

**Tribunal de la concurrence**



**Competition Tribunal**

Référence : *Commissaire de la concurrence c. Ultramar Ltée*, 2000 Trib. conc. 4  
N° de dossier : CT2000001  
N° de document du Greffe : 21b

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, c. C-34, en vue de l'obtention d'une ordonnance par consentement;

ET DANS L'AFFAIRE de l'acquisition projetée par Ultramar Ltée d'installations de terminal pour produits pétroliers et d'une entreprise d'approvisionnement en gros situées à Ottawa et appartenant pour l'heure à Coastal Canada Petroleum, Inc.;

ENTRE :

**Le commissaire de la concurrence**  
(demandeur)

et

**Ultramar Ltée**  
(défenderesse)



Dates de l'audience : 20000403 et 20000407  
Membres : M. le juge W.P. McKeown (présidant l'audience),  
C. Lloyd, L.P. Schwartz  
Date de l'ordonnance : 20000426  
Ordonnance signée par : M. le juge W.P. McKeown

**MOTIFS ET ORDONNANCE**

## **Introduction**

[1] Le 16 février 2000, le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») a déposé un avis de demande en application des articles 92 et 105 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (la « Loi »). Au premier paragraphe de l'exposé des motifs et des faits substantiels, le commissaire allègue que l'acquisition par Ultramar Ltée (« Ultramar ») des installations de terminal pour produits pétroliers et de l'entreprise d'approvisionnement en gros de Coastal Canada Petroleum, Inc. (« Coastal ») entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence à Ottawa. Les marchés en cause seraient ceux de l'offre d'installations de terminal et de l'approvisionnement en gros en produits pétroliers raffinés dans la région d'Ottawa.

[2] Afin de supprimer le risque de diminution sensible de la concurrence, le commissaire demande au Tribunal d'approuver le projet d'ordonnance par consentement (le « POC ») déposé le 16 février 2000. Comme l'affirme le commissaire au paragraphe 2 du résumé d'impact, le POC exige d'Ultramar qu'elle

[traduction] ... (1) continue d'offrir aux distributeurs indépendants l'approvisionnement en gros en produits pétroliers raffinés, pendant la période de validité du POC (ces termes étant définis au paragraphe 2 de l'EMFS), à des prix raisonnables sur le plan commercial, (2) maintienne l'utilisation des installations (au sens du POC) de façon qu'elles demeurent sur le marché et (3) mette à la disposition des distributeurs indépendants une capacité de stockage et des installations de chargement appropriées en vue de leur approvisionnement.

[3] Après l'audience, les parties ont apporté des modifications très minimes au POC, et nos motifs en tiennent compte.

[4] Le Tribunal doit déterminer si le POC aura pour effet de supprimer tout risque de diminution sensible de la concurrence. À cette fin, il 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 objectifs de la Loi.

## **Le fusionnement et son effet sur la concurrence**

[5] Le 29 juillet 1999, Ultramar a annoncé qu'elle avait signé un accord d'achat des installations de terminal et de l'entreprise d'approvisionnement en gros de Coastal à Ottawa. Les éléments d'actif dont Ultramar se portait acquéreur devaient comprendre, à la clôture de l'opération projetée, le terrain, les installations de terminal, le carnet de commandes et les stocks de produits pétroliers raffinés. En outre, Ultramar devait poursuivre l'exécution d'un contrat d'approvisionnement liant Coastal et continuer de respecter les normes environnementales applicables au terminal.

[6] Suivant le paragraphe 6 du résumé d'impact, Ultramar est une filiale d'Ultramar Diamond Shamrock Corporation, laquelle exploite au Canada et aux États-Unis des raffineries, des réseaux de distribution (y compris des installations de terminal et des dépôts de stockage), des stations de distribution d'essence au détail, des pipelines et des services de chauffage domestique (vente au détail). Le paragraphe 7 du résumé d'impact précise qu'Ultramar possède

au Canada une raffinerie située à St-Romuald, au Québec, ainsi que des installations de stockage et de distribution de produits pétroliers situées dans les provinces maritimes, au Québec et en Ontario. Dans ces provinces, Ultramar vend également de l'essence et du carburant diesel par l'entremise d'un réseau de succursales et approvisionne en mazout domestique les ménages, les acheteurs en gros, ainsi que les entreprises industrielles et commerciales.

[7] Suivant le paragraphe 8 du résumé d'impact, dans la région d'Ottawa, Ultramar possède également à Nepean, près des installations de Coastal, un terminal pour produits pétroliers raffinés inactif (les « installations d'Ultramar »). Construites en 1972, les installations d'Ultramar ont été raccordées au pipeline de Trans-Nord (le « PTN »). Ultramar a cessé d'exploiter ces installations en 1995.

