est 2007-2008. Quelle est la durée des licences ? S'agit-il de licences perpétuelles ou de souscriptions ? Par cette question, nous souhaiterions

¹² La disposition à laquelle réfère monsieur Nadeau est l'article 12 (4) du *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services de ministères et des organismes publics* adopté en vertu de la *Loi sur l'Administration publique*, c. A-6.01, r. 0.03.

¹³ Voir pièce R-10.

savoir s'il s'agit de coûts fixes ou récurrents. Dans le dernier cas, quel serait le coût sur 3 ans et sur 5 ans ?

- Y a-t-il d'autres coûts prévus associés à ce projet de migration ? Quel est le coût total de ce projet (incluant notamment les remplacements de matériels et la formation) ? Plus globalement, quel [sic] est l'évaluation du coût total d'utilisation de la plateforme [sic] sélectionnée pour la période indiquée.

- L'article 12.4 impose une « recherche sérieuse et documentée », pourriez-vous nous faire parvenir cette documentation ? »

[36] Dans un deuxième temps, monsieur Béraud explique les raisons pour lesquelles il considère non conforme l'avis d'intention en regard de l'article 12 (4) soulevé par monsieur Nadeau.

[37] Pour les fins des présentes, il est utile de reproduire l'argumentation alors soulevée par Savoir-Faire Linux :

« Nous considérons que l'avis DA02481 n'est pas conforme au règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics et que l'utilisation de l'article 12.4 pour le motiver est abusive. Par la présente nous demandons l'annulation de cet avis pour les motifs suivants :

1. Il existe des fournisseurs et des logiciels informatiques autres qui répondent à la totalité des besoins fonctionnels exprimés par la régie. Ce point sera développé plus bas à la partie D).

2. Comme vous l'indiquez vous-même dans votre précédant [sic] courriel, l'article 12.4 du règlement est un article d'exception. Or, l'ensemble des motifs invoqués peut être ramené à la familiarité avec les produits du fournisseur. Si un tel motif devait être considéré comme acceptable, il pourrait être invoqué pour n'importe quel projet en Technologie de l'Information. L'utilisation du dit article est donc abusive. Je vous signale qu'il existe une jurisprudence importante à ce sujet.

3. Toute une série d'énoncés dans la motivation de l'avis est manifestement erronée :

Tout d'abord nous récusons le terme de « Mise à jour de postes de travail ». Il est manifeste et je pense que vous en conviendrez aisément, que Vista est un nouveau système d'exploitation dont l'interface et l'architecture interne sont radicalement différentes des systèmes que la régie utilise. L'interface a été largement modifiée depuis XP, qui était lui-même différent de 2000. De manière analogue, Office 2007 est réputé

être radicalement différent d'Office 2003 (la version précédente), à plus forte raison Office XP, la version présentement utilisée par la Régie des rentes. La Régie s'apprête donc à acquérir sans appel d'offre [sic] un ensemble de logiciels qui n'ont de commun avec les précédents que leur fonction et le nom de leur fournisseur. Il est difficile d'imaginer un climat plus favorable à un changement de fournisseur.

Ce marché vise donc à une migration profonde des postes à usage bureautique et des logiciels qui seront utilisés.

Nous lisons « La Régie vise minimiser les coûts et les impacts du changement auprès de ses employés et assurer la continuité d'opération des logiciels sur ses postes de travail »... « Elle procédera aussi au remplacement d'un certain nombre de micro-ordinateurs désuets, où les nouvelles unités seront pré configurées par le fournisseur avec la même édition du système d'exploitation Vista. »

La nécessité de « procéder au remplacement d'un certain nombre de micro-ordinateurs » est un des exemples d'impacts important (ce qui ne serait probablement pas nécessaire dans le cas de solutions en logiciel libre). Le coût pharamineux de 722.848,00\$ [sic] de licences et à comparer au 0\$ de licences pour une solution libre. La Régie ne minimise donc pas les coûts et les impacts (tout au contraire); la continuité d'opération n'est en rien garantie par la solution adoptée.

Nous lisons : « D'autre part, la Régie exploite la suite Office de Microsoft depuis 1996. Les logiciels qu'elle comprend (Word, Excel, PowerPoint, Outlook) sont largement utilisés par les employés et la qualité des fonctionnalités de même que leur intégration sont grandement appréciées. À ce seul chapitre, le remplacement de cette suite par la suite bureautique d'un autre fournisseur aurait des impacts énormes sur la formation des utilisateurs, la conversion des documents, conversion incertaine des applications (macros) développées par les utilisateurs, le support, ... »

Le fait que la régie utilise un même ensemble de logiciel [sic] depuis 1996 et que leur intégration est grandement apprécié [sic] ne saurait justifier le refus de comparer avec des solutions alternatives. Seule la réalité des besoins fonctionnels en terme de traitement de l'information de la régie doit être prise en compte lors de l'élaboration des spécifications auxquelles les fournisseurs doivent répondre.

Par ailleurs il est réputé que la version Office 2002 est plus proche pour les utilisateurs de la version OpenOffice que de la nouvelle version Office 2007 pour Vista.

Est-ce que « les énormes impacts » sur la formation des utilisateurs et la conversion des documents, ainsi que l'existence d'une application fonctionnant sous Word ont fait l'objet d'une évaluation? À notre connaissance, les nombreuses expériences à travers le monde dans les administrations publiques de migration vers OpenOffice (par exemple) démontrent des impacts mineurs et des économies importantes. Voir la partie D). Nous avons par exemple remplacé à la CPTAQ – Commission de la Protection du Territoire Agricole du Québec – une application de communication à la clientèle basée sur Word par une application libre pour moins de 5,000.00\$.

Il apparaît que la principale raison de ce marché est le fait que le fournisseur actuel refuse de supporter sa propre solution. Ce motif, qui donne beaucoup à réfléchir et qui est en lui même [sic] une raison pour aller comparer avec d'autres solutions, ne saurez [saurait] justifier le refus de publier un appel d'offre [sic] et encore moins l'utilisation de l'article 12.4.

Pour conclure cette partie, nous tenons à vous informer dès à présent que l'attribution de ce marché sans procéder par appel d'offre [sic], nous conduira à en contester la légalité devant les tribunaux compétents. »

[38] Dans une troisième partie, monsieur Béraud souligne la violation de la politique sur les marchés publics par la Régie, laquelle va à l'encontre des objectifs visés par le gouvernement d'une libre concurrence et de transparence dans l'octroi des contrats.

[39] Enfin, monsieur Béraud, au nom de Savoir-Faire Linux, affirme pouvoir répondre aux besoins informatiques de la Régie.

[40] Il ajoute être disponible pour démontrer sa capacité à ce faire en minimisant les coûts et les impacts pour les usagers, en maximisant la productivité de ses services tout en assurant la pérennité de son système d'information.

[41] Le 10 janvier 2008, monsieur Nadeau répond à la demanderesse sur chacun des points soulevés¹⁴.

[42] D'abord, monsieur Nadeau informe monsieur Béraud que les coûts de licences Microsoft ne sont pas récurrents annuellement et qu'elles devraient être en opération pour au moins les cinq prochaines années.

¹⁴ Voir pièce R-11.

[43] Quant à la recherche sérieuse et documentée, monsieur Nadeau explique :

« - Au début 2005, la Régie a étudié le monde des logiciels libres et consulté sur le sujet les firmes d'analystes Gartner et Forrester. Elle identifiait alors la suite bureautique comme la meilleure opportunité à considérer en 2006-2007 avant de réaliser la migration de ses postes de travail;

- Par la suite, elle a assuré une veille régulière sur les logiciels libres, comme en témoigne la collection d'articles qu'elle a amassée au fil du temps et que nous avons regroupés dans les deux dossiers suivants :

- <<Fic1\doc\DSI2\4320 ST4320 Consultation\Intranet\EquipeOCT\Logiciels Libres\Liste articlesLL.xls>> (lien interne à la RRQ où sont conservés tous les documents de veille)
- <<Fic1\doc\DSI2\4320 ST4320 Consultation\Intranet\EquipeOCT\Logiciels Libres\Nouvelles sur les logiciels libres.doc>> (lien interne à la RRQ où sont conservés tous les documents de veille)¹⁵

- La Régie a pris soin de consulter d'autres études effectuées par des organismes du gouvernement du Québec sur les opportunités de migrer vers les logiciels libres;

- Parallèlement, la Régie a suivi l'évolution de l'offre technologique de Microsoft pour sa suite Office.

Aussi, en 2007, c'et [sic] en connaissance de toutes ces informations et de ses besoins, que le [sic] Régie a choisi la suite Office de Microsoft. »

[44] De façon surprenante, monsieur Nadeau se dit « plus que surpris, voire même contrarié » de la prétention de la demanderesse qui affirme que la Régie ne respecte pas les règles :

« C) Violation de la politique sur les marchés publics.

