



Référence : *Commissaire de la concurrence c. Trilogy Retail Enterprises L.P.*, 2001 Trib. conc. 29
No de dossier : CT2001003
No de document du greffe : 033a

DANS L’AFFAIRE d’une demande présentée par le commissaire de la concurrence sous le régime des articles 92 et 105 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34;

ET DE l’acquisition par Trilogy Retail Enterprises L.P. d’une participation majoritaire dans Chapters Inc. ainsi que du projet de fusionnement d’Indigo Books & Music Inc. et de Chapters Inc. et de leurs affiliées respectives, Indigo Online Inc. et Chapters Online Inc.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Trilogy Retail Enterprises L.P.
Chapters Inc.
et Indigo Books & Music Inc.
(défenderesses)

et

Anil Amlani et Bruce Barr
(intervenants)



Date de l’audience : 20010605 et 20010606

Membres : M. le juge Nadon (président), L.P. Schwartz et A.L. Reny

Date des motifs : 20010713

Motifs signés par : M. le juge Nadon

MOTIFS DE L’ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphe

I.	INTRODUCTION.....	[1]
II.	LES PARTIES.....	[7]
	A. LE DEMANDEUR.....	[7]
	B. LES DÉFENDERESSES.....	[8]
III.	LE FUSIONNEMENT ET SON IMPACT SUR LA CONCURRENCE.....	[11]
IV.	LA PREUVE PRÉSENTÉE AU TRIBUNAL.....	[15]
V.	LES COMMENTAIRES DU PUBLIC ET L'INTERVENTION.....	[16]
VI.	LE CRITÈRE APPLICABLE.....	[20]
VII.	ANALYSE DU PROJET D'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT.....	[24]
	A. LE DESSAISISSEMENT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF.....	[27]
VIII.	LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE.....	[34]
	A. LA LIBÉRATION DES DETTES OU OBLIGATIONS DÉCOULANT D'UN BAIL.....	[34]
	B. LE CODE DE CONDUITE.....	[37]
IX.	CONCLUSION.....	[42]

I. INTRODUCTION

[1] Le 18 avril 2001, le commissaire de la concurrence (le commissaire) a présenté une demande sous le régime des articles 92 et 105 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi) en vue d'obtenir une ordonnance par consentement imposant le dessaisissement d'éléments d'actif et prescrivant diverses autres mesures correctives à l'égard de l'acquisition par Trilogy Retail Enterprises L.P. (Trilogy) d'une participation majoritaire dans Chapters Inc. (Chapters) et du fusionnement proposé d'Indigo Books & Music Inc. (Indigo) et de Chapters ainsi que de leurs affiliées respectives, Indigo Online Inc. et Chapters Online Inc. Les parties ont présenté un projet d'ordonnance par consentement (POC) à l'approbation du Tribunal.

[2] Le commissaire a présenté la demande au motif que, à défaut du POC, l'acquisition et le fusionnement proposé auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans la distribution nationale de publications commerciales de langue anglaise des éditeurs vers les libraires et dans la distribution locale de publications commerciales de langue anglaise des libraires vers les consommateurs par l'entremise de magasins de détail de grande surface et de petites librairies. Le commissaire est préoccupé des effets du fusionnement sur l'approvisionnement en aval des consommateurs de publications commerciales de langue anglaise et sur l'exercice en amont d'une puissance commerciale à l'égard des éditeurs de publications commerciales de langue anglaise.

[3] Le commissaire demande une ordonnance approuvant le POC et obligeant les défenderesses à offrir en vente 13 librairies de grande surface (supermagasins) et 10 petites librairies situées dans des centres commerciaux (librairies de centre commercial), certains éléments d'actif en ligne, certains noms commerciaux et une installation de distribution, ainsi qu'à s'engager à respecter certaines conditions commerciales acceptables minimales à l'égard des fournisseurs pour éviter la diminution sensible de la concurrence ou l'empêchement de la concurrence découlant du fusionnement. Le commissaire soutient que le POC éliminera le risque qu'une diminution sensible de la concurrence ou un empêchement de la concurrence découle du fusionnement.