[8] Coastal est une filiale en propriété exclusive de Cosbel Petroleum Corporation (« Cosbel »), qui appartient à The Coastal Corporation (« Coastal Corp. »). Le paragraphe 13 de l'exposé des motifs et des faits substantiels précise que Cosbel et Coastal Corp. ont toutes deux été constituées en personne morale dans l'État du Delaware, aux États-Unis. Coastal a été constituée en personne morale sous le régime des lois du Nouveau-Brunswick et elle exerce des activités au Canada dans les domaines suivants : services de terminal, pétrole brut, marketing de produits raffinés et production pétrochimique. Érigées en 1952 par Texaco Canada Inc., les installations de Coastal sont les seules installations de terminal opérationnelles de Coastal au Canada. Coastal les a achetées en 1991 à la Compagnie pétrolière Impériale après que le Tribunal de la concurrence eut rendu une ordonnance par consentement le 29 janvier 1990. Coastal ne possède pas de raffinerie ou de réseau de vente au détail au Canada.

[9] Les installations de Coastal ont une capacité de stockage de 240 000 barils (38,2 millions de litres) de produits pétroliers raffinés; Coastal a en outre un service de marketing et offre aux entreprises dotées d'un parc de camions un service de plein activé au moyen d'une carte. Aux installations de Coastal, les produits pétroliers raffinés sont chargés en vue de leur expédition par des camions-citernes à trois plates-formes de chargement par le dessous et à une plate-forme de chargement par le dessus. Les plates-formes de Coastal sont dotées de trois bras de chargement pour les produits distillés, de dix bras de chargement par le dessous pour l'essence et les produits distillés et de deux bras de chargement par le dessous pour le mélange de l'éthanol carburant et de l'essence. Le paragraphe 17 de l'exposé des motifs et des faits substantiels précise également que les bras de chargement par le dessus revêtent une importance pour certains distributeurs indépendants qui exploitent actuellement des camions-citernes.

[10] Au paragraphe 22 de l'exposé des motifs et des faits substantiels, le commissaire dit que Coastal est le seul grossiste établi à Ottawa à fournir aux distributeurs indépendants le matériel et l'essence de base nécessaires au mélange de l'éthanol carburant et de l'essence. Il ajoute au paragraphe 23 que Coastal est le seul exploitant de terminal non intégré à avoir conclu des accords de stockage avec les distributeurs indépendants.

[11] Pour évaluer l'effet de l'opération projetée sur la concurrence, le Tribunal retient les deux marchés pertinents du produit et le marché géographique définis par le commissaire. Les deux marchés du produit sont les suivants : (1) l'offre d'installations de terminal aux personnes désireuses de stocker des produits pétroliers raffinés ou les produits pétroliers raffinés en gros

sans exploiter un terminal elles-mêmes et (2) l'approvisionnement en gros en produits pétroliers raffinés de tiers acquéreurs indépendants (les « distributeurs indépendants »). Le marché géographique défini par le commissaire correspond à la région d'Ottawa, c'est-à-dire la ville d'Ottawa et la région s'étendant au sud-est jusqu'à Hawkesbury et Cornwall, au sud jusqu'à Kingston, à l'ouest jusqu'à Pembroke et au nord jusqu'à Maniwaki (la « région d'Ottawa »).

[12] Au paragraphe 51 de l'exposé des motifs et des faits substantiels, le commissaire dit que, sur le marché des installations de terminal,

[traduction] ... l'opération projetée aurait pour effet de remplacer le seul exploitant non intégré de la région d'Ottawa par un exploitant intégré pour l'offre d'installations de stockage de produits pétroliers raffinés à la fois rares et importantes.

[13] Il ajoute au paragraphe 52 :

[traduction] ... Ultramar a intérêt à fermer les installations de Coastal et à n'exploiter que ses installations actuellement inactives.

[14] Enfin, il conclut au paragraphe 53 :

[traduction] Le retrait du terminal de Coastal du marché priverait substantiellement ou totalement les distributeurs indépendants du matériel nécessaire au chargement de certains de leurs camions...

[15] Aux paragraphes 54 à 56 de l'exposé des motifs et des faits substantiels, en ce qui concerne les marchés de l'approvisionnement en gros, le commissaire affirme que si le fusionnement a lieu [traduction] « les distributeurs indépendants perdront leur principal fournisseur », que la présence de Coastal [traduction] « met à la disposition des distributeurs indépendants une source importante d'approvisionnement en sus des grossistes intégrés » et qu'Ultramar, pour abaisser ses coûts, [traduction] « pourrait fermer les deux terminaux et conclure avec un tiers un accord de stockage ».

[16] Selon le commissaire, l'acquisition aura vraisemblablement pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence sur les marchés de l'offre d'installations de terminal et d'approvisionnement en gros en produits pétroliers raffinés dans la région d'Ottawa. À l'heure actuelle, Coastal est le seul grossiste à offrir essence et autres produits pétroliers aux distributeurs indépendants de la région d'Ottawa. De plus, si l'acquisition a lieu, la Compagnie pétrolière Impériale, Petro-Canada et Shell posséderont les seules installations de terminal. Le commissaire ajoute au paragraphe 62 de l'exposé des motifs et des faits substantiels qu'[traduction] « aucun de ces exploitants de terminal intégrés n'a conclu d'accord de stockage avec des distributeurs indépendants ».

