

DANS L'AFFAIRE d'une demande du directeur des enquêtes et recherches
conformément au paragraphe 64(1) de la *Loi sur la concurrence*,
S.R.C. 1970, c. C-23;

ET DANS L'AFFAIRE d'une société en commandite créée en vue de permettre
le fusionnement des systèmes informatisés de réservation Reservec et Pegasus;

ET DANS L'AFFAIRE de The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.;

ET DANS L'AFFAIRE d'une demande présentée par le directeur des enquêtes et
recherches en vertu de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, en vue de
modifier l'ordonnance par consentement
du Tribunal en date du 7 juillet 1989.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

- et -

Air Canada
PWA Corporation
Lignes aériennes Canadien International
The Gemini Group Limited Partnership
The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.
Covia Canada Corp.
Covia Canada Partnership Corp.

Défenderesses

- et -

Association des consommateurs du Canada
American Airlines, Inc.
Procureur général du Manitoba
Alliance canadienne des associations touristiques
Bios Computing Corporation
IBM Canada Limitée
Via Rail Canada Inc.
Unisys Canada Inc.
Council of Canadian Airlines Employees
Procureur général de l'Alberta

Intervenants

MOTIFS ET ORDONNANCE

Date de l'audience :

Les 1^{er}-5, 8-12, 15-19, 22-24, 26 février; les 1^{er}-4 mars 1993

Président de l'audience :

L'honorable juge Barry L. Strayer

Autres membres :

M. Frank Roseman
M. L. Jack Smith

Avocats pour le demandeur :

Le directeur des enquêtes et recherches

Donald B. Houston
Jean G. Bertrand
John S. Tyhurst

Avocats pour les défenderesses :

Air Canada

J. William Rowley, c.r.
William V. Sasso
John F. Clifford
Melanie A. Yach

Lignes aériennes Canadien International et PWA Corporation

Clifton D. O'Brien, c.r.
Robert W. Thompson
Jo'Anne Strekaf
Richard Low

**The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group
Automated Distribution Systems Inc.**

Michael L. Phelan
Timothy J. McCunn
Patricia J. Wilson
Martha A. Healey

Covia Canada Corp. et Covia Canada Partnership Corp.

Robert M. Nelson
William L. Vanveen
Todd J. Burke

Avocats pour les intervenants :

Association des consommateurs du Canada

Rosalie Daly-Todd

American Airlines, Inc.

Colin L. Campbell, c.r.
Lisa Clarkson
David A. Schwarte

Procureur général du Manitoba

Neville D. Shende

Alliance canadienne des associations touristiques

Douglas Crozier

Bios Computing Corporation

Aucune représentation

IBM Canada Limitée

Donald S. Affleck, c.r.

VIA Rail Canada Inc.

Mona Beauchemin

Unisys Canada Inc.

Frank P. Monteleone

Council of Canadian Airlines Employees

Bruce M. Graham

Procureur général de l'Alberta

J.W. McFadzen

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION : REDRESSEMENT DEMANDÉ	7
II.	DONNÉES DE BASE DES PROCÉDURES	13
III.	COMPÉTENCE DU TRIBUNAL EN CE QUI A TRAIT À LA MODIFICATION DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT	21
A.	Considérations d'ordre général	21
B.	Questions de droit	27
C.	Questions de droit et de fait et questions de fait	31
1)	Est-ce que les circonstances ont changé?	31
2)	Peut-on conclure que l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou qu'elle n'aurait pas eu les effets nécessaires?	41
D.	Conclusion	45
E.	Opinion dissidente de M. Roseman au sujet de l'application de l'article 106	47
IV.	LA SITUATION ACTUELLE DE CANADIEN : SOLUTIONS DE RECHANGE À L'ENTENTE AVEC AMR	60
A.	La possibilité de trouver un autre investisseur ou associé stratégique	62
B.	Fusionnement avec Air Canada	65
C.	Restructuration comme transporteur indépendant	67
D.	Possibilité de conclure l'entente AMR sans résilier le contrat de prestation de services	68
E.	Vente d'itinéraires internationaux	70
F.	Conclusion	71
V.	RÉPERCUSSIONS DE L'ÉCHEC DE CANADIEN SUR LES MARCHÉS DU TRANSPORT AÉRIEN	71
A.	Participants de l'industrie	71
B.	Méthode à appliquer pour évaluer les risques d'une diminution sensible de la concurrence	74