Nous sommes plus que surpris, voire même contrariés, de voir que vous mentionnez que nous n'agissons pas en fonction des règles, car tout ce que nous avons fait l'a été dans le souci de transparence de nos gestes administratifs. Nous vous rappelons qu'un « Avis d'intention » est justement un mécanisme permettant

¹⁵ À noter que ces fichiers ne sont disponibles que sur l'Intranet de la Régie, ce qui signifie que monsieur Béraud n'y a pas accès.

aux fournisseurs de se manifester afin de faire valoir leur argumentation face à notre intention de faire une acquisition. Vous vous êtes manifestés et c'est correct puisque le processus est fait pour cela. Par contre, ce qui nous surprend, c'est la manière de le faire. Il me semble que la première démarche que vous aviez à effectuer était de contacter la Régie d'abord, afin d'examiner avec elle son argumentation et exposer votre point de vue sur ce dossier. Par la suite, si vous n'aviez pas été satisfait de nos échanges, vous étiez alors en mesure d'escalader le dossier aux autres autorités gouvernementales concernées et en ultime recours, d'avancer les menaces de poursuite. Ce qui ne fut pas le cas, puisque vous avez choisi immédiatement d'utiliser la manière forte. Il nous semble que cela n'est pas une approche positive permettant d'établir des relations d'affaires harmonieuses dans le respect de tous. »

[Nos soulignements]

[45] Quant à l'efficacité et l'économie, monsieur Nadeau expose que la Régie est déjà « commise » envers Microsoft:

« Contrairement à votre prétention, la Régie, par souci et économie, a jugé bon de procéder ainsi sur le fait que les impacts pour migrer seraient importants et très coûteux pour l'organisation.

Mentionnons en préambule que la Régie s'est commise dans l'écosystème Microsoft et à son framework.Net. Elle exploite ces technologies sur la plate-forme intermédiaire (125 serveurs) pour supporter ses services administratifs ainsi que l'accès (couches présentation et intégration) aux données d'affaires localisées sur sa plate-forme centrale IBM.

Par ailleurs, ajoutons que, dans le contexte des contraintes gouvernementales au chapitre des ressources humaines, la Régie limite la diversité des technologies qu'elle utilise afin de minimiser ses besoins d'expertise.

Concernant le présent projet de migration à Vista/Office 2007, l'objectif de ce dernier est de créer zéro (0) impact sur les opérations et la productivité de ses 1 200 employés. Tous les logiciels doivent fonctionner dans une version certifiée Vista ou testée opérationnelle sur Vista. Le seul prix payé par les utilisateurs sera la formation. »

[Nos soulignements]

[46] Monsieur Nadeau y explique que le choix de Microsoft plutôt que le logiciel libre pour opérer la migration des systèmes repose sur les coûts et l'impact de la transition :

« En terminant, nous ne nions pas qu'il y aurait des économies de coûts de licences à utiliser des logiciels libres, nous ne nions pas l'intérêt que porte le marché à la suite OpenOffice. Cependant, il faut considérer tous les coûts et les impacts de la transition vers ces logiciels. Dans le contexte de la Régie, ils sont trop élevés. »

[Nos soulignements]

[47] De plus, monsieur Nadeau soutient que par l'avis d'intention, la Régie se veut transparente et qu'elle permet ainsi à la concurrence de se manifester :

« 2. Concurrence

Contrairement à votre prétention, en affichant son intention, la Régie permet justement à la concurrence de se manifester et de voir avec cette concurrence s'il et possible de faire autrement. Il nous fera plaisir d'examiner avec vous votre solution avant de prendre notre décision finale.

3. Transparence

Nous pensons qu'en agissant ainsi, la Régie démontre sa transparence en utilisant un processus qui est prévu dans la Réglementation gouvernementale. Cet avis permet, comme mentionné précédemment, de rendre visible au monde entier ses actes administratifs.

4. Développement économique et technologique

En publiant notre avis d'intention, ceci permet aux entreprises de se manifester afin d'examiner avec la Régie si une solution alternative est possible. »

[48] Enfin, monsieur Nadeau invite monsieur Béraud à une rencontre le 17 janvier 2008 à 14 h 00 :

« Nous voulons ajouter que la Régie ne nie pas l'avancement de vos solutions et ne porte aucun jugement sur votre capacité à fournir les services requis. Aussi, nous voudrions vous rencontrer jeudi le 17 janvier 2008 à 14h00, afin d'examiner avec vous notre dossier, notre démarche et voir dans quelle mesure votre entreprise pourrait répondre au contexte informatique de la Régie. Il faut pouvoir trouver une solution qui est compatible à notre environnement, répond à l'ensemble de nos besoins

tout en ayant le souci de minimiser les coûts et les impacts pour la Régie. »

[Nos soulignements]

[49] Le même jour, monsieur Béraud accepte la rencontre proposée par monsieur Nadeau prévue pour le 17 janvier 2008.

[50] Lors de la rencontre, malgré des demandes répétées, monsieur Béraud ne peut obtenir la liste des spécifications requises, ni la recherche sérieuse et documentée de la Régie la justifiant de procéder sans appel d'offres.

[51] Monsieur Béraud réitère sa demande pour la tenue d'un appel d'offres.

[52] Malgré l'ouverture manifestée à d'autres fournisseurs dans l'avis d'intention et malgré les propos de monsieur Nadeau dans son courriel du 10 janvier 2008, monsieur Béraud soutient que, pour les représentants de la Régie, la décision semble être irréversible, leur écoute étant minimale.

[53] Monsieur Béraud explique que pour chaque application Microsoft, il existe une alternative en logiciels libres souvent plus efficace et moins chère, puisque sans frais de licences.

[54] Même si des produits libres peuvent être moins chers et plus efficaces, il n'y a selon lui visiblement rien à faire pour convaincre les représentants de la Régie.

[55] Lors de la rencontre d'une durée d'environ une heure trente, monsieur Béraud explique que même un représentant de la Régie affirme que par sa démarche, la demanderesse lui fait perdre son temps.

[56] Monsieur Béraud va encore plus loin. Il offre à la Régie de lui fournir gratuitement les services d'un expert externe afin de procéder à l'étude sérieuse et documentée pourtant requise qui, selon lui, ne pourrait que conclure à la nécessité d'un appel d'offres.

[57] À la fin de la réunion, monsieur Nadeau informe monsieur Béraud qu'il prend le tout en délibéré et que la réponse de la Régie lui parviendrait sous peu.

[58] Le 31 janvier 2008, la demanderesse reçoit par télécopieur une lettre datée du 24 janvier 2008 signée par le directeur de la Régie, monsieur Louis Larouche¹⁶.

¹⁶ Voir pièce R-13.

[59] Il y a lieu de la reproduire dans son intégralité :

« Pour faire suite à votre démarche faite auprès de la Régie, du Secrétariat du Conseil du trésor et au Cabinet du Conseil du Trésor, afin de nous demander d'annuler notre avis d'intention no 188675 – DA2481 portant sur l'acquisition des logiciels « VISTA », de la suite « Office 2007 » et de « Visio 2007 » de Microsoft. Nous aimerions vous faire part de notre démarche et de notre position sur ce dossier.

Démarches

La Régie des rentes du Québec a entrepris, à l'automne 2006, des travaux dans le but de remplacer le système d'exploitation « Windows 2000 » et la suite bureautique « Office XP » sur ses postes de travail. Plusieurs recherches et évaluations de solutions, dont celle du logiciel libre, ont été effectuées de 2005 à aujourd'hui. La conclusion de ces démarches démontre qu'une seule solution a franchi avec succès l'évaluation, en rapport avec les besoins énoncés par la Régie, il s'agit de la solution « VISTA », « Office 2007 » et de « Visio 2007 » de Microsoft.

La réglementation sur les acquisitions exige que nous affichions publiquement notre intention avant d'acquérir un produit identifié comme étant le seul à répondre à nos besoins. Nous avons publié sur le Système Électronique d'Appel d'Offres (SEAO) un avis d'intention pour l'acquisition de la solution « VISTA », « Office 2007 » et de « Visio 2007 » de Microsoft. L'avis d'intention est paru du 21 décembre 2007 au 11 janvier 2008.

Vous avez formulé des commentaires concernant notre avis le 7 janvier 2008 et une rencontre avec nos représentants a eu lieu le 17 janvier 2008. En résumé, la solution des logiciels libres et de « Linux » présentée ne peut pas satisfaire les critères de base essentiels pour la Régie, soit :

- Disponibilité d'une version compatible des logiciels utilisés par ses employés sur leur poste de travail pouvant utiliser le système d'exploitation Linux;
- Maintien des fonctionnalités offertes sur le poste de travail actuel;
- Préservation des documents existants;
- Intégration aux technologies Microsoft visées par des projets en cours à la Régie.

En effet, le déploiement du système d'exploitation Linux sur les postes de travail de la Régie priverait ses employés de logiciels avec lesquels ils sont familiers. Dans certains cas, il serait impossible de trouver des logiciels de remplacement sous Linux et le recours inévitable à des logiciels libres alternatifs entraînerait des pertes de fonctionnalités, qui se traduiraient à leur tour en pertes de productivité et de capacité d'évolution. De plus, ce déploiement nécessiterait de réviser l'architecture et le processus d'applications majeures à la Régie, dont celle du Centre d'appels, du système départemental de communication écrite avec la clientèle (Lettre Modèle) ainsi que la solution gestion de l'inventaire.