[17] En résumé, suivant le paragraphe 73 de l'exposé des motifs et des faits substantiels, la position du commissaire est la suivante :

[traduction] L'opération projetée ferait disparaître le seul exploitant de terminal non intégré et le grossiste de produits pétroliers raffinés non intégré le plus important de la région d'Ottawa. Elle supprimerait l'effet bénéfique pour la concurrence de la présence de Coastal sur les marchés pertinents et écarterait les effets favorables à la concurrence qu'aurait eu la vente de Coastal à un acquéreur non intégré.

### **Les éléments de preuve présentés**

[18] Pour évaluer le POC, le Tribunal a tenu compte de la déclaration sous serment datée du 15 février 2000 de Michael Dilauro, agent de commerce, Direction des fusionnements, Bureau de la concurrence, ce témoin ayant pris part à l'examen de l'opération. Le Tribunal a également tenu compte du témoignage de vive voix de MM. Dilauro, Ross R. Bayus, directeur général, ventes industrielles et en gros pour Ultramar, et Louis Bergeron, directeur de la planification et du développement pour Ultramar, à Montréal.

### **Le projet d'ordonnance par consentement**

[19] Le POC énonce des *obligations d'ordre « comportemental »* afin qu'Ultramar continue d'offrir aux distributeurs indépendants de les approvisionner à des prix raisonnables sur le plan commercial. Comme l'indique le paragraphe 43 du résumé d'impact, le POC soumis à l'approbation du Tribunal par les parties ferait en sorte, plus précisément

[traduction] ... qu'Ultramar remette à neuf et rouvre son terminal et que les installations de Coastal demeurent en état de viabilité (au sens du POC) pendant trois ans. En outre, le terrain et le raccordement au PTN seraient conservés pendant cinq ans. Enfin, l'accès des distributeurs indépendants à un approvisionnement concurrentiel en un volume minimum de produits serait maintenu pendant au plus sept ans.

[20] Le paragraphe 44 du résumé d'impact précise que le POC exige d'Ultramar qu'elle offre de vendre le terminal de Coastal situé à Ottawa à sa juste valeur marchande dans le cas où elle n'observerait pas les conditions de l'ordonnance. En voici le libellé :

[traduction] Si, au cours des cinq années qui suivent le prononcé de l'ordonnance, Ultramar n'utilise pas suffisamment la capacité de stockage des installations de Coastal ou si Ultramar n'offre pas aux distributeurs indépendants un approvisionnement en un volume minimum de produits à des prix raisonnables sur le plan commercial, Ultramar devra offrir de vendre les installations...

[21] Enfin, selon le commissaire et Ultramar, en exigeant d'Ultramar qu'elle offre aux distributeurs indépendants de les approvisionner en un volume minimum de produits à un prix n'excédant pas la moyenne mensuelle du prix de gros affiché à Montréal par les raffineurs nationaux, majoré de 0,5 cent le litre, le POC veille à ce que l'opération projetée n'inflige pas un préjudice concurrentiel aux distributeurs indépendants. L'alinéa 5f) du POC dispose que, pendant la période de validité de l'ordonnance par consentement ou jusqu'à la vente des installations, Ultramar se conforme à l'obligation suivante :

[traduction] sauf cas fortuit, offrir de bonne foi aux distributeurs indépendants de les approvisionner en produits pétroliers raffinés autres que l'éthanol carburant à des prix de gros négociés qui ne dépassent pas la moyenne mensuelle du prix de gros affiché à Montréal par les raffineurs nationaux, majoré de 0,5 cent le litre; Ultramar n'est cependant pas tenue d'offrir d'approvisionner un distributeur indépendant qui a manqué à ses obligations de paiement suivant un accord d'approvisionnement intervenu entre eux. (non mis en évidence dans l'original)

[22] L'alinéa 5g) du POC prévoit en outre que pendant la période de validité de l'ordonnance par consentement ou jusqu'à la vente des installations, Ultramar se conforme à l'obligation suivante : [traduction] « sauf cas fortuit, offrir *de bonne foi* d'approvisionner les distributeurs indépendants en éthanol carburant à *des prix de gros devant être négociés* » (non mis en évidence dans l'original).