[4] Le Tribunal a préparé une série de questions concernant le POC qui ont été transmises, avant l'audience, aux avocats des parties et des intervenants. Les défenderesses ont déposé des réponses aux questions des membres du Tribunal le 4 juin 2001; le commissaire et les intervenants ont déposé leurs réponses à ces questions le 5 juin 2001. Les réponses fournies par les avocats des parties et des intervenants ont contribué à clarifier bon nombre de questions et de points soulevés par le Tribunal à l'égard du POC et ont donc permis une audience expéditive.

[5] La principale question que doit trancher le Tribunal consiste à déterminer si le POC éliminera vraisemblablement la diminution sensible de la concurrence. Pour arriver à cette conclusion, il faut que le Tribunal soit convaincu que les mesures proposées dans le POC sont suffisamment efficaces et exécutoires et que les mesures correctives satisfont aux objectifs de la Loi.

[6] L'audience portant sur la demande du commissaire a eu lieu à Ottawa, les 5 et 6 juin 2001. Après avoir entendu les avocats des parties et des intervenants, le Tribunal a informé les avocats qu'il approuverait le POC. Le 8 juin 2001, l'ordonnance par consentement a été prononcée. On trouvera ci-dessous les motifs de cette ordonnance.

II. LES PARTIES

A. LE DEMANDEUR

[7] Le commissaire a été nommé par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 7 de la Loi; il est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la Loi. Il est la seule personne autorisée à former la présente demande.

B. LES DÉFENDEUSES

[8] Trilogy est une société en commandite ontarienne, contrôlée par Gerald Schwartz et formée en vue d'acquérir le contrôle de Chapters et de proposer le fusionnement d'Indigo et de Chapters. Le commandité de Trilogy est Trilogy Retail Enterprises Inc., société par actions ontarienne.

[9] Indigo est une société par actions ontarienne, constituée en 1996. Indigo exploite 15 supermagasins et Indigo Online Inc., dont l'activité principale consiste à vendre des livres sur Internet à l'adresse Indigo.ca. Les supermagasins sont situés en Colombie-Britannique (un), en Alberta (trois), en Ontario (dix) et au Québec (un). Gerald Schwartz et Heather Reisman, avec les sociétés contrôlées par eux, détiennent au total environ 42 pour 100 des actions comportant droit de vote d'Indigo. Indigo possède environ 96 pour 100 des actions d'Indigo Online Inc.

[10] Chapters est une société ouverte, constituée selon les lois de l'Ontario. Chapters a été constituée à la suite du fusionnement, en 1995, de SmithBooks, exploitée par FIGG Inc., et de Coles Book Stores Limited, filiale de Southam Inc. Chapters exploite au total 76 supermagasins sous le nom commercial Chapters, un supermagasin sous le nom The World's Biggest Bookstore et 231 petites librairies sous les noms Coles, SmithBooks, Librairie Smith, Classic Books et The Book Company. Chapters a trois filiales : Chapters Canadian University Bookstores Limited, Chapters Online Inc. et Pegasus Wholesale Inc. Chapters possède environ 70 pour 100 de Chapters Online Inc., chargée des activités de vente de Chapters sur Internet, notamment Chapters.ca. Pegasus Wholesale Inc., filiale en propriété exclusive de Chapters, est la division de distribution de Chapters et était, jusqu'à récemment, le plus important grossiste canadien de livres au pays.

III. LE FUSIONNEMENT ET SON IMPACT SUR LA CONCURRENCE

[11] Le 28 novembre 2000, le commissaire a été avisé, conformément à l'article 114 de la Loi, de l'offre que Trilogy projetait de faire en vue d'acquérir environ 50,1 pour 100 de Chapters. Le commissaire a reçu un deuxième avis, le 7 décembre 2000, concernant l'acquisition projetée par Indigo des actions de Chapters. Le commissaire a également été avisé de l'intention de Trilogy de fusionner Chapters et Indigo. Au terme d'une série de négociations, le commissaire et les

défenderesses se sont entendues sur le POC pour répondre aux préoccupations du commissaire reliées au fusionnement de Chapters et d'Indigo.