C.	« Concurrent dynamique et efficace »	78
D.	Concurrence étrangère	78
E.	« Concurrence réelle restante »	79
	1) Fréteurs	79
	2) Transporteurs régionaux	85
F.	« Obstacles à l'entrée »	86
G.	Conclusion	94
VI.	RÉPERCUSSIONS DE LA MODIFICATION DEMANDÉE SUR LES MARCHÉS DES SIR	95
A.	Introduction	95
B.	Participants de l'industrie	96
C.	Activités de Gemini	97
D.	L'avenir financier de Gemini	102
E.	Conséquences du transfert de la prestation de services pour Gemini	104
	1) Conséquences directement liées au transfert de la prestation de services	105
	2) Conséquences du transfert de la prestation de services à Sabre pour la part de marché des SIR	109
	a) « Prédiposition » et prestation de services	109
	b) Ampleur du transfert de la part de marché	114
F.	L'avenir de Gemini et de la concurrence entre les SIR	122
G.	Conclusion	127
VII.	MESURES DE REDRESSEMENT	128
A.	Facteurs d'ordre général	128
B.	Conditions liées au transfert de la prestation de services	131
VIII.	ORDONNANCE	133

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS ET ORDONNANCE¹

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

Air Canada et les autres

I. INTRODUCTION : REDRESSEMENT DEMANDÉ

Le 7 juillet 1989, le Tribunal a rendu, avec le consentement de toutes les parties, une ordonnance ayant pour effet d'autoriser le fusionnement des systèmes informatisés de réservation (« SIR ») d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien International (« Canadien »), sous réserve de certaines conditions². L'entité née du fusionnement est appelée « Gemini ». Gemini appartient actuellement à parts égales à trois entreprises associées, c'est-à-dire à Air Canada, à la société mère de Canadien, PWA Corporation (« PWA »), à Covia, lequel nom désigne deux sociétés liées, en l'occurrence, Covia Canada Partnership Corporation et Covia Canada Corporation.

¹ Après avoir entendu la cause et rédigé les présents motifs, le Tribunal s'est vu remettre une copie de la décision rendue par la Cour de l'Ontario, Division générale, dans *PWA Corporation v. The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.* (2 avril 1993), (C.J. Ont.) [non publiée]. Le Tribunal a reçu des avocats des observations écrites au sujet de la question de savoir s'il y a lieu de tenir compte de cette décision. Le Tribunal n'a pas jugé nécessaire de le faire.

² Ordonnance par consentement (7 juillet 1989) : pièce A-XVII-11.

Le 5 novembre 1992, le directeur des enquêtes et recherches (le « directeur ») a présenté au Tribunal, en vertu de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence*³ (la « Loi »), une demande en vue de modifier l'ordonnance par consentement de 1989. Le directeur allègue que les circonstances ont changé depuis que l'ordonnance par consentement de 1989 a été rendue et que la concurrence dans le domaine du transport aérien au Canada est maintenant menacée par un contrat de prestation de services que Gemini a conclu avec ses transporteurs associés, c'est-à-dire Air Canada et Canadien. Conformément à ce contrat, Canadien est obligée d'acheter de Gemini les services liés à la gestion de ses systèmes internes de réservation au moins jusqu'en 1999. Selon le directeur, en raison de leur situation financière actuelle, Canadien et sa société mère, PWA, ne peuvent survivre de leur propre chef et, si elles devaient disparaître, que ce soit par suite d'un échec ou du fusionnement avec Air Canada, la concurrence sur les marchés du transport aérien au Canada diminuerait sensiblement. Il soutient que la seule solution possible qui favoriserait la concurrence est un projet d'entente entre PWA et Canadien, d'une part, et la société mère d'American Airlines, Inc. (« American »), AMR Corporation (« AMR ») d'autre part; ce projet prévoit un investissement par AMR d'un montant de 246 millions de dollars dans des titres de participation, un programme pour passagers assidus et un contrat de services de 20 ans. Pour assurer les services, AMR exige un transfert du système interne de

³ L.R.C. 1985, c. C-34.

réservation de Canadien de Gemini à Sabre, le SIR appartenant à American⁴. Le directeur demande donc au Tribunal de modifier son ordonnance par consentement de 1989 en ajoutant au contrat de prestation de services une condition qui permettrait ce transfert. Des parties qui avaient consenti à l'ordonnance par consentement, seules PWA et Canadien appuient la demande de modification du directeur; les autres sociétés propriétaires de Gemini et Gemini elle-même s'y opposent vivement.