[23] Le POC renferme également des clauses visant à protéger Ultramar. Par exemple, l'alinéa 2b) dispose ce qui suit :

[traduction] « cessation de l'exploitation » désigne l'absence d'utilisation par Ultramar, à raison d'au moins quarante pour cent (40 %), suivant une moyenne annuelle, de la capacité nominale de mise en réservoir des installations qui s'établit à 67 900 barils (10,8 millions de litres); *Ultramar n'est pas réputée avoir cessé d'exploiter les installations si elle convainc le commissaire, de manière raisonnable, que cette exigence n'a pas été remplie à cause d'un cas fortuit, de travaux d'entretien normaux, du réaménagement de la mise en réservoir aux installations et au terminal d'Ultramar conformément à l'annexe A ci-jointe, d'enlèvements déficitaires ou d'autres circonstances semblables.* (non mis en évidence dans l'original)

[24] En outre, l'alinéa 5d) du POC prévoit que pendant la période de validité de l'ordonnance ou jusqu'à la vente des installations, Ultramar se conforme à l'obligation suivante :

[traduction] sauf cas fortuit et sous réserve des lois fédérales et provinciales et de leurs règlements d'application, ainsi que des règlements municipaux et régionaux, conserver aux installations ou aux installations d'Ultramar remises à neuf au moins deux (2) bras de chargement servant au mélange de l'éthanol carburant et de l'essence pendant toute l'année et, l'été, de l'essence de base appropriée (c.-à-d. l'essence à faible pression de vapeur), *tant que la demande de ce produit représente au moins cinquante pour cent (50 %) du volume moyen annuel d'éthanol carburant vendu par Coastal de 1997 à 1999, soit 2,5 millions de litres.* (non mis en évidence dans l'original)

[25] En ce qui concerne le volume minimum de produits pétroliers raffinés devant être offert aux distributeurs indépendants, l'alinéa 6b) du POC prévoit ce qui suit :

[traduction] Ultramar ne contrevient pas à la présente ordonnance si, au cours d'une année d'approvisionnement, ses ventes réelles aux distributeurs indépendants sont inférieures au volume de produits pétroliers raffinés devant être offert en application des présentes, à la condition qu'elle puisse raisonnablement convaincre le commissaire que le

non-respect de cette exigence est imputable à un cas fortuit, à des travaux d'entretien normaux, au réaménagement de la mise en réservoir aux installations et au terminal d'Ultramar conformément à l'annexe A, à des enlèvements déficitaires ou à d'autres circonstances semblables. (non mis en évidence dans l'original)

### **La procédure de consultation publique**

[26] L'alinéa 65(2)f des *Règles du Tribunal de la concurrence* (DORS/96-307) (les « Règles ») prévoient, lorsque le registraire fait publier dans la *Gazette du Canada* et dans les journaux un avis du dépôt d'une demande d'ordonnance par consentement, que l'avis précise la date limite fixée pour le dépôt des commentaires ou des demandes d'autorisation d'intervenir, laquelle date doit suivre de 21 jours francs la date de publication de l'avis dans la *Gazette du Canada*.

[27] Conformément au paragraphe 84(3) des Règles, dès le dépôt de commentaires, le registraire en transmet des copies aux parties. Le paragraphe 85(1) dispose que, dans les sept jours suivant l'expiration du délai imparti pour le dépôt des commentaires, le directeur signifie une réplique à l'auteur des commentaires, et les autres parties peuvent faire de même.

[28] En l'occurrence, trois personnes ont déposé des commentaires auprès du Tribunal, soit M. Joseph Myatt, MacEwen Petroleum Inc. et Democracy Watch Inc. Le commissaire et la défenderesse ont produit des répliques conformément aux Règles.

[29] Le Tribunal a accueilli favorablement ces commentaires écrits. Aucune demande d'autorisation d'intervenir n'a été déposée. Le Tribunal a jugé utile de prendre connaissance de ces commentaires et d'obtenir du commissaire des explications concernant sa réplique à certains de ceux-ci. Il a proposé qu'on demande à M. MacEwen s'il souhaitait comparaître, mais les parties ont estimé que cela pourrait retarder le déroulement de la procédure. Aucune demande n'a donc été faite.

### **Le critère juridique applicable**

[30] Comme l'a dit le Tribunal dans *Directeur des enquêtes et recherches c. La Compagnie pétrolière Impériale Ltée* (26 janvier 1990), CT8903/390, Motifs et décision à la p. 18, [1990] D.T.C.C. n° 1 (QL) :

... 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.

[31] Comme mentionné également dans *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (7 juillet 1989), CT8801/576, Motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989 aux pp. 71-72, [1989] D.T.C.C. n° 29 (QL) (version anglaise publiée dans (1989), 27 C.P.R. (3e) 476 à la p. 512) :

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. 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. (renvoi omis)

[32] Dans *Directeur des enquêtes et recherches c. Asea Brown Boveri Inc.* (6 septembre 1989), CT8901/101, Motifs de l'ordonnance par consentement en date du 15 juin 1989 à la p. 25, [1989] D.T.C.C. n° 35 (QL), le Tribunal a dit ce qui suit :

Le Tribunal croit que les mesures proposées sont compatibles avec les objectifs de la Loi sur la concurrence et qu'elles sont tout à fait raisonnables. Le Tribunal n'en conclut pas pour autant qu'elles constituent la meilleure solution possible au problème. Il ne lui appartient pas de tirer une telle conclusion.

