



Référence : *Commissaire de la concurrence c Air Canada*, 2001 Trib conc 4
N° de dossier : CT2001002
N° de document du greffe : 149

AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée par le commissaire de la concurrence aux termes de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34.

ET AFFAIRE CONCERNANT le *Règlement sur les agissements anti-concurrentiels des exploitants de service intérieur*, DORS/2000-324 pris en application du paragraphe 78(2) de la *Loi sur la concurrence*.

ET AFFAIRE CONCERNANT certaines pratiques d'agissements anticoncurrentielles dont a fait preuve Air Canada.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Air Canada
(défenderesse)

et

WestJet Airlines Ltd
(demanderesse de l'autorisation d'intervenir)



Date de la conférence préparatoire à l'audience : Le 11 avril 2001
Devant le membre judiciaire : Monsieur le juge McKeown (président)
Date des motifs et de l'ordonnance : Le 20 avril 2001
Motifs et ordonnance signée par : Monsieur le juge McKeown

MOTIFS ET ORDONNANCE ACCORDANT LA DEMANDE D'AUTORISATION D'INTERVENIR

[1] Le 5 mars 2001, le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** ») a déposé une demande aux termes de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985 c C-34 (la « **Loi** ») en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à Air Canada de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles envers les transporteurs à faibles coûts, comme WestJet Airlines Ltd (« **WestJet** »). Plus particulièrement, la demande du commissaire vise à obtenir une ordonnance du Tribunal interdisant à Air Canada d'exploiter des vols sur les routes dans l'est du Canada à des prix qui ne permettent pas de couvrir ses « coûts évitables » de la prestation de services.

[2] Une demande d'autorisation d'intervenir a été déposée par WestJet le 4 avril 2001. Cette demande a été entendue à Toronto le 11 avril 2001. WestJet soutient dans sa demande d'autorisation d'intervenir qu'elle a été directement touchée par les pratiques d'Air Canada en ce qui concerne les routes d'Air Canada dans la région de Moncton puisqu'elle n'a pas été en mesure d'atteindre une combinaison de frais rentable sur la route Hamilton-Moncton. WestJet fait également valoir que ses recettes et ses rendements globaux de la route Hamilton-Moncton ont été minés et qu'elle pourrait être forcée de se supprimer de cette route. Toutefois, WestJet soutient que, même si les conséquences immédiates sur WestJet ont trait à la concurrence relative aux routes dans la région de Moncton, elle est touchée directement par la conduite anticoncurrentielle générale d'Air Canada et qu'elle devrait avoir à revoir sa stratégie d'expansion dans le Canada atlantique et, par conséquent, elle devrait être autorisée à participer de manière générale, à titre d'intervenante, à cet égard.

[3] Air Canada s'oppose en partie à la demande d'autorisation d'intervenir présentée par WestJet. Même si Air Canada ne conteste pas le fait que WestJet peut être « touchée directement » [TRADUCTION] par l'issue de la présente instance, elle soutient que la demande d'intervenir de WestJet est trop large. La contestation d'Air Canada a trait à la portée de l'intervention et au niveau de participation proposé par WestJet.

[4] En ce qui concerne la portée de l'intervention, Air Canada soutient que WestJet n'a pas formulé les questions à l'égard desquelles elle demande l'autorisation d'intervenir et elle a présenté, plutôt, une demande générale d'intervention. Air Canada souligne que l'affidavit de Mark Hill daté du 3 avril 2001, fourni à l'appui de la demande, laisse entendre que WestJet ne demande à intervenir que concernant deux questions : (1) le calcul des coûts évitables d'Air Canada et (2) la question de savoir si la supposée conduite d'Air Canada a entraîné une diminution sensible de la concurrence.

[5] En outre, Air Canada fait valoir que WestJet n'a fourni aucun élément de preuve à l'appui de l'argument selon lequel elle a une perspective unique, de sorte qu'elle peut aider le Tribunal en ce qui concerne tous les aspects de l'audience. Air Canada soutient que dans l'éventualité où la demande de WestJet serait limitée aux deux questions indiquées au paragraphe 4 ci-dessus, l'intervention de WestJet devrait se limiter à la question liée à la diminution sensible ou à l'empêchement de la concurrence dans la mesure où il est allégué toucher WestJet, mais non à la question de la diminution sensible de la concurrence en général puisque WestJet n'est pas dans une situation très particulière pour répondre aux conséquences. Enfin, Air Canada fait valoir que WestJet n'a pas établi qu'elle satisfaisait au critère d'intervention dans la mesure où il se rapporte au calcul des coûts évitables d'Air Canada. Le calcul des coûts évitables d'Air Canada est en litige et non le principe général des coûts évitables.