[12] Le 1er février 2001, Trilogy a pris le contrôle de Chapters par suite d'une offre publique d'achat hostile. Trilogy se propose de fusionner Indigo et Chapters ainsi que de fusionner Indigo Online Inc. et Chapters Online Inc.

[13] Chapters et Indigo sont les deux plus gros détaillants de publications commerciales au Canada. Ces deux sociétés possèdent ensemble 92 des 96 librairies au Canada que l'on peut caractériser comme des supermagasins. Selon le commissaire, les estimations de leur part combinée des ventes dans le marché pertinent varient en fonction de la mesure des ventes de livres pertinentes totales au pays. Toutefois, d'après son évaluation, leur part de marché est comprise entre 55 et 70 pour 100. En outre, Indigo et Chapters ont une part de marché de cent pour cent de la catégorie supermagasin dans chaque grande ville où il y a chevauchement.

[14] Selon le commissaire, la part de marché élevée de l'entité fusionnée, l'élimination du marché du concurrent le plus vigoureux et efficace, les barrières élevées à l'entrée et à l'expansion et le blocage d'une concurrence étrangère significative conduisent à la conclusion que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet une diminution sensible et un empêchement de la concurrence dans un certain nombre de marchés locaux au Canada. Les effets vraisemblables du fusionnement auraient un impact à la fois en aval, sur les fournisseurs de livres aux consommateurs, et en amont, sur les acheteurs de livres auprès des éditeurs.

IV. LA PREUVE PRÉSENTÉE AU TRIBUNAL

[15] Lors de l'examen du POC, le Tribunal était saisi de l'affidavit souscrit le 17 avril 2001 par Glenn McDonald, agent principal du droit de la concurrence, Direction des fusionnements du Bureau de la concurrence, qui s'est occupé de l'examen de l'opération en cause. Le Tribunal a également pris en compte la preuve présentée par les avocats des intervenants.

V. LES COMMENTAIRES DU PUBLIC ET L'INTERVENTION

[16] L'alinéa 65(2)f des *Règles du Tribunal de la concurrence* (DORS/96-307) (les Règles) prévoit que l'avis publié par le registraire dans la *Gazette du Canada* et dans des journaux à la suite du dépôt d'une demande d'ordonnance par consentement doit indiquer la date limite fixée pour le dépôt des commentaires ou des demandes d'autorisation d'intervenir, laquelle doit suivre de 21 jours francs la date de publication de l'avis dans la *Gazette du Canada*. En l'espèce, les défenderesses ont demandé par requête l'abrégement à 10 jours francs à compter de la date de publication de l'avis dans la *Gazette du Canada* du délai prévu pour le dépôt des commentaires et des demandes d'autorisation d'intervenir. Le Tribunal a fait droit à la requête des défenderesses le 19 avril 2001.

[17] Au total, neuf groupes ont présenté des commentaires : The Book Shelf de Guelph, Tanners Books, l'Association of Canadian Publishers, la Canadian Booksellers Association, Cambridge Shopping Centres Limited, les propriétaires et le gestionnaire du Scarborough Town

Centre, le Canadian Publishers' Council, Talon Books Ltd. et HarperCollinsCanada Ltd. Le commissaire et les défenderesses ont déposé des réponses à ces commentaires.

[18] Anil Amlani et Bruce Barr ont déposé une demande d'autorisation d'intervenir, le 8 mai 2001. Leur demande a été accueillie le 17 mai 2001. MM. Amlani et Barr font partie d'un groupe d'investisseurs qui examine s'il doit faire une offre sur les éléments d'actif dont le POC prévoit le dessaisissement. Les avocats de MM. Amlani et Barr ont fait des observations au sujet de l'efficacité de l'ordonnance sur consentement et de la vraisemblance qu'il se trouve un acheteur pour ces éléments d'actif.