[33] Il importe de signaler que le Tribunal doit être convaincu « que les mesures proposées dans l'ordonnance par consentement sont *suffisamment bien définies pour être efficaces et exécutables* » (non mis en évidence dans l'original) (*Asea Brown Boveri*, précitée au § [32], à la p. 24) et que le redressement proposé satisfait aux objectifs de la Loi. Le Tribunal détermine uniquement si les mesures proposées sont de nature à supprimer la diminution sensible de la concurrence qui, autrement, résulterait du fusionnement. Il ne détermine pas si d'autres redressements sont davantage susceptibles de faire échec à la diminution sensible de la concurrence.

### **L'analyse de l'ordonnance proposée**

[34] L'avocat du commissaire fait valoir que la diminution sensible de la concurrence découlant de l'acquisition du terminal par Ultramar résulterait de l'utilisation économique optimale, par cette dernière, des éléments d'actif acquis : fermeture du terminal de Coastal, non-réouverture de son propre terminal et conclusion d'un accord de stockage avec un tiers exploitant un terminal à Ottawa et ayant une capacité excédentaire (transcription, vol. 2 à la p. 123 (7 avril 2000)). L'avocat prétend que le POC fait obstacle à de telles conséquences.

[35] En ce qui concerne le prix auquel Ultramar sera tenue de vendre ses produits pétroliers raffinés et son éthanol carburant, l'avocat du commissaire soutient que les alinéas 5f) et 5g) du POC garantissent suffisamment qu'Ultramar négociera conformément aux pratiques ayant habituellement cours sur le marché (qui consistent à offrir des rabais sur le prix de gros affiché) et que la fixation du prix maximum des produits pétroliers raffinés à l'alinéa 5f) du POC est une mesure suffisante. Dans le même ordre d'idée, l'avocat de la défenderesse soutient également que les conditions sont suffisamment efficaces et exécutoires pour remédier à la diminution sensible de la concurrence et que les « aspects économiques de l'opération », c'est-à-dire le fait qu'Ultramar a dû investir des sommes considérables pour se porter acquéreur des éléments d'actif, incitent grandement Ultramar à vendre ses produits pétroliers à un prix concurrentiel pour reconstituer son avoir. Plus précisément, si Ultramar décidait d'exiger le prix maximum, elle s'aliénerait la clientèle des distributeurs indépendants.

[36] L'avocat du commissaire a reconnu qu'il était théoriquement possible qu'Ultramar se soustraie à son obligation d'approvisionner les distributeurs indépendants à des prix raisonnables sur le plan commercial, mais qu'aucun argument économique rationnel n'étayait la réalisation d'une telle possibilité.

[traduction] ... Il est théoriquement possible [...] qu'Ultramar remplisse ces citernes et offre aux distributeurs indépendants de les approvisionner à des conditions prohibitives.

Elle pourrait le faire pendant les trois ans nécessaires pour se dégager de son obligation d'offrir l'approvisionnement. Parce que, évidemment, si elle n'approvisionne personne, le volume de son débit diminuera, la moyenne continue de l'approvisionnement qu'elle est tenue d'assurer pendant trois ans fléchira et, dans trois ans, cette moyenne pourra correspondre à zéro litre par an.

Or, nous affirmons qu'aucun argument économique rationnel ne justifierait Ultramar d'adopter une telle stratégie.

Transcription, vol. 2 aux pp. 127-28 (7 avril 2000).

[37] L'avocat du commissaire a par ailleurs ajouté que ce qu'il souhaite obtenir est

[traduction] ... l'obligation de maintenir des installations, ce qui implique le maintien d'une capacité excédentaire coûteuse, l'obligation d'offrir des produits en vente, l'établissement d'un plafond quant au prix maximum affiché et la fixation d'un prix maximum inférieur à la moyenne des sept dernières années à Ottawa, ainsi que l'obligation de négocier...

Transcription, vol. 2 à la p. 128 (7 avril 2000).

[38] Le Tribunal craint que l'expression « à des prix de gros devant être négociés » utilisée aux alinéas 5f) et 5g) ne rende Ultramar débitrice d'aucune obligation exécutoire concernant les prix auxquels elle devrait vendre ses produits aux distributeurs indépendants. En outre, le POC ne prévoit aucune exigence de négocier d'autres conditions contractuelles, comme les modalités de crédit ou de livraison.

[39] L'avocat du commissaire fait valoir avec persistance que le POC adhère à la pratique qui a cours dans ce secteur d'activité, savoir la négociation de rabais, de sorte que le POC contraint Ultramar à continuer dans cette voie. Le Tribunal lui a demandé d'étayer l'affirmation selon laquelle l'expression « à des prix négociés » implique la négociation d'autres éléments que le prix. L'avocat a répété que la seule obligation faite à Ultramar est de négocier le prix auquel un volume minimum doit être offert en vente et que si Ultramar refusait de négocier autre chose que le prix maximum, elle contreviendrait à l'ordonnance. L'interprétation du commissaire n'a aucun fondement juridique et elle est contraire au droit actuel.