Pour sa part, le déploiement d'une suite bureautique du logiciel libre exigerait de la Régie des déboursés supplémentaires pour la conversion d'une bonne partie de ses documents Office actuels et des programmes internes (macros) qu'ils incluent. De plus, deux projets importants de la Régie, soit « Gestion électronique de documents (GED) » et « Gestion des droits numériques », dépendent des fonctionnalités comprises dans Office 2007 qui sont absentes dans le logiciel libre.

Ainsi, en accord avec les recommandations des spécialistes, tant à l'interne qu'à l'externe, la décision a donc été maintenue d'acquérir la solution « VISTA », « Office 2007 » et de « Visio 2007 » de Microsoft, qui répondent intégralement aux besoins de la Régie.

Position

La Régie reconnaît Savoir-faire Linux inc. comme un développeur de produits de qualité. Bien que la régie ait constaté une évolution du logiciel libre, leur utilisation comme remplacement au système d'exploitation Windows 2000 et à la suite bureautique Office XP ne satisfait pas ses besoins de base.

Pour toutes ces raisons, il est donc justifiable de procéder à l'acquisition des produits « VISTA », Office 2007 » et de Visio 2007 » de Microsoft.

Enfin, la décision de procéder par avis d'intention est conforme à la réglementation gouvernementale en matière d'acquisition de biens et services. Nous vous demandons de communiquer avec monsieur Simon Nadeau, responsable de l'avis d'intention pour la Régie, pour toute autre information en regard des présentes.

Veillez recevoir, Monsieur le Président, nos salutations distinguées. »

[60] Ainsi, la Régie maintient sa position de se limiter aux seuls produits « Vista Business », « Office Professionnal Plus 2007 » et « Visio Standard 2007 », produits pour lesquels Microsoft détient tous les droits et qui sont disponibles exclusivement par ses revendeurs autorisés.

[61] Le 1^{er} février 2008, la Régie choisit de déposer sa commande auprès du Centre de Services Partagés du Québec (CSPQ)¹⁷ pour l'obtention des licences Microsoft¹⁸.

[62] Le CSPQ a pour mission de fournir ou de rendre accessible aux organismes publics les biens et les services administratifs dont ils ont besoin dans l'exercice de leurs fonctions.¹⁹

[63] La Régie n'était pas tenue selon la réglementation en vigueur d'utiliser les services du CSPQ, tel que le confirme monsieur Yves Boutin, directeur du CSPQ tant à l'audience que lors de l'interrogatoire au préalable²⁰.

[64] À la suite d'un appel d'offres effectué par le CSPQ pour les produits Microsoft, le plus bas soumissionnaire, le revendeur autorisé Microsoft « Compugen inc.» s'est vu octroyer le contrat.

[65] Le 8 février 2008, le CSPQ facture la Régie pour l'acquisition des licences²¹.

[66] Le 15 février 2008, le CSPQ demande à Compugen la livraison des licences Microsoft visées.

[67] Le 5 mars 2008, la Régie acquitte le montant total de la facture²².

[68] Le 13 mars 2008, la demanderesse dépose sa requête en jugement déclaratoire.

[69] Même avec les produits Microsoft, le déploiement de la nouvelle plate-forme informatique nécessite une formation de transition importante pour les employés de la Régie qui s'effectue en trois phases établies comme suit :

- de janvier à mars 2008 : formation – test environ 200 personnes;
- de avril 2008 à juin 2008 : migration de postes pour 500 personnes;
- septembre 2008 à décembre 2008 : fin du déploiement de la nouvelle plate-forme Microsoft auprès de 500 personnes.

¹⁷ Le CSPQ a été institué par la *Loi sur le Centre des services partagés du Québec*, L.R.Q., c. 8-1.1.

¹⁸ Voir pièce RRQ-8.

¹⁹ Id., L.R.Q., c. 8-11.1, art. 4.

²⁰ Voir l'interrogatoire au préalable de monsieur Yves Boutin, 18 décembre 2008, p. 9.

²¹ Voir pièce RRQ-10.

²² Voir pièce RRQ-11.

POSITION DES PARTIES

[70] La demanderesse soutient que la Régie ne pouvait se prévaloir de l'exception prévue au règlement pour procéder à l'octroi du contrat sans appel d'offres, en l'absence d'une recherche sérieuse et documentée concluant à un fournisseur unique.

[71] La Régie affirme qu'elle n'avait pas à procéder par appel d'offres puisqu'elle avait identifié un fournisseur unique pour répondre à ses besoins.

[72] Subsidiairement, la Régie affirme qu'elle aurait pu procéder par avis d'attribution puisque l'opération visée consistait simplement à une mise à niveau de son infrastructure informatique.

[73] Le CSPQ n'a pas participé à la décision attaquée prise par la Régie, ni à la confection de l'avis d'intention²³. Après avoir reçu une commande de la Régie, son rôle en l'espèce s'est limité à établir le lien avec le revendeur autorisé Compugen inc.

[74] Néanmoins, le CSPQ prend part activement à l'audience, appuyant avec vigueur les prétentions de la Régie.

[75] Microsoft est aussi présente à l'audience pour soutenir énergiquement la décision de la Régie. Elle affirme avoir intérêt à y assister, puisque la demanderesse réclame l'annulation du contrat de licences dont elle détient les droits.

[76] Dans les faits, Microsoft agit davantage à l'audience pour assurer son monopole.

[77] Compugen, revendeur autorisé Microsoft, assiste sans intervenir à l'audience, sinon que pour appuyer globalement, on le comprendra, les conclusions de la Régie.

[78] Quant au représentant de la procureure générale, il supporte la Régie et intervient au débat sur la norme de contrôle que devrait s'imposer le Tribunal dans l'examen de la décision attaquée.

ANALYSE ET DÉCISION

1. Les moyens préliminaires

[79] Avant d'aborder le fond de la question soulevée par le recours, le Tribunal doit statuer sur les questions préliminaires suivantes :

1. le délai pour l'introduction du recours;

²³ Voir l'interrogatoire au préalable de monsieur Yves Boutin, directeur des acquisitions en technologie de l'information, 18 décembre 2008, p. 6 à 10.

2. le caractère théorique du recours;
3. l'absence d'intérêt de Savoir-Faire Linux.

1. Le délai pour l'introduction du recours

[80] Le 16 juin 2008, les procureurs de la défenderesse ont déposé une requête en rejet de la requête en jugement déclaratoire de la demanderesse invoquant que cette dernière n'a pas agi à l'intérieur d'un délai raisonnable pour contester sa décision de procéder sans appel d'offres.

[81] Par un jugement du 5 septembre 2008, madame la juge Michèle Lacroix rejette le moyen soulevé relativement au délai.

[82] La juge Lacroix retient qu'un délai de 42 jours entre la décision finale de la Régie du 31 janvier et la date de signification de la requête n'est pas déraisonnable.

[83] À cet égard, madame la juge Lacroix s'exprime comme suit :

«[22] Le délai le plus réaliste court à compter du 31 janvier 2008 jusqu'au 14 mars 2008, date d'institution des procédures. Ce délai est de 42 jours.

[23] Pour juger si le délai est raisonnable, il faut prendre en considération notamment la matière dont il s'agit (civile ou pénale), l'existence d'un droit fondamental invoqué, la nature de l'organisme décideur, la nature et les conséquences de la décision attaquée et les causes du délai.

[24] Il appartient au requérant de prouver *prima facie* que sa requête n'est pas tardive.

[25] Pour juger si le délai est raisonnable, il faut tenir compte de toutes les circonstances qui ont entouré tant la décision attaquée que les faits qui se sont déroulés après.

[26] 42 jours pour prendre position sur une question de cette ampleur n'est pas déraisonnable.

[27] Il faut prendre en considération la nature et l'importance de ce qui est attaqué. »

[84] À l'audience, le procureur de Microsoft soulève de nouveau le même moyen lors des plaidoiries sur le fond, malgré le fait qu'aucun élément nouveau n'ait été établi lors de l'enquête.

[85] Il soutient, en se basant sur l'arrêt *Loyer c. Commission des affaires sociales*²⁴ rendu par la Cour d'appel, que tout délai pour exercer un recours de la nature d'un jugement déclaratoire au delà de 30 jours doit être tenu pour déraisonnable.

[86] La preuve démontre que c'est bien le 31 janvier que la demanderesse a reçu par télécopie la réponse négative de la Régie consignée dans sa lettre datée du 24 janvier.

[87] Il est vrai que le juge saisi du fond du dossier n'est pas totalement lié par les décisions incidentes rendues pendant la mise en état du dossier. Par contre, en l'absence de faits nouveaux, la présente demande de reconsidération constitue nettement un appel de la décision rendue, invitant ainsi le Tribunal à la déférence à moins d'une erreur manifeste.