Dans l'avis de demande, le directeur a demandé au Tribunal de modifier l'ordonnance par consentement comme suit :

[TRADUCTION]

- 1) Obliger les parties à prévoir la résiliation prématurée du contrat de prestation de services de Gemini en date du 30 juin 1989 ... selon les conditions que pourra établir le Tribunal;

- 2) Obliger les parties à prévoir la résiliation prématurée de tout autre contrat de prestation de services conclu entre The Gemini Group Partnership et les sociétés affiliées à PWA Corporation (« PWA ») ou à AC, selon les conditions que pourra établir le Tribunal;

⁴ Le projet d'entente est énoncé dans divers documents, dont le « Stock Purchase Agreement » [contrat d'achat d'actions] (29 décembre 1992) : pièce confidentielle CA-IX-262. Voici le libellé de la clause 6.2(j) de ce contrat :

[TRADUCTION]

L'acquéreur [AMR, par l'entremise d'une filiale] i) est raisonnablement convaincu que ni la société [Canadien], ni l'acquéreur ou une de leurs affiliées respectives n'est ou ne deviendra responsable envers Gemini Group Limited Partnership ou les associés de celle-ci et les entités liées à celle-ci, y compris The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc., ... de pertes, de frais, de dépenses ou de préjudices importants se rapportant à des réclamations réelles ou possibles quelle qu'en soit leur nature ... qui concernent ou découlent de la négociation, de la signature, de la délivrance ou de l'exécution par la société, par PWA ou par l'une ou l'autre de leurs affiliées des documents relatifs à l'entente à laquelle l'une d'elles est partie ... ou ii) a reçu de la société une décharge inconditionnelle obtenue de Gemini ...

- 3) Subsidairement, exiger la dissolution de The Gemini Group Partnership.

Pendant l'audience, le directeur a modifié quelque peu la demande de redressement. Le 10 février 1993, il a déposé un « projet de modification de l'ordonnance par consentement » dans lequel il demandait que l'ordonnance par consentement soit modifiée par l'ajout du paragraphe suivant :

[TRADUCTION]

LE TRIBUNAL ORDONNE EN OUTRE à Air Canada, à Canadien et à Gemini de prévoir l'interruption des services que Gemini fournit à Canadien et à ses sociétés affiliées conformément au contrat relatif aux systèmes informatisés de réservation en date du 1^{er} juin 1987 ou à toute autre entente ou toute entente qui l'a remplacé selon les conditions suivantes :

- a) Canadien donnera à Gemini un avis de résiliation raisonnable. En cas de désaccord entre les parties quant au délai approprié de l'avis, le Tribunal fixera lui-même ce délai;
- b) sur réception d'un avis de résiliation de Canadien, Gemini collaborera pleinement avec Canadien pour assurer une cessation et un transfert méthodiques du système interne de réservation de Canadien, pourvu que cette dernière paie à Gemini tous les frais engagés ainsi que le coût de tous les travaux que celle-ci exécutera pendant la transition aux taux en vigueur;
- c) si le Tribunal le juge approprié et que les circonstances le justifient, Canadien versera à Gemini un autre montant que le Tribunal déterminera;
- d) toute autre condition que le Tribunal pourra ordonner.

Au cours de l'argumentation finale, le directeur a déclaré qu'à son avis, un délai de 12 mois était raisonnable. Même si elles sont d'accord par ailleurs avec les alinéas a) et b), PWA et Canadien soutiennent qu'un avis de neuf mois est

raisonnable. Elles s'opposent à verser un « autre montant » mentionné à l'alinéa c) pour dédommager Gemini. Toutefois, les avocats de PWA et de Canadien ont pris un engagement envers le Tribunal, selon lequel PWA accordera aux autres sociétés propriétaires de Gemini une option d'acquisition de sa participation dans la société en commandite pour la somme de 1 \$ dès que Canadien aura transféré son système interne de réservation à Sabre et que toutes les questions connexes auront été résolues. Aucune autre partie n'a répondu à cet engagement.