[40] L'avocat de la défenderesse a attiré l'attention du Tribunal sur un certain nombre de décisions : *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd. and LaHave Developments Ltd.* (No 3) (1991), 106 N.S.R. (2e) et 288 A.P.R. 180, *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd. and LaHave Developments Ltd.* (No 3) (1992), 112 N.S.R. (2e) et 307 A.P.R. 180, *Mason v. Freedman*, [1958] R.C.S. 483 et *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3e) 19 (C.S.C.), à l'appui de l'argument selon lequel le jumelage des expressions « de bonne foi » et « à des prix de gros devant être négociés » crée une obligation exécutoire de négocier de bonne foi, ce qui exclut qu'Ultramar exige le prix maximum prévu à l'alinéa 5f) du POC. Bien que ces décisions énoncent clairement le principe voulant que les parties à un contrat doivent exercer les droits que celui-ci leur confère avec honnêteté, équité et bonne foi, et non de manière arbitraire, elles semblent peu pertinentes en ce qui concerne le caractère exécutoire du POC. Dans toutes ces affaires, le contrat créait une obligation exécutoire. Le Tribunal estime que, en l'espèce, les alinéas 5f) et 5g) ne créent pas d'autres obligations que celle de négocier de bonne foi. Selon l'arrêt *Walford v. Miles*, [1992] 2 A.C., à la p. 128, l'obligation de négocier de bonne foi n'est pas susceptible d'exécution. Voici un extrait de l'ouvrage *Chitty on Contracts* (H.G. Beale et al., 28e éd., London, Sweet & Maxwell Limited, 1999) où de nombreuses affaires sont citées à la note 87 figurant à la page 145 :

[traduction] ... il est établi que le seul engagement à négocier ne constitue pas un contrat, car il est trop incertain pour avoir force obligatoire.

Puis, à la page 147, les auteurs ajoutent :

[traduction] Par contre, *la promesse de négocier de bonne foi* obligerait son auteur à s'abstenir d'adopter une position déraisonnable ou exagérée pendant les négociations; *il est difficile de préciser la teneur de cette obligation, car bien qu'elle protège la faculté de chacune des parties de défendre ses intérêts, la promesse est trop vague pour être susceptible d'exécution.* (non mis en évidence dans l'original)

Les décisions en droit du travail ne s'appliquent pas, car elles sont rendues en fonction d'exigences légales qui sont étrangères à la demande dont est saisi le Tribunal.

[41] Vu la preuve et les observations des avocats, il appert que les alinéas 5f) et 5g) du POC ne sont ni efficaces ni exécutoires. En fait, il n'y a rien de justiciable dans ces alinéas, sauf l'obligation d'Ultramar d'offrir ses produits à un prix égal à la moyenne mensuelle du prix de gros affiché à Montréal par les raffineurs nationaux, majoré de 0,5 cent le litre. Même si l'expression « de bonne foi » employée dans les alinéas susmentionnés s'appliquait, comme le

prétend l'avocat, aux « prix de gros devant être négociés », et non seulement à l'obligation d'« offrir [aux distributeurs indépendants] de les approvisionner », l'énoncé de l'ordonnance modifiée correspondant à « sauf cas fortuit, offrir de bonne foi [...] de les approvisionner » n'apaise pas la crainte du Tribunal que l'ordonnance ne crée aucune obligation exécutoire quant au prix. En effet, une fois qu'Ultramar aura offert de vendre des produits pétroliers aux distributeurs indépendants et que le prix maximum aura été offert, Ultramar sera présumée avoir respecté l'ordonnance. Aucune disposition de l'ordonnance ne contraindra alors Ultramar à offrir des rabais, des modalités raisonnables de crédit et de livraison ou d'autres conditions qui pourraient être tenues pour raisonnables sur le plan commercial. Le Tribunal ne laisse pas entendre que l'emploi des mots « conditions raisonnables sur le plan commercial » est le seul moyen de remédier aux lacunes du POC. Il fait plutôt mention de cette expression pour mettre en évidence le caractère non justiciable des mesures prévues dans le POC.

[42] En ce qui a trait à l'alinéa 5g) du POC, le Tribunal reconnaît que, contrairement au prix des produits pétroliers raffinés, le prix de l'éthanol carburant ne fait l'objet d'aucun affichage public. Nul tribunal, cour de justice ou arbitre indépendant ne peut fixer le prix en application de l'alinéa 5g) du POC ou arrêter les conditions raisonnables sur le plan commercial. Il n'y a pas d'obligation exécutoire.