[6] Compte tenu de ces arguments, Air Canada soutient que le rôle de WestJet dans le cadre de l'instance devrait se limiter à la question relative à la diminution sensible ou à l'empêchement de la concurrence telle qu'elle est alléguée toucher WestJet et que sa participation à l'instance devrait être la suivante :

- a) la présentation d'arguments juridiques à l'audience;
- b) le dépôt d'une preuve d'expert, au besoin;
- c) l'accès aux documents communiqués au préalable, dans la mesure où ils sont pertinents aux questions à l'égard desquelles l'autorisation est accordée et sous réserve de toute ordonnance de confidentialité rendue;
- d) l'accès aux parties des transcriptions de l'interrogatoire préalable pertinentes aux questions à l'égard desquelles l'autorisation est accordée et sous réserve de toute ordonnance de confidentialité rendue;
- e) le droit de demander l'autorisation du Tribunal qui instruit la demande de présenter des éléments de preuve factuels à l'audience selon les conditions suivantes : les éléments de preuve sont pertinents aux questions à l'égard desquelles l'autorisation est accordée et ils ont trait à une question touchant directement WestJet; on a demandé au commissaire de présenter des éléments de preuve et la demande a été refusée; les éléments de preuve ne sont pas répétitifs; et WestJet a communiqué à Air Canada les documents et les interrogatoires préalables portant sur les questions auxquelles se rapportent les éléments de preuve.

[7] Air Canada soutient que les conditions énoncées au sous-paragraphe 6e) des présents motifs sont conformes aux décisions suivantes du Tribunal : *Directeur des enquêtes et de recherches c Tele-Direct (Publications) Inc* (Motifs et ordonnance accordant des demandes d'autorisation d'intervenir) (1995), 61 CPR (3d) 528, [1995] CCTD N° 4 (QL), *Directeur des enquêtes et de recherches c Air Canada* (1992), 46 CPR (3d) 184, [1992] CCTD N° 24 (QL) et *Directeur des enquêtes et recherches c Canadien Pacifique Ltée*, (1997), 74 CPR (3d) 37, [1997] DTCC n° 14 (QL).

[8] Le commissaire appuie la demande d'autorisation d'intervenir à la présente instance de WestJet. Les avocats du demandeur soutiennent que la question qui touche WestJet est l'ensemble de la demande du commissaire et ses trois éléments essentiels : la dominance d'Air Canada, la pratique d'agissements anticoncurrentiels telle qu'elle est alléguée par le Commissaire et les conséquences de ces agissements sur WestJet et la concurrence. Le commissaire fait valoir que, même si WestJet n'a pas énuméré de manière précise les questions auxquelles elle propose de répondre, il n'y a aucune suggestion selon laquelle WestJet souhaite répondre à des questions qui ne sont pas décrites dans l'acte de procédure. En ce qui concerne la question liée aux coûts évitables, le commissaire soutient que WestJet a une perspective unique qui aidera le Tribunal puisque WestJet exploite un service aérien dans certaines des routes de paire de villes concernées par la demande.

[9] Selon l'argument du commissaire, le rôle de WestJet devrait être comme suit :

- a) l'examen des transcriptions des interrogatoires préalable et l'accès aux documents communiqués aux parties à la demande, sous réserve de la protection appropriée des renseignements personnels;
- b) la production des témoignages oraux non répétitifs ayant trait à toute question visée par la demande;

- c) le contre-interrogatoire non répétitif des témoins à l'audition de la demande;
- d) le dépôt de preuve d'expert;
- e) la présentation d'arguments juridiques ayant trait à toute question visée par la demande.

WestJet a convenu à l'audience de limiter sa participation, conformément à ce que le commissaire a suggéré.

[10] Le critère pour accorder le statut d'intervenant est établi au paragraphe 9(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LRC 1985, c 19, dans sa version modifiée (« LTC ») :

Toute personne peut, avec l'autorisation du Tribunal, intervenir dans les procédures se déroulant devant celui-ci, sauf celles intentées en vertu de la partie VII.1 de la *Loi sur la concurrence*, afin de présenter toutes observations la concernant à l'égard de ces procédures.