Parmi les défenderesses qui s'opposent au directeur, Gemini elle-même s'est déclarée contre une ordonnance accordant un dédommagement en soutenant que le Tribunal n'a pas la compétence voulue pour l'ordonner. Covia soutient que le Tribunal possède la compétence voulue pour ordonner ce dédommagement, si toutefois il a la compétence voulue pour accorder la demande de modification. Quant à Air Canada, elle ne s'est pas prononcée au sujet du dédommagement.

Plusieurs intervenants ont aussi participé à ces procédures⁵. Le procureur général de l'Alberta, l'Alliance canadienne des associations touristiques (« ACAT »), la société American, l'Association des consommateurs du Canada et le Council of Canadian Airlines Employees ont appuyé la demande du directeur. IBM Canada

⁵ Bien qu'ils soient nominalement des intervenants, le procureur général du Manitoba et Bios Computing Corporation n'ont pas joué un rôle actif.

Limitée (« IBM »), Unisys Canada Inc. (« Unisys ») et VIA Rail Canada Inc. (« VIA ») s'y sont opposées.

Tous les intervenants qui ont étudié la question s'entendent pour dire qu'un délai raisonnable doit être accordé pour la remise d'un avis. American soutient que le transfert du système interne de réservation devrait avoir lieu au plus tôt le 1^{er} avril 1994. IBM, qui fournit à Gemini du matériel informatique conformément à des baux financiers, suggère la date du 30 juin 1995, soit la date d'expiration des baux conclus entre Gemini et IBM. Quant à Unisys, qui fournit à Gemini des services d'entretien du matériel informatique conformément à un contrat, elle exigerait un avis de deux ans, tout comme VIA qui est liée à Gemini par son système interne de réservation.

American et l'ACAT sont généralement d'accord avec l'idée que Canadien paie d'une façon quelconque à Gemini les frais que celle-ci engagera pour faciliter le transfert du système interne de réservation. L'ACAT propose plusieurs autres conditions qui permettraient essentiellement aux abonnés de SIR au Canada de changer de SIR pendant une période libre immédiatement après le transfert du système interne de réservation de Canadien, quelle que soit la date à laquelle leur contrat devrait par ailleurs être renouvelé. L'ACAT demande également au Tribunal d'interdire aux lignes aériennes qui sont propriétaires de commercialiser leur SIR au

Canada et de forcer PWA à abandonner sa participation dans Gemini, si l'ordonnance est accordée.

II. DONNÉES DE BASE DES PROCÉDURES

En juin 1987, Air Canada et Canadien avaient fusionné leurs SIR précédemment indépendants, appelés respectivement Reservec et Pegasus, pour former Gemini. Le fusionnement a été accompli par l'entremise d'une société en commandite. À l'origine, Air Canada et PWA détenaient chacune une participation de 50 % dans la société en commandite (The Gemini Group Limited Partnership) et dans le commandité qui en dirige l'exploitation (The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.).

Après le fusionnement, Gemini, Air Canada et Canadien ont conclu un « contrat relatif aux systèmes informatisés de réservation » en date du 1^{er} juin 1987⁶, dont il est fait mention dans la demande modifiée de redressement (précitée) du directeur. Conformément à l'article 2.02 de ce contrat, Canadien et Air Canada ont accordé à Gemini le droit exclusif de gérer leurs systèmes internes de réservation pendant une période prolongée. Le contrat peut être résilié suivant le consentement

⁶ Pièce A-V-105.

des parties, lors de la dissolution de la société en commandite ou deux ans suivant la date à laquelle Air Canada ou PWA cesse d'être associée (article 9.01). Le contrat de société en commandite de la même date permet à un associé, au cours de diverses « périodes libres », soit à des intervalles de dix ans, de se dissocier de la société en commandite en vendant sa participation avec le consentement des deux tiers des commanditaires (y compris elle-même) et du commandité⁷. PWA aurait donc pu se retirer en 1997, la première de ces périodes libres, et mettre fin aux ententes de prestation de services liant Canadien et Gemini en 1999.