[43] Le Tribunal a, à l'égard du POC, les mêmes craintes qu'il avait dans *La Compagnie pétrolière Impériale*. Tout comme dans cette affaire (précitée au § [30], à la p. 82), l'ordonnance que tentent d'obtenir le commissaire et Ultramar

. . . repos[e] sur la vraisemblance d'une diminution sensible de la concurrence, la preuve produite vis[e] à réfuter cette hypothèse. La preuve tent[e] de démontrer que le fusionnement ne constitu[e] aucun risque pour la concurrence, parce qu'une capacité excédentaire existerait pendant plusieurs années encore...

Puis, dans la même affaire, à la p. 95 :

Le Tribunal s'est concentré, dans la présente cause, sur l'efficacité et le caractère exécutoire des dispositions particulières proposées pour établir la garantie d'approvisionnement. Autrement dit : les dispositions permettront-elles d'obtenir les résultats qu'elles doivent, de l'avis du directeur, permettre d'obtenir? Assureront-elles un approvisionnement concurrentiel, à la part du marché détenue par les détaillants indépendants, qui sera au moins comparable à la situation précédant le fusionnement?

Le Tribunal partage également en l'espèce les préoccupations exprimées dans *La Compagnie pétrolière Impériale*, aux pages 99 et 100 :

Malgré les changements apportés au POC par le directeur et Impériale avant la fin de l'audience, le Tribunal craint que des problèmes ne subsistent. Le Tribunal craint que l'obligation « d'offrir » ou de mettre en vente, en l'absence de dispositions établissant les prix concurrentiels ou de mécanismes à cet effet, ne constituerait pas une disposition efficace pour ce qui est de l'approvisionnement. Bien que le Tribunal reconnaisse qu'une clause relative au prix pourrait nuire à la concurrence (en fixant un prix minimal idéal

autour duquel se stabiliserait le secteur d'activité), sans mécanisme (même rétroactif) pour établir le prix ou arrangement garantissant l'approvisionnement, l'exigence relative à « l'offre » d'un certain volume d'essence semble n'être ni exécutoire, ni efficace. Comme il a été mentionné, lorsque la position d'un fournisseur, à la fois sur l'axe d'approvisionnement et sur l'axe des prix, est indéterminée, la garantie d'approvisionnement n'est pas, à toute fin pratique, valable.

[44] Le Tribunal n'est pas disposé à revenir sur sa décision, dans *La Compagnie pétrolière Impériale*, d'exiger que les dispositions garantissant l'approvisionnement aient un caractère exécutoire. Même s'il convient que le redressement proposé dans cette affaire n'est pas le seul susceptible de remédier au problème de l'approvisionnement, les parties doivent soumettre à son approbation un POC dont les dispositions sont efficaces et exécutoires.

[45] Les avocats de la défenderesse et du commissaire disent craindre que l'emploi de l'expression « conditions raisonnables sur le plan commercial » ou d'autres expressions semblables n'incite les distributeurs indépendants à négocier sans cesse avec le commissaire ou à recourir systématiquement au Tribunal. Bien que le Tribunal juge légitime la volonté d'Ultramar d'échapper à des négociations ou à des différends incessants, les distributeurs indépendants devraient pouvoir s'en remettre à des dispositions claires et précises. Clarté et précision sont essentielles pour faire en sorte que les distributeurs indépendants sachent quelles conditions énoncées dans le POC régiront Ultramar après la clôture de l'acquisition de Coastal. De plus, la bonne compréhension des conditions du POC par les personnes qu'il est susceptible de toucher peut faciliter la mise en oeuvre et l'application du POC par le commissaire. Comme mentionné dans *Air Canada* (précitée au § [31], à la p. 80), contrairement au redressement de nature structurelle, le redressement de nature « comportementale » exige une plus grande surveillance de la part du commissaire. Dans cette affaire, le Tribunal a reconnu que

... la mise en oeuvre de certaines conditions de l'ordonnance par consentement exigera une *surveillance étroite et constante* de la part du directeur. *De toute évidence* encore, le changement des circonstances ou l'exécution efficace de l'ordonnance exigeront peut-être un retour au Tribunal en vue de *modifier ou d'interpréter l'ordonnance*. (non mis en évidence dans l'original)

Le Tribunal n'est pas opposé à des redressements de type comportemental, mais ceux-ci doivent être efficaces et exécutoires.

[46] L'avocat du commissaire fait valoir que l'ordonnance proposée implique un minimum d'immixtion dans le marché tout en incitant clairement Ultramar à observer les dispositions lui enjoignant de vendre des produits pétroliers raffinés et de l'éthanol carburant sur le marché d'Ottawa. Il ajoute que jusqu'à ce qu'un problème ne se pose dans les faits et ne rende moins concurrentielle la situation des distributeurs indépendants, le Tribunal ne devrait pas se livrer à des conjectures en vue de modifier l'ordonnance pour qu'elle renferme des engagements plus détaillés.