[88] Or, malgré ce qui précède, tout comme la juge Lacroix, le Tribunal estime que ce moyen est mal fondé.

[89] En effet, en raison de l'importance de la question soulevée et de sa complexité, le délai pour exercer le présent recours n'est pas déraisonnable.

[90] Il y a lieu d'examiner le type de recours, la matière en cause et les circonstances pour déterminer la raisonnabilité du délai.

[91] Dans l'arrêt très récent *Bellemare c. Lisio*²⁵, la Cour d'appel rappelle dans le cadre d'une requête en nullité qu'il n'y pas d'automatisme généralisé en matière de délai raisonnable. Commentant l'arrêt *Loyer*, la Cour d'appel s'exprime comme suit :

« [23] Mais cet arrêt et les jugements assez nombreux qui vont dans le même sens ne sauraient être interprétés comme jetant les bases d'un automatisme généralisé en matière de délai raisonnable, une sorte de présomption *juris tantum* que toute dérogation au délai de 30 jours, même lorsque le recours exercé est une action directe en nullité, nécessite une explication. Tout dépend du type de recours qui est exercé, de la matière en cause et des circonstances de l'espèce, l'arrêt de principe demeurant l'arrêt *Port Louis*.²⁶ »

[92] Ainsi, dans cette affaire, en application de ces critères, un délai de 778 jours entre l'ordonnance attaquée et la signification de la requête n'a pas été qualifié par la Cour d'appel de déraisonnable.

²⁴ *Loyer c. Commission des affaires sociales*, J.E. 99-957 (C.A.), jj. Dussault, Deschamps et Robert.

²⁵ *Bellemare c. Lisio*, C.A. Montréal, n° 500-09-018821-082, 5 mai 2010, jj. Rochon, Morissette et Hilton.

²⁶ *Immeubles Port Louis ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

[93] Au surplus, en l'espèce, aucun préjudice n'a été établi par la Régie ou les mis en cause d'un délai de 42 jours pour l'introduction du recours. La preuve démontre au contraire qu'un recours institué dans les 30 jours n'aurait rien changé puisque dès le premier jour de ce délai, soit le 1^{er} février 2008, la commande était passée par la Régie pour l'obtention des licences Microsoft.

2. Le caractère théorique du recours

[94] Par sa requête en rejet du 16 juin 2008, la Régie a aussi déjà soulevé que le jugement déclaratoire n'est pas le moyen approprié pour attaquer sa décision de ne pas procéder par appel d'offres.

[95] Par son jugement du 5 septembre 2008, madame la juge Lacroix a également rejeté ce moyen, en s'exprimant comme suit :

« [28] L'article 453 du *Code de procédure civile* énonce les conditions essentielles à l'exercice d'un recours par voie de requête pour jugement déclaratoire.

[29] Le jugement recherché doit mettre fin à l'incertitude ou à la controverse entre les parties.

[30] Ce qui est en cause est l'interprétation des dispositions pertinentes du Règlement ainsi que leur application.

[31] Tout comme dans l'affaire *Alstom* citée précédemment, le tribunal est appelé à interpréter et appliquer les dispositions pertinentes du règlement afin de déterminer si la RRQ pouvait se prévaloir de l'exception de «fournisseur unique». Cette interprétation nécessite une analyse et une détermination du respect par la RRQ de la condition précédant au droit d'exception.

[32] Le tribunal doit s'assurer qu'une recherche sérieuse et documentée a été effectuée pour s'assurer de l'unicité de ce fournisseur.

[33] Le pouvoir d'annulation s'ajoute au pouvoir d'interprétation par jugement déclaratoire.

[35] Les articles 453 C.c.p. et suivants donnant ouverture à la demande de jugement déclaratoire doivent recevoir une interprétation large et libérale. L'arrêt *Duquet* de notre Cour suprême permet d'écarter les prétentions que la requête en jugement déclaratoire n'est pas le véhicule procédural approprié. »

[96] À l'audience, avant le début de l'enquête, le procureur du CSPQ, avec l'appui de ceux de la Régie, de Microsoft et des autres mis en cause, soulève le caractère théorique du présent recours et pour ce seul motif, il en demande à nouveau le rejet.²⁷

[97] Il soutient que le contrat visé par la requête a déjà été octroyé, les licences livrées et payées, le recours étant dès lors théorique.

[98] En outre, il affirme que la réglementation applicable aux appels d'offres a été modifiée, rendant tout jugement déclaratoire sans effet pratique.

[99] Le Tribunal ne partage pas ce point de vue.

[100] En l'espèce, la demanderesse présente des conclusions déclaratoires certes, mais demande aussi l'annulation de l'attribution du contrat visé.

[101] Même si cette dernière conclusion, comme le soulèvent les procureurs des mis en cause, offre peu de chance de succès, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue la seule base en vertu de laquelle les mis en cause justifient d'un intérêt pour participer au débat.

[102] Si comme elles le prétendent, le Tribunal devrait ignorer cette conclusion et s'en tenir aux conclusions déclaratoires, elles n'ont pas intérêt à plaider, puisque le contrat a été octroyé, livré et payé.

[103] Pour conclure à l'importance pour le Tribunal de se prononcer en l'espèce, la demanderesse soulève la difficulté d'obtenir une injonction provisoire ou interlocutoire contre le gouvernement pour l'empêcher de procéder à obtenir les licences, après avoir effectué la commande.

[104] À cet égard, il faut rappeler que le Code de procédure civile limite grandement le recours à l'injonction contre le gouvernement :

« **94.2.** Il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire ni mesure provisionnelle contre le gouvernement.

100. Il n'y a lieu à aucun recours extraordinaire ni mesure provisionnelle contre un ministre du gouvernement, ni contre une personne agissant sur ses instructions, pour le forcer à agir ou à s'abstenir d'agir relativement à une matière qui se rapporte à l'exercice de sa fonction ou de l'autorité à lui conférée par quelque loi du Québec. »

²⁷ Par décision rendue séance tenante, le Tribunal a pris l'objection sous réserve.

[105] Même si l'immunité de la Couronne n'est pas absolue, il faut reconnaître qu'il aurait été très difficile pour la demanderesse, en l'absence de précédents, d'obtenir une ordonnance contre la Régie afin de suspendre l'attribution du contrat limité aux produits Microsoft²⁸.

[106] Dans ce contexte, le jugement déclaratoire recherché revêt toute son importance.

[107] Même si le débat ne donne lieu qu'à une conclusion déclaratoire sur la légalité du processus suivi par la Régie, le Tribunal estime qu'il est nécessaire d'y donner suite.

[108] Un débat réel existe entre les parties lequel risque de se reproduire à moyen terme lorsque la Régie devra à nouveau procéder à une migration de ses infrastructures informatiques bureautiques.

[109] À cet égard, dans l'arrêt *Borowski*, la Cour suprême du Canada s'exprime comme suit :

« L'économie des ressources judiciaires n'empêche pas non plus d'entendre des affaires devenues théoriques dans les cas où la décision de la Cour aura des effets concrets sur les droits des parties même si elle ne résout pas le litige qui a donné naissance à l'action... »²⁹

[110] De la même façon, la participation active du CSPQ et du représentant de la procureure générale au débat démontre que la question est d'intérêt pour les parties en cause dans la présente affaire, mais aussi pour plusieurs autres organismes gouvernementaux susceptibles de se retrouver dans la même position, un jour ou l'autre.

[111] Il est vrai que le règlement applicable en l'espèce a été modifié par le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*³⁰ adopté en vertu de la *Loi sur les contrats des organismes publics*³¹.

[112] Mais, à l'examen, malgré la modification législative, force est de constater les similitudes dans le texte relativement à l'exception soulevée par la Régie en l'espèce pour ne pas procéder à un appel d'offres.

²⁸ Voir *Sinclair c. Bacon*, [1994] R.J.Q. 289 (C.A.); voir aussi *P.G. Québec c. Laurendeau*, [1985] C.A. 494; Céline GERVAIS, « L'injonction », 2^e édition, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 59-63.

²⁹ *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S., 341, 360.

³⁰ *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 1.

³¹ *Loi sur les contrats des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1.

[113] À cet égard, l'article 29.1 du nouveau règlement reprend l'obligation de l'organisme public d'avoir effectué une recherche sérieuse et documentée pour conclure à un fournisseur unique et se soustraire à la règle impérative de l'appel d'offres.

[114] Enfin, dans un jugement récent, notre collègue madame la juge Chantal Corriveau décidait de ne pas intervenir dans un débat semblable à celui qui nous occupe, invoquant notamment que la question était pendante dans le dossier sous étude.

[115] Dans *FACIL, pour l'appropriation collective de l'information libre c. Centre de Services Partagés du Québec – Direction générale des acquisitions et Microsoft, Compugen et Procureur général du Québec*, madame la juge Corriveau s'exprime comme suit :

« [33] La question soulevée dans le présent dossier, aussi sérieuse soit-elle, est déjà soumise à l'examen des tribunaux dans le dossier Savoir-Faire Linux. La similarité des allégués et des conclusions en est la preuve. En effet, dans les deux cas, l'objectif de la démarche est de faire déclarer que le Règlement doit être ignoré.

