



VERSION PUBLIQUE

Référence : *Le commissaire de la concurrence c. Parkland Industries Ltd*, 2015 Trib. conc. 4
N° de dossier : CT-2015-003
N° du document du greffe : 115

DANS L’AFFAIRE d’une demande présentée par le commissaire de la concurrence en vue d’obtenir une ou plusieurs ordonnances fondées sur l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande d’ordonnance provisoire fondée sur l’article 104 de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

**Parkland Industries Ltd., Parkland Fuel Corporation,
Pioneer Petroleum Holding Limited Partnership, Pioneer
Transport Inc., Pioneer Energy Inc., Pioneer Fuels Inc., Pioneer
Petroleum Holding Inc., Pioneer Energy Management Inc.,
668086 N.B. Limited, 3269344 Nova Scotia Limited
et 1796745 Ontario Ltd.**
(défenderesses)



Date de l’audience : 20150512
Juge président : Monsieur le juge Gascon
Date des motifs et de l’ordonnance : 29 mai 2015

**MOTIFS DE L’ORDONNANCE ET ORDONNANCE ACCUEILLANT EN PARTIE LA
DEMANDE DE MESURES PROVISOIRES EN APPLICATION DE L’ARTICLE 104 DE
LA LOI SUR LA CONCURRENCE**

I. INTRODUCTION

[1] Le Tribunal est saisi de la demande déposée par le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») en application de l'article 104 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 (la « Loi ») en vue d'obtenir une ordonnance provisoire visant une transaction proposée (le « fusionnement proposé ») dans l'industrie de la vente au détail de l'essence entre Parkland Industries Ltd. et Parkland Fuel Corporation (collectivement « Parkland ») et Pioneer Petroleum Holding Limited Partnership, Pioneer Energy LP, Pioneer Petroleum Transport Inc., Pioneer Energy Inc., Pioneer Fuels Inc., Pioneer Petroleum Holding Inc., Pioneer Energy Management Inc., 668086 N.B. Limited, 3269344 Nova Scotia Limited et 1796745 Ontario Ltd. (collectivement, « Pioneer »). Le commissaire sollicite une ordonnance portant séparation des éléments d'actifs que Parkland prévoit acquérir auprès de Pioneer au titre du fusionnement proposé dans 14 marchés locaux des provinces de l'Ontario et du Manitoba (les « 14 marchés locaux »), jusqu'à ce que le Tribunal rende sa décision définitive sur la demande présentée par le commissaire en vertu de l'article 92 de la Loi.

[2] Dans sa demande sous-jacente fondée sur l'article 92, le commissaire sollicite une ordonnance interdisant aux défenderesses de mettre en oeuvre le fusionnement proposé dans les 14 marchés locaux et enjoignant à Parkland de se départir des éléments d'actifs liés à ces marchés ainsi que de tout autre élément d'actif, de manière à concorder avec une réparation utile, selon des conditions qui seront jugées justes.

[3] Le commissaire a, le 7 mai 2015, présenté au Tribunal une version confidentielle de sa demande fondée sur l'article 104. L'audition de la demande a eu lieu le 12 mai, à Ottawa.

[4] Après avoir examiné des documents déposés par le commissaire et les défenderesses et après avoir entendu les avocats des parties, et pour les motifs énoncés ci-dessous, je suis d'avis d'accueillir en partie la demande présentée par le commissaire en application de l'article 104 de la Loi. Les conditions de l'ordonnance sont énoncées à l'annexe A.

II. CONTEXTE

A. Les parties

[5] Le commissaire est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la Loi (voir l'article 7 de la Loi).

[6] Parkland exerce ses activités commerciales à titre de marchand indépendant de carburants et de produits pétroliers. La société approvisionne et appuie 143 stations d'essence dont elle est la propriétaire ou la locataire (les « stations d'essence opérant sous la bannière de la société »),

ainsi que 539 stations d'essence qui appartiennent à d'autres concessionnaires (les « stations d'essence indépendantes ») ou qui sont louées par ceux-ci. Une station d'essence Parkland est opérée et gérée au nom de Parkland par un entrepreneur indépendant. En ce qui concerne les stations d'essence opérant sous sa bannière, Parkland est la propriétaire des stocks de carburant et contrôle le prix de vente au détail des carburants à la pompe. Une station d'essence Parkland indépendante est opérée et gérée par ledit concessionnaire que Parkland approvisionne en carburant aux termes d'ententes exclusives à long terme. Le concessionnaire indépendant est propriétaire des stocks de carburant et fixe le prix de vente au détail à la pompe, de façon autonome par rapport à Parkland. Les stations d'essence indépendantes qui sont approvisionnées par Parkland mènent leurs activités sous différentes enseignes. Plus particulièrement, Parkland est grossiste pour Esso et achète de l'essence auprès de Pétrolière Impériale Ltée pour l'approvisionnement des stations d'essence concessionnaire indépendantes qui sont exploitées sous l'enseigne Esso.

[7] Pioneer, dont le siège social se trouve à Burlington, en Ontario, exerce également ses activités commerciales à titre de marchand indépendant de carburants et de produits pétroliers. La société exploite à présent plus de 180 stations d'essence Pioneer et approvisionne en carburant environ 210 stations d'essence indépendantes situées en Ontario et au Manitoba.

B. Le fusionnement proposé

[8] Le 17 septembre 2014, Parkland et Pioneer ont conclu une convention d'achat d'actifs aux termes de laquelle Parkland convenait de faire l'acquisition de la quasi-totalité des éléments d'actif de Pioneer, dont 181 stations d'essence Pioneer et 212 contrats d'approvisionnement conclus par Pioneer avec des stations d'essence indépendantes situées dans les provinces de l'Ontario et du Manitoba. Le 3 octobre 2014, Parkland a demandé un certificat de décision préalable concernant le fusionnement proposé, conformément à l'article 102 de la Loi. Trois jours plus tard, les défenderesses ont déposé auprès du Bureau de la concurrence (le « Bureau ») des préavis de fusion aux termes de la partie IX de la Loi.

[9] Le 5 novembre 2014, le commissaire a présenté une demande de renseignements supplémentaires (« DRS »), suivant les dispositions applicables de la Loi. Le 12 décembre 2014, le Bureau a confirmé que la portée de la DRS se limitait à 21 zones de chevauchement qu'il avait établies (les « zones de chevauchement »). Les défenderesses ont attesté leurs réponses à la DRS le 23 janvier 2015, après avoir fourni au Bureau environ 70 000 documents.

[10] Le 18 février 2015, Parkland et Pioneer ont convenu de donner au commissaire un avis écrit de 15 jours l'informant de la clôture du fusionnement proposé. La date limite de clôture a été reportée plusieurs fois pour permettre au commissaire d'achever son examen de l'affaire. Le 27 avril 2015, les parties ont donné avis au commissaire de leur intention de réaliser le fusionnement proposé le 13 mai 2015. Le lendemain, le commissaire a lancé une enquête conformément à l'article 10 de la Loi.

[11] Le 29 avril 2015, Parkland a envoyé une lettre au commissaire l'avisant de son intention de se départir, à la suite de la clôture du fusionnement proposé, de quatre stations d'essence

opérant sous la bannière de la société et de six contrats d'approvisionnement dans 10 des 14 marchés locaux (les « éléments d'actif de Parkland visés par le dessaisissement »), même si la société estimait que le fusionnement proposé n'aurait pas vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans l'une ou l'autre des zones géographiques concernées. Voici les 10 localités desservies par les éléments d'actif de Parkland visés par le dessaisissement :

- | | |
|-----------------------|-----------------------------|
| 1) Neepawa (Man.) | 6) Welland (Ont.) |
| 2) Bancroft (Ont.) | 7) Chelmsford/Azilda (Ont.) |
| 3) Lundar (Man.) | 8) Gananoque (Ont.) |
| 4) Kapuskasing (Ont.) | 9) Hanover (Ont.) |
| 5) Warren (Man.) | 10) Port Perry (Ont.) |

[12] Les quatre autres localités faisant partie des 14 marchés locaux sont Aberfoyle, Allanburg, Innisfil et Tillsonburg et se trouvent en Ontario. Le 30 avril 2015, le commissaire a déposé auprès du Tribunal la présente demande fondée sur l'article 92 de la Loi dans laquelle il allègue que le fusionnement proposé aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans les 14 marchés locaux. Ces 14 marchés représentent un sous-ensemble des zones de chevauchement désignées par le Bureau en décembre 2014.

[13] Lors de l'audition de la demande présentée par le commissaire en vertu de l'article 104, l'avocat de Parkland a informé le Tribunal et le commissaire que les défenderesses ne procéderaient au fusionnement proposé qu'après la réception de la décision du Tribunal statuant sur la présente demande.

C. La demande de mesures provisoires

[14] Le commissaire sollicite, en application de l'article 104, une ordonnance portant séparation des éléments d'actifs que Parkland prévoit acquérir auprès de Pioneer au titre du fusionnement proposé dans les 14 marchés locaux [TRADUCTION] « selon les conditions jugées nécessaires pour conserver les éléments d'actif et les activités commerciales de Pioneer, jusqu'à ce que le Tribunal rende sa décision définitive sur la demande présentée par le commissaire en vertu de l'article 92 ». Dans sa demande, le commissaire ne donnait pas de détail sur les conditions dont devait être assortie l'ordonnance provisoire recherchée.

[15] À l'audition de la demande présentée par le commissaire en application de l'article 104, l'avocat du commissaire a présenté au Tribunal un projet détaillé d'ordonnance provisoire de séparation des éléments d'actif (comptant 22 pages). Ce projet d'ordonnance prévoit également la conservation de certains éléments d'actif de Parkland.

[16] L'extrait cité ci-dessus tiré de la demande du commissaire portait sur la conservation des éléments d'actif et des activités commerciales de Pioneer afin de préserver la concurrence en attendant qu'une décision définitive soit prise relativement à sa demande fondée sur l'article 92, mais les observations du commissaire sur le préjudice irréparable pouvant être causé en l'absence d'une ordonnance provisoire visaient un objectif différent. Ces observations, qui sont

énoncées aux paragraphes 33 à 59 du mémoire du commissaire, portaient sur le préjudice causé aux consommateurs et à l'économie en général à la suite de la hausse des prix et de la réduction de la concurrence exercée par des moyens autres que par les prix pendant la période écoulée entre la clôture de la transaction et le prononcé d'une décision définitive sur cette demande. La présente décision portera par conséquent sur les observations en question.

[17] À l'appui de sa demande fondée sur l'article 104, le commissaire a déposé l'affidavit de M. Mc Nabb, agent principal intérimaire du droit de la concurrence au Bureau, daté du 30 avril 2015 (l'« affidavit de M. Mc Nabb »), ainsi que deux rapports préparés par M. Boyer, professeur émérite d'économie à l'Université de Montréal, datés du 30 avril 2015 (le « rapport Boyer ») et du 5 mai 2015 respectivement (le « rapport en réplique de M. Boyer »). À l'appui de sa réponse, Parkland a déposé l'affidavit de M. Espey, le président-directeur général de Parkland Fuel Corporation, (l'« affidavit de M. Espey »), ainsi que l'affidavit de M^{me} Sanderson, vice-présidente et gestionnaire du groupe sur la concurrence et la pratique antitrust de la société d'experts-conseils Charles River Associates International Limited (l'« affidavit de M^{me} Sanderson »). Les deux affidavits ont été souscrits le 5 mai 2015.

[18] Dans son affidavit, M. Espey a formulé les engagements suivants au nom de Parkland (les « engagements de Parkland ») :

[TRADUCTION]

- a. Parkland a l'intention de se départir des éléments d'actif visés par le dessaisissement dès que possible après la clôture;
- b. Parkland réalisera le dessaisissement au profit d'un tiers acquéreur ou mettra fin au contrat d'approvisionnement conclu avec la station d'essence indépendante de Tillsonburg, en Ontario (l'« engagement de Tillsonburg »);
- c. Au regard des 14 marchés locaux, Parkland veillera à ce que la marge bénéficiaire de gros qu'elle facture aux stations d'essence indépendante ne dépasse pas la marge prévue par les contrats d'approvisionnement en vigueur conclus par Pioneer ou par Parkland avec les stations d'essence indépendantes, et poursuivra la stratégie de prix de Pioneer appliquée aux stations d'essence opérant sous sa bannière, jusqu'à ce que le dessaisissement des éléments d'actif soit réalisé ou qu'il soit mis fin aux contrats d'approvisionnement dans le cas des éléments d'actif de Parkland visés par le dessaisissement et de l'engagement de Tillsonburg ou jusqu'à ce que la demande fondée sur l'article 92 soit tranchée relativement aux marchés locaux à Aberfoyle, Allanburg et Innisfil, en Ontario.

[19] La « marge bénéficiaire de gros » à laquelle fait référence M. Espey comprend les frais facturés par Parkland aux stations d'essence indépendantes et est établie en fonction du prix pratiqué par Parkland dans la zone où se trouvent ces stations d'essence. La marge bénéficiaire de gros ainsi que le « prix à la raffinerie » (à savoir le prix de gros au point d'approvisionnement

où Parkland prend possession du carburant pour le livrer par la suite à une station d'essence indépendante) constituent le « prix à la rampe de chargement désigné » de Parkland. Le prix du carburant prévu par les contrats d'approvisionnement de gros de Parkland correspond en général au « prix à la rampe de chargement désigné » auquel s'ajoutent les coûts de livraison et les taxes.

[20] Dans sa réponse, Pioneer a indiqué qu'elle s'appuyait sur les documents déposés par Parkland ainsi que sur les observations formulées par l'avocat de Parkland à l'audience.

[21] Dans sa demande fondée sur l'article 104, le commissaire n'a pas mentionné les éléments d'actif de Parkland visés par le dessaisissement ni les engagements de Parkland. Le rapport en réplique de M. Boyer comprenait un commentaire sur ces points. Dans son mémoire en réplique, déposé le 12 mai 2015, le commissaire a affirmé que ces points ne constituaient pas des mesures acceptables dans le contexte de la présente demande et qu'ils ne fournissaient pas les garanties nécessaires pour prévenir un préjudice irréparable pendant la période intermédiaire.

III. QUESTIONS EN LITIGE

[22] La question que doit trancher le Tribunal est celle de savoir si, compte tenu des éléments de preuve déposés dans le cadre de la présente demande, le commissaire satisfait aux exigences de l'article 104 et s'il y a lieu, dans les circonstances de l'affaire, de prononcer l'ordonnance provisoire sollicitée ou toute ordonnance provisoire qu'il estime indiquée afin de prévenir un préjudice irréparable dans les 14 marchés locaux pendant la période comprise entre la clôture du fusionnement proposé et la décision définitive concernant la demande du commissaire fondée sur l'article 92. Pour les motifs indiqués au paragraphe 16 ci-dessus, le Tribunal ne se penchera pas sur la question du préjudice normalement soulevée lorsqu'il s'agit d'examiner et de structurer des ententes visant la séparation des éléments d'actif, laquelle consiste à préserver la viabilité concurrentielle des éléments d'actif visés par le dessaisissement, vu qu'il ne s'agit pas du préjudice invoqué par le commissaire dans la présente demande.

IV. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[23] Le Tribunal n'a pas encore été appelé à instruire une demande en application de l'article 104 de la Loi faisant l'objet d'une opposition dans le contexte d'un fusionnement. Il convient donc de présenter le cadre législatif aux fins de l'analyse et de l'interprétation de l'article 104.

A. Article 104

[24] L'article 104 de la Loi énonce comme suit le critère applicable à la présente demande :

104. (1) Lorsqu'une demande d'ordonnance **104.** (1) If an application has been made for

a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3, le Tribunal peut, à la demande du commissaire ou d'une personne qui a présenté une demande en vertu des articles 75, 76 ou 77, rendre toute ordonnance provisoire qu'il considère justifiée conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction.

(2) Une ordonnance provisoire rendue aux termes du paragraphe (1) contient les conditions et a effet pour la durée que le Tribunal estime nécessaires et suffisantes pour parer aux circonstances de l'affaire.

(3) Si une ordonnance provisoire est rendue en vertu du paragraphe (1) à la suite d'une demande du commissaire et est en vigueur, le commissaire est tenu d'agir dans les meilleurs délais possible pour terminer les procédures qui, sous le régime de la présente partie, découlent du comportement qui fait l'objet de l'ordonnance.

[mes soulignements]

an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3, the Tribunal, on application by the Commissioner or a person who has made an application under section 75, 76 or 77, may issue any interim order that it considers appropriate, having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief.

(2) An interim order issued under subsection (1) shall be on such terms, and shall have effect for such period of time, as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances of the case.

(3) Where an interim order issued under subsection (1) on application by the commissioner is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete proceedings under this Part arising out of the conduct in respect of which the order was issued.

[emphasis added]

[25] L'article 104 fait partie du dernier groupe de dispositions de la partie VIII de la Loi, sous l'intertitre « Dispositions générales », et s'applique à toutes les affaires que le Tribunal peut examiner sous le régime de la partie VIII, dont les pratiques restrictives de commerce, les accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence ainsi que les fusionnements. L'article 104 comprend deux exigences. Premièrement, une demande d'ordonnance doit avoir été faite en application de la partie VIII, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3. Deuxièmement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire aux termes de cette disposition, le Tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il considère justifiée conformément aux « principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction ».

[26] En ce qui concerne les principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction, le Tribunal a appliqué systématiquement le critère à trois volets énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 (« *RJR-MacDonald* »). Selon la Cour suprême, pour rendre une ordonnance de mesures provisoires, le tribunal doit premièrement être

convaincu qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Troisièmement, il faut déterminer, compte tenu de la « prépondérance des inconvénients », laquelle des deux subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond. Ce critère est de nature conjonctive. Il faut satisfaire à tous les trois volets pour avoir droit à l'injonction.