[47] Les avocats du commissaire et de la défenderesse soutiennent que les aspects économiques de l'opération inciteraient Ultramar à respecter l'ordonnance et, plus particulièrement, à offrir des prix concurrentiels aux distributeurs indépendants. Or, le rôle du Tribunal, lorsqu'il est saisi d'un projet d'ordonnance par consentement, n'est pas de souscrire à une théorie économique, mais bien de s'assurer de l'efficacité et du caractère exécutoire de l'ordonnance, c'est-à-dire que ses dispositions sont claires et justiciables et que le redressement proposé satisfait aux objectifs de la Loi.

## **Conclusion**

[48] Le Tribunal est d'avis que les alinéas 5f) et 5g) du POC établissant les obligations d'Ultramar concernant le prix auquel elle doit offrir ses produits pétroliers ne sont pas susceptibles d'exécution en justice puisqu'elles ne font que fixer un prix maximum (dans le cas de l'alinéa 5f)) et créer une obligation de négocier de bonne foi. Aucune mention n'est faite d'une méthode de fixation des prix, de la juste valeur marchande ou d'un autre repère à partir duquel les prix pourraient être fixés en justice. Le non-emploi d'une expression comme « conditions raisonnables sur le plan commercial » fait en sorte qu'Ultramar n'est pas légalement tenue de négocier suivant les pratiques ayant habituellement cours sur le marché. Il se peut qu'Ultramar ait intérêt, du point de vue économique, à négocier véritablement le prix de ses produits avec les distributeurs indépendants. Toutefois, le Tribunal ne peut conclure qu'une ordonnance revêt un caractère exécutoire en s'en remettant uniquement à quelque théorie économique.

[49] Selon le Tribunal, l'approche nouvelle préconisée par les avocats du commissaire et de la défenderesse, savoir « que l'efficacité de l'ordonnance peut reposer sur l'exercice des forces du marché », ne peut être retenue en l'absence d'un fondement juridique clair. Les circonstances qui sont à l'origine de l'ordonnance proposée et, plus précisément, des obligations de type « comportemental » qu'elle renferme, présentent un intérêt, mais ne sont pas déterminantes dans le contexte de l'examen de la demande d'approbation du projet d'ordonnance par consentement. Si le marché pouvait à lui seul apaiser la crainte d'une diminution sensible de la concurrence sans qu'aucune obligation ne soit faite à la défenderesse, les parties n'auraient aucune raison de soumettre un POC à l'approbation du Tribunal. Ce sont les parties, et non le Tribunal, qui ont affirmé que si le fusionnement avait lieu les distributeurs indépendants perdraient leur principal fournisseur. Dans le cadre d'une procédure par consentement, le rôle du Tribunal consiste à faire en sorte que l'ordonnance satisfasse aux critères applicables, c'est-à-dire qu'elle soit efficace, exécutoire et conforme aux objectifs de la Loi.

[50] Vu les circonstances de l'espèce, le Tribunal n'est pas convaincu que le libellé des alinéas 5f) et 5g) du POC, qui portent sur les éléments cruciaux que sont les prix et les conditions de vente, est suffisamment clair pour être susceptible d'exécution en justice et prévoit un redressement efficace qui satisfait aux objectifs de la Loi.

[51] En principe, le Tribunal n'est pas opposé à ce que le POC protège Ultramar, mais il appert qu'aucune protection équivalente n'est accordée aux distributeurs indépendants. Le Tribunal s'inquiète de ce que la protection prévue aux alinéas 2*b*) et 6*b*) puisse avoir une portée plus grande que nécessaire et permettre à Ultramar de se soustraire à ses obligations dans diverses circonstances, y compris les « enlèvements déficitaires ou [...] d'autres circonstances semblables ».

[52] Le Tribunal est également préoccupé par le fait que, en application de l'alinéa 2*b*) du POC, Ultramar ne soit pas réputée avoir « cessé d'exploiter » les installations en raison d'enlèvements déficitaires, ce qui pourrait se produire si le prix offert par Ultramar était supérieur à celui des concurrents. Comme l'enlèvement déficitaire entraîne la réduction du volume minimum de produits pétroliers raffinés devant être offert suivant l'article 6 du POC, Ultramar serait en mesure de réduire son obligation sans pour autant contrevenir à l'ordonnance. L'unique crainte du Tribunal concernant l'exception prévue en cas d'enlèvements déficitaires est qu'elle s'applique aux enlèvements déficitaires découlant de mesures prises par Ultramar.

[53] POUR CES MOTIFS, le Tribunal ordonne le rejet de la demande d'ordonnance par consentement.

FAIT à Ottawa, ce 26<sup>ième</sup> jour d'avril 2000.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) W.P. McKeown

PERSONNES AYANT COMPARU

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

D. Martin Low, c.r.  
Donna Blois

Pour la défenderesse :

Ultramar Ltée

Bruce M. Graham  
Jennifer M.C. Overend