[34] Si le Tribunal devait autoriser la poursuite de ce recours devant les tribunaux, il s'en suivrait un gaspillage des ressources judiciaires... »³²

[Nos soulignements]

[116] La question soulevée dans le présent litige mérite d'être tranchée.

[117] Rappelons que les tribunaux disposent d'une discrétion judiciaire à cet égard³³ et qu'ils peuvent rendre un jugement déclaratoire dans des situations qui demeurent strictement théoriques et ce, en raison de l'importance de la question soulevée³⁴.

3. L'absence d'intérêt

[118] Microsoft soulève l'absence d'intérêt de la demanderesse pour tenter son recours n'ayant pas démontré, à son avis, qu'elle aurait pu soumissionner à l'appel d'offres qu'elle réclame.

³² *FACIL, pour l'appropriation collective de l'information libre c. Centre de Services Partagés du Québec – Direction générale des acquisitions*, C.S. Montréal, n° 500-17-044243-080, 2 décembre 2008, j. Corriveau; appel rejeté (2009) QCCA 934).

³³ *Borowski c. Canada (Procureur général)*, précité, note 29, p. 353; Voir aussi *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S., p. 199.

³⁴ Voir notamment *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

[119] L'article 55 C.p.C. exige d'un demandeur un intérêt suffisant :

« Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant. »

[120] Il est bien établi que l'intérêt procédural doit être apprécié dans le contexte du droit invoqué.³⁵

[121] En l'espèce, la demanderesse Savoir-Faire Linux a répondu immédiatement à l'invitation de la Régie dans l'avis d'intention de manière à obtenir les spécifications et devis afin de pouvoir participer à l'appel d'offres.

[122] De la même façon, elle a requis la recherche sérieuse et documentée qui fait en sorte qu'elle a été éliminée à titre de fournisseur potentiel concurrent.

[123] Savoir-Faire Linux explique que la Régie est l'exemple de sa clientèle cible, du marché qu'elle développe en logiciels libres.

[124] Pour faire valoir son intérêt, Savoir-Faire Linux n'a pas à démontrer qu'elle aurait remporté l'appel d'offres en étant le plus bas soumissionnaire répondant à la demande visant le renouvellement de l'infrastructure informatique de la Régie.

[125] S'il en était ainsi, en l'absence d'un appel d'offres, personne ne pourrait jamais remettre en cause la violation du processus réglementaire d'attribution d'un contrat, tel qu'allégué par la demanderesse.

[126] À l'audience, la demanderesse a établi son intérêt pour faire déclarer que la Régie devait procéder par appel d'offres lui octroyant, le cas échéant, le droit d'y participer et de concurrencer Microsoft.

2. La question : Est-ce que la Régie devait procéder par appel d'offres ?

[127] Le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères des organismes publics* définit l'appel d'offres comme une « *procédure d'appel à la concurrence entre plusieurs fournisseurs, les invitant à présenter une soumission ou une offre de services en vue de l'obtention d'un contrat.* »³⁶

³⁵ Voir Pierre GIROUX et Stéphane ROCHETTE, « Les recours judiciaires en droit public », Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p.222 et 223.

³⁶ Voir *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères des organismes publics*, c. A-6.01, r. 0.03, art. 10.

[128] Le règlement applicable établit qu'un contrat ne peut être conclu que s'il a été précédé d'un appel d'offres, lorsque le montant d'un contrat d'approvisionnement est supérieur à 5 000 \$³⁷.

[129] Les auteurs Pierre Giroux et Denis Lemieux affirment que trois raisons expliquent la procédure d'appel d'offres pour l'adjudication des contrats de l'administration publique :

« ...d'abord, il s'agirait d'une procédure imposée pour l'avantage exclusif de l'Administration, c'est-à-dire pour s'assurer qu'il pourra obtenir le meilleur produit au meilleur coût. Il pourrait s'agir également d'éliminer le favoritisme et le patronage politique en recourant à une procédure par laquelle l'attribution de contrats se fait uniquement sur la base du prix offert pour le prix demandé. Enfin, l'imposition de la procédure d'appel d'offres résulterait de l'application du principe de l'égalité devant le service public, au terme duquel serait reconnu à tous les intéressés un droit égal à contracter avec l'Administration. »³⁸

[Nos soulignements]

[130] Quant aux effets de l'appel d'offres, dans l'ouvrage « L'action gouvernementale », Précis de droit des institutions administratives, les auteurs les identifient comme suit :

« Au niveau de l'Administration, l'appel d'offres produit un effet négatif et un effet positif. L'effet négatif se traduit comme suit : l'appel d'offres restreint la liberté contractuelle de l'Administration. L'Administration ne peut choisir son cocontractant, ne peut négocier les conditions du contrat, etc. L'effet positif est lui aussi de taille ; l'appel d'offres permet au gouvernement d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix. En procédant par l'appel d'offres, l'Administration permet la libre concurrence et cela lui donne de meilleurs résultats.

Au niveau de l'administré, l'appel d'offres ne comporte pratiquement que des avantages. Premièrement, il permet l'élimination du favoritisme et du patronage politique par son incitation à la libre concurrence. L'appel d'offres impose à l'Administration un formalisme rigoureux, ce qui l'empêche de favoriser une firme au détriment des autres...

³⁷ Ibid., art. 11.

³⁸ Pierre GIROUX et Denis LEMIEUX, « *Contrats des organismes publics et québécois* », Farnham, Publication CCH-FM, 2005, p. 809-5; voir aussi *Constructions DJL inc. c. Québec (Procureur général)*, Montréal, n° 500-17-022557-048, 2 novembre 2006, j. Maurice Laramée.

L'appel d'offres permettra aussi à tous les administrés d'être égaux devant les services publics. Car chacun a la possibilité de soumettre une offre à l'Administration. »³⁹

[Nos soulignements]

[131] L'article 12 du Règlement prévoit une exception à la règle de l'appel d'offres :

« L'émission d'un appel d'offres n'est pas requise dans l'un ou l'autre des cas suivants :

4° il n'existe qu'un fournisseur ayant un établissement au Québec ou, lorsqu'un accord intergouvernemental est applicable, au Québec ou dans une province ou un territoire visé par cet accord qui, après une recherche sérieuse et documentée, est le seul à pouvoir répondre aux spécifications requises et à posséder les qualifications nécessaires à la réalisation du contrat, ou encore, il n'existe aucun fournisseur sur le territoire concerné répondant à ces exigences; »

[Nos soulignements]

[132] C'est en se basant sur cette disposition que la Régie s'appuie pour procéder sans appel d'offres prétendant qu'après une recherche sérieuse et documentée, un seul fournisseur pouvait répondre à ses besoins.

[133] La règle applicable est bien établie : un contrat ne peut être conclu que s'il a été précédé d'un appel d'offres, lorsque le montant d'un contrat pour approvisionnement est de plus de 5 000 \$.

[134] Toute exception à la règle doit être interprétée restrictivement.

La norme de contrôle

[135] Dans l'examen des décisions de l'administration publique, la Cour supérieure exerçant son pouvoir de surveillance et de contrôle doit respecter la discrétion accordée à un organisme public, pour autant qu'une telle discrétion existe, et n'intervenir que si la décision attaquée est déraisonnable⁴⁰.

[136] En l'espèce, le Tribunal doit examiner si la Régie a respecté le processus relatif à l'octroi d'un contrat.

³⁹ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, « *L'action gouvernementale* », Précis de droit des institutions administratives, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2009, 1566, pp. 1148-1149.

⁴⁰ *Alstom Canada inc. c. Société de transport de Montréal*, C.S. Montréal, n^o 500-17-031722-062, 9 janvier 2008, j. Silcoff, par. 154 à 179.

[137] Ainsi, il ne s'agit pas de réviser le choix de l'administration d'accorder un contrat à une entité plutôt qu'à une autre.

[138] Pour déterminer le caractère raisonnable d'une telle décision, le Tribunal partage l'analyse du juge Silcoff dans *Alstom c. STM* lorsqu'il conclut que l'absence de vérification sérieuse et documentée avant la décision de procéder sans appel d'offres est une omission fatale :

« [178] Mais, tel que mentionné précédemment, la Loi prévoit qu'une société ne peut se prévaloir de cette exception et négocier un contrat de gré à gré, ...qu'après que des vérifications documentées et sérieuses ont été effectuées pour s'assurer de l'unicité de ce fournisseur dans l'ensemble des provinces et territoires canadiens.

[179] Or la preuve révèle que cette condition précédente n'a pas été respectée avant de prendre la Décision. Cette omission est fatale et rend inapplicable l'exception sur laquelle se base la STM pour justifier sa Décision. »⁴¹

[Nos soulignements]

La recherche sérieuse et documentée

[139] Pour déterminer si la Régie pouvait se prévaloir de l'exception du fournisseur unique, le Tribunal doit vérifier le respect de la condition statutaire impérative et préalable, soit la recherche sérieuse et documentée.