[27] La plus récente décision du Tribunal sur une demande fondée sur l'article 104, *Nadeau Poultry Farm Limited c. Groupe Westco Inc. et al*, 2008 Trib. conc. 16 (« Nadeau »), a été prononcée par le juge Blanchard dans le contexte d'une demande fondée sur l'article 75 concernant le refus d'instruire une affaire opposant des particuliers, où le Tribunal a appliqué, au paragraphe 8, le critère à trois volets de l'arrêt *RJR-MacDonald* (voir également *B-Filer Inc. c. la Banque de Nouvelle-Écosse*, 2005 Trib. conc. 52, au par. 4).

[28] En matière de fusionnements, le Tribunal a instruit des demandes fondées sur l'article 104 en vue d'obtenir une ordonnance provisoire sur consentement des parties ou sur engagements satisfaisants fournis par l'intimé au commissaire ou au directeur des enquêtes et recherches (le « directeur », titre que portait auparavant le commissaire). Dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 22 (Trib. conc.) (« Southam »), le directeur sollicitait une ordonnance provisoire en application de l'article 104. Dans cette affaire, les parties avaient convenu en principe du prononcé d'une ordonnance provisoire sur consentement, mais elles étaient en désaccord sur certaines conditions; le juge Teitelbaum a appliqué le critère à trois volets de l'arrêt *RJR-MacDonald*, en faisant observer que les parties n'avaient lié contestation qu'à l'égard de la question de la prépondérance des inconvénients.

[29] Il convient également de mentionner que, dans les affaires concernant des demandes en vue de surseoir à une décision ou à un consentement obtenus sous le régime de la Loi, les cours de justice et le Tribunal ont appliqué le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Dans sa plus récente décision à cet égard, *Kobo Inc. c. Le commissaire de la concurrence*, 2014 Trib. conc. 2 (« Kobo »), prononcée par le juge Rennie, le Tribunal a accueilli la requête présentée par Kobo en vue d'obtenir une ordonnance sursoyant à la mise en œuvre d'un consentement (voir aussi *Tervita Corporation c. Commissaire de la concurrence*, 2012 CAF 223).

B. Autres dispositions relatives aux fusionnements

[30] En ce qui concerne l'article 104, aux fins de son interprétation dans le contexte des fusionnements, il faut également se rapporter aux dispositions législatives générales applicables aux fusionnements proposés ainsi qu'aux fusionnements réalisés sous le régime de la Loi, plus particulièrement aux autres recours dont peut disposer le commissaire aux termes des articles 92 et 100.

[31] Suivant l'article 92, le commissaire peut demander, dans le cas d'un fusionnement réalisé ou proposé, la dissolution du fusionnement, le dessaisissement des éléments d'actifs ou toute

autre mesure. Si le Tribunal conclut que le fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, il peut accorder toute réparation énoncée à l'article 92.

[32] Aux termes de l'article 100, le Tribunal peut rendre une ordonnance provisoire interdisant la réalisation ou la mise en œuvre du fusionnement proposé sous réserve de certaines conditions particulières. Contrairement à l'article 104 de la Loi, l'article 100 ne s'applique que dans les cas où le commissaire n'a pas encore présenté de demande aux termes de l'article 92 et il vise expressément les fusionnements proposés. Par suite des modifications les plus récentes adoptées en 1999, le Tribunal doit appliquer le critère à deux volets suivant dans le cadre des demandes fondées sur l'article 100 : 1) la question de savoir si l'enquête prévue à l'alinéa 10(1)*b*) de la Loi est en cours au sujet du fusionnement et si le commissaire a besoin d'un délai supplémentaire pour achever son enquête, et 2) la question de savoir si, en l'absence d'une ordonnance provisoire, l'aptitude du Tribunal à remédier à l'effet du fusionnement proposé sur la concurrence serait sensiblement réduite du fait de gestes des parties au fusionnement qui seraient alors difficiles à renverser (voir *La commissaire de la concurrence c. La brasserie Labatt Ltée et al*, 2007 Trib. conc. 9 (conf. par 2008 CAF 22) (« *Labatt* »)).

[33] Outre *Labatt*, la seule autre décision du Tribunal relativement à une contestation dans le contexte de l'article 100 (à l'exception des consentements) portait sur une demande que le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) a entendue en 1998 dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Supérieur Propane Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 194 (Trib. conc.) (« *Supérieur Propane* »), laquelle portait sur la version antérieure de l'article 100. Le Tribunal a rejeté la demande après avoir conclu que le fusionnement proposé « en toute raison [n']aura vraisemblablement [pas] pour effet » d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, selon le critère auquel devait satisfaire le directeur à l'époque. Cette exigence liée aux effets anticoncurrentiels anticipés d'un fusionnement proposé a été supprimée de l'article 100 à la suite des modifications apportées à la Loi en 1999.

[34] Comme les trois recours dont dispose le commissaire en matière de fusionnements (à savoir les recours prévus aux articles 92, 100 et 104) comportent des critères différents, celui-ci doit satisfaire à des normes distinctes. Contrairement à l'article 92, le critère applicable à une ordonnance provisoire aux termes de l'article 104 ne renvoie pas expressément à l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence. Aussi, à la différence de l'article 100, ce critère ne porte pas sur l'aptitude de remédier à l'effet d'un fusionnement, mais renvoie simplement aux principes en matière d'injonction, selon lesquels le Tribunal doit déterminer s'il existe une question sérieuse à juger et un préjudice irréparable, et il doit tenir compte de la prépondérance des inconvénients.

[35] Le Tribunal n'a pas à décider si la norme applicable à l'article 104 est plus ou moins exigeante que celle qui s'applique à l'autre mesure provisoire que le commissaire peut demander aux termes de l'article 100 de la Loi. Il suffit de dire que le libellé des deux dispositions est manifestement différent vu qu'il reflète leurs objectifs distincts ainsi que leur application aux étapes différentes du processus d'enquête en matière de fusionnement mené par le commissaire. À l'étape relative à l'article 100, le commissaire n'a pas encore présenté de demande, il mène

toujours son enquête et a besoin d'un délai supplémentaire pour achever celle-ci. Dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 104, le commissaire passe à une autre étape de son enquête en matière de fusionnement, il a décidé de déposer une demande fondée sur l'article 92 pour contester le fusionnement, en tout ou en partie, et son examen de la transaction en question a de toute évidence beaucoup avancé. Il convient de noter que, suivant l'article 104, le commissaire n'est pas tenu de déposer une demande d'ordonnance provisoire au même moment que la demande fondée sur l'article 92 ou peu de temps après; le commissaire ne peut simplement pas le faire avant de déposer une demande fondée sur l'article 92.

[36] Il importe également de garder à l'esprit l'évolution récente des dispositions relatives aux fusionnements et les changements apportés au processus d'examen des fusionnements à la suite des dernières modifications à la Loi. À l'époque où le Tribunal a prononcé ses décisions dans les affaires *Southam* et *Supérieur Propane*, la Loi accordait au directeur une période maximale initiale de 21 jours pour examiner un fusionnement avant que les parties ne concluent la transaction, sauf sur ordonnance du Tribunal. À l'époque où le Tribunal a rendu sa décision dans l'affaire *Labatt*, le commissaire disposait d'une période de 42 jours pour achever son examen avant qu'il ne soit possible de conclure la transaction. En 2009, des modifications importantes ont été apportées au processus d'examen des fusionnements. Le commissaire dispose à présent d'un délai initial de 30 jours pour examiner le fusionnement avant que les parties puissent conclure la transaction, délai qui peut être prolongé, à la suite d'une DRS, jusqu'à 30 jours suivant la réception des renseignements demandés par le commissaire aux termes de la DRS. Grâce à ces modifications, le commissaire dispose de beaucoup plus de temps pour mener son examen dans les affaires de fusionnement complexes (où il est plus probable que le commissaire présente une demande fondée sur l'article 92), avant que les parties au fusionnement puissent conclure la transaction. En l'espèce, l'examen par le commissaire du fusionnement proposé a duré environ sept mois avant que celui-ci dépose ses demandes fondées sur les articles 92 et 104.

V. ANALYSE

A. Question sérieuse à juger

[37] J'examinerai d'abord le premier des trois volets du critère applicable, quant à savoir si la preuve dont dispose le Tribunal est suffisante pour le convaincre qu'il existe une question sérieuse à juger. Ces exigences minimales ne sont pas élevées. Bien qu'un examen préliminaire du fond de l'affaire soit requis, il n'est en général ni nécessaire ni souhaitable de faire un examen prolongé du fond de l'affaire (*RJR-MacDonald*, aux p. 337 et 338). Une fois convaincu que la demande sous-jacente fondée sur l'article 92 n'est ni futile ni vexatoire, le Tribunal devrait examiner le deuxième volet du critère.

[38] Le commissaire affirme que sa demande fondée sur l'article 92 soulève des questions sérieuses quant à la capacité de Parkland d'exercer une emprise sur le marché au détriment des consommateurs et de l'économie dans son ensemble, par un comportement coordonné ou de manière unilatérale, dans les 14 marchés locaux. Selon le commissaire, compte tenu du désaccord entre les parties au sujet de la délimitation convenable des marchés géographiques

pertinents et de la probabilité d'une diminution sensible de la concurrence, il est évident que l'instance soulève des questions sérieuses.

[39] Parkland soutient qu'il n'y a aucune question sérieuse à juger relativement à 11 des 14 marchés locaux, étant donné que l'entreprise se départira de ses éléments d'actif visés par le dessaisissement dans 10 de ces 11 marchés et se dessaisira du contrat d'approvisionnement pour le marché de Tillsonburg ou mettra fin à ce contrat, conformément à l'engagement de Tillsonburg. Parkland mentionne à cet égard le rapport en réplique de M. Boyer déposé par le commissaire, où il est conclu que, même s'il est nécessaire que le Bureau procède à une analyse approfondie, les éléments d'actif de Parkland proposés qui sont visés par le dessaisissement [TRADUCTION] « [satisfont] à première vue à l'exigence essentielle d'éviter un accroissement de la probabilité d'un comportement coordonné dans ces 11 marchés [...] ». Parkland admet dans son mémoire qu'il existe une question sérieuse à juger en ce qui concerne les trois autres marchés locaux (mais elle fait valoir qu'aucun préjudice irréparable ne serait causé, compte tenu de ses engagements).

[40] Dans sa réplique, le commissaire affirme que Parkland n'a pas établi que le dessaisissement de ses éléments d'actif constitue une solution viable et efficace. Plus particulièrement, il fait valoir que les engagements de Parkland sont très vagues, qu'ils ne sont pas contraignants, ne comportent pas d'échéancier, n'ont pas pour effet de prévenir un préjudice irréparable et ne sauraient remédier à la diminution sensible de la concurrence dans les marchés touchés. Le commissaire ajoute qu'il serait difficile de mettre en œuvre et de contrôler les engagements de Parkland, notamment ceux portant sur la marge bénéficiaire de gros et le maintien des prix, que ces engagements ne donnent aucune garantie quant aux niveaux de prix applicables et qu'ils ne prévoient pas l'intervention du Tribunal.

[41] Lorsqu'elle admet l'existence des questions sérieuses à juger relativement aux trois marchés qui ne sont pas visés par le dessaisissement de ses éléments d'actif ni par la résiliation d'un contrat d'approvisionnement (dans le cas de Tillsonburg), Parkland reconnaît indirectement l'existence d'une question sérieuse en ce qui concerne les 14 marchés locaux si le Tribunal conclut que le dessaisissement de ses éléments d'actif et ses engagements ne constituent pas des mesures de réparation acceptables dans les circonstances.

[42] Je suis d'accord avec le commissaire pour dire que, eu égard à la forme dans laquelle ils ont été présentés au Tribunal, le dessaisissement des éléments d'actif de Parkland et l'engagement de Tillsonburg ne sont pas définis suffisamment et ne permettent pas au Tribunal de conclure qu'ils répondraient aux préoccupations en matière de concurrence relativement aux 11 marchés locaux visés, de manière à écarter toute question sérieuse à l'égard de ces marchés. La liste des éléments d'actif de Parkland visés par le dessaisissement n'était pas accompagnée d'un projet détaillé d'entente de dessaisissement, comme dans le cas des consentements déposés auprès du Tribunal visant à répondre aux préoccupations en matière de concurrence dans les affaires de fusionnement. Rien ne permet de savoir quand et comment sera réalisé le dessaisissement proposé des éléments d'actif de Parkland. Il n'est pas non plus indiqué qui seront les acquéreurs des stations d'essence opérant sous la bannière de la société ou les fournisseurs des stations d'essence indépendantes, aptes ou potentiels, et il n'est pas mentionné

si le dessaisissement devra être approuvé par le commissaire. Il n'y a aucune mention des mesures qui seront prises pour maintenir la viabilité concurrentielle des éléments d'actif en attente de leur dessaisissement. De plus, rien n'indique le délai nécessaire pour permettre la réalisation du dessaisissement proposé des éléments d'actif de Parkland et de l'engagement de Tillsonburg. L'absence de ces détails ne saurait être justifiée par le fait que Parkland continue de contester l'existence d'une diminution sensible de la concurrence dans les 11 marchés locaux visés par le dessaisissement des éléments d'actif de Parkland et par l'engagement de Tillsonburg.

[43] Pour pouvoir atteindre leur objectif, les mesures de redressement dans les affaires de fusionnement devraient être formulées en termes clairs et suffisamment définis pour être efficaces et exécutoires (voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1989] D.T.C. n° 52 (QL) (Trib. conc.), et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Trib. conc.)). Dans ses observations présentées en l'espèce, le commissaire a invoqué de nombreux consentements enregistrés auprès du Tribunal, faisant état des divers éléments se retrouvant habituellement dans les mesures proposées et acceptées par le commissaire et les parties au fusionnement. Ces précédents peuvent servir de guide aux parties et au Tribunal quant aux propositions en matière de fusionnement et aux mesures de redressement offertes. J'estime que le dessaisissement des éléments d'actif de Parkland et l'engagement de Tillsonburg, dans la forme présentée au Tribunal, ne comportent même pas les éléments essentiels nécessaires pour pouvoir conclure à l'efficacité des mesures de redressement proposées. Je tiens à préciser que les commentaires formulés par M. Boyer, selon lesquels le dessaisissement des éléments d'actif de Parkland et l'engagement de Tillsonburg pourraient répondre aux préoccupations en matière de concurrence relativement à ces 11 des 14 marchés locaux, sont fortement mitigés et ne s'avèrent pertinents que si le dessaisissement proposé par Parkland satisfait aux critères que le Bureau prend habituellement en compte lorsqu'il examine les mesures de redressement de cette nature.

[44] Pour reprendre les propos du juge Phelan dans la décision *Labatt*, au paragraphe 55, le Tribunal peut simplement examiner les faits tels qu'ils sont vraiment et non comme une partie aimerait qu'ils soient ou comme ils pourraient se dérouler ultérieurement. Pour déterminer l'existence d'une question sérieuse à juger, je ne saurais accepter sans réserve les mesures proposées par Parkland, faute de détails sur les modalités d'application. Les renseignements au dossier ne me permettent pas d'établir si le dessaisissement des éléments d'actif de Parkland et l'engagement de Tillsonburg auraient pour effet de dissiper les préoccupations en matière de concurrence relativement aux 11 marchés visés au point d'écarter toute question sérieuse à cet égard.

[45] Après examen de la preuve et des observations des parties en ce qui a trait aux exigences à respecter pour obtenir un redressement en application de l'article 92, j'estime qu'il existe des questions sérieuses à juger. Nonobstant le dessaisissement des éléments d'actif de Parkland visés et l'engagement de Tillsonburg, je conclus que la demande présentée par le commissaire n'est ni futile ni vexatoire. Le commissaire a présenté de nombreux éléments de preuve sur la diminution sensible de la concurrence que le fusionnement proposé pourra, à son avis, vraisemblablement produire sur les 14 marchés locaux. Les arguments soulèvent de complexes questions de fait et de droit qui nécessitent une appréciation de la crédibilité des témoignages et de leur caractère

suffisant sur de nombreux points, dont les effets anticoncurrentiels unilatéraux et coordonnés du fusionnement proposé dans les 14 marchés locaux. Il n'est pas approprié d'examiner de telles questions dans le cadre d'une demande de mesures provisoires où il n'est en général ni nécessaire ni souhaitable de faire un examen prolongé du fond de l'affaire. Le tribunal n'est pas appelé à déterminer à la présente étape si les conclusions du commissaire et les exposés des faits dans la demande fondée sur l'article 92 sont justes ou non. L'exigence en matière de preuve n'est pas élevée.

[46] Je conclus donc que, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *RJR-MacDonald* et de la preuve dont je suis saisi, le commissaire a soulevé des questions sérieuses à juger sur le fond du litige suivant l'article 92 de la Loi. Le premier volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* est donc rempli.

B. Préjudice irréparable

[47] J'examinerai maintenant le deuxième volet du critère, la question du préjudice irréparable. Le commissaire doit établir qu'il subira un préjudice irréparable en cas de refus du redressement provisoire. Ce volet comporte deux éléments : l'existence du « préjudice » en soi et la nature « irréparable » de celui-ci.

(1) Le critère juridique applicable

[48] Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, la Cour suprême du Canada a conclu à la page 341 que le terme « irréparable » a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue; c'est un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié. Les parties conviennent qu'en l'espèce, le préjudice subi pendant la période intermédiaire, selon le commissaire, ne pourrait être remédié et serait donc irréparable. Le commissaire affirme que le préjudice subi serait irréparable parce que le Tribunal n'a ni le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts au titre des dispositions de la Loi relatives aux fusionnements ni compétence pour remédier au préjudice que pourraient subir les consommateurs et l'économie dans son ensemble pendant la période intermédiaire si le commissaire obtient gain de cause relativement à sa demande sous-jacente fondée sur l'article 92. Je suis d'accord. Suivant l'article 92 de la Loi, dans le cas d'un fusionnement réalisé, le Tribunal peut seulement ordonner à toute personne de le dissoudre ou de se départir des éléments d'actif et des actions; aucune autre réparation ne peut être accordée, sauf si les parties y consentent.