[19] Le Tribunal a examiné les arguments présentés par les intervenants et les discute dans la partie des motifs intitulée « Analyse du projet d'ordonnance par consentement ».

VI. LE CRITÈRE APPLICABLE

[20] Ainsi qu'il a été indiqué dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (26 janvier 1990), CT8903/390, Motifs et décision à la page 14, [1990] D.T.C.C. n° 1 (QL) (Trib. conc.) :

... le fardeau de la preuve repose sur les parties dans une demande d'ordonnance par consentement, particulièrement sur le directeur. Ce fardeau impose aux parties de prouver que l'ordonnance recherchée éliminera vraisemblablement la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement, comme l'ont admis les parties. (renvoi omis)

[21] Le critère que doit appliquer le Tribunal pour déterminer s'il y a lieu de prononcer une ordonnance par consentement n'est pas de savoir si le redressement créera un environnement plus concurrentiel que celui qui existait avant le fusionnement ni même s'il rétablira la concurrence à son niveau d'avant le fusionnement. La question pertinente à laquelle doit répondre le Tribunal consiste à savoir si le redressement éliminera selon toute vraisemblance la diminution sensible ou l'empêchement de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement (mais que les défenderesses n'admettent pas en l'espèce). Dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476 aux pages 512 et 513, [1989] D.T.C.C. n° 29 (QL) (Trib. conc.), le Tribunal a déclaré :

Il est évident, d'après la loi habilitante du Tribunal, que celui-ci n'a pas pour rôle d'approuver sans discussion. La Loi, par exemple, ne prévoit pas le dépôt automatique, par le directeur, des règlements intervenus avec les défenderesses de telle sorte qu'ils deviennent automatiquement des ordonnances du Tribunal. Ce genre de procédures existe, notamment dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*; le dépôt d'une ordonnance du Tribunal des droits de la personne au greffe de la Cour fédérale fait de cette ordonnance une ordonnance de la Cour aux fins de l'application de la loi. [L.R.C. (1985), ch. H-6, art 57.] Le Tribunal se compose de juges et de membres non judiciaires qui ont des compétences spéciales dans les domaines qui concernent le Tribunal. Les demandes faites au Tribunal sont entendues par au moins trois membres, même lorsqu'il

s'agit de rendre des ordonnances par consentement. Il est évident que le Parlement voulait que le Tribunal rende un jugement indépendant par rapport à ces ordonnances.

En même temps, la Loi exprime très clairement que le Tribunal n'a pas à jouer un rôle prépondérant dans l'élaboration des ordonnances par consentement.

...

Le Tribunal se range à l'argument du directeur selon lequel le rôle du Tribunal n'est pas de demander si l'ordonnance par consentement est la solution optimale aux effets anticoncurrentiels qui, est-il supposé, résulteraient du fusionnement. Le Tribunal accepte que son rôle consiste à établir si l'ordonnance par consentement répond à un critère minimal. Ce critère réside dans la question de savoir si le fusionnement, assorti des conditions de l'ordonnance par consentement, entraîne une situation où la diminution sensible de la concurrence, qui est présumée découler du fusionnement a, selon toute vraisemblance été éliminée. (renvoi omis)

[22] Ainsi qu'il a déjà été indiqué, l'élimination de la diminution sensible ou de l'empêchement de la concurrence n'exige pas que la concurrence soit rétablie à son niveau d'avant le fusionnement. Comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux pages 789 et 790 :

Il n'est guère besoin de démontrer que la mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement. Il s'agit du critère que le Tribunal a appliqué dans les affaires où les parties consentaient à la mesure de redressement.

[23] La décision plus récente dans l'affaire *Ultramar*, (2000) 6 C.P.R. (4th) 519, [2000] D.T.C.C. n° 4 (QL) (Trib. conc.), a aussi établi clairement que, pour prononcer l'ordonnance sollicitée, le Tribunal doit être convaincu « que les mesures proposées dans le POC sont suffisamment bien définies pour être efficaces et exécutoires » et que le redressement proposé satisfait aux exigences de la Loi. Le rôle du Tribunal consiste à déterminer si les mesures proposées sont suffisantes pour éliminer la diminution sensible de la concurrence qui découlerait autrement du fusionnement. Le Tribunal n'a pas à déterminer si d'autres mesures correctives sont plus propres à éliminer la diminution sensible de la concurrence.