[140] Comme l'explique le juge Silcoff dans *Alstom*, en l'absence d'une telle recherche sérieuse et documentée au préalable, la Régie ne peut soulever l'exception et adjuger l'octroi du contrat sans appel d'offres⁴².

[141] En l'espèce, selon le témoignage de monsieur Bernard Bouret, chef des services de la technologie à la Régie, la décision de procéder à l'achat de licences Microsoft est déjà arrêtée en novembre 2006.

[142] L'achat des licences s'insère dans le cadre d'un projet de 3.4 millions s'échelonnant sur les années financières 2007 à 2009.

[143] La Régie soutient qu'elle a effectué une veille technologique l'ayant amené à mettre de côté le logiciel libre et porter son choix sur Microsoft.

[144] Depuis 2004, la Régie explique qu'elle consacre l'équivalent de 100 jours par année pour cette veille technologique.

⁴¹ Ibid., par. 178-179.

⁴² Ibid., par. 101.

[145] Or, le contenu de la veille technologique est déposé à l'audience comme un assemblage d'articles produits sur les logiciels libres et les logiciels propriétaires qui n'établit rien de spécifique quant à la réponse aux besoins de la Régie.

[146] Aucune analyse de cette veille technologique déposée en vrac n'est fournie, même à l'audience.

[147] Pourtant, l'examen de la documentation démontre que chacune des solutions logiciels libres et logiciels propriétaires comporte des avantages, désavantages ou incompatibilités à surmonter⁴³.

[148] Tout comme pour les logiciels propriétaires qui nécessitent des ajustements dans le contexte de la transition, monsieur Béraud explique à l'audience qu'il existe une solution à tous les problèmes en logiciels libres.

[149] Dans *Alstom*, le juge Silcoff souligne que pour se prévaloir de l'exception, l'étude doit être non seulement sérieuse, mais aussi documentée.

[150] À cet égard, le juge Silcoff s'exprime comme suit :

« [116] Sous réserve de nos observations quant à l'absence de vérifications sérieuses, le Tribunal rappelle que les vérifications, pour être valides au sens de la Loi, doivent être non seulement sérieuses, mais aussi documentées. Si la STM veut se prévaloir de l'exception prévue à la Loi, elle doit avoir documenté ses recherches et ses conclusions. Pour ce faire, elle aurait dû émettre un document ou des documents reflétant l'étendue des recherches légitimes et concluant à l'unicité avant de prendre la Décision de négocier de gré à gré avec Bombardier. »⁴⁴

[Nos soulignements]

[151] En l'espèce, même si la décision de la Régie est prise en novembre 2006, l'avis d'intention n'est publié que le 18 décembre 2007 et le contrat octroyé en février 2008.

[152] Or, le 6 décembre 2007, avant de publier l'avis d'intention, la responsable du projet pour la Régie, madame Danielle Larose, transmet à ses employés Guy Bourassa et Robert Levasseur un courriel afin d'établir « la stratégie »:

« Selon Réjean, nous devons rédiger des avis d'intention pour tous les produits dont le coût total dépasse 25 000 \$...

⁴³ Voir notamment pièce R-18, p. 48, Évolution des risques et plan d'action, programmes non disponibles ou difficultés d'intégration avec la solution Microsoft, sommaire du 31 août 2007.

⁴⁴ Précité, note 39, par. 116.

La mécanique est la suivante :

On rédige l'avis d'intention, on l'envoie à Simon qui doit la faire signer par le président (normalement 24 – 48 heures), publication (10 jours). Si aucune réponse d'un fournisseur, on peut procéder immédiatement à l'achat.

Donc, considérant qu'on doit acheter ces produits tôt en janvier, il faudrait faire ça le plus rapidement possible, soit dès la semaine prochaine.

Quelle stratégie devrions-nous adopter ? »⁴⁵

[Nos soulignements]

[153] Le 9 décembre 2007, Robert Levasseur écrit à Danielle Larose et Guy Bourrassa un courriel relativement à l'avis d'intention qui en dit long sur l'absence de recherche sérieuse et documentée :

« Je suis d'accord pour prendre en charge la rédaction mais j'ai besoin d'aide.

Donnez-moi des arguments de justification pour chaque produit, tout ce qui vous passe par la tête pour chaque produit; mais je suis sûr que certains arguments s'appliqueront à plus d'un produit.

J'ai aussi besoin des noms exacts des produits actuels et à acquérir, des quantités et prix unitaire. »⁴⁶

[Nos soulignements]

[154] La réponse de Guy Bourrassa du 10 décembre 2007 qui écrit à Robert Levasseur et à Danielle Larose sur tout ce qui lui passe par la tête pour l'avis d'intention démontre une préférence pour les produits Microsoft parce qu'ils sont utilisés depuis 1996 par la Régie, sans trancher d'aucune façon sur la concurrence du logiciel libre⁴⁷.

[155] Par ailleurs, les consultations alléguées qui auraient été faites auprès des firmes d'analyse Gartner et Forrester en 2004 et 2005 ainsi que les présentations de la Régie en janvier 2004 et avril 2005⁴⁸ ne portaient pas sur le projet spécifique de la Régie quant au renouvellement de son infrastructure informatique. De plus, dans ce domaine d'activités, une période de deux ou trois ans est énorme.

⁴⁵ Voir pièce R-18, p. 44.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Voir pièce R-18, p. 43.

⁴⁸ Voir pièce RRQ-12, onglet 15, Les logiciels libres, positionnement de la Régie, service de la technologie de la Régie des rentes du Québec, janvier 2004 et pièce RRQ-12, onglet 16, Les logiciels libres et la VOLP à la Régie, service de la technologie de la Régie des rentes du Québec, avril 2005.

[156] En outre, dans cette dernière présentation en avril 2005, les employés de la Régie soulignent l'importance de considérer « le libre » :

« La meilleure opportunité pour la RRQ semble toujours être la bureautique. Elle sera mise à niveau en 2006-2007 et le « libre » sera considéré, surtout s'il y a des expériences à succès d'ici là (tout en espérant un rajustement de facturation de la part de Microsoft). »⁴⁹

[Nos soulignements]

[157] Le 10 janvier 2008, monsieur Robert Levasseur transmet à l'employé François Lemelin ainsi qu'à Danielle Larose un courriel dont l'objet est identifié comme suit : « Vista/Office 2007 contre Linux/OpenOffice ». Le texte se lit comme suit :

« J'aimerais qu'un expert de CGI sur les logiciels libres commente la réponse suivante que nous avons faite à un promoteur de Linux/OpenOffice. Est-ce que les arguments sont valables ? Quels sont les points faibles sur lesquels le promoteur risque de récidiver et comment pourrait-il le faire ?

Je demande cependant la discrétion de CGI sur ce sujet. J'aimerais que nos propos demeurent CONFIDENTIELS. »⁵⁰

[Nos soulignements]

[158] Le courriel de l'employé de la Régie François Lemelin du 10 janvier 2008 transmis à monsieur Benoît Dubé, employé de la firme CGI, après la publication de l'avis d'intention, est aussi révélateur quant à l'improvisation de la Régie et à l'absence de recherche sérieuse et documentée.

[159] Par son courriel, monsieur Lemelin explique à monsieur Dubé que la Régie désire vérifier la « solidité » de sa réponse et même obtenir des nouveaux arguments pertinents pour contrer la démarche de Savoir-Faire Linux :

« Voici, comme discuté plus tôt cet après-midi avec Michel Bouchard, une réponse que la Régie fera sous peu parvenir à un promoteur Linux/OpenOffice. La Régie aimerait vérifier avec un expert de CGI en Linux/OpenOffice/OpenSource la « solidité » de sa réponse et même avoir de nouveaux arguments pertinents à un tel contexte, si possible. Comme discuté plus tôt avec Michel, certaine(s) ressource(s) de la pratique « Logiciels libre » [sic] de CGI pourraient potentiellement apporter leur contribution à cette demande.

⁴⁹ Pièce RRQ-12, onglet 16, p. 7.

⁵⁰ Voir pièce R-17, p. 60.

Tu trouveras, suite à mon courriel, la réponse de la Régie qui intègre des éléments de mise en contexte. J'ai aussi trois points/questions/précisions à mentionner à propos de cet avis.

1. Est-ce que CGI facturerait des honoraires pour ce travail ? Si c'est le cas, il faudrait me revenir avant de procéder pour obtenir une approbation et une façon de faire.
2. La Régie désire que cette démarche soit confidentielle et que les ressources impliquées dans cet avis soient avisées d'être discrètes à ce sujet.
3. La Régie a besoin d'une réponse très rapide, pour mercredi matin prochain (16 janvier), ou avant. La réponse peut prendre la forme d'un courriel, d'un appel téléphonique, d'une conférence téléphonique, d'une courte rencontre en personne à la Régie, etc.. Modalité à établir au moment opportun et selon les horaires de chacun.