[11] Tel que cela est déclaré dans l'affaire *Commissaire de la concurrence c Canadian Waste Services Holdings* (26 juin 2000), CT2000002/20, Motifs et ordonnance octroyant la demande d'autorisation d'intervenir (en anglais seulement) au paragraphe 3, [2000] C.C.T.D. No. 10 (QL) (Trib conc), le Tribunal doit être convaincu que tous les éléments suivants sont satisfaits afin d'octroyer le statut d'intervenant :

- a) La question censée toucher la personne demandant l'autorisation d'intervenir doit être une question sur laquelle l'examen du Tribunal peut légitimement porter ou être une question suffisamment pertinente relevant du mandat du Tribunal (voir *Directeur des enquêtes et de recherche c Air Canada*, (1992), 46 CPR (3d) 184, p 187, [1992], CCTD N° 24 (QL)).
- b) La personne demandant l'autorisation d'intervenir doit être directement touchée. Le mot « touché », qui a été interprété dans *Air Canada*, précitée, signifie « directement touché ».
- c) Toutes les observations présentées par une personne demandant l'autorisation d'intervenir doivent être liées à une question soulevée expressément par la commissaire (voir *Tele-Direct*, précité au paragraphe 2).
- d) Enfin, la personne qui demande l'autorisation d'intervenir doit apporter une perspective particulière qui aidera le Tribunal à trancher les questions dont il est saisi (voir *Washington c Directeur des enquêtes et de recherche*, [1998] CCTD N° 4 (QL) (Trib conc)).

[TRADUCTION]

[12] En appliquant le critère susmentionné, il a été bien établi par le Tribunal dans des décisions antérieures qu'il incombe à l'intervenant et, dans la mesure où le commissaire appuie l'intervenant, au commissaire également d'établir que le critère a été respecté en ce qui concerne les questions à l'égard desquelles la personne demande à intervenir. Par exemple, dans *Directeur*

des enquêtes et de recherche c Tele-Direct (Publications) Inc (Motifs et ordonnance accordant des demandes d'autorisation d'intervenir), citée au paragraphe 7 des présents motifs, les cinq demanderesse, qui étaient des sociétés participant à la publication d'annuaires téléphoniques ou liées à cette publication, ont fourni une liste de questions à l'égard desquelles elles ont indiqué avoir des commentaires. Cette exigence a également été examinée dans *Washington c Directeur des enquêtes et de recherche*, (1998) 78 CPR (3d) 479, aux p 484 et 485, [1998] CCTD N° 4 (QL) et dans *Directeur des enquêtes et recherches c Canadien Pacifique Ltée*, (1997), 74 CPR (3d) 37, aux p 43 et 44, [1997] DTCC N° 14 (QL).

[13] En outre, comme l'avocat d'Air Canada l'indique, l'alinéa 27(2)d) des *Règles du Tribunal de la concurrence* (les « **Règles** ») exige que la personne qui demande l'autorisation d'intervenir doit présenter un résumé questions en litige qui la touchent et des effets que ces questions pourraient avoir sur la concurrence.

[14] Le Tribunal est d'avis que WestJet a établi que sa demande d'autorisation d'intervenir satisfait au critère énoncé au paragraphe 9(3) de la *LTC*. En effet, elle a établi qu'elle est directement touchée et, en tant que transporteur à faibles coûts et à prix réduit prospère, WestJet a une perspective unique concernant les questions dont sera saisi le Tribunal. Cependant, il est moins clair que la demande d'autorisation d'intervenir de WestJet satisfait aux exigences établies aux alinéas 27(2)c) et d) des *Règles* selon leur application par le Tribunal dans des affaires antérieures. En effet, sans un résumé de WestJet des « effets que pourraient avoir sur la concurrence » les questions en litige qui la touchent, le Tribunal n'a aucun contexte juridique ou factuel pour octroyer à WestJet le statut d'intervenant en ce qui concerne toutes les questions déclarées par le commissaire dans l'énoncé des motifs et des faits essentiels. En conséquence, WestJet n'aura le droit de répondre qu'aux questions qui satisfont aux exigences énoncées au paragraphe 9(3) de la *LTC* et à l'article 27 des *Règles* ou qui aideront le Tribunal à trancher la demande du commissaire. J'ai indiqué ces questions dans l'ordonnance ci-dessous.