VII. ANALYSE DU PROJET D'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT

[24] Le POC prévoit une combinaison d'obligations touchant la structure et le comportement que doivent assumer les défenderesses. Notamment, le POC prévoit : le dessaisissement de 23 librairies exploitées par les défenderesses; la vente de tous leurs droits de quelque nature qu'ils soient dans Indigo Online Inc., y compris les droits de tenure à bail afférents à du matériel, des logiciels et des ententes de portail que les parties ou toute affiliée des parties peuvent posséder à l'égard d'Indigo Online; la vente de l'installation de distribution d'Indigo à Mississauga; la vente de tous leurs droits de quelque nature qu'ils soient sur les noms commerciaux « Classic Books », « Prospero » et « SmithBooks »; l'interdiction d'acquérir une librairie dans un centre commercial où elles possèdent déjà une librairie pour la durée de cinq ans pendant laquelle le POC doit être en vigueur; et l'adoption par les défenderesses de certaines conditions commerciales minimales prescrites dans leurs relations avec les fournisseurs de publications commerciales.

[25] Dans les présents motifs, le Tribunal ne traite que les parties du POC qui ont suscité des préoccupations au départ. Ainsi qu'il a été indiqué auparavant, pour approuver le POC, il faut que le Tribunal soit convaincu que les mesures proposées sont suffisamment efficaces et exécutoires et que les redressements proposés satisfont aux objectifs de la Loi.

[26] Pour conclure que le POC satisfait à l'objectif de la Loi, le Tribunal a examiné l'efficacité des mesures correctives proposées. Au sujet du dessaisissement proposé, le Tribunal a examiné certaines questions, comme la quantité et la qualité globale des éléments d'actif choisis pour le dessaisissement et la possibilité que ces éléments d'actif soient vendus à plus d'un acheteur. En outre, le Tribunal s'est interrogé sur la validité de l'alinéa 5b) du POC, qui dispose :

tout dessaisissement total ou partiel est conditionnel à l'obtention par l'acquéreur, à l'égard de tout élément d'actif désigné visé, d'une décharge libérant les parties et leurs affiliées respectives de toute responsabilité ou obligation financière liée à leur qualité de locataire ou afférente au bail, et nulle partie ou nulle affiliée des parties ne doit, relativement à un élément d'actif désigné, avoir un intérêt financier ou être créancière ou débitrice d'une obligation envers l'acquéreur ou un tiers, exception faite des obligations découlant de déclarations, de garanties ou d'engagements compris dans une entente conclue entre toute partie et tout acquéreur; si l'acquéreur ne parvient pas à obtenir la décharge, les parties, l'acquéreur ou le commissaire peuvent demander au Tribunal de rendre une ordonnance libérant les parties de ces dettes ou obligations;

Le Tribunal a également examiné la validité de la procédure d'arbitrage exposée à l'appendice II de l'annexe C du POC.

A. LE DESSAISISSEMENT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF

[27] Le POC prévoit le dessaisissement de neuf supermagasins et de dix petites librairies exploités par Chapters et de quatre supermagasins exploités par Indigo. Le commissaire fait valoir que les éléments d'actif visés par le dessaisissement correspondent à peu près à la présence au niveau du détail et à la taille globale d'Indigo avant le fusionnement, pour ce qui est

des publications commerciales et de la performance des librairies. En outre, il fait valoir que ce groupe d'éléments d'actif comprend des éléments qui sont d'une qualité supérieure à ceux qui étaient exploités par Indigo puisque l'excédent brut d'exploitation des magasins compris dans ce groupe était environ 156 pour 100 de celui d'Indigo.