Tu peux m'appeler vendredi pour en discuter, si requis. »

[Nos soulignements]

[160] La démarche dirigée et commandée auprès de l'employé de CGI surprend même ce dernier, puisqu'il écrit :

« J'ai pris soin de bien lire le texte ci-dessous. Je croyais que l'objectif était de comparer les deux solutions. Or, c'est une demande de confirmer que Linux – OO n'est pas dans le coup. Ça serait un peu paradoxal pour la pratique U3L de faire un tel constat alors que nous faisons la promotion de l'inverse... »

[Nos soulignements]

[161] À l'audience, l'employé de CGI Benoît Dubé n'a pas été entendu et son degré d'expertise n'a pas été établi.

[162] L'échange de courriel, après la publication de l'avis d'intention, démontre tout de même l'esprit dans lequel la Régie opère dans sa « stratégie » pour passer à côté de son obligation de procéder par appel d'offres, le tout, sans avoir effectué une recherche sérieuse et documentée.

[163] Il est paradoxal que la Régie ait attendu au 18 décembre 2007 pour publier son avis, alors que sa décision était prise à l'automne 2006.

[164] La Régie profite ainsi de la période des Fêtes pour publier son avis d'intention du 21 décembre 2007 exigeant de tout intéressé de faire valoir ses commentaires et de se manifester avant le 11 janvier 2008.

[165] Malheureusement pour la « stratégie » de la Régie, monsieur Béraud répond à l'avis d'intention le 25 décembre 2007.

[166] Lors de la rencontre du 17 janvier 2008 entre la Régie et la demanderesse Savoir-Faire Linux inc., monsieur Béraud demande d'obtenir l'étude sérieuse et documentée l'ayant amenée à conclure à un fournisseur unique. Aucune telle étude ne lui est présentée.

[167] Monsieur Béraud va même jusqu'à offrir les services d'un consultant externe dont il accepte de défrayer les honoraires pour procéder à une telle étude sérieuse et documentée. Cette offre n'est pourtant pas retenue...

[168] La Régie cherche à passer outre à l'appel d'offres et à aller de l'avant avec son choix Microsoft.

[169] Il est surprenant que la Régie retienne sa lettre réponse du 24 janvier pour ne la transmettre par courriel que le 31 janvier à la demanderesse, soit la veille de la commande qu'elle passe auprès du CSPQ pour acquérir les licences Microsoft. Elle place ainsi la demanderesse devant un fait accompli.

[170] Le Tribunal estime qu'un appel d'offres aurait permis de mettre en concurrence différents fournisseurs qui auraient pu proposer des solutions originales pour répondre aux besoins de la Régie.

[171] L'Administration aurait alors eu l'obligation en faisant l'appel d'offres de fournir les renseignements adéquats et utiles aux soumissionnaires potentiels⁵¹.

[172] L'appel d'offres aurait dû faire état des fonctionnalités recherchées par la Régie et inviter les intéressés à soumissionner.

[173] En l'espèce, plutôt que de faire état des fonctionnalités recherchées, le Tribunal constate, tout comme la demanderesse, que la Régie s'est limitée à requérir dans l'avis une marque de logiciel précise dont les droits sont détenus en exclusivité par le seul fournisseur Microsoft.

[174] Ainsi, plutôt que de faire appel à la concurrence, la Régie choisit Microsoft, sans recherche sérieuse et documentée, tentant de justifier son choix a posteriori, en se fondant sur deux motifs.

⁵¹ Voir Patrice GARANT, « Droit administratif », 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 1368, p. 430.

[175] D'abord, parce que les employés de la Régie sont familiers avec le produit Microsoft qu'ils utilisent depuis 1996.

[176] Pour le Tribunal, cet argument ne peut être valable pour conclure à un fournisseur unique puisque ce faisant, il consacre le monopole aux logiciels propriétaires de Microsoft qui en détient les droits exclusifs de licences.

[177] D'autre part, la Régie soulève que la solution du logiciel libre entraînerait des coûts supérieurs à ceux engendrés par l'achat de licences Microsoft, notamment au niveau de la transition et de la formation.

[178] Or, ce n'est que postérieurement à l'attribution du contrat, plus de dix mois plus tard, que la Régie a chiffré trois solutions possibles dont celle du logiciel libre⁵².

[179] Cet exercice postérieur qui compare les scénarios du logiciel Microsoft et du logiciel libre démontre à nouveau la réelle concurrence entre les produits, bien que les chiffres qui y apparaissent soient contestables.

[180] Aucune preuve de la fiabilité des montants attribués pour chacun des scénarios de migration n'a été établie à l'audience.

[181] Il suffit de mentionner que le tableau ne tient pas compte des perspectives à moyen terme et de l'impact de la récurrence des coûts de licences et redevances exigés par Microsoft, lors d'un renouvellement ou de la fin de la période de support.

[182] Pourtant la littérature déposée traite notamment du désavantage des coûts reliés à la dépendance inhérente à l'utilisation de produits Microsoft, notamment dans un chapitre intitulé « The risky aspects of going the Microsoft Route »⁵³.

[183] L'exercice effectué après l'octroi du contrat établit plutôt que la solution du logiciel libre est possible.

[184] Seul un appel d'offres avec devis pouvait démontrer à la Régie ce qu'étaient en mesure de proposer les autres fournisseurs de services, et à quel prix.

[185] Le Tribunal retient de la preuve documentaire et testimoniale que les fournisseurs de logiciels libres et de logiciels propriétaires tels Microsoft sont en concurrence directe.

⁵² Voir la Comparaison financière des scénarios de migration des postes de travail de la Régie, pièce RRQ-5, 25 novembre 2008.

⁵³ Voir Microsoft 2007 collaboration platform, « *The Risky Aspects Of Going The Microsoft Route* », Forester (Erica driver), RRQ-12, document 22, p. 660.

[186] D'ailleurs, à l'époque de l'octroi du contrat Microsoft, le ministère des services gouvernementaux traite sur son site Internet des logiciels libres comme étant une concurrence efficace et sécuritaire, et ce, dans les termes qui suivent⁵⁴ :

« **Logiciels libres**

De multiples expériences étrangères et locales démontrent, qu'aujourd'hui, les logiciels libres se révèlent un choix adéquat comme élément de la stratégie d'informatisation d'une administration publique.

Le recours à des logiciels libres assure :

- la pérennité de l'information,
- le libre accès à l'information publique,
- le développement économique local,
- l'atténuation de la fracture numérique,
- et l'indépendance par rapport aux fournisseurs.

Les logiciels libres offrent un grand potentiel en matière de sécurité de l'information et de protection de la vie privée des citoyens. En effet, la possibilité d'examiner (et ultimement de le corriger) le code source des logiciels utilisés par l'état offre la possibilité de déceler tout code-espion, tout mécanisme de prise de contrôle à distance ou tout traitement fautif de l'information.

Le logiciel libre s'inscrit parfaitement dans une stratégie d'architecture ouverte de laquelle découle l'adoption de normes et de standards ouverts assurant l'interopérabilité. Il intègre dès sa conception la plupart des normes et des standards ouverts existants.

En informatique, les administrations publiques utilisent et respectent les normes (ISO, etc.) et les standards ouverts (W3C, IETF, etc.) comme bonnes pratiques afin de garantir la pérennité des données et des documents. Les organisations peuvent ainsi développer leur mémoire collective et interagir facilement.

⁵⁴ Gouvernement du Québec, ministère des Services gouvernementaux, « *État de la situation au gouvernement du Québec* », Pièce R-5, date inconnue, imprimée sur internet le 11-03-2008.

Le gouvernement est à compléter une stratégie pour se donner les moyens de tirer pleinement profit du mouvement planétaire du logiciel libre. Pour ce faire, il prévoit encadrer les efforts d'introduction et d'utilisation des logiciels libres au gouvernement du Québec. »

[Nos soulignements]

[187] Sur une autre page de son site Internet intitulée « État de la situation au gouvernement du Québec », le ministère des Services gouvernementaux rappelle que plusieurs études ont amené le gouvernement du Québec à considérer le logiciel libre comme une alternative au même titre que les offres commerciales (logiciels propriétaires) dans leurs projets⁵⁵.

[188] Tel que mentionné précédemment, l'obligation de tenir un appel d'offres vise à favoriser la concurrence et à permettre au gouvernement de répondre à ses besoins au meilleur prix et ce, dans le meilleur intérêt de tous les contribuables.

[189] En l'espèce, en l'absence d'une recherche sérieuse et documentée concluant à un fournisseur unique, la Régie des rentes du Québec aurait dû procéder par appel d'offres.

[190] Si la Régie l'avait fait, il est possible que sa conclusion à la fin du processus aurait été la même.

[191] En effet, il est possible qu'après avoir procédé à l'appel d'offres, Microsoft aurait été choisie parmi l'ensemble des soumissionnaires.

[192] Dans une situation de concurrence, Microsoft aurait peut-être même rajusté son prix à la baisse.