Le contrat de 1987 a été remplacé par un « contrat de prestation de services avec Gemini » en date du 30 juin 1989⁸. Cette entente a été conclue entre les mêmes parties en même temps que Covia est devenue la troisième associée dans Gemini. Cette version comporte des clauses similaires en ce qui a trait à l'octroi de l'exclusivité en faveur de Gemini relativement à la prestation de services. C'est encore en 1997 que PWA pourrait, au cours de la première période libre (soit à des intervalles de cinq ans maintenant), vendre sa participation, bien que six mois après la date prévue dans le contrat de société en commandite initial⁹.

⁷ Pièce R-IA-2 à l'annexe B.

⁸ Pièce A-I-43.

⁹ « First Restated and Amended Limited Partnership Agreement » [Premier contrat de société en commandite modifié] (30 juin 1989) : pièce A-I-44 à l'annexe B.

Le directeur a initialement contesté le fusionnement de Gemini en vertu de l'article 92 (alors l'article 64) de la Loi en mars 1988 en présentant une demande au Tribunal en vue de faire dissoudre le fusionnement. Dans l'avis de demande, le directeur a allégué que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans la [TRADUCTION] « prestation de services de systèmes informatisés de réservation ... aux lignes aériennes, aux agents de voyage et aux consommateurs au Canada »¹⁰. L'avis comporte également un énoncé des facteurs que le directeur avait l'intention d'invoquer devant le Tribunal en ce qui a trait aux répercussions concurrentielles de la présence de Gemini sur le marché canadien des SIR et à d'autres conséquences découlant du fusionnement, notamment ses effets sur la concurrence dans l'industrie du transport aérien et ses répercussions pour les agents de voyage et pour les consommateurs. Le directeur a allégué qu'Air Canada et Canadien pourraient réellement éliminer les SIR qui font concurrence à Gemini et bloquer l'entrée sur le marché canadien des SIR en refusant à d'autres SIR l'accès aux renseignements fournis à Gemini et en omettant de participer pleinement dans d'autres SIR. Il a ajouté qu'elles seraient capables de consolider leur position dominante sur le marché des lignes aériennes en utilisant Gemini pour défavoriser les transporteurs aériens rivaux réels ou possibles en affichant des renseignements inexacts ou biaisés ou en leur refusant l'accès à Gemini.

¹⁰ Pièce A-XVII au para. 1.

La demande contestée a été convertie en demande d'ordonnance par consentement conformément à l'article 105 de la Loi en avril 1989. Air Canada, PWA, Gemini et le directeur ont conclu une entente concernant l'imposition, à Air Canada, à Canadien et à Gemini, de conditions que toutes les parties ont jugées suffisantes pour que le fusionnement ait lieu sans avoir pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Ces conditions proposées ont été présentées au Tribunal dans un projet d'ordonnance par consentement et, après plusieurs révisions, cette ordonnance a finalement été rendue le 7 juillet 1989.

Dans les motifs, le Tribunal décrit l'ordonnance par consentement comme étant constituée de « deux parties distinctes ». Même si plusieurs changements ont été apportés pendant l'audience, la structure fondamentale de l'ordonnance est restée la même. La première partie concerne principalement les lignes aériennes qui sont propriétaires de Gemini et leur position sur le marché du transport aérien en qualité de transporteurs dominants au Canada et sur le marché des SIR comme copropriétaires de Gemini. La seconde partie renferme un code général de conduite à l'intention des exploitants et des transporteurs aériens qui sont propriétaires de SIR au Canada.

Selon la première partie de l'ordonnance, Air Canada, Canadien et, par leur entremise, leurs lignes aériennes affiliées sont tenues de participer à tous les SIR

exploités au Canada, de mettre à la disposition de ces SIR tous les renseignements et les caractéristiques qu'elles fournissent à Gemini et d'offrir des liens d'accès directs à d'autres SIR sur demande. Les liens d'accès directs permettent aux agents de voyage de réserver les quelques dernières places disponibles (« accessibilité aux dernières places