[28] L'avocat du commissaire souligne également le fait que l'intention du commissaire n'est pas de reproduire le modèle d'entreprise d'Indigo (c'est-à-dire 15 supermagasins), mais plutôt de ménager une certaine flexibilité à un nouveau venu au sujet du modèle d'entreprise qu'il juge approprié pour entrer sur le marché. Selon le commissaire, le dessaisissement de dix petites librairies répond à ce besoin de flexibilité. En outre, les magasins individuels choisis en vue du dessaisissement ont été déterminés en fonction de la représentation géographique d'Indigo avant le fusionnement et de son expansion probable.

[29] L'avocat des intervenants fait valoir qu'un acheteur éventuel a besoin d'une masse critique de magasins pour réaliser les économies d'échelle nécessaires pour faire concurrence à la nouvelle entité Chapters/Indigo et que les éléments d'actif désignés pour le dessaisissement [traduction] « ne seront probablement pas suffisamment rentables pour être attrayants aux yeux d'un acheteur ». En outre, il plaide que le dessaisissement de 13 supermagasins arrive nettement au-dessous des 24 supermagasins qui seraient nécessaires, d'après les estimations, pour établir une « masse critique minimale » de supermagasins en vue de la concurrence avec la nouvelle entité Chapters/Indigo et qu'il ne fournit pas une base suffisamment large ou une échelle suffisamment grande pour répartir les coûts communs et être concurrentiel sur le plan des coûts avec l'entité résultant du fusionnement Chapters/Indigo.

[30] L'avocat des intervenants soutient également que les librairies de centre commercial ne sont pas des concurrents efficaces des supermagasins et qu'elles ne peuvent constituer une plateforme viable pour faire concurrence à l'entité résultant du fusionnement.

[31] En outre, l'avocat des intervenants fait valoir qu'un acheteur éventuel examinera les caractéristiques des marchés desservis par les supermagasins. Les marchés présentant i) un pourcentage élevé d'adultes, ii) un pourcentage élevé de personnes ayant une formation universitaire et iii) un revenu plus élevé sont [traduction] « considérés comme de qualité supérieure ». Il soutient que les caractéristiques des régions desservies par les magasins désignés en vue du dessaisissement sont uniformément plus faibles que les caractéristiques des marchés desservis par les magasins que Chapters/Indigo doit conserver. Enfin, il plaide que l'entité résultant du fusionnement bénéficiera du regroupement, d'économies d'échelle et des avantages des emplacements supérieurs de ses magasins, avantages dont ne pourra profiter l'acheteur éventuel des éléments d'actif désignés.

[32] Le Tribunal comprend les arguments présentés par l'avocat des intervenants, mais ne peut les accepter. D'abord, l'avocat soutient qu'il faut 24 supermagasins pour créer une masse critique de magasins. Aucune preuve n'a été présentée au Tribunal à l'appui de cette position. Même si elle était fondée, le rôle du Tribunal se limite à approuver des mesures correctives qui rétabliront la concurrence à un niveau où l'on ne peut plus dire qu'elle est *sensiblement* moindre qu'avant le fusionnement. Avant le fusionnement, Indigo exploitait 15 supermagasins. Le groupe d'éléments d'actif choisis pour le dessaisissement comprend 13 supermagasins et 10 petites

librairies. Il semble que les intervenants voudraient rétablir la concurrence à un niveau allant au-delà de la concurrence qui existait avant le fusionnement Chapters/Indigo. Donc, l'argument présenté par les intervenants que les défenderesses devraient se dessaisir de 24 supermagasins pour permettre à un nouveau venu de faire concurrence doit être rejeté.