[193] Suivant cette hypothèse, Microsoft aurait obtenu le contrat parce que sa solution, dans un exercice sérieux et comparatif avec la concurrence, était la meilleure et la moins coûteuse pour satisfaire les besoins de la Régie.

[194] Subsidiairement, la Régie, le CSPQ et les autres mis en cause soutiennent que puisqu'il s'agissait d'une mise à niveau de son système informatique, elle n'avait pas à procéder par appel d'offres, ni par avis d'intention. Elle aurait pu, selon ses prétentions, procéder par avis d'attribution.

⁵⁵ Gouvernement du Québec, ministère des Services gouvernementaux, « *Logiciels libres* », pièce R-6, date inconnue, imprimée sur internet le 11-03-2008.

[195] Elle réfère à cet égard au C.T. 205153 qui prévoit les situations où le CSPQ est autorisé par le Conseil du trésor à procéder sans appel d'offres :

« 2. Les organismes visés par les paragraphes 2° et 3° de l'article 4 de la Loi sur le vérificateur général à recourir, sans appel d'offres, aux contrats ouverts autorisés par la présente demande pour leurs commandes de logiciels, et ce, sous réserve du respect d'au moins une des conditions suivantes :

- a) la valeur des acquisitions prévisibles par cet organisme concernant ce logiciel est inférieure à 5 000 \$ par période douze mois;
- b) une recherche sérieuse et documentée a confirmé que seul le fournisseur identifié peut répondre aux besoins de l'organisme. Pour confirmer la conclusion de cette recherche, l'organisme doit, lorsque la valeur de ses acquisitions prévisibles concernant ce logiciel au cours d'une période douze mois est de 25 000 \$ ou plus, procéder à un avis d'intention, conformément à l'article 6 de la Directive sur l'application de l'accord intergouvernemental sur les marchés publics entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'État de New York (Décret numéro 1285-2001);
- c) dans le cas d'une mise à niveau ou du déploiement d'un logiciel déjà en place, s'il est démontré que ces acquisitions visent à assurer la continuité et l'évolution d'un logiciel incluant le renouvellement d'un contrat d'entretien, la mise à niveau d'un logiciel, l'acquisition de licences supplémentaires et l'acquisition d'un outil additionnel dans un ensemble de logiciels intégrés; l'organisme doit, pour une acquisition d'un montant de 25 000 \$ ou plus, procéder à la publication d'un avis d'attribution, conformément à l'article 6 de la Directive sur l'application de l'accord intergouvernemental sur les marchés publics entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'État de New York (Décret 1285-2001). »⁵⁶

[Nos soulignements]

[196] Le CT reprend la même obligation au deuxième paragraphe d'avoir procédé à une recherche sérieuse et documentée concluant à un fournisseur unique, dans le cas d'un contrat dont le montant est de plus de 25 000 \$, pour éviter l'appel d'offres.

⁵⁶ C.T. 205153 du 26 juin 2007, pièce MC-1.

[197] Qualifiant l'opération de mise à niveau, le CSPQ soutient que la Régie aurait pu procéder simplement par avis d'attribution selon le paragraphe 2c) du CT précité.

[198] Le Tribunal ne partage pas cette opinion.

[199] En effet, l'opération effectuée en l'espèce par la Régie ne constitue pas une mise à jour ou une mise à niveau de son système informatique existant.

[200] Il s'agit plutôt d'une migration, d'un renouvellement de son parc informatique et non d'une bonification du système existant.

[201] D'ailleurs, il est établi à l'audience que le système d'exploitation que détenait la Régie est incompatible avec les nouveaux logiciels acquis dont Office 2007⁵⁷.

[202] Ainsi, passer de Windows 2000 à Vista nécessite une nouvelle installation⁵⁸.

[203] Si un tel changement aussi important dans la migration effectuée par la Régie constitue simplement une mise à niveau, tout sera mise à niveau, rendant inapplicable la règle de l'appel d'offres.

[204] Ainsi, la règle de l'appel d'offres deviendrait rapidement l'exception.

[205] D'ailleurs, la définition de « mise à niveau » dans les « modalités d'utilisation des contrats ouverts de logiciels » démontre que l'opération visée en l'espèce n'en est pas une :

« Mise à niveau : modification d'un matériel, après sa livraison, visant à le faire bénéficier des améliorations ou des rectifications apportées ultérieurement en cours de fabrication au matériel de la même série. (source : Grand dictionnaire terminologique de l'OLF). »⁵⁹

[206] Dans les faits, la Régie a bien compris que son opération constituait une migration et non pas une simple mise à niveau, puisqu'elle a procédé par avis d'intention et non par avis d'attribution.

[207] D'ailleurs, monsieur Nadeau utilise le terme « migration » pour qualifier l'opération, lorsqu'il répond à la demanderesse le 10 janvier 2008.⁶⁰

⁵⁷ Voir pièce R-18, p. 30, note 2.

⁵⁸ Voir pièce R-23 (Mise à niveau à partir de Windows 2000 vers Windows Vista, page Internet tirée du site Microsoft).

⁵⁹ Voir pièce MC-2, p. 10.

⁶⁰ Voir pièce R-11 ainsi que le paragraphe 42 du présent jugement.

[208] Après en être arrivé à la conclusion que la Régie aurait dû procéder par appel d'offres, force est de constater que la Régie a déjà octroyé le contrat en février 2008, reçu les licences Microsoft, acquitté le prix et procédé à la transition ainsi qu'à la formation du personnel complétée en novembre 2008.

[209] Dans l'exercice de son pouvoir de surveillance et de contrôle, le Tribunal possède la discrétion pour déterminer, selon le contexte, si une conclusion recherchée revêt un caractère excessif.⁶¹

[210] Dans les circonstances, il ne serait pas raisonnable d'annuler rétroactivement la transaction intervenue, le tout en l'absence de mauvaise foi des mis en cause et sans connaître de façon certaine l'issue d'un appel d'offres qui aurait dû être tenu à l'époque.

[211] Néanmoins, eu égard aux circonstances ci-dessus mentionnées, le Tribunal estime juste et nécessaire de faire droit aux conclusions déclaratoires recherchées par la demanderesse.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[212] **ACCUEILLE** partiellement la requête de Savoir-Faire Linux inc.;

[213] **DÉCLARE** que la Régie des rentes du Québec a agi illégalement à l'automne 2006 en arrêtant son choix à un fournisseur, Microsoft, et en démarrant le projet de migration de la plate-forme VISTA, en l'absence d'une recherche sérieuse et documentée fondée sur les spécifications requises et en l'absence d'un avis public;

[214] **DÉCLARE** que la Régie des rentes du Québec ne pouvait en l'espèce se prévaloir de l'exception prévue à l'article 12(4) du Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services de ministères et des organismes publics;

[215] **DÉCLARE** que la Régie ne pouvait, en février 2008, attribuer sans appel d'offres un contrat à Compugen inc., par le biais de Fournitures et Ameublement du Québec, division du Centre des services partagés du Québec, pour l'achat de logiciels Microsoft pour le remplacement du système d'exploitation et de la suite bureautique de ses postes de travail;

⁶¹ Voir *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S., 561; voir aussi *Immeubles Port-Louis Itée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S., 326; *Shatha Al-Musawi c. Ville de Montréal*, C.A. Montréal, n° 500-05-071983-025, 13 juillet 2006, jj. Beaudoin, Forget et Rochette; Pierre GIROUX et Stéphane ROCHETTE, « Les recours judiciaires en droit public », Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 255 à 260.

[216] **DÉCLARE** que la Régie des rentes du Québec aurait dû, en vertu du Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services de ministères et des organismes publics, procéder par voie d'appel d'offres public pour l'octroi du contrat de remplacement du système d'exploitation et de la suite bureautique des postes de travail de la Régie des rentes du Québec;

[217] **REJETTE** la demande d'annulation de l'attribution du contrat à Compugen inc;

[218] **AVEC DÉPENS** contre la défenderesse et les mis en cause.


DENIS JACQUES j.c.s.

Me Marc-Aurèle Racicot
2425, de la Concorde Est
Laval (Qc) H7E 2A9
et

Me Julius Grey (avocat conseil)
GREY CASGRAIN
1155, René-Lévesque Ouest Bureau 2720
Montréal (Qc)
Procureurs de la demanderesse

Me Mario Laprise
et Philippe Auger-Giroux
ARAV ROBILLARD & LANIEL
2600, boul. Laurier Québec G1V 4T3
Procureurs de la défenderesse

Me Claude Jean, casier 4
TREMBLAY BOIS MIGNAULT
Procureurs de la mise en cause CSPQ

Me Karim Renno et Karine Chenevert, casier
32
OSLER HOSKIN & HARCOURT
Procureurs de la mise en cause Microsoft
Canada

Me Nicolas Leclerc, casier 52
CAIN LAMARRE CASGRAIN
Procureurs de la mise en cause Compugen
inc.

Me Frédéric Maheux, casier 134
CHAMBERLAND GAGNON
Procureurs de la mis en cause Procureure
générale du Québec

Dates d'audience : 8 au 12 mars 2010