[49] La question en litige consiste à savoir s'il existe suffisamment d'éléments de preuve relativement au « préjudice » allégué.

[50] En matière d'injonction, la preuve de préjudice irréparable doit être catégorique et non conjecturale (voir *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (CAF); *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2011 CF 505, conf. par 2011 CAF 211; et *Amnesty International Canada c. Canadian Forces*, 2008 CF 162 (« *Amnesty* »), aux par. 68 et 69). De plus, la preuve

de préjudice irréparable ne peut être habituellement inférée. Or, comme l'affirme le Tribunal dans la décision *Nadeau* (au par. 26), il en va autrement lorsque le préjudice allégué ne s'est pas encore produit, comme c'est généralement le cas en matière d'ordonnances provisoires sollicitées en application de l'article 104. En pareil cas, la preuve relative à la perte causant un préjudice irréparable doit nécessairement être inférée (voir *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Novopharm Ltd.* (1994), 83 F.T.R. 161, aux par. 117 à 120).

[51] La réparation demandée dans une demande fondée sur l'article 104 s'apparente à une injonction préventive (*quia timet* – « parce qu'il craint »). En matière d'injonction préventive, le tribunal est tenu d'évaluer le bien-fondé de l'injonction sans avoir de preuves sur la nature et l'étendue du préjudice allégué. Selon le juge Sharpe, dans de tels cas, [TRADUCTION] « les tribunaux ont adopté une approche prudente lorsqu'on leur avait demandé d'accorder une injonction avant qu'un préjudice ne soit subi et ont affirmé qu'il devait y avoir un haut degré de probabilité que le préjudice se produise effectivement » (voir Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (Toronto : Canada Law Book, 1992) (édition en feuilles mobiles mise à jour en 2014, n° 23), au par. 1.690. Voir aussi *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (2000), 8 C.P.R. 4th 248 (CAF) (« *Merck* »), au par. 7, et *Amnesty*, au par. 70). Soulignons que, dans les affaires *Merck* et *Amnesty*, le haut degré de probabilité visait l'exigence que le préjudice appréhendé se produise « de façon imminente ou dans un avenir rapproché », se rapportant ainsi à l'aspect temporel du préjudice appréhendé.

[52] Alors que les tribunaux ont parfois renvoyé au « haut degré de probabilité », la Cour fédérale a souvent formulé un critère plus exigeant à l'égard du préjudice appréhendé, qui impose de présenter une preuve catégorique et non conjecturale selon laquelle un préjudice irréparable se produira si les mesures provisoires ne sont pas accordées (voir *Amnesty*, au par. 123, et *Bayer HealthCare AG and Bayer Inc. c. Sandoz Canada Inc.*, 2007 CF 352, au par. 35). Dans *Nadeau*, le Tribunal a énoncé, au paragraphe 26, l'approche prudente à suivre dans l'appréciation d'un préjudice prospectif et inféré dans le contexte d'une demande fondée sur l'article 104 :

Même s'il est possible en de telles circonstances de tirer des conclusions logiques de l'analyse de la preuve, la preuve doit tout de même clairement démontrer comment ce préjudice se produira et en quoi il sera irréparable. En l'absence d'une telle preuve, on ne peut raisonnablement et logiquement tirer des conclusions de préjudice irréparable.

[53] À l'audience, l'avocat de Parkland et le commissaire ont convenu que le Tribunal doit appliquer le critère le plus exigeant dans le cas d'une injonction préventive parce que les mesures provisoires sollicitées en application de l'article 104 s'apparentent à l'injonction de cette nature.

[54] Je tiens à mentionner que le critère relatif à « un haut degré de probabilité » remonte à l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, où la Cour suprême a statué que le fardeau de la preuve relativement à une menace de violation de la *Charte* reposait sur un

haut degré de probabilité. Toutefois, dans l'arrêt plus récent *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53 (« *McDougall* »), la Cour suprême a examiné la question de savoir si la norme de preuve civile qui s'applique dans une affaire où il est question d'accusations criminelles (l'agression sexuelle d'un mineur) est une « norme variable de probabilité ». S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Rothstein a conclu à l'existence d'une seule norme de preuve en matière civile au Canada, à savoir la prépondérance des probabilités, et a noté les difficultés d'ordre pratique que présente une norme intermédiaire (entre la norme de preuve civile et la norme de preuve pénale), comme celle relative à un haut degré de probabilité. Dans ses motifs, le juge Rothstein a affirmé qu'« il est erroné de dire que notre régime juridique admet différents degrés d'examen de la preuve selon la gravité de l'affaire » (au par. 45) et que, selon la seule règle de droit applicable, « le juge du procès doit examiner la preuve attentivement ». Après avoir ajouté que « la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités » (au par. 46), le juge Rothstein conclut comme suit, au paragraphe 49 :

[...] [J]e suis d'avis de confirmer que dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu.

[55] Le Tribunal comprend bien que la conclusion formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *McDougall* s'appliquait à un cas où il s'agissait d'établir l'existence d'événements passés, et non d'événements futurs comme en l'espèce, mais les observations de celle-ci sur les difficultés liées à l'application des normes variables, comme celle relative à « un haut degré de probabilité », se révèlent tout de même instructives.

[56] Il ne faut pas confondre la norme de preuve qui constitue le fardeau de preuve, selon l'acception courante, et celle qui constitue le fardeau de présentation, même si les deux sont en quelque sorte étroitement liées. Le fardeau de présentation porte sur la nature et la teneur de la preuve que le demandeur doit présenter pour obtenir gain de cause. [TRADUCTION] « L'expression "fardeau de présentation" signifie qu'une partie a la responsabilité de s'assurer qu'il y a au dossier suffisamment d'éléments de preuve de l'existence ou l'inexistence d'un fait ou d'un point litigieux pour satisfaire au critère préliminaire applicable à ce fait ou à cette question » (voir Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant & Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd. (Markham : LexisNexis Canada Inc., 2014) (« Lederman »), à la p. 90). La norme relative à « un haut degré de probabilité » ou à « une preuve catégorique et non conjecturale » applicable en matière d'injonction se rapporte à ce fardeau de présentation.

[57] Par contre, le fardeau de preuve signifie qu'une partie a l'obligation de prouver ou de réfuter un fait ou un point litigieux en se fondant sur la norme en matière criminelle ou civile. La charge de persuasion [TRADUCTION] « intervient normalement après qu'une partie s'est acquittée de sa charge de présentation relativement à ce fait ou à ce point litigieux » (Lederman, à la p. 91). Par conséquent, même si la nature de la preuve requise en matière d'injonction est régie

par une norme stricte relative à l'existence d'une « preuve catégorique et non conjecturale », c'est la norme de la prépondérance des probabilités qui s'applique en matière civile.

[58] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la meilleure approche à suivre par le Tribunal pour évaluer le préjudice irréparable relativement à une demande fondée sur l'article 104 et pour appliquer le critère le plus rigoureux établi par la Cour fédérale à l'égard d'un préjudice appréhendé consiste à se demander s'il existe une preuve catégorique et non conjecturale qui permet au Tribunal d'inférer que le refus du redressement demandé entraînera un préjudice irréparable, tout en adoptant l'approche prudente applicable en matière d'injonction préventive. En d'autres termes, pour s'acquitter de son fardeau relativement à la présente demande fondée sur l'article 104, lorsqu'il s'agit d'un préjudice appréhendé, le commissaire doit établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une preuve catégorique et non conjecturale qui permet de démontrer de quelle manière se produira le préjudice, de sorte qu'il sera possible de tirer raisonnablement et logiquement des conclusions de préjudice irréparable. Il appartient au Tribunal d'établir, compte tenu de la preuve dont il dispose, si, dans une affaire donnée, la preuve montre effectivement que le préjudice appréhendé se produira.

[59] Le Tribunal doit mentionner un autre élément. Dans une affaire en matière de fusionnement, comme en l'espèce, il faut examiner une question importante d'intérêt public. Le commissaire a la responsabilité de protéger l'intérêt public en matière de concurrence au Canada de la manière prévue par la Loi. Il peut saisir le Tribunal d'une affaire lorsqu'il estime que l'exercice de cette responsabilité le rend nécessaire, comme il l'a fait en l'espèce en présentant ses demandes fondées sur les articles 92 et 104, au titre des dispositions relatives au fusionnement. Le commissaire est présumé agir dans l'intérêt public et il faut donner beaucoup de poids aux considérations d'intérêt public (voir *Supérieur Propane*, au paragraphe 19).

[60] L'aspect lié à l'intérêt public a été souvent examiné dans le contexte du troisième volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald*, portant sur la prépondérance des inconvénients. Dans l'arrêt susmentionné, la Cour suprême a dit ce qui suit (à la p. 346), au sujet de l'interprétation que doit recevoir le concept d'inconvénient dans les cas relevant de la *Charte* :

Dans le cas d'un organisme public, le fardeau d'établir le préjudice irréparable à l'intérêt public est moins exigeant que pour un particulier en raison, en partie, de la nature même de l'organisme public et en partie, de l'action qu'on veut faire interdire. On pourra presque toujours satisfaire au critère en établissant simplement que l'organisme a le devoir de favoriser ou de protéger l'intérêt public et en indiquant que c'est dans cette sphère de responsabilité que se situent le texte législatif, le règlement ou l'activité contestés. Si l'on a satisfait à ces exigences minimales, le tribunal devrait, dans la plupart des cas, supposer que l'interdiction de l'action causera un préjudice irréparable à l'intérêt public.

[61] Depuis l'arrêt *RJR-MacDonald*, ces commentaires ont été repris dans de nombreuses affaires concernant l'opportunité d'accorder une injonction interlocutoire qui suspend l'application d'une mesure législative adoptée valablement, mais contestée, ou concernant l'évaluation de la prépondérance des inconvénients dans le cadre d'une demande de suspension

de procédure contre des autorités publiques (voir, par exemple, *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2000 CSC 57, au par. 9, et *Vancouver (City) c. Zhang*, 2009 BCCA 210, aux par. 10 et 11). De plus, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Sfetkopoulos*, 2008 CAF 106, la Cour d'appel fédérale a affirmé au paragraphe 10 que « [l]a question de l'intérêt public, comme aspect d'un préjudice irréparable pour le gouvernement, sera analysée à la deuxième étape ainsi qu'à la troisième » du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald*. Il s'agissait d'une affaire constitutionnelle où le procureur général du Canada sollicitait le sursis du jugement déclarant invalide une disposition du *Règlement sur l'accès à la marijuana à des fins médicales* (voir aussi *Territoires du Nord-Ouest c. Sirius Diamonds Ltd.* 2001 CFPI 702, aux par. 58 à 59).

[62] Il ressort donc de l'arrêt *RJR-MacDonald* et de la jurisprudence en découlant que, sur le plan de la preuve, le commissaire bénéficie de la présomption selon laquelle il agit, en sa qualité d'autorité publique qui exécute son mandat, dans l'intérêt public. Cela ne change en rien le fardeau de preuve qui incombe au commissaire et qui repose toujours sur la prépondérance des probabilités. Le Tribunal doit tenir compte de cette présomption dans l'examen de la preuve du préjudice irréparable que causera, selon le commissaire, une transaction proposée, et déterminer si le préjudice allégué peut raisonnablement et logiquement être inféré de la preuve présentée.

[63] Dans certains cas, selon la nature du préjudice allégué par le commissaire, il peut être plus difficile de présenter une preuve catégorique et non conjecturale des effets anticoncurrentiels prévus ou de la nécessité de préserver la concurrence ou la viabilité concurrentielle des éléments d'actif visés par le dessaisissement. Dans tous les cas, le Tribunal doit tenir pour acquis que les mesures prises par le commissaire en application des dispositions de la Loi visent à protéger la concurrence et servent un objectif d'intérêt public valide. Pour reprendre les propos de la Cour suprême dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, si l'on satisfait à ces exigences minimales en établissant que l'activité contestée se situe dans la sphère de responsabilité conférée au commissaire par la Loi, le Tribunal devrait déterminer que l'activité visée causera un préjudice irréparable à l'intérêt public, et que la preuve présentée permet de tirer raisonnablement et logiquement des conclusions de tel préjudice.

(2) Les thèses des parties

[64] Dans la présente demande, le commissaire soutient que le préjudice irréparable est le préjudice que subirait vraisemblablement les consommateurs et l'ensemble de l'économie dans les 14 marchés locaux si aucune ordonnance provisoire n'est rendue. Selon le commissaire, si aucune ordonnance portant séparation des éléments d'actif n'est prononcée durant la période intermédiaire, Parkland aura suffisamment d'emprise sur le marché pour hausser les prix unilatéralement ou en coordination avec d'autres entreprises dans les 14 marchés locaux et sera tentée d'exercer cette emprise. À l'appui de sa thèse, le commissaire renvoie souvent à un tableau illustrant les parts de marché combinées des parties et les ratios de concentration des quatre principales entreprises (« RC4 »), lesquels démontrent qu'un monopole pourrait découler de la fusion ou que le nombre de concurrents pourrait baisser de 3 à 2, de 4 à 3 ou de 5 à 4 dans 12 des 14 marchés locaux à la suite du fusionnement proposé.

[65] Plus précisément, le commissaire soutient que le fusionnement proposé entraînera une hausse de prix pour les consommateurs d'essence vendue au détail et fera en sorte que ces derniers limiteront leur consommation d'essence, créant ainsi une perte touchant l'efficacité de l'économie. Le commissaire débute son analyse en parlant des marchés touchés, qui sont « locaux de nature », et en affirmant qu'[TRADUCTION] « il ne fait aucun sens d'un point de vue économique d'inciter les consommateurs à se déplacer sur de longues distances pour épargner un sou ou deux sur l'essence ». Dans l'analyse du préjudice qui figure dans son mémoire, le commissaire renvoie à des obstacles importants à l'entrée sur les marchés de vente au détail de l'essence, aux importantes parts de marché, à la concentration et la coordination accrues et à la perte de la rivalité entre Parkland et Pioneer.

[66] Parkland affirme que le commissaire n'a pas satisfait à cette partie du critère à trois volets parce que l'approche fondée sur le marché géographique qui sous-tend ses allégations de préjudice est erronée. Elle soutient que le Tribunal devrait mener une analyse semblable à celle adoptée par le juge Rothstein dans l'affaire *Supérieur Propane* vu la norme rigoureuse à respecter dans le cadre du deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Dans la décision *Supérieur Propane*, le Tribunal devait décider si le fusionnement avait « vraisemblablement » pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence aux termes de l'article 100. Pour rendre cette décision, le Tribunal a fait un examen de la preuve appuyant la définition du marché du produit utilisée par le directeur.

[67] Se fondant sur l'approche adoptée par le Tribunal dans cette affaire, Parkland soutient que le Tribunal devrait examiner, au moins dans une certaine mesure, la définition du marché géographique utilisée par le commissaire et s'assurer qu'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour appuyer cette définition. Parkland, qui se fonde tout particulièrement sur l'opinion de M^{me} Sanderson, affirme qu'il n'existe aucun élément de preuve en ce sens et que la façon dont M. Boyer a défini les marchés géographiques pertinents est, à tout le moins, très douteuse. Outre l'affidavit de Mme Sanderson, Parkland renvoie à une analyse faite le 23 février 2015 par Charles River Associates (« CRA ») relativement aux zones de chevauchement, que Parkland avait présentée au Bureau lors de son examen (le « rapport de CRA »). Le rapport de CRA était joint à l'affidavit de M. Espey et il contient des éléments de preuve qui remettent en cause la définition de marché géographique adoptée par le Bureau et ses mesures de concentration de marché dans les diverses zones de chevauchement.

[68] Parkland affirme également que la preuve de préjudice irréparable présentée par le commissaire est conjecturale puisqu'elle ne tient pas compte des engagements de Parkland. Parkland soutient que, d'un point de vue économique, elle vise à maintenir des bas prix afin que ses volumes demeurent élevés en raison des rabais offerts aux raffineurs qui achètent de gros volumes.

(3) Le préjudice allégué

[69] Dans sa demande, le commissaire dit appréhender un préjudice du fait que l'entité issue de la fusion pourrait hausser les prix et ainsi limiter la concurrence soit unilatéralement ou en coordination avec ses concurrents, en plus d'augmenter son emprise sur le marché et la

concentration du marché. Le préjudice éventuel se rattache donc à l'impact appréhendé, en ce qui a trait à la hausse des prix et à la perte touchant l'efficacité de la répartition des ressources sur les 14 marchés locaux durant la période intermédiaire, lequel serait causé par l'augmentation des effets anticoncurrentiels unilatéraux et coordonnés découlant eux-mêmes d'une emprise accrue sur le marché attribuable à l'augmentation de la concentration et des parts de marché par suite du fusionnement proposé. Cette emprise et cette concentration accrues dépendent largement de la définition des marchés géographiques utilisée par le commissaire relativement aux 14 marchés locaux. Les frontières des marchés géographiques et la mesure de la concentration du marché sont donc essentielles au soutien des efforts anticoncurrentiels appréhendés et du préjudice subi en l'espèce. Selon le commissaire, la concentration accrue permettra à Parkland d'accroître sa capacité à hausser les prix unilatéralement ou en coordination avec ses concurrents, au détriment des consommateurs et de l'ensemble de l'économie.

[70] Le Tribunal souligne que la définition des marchés pertinents a toujours été au cœur de ses décisions dans les affaires de fusionnement. Il en va de même pour l'analyse du fusionnement effectuée par le commissaire et décrite en détail dans le document du Bureau intitulé *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* (les « lignes directrices ») (Gatineau : Bureau de la concurrence, 6 octobre 2011). Les dispositions relatives aux fusionnements visent d'abord à empêcher la création, le maintien ou l'accroissement d'un pouvoir de marché et, pour déterminer si un fusionnement risque d'avoir un tel résultat, il faut d'abord définir les marchés pertinents afin d'être en mesure de calculer les parts de marché des parties à la fusion et de mesurer la concentration du marché. Cette démarche est une composante essentielle du mandat que la Loi confie au commissaire. Il est ensuite possible de déterminer si les parts de marché suivant la fusion sont suffisamment importantes, lorsqu'elles sont examinées à la lumière d'autres facteurs, pour conclure que l'entité issue de la fusion a suffisamment d'emprise pour entraîner des effets anticoncurrentiels. Si le marché est mal défini, les parts de marché et la concentration du marché n'ont plus vraiment d'importance.

[71] S'agissant de la demande du commissaire fondée sur l'article 104, le Tribunal doit s'assurer qu'il existe une preuve catégorique et non conjecturale permettant de déduire raisonnablement et logiquement que les consommateurs et l'économie canadienne subiront le préjudice appréhendé. En l'espèce, comme le préjudice éventuel allégué par le commissaire repose directement sur les mesures de concentration du marché et l'approche fondée sur les marchés géographiques et qu'il ne peut pas en être dissocié, je dois d'abord m'assurer que la preuve à cet égard respecte la norme selon laquelle la preuve doit être catégorique et non conjecturale.

[72] Parkland invite le Tribunal à effectuer une analyse semblable à celle faite par le juge Rothstein dans l'affaire *Supérieur Propane*, où le Tribunal devait déterminer si la fusion avait « vraisemblablement » pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans la cadre d'une demande fondée sur l'article 100. J'hésite à le faire parce que le critère applicable aux demandes fondées sur l'article 104 n'est pas le même. Cependant, certains éléments de l'affaire *Supérieur Propane* peuvent servir de guide dans la présente affaire.

[73] Plus précisément, comme le marché devait être défini pour que le commissaire puisse se prononcer sur la concentration et les parts de marché, il faut examiner les éléments de preuve se rapportant à la façon dont le marché a été défini qui se trouvent au dossier. De plus, le Tribunal ne peut pas simplement supposer que la définition du marché ou les mesures de concentration utilisées par le commissaire sont correctes dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 104, lorsqu'elles constituent le principal indicateur du pouvoir de marché et un élément important des allégations de préjudice faites par le commissaire, comme c'est le cas en l'espèce. Tout comme dans l'affaire *Supérieur Propane* où la définition du marché devait être établie à l'aide d'éléments de preuve conformes à l'article 100, je dois m'assurer qu'il y a des éléments de preuve catégorique et non conjecturale au dossier sur la portée des marchés géographiques, la concentration du marché et d'autres facteurs afin de pouvoir conclure raisonnablement, dans le cadre de la présente demande fondée sur l'article 104, que le préjudice allégué par le commissaire existe.

(4) La preuve relative à la concentration de marché

[74] En l'espèce, le dossier dont je dispose contient des éléments de preuve soumis par le commissaire et par Parkland en ce qui concerne la concentration du marché, les parts de marché et les marchés géographiques. Bien qu'il n'appartienne pas au Tribunal, à ce stade-ci, d'étudier en détail le fond de l'affaire, je dois toutefois déterminer si ces éléments de preuve satisfont au critère du préjudice irréparable. Vu le dossier dont je dispose en l'espèce, je ne suis pas convaincu qu'il existe une preuve catégorique et non conjecturale sur les questions préliminaires relatives à la zone géographique des marchés allégués et à la concentration du marché pour huit des 14 marchés locaux.

[75] La preuve fournie par le commissaire sur la portée géographique et les niveaux de concentration des 14 marchés locaux se trouve dans l'affidavit de M. Mc Nabb et dans les deux rapports de M. Boyer. L'affidavit de M. Mc Nabb renvoie d'abord à quelques-uns des facteurs génériques que le Bureau a pris en considération lorsqu'il a défini les 14 marchés locaux. À cet égard, M. Mc Nabb indique la proximité géographique des stations d'essence concurrentes, les caractéristiques géographiques des marchés, les opinions, stratégies et comportements des participants dans le marché, les niveaux et la dynamique des prix ainsi que les données de recensement. Au paragraphe 18 de son affidavit, M. Mc Nabb donne quelques exemples [TRADUCTION] « représentatifs » pour cinq des 14 marchés locaux. Pour ces cinq marchés, M. Mc Nabb décrit la proximité géographique de quelques-unes des stations d'essence concurrentes. Il renvoie aussi à quatre documents ayant trait à trois des marchés, lesquels énumèrent ou décrivent des concurrents représentatifs d'un détaillant d'essence (deux documents) et de Parkland (les deux autres documents). Les documents présentés par le détaillant d'essence sont deux documents d'une page chacun qui énoncent la [TRADUCTION] « philosophie de l'établissement des prix de l'essence » et indiquent les prix fixés par les stations d'essence concurrentes. Les documents de Parkland sont deux lettres semblables qui portent sur les modalités d'un contrat d'approvisionnement devant être conclu avec les stations d'essence indépendantes, auquel une description des « concurrents » est jointe à titre de renseignements généraux.

[76] L'affidavit de M. Mc Nabb contient une description des villes et des communautés faisant partie de chacun des marchés [TRADUCTION] « représentatifs » et renvoie aux quatre documents mentionnés ci-dessus, mais il ne fait aucune mention des « caractéristiques géographiques » des cinq marchés, des « niveaux et de la dynamique des prix » ou des « données de recensement ». Autrement dit, les exemples ne comportent presque aucune information sur certains des critères généraux qui auraient été appliqués par le Bureau pour définir les 14 marchés locaux. Au paragraphe 19 de son affidavit, M. Mc Nabb fournit un tableau qui indique la concentration de chacun des 14 marchés locaux à la suite du fusionnement proposé, mais ne donne aucune explication claire quant à la façon dont les chiffres relatifs à la concentration du marché qui sont présentés dans le tableau ont été obtenus. Le Tribunal signale au passage que, dans 10 des 14 marchés locaux, les RC4 ne semblent pas être affectés par le fusionnement proposé puisque le nombre de concurrents était déjà, avant la transaction, inférieur à quatre.

[77] Dans son rapport initial, M. Boyer indique que les 14 marchés locaux sont les marchés géographiques que le Bureau lui a [TRADUCTION] « demandé » d'étudier, d'examiner et d'analyser (aux paragraphes 2, 8, 9, 67, 68, 71 et 74). Il fait des déclarations semblables dans le rapport qu'il a produit en réplique, aux paragraphes 14, 19 et 38. Son rapport initial contient des cartes et des descriptions de chacun des 14 marchés locaux; on y retrouve les populations des villes et des communautés concernées, les chiffres relatifs aux parts de marché et l'emplacement et le nom de la station d'essence la plus proche ne faisant pas partie du marché. La façon dont les chiffres relatifs aux marchés ou à la concentration ont été obtenus n'est pas indiquée et il n'est pas précisé non plus à quel marché local appartiennent les stations d'essence qui figurent sur les cartes. Au paragraphe 19 de son rapport produit en réplique, M. Boyer renvoie à son [TRADUCTION] « évaluation » de la portée géographique des marchés et au fait que sa définition des marchés reposait sur des données que le Bureau lui avait fournies.

[78] Monsieur Boyer reconnaît que les marchés géographiques qui lui ont été fournis par le Bureau ne sont pas définis de façon empirique, mais affirme que ses observations préliminaires sur les marchés lui ont permis de tirer ses conclusions à propos des effets anticoncurrentiels unilatéraux et coordonnés et qu'une délimitation précise des marchés n'était pas nécessaire. Au paragraphe 68 de son rapport initial, M. Boyer indique que [TRADUCTION] « la portée géographique des marchés pertinents repose sur la portée des restrictions tarifaires imposées par les autres sources d'approvisionnement », mais il reconnaît ne pas avoir fait d'études empiriques de cette nature en ce qui concerne les 14 marchés locaux. Il n'a pas non plus fourni une preuve non empirique selon laquelle les autres sources d'approvisionnement peuvent, ou ne peuvent pas, imposer des restrictions tarifaires dans les divers marchés.

[79] Au paragraphe 10 de son rapport, M. Boyer renvoie au rapport de CRA et indique qu'il ne souscrit pas aux conclusions qui y sont énoncées. Il souligne que le rapport ne fournit pas une analyse permettant de déterminer qui est soumis à des restrictions dans les 14 marchés locaux et qu'il ne justifie pas le fait que CRA ait établi des marchés plus vastes. Cependant, M. Boyer ne fournit pas une telle analyse non plus. Il indique que la distance que les consommateurs sont prêts à voyager à la suite d'une hausse importante des prix a une [TRADUCTION] « limite naturelle », qu'elle peut varier selon qu'il s'agit de régions rurales ou urbaines et qu'elle dépend du revenu et des habitudes de déplacement des consommateurs, ainsi que de l'emplacement

géographique des stations d'essence. La façon dont ces critères sont appliqués pour chacun des 14 marchés locaux n'est pas précisée.

[80] Dans son rapport initial, M. Boyer ajoute que, même s'il acceptait les définitions de marché que Mme Sanderson a faites dans le rapport de CRA, il ne changerait pas d'avis selon ce qu'il [TRADUCTION] « comprenait de la dynamique des marchés de vente au détail de l'essence » qu'il avait déjà étudiée. Il déclare en outre que le [TRADUCTION] « risque de comportements coordonnés pouvant se traduire par de la collusion ou des hausses de prix serait beaucoup plus élevé à la suite du fusionnement proposé dans les 14 marchés ». Il indique également que les définitions de marché qu'il a utilisées n'étaient pas précises et que, même si elles l'étaient davantage, il serait peu probable qu'il change d'avis à propos du risque accru des comportements coordonnés. Il parle de la possibilité d'utiliser un éventail de marchés potentiels, mais ne donne aucune information sur ces marchés dans ses rapports. Il ajoute que, même s'il disposait de plus amples renseignements afin de pouvoir obtenir une définition du marché plus précise, les [TRADUCTION] « modifications apportées aux niveaux de concentration ne suffiraient probablement pas » à dissiper ses inquiétudes; il n'est question de l'étendue de ces niveaux de concentration nulle part dans ses rapports.

[81] D'après mon examen des deux rapports de M. Boyer, je ne suis pas convaincu qu'ils contiennent une preuve se rapportant à l'évaluation, le cas échéant, faite par M. Boyer pour définir les 14 marchés locaux qu'il décrit dans son rapport initial et dans son rapport produit en réplique, ou à la façon dont il est arrivé à cette évaluation ou à cette définition. Vu la preuve au dossier, la seule conclusion raisonnable que je peux tirer est que M. Boyer a utilisé les données relatives aux parts de marché et aux marchés géographiques fournies par le commissaire dans le cadre de son analyse, sans toutefois faire une évaluation géographique ou définir des mesures de concentration. Monsieur Boyer a renvoyé, aux fins de son analyse des répercussions du fusionnement proposé dans les 14 marchés locaux, aux marchés [TRADUCTION] « fortement ou relativement concentrés », aux importantes parts de marché et à la concentration supérieure au niveau sécuritaire établi dans les lignes directrices, mais je constate qu'aucune explication claire sur la façon dont ces chiffres ont été obtenus n'a été donnée dans ses rapports. D'ailleurs, la majeure partie du rapport initial et du rapport produit en réplique de M. Boyer porte sur les effets anticoncurrentiels unilatéraux et coordonnés qui devraient découler du fusionnement proposé, fondés sur les données relatives aux marchés géographiques et aux niveaux de concentration fournies par le Bureau.

[82] S'agissant des marchés géographiques, il existe également une preuve au dossier, tirée du rapport de CRA et de l'affidavit de Mme Sanderson, que le Tribunal ne peut ignorer. Le rapport de CRA contient une analyse de chaque zone de chevauchement, ainsi que des estimations des niveaux de concentration du marché, lesquels diffèrent de ceux indiqués dans le tableau de l'affidavit de M. Mc Nabb. En ce qui concerne les diverses zones de chevauchement, le rapport de CRA contient des références à des éléments comme l'emplacement des acheteurs ou les habitudes de conduite et de déplacement — des renseignements principalement tirés des données associées à la carte de fidélité de Pioneer —, qui laissent croire que les nouveaux détaillants risquent de faire concurrence à Pioneer et Parkland dans les régions en cause, entraînant ainsi des définitions plus larges et précises des marchés géographiques visés. Cela amène CRA à conclure que les parts de marché et les niveaux de concentration du Bureau suivant la fusion sont exagérés

et l'entité issue de la fusion n'aurait, dans plusieurs régions, pas plus de 35 p. 100 des parts de marché, soit le niveau sécuritaire établi. De plus, l'affidavit de M^{me} Sanderson portait plus précisément sur les régions géographiques d'Aberfoyle, Allanburg et Innisfil en Ontario et fournissait plus de détails sur le calcul des parts de marché dans ces régions et sur les habitudes de déplacement et d'achat suivant les données associées à la carte de fidélité de Pioneer. En comparaison avec cette analyse détaillée, la preuve du commissaire semble limitée et conjecturale, surtout vu que le Bureau n'a pas expliqué sa propre méthodologie.

[83] Après avoir examiné l'ensemble de la preuve fournie par le commissaire et les défenderesses dans le cadre de la présente demande, je ne suis pas convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une preuve catégorique et non conjecturale qui justifie les données relatives aux marchés géographiques et aux niveaux de concentration du marché utilisées par le commissaire pour affirmer que des effets anticoncurrentiels et un préjudice irréparable découleront du fusionnement proposé. Par exemple, je ne trouve aucune preuve claire et convaincante concernant le type d'analyse qu'aurait pu effectuer le Bureau pour obtenir les chiffres relatifs à la concentration du marché, la façon dont les chiffres relatifs aux parts de marché du Bureau ont été obtenus, la façon dont certaines stations d'essence ont été choisies pour faire partie d'un marché ou les raisons pour lesquelles les stations d'essence situées à seulement 4, 5 ou 7 kilomètres d'un des marchés locaux ont été laissées de côté. Il y a également lieu de souligner que le commissaire n'a produit aucune preuve quant à savoir si les prix établis dans un marché local sont limités ou prescrits par les prix établis dans les régions avoisinantes ou si les prix fixés dans une région sont indépendants des prix fixés dans les autres régions. Il n'y a non plus aucun renseignement (sauf dans le rapport de CRA) sur la mesure dans laquelle les consommateurs se déplacent à l'extérieur de leur région chaque semaine. De plus, la preuve documentaire fournie dans l'affidavit de M. Mc Nabb en ce qui concerne l'identification des concurrents faite par Parkland et un autre détaillant d'essence se limite à deux types de documents qui, selon moi, ne peuvent pas être considérés comme une preuve convaincante des concurrents présents dans une région donnée, en l'absence d'autre preuve à leur appui.

[84] Cependant, en ce qui concerne cinq des quatorze marchés locaux, à savoir Warren (Man.), Lundar (Man.), Neepawa (Man.), Bancroft (Ont.) et Tillsonburg (Ont.), la société CRA a reconnu dans son rapport, après avoir fait une analyse, que les niveaux de concentration postérieurs à la fusion dans ces régions géographiques sont élevés et reflètent assez fidèlement les chiffres du commissaire. Cela suppose que la société CRA a accepté la définition des marchés géographiques pertinents faite par le commissaire après avoir analysé les particularités de ces villes, l'emplacement des stations d'essence potentiellement concurrentes les plus proches, parfois à des distances importantes (aussi loin que 33 kilomètres dans le cas de Neepawa (Man.)) et les habitudes d'achat et de déplacements des résidents de ces villes.

[85] Lors du contre-interrogatoire sur son affidavit, Mme Sanderson a reconnu qu'il y a des problèmes de concurrence dans les marchés locaux de Warren (Man.), Lundar (Man.), Neepawa (Man.), Bancroft (Ont.) et Tillsonburg (Ont.), ainsi que Kapuskasing (Ont.) (les « six marchés »). Le Tribunal souligne qu'il n'était pas question de Kapuskasing (Ont.) dans le rapport de CRA vu qu'il avait été proposé de dessaisir une station dans la région. Madame Sanderson admet que les niveaux de [TRADUCTION] « concentration sont très élevés » dans quatre des six marchés, ce qui pourrait susciter des « préoccupations légitimes quant à la concurrence », ainsi que des niveaux

de « concentration élevés » et des problèmes de concurrence dans les deux autres marchés. Selon Mme Sanderson, ces problèmes n'entraîneraient pas nécessairement le préjudice allégué par le commissaire. Cependant, elle a convenu qu'il y aurait une diminution sensible de la concurrence sans réparation appropriée. Les commentaires et observations qui figurent dans le rapport de CRA à propos de ces six marchés doivent être pris au sérieux puisqu'ils fournissent des preuves selon lesquelles les parts de marché et les niveaux de concentration ont augmenté dans ces marchés géographiques à des niveaux qui soulèvent, à première vue, des préoccupations en matière de concurrence.

(5) Conclusion sur la concentration du marché et le préjudice

[86] S'agissant des six marchés, je suis donc convaincu, au vu du dossier dont je dispose, qu'il existe une preuve de l'augmentation des parts de marché et des niveaux de concentration à la suite du fusionnement qui, selon moi, est catégorique et non conjecturale et qui permet raisonnablement et logiquement, lorsqu'elle est conjuguée à d'autres facteurs, de conclure que les effets anticoncurrentiels et le préjudice appréhendés par le commissaire surviendront. Cependant, ce n'est pas le cas dans les huit autres marchés, à savoir Aberfoyle, Allanburg, Innisfil, Welland, Chelmsford/Azilda, Gananoque, Hanover et Port Perry en Ontario (les « huit marchés »). Vu l'ensemble de la preuve au dossier, y compris la preuve contradictoire qui figure dans le rapport de CRA et dans l'affidavit de Mme Sanderson, je ne suis pas convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une preuve catégorique et non conjecturale à l'appui des chiffres relatifs aux parts de marché et à la concentration du marché utilisés par le commissaire dans les huit marchés qui me permettrait d'évaluer le préjudice irréparable.

[87] Dans ses observations, le commissaire a accordé beaucoup d'importance aux limites et défauts de l'analyse de Mme Sanderson et du rapport de CRA. Le Tribunal reconnaît que des questions pourraient être soulevées à propos de l'interprétation que Mme Sanderson a faite des données relatives à la carte de fidélité de Pioneer et des conclusions qu'elle en a tirées, ainsi que des habitudes de déplacement observées par CRA. Voilà une question qui sera débattue dans le cadre de la demande fondée sur l'article 92. Cependant, le fait que la preuve fournie par Parkland sur la définition appropriée des huit marchés puisse être contestée ou remise en question ne rend pas la preuve présentée par le commissaire plus catégorique, plus complète ou moins conjecturale.

[88] Parkland a fourni une preuve dans le but de contester le bien-fondé de l'approche qu'a utilisée le commissaire pour définir les zones de chevauchement et la validité des chiffres relatifs à la concentration du marché, et la preuve contraire fournie en l'espèce par le commissaire est bien mince. Je ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve à propos de la méthode utilisée, des divers emplacements et des divers concurrents présents dans les huit marchés pour déterminer si les chiffres relatifs aux parts de marché et à la concentration du marché dont s'est servi le commissaire peuvent être étayés.

[89] Dans les affaires de fusion, comme l'a indiqué la Cour suprême dans l'arrêt *Tervita*, l'analyse est nécessairement prospective et le Tribunal en tient compte dans son évaluation du préjudice appréhendé par le commissaire. Le Tribunal est également conscient de la

responsabilité qu'a le commissaire de maintenir et de protéger la concurrence et de la présomption selon laquelle, à titre d'autorité publique qui exécute son mandat, il agit dans l'intérêt public. Cependant, en l'espèce, le commissaire soutient que Parkland aura une emprise accrue sur le marché, qu'il pourra l'exercer unilatéralement ou en coordination avec d'autres entreprises, en raison des augmentations importantes de la concentration dans les 14 marchés locaux, ce qui se traduit par de grosses parts de marché et de hauts niveaux de concentration. Aux termes du paragraphe 92(2) de la Loi, le Tribunal ne devrait pas conclure, en se fondant uniquement sur la concentration ou la part du marché, qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement des effets anticoncurrentiels. Une preuve à l'appui d'un élément aussi fondamental que les calculs faits par le commissaire pour déterminer la concentration du marché est indispensable pour évaluer ses allégations d'effets anticoncurrentiels et de préjudice irréparable pour les consommateurs et l'ensemble de l'économie.

[90] Le Tribunal reconnaît qu'il peut être difficile de définir les marchés ou de mesurer la concentration d'un marché. Le Bureau dispose de plusieurs outils, empiriques et non empiriques. Il n'appartient pas au Tribunal d'indiquer quels outils le Bureau devrait ou pourrait utiliser. Cependant, quand les questions préliminaires relatives à la définition et à la concentration du marché sont au cœur des allégations de préjudice formulées par le commissaire dans une demande fondée sur l'article 104, la preuve doit être suffisamment catégorique et non conjecturale pour appuyer les arguments avancés par le commissaire. Sans une telle preuve, il est impossible de conclure, de façon raisonnable ou logique, que les effets anticoncurrentiels et le préjudice appréhendés se produiront.

[91] Les demandes fondées sur l'article 104 ne sont pas des demandes qui sont présentées au stade embryonnaire de l'enquête menée par le Bureau ou avec peu de temps de préparation, comme il est possible de le faire avec une demande fondée sur l'article 100 ou une demande d'ordonnance fondée sur l'article 11 (voir : *Commissaire de la concurrence c. Pearson Canada Inc.*, 2014 CF 376 (« *Pearson* »), aux paragraphes 47 et 48). Une demande fondée sur l'article 104 est déposée une fois que le commissaire a décidé de déposer une demande d'ordonnance sur le fond en vertu des dispositions de la partie VIII de la Loi. À ce stade, le commissaire devrait avoir des éléments de preuve à l'appui des éléments fondamentaux de l'examen du fusionnement, en commençant par la définition et la concentration du marché, quand ces éléments sont au cœur de l'affaire.

[92] Dans la présente affaire, le Bureau avait entrepris l'examen du fusionnement proposé environ sept mois avant que le commissaire ne dépose sa demande fondée sur l'article 92. De plus, le Bureau a été en mesure, quand la DRS a été présentée en novembre 2014, de restreindre le nombre de secteurs pouvant poser problème pour les zones de chevauchement. Le Bureau a aussi eu l'avantage de pouvoir mener une enquête préalable dans le cadre de son examen de la transaction par le biais d'une DRS. De plus, il disposait d'une analyse détaillée fournie par Parkland en février 2015, c'est-à-dire le rapport de CRA, qui remettait en question la définition du marché et les mesures de concentration du marché utilisées par le Bureau dans les diverses zones de chevauchement. Malgré tout ce qui précède, la preuve versée au dossier à l'appui des observations du commissaire sur la définition du marché et les niveaux de concentration accrus ne permet pas de satisfaire à la norme de preuve selon laquelle la preuve doit être catégorique et non conjecturale, sauf pour ce qui est des six marchés.

[93] Le commissaire soutient qu'il n'a pas à prouver la définition du marché géographique pertinent (au sens donné à ce terme technique dans le domaine du droit de la concurrence) selon la prépondérance des probabilités à ce stade-ci et qu'il s'agit d'une question à trancher dans le cadre de la demande fondée sur l'article 92. Je suis d'accord. Toutefois, quand, dans une demande fondée sur l'article 104, le commissaire fonde ses allégations de préjudice sur des inférences d'effets anticoncurrentiels, qui sont largement tributaires des niveaux de concentration du marché, lesquels ne peuvent pas être dissociés de la définition du marché, le dossier doit comporter une preuve catégorique et non conjecturale concernant les éléments constitutifs de l'examen du fusionnement avant que le Tribunal puisse faire son analyse et tirer des inférences raisonnables quant au préjudice irréparable allégué. Il convient de souligner que, en procédant à cette analyse additionnelle, et conformément à l'esprit du paragraphe 92(2) de la Loi, le Tribunal s'attendra à recevoir une preuve touchant d'autres facteurs, comme ceux énumérés à l'article 93 de la Loi.

[94] Dans les circonstances de l'espèce, prononcer l'ordonnance provisoire sollicitée pour les 14 marchés locaux sans une telle preuve, empirique ou non, rendrait le critère de l'article 104 inefficace. Ce n'était certainement pas le but de la disposition.

[95] Une bonne partie des observations et de la preuve du commissaire porte sur les effets anticoncurrentiels, unilatéraux et coordonnés, qui devraient découler des niveaux de concentration accrus attribuables au fusionnement proposé dans les 14 marchés locaux et je vais les examiner brièvement dans la mesure où ils touchent les six marchés. En ce qui concerne ces six marchés, alors que la preuve relative aux niveaux de concentration du marché est catégorique et non conjecturale et que les problèmes de concurrence sont reconnus par un expert de Parkland, je suis convaincu qu'il est raisonnable et logique de conclure que des effets anticoncurrentiels et un préjudice risquent de se produire au vu de la preuve au dossier.

[96] Le Tribunal souligne que le rapport initial et le rapport produit en réplique de M. Boyer traitent longuement des effets anticoncurrentiels unilatéraux et coordonnés qui devraient découler du fusionnement proposé, tout en utilisant les marchés géographiques et les hauts niveaux de concentration fournis par le Bureau. Dans son rapport initial, M. Boyer fait état du comportement de maximisation des profits des entreprises et des effets unilatéraux et conclut que la concentration accrue découlant du fusionnement proposé aura pour effet de faire accroître substantiellement le risque et la probabilité de comportements unilatéraux et coordonnés de la part de Parkland dans les 14 marchés locaux. Je ne retiens pas la prétention de Parkland selon laquelle M. Boyer soulève seulement des problèmes [TRADUCTION] « éventuels » ou que la preuve du commissaire à propos de la coordination (en supposant que les niveaux de concentration sont élevés) est conjecturale.

[97] Après avoir lu les deux rapports de M. Boyer dans leur ensemble, je suis convaincu du caractère définitif de sa preuve en ce qui concerne les six marchés. Monsieur Boyer affirme que les niveaux de concentration, conjugués à d'autres facteurs comme les obstacles à l'entrée et la perte d'une rivalité, font augmenter le risque d'effets unilatéraux et de hausses coordonnées des prix. Il indique que le fusionnement proposé présente des risques graves pour la concurrence en raison des effets unilatéraux et coordonnés et que la transaction entraînerait vraisemblablement

des prix excessifs. J'ai examiné la preuve produite par Parkland en ce qui concerne son objectif économique qui consiste à maintenir des bas prix afin que les volumes demeurent élevés, mais je conclus que, en l'espèce, la preuve la plus convaincante en ce qui concerne les six marchés est le comportement, logique et rationnel, de maximisation des profits des entreprises décrit par M. Boyer.

[98] L'affidavit de M. Mc Nabb contient aussi des exemples qui, bien qu'ils soient limités et anecdotiques et qu'ils puissent faire l'objet de différentes interprétations, présentent des éléments de preuve qui permettent raisonnablement et logiquement, dans le contexte d'une demande fondée sur l'article 104, de conclure que davantage de comportements coordonnés seront adoptés. Dans son affidavit, M. Espey répond aux exemples donnés par M. Mc Nabb sur les comportements coordonnés et donne plus de contexte pour quelques-uns d'entre eux, mais je suis convaincu que cela ne suffit pas à rendre la preuve fournie par M. Mc Nabb conjecturale. De plus, bien que l'analyse qui se trouve dans les rapports de M. Boyer soit abstraite et théorique à certains égards et qu'elle repose sur un ensemble générique de facteurs à examiner relativement aux marchés locaux, elle contient un examen exhaustif effectué par M. Boyer à l'égard des divers facteurs structurels et comportementaux qui favorisent une coordination accrue, ce qui démontre que ces facteurs sont présents dans les divers marchés locaux identifiés par le Bureau et démontre également la façon dont ils s'appliquent aux marchés. Monsieur Boyer affirme qu'il est [TRADUCTION] « raisonnablement certain » qu'il y aura des hausses coordonnées de prix dans le marché créé par le fusionnement proposé. Je souligne que l'affidavit de Mme Sanderson renvoie à certaines questions, comme celle des coûts associés à la coordination, qui ne sont pas abordées dans la preuve de M. Boyer portant sur les effets coordonnés appréhendés du fusionnement proposé, mais, au stade de la présente demande fondée sur l'article 104 et à la lumière de la preuve relative aux problèmes de concurrence dans les six marchés, je ne crois pas qu'il permette d'écarter le reste de la preuve au dossier.

[99] Ceci m'amène à conclure que, au vu de l'ensemble de la preuve dont je dispose et selon la prépondérance des probabilités, il existe une preuve catégorique et non conjecturale permettant de conclure raisonnablement et logiquement que les consommateurs et l'ensemble de l'économie subiront vraisemblablement des effets anticoncurrentiels et un préjudice dans les six marchés.

(6) Engagements de Parkland

[100] Parkland soutient que ses engagements, plus particulièrement le mécanisme d'ajustement des prix proposé grâce au système de marges bénéficiaires maximales de gros et au maintien des politiques d'établissement des prix de Pioneer, permettraient d'écarter le risque de préjudice. Vu les renseignements qui ont été fournis au Tribunal en ce qui a trait aux engagements de Parkland, je ne crois pas que ce serait le cas. Au contraire, je souscris aux préoccupations du commissaire à cet égard.

[101] Plus particulièrement, à l'heure actuelle, les engagements de Parkland permettraient simplement de fixer un plafond pour les marges bénéficiaires de gros. Rien ne pourrait garantir ce qui arriverait si les prix des raffineries commençaient à baisser. La capacité d'imposer,

d'amplifier ou d'accélérer les hausses de prix causerait un préjudice aux consommateurs et à l'économie, tout comme le ferait capacité d'empêcher, de limiter ou de ralentir une baisse de prix qui se produirait généralement dans un marché concurrentiel. Les engagements de Parkland ne traitent pas de cette question. Le fait de maintenir le statu quo quant à la stratégie d'établissement des prix de Pioneer et d'empêcher les prix d'augmenter pourrait laisser sans protection un élément important du préjudice appréhendé. De plus, Parkland aurait toute la latitude pour modifier d'autres aspects de ses contrats d'approvisionnement avec les stations d'essence indépendantes, ce qui pourrait avoir une incidence sur les prix de vente au détail, comme sur les modalités de livraison. En outre, je conviens qu'il serait important et difficile de mettre en œuvre le mécanisme d'établissement des prix proposé.

[102] Somme toute, je suis convaincu qu'il est raisonnable et logique de conclure, au vu de la preuve catégorique et non conjecturale, qu'un préjudice irréparable découlera du fusionnement proposé dans six des 14 marchés locaux. Le deuxième volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* est donc respecté dans le cas des six marchés. Cependant, ce n'est pas le cas en ce qui concerne le reste des 14 marchés locaux.

C. Prépondérance des inconvénients

[103] Je passe maintenant au dernier volet du critère, celui relatif à la prépondérance des inconvénients. Suivant ce troisième volet, le Tribunal doit déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond (*RJR-MacDonald*, p. 342). Comme j'ai conclu que le commissaire n'a pas satisfait au volet relatif au préjudice irréparable quant aux marchés autres que les six marchés, je n'ai donc pas à me prononcer sur la prépondérance des inconvénients pour ces marchés. Le commissaire aura gain de cause seulement s'il satisfait aux trois volets et l'un d'eux n'a pas été établi. Cependant, la prépondérance des inconvénients doit être établie pour les six marchés.

[104] Le commissaire souligne qu'il est présumé agir dans l'intérêt public et que l'intérêt public doit être pris en compte et soupesé de concert avec les intérêts des particuliers. Il soutient que le préjudice irréparable subi par les consommateurs et l'ensemble de l'économie si le redressement sollicité était refusé serait plus grand que le préjudice que pourrait subir Parkland si le redressement était accordé. Le commissaire n'a aucun intérêt privé dans les présentes procédures devant le Tribunal. Il est dans l'intérêt public de maintenir et d'encourager la concurrence au Canada, laquelle, affirme-t-il, subira un préjudice irréparable si aucune ordonnance provisoire n'est rendue. Le commissaire soutient que l'intérêt public milite fortement en sa faveur parce qu'il s'agit d'un cas où un représentant de l'autorité publique accomplit ses devoirs légaux, comme dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Le commissaire ajoute que, puisque le préjudice financier de Parkland n'est pas étayé (dans le cas des coûts qui seraient associés à une entité juridique distincte nécessaire à l'exécution d'une ordonnance portant séparation des éléments d'actif) ou n'est que pure conjecture (dans le cas où il y aurait perte du consentement de Pétrolière Impériale ou il serait éventuellement mis fin au fusionnement proposé), il n'en résultera pour elle aucun véritable préjudice si l'ordonnance provisoire est rendue. Le commissaire soutient que, aux termes de l'ordonnance provisoire, Parkland n'aurait qu'à embaucher des gestionnaires des éléments d'actif séparés, ce qui entraînerait des coûts d'environ

200 000 \$, puisqu'elle n'a pas à créer une entité juridique distincte pour gérer les éléments d'actif séparés.

[105] Parkland soutient que la prépondérance des inconvénients milite contre le prononcé d'une ordonnance portant séparation des éléments d'actif. Elle affirme qu'une telle ordonnance compromettrait toute la transaction puisque Parkland et Pioneer peuvent toutes deux mettre fin au fusionnement proposé si le Tribunal ordonne à Parkland de séparer une partie ou l'ensemble des éléments d'actif à acquérir. Parkland soutient aussi qu'une ordonnance provisoire aurait pour effet de reporter les gains d'efficience qu'elle devrait réaliser à la suite du fusionnement proposé, lesquels, sur une période de douze mois, devraient représenter une somme importante. Selon elle, l'ordonnance portant séparation des éléments d'actif aurait pour effet d'accroître les coûts qu'elle doit engager relativement à l'alimentation en carburant, aux coûts de transport et aux escomptes de volume puisqu'elle devrait couvrir les éléments d'actif exclus dans les 14 marchés locaux et que les prix seraient susceptibles d'augmenter à ces stations d'essence afin de pouvoir recouvrer ces coûts additionnels.

[106] Les avocats de Parkland ne souscrivent pas à l'affirmation faite par les avocats du commissaire selon laquelle Parkland doit établir, suivant ce volet du critère énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, qu'il est fortement probable qu'elle subisse le préjudice allégué. Les avocats de Parkland affirment qu'il n'y a aucun précédent selon lequel il faut évaluer la question du préjudice irréparable en fonction de la prépondérance des inconvénients. Le Tribunal est d'accord avec Parkland sur ce point, et l'équilibre entre le préjudice que subirait chacune des parties doit être évalué en fonction de la prépondérance des probabilités. Cependant, la preuve produite ne doit pas être conjecturale.

[107] Tel que je l'ai indiqué précédemment dans l'analyse du volet relatif au préjudice irréparable, dans une affaire de fusion comme celle-ci, il faut se pencher sur la question de l'intérêt public. En l'espèce, le commissaire a déposé auprès du Tribunal les demandes fondées sur les articles 92 et 104 du fait qu'il a la responsabilité de protéger la concurrence au Canada suivant les dispositions relatives au fusionnement. Il est présumé agir dans l'intérêt public, et il ne s'agit pas d'une situation où, comme dans l'affaire *Kobo*, différents intérêts d'ordre public s'opposent.

[108] Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, à la page 346, la Cour suprême a clairement indiqué que le rôle des autorités publiques en ce qui concerne la protection de l'intérêt public était un facteur important dans le cadre de l'évaluation de la prépondérance des inconvénients. Ces propos ont été tenus dans des affaires touchant la *Charte*, mais ils devraient tout de même guider le Tribunal dans les affaires où le commissaire est concerné. Comme le juge en chef Crampton l'a dit dans l'arrêt *Pearson*, au paragraphe 43, « [i] est maintenant bien établi qu'en tant qu'autorité désignée par la loi pour appliquer et exécuter la *Loi sur la concurrence*, le commissaire jouit d'une présomption selon laquelle il agit de bonne foi et dans l'intérêt public lorsqu'il prend des mesures en vertu de la Loi ». Il ne fait aucun doute que, dans la présente affaire, l'examen fait par le commissaire du fusionnement proposé est une enquête entreprise de bonne foi. Le Tribunal doit accorder beaucoup de poids à ces considérations relatives à l'intérêt public.

[109] En ce qui concerne le préjudice allégué par Parkland, le Tribunal est d'accord avec le commissaire, vu les nombreux consentements enregistrés auprès du Tribunal dans les affaires de fusion, qu'une entité juridique distincte n'est pas tenue d'exécuter une ordonnance portant séparation des éléments d'actif. D'ailleurs, l'ordonnance provisoire portant séparation des éléments d'actif proposée par le commissaire ne prévoit pas la création d'une telle entité, mais compte plutôt sur l'infrastructure de Parkland pour apporter, grâce aux mécanismes appropriés de séparation et de conservation des éléments d'actif, l'aide nécessaire aux stations d'essence opérant sous sa bannière et aux stations d'essence indépendantes dans les divers marchés locaux. Cela porte à croire que les pertes appréhendées par Parkland en ce qui concerne l'alimentation en carburant, les coûts de transports accrus et les escomptes de volume attribuables à une entité juridique distincte ne surviendraient pas ou ne sont qu'une possibilité incertaine. Monsieur Espey a aussi indiqué lors du contre-interrogatoire sur son affidavit que, s'il n'y a aucune entité juridique distincte et que Parkland devait approvisionner les stations d'essence visées par l'ordonnance portant séparation des éléments d'actif, il ne sait pas quelles pertes Parkland pourrait subir.

[110] Le Tribunal souligne également que la preuve au dossier révèle seulement que la Pétrolière Impériale peut ne pas consentir au transfert des contrats d'approvisionnement et que Parkland et Pioneer peuvent toutes les deux exercer une option pour mettre fin au fusionnement proposé si le Tribunal rend une ordonnance portant séparation des éléments d'actif en réponse aux demandes du commissaire fondées sur les articles 104 ou 92. Dans les deux cas, ce n'est qu'une possibilité. Pour que le Tribunal tienne compte du préjudice dans le cadre de son évaluation de la prépondérance des inconvénients, il ne suffit pas d'invoquer de simples conjectures. Je suis d'accord avec le commissaire que la possibilité que la Pétrolière Impériale refuse de donner son consentement et que toute la transaction échoue si une ordonnance portant séparation des éléments d'actif est rendue est incertaine et n'est que pure conjecture. Je ne suis donc pas convaincu que cette possibilité a été suffisamment étayée pour me permettre de conclure qu'elle risque de se produire et que le fusionnement proposé soit annulé ou que la Pétrolière Impériale ne donne pas son consentement si une telle ordonnance est rendue.

[111] En ce qui concerne les inconvénients pour Parkland, il reste les coûts associés à l'embauche des gestionnaires d'éléments d'actif séparés, estimés à 200 000 \$, et les gains en efficacité qui ne seront pas réalisés par Parkland vu les dessaisissements dans les 14 marchés locaux. Ces pertes d'efficacité seront certainement moindres si les dessaisissements ne touchent que les six marchés; de plus, le Tribunal souligne qu'une bonne partie des pertes d'efficacité ne sont qu'une conséquence [TRADUCTION] « possible ». Dans les circonstances de la présente affaire, quand on compare les pertes que devrait subir Parkland dans les six marchés au préjudice qui serait causé à l'intérêt public en l'absence d'une ordonnance provisoire, j'estime que la prépondérance des inconvénients milite en faveur du commissaire et qu'elle n'est pas annulée par le préjudice que les défenderesses pourraient subir si la mesure provisoire était accordée. Le troisième volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* est donc respecté pour les six marchés.

[112] Enfin, je dois souligner que, peu importe les inconvénients que la mesure provisoire pourrait causer à Parkland relativement aux six marchés, le fait que le Tribunal soit tenu d'agir dans les meilleurs délais garantit que l'entente prévue dans l'ordonnance sera en vigueur seulement pour une période relativement courte. Il est dans l'intérêt de toutes les parties que le Tribunal se penche sur la demande fondée sur l'article 92 et se prononce rapidement. D'ailleurs,

aux termes du paragraphe 104(3) de la Loi, si une ordonnance provisoire a été rendue, le commissaire est tenu d'agir dans les meilleurs délais possibles pour terminer les procédures.

VI. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU TRIBUNAL DE RENDRE UNE ORDONNANCE

[113] Le paragraphe 104(1) de la Loi dispose que le Tribunal « peut » rendre toute ordonnance provisoire qu'il considère justifiée. Une telle ordonnance contient les conditions et a effet pour la durée que le Tribunal estime nécessaires et suffisantes pour parer aux circonstances de l'affaire.

[114] L'article 104 de la Loi confère au Tribunal une compétence extraordinaire en ce sens qu'il permet au commissaire d'obtenir une forme d'injonction avant la tenue d'une audience au fond et avant le dépôt des actes de procédure complets au titre de l'article 92 de la Loi. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, le commissaire est présumé agir dans l'intérêt public, et le Tribunal devrait accorder une grande importance à ces considérations d'intérêt public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Je ne suis pas convaincu que le Tribunal devrait refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder une ordonnance provisoire dans la situation actuelle, lorsqu'il a été satisfait aux exigences concernant le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*.

[115] Parkland affirme que le Tribunal devrait déterminer une mesure de redressement qui protège l'intérêt public en matière de concurrence et qui, en même temps, porte le moins possible atteinte à la capacité d'un intervenant particulier du marché d'exercer ses activités commerciales sans subir de contraintes de la manière proposée par le commissaire. En l'espèce, Parkland soutient que les engagements de Parkland sont tels qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir une ordonnance provisoire et constituent une mesure de redressement moins attentatoire et moins onéreuse que l'ordonnance portant séparation des éléments d'actif proposée par le commissaire.

[116] Bien que le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald* n'exige pas que les tribunaux examinent et choisissent la mesure de redressement la moins attentatoire possible, dans l'arrêt *Southam* (à la page 26), le Tribunal a fait observer qu'il doit établir un équilibre entre les intérêts des parties afin de veiller à ce que l'ordonnance provisoire [TRADUCTION] « réponde à son objectif, mais qu'elle ne soit pas plus attentatoire ni plus restrictive qu'il n'est absolument nécessaire ». En l'espèce, pour les motifs que j'ai exposés ci-dessus, le Tribunal estime que les engagements de Parkland, tels qu'ils sont actuellement présentés au Tribunal, ne constituent pas une réparation adéquate qui permettrait de répondre à l'objectif de l'ordonnance provisoire sollicitée. Étant donné que ces engagements ne sont pas une réparation adéquate, le fait qu'ils puissent être peu attentatoires n'est pas un facteur auquel je devrais accorder une grande importance dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire.

[117] Parkland affirme également que, compte tenu des offres faites dans le dessaisissement de Parkland et les engagements de Parkland, et de l'absence de réponse du commissaire à cet égard avant le dépôt de son mémoire en réplique le matin de l'audience, le Tribunal devrait s'abstenir de rendre une ordonnance provisoire conforme aux conditions demandées par le commissaire. Le Tribunal ne peut pas forcer les parties à s'entendre sur ce qui peut constituer une entente de

dessaisissement acceptable dans une transaction proposée dont il est saisi à la suite d'une demande. Le commissaire dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour régler des questions selon des conditions qu'il estime appropriées, dans les limites de la loi, et il n'appartient pas au Tribunal de s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[118] Cela étant dit, il existe certainement des circonstances particulières en l'espèce qui ont besoin d'être mentionnées, compte tenu des dessaisissements de Parkland et des engagements de Parkland présentés par la société Parkland, et auxquelles le commissaire a réservé une réponse tardive et limitée dans la présente procédure. Bien qu'ils ne soient pas complets et suffisamment détaillés à ce stade-ci, les dessaisissements de Parkland et l'engagement de Tillsonburg pourraient constituer une base pour la résolution des problèmes de concurrence soulevés dans les six marchés pour lesquels je rends une ordonnance, ainsi qu'à l'égard de certains des huit marchés qui font également l'objet d'une demande présentée en vertu de l'article 92 de la Loi sur laquelle le Tribunal doit statuer.

[119] La possibilité de régler, au moyen d'ententes conclues entre les parties, les problèmes de concurrence d'une manière certaine et décisive, et de permettre aux intervenants du marché de savoir clairement quelles sont les modalités du règlement, est conforme aux grands objectifs de la Loi. Elle permet également de faire en sorte que l'administration de la justice soit assurée de manière diligente et efficace et de rendre des décisions en matière de concurrence dans les affaires dont le Tribunal est saisi. Le Tribunal invite donc les parties, dans le cadre de la prochaine étape de gestion de l'instance concernant la demande présentée en vertu de l'article 92 de la Loi en l'espèce, de se consulter pour voir si elles peuvent conclure une entente relativement aux dessaisissements de Parkland et à l'engagement de Tillsonburg dans les zones géographiques visées par les propositions en question, et plus particulièrement pour les six marchés. Si une entente est conclue, et qu'elle est présentée sous forme d'un projet d'ordonnance qui comporte le genre de conditions énoncées dans les consentements qui ont été récemment enregistrés au Tribunal dans des affaires de fusionnement, les parties pourront présenter une demande au Tribunal en vue d'obtenir que l'ordonnance que je rends aujourd'hui soit remplacée par une telle ordonnance sur consentement.

VII. CONCLUSION

[120] Le commissaire a l'obligation de convaincre le Tribunal qu'il a respecté tous les éléments du critère conjonctif à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*. Après avoir considéré le dossier dont je suis saisi et appliqué le critère de la preuve catégorique et non conjecturale concernant les injonctions préventives, je conclus que le Commissaire n'a pas convaincu le Tribunal en ce qui a trait au préjudice irréparable allégué dans huit des 14 marchés locaux.

[121] Toutefois, le commissaire a satisfait au critère conjonctif à trois volets pour l'obtention d'une ordonnance provisoire en ce qui concerne le préjudice allégué relativement aux six marchés. Par conséquent, le Tribunal rend l'ordonnance figurant en détail à l'Annexe A, qui reproduit en grande partie les conditions de l'ordonnance provisoire portant séparation des éléments d'actif présentée par le commissaire.

[122] Chaque partie ayant eu gain de cause, aucuns dépens ne sont adjugés.

FAIT à Ottawa, ce 29^e jour de mai 2015.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) Denis Gascon

ANNEXE A – ORDONNANCE PORTANT SÉPARATION DES ÉLÉMENTS D’ACTIF

I. DÉFINITIONS

[1] Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente ordonnance.

a) « **affiliée** » Personne morale, société de personnes ou entreprise unipersonnelle affiliée au sens du paragraphe 2(2) de la Loi. (*Affiliate*)

b) « **bien immatériel** » Propriété intellectuelle de toute nature utilisée relativement aux éléments d’actif séparés ou aux éléments d’actif visés par la conservation, y compris :

(i) les brevets;

(ii) les droits d’auteur;

(iii) les logiciels;

(iv) les marques de commerce;

(v) les secrets industriels, le savoir-faire, les techniques, les données, les inventions, les pratiques, les méthodes, tout autre renseignement confidentiel ou exclusif d’ordre technique ou commercial, ou lié à la recherche ou au développement ou autre, de même que tous les droits sur le territoire visant à limiter l’utilisation ou la communication de ce qui précède;

(vi) les droits concernant l’obtention et le dépôt de brevets ainsi que l’enregistrement de ceux-ci;

(vii) le droit d’intenter des poursuites et de recouvrer des dommages-intérêts ou d’obtenir une injonction pour contrefaçon, dilution, appropriation illicite, violation ou non-respect de toute propriété intellectuelle susmentionnée. (*Intangible Property*)

c) « **clôture** » La réalisation de la transaction aux termes de l’entente de transaction. (*Closing*)

d) « **commissaire** » Le commissaire de la concurrence nommé en vertu de la Loi. (*Commissioner*)

- e) « **contrats d’approvisionnement de Parkland** » Tous les contrats d’approvisionnement en gros de carburant figurant à l’Annexe B ci-jointe et tout contrat accessoire conclu entre Parkland et la station d’essence concernée n’opérant pas sous sa bannière. (*Parkland Supply Agreements*)
- f) « **contrats d’approvisionnement de Pioneer** » Tous les contrats d’approvisionnement en gros de carburant figurant à l’Annexe A ci-jointe et tout contrat accessoire conclu entre Pioneer et la station d’essence concernée n’opérant pas sous sa bannière. (*Pioneer Supply Agreement*)
- g) « **contrôleur** » La personne nommée conformément à la partie V de la présente ordonnance (ou tout remplaçant désigné de cette personne), ainsi que les employés, les mandataires ou les autres personnes agissant pour le compte du contrôleur. (*Monitor*)
- h) « **date de clôture** » Date à laquelle a lieu la clôture. (*Closing Date*)
- i) « **défenderesses** » Parkland et Pioneer, collectivement; « **défenderesse** » désigne l’une ou l’autre. (*Respondents*)
- j) « **documents** » Les documents au sens du paragraphe 2(1) de la Loi. (*Records*)
- k) « **éléments d’actif séparés** » Les stations d’essence opérant sous la bannière de Pioneer et les contrats d’approvisionnement conclus par Pioneer. (*Hold Separate Assets*)
- l) « **éléments d’actif visés par la conservation** » Les stations d’essence opérant sous la bannière de Parkland et les contrats d’approvisionnement conclus par Parkland. (*Preservation Assets*)
- m) « **employés liés aux éléments d’actif séparés** » Les employés des défenderesses qui sont employés relativement aux éléments d’actif séparés; « employé lié aux éléments d’actif séparé » désigne l’un de ces employés. (*Hold Separate Employees*)
- n) « **employés permanents des défenderesses** » Les employés des défenderesses qui ne sont pas employés relativement aux éléments d’actifs séparés. (*Respondents’ Continuing Employees*)
- o) « **entente concernant le contrôleur** » L’entente décrite au paragraphe 16 de la présente ordonnance. (*Monitor Agreement*)
- p) « **entente de gestion** » L’entente décrite au paragraphe 4 de la présente ordonnance. (*Management Agreement*)

q) « **entente de transaction** » L'entente d'achat d'éléments d'actifs conclue entre Parkland et Pioneer le 17 septembre 2014, dans sa version modifiée du 22 janvier 2015. (*Transaction Agreement*)

r) « **gestionnaire des éléments d'actif séparés** » Les personnes nommées en vertu de la partie II de la présente ordonnance (ou tout remplaçant désigné de ces personnes) pour gérer les activités liées aux éléments d'actif séparés, ainsi que les employés, les mandataires ou les autres personnes agissant pour le compte du gestionnaire des éléments d'actif séparés. (*Hold Separate Manager*)

s) « **jour ouvrable** » Jour où le bureau de Gatineau (Québec) du Bureau de la concurrence est ouvert. (*Business Day*)

t) « **Loi** » La *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, et ses modifications. (*Act*)

u) « **Loi d'interprétation** » La *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, et ses modifications. (*Interpretation Act*)

v) « **Parkland** » Parkland Industries Ltd. et Parkland Fuel Corporation, leurs administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, représentants, successeurs et ayants droit ainsi que l'ensemble des coentreprises, filiales, divisions, groupes et affiliées contrôlés par Parkland Fuel Corporation et les administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, représentants, successeurs et ayants droit respectifs de chacun. (*Parkland*)

w) « **parties** » Le commissaire et les défenderesses, collectivement; « **partie** » désigne l'un d'eux. (*Parties*)

x) « **personne** » Une personne physique, une entreprise individuelle, une société de personnes, une coentreprise, un cabinet, une personne morale, une organisation non constituée en personne morale, une fiducie ou une autre entité commerciale ou gouvernementale, ainsi qu'une filiale, une division, un groupe ou une affiliée de ces personnes. (*Person*)

y) « **personnel désigné** » Certains employés chargés de la gestion financière de Parkland qui ont été autorisés par le commissaire à recevoir les renseignements financiers groupés concernant les éléments d'actif séparés conformément à l'alinéa 10c) et qui ont signé une entente de confidentialité satisfaisante de l'avis exclusif du commissaire. Dans les cinq jours ouvrables suivant la délivrance de la présente ordonnance, Parkland doit présenter une liste du personnel désigné au commissaire pour approbation. (*Designated Personnel*)

z) « **Pioneer** » Pioneer Petroleum Holding Limited Partnership, Pioneer Energy LP, Pioneer Petroleum Transport Inc., Pioneer Energy Inc., Pioneer Fuels Inc., Pioneer Petroleum Holding Inc., Pioneer Energy Management Inc., 668086 N.B. Limited,

3269344 Nova Scotia Limited et 1796745 Ontario Ltd., leurs administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, représentants, successeurs et ayants droit ainsi que l'ensemble des coentreprises, filiales, divisions, groupes et affiliées contrôlés par les entités susmentionnées ainsi que les administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, représentants, successeurs et ayants droit respectifs de chacun. (*Pioneer*)

aa) « **renseignement confidentiel** » Tout renseignement sensible de nature concurrentielle, exclusive ou autre qui n'est pas rendu public et qui appartient à une personne ou à son entreprise ou porte sur cette personne ou son entreprise, et comprend, notamment, des renseignements sur la fabrication, les activités et les finances, les listes de clients, les listes de prix, les contrats, les renseignements sur les coûts et les revenus, les méthodes de commercialisation, les brevets, les technologies, les processus ou d'autres secrets industriels. (*Confidential Information*)

bb) « **stations d'essence opérant sous la bannière de Parkland** » Tous les actifs liés à la commercialisation et à la fourniture de produits pétroliers et, là où ils sont offerts, de produits et services accessoires à chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe B ci-jointe, notamment :