[33] Quant à la critique touchant l'emplacement des supermagasins visés par le dessaisissement, le Tribunal n'est pas en mesure d'apprécier lesquels sont les plus rentables ou s'il aurait été préférable que le dessaisissement porte sur les supermagasins situés dans des grandes villes où existe un chevauchement. L'avocat du commissaire a soutenu qu'un nouveau venu aurait de meilleures chances de succès en acquérant des magasins qui ne sont pas soumis à une concurrence directe, de manière à éviter la « cannibalisation ». Le Tribunal n'est pas en mesure d'examiner la rentabilité et les caractéristiques de chacun des éléments d'actif choisis en vue du dessaisissement par le commissaire. Ni les parties ni les intervenants n'ont présenté de preuve sur ce point. La portée de l'examen dans une procédure sur une ordonnance par consentement est moindre que dans une procédure contestée. Le rôle du Tribunal est de déterminer si, de *façon globale*, la mesure corrective ou les mesures correctives proposées seront vraisemblablement efficaces pour rétablir la concurrence au point où l'on ne peut plus dire qu'elle est sensiblement moindre qu'avant le fusionnement. Selon la preuve dont est saisi le Tribunal, l'excédent brut d'exploitation des magasins choisis en vue du dessaisissement représente environ 156 pour 100 de celui d'Indigo. Le Tribunal a jugé ce facteur tout à fait pertinent pour conclure que le dessaisissement proposé serait vraisemblablement efficace.

VIII. LES QUESTIONS DE COMPÉTENCE

A. LA LIBÉRATION DES DETTES OU OBLIGATIONS DÉCOULANT D'UN BAIL

[34] Selon l'alinéa 5b) du POC, l'acheteur est responsable de négocier une décharge libérant les parties des obligations pouvant découler des baux relatifs aux éléments d'actif désignés. Toutefois, si l'acheteur est incapable d'obtenir une décharge, l'alinéa 5b) du POC permet aux parties, à l'acheteur et au commissaire de demander au Tribunal de rendre une ordonnance libérant les parties de ces dettes ou obligations.

[35] Bien que le Tribunal ne soit pas un tribunal de compétence inhérente, il possède le pouvoir d'intervenir dans les droits de propriété des parties qui se présentent devant lui, ainsi que dans les droits de propriété de tiers. En effet, la Loi prévoit que les ordonnances du Tribunal peuvent lier des tiers. Par exemple, les alinéas 92(1)e) et f) de la Loi prévoient que le Tribunal peut, dans le cas d'un fusionnement réalisé ou proposé, rendre une ordonnance contre toute personne, « que celle-ci soit partie au fusionnement ou non ». Comme l'a dit le Tribunal dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 à la page 352, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL) (Trib. conc.) :

En ce qui concerne la demande du directeur de rendre nulles et sans effet les clauses restrictives portées dans les conventions d'acquisition..., l'avocat de Laidlaw soutient que ces mesures de redressement ne relèvent pas de la compétence du Tribunal parce qu'il s'agit d'une ingérence flagrante dans le droit de propriété des parties aux conventions. L'avocat a soutenu que le Tribunal est une création de la loi et non un

tribunal de compétence inhérente et que, par conséquent, il ne peut consentir les redressements demandés.

Il est entendu que le Tribunal n'est pas un tribunal de compétence inhérente, mais plutôt une création de la loi. Par ailleurs, il est manifeste, en se reportant au genre de mesures de redressement qui sont expressément *incluses dans le mandat* du Tribunal (exiger la vente d'actions et d'éléments d'actif), que le Tribunal jouit de vastes pouvoirs d'intervention dans le droit de propriété, non seulement de celui de la partie ou des parties se présentant devant lui, mais également de celui de tierces parties qui ont conclu des contrats avec la défenderesse. Cela est manifeste, non seulement à la lumière des mesures de redressement expressément décrites, mais également à la lumière du genre d'activités que le Tribunal est habilité à restreindre : la préemption de ressources rares, l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes, l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles, ou encore le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients. [non souligné dans l'original]

[36] Quant à savoir si le Tribunal interviendra ou non, sur demande, dans les droits de tiers, cela dépendra entièrement des faits particuliers.

B. LE CODE DE CONDUITE

[37] Le POC comprend un code de conduite qui oblige les défenderesses à adopter certaines conditions commerciales acceptables minimales prescrites, à l'égard de ses fournisseurs de publications commerciales. En outre, il est prévu que les différends découlant de ces conditions ou s'y rapportant seront réglés exclusivement et en dernier recours par arbitrage conformément au POC.