[15] En ce qui concerne la question relative au niveau de participation à l'instance par WestJet, le principal point en litige entre les parties a trait à la production de témoignages oraux non répétitifs. Même si le commissaire soutient que WestJet devrait avoir le droit de produire des témoignages oraux non répétitifs et pertinents concernant les questions qui relèvent de la portée de l'intervention de WestJet, Air Canada fait valoir que WestJet ne devrait avoir le droit de déposer des éléments de preuve que lorsque toutes les conditions énumérées au sous-paragraphe 6e) des présents motifs seront remplies et que l'autorisation sera accordée par le Tribunal. Après un examen attentif, le Tribunal est d'avis que, en l'espèce, si WestJet était tenue de demander l'autorisation avant de produire des témoignages oraux, l'instance pourrait être indûment retardée. Le fait d'exiger que WestJet demande l'autorisation avant de présenter des éléments de preuve pourrait ne pas constituer la façon la plus efficace de procéder. En conséquence, je suis d'avis que WestJet devrait avoir le droit de déposer des éléments de preuve pertinents et non répétitifs, sous réserve du droit d'Air Canada de formuler des objections.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[16] WestJet Airlines Ltd est autorisée à intervenir concernant les questions suivantes :

a) l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence dans la mesure où il se rapporte à WestJet, tel que cela est indiqué à la partie IX de l'énoncé des motifs et des faits importants, à l'exception des paragraphes 130 et 131 qui portent sur les effets sur CanJet Airlines et Royal Airlines;

- b) la question concernant les coûts évitables en général et dans la mesure où elle se rapporte aux coûts évitables d'Air Canada;
- c) les questions liées aux « prix, restrictions et catégories de service » [TRADUCTION] et aux « fréquences, liaisons, points pour grands voyageurs et fioritures » [TRADUCTION] tel que cela est indiqué aux sections C et D de la partie V de l'énoncé des motifs et des faits essentiels;
- d) la question relative à l'argument principal d'Air Canada dans la mesure où il touche WestJet, tel que cela est énoncé dans la partie VII de l'énoncé des motifs et des faits essentiels;
- e) la question relative aux agissements anticoncurrentiels dont a fait preuve Air Canada dans la mesure où ils touchent WestJet, tel que cela est indiqué dans la partie VIII de l'énoncé des motifs et des faits essentiels.

[17] WestJet Airlines Ltd sera autorisée à participer à l'instance et pourra :

- a) examiner les transcriptions des interrogatoires préalables et accéder aux documents communiqués aux parties à la demande, sous réserve de la protection appropriée des renseignements personnels;
- b) produire des éléments de preuve factuels à l'audience, pourvu qu'elle établisse, à la satisfaction du Tribunal, que de tels éléments de preuve sont pertinents et relèvent de la portée de l'intervention (c'est-à-dire, ils se rapportent aux questions énoncées au paragraphe 16 des présents motifs) et ne sont pas répétitifs, sous réserve du droit d'Air Canada de formuler des objections;
- c) contre-interroger les témoins à l'audition de la demande après que le commissaire ait mené son contre-interrogatoire, pourvu que les questions soient pertinentes à son intervention et qu'elles n'ont pas été posées par le commissaire;
- d) présenter une preuve d'expert qui relève de la portée de son intervention, conformément à la procédure établie dans les *Règles* et la gestion des cas;
- e) présenter des arguments juridiques à l'audition de la demande qui sont de nature non répétitive. En ce qui concerne le dernier point, je suis d'avis qu'il appartient à la formation de gérer les cas d'arguments en double.

[18] Air Canada sera autorisée à demander à WestJet de lui donner ses documents communiqués et ses interrogatoires préalables oraux, au besoin.

FAIT à Ottawa, ce 20^e jour d'avril 2001.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le membre judiciaire présidant l'audience.

(S) W.P. McKeown

COMPARUTIONS

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

Donald B. Houston

Suzanne Legault

Pour la défenderesse :

Air Canada

Katherine L. Kay

Eliot N. Kolers

Lawson A.W. Hunter, c.r.

Pour la demanderesse de l'autorisation d'intervenir :

WestJet Airlines Ltd

Daniel J. McDonald, c.r.