(i) tous les licences, permis, contrats, ententes et autorisations applicables propres au site, auxquels Parkland est partie ou dont elle est bénéficiaire, utilisés dans l'exploitation de chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe B;

(ii) les biens immatériels;

(iii) tous les biens matériels et tout l'équipement utilisés dans chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe B;

(iv) tous les produits pétroliers et autres stocks de chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe B;

(v) tous les registres, documents et dossiers propres aux stations d'essence énumérées à l'Annexe B (il demeure entendu que, dans la mesure où il existe des registres, des documents ou des dossiers qui sont communs aux stations d'essence énumérées à l'Annexe B et aux activités courantes de Parkland, celle-ci doit fournir des copies de ces registres, documents et dossiers au gestionnaire des éléments d'actif séparés);

(vi) tout actif utilisé dans une entreprise accessoire exploitée aux stations d'essence énumérées à l'Annexe B, notamment un atelier de mécanique automobile, un dépanneur, un restaurant ou un poste de lavage, exploité relativement à chaque station d'essence énumérée à l'Annexe B, notamment tous les permis, contrats, ententes et autorisations, auxquels Parkland est partie ou dont

elle est bénéficiaire, utilisés dans l'exploitation de l'entreprise accessoire.
(*Parkland Stations*)

cc) « **stations d'essence opérant sous la bannière de Pioneer** » Tous les actifs liés à la commercialisation et à la fourniture de produits pétroliers et, là où ils sont offerts, de produits et services accessoires à chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe A ci-jointe, notamment :

(i) tous les licences, permis, contrats, ententes et autorisations applicables propres au site, auxquels les défenderesses sont parties ou dont elles sont bénéficiaires, utilisés dans l'exploitation de chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe A;

(ii) les biens immatériels;

(iii) tous les biens matériels et tout l'équipement utilisés dans chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe A;

(iv) tous les produits pétroliers et autres stocks de chacune des stations d'essence énumérées à l'Annexe A;

(v) tous les registres, documents et dossiers propres aux stations d'essence énumérées à l'Annexe A (il demeure entendu que, dans la mesure où il existe des registres, des documents ou des dossiers qui sont communs aux stations d'essence énumérées à l'Annexe A et aux activités courantes des défenderesses, celles-ci doivent fournir des copies de ces registres, documents et dossiers au gestionnaire des éléments d'actif séparés);

(vi) tout actif utilisé dans une entreprise accessoire exploitée aux stations d'essence énumérées à l'Annexe A, notamment un atelier de mécanique automobile, un dépanneur, un restaurant ou un poste de lavage, exploité relativement à chaque station d'essence énumérée à l'Annexe A, notamment tous les permis, contrats, ententes et autorisations, auxquels les défenderesses sont parties ou dont elles sont bénéficiaires, utilisés dans l'exploitation de l'entreprise accessoire. (*Pioneer Stations*)

dd) « **tierce partie** » Toute personne autre que le commissaire ou les défenderesses.
(*Third Party*)

ee) « **transaction** » La transaction par laquelle Parkland Industries Ltd., une filiale en propriété exclusive de Parkland Fuel Corporation, propose d'acquérir pour l'essentiel tous les actifs de Pioneer Petroleum Holding Limited Partnership, Pioneer Energy LP, Pioneer Petroleum Transport Inc., Pioneer Energy Inc., Pioneer Fuels Inc., Pioneer

Petroleums Holding Inc., Pioneer Energy Management Inc., 668086 N.B. Limited, 3269344 Nova Scotia Limited et 1796745 Ontario Ltd. (*Transaction*)

ff) « **Tribunal** » Le Tribunal de la concurrence constitué sous le régime de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 19 (2^e suppl.). (*Tribunal*)

II. SÉPARATION DES ÉLÉMENTS D'ACTIF

[2] Les défenderesses doivent :

a) maintenir, séparément et indépendamment de Parkland, les éléments d'actif séparés et conférer au gestionnaire des éléments d'actif séparés tous les droits et pouvoirs nécessaires pour exploiter l'entreprise visée par les éléments d'actif séparés;

b) s'abstenir d'exercer toute direction ou tout contrôle sur les éléments d'actif séparés ou sur le gestionnaire des éléments d'actifs séparés, ou de les influencer directement ou indirectement;

c) se garder de prendre toute mesure de nature à entraver ou à compromettre, directement ou indirectement, les fonctions et les responsabilités du gestionnaire des éléments d'actif séparés.

[3] Avant la clôture, le commissaire nomme un gestionnaire des éléments d'actif séparés chargé d'assurer la gestion et l'exploitation des éléments d'actif séparés indépendamment de Parkland.

[4] Dans les cinq jours ouvrables suivant la nomination du gestionnaire des éléments d'actif séparés, les défenderesses présentent au commissaire pour approbation les modalités du projet d'entente sur la gestion conclu avec le gestionnaire des éléments d'actif séparés et le commissaire, qui transfère au gestionnaire des éléments d'actif séparés tous les droits et pouvoirs nécessaires en vue de lui permettre de gérer et d'exploiter les éléments d'actif séparés indépendamment des défenderesses conformément à la présente ordonnance.

[5] Dans les cinq jours ouvrables suivant la réception du projet d'entente sur la gestion, le commissaire avise les défenderesses de sa décision d'approuver ou non les modalités du projet d'entente sur la gestion. Si le commissaire n'approuve pas les modalités en question, il fixe d'autres modalités que les défenderesses doivent intégrer dans la version définitive de l'entente sur la gestion devant être conclue avec le gestionnaire des éléments d'actif séparés et le commissaire.

[6] Sans restreindre le pouvoir discrétionnaire du commissaire d'exiger des modalités supplémentaires, les défenderesses consentent aux modalités suivantes en ce qui concerne les droits, pouvoirs, fonctions, attributions et responsabilités du gestionnaire des éléments d'actif séparés, et les incluent dans l'entente sur la gestion :

a) Le gestionnaire des éléments d'actif séparés relève uniquement et exclusivement du contrôleur.

b) Le gestionnaire des éléments d'actif séparés ne joue aucun rôle en ce qui a trait aux renseignements confidentiels concernant les entreprises ou les éléments d'actif des défenderesses ni ne reçoit de tels renseignements confidentiels autrement qu'à l'égard des éléments d'actifs séparés.

c) Sous réserve de la supervision du contrôleur, le gestionnaire des éléments d'actif séparés gère et assure l'exploitation des éléments d'actif séparés indépendamment et séparément des défenderesses, dans le cours normal des activités et conformément aux pratiques antérieures, et déploie des efforts raisonnables du point de vue commercial afin de préserver la viabilité économique, la qualité marchande et le potentiel concurrentiel des éléments d'actif séparés.

d) Sans restreindre la portée générale de l'alinéa 6c) susmentionné, le gestionnaire des éléments d'actif séparés doit :

(i) maintenir et détenir les éléments d'actif séparés en bon état, sauf usure normale, et selon des normes qui sont au moins équivalentes à celles en vigueur avant la date de la présente ordonnance;

(ii) prendre toutes les mesures raisonnables sur le plan commercial pour honorer tous les contrats des clients et pour maintenir des normes de qualité et de service pour les clients des éléments d'actif séparés qui sont au moins équivalentes à celles en vigueur avant la date de la présente ordonnance;

(iii) s'abstenir de prendre sciemment ou de permettre que soit prise une mesure qui nuit de façon importante à la concurrence, à l'exploitation, à la situation financière ou à la valeur des éléments d'actif séparés;

(iv) s'abstenir de modifier ou de faire modifier, de façon importante, la gestion des éléments d'actif séparés qui existait avant la date de la présente ordonnance, sauf sur approbation préalable du contrôleur;

(v) s'abstenir de résilier ou de modifier les ententes relatives à l'emploi, à la rémunération ou aux avantages qui étaient en vigueur à la date de la présente ordonnance, à l'égard de personnes employées relativement aux éléments d'actif séparés, sauf sur approbation préalable du contrôleur;

(vi) veiller à ce que les éléments d'actif séparés soient dotés d'un nombre suffisant d'employés afin d'assurer leur viabilité et leur potentiel concurrentiel, y compris par le remplacement d'employés qui partent par d'autres employés qualifiés sous réserve de l'approbation préalable du contrôleur;

(vii) maintenir des niveaux de stock et des modalités de paiement qui concordent sensiblement avec les pratiques de Pioneer, en ce qui concerne les éléments d'actif séparés, qui étaient en vigueur avant la date de la présente ordonnance.

e) Parkland fournit aux stations d'essence opérant sous la bannière de Pioneer le volume de carburant et d'autres produits et services demandés par le gestionnaire des éléments d'actif séparés, à un prix qui ne doit pas dépasser le prix qui est facturé aux stations d'essence opérant sous la bannière de Parkland en Ontario et au Manitoba pour des ventes semblables, à des conditions semblables, à des endroits équivalents et à des dates de commande et de livraison équivalentes.

f) Parkland fournit au gestionnaire des éléments d'actif séparés le volume de carburant et d'autres produits et services qu'il demande pour les besoins des contrats d'approvisionnement de Pioneer, à un prix qui ne doit pas dépasser le prix qui est facturé à d'autres concessionnaires, conformément aux contrats d'approvisionnement en gros de carburant ou à d'autres contrats accessoires, en Ontario et au Manitoba pour des ventes semblables, à des conditions semblables, à des endroits équivalents et à des dates de commande et de livraison équivalentes.

g) Parkland doit fournir des ressources financières suffisantes, y compris un fonds d'administration générale, un fonds de capital et d'emprunt, un fonds de roulement et assurer le remboursement des pertes d'exploitation, des pertes en capital ou d'autres pertes, pour permettre au gestionnaire des éléments d'actif séparés de remplir ses obligations au titre du présent article. Sous réserve de l'approbation préalable du contrôleur, le gestionnaire des éléments d'actif séparés peut à tout moment demander des fonds, et Parkland doit se conformer à une telle demande. Si le contrôleur estime que Parkland n'a pas fourni, ne fournit pas ou ne fournira pas des ressources suffisantes, financières et autres, au titre du présent paragraphe, le contrôleur renvoie l'affaire sans délai au commissaire, qui rend une décision définitive concernant les ressources financières et les autres ressources que Parkland doit fournir. Parkland est tenue de se conformer à toute décision rendue par le commissaire sur cette question.

h) Il est interdit au gestionnaire des éléments d'actif séparés de posséder un intérêt financier à l'égard duquel les revenus, les bénéfices ou les marges bénéficiaires de Parkland peuvent avoir une incidence, mais Parkland doit fournir au gestionnaire des éléments d'actif des incitatifs raisonnables pour assumer ce poste. Le contrôleur établit le genre et la valeur de ces incitatifs, qui comprennent le maintien de tous les avantages sociaux des employés et les incitatifs supplémentaires qui, à son avis, peuvent être nécessaires pour préserver la viabilité, la qualité marchande et le potentiel concurrentiel des éléments d'actif séparés et en empêcher la diminution.

i) Outre les personnes employées relativement aux éléments d'actif séparés à la date de la clôture, le gestionnaire des éléments d'actif séparés peut employer d'autres personnes qui, de l'avis du contrôleur, sont nécessaires pour l'aider à gérer et à exploiter les éléments d'actif séparés.

j) Sous réserve de tout privilège reconnu légalement, le gestionnaire des éléments d'actif séparés donne au contrôleur un accès complet à l'ensemble du personnel, des documents, des renseignements (y compris les renseignements confidentiels) et des installations se rapportant à la surveillance quant au respect de la présente ordonnance par les défenderesses.

k) Le gestionnaire des éléments d'actif séparés répond entièrement et rapidement à toutes les demandes du contrôleur et lui communique tous les renseignements qu'il demande.

[7] Les défenderesses sont responsables du paiement de tous les frais raisonnables dûment facturés au gestionnaire des éléments d'actif séparés ou engagés par ce dernier dans l'exercice de ses fonctions découlant de la présente ordonnance. Le gestionnaire des éléments d'actif séparés exerce ses activités sans caution ni sûreté et rend compte de tous les frais engagés. En cas de différend : (i) ces frais sont assujettis à l'approbation exclusive du commissaire; (ii) les défenderesses acquittent dans les plus brefs délais les frais approuvés par le commissaire.

[8] Les défenderesses indemnisent le gestionnaire des éléments d'actif séparés et le dégagent de toute responsabilité à l'égard des pertes, réclamations, dommages, obligations ou dépenses se rapportant à l'exercice de ses fonctions, y compris tous les honoraires d'avocat raisonnables et les autres dépenses engagées dans le cadre de la préparation ou de la contestation d'une demande, qu'il en résulte ou non une responsabilité, sauf dans la mesure où ces pertes, réclamations, dommages, obligations ou dépenses découlent de la malveillance, de la faute lourde ou de la mauvaise foi du gestionnaire des éléments d'actif séparés.

[9] Si le commissaire juge que le gestionnaire des éléments d'actif séparés a cessé d'agir ou a omis d'agir de façon diligente, il peut le destituer et nommer un remplaçant. Les dispositions de la présente ordonnance qui concernent le gestionnaire des éléments d'actif séparés s'appliquent de la même façon à son remplaçant.

[10] Parkland et le gestionnaire des éléments d'actif séparés assurent conjointement la mise en œuvre et le fonctionnement d'un système de contrôle des accès et des données, approuvé par le contrôleur en consultation avec le commissaire, afin d'empêcher l'accès non autorisé aux renseignements confidentiels ou leur diffusion. Le système comprend les protocoles suivants :

a) Le contrôleur examine tous les projets de communication entre le gestionnaire des éléments d'actif séparés et Parkland avant que ces communications n'aient lieu.

b) Il est interdit aux employés permanents des défenderesses de recevoir des renseignements confidentiels concernant les éléments d'actif séparés, d'y avoir accès ou

de les utiliser. Si un employé permanent des défenderesses a en sa possession des renseignements confidentiels concernant les éléments d'actif séparés à la date de la présente ordonnance, cette personne doit, dans les cinq jours ouvrables suivant la nomination du gestionnaire des éléments d'actif séparés : (i) remettre tout document contenant ces renseignements confidentiels au gestionnaire des éléments d'actif séparés, accompagnés d'une déclaration signée confirmant qu'elle n'est plus en possession de documents contenant de tels renseignements; (ii) présenter au contrôleur une déclaration signée confirmant qu'elle s'engage à ne pas communiquer les renseignements confidentiels en question avec les employés permanents des défenderesses.

c) Malgré l'alinéa 10b), le personnel désigné de Parkland peut recevoir des renseignements financiers et opérationnels groupés concernant les éléments d'actif séparés seulement dans la mesure nécessaire pour se conformer aux lois sur les valeurs mobilières, préparer les états financiers et les déclarations réglementaires, préparer les déclarations de revenus, administrer les avantages sociaux des employés, assurer la défense à l'occasion d'un litige et respecter la présente ordonnance. Ces renseignements doivent : (i) être examinés par le contrôleur avant que le personnel désigné ne les reçoive; (ii) être conservés dans un dossier confidentiel distinct auquel seul le personnel désigné a accès; (iii) être utilisés uniquement pour les objectifs énoncés au présent article.

d) Ni le gestionnaire des éléments d'actif séparés ni l'employé lié aux éléments d'actif séparés ne peuvent recevoir d'autres renseignements confidentiels concernant les entreprises des défenderesses que les éléments d'actif séparés, y avoir accès ou les utiliser.

III. PROTECTION DES ÉLÉMENTS D'ACTIF VISÉS PAR LA CONSERVATION

[11] Afin de protéger les éléments d'actif visés par la conservation, Parkland maintient la viabilité économique, la qualité marchande et le potentiel concurrentiel des éléments d'actif visés par la conservation, et se conforme à toute décision ou directive du contrôleur qui se rapporte à la protection des éléments d'actif visés par la conservation. Sans restreindre la portée générale de ce qui précède, Parkland doit :

a) maintenir et détenir les éléments d'actif séparés en bon état, sauf usure normale, et selon des normes qui sont, de l'avis du contrôleur, au moins équivalentes à celles en vigueur au moment de la clôture;

b) veiller à ce que la gestion et l'exploitation des éléments d'actif visés par la conservation se poursuivent dans le cours normal des activités et d'une manière qui est, de l'avis du contrôleur, raisonnablement compatible avec la nature, la portée et l'importance des pratiques antérieures et généralement reconnues dans l'industrie, et à l'ensemble des lois applicables;

c) s'abstenir de prendre sciemment ou de permettre que soit prise une mesure qui, de l'avis du contrôleur, nuit de façon importante à la concurrence, à l'exploitation, à la situation financière, à la valeur, à la viabilité et à la qualité marchande des éléments d'actif visés par la conservation;

d) veiller à ce que les éléments d'actif visés par la conservation ne soient pas utilisés dans une activité autre que les activités menées à la date de la présente ordonnance, sauf approbation préalable du contrôleur;

e) conserver toutes les approbations, les enregistrements, les consentements, les licences, les permis, les renoncations et les autres autorisations qui sont, de l'avis du contrôleur, sous réserve d'une consultation avec Parkland, recommandés pour l'exploitation des éléments d'actif visés par la conservation;

f) prendre les mesures raisonnables sur le plan commercial pour honorer tous les contrats des clients et pour maintenir des normes de qualité et de service pour les clients liés aux éléments d'actif visés par la conservation qui sont, de l'avis du contrôleur, au moins équivalentes à celles en vigueur au cours de l'exercice précédant la présente ordonnance;

g) s'abstenir de réduire sensiblement les activités de commercialisation, de vente, de promotion ou d'autres activités liées aux éléments d'actif visés par la conservation, sauf sur approbation préalable du contrôleur;

h) établir l'ensemble des prix, déductions, crédits et allocations conformément à des politiques qui sont compatibles avec les activités de vente de carburant au détail de Parkland en Ontario et au Manitoba, qui ne sont pas visées par la conservation des éléments d'actif;

i) s'abstenir de modifier, ou de faire modifier, de façon importante, la gestion des éléments d'actif visés par la conservation qui existait au cours de l'exercice précédant la date de la présente ordonnance, sauf sur approbation préalable du contrôleur; s'abstenir de résilier ou de modifier les ententes relatives à l'emploi, à la rémunération ou aux avantages, qui étaient en vigueur à la date de la présente ordonnance, à l'égard de personnes employées relativement aux éléments d'actif visés par la conservation, sauf sur approbation préalable du contrôleur;

k) veiller à ce que les éléments d'actif visés par la conservation soient dotés d'un nombre suffisant d'employés afin d'assurer leur viabilité et leur potentiel concurrentiel, y compris par le remplacement d'employés qui partent par d'autres employés qualifiés, à condition que le contrôleur approuve les qualifications ainsi que la nécessité d'avoir des remplaçants;

l) maintenir des niveaux de stock et des modalités de paiement qui concordent sensiblement avec les pratiques de Parkland, en ce qui concerne les éléments d'actif visés

par la conservation, qui étaient en vigueur au cours de l'exercice précédant la date de la présente ordonnance;

m) maintenir conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, des livres et registres comptables adéquats suffisants pour montrer, d'une manière distincte, les renseignements financiers importants concernant les éléments d'actif visés par la conservation.

[12] Parkland ne peut prendre les mesures qui suivent sans l'approbation préalable écrite du commissaire :

a) créer de nouvelles charges grevant les éléments d'actif visés par la conservation, sauf à l'égard d'obligations qui sont contractées dans le cadre des activités normales et qui ne sont pas échues ou en souffrance;

b) conclure des contrats importants liés aux éléments d'actif visés par la conservation, se retirer des contrats de cette nature, les modifier ou prendre d'autres mesures pour modifier les obligations qui en découlent, sauf lorsqu'il est nécessaire de le faire pour respecter la présente ordonnance;

c) apporter des modifications importantes aux éléments d'actif visés par la conservation, sauf lorsqu'il est nécessaire de le faire pour respecter la présente ordonnance.

[13] Parkland doit fournir des ressources financières suffisantes, y compris un fonds d'administration générale, un fonds de capital et d'emprunt, un fonds de roulement et assurer le remboursement des pertes d'exploitation, des pertes en capital ou d'autres pertes, pour maintenir les éléments d'actif visés par la conservation conformément à la présente partie. Si le contrôleur estime que Parkland n'a pas fourni, ne fournit pas ou ne fournira pas des ressources suffisantes, financières et autres au titre de la présente partie, le contrôleur renvoie l'affaire sans délai au commissaire, qui rend une décision définitive concernant les ressources financières et les autres ressources que Parkland doit fournir. Parkland est tenue de se conformer à toute décision rendue par le commissaire sur cette question.

IV. CONSETEMENTS DES TIERCES PARTIES

[14] Les défenderesses doivent obtenir les consentements et renonciations de tierces parties qui sont nécessaires pour permettre au gestionnaire des éléments d'actif séparés de remplir ses obligations découlant de la présente ordonnance et de l'entente sur la gestion.

V. LE CONTRÔLEUR

[15] Le commissaire nomme un contrôleur chargé de veiller à ce que les défenderesses respectent la présente ordonnance. Une telle nomination peut se faire à n'importe quel moment

suivant la date de la présente ordonnance. Un renvoi fait dans la présente ordonnance à des fonctions ou à des tâches de surveillance précises dont le contrôleur doit s'acquitter ne réduit en rien le pouvoir et le devoir qu'a généralement le contrôleur de veiller à ce que les défenderesses respectent à tous égards la présente ordonnance.

[16] Dans les cinq jours ouvrables suivant la nomination du contrôleur, les défenderesses présentent au commissaire pour approbation les modalités d'un projet d'entente concernant le contrôleur devant être conclu avec le contrôleur et le commissaire, qui transfère tous les droits et pouvoirs nécessaires au contrôleur pour lui permettre de veiller à ce que les défenderesses se conforment à la présente ordonnance.

[17] Dans les cinq jours ouvrables suivant la réception du projet d'entente concernant le contrôleur visé au paragraphe 16, le commissaire avise les défenderesses de sa décision d'approuver ou non les modalités du projet d'entente concernant le contrôleur. Si le commissaire n'approuve pas les modalités en question, il fixe d'autres modalités que les défenderesses doivent intégrer dans une version finale de l'entente concernant le contrôleur devant être conclue avec le gestionnaire des éléments d'actif séparés et le commissaire.

[18] Les défenderesses consentent aux modalités suivantes en ce qui concerne les droits, pouvoirs, devoirs, attributions et responsabilités du contrôleur, et les incluent dans l'entente concernant le contrôleur :

a) Le contrôleur jouit du pouvoir et de l'autorité nécessaires pour veiller à ce que les défenderesses se conforment à la présente ordonnance; il exerce ce pouvoir et cette autorité et accomplit ses devoirs et responsabilités conformément aux objectifs de la présente ordonnance et en consultation avec le commissaire.

b) Le contrôleur est autorisé à engager, aux frais des défenderesses, des experts, des comptables, des avocats et d'autres représentants et assistants dont il estime avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions et responsabilités.

c) Le contrôleur n'a ni l'obligation ni le pouvoir d'exploiter ou de préserver les éléments d'actif visés par la conservation ou les éléments d'actifs séparés.

d) Le contrôleur agit dans le seul intérêt du commissaire, respecte la confidentialité et évite tout conflit d'intérêts.

e) Le contrôleur n'a aucune obligation d'agir de bonne foi, de nature fiduciaire ou autre, à l'égard des défenderesses.

f) Le contrôleur présente au commissaire, tous les 30 jours suivant la date de sa nomination, un rapport écrit concernant l'exécution par les défenderesses de leurs obligations découlant de la présente ordonnance. Le contrôleur répond, dans un délai de

trois jours ouvrables, à toute demande de renseignements supplémentaires provenant du commissaire, au sujet du respect de la présente ordonnance par les défenderesses.

[19] Sous réserve de tout privilège reconnu légalement, les défenderesses donnent au contrôleur un accès complet à l'ensemble du personnel, des documents, des renseignements (y compris les renseignements confidentiels) et des installations se rapportant à la surveillance quant au respect de la présente ordonnance par les défenderesses.

[20] Les défenderesses ne prennent aucune mesure de nature à entraver ou à compromettre, directement ou indirectement, les efforts déployés par le contrôleur pour assurer la surveillance en ce qui concerne le respect de la présente ordonnance par les défenderesses.

[21] Les défenderesses répondent entièrement et rapidement à toutes les demandes du contrôleur et lui communiquent les renseignements qu'il demande. Elles doivent chacune désigner une personne à laquelle il incombe principalement de répondre entièrement et rapidement aux demandes du contrôleur pour le compte de la défenderesse concernée.

[22] Les défenderesses peuvent exiger que le contrôleur et chacun de ses experts, comptables, avocats et autres représentants et assistants signent une entente de confidentialité appropriée, rédigée d'une manière jugée satisfaisante de l'avis exclusif du commissaire; toutefois, il est entendu qu'une telle entente n'empêche aucunement le contrôleur de fournir des renseignements au commissaire.

[23] Le commissaire peut exiger que le contrôleur et chacun de ses experts, comptables, avocats et autres représentants et assistants signent une entente de confidentialité appropriée se rapportant à des documents et à des renseignements que le contrôleur peut recevoir du commissaire relativement à l'exercice de ses fonctions de contrôleur.

[24] Les défenderesses sont responsables du paiement de tous les frais raisonnables dûment facturés au contrôleur ou engagés par ce dernier dans l'exercice de ses fonctions découlant de la présente ordonnance. Le contrôleur exerce ses activités sans caution ni sûreté et rend compte de tous les frais engagés. En cas de différend : (i) ces frais sont assujettis à l'approbation exclusive du commissaire; (ii) les défenderesses acquittent dans les plus brefs délais les frais approuvés par le commissaire.

[25] Les défenderesses paient toutes les factures raisonnables présentées par le contrôleur dans les 30 jours suivant leur réception.

[26] Les défenderesses indemnisent le contrôleur et le dégagent de toute responsabilité à l'égard des pertes, réclamations, dommages, obligations ou dépenses se rapportant à l'exercice de ses fonctions, y compris tous les honoraires d'avocat raisonnables et les autres dépenses engagées dans le cadre de la préparation ou de la contestation d'une demande, qu'il en résulte ou non une responsabilité, sauf dans la mesure où ces pertes, réclamations, dommages, obligations ou dépenses découlent de la malveillance, de la faute lourde ou de la mauvaise foi du contrôleur.

[27] Si le commissaire juge que le contrôleur a cessé d'agir ou a omis d'agir de façon diligente, il peut le destituer et nommer un remplaçant. Les dispositions de la présente ordonnance qui concernent le contrôleur s'appliquent de la même façon à son remplaçant.

VI. AVIS

[28] Pour que soit valable un avis, un rapport, un consentement, une approbation, une confirmation écrite ou d'autres communications exigées ou permises, il doit être :

a) donné par écrit et l'expéditeur doit utiliser l'un des modes de livraison suivants : (1) en mains propres; (2) par courrier recommandé; (3) par service de messagerie; (4) par télécopieur; (5) par courrier électronique;

b) envoyé au destinataire à l'une des adresses mentionnées ci-dessous, ou à toute autre adresse précisée par le destinataire conformément au présent article.

Dans le cas du commissaire

Bureau de la concurrence, Services juridiques
Ministère de la Justice
Place du Portage, 22^e étage
50, rue Victoria, Phase I
Gatineau (Québec) KIA 0C9

Téléphone : 819-997-2837
Télécopieur : 819-953-9267

À l'attention de : John Syme
Antonio Di Domenico
Tara DiBenedetto
et

dans le cas de Parkland Industries Ltd. et de Parkland Fuel Corporation

Bennett Jones LLP
3400 One First Canadian Place
C.P. 130
Toronto (Ontario) M5X 1A4

Téléphone : 416-863-1200
Télécopieur : 416-863-1716

À l'attention de : John Rook
Randal Hughes
Beth Riley

Dans le cas de Pioneer Petroleum Holding Limited Partnership, Pioneer Energy LP, Pioneer Petroleums Transport Inc., Pioneer Energy Inc., Pioneer Fuels Inc., Pioneer Petroleums Holding Inc., Pioneer Energy Management Inc., 668086 N.B. Limited, 3269344 Nova Scotia Limited et de 1796745 Ontario Ltd.

Cassels Brock LLP
Scotia Plaza, bureau 2100
40, rue King Ouest
Toronto (Ontario) M5H 3C2

Téléphone : 416-869-5300
Télécopieur : 416-360-8877

À l'attention de : Chris Hersh
 Imran Ahmad

[29] Un avis, un consentement ou une approbation donnés aux termes de la présente ordonnance prend effet le jour de sa réception par le destinataire. Il est réputé avoir été reçu de la manière suivante :

a) s'il est livré en mains propres, par courrier recommandé ou par service de messagerie, à la date qui figure sur le reçu signé;

b) s'il est envoyé par télécopieur, à l'heure et à la date figurant sur le bordereau de confirmation d'envoi;

c) s'il est envoyé par courrier électronique, au moment où le destinataire accuse réception du courriel au moyen d'un courriel envoyé à l'adresse électronique de l'expéditeur mentionnée dans le présent article ou par un avis envoyé autrement conformément au présent article; un accusé de lecture automatique ne constitue pas un accusé de réception d'un courriel pour les besoins du présent article.

L'avis reçu après 17 h, heure locale, ou un jour qui n'est pas un jour ouvrable est réputé avoir été reçu le jour ouvrable suivant.

[30] Malgré les paragraphes 28 et 29, un avis, un rapport, un consentement, une approbation, une confirmation écrite ou une autre communication qui n'est pas transmis conformément aux paragraphes 28 et 29 est valable si un représentant du commissaire ou des défenderesses qui est le destinataire de cette communication confirme sa réception et son caractère suffisant.

VII. GÉNÉRALITÉS

[31] Dans la présente ordonnance :

a) **Nombre et genre** – Sauf indication contraire découlant du contexte, les mots au singulier comprennent le pluriel, et vice versa, et les mots d'un genre particulier incluent tous les genres.

b) **Délais** – Le calcul des délais se fait conformément à la *Loi d'interprétation*, et la définition de l'expression « jour férié » figurant dans la *Loi d'interprétation* comprend les samedis.

[32] Si l'une ou l'autre des défenderesses, le gestionnaire des éléments d'actif séparés ou le contrôleur a connaissance d'une violation réelle ou possible d'une condition de la présente ordonnance, la personne doit, dans les deux jours ouvrables suivants le moment où elle a eu connaissance de la violation réelle ou possible, en aviser le commissaire et lui donner des précisions suffisantes sur la nature, la date et l'incidence (réelle et prévue) d'une telle violation.

[33] Pour vérifier et assurer le respect de la présente ordonnance, et sous réserve de tout privilège reconnu légalement, les défenderesses, sur demande écrite qui leur est transmise au moins deux jours ouvrables à l'avance, permettent à tout représentant autorisé du commissaire, sans restriction ni entrave :

a) d'accéder, pendant les heures normales d'ouverture des défenderesses lors d'un jour ouvrable, à toutes les installations, d'inspecter et de copier tous les documents pertinents en la possession des défenderesses ou sous leur contrôle qui se rapportent au respect de la présente ordonnance, les services de copie étant fournis par les défenderesses à leur frais;

b) d'interroger les dirigeants, les administrateurs ou les employés des défenderesses à l'égard des aspects susmentionnés lorsque le commissaire le demande.

[34] La présente ordonnance restera en vigueur jusqu'à ce que le Tribunal rende une décision définitive sur le fond de la demande présentée par le commissaire en application de l'article 92 de la Loi relativement à la transaction.

[35] En cas de différend quant à l'interprétation, à la mise en œuvre ou à l'application de la présente ordonnance, le commissaire ou les défenderesses peuvent s'adresser au Tribunal en vue d'obtenir des directives ou une ordonnance.

ANNEXE A : ÉLÉMENTS D'ACTIF SÉPARÉS

STATIONS D'ESSENCE OPÉRANT SOUS LA BANNIÈRE DE PIONEER

Marché local	Numéro de la station d'essence	Bannière	Adresse
Tillsonburg	213	Pioneer	115 - 123 rue Simcoe Tillsonburg (Ontario) N4G 2J2
Tillsonburg	243	Pioneer	680, rue Broadway Tillsonburg (Ontario) N4G 3S9
Kapuskasing	251	Esso	48, chemin Government Kapuskasing (Ontario) P5N 2W6
Bancroft	259	Esso	132, rue Hastings Nord C.P. 247 Bancroft (Ontario) K0L 1C0

CONTRATS D'APPROVISIONNEMENT DE PIONEER

Marché local	Numéro de la station d'essence	Bannière	Adresse
Lundar	776	Concessionnaire Esso : S.S.T. Foods Ltd.	Intersection de la rue Main Ouest et de la route 6 Lundar (Manitoba) R0C 1Y0
Warren	764	Concessionnaire Esso : [CONFIDENTIEL]	Route 6, C.P. 311 Warren (Manitoba) R0C 3E0
Neepawa	779	Concessionnaire Esso : 1059945 Alberta Inc.	10, rue Main Neepawa (Manitoba) R0J 1H0

ANNEXE B : ÉLÉMENTS D'ACTIF VISÉS PAR LA CONSERVATION

STATIONS D'ESSENCE OPÉRANT SOUS LA BANNIÈRE DE PARKLAND

Marché local	Numéro de la station d'essence	Bannière	Adresse
Lundar	50338	Concessionnaire Fas Gas : Lundar Fas Gas	PT 30, route 6 Lundar (Manitoba) R0C 1Y0
Kapuskasing	40229	Sunys	25, chemin Brunetville Kapuskasing (Ontario) P5N 2E9

CONTRATS D'APPROVISIONNEMENT DE PARKLAND

Marché local	Numéro de la station d'essence	Bannière	Adresse
Tillsonburg	51248	Concessionnaire Esso : Hasty Market	90, rue Simcoe Tillsonburg (Ontario) N4G 2H8
Warren	50567	Concessionnaire Race Trac : Warren Hardware 2001	212, avenue MacDonald Warren (Manitoba) R0C 3E0
Bancroft	51021	Concessionnaire Esso : Mountney's Gas and Country Store	16, chemin Peever Bancroft (Ontario) K0L 1C0
Bancroft	51025	Concessionnaire Esso : M & M Esso	27523, route 62 Sud Bancroft (Ontario)
Neepawa	40209	Concessionnaire Fas Gas : Fas Gas Neepawa Service	99, rue Main Est Neepawa (Manitoba) R0J 1H0

AVOCATS :

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

John Syme
Antonio Di Domenico
Tara DiBenedetto

Pour les défenderesses :

Parkland Industries Ltd.
Parkland Fuel Corporation

John F. Rook
Randal T. Hughes
Y. Beth Riley
Emrys Davis
Gannon G. Beaulne

Pioneer Petroleum Holding Limited Partnership
Pioneer Energy LP
Pioneer Petroleum Transport Inc.
Pioneer Energy Inc., Pioneer Fuels Inc.
Pioneer Petroleum Holding Inc.
Pioneer Energy Management Inc.
668086 N.B. Limited
3269344 Nova Scotia Limited
1796745 Ontario Ltd.

Christopher Hersh