[38] Le POC prévoit une procédure d'arbitrage, exposée à l'appendice II de l'annexe C. Selon le paragraphe 6, un arbitre tranche :

... Les controverses, questions, réclamations ou autres différends découlant de la présente annexe C ou s'y rapportant, y compris, entre autres, les questions concernant l'arbitrabilité de tout différend et tout différend concernant l'interprétation ou l'application de l'annexe C...

[39] Comme le code de conduite comprend certaines obligations de comportement qui font partie de la combinaison de mesures correctives prévues dans le POC, le Tribunal s'est demandé si ces matières pouvaient être déléguées à un arbitre. Effectivement, le Tribunal a compétence, selon le paragraphe 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2e suppl.) (LTC), pour trancher toutes les questions, y compris le pouvoir d'assurer l'exécution de ses ordonnances et de condamner pour outrage au Tribunal (paragraphe 8(3) de la LTC). Le Tribunal craignait que l'effet de la procédure d'arbitrage prévue dans le POC puisse être interprété comme une délégation à un tiers de son pouvoir d'assurer l'exécution du POC.

[40] Après avoir examiné les arguments des avocats des parties et des intervenants, tant dans leurs réponses qu'à l'audience, le Tribunal est convaincu que la procédure d'arbitrage ne se rapporte qu'aux différends découlant du code de conduite, qui prévoit des plafonds sur les conditions des contrats entre Chapters et ses fournisseurs de livres. Ce sont ces contrats qui prévoient un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des différends. Du fait de cette clause compromissoire, le Tribunal ne renonce pas à son pouvoir d'assurer l'exécution de l'ordonnance par consentement. Si Chapters devait ne pas adopter le code de conduite, elle pourrait se trouver en contravention avec une disposition de l'ordonnance du Tribunal et être citée pour outrage au Tribunal.

[41] Un accord entre des parties sur une clause compromissoire n'est pas propre au présent POC. Dans le passé, le Tribunal a approuvé de telles clauses visant la résolution de différends contractuels. Par exemple, dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. ADM Agri-Industries, Ltd.*, [1997] CT9702/13, 8 mai 1997) D.T.C.C. n° 25 (QL) (Trib. conc.), le Tribunal a approuvé une ordonnance par consentement qui donnait à l'acheteur des éléments d'actif visés par le dessaisissement le droit de conclure un contrat d'approvisionnement de farine avec ADM. Dans ce cas, les différends découlant du contrat d'approvisionnement devaient être réglés par arbitrage. Dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Canadian Waste Services Inc.* (23 avril 1998) CT9801/10, [1998] D.T.C.C. n° 10 (QL) (Trib. conc.), une clause prévoyait que les différends découlant de l'entente de déversement soit réglés par arbitrage. Enfin, dans l'affaire Gemini portant sur l'ordonnance par consentement, *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (1990), 27 C.P.R. (3d) 476, [1989] D.T.C.C. n° 30 (QL) (Trib. conc.), où l'ordonnance par consentement comprenait un « code de conduite » régissant un secteur d'activité, le Tribunal a autorisé la création des Règles régissant les systèmes informatisés de réservation, qui prévoyaient que les différends seraient réglés par arbitrage. Comme les dispositions du code de conduite ne traitent que d'obligations contractuelles, le Tribunal est convaincu que la clause compromissoire et la procédure exposée sont appropriées.

IX. CONCLUSION

[42] Pour ces motifs, le Tribunal est convaincu que l'ordonnance par consentement proposée par les parties éliminera, selon toute vraisemblance, la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement (mais que les défenderesses n'admettent pas).

FAIT à Ottawa le 13 juillet 2001.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) Marc Nadon

PERSONNES AYANT COMPARU :

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

Simon Potter
Josephine Palumbo

Pour les défenderesses :

Trilogy Retail Enterprises L.P.
Chapters Inc.
Indigo Books & Music Inc.

Calvin S. Goldman, c.r.
Sandra A. Forbes

Pour les intervenants :

Anil Amlani
Bruce Barr

Leslie J.F. Milton
Scott M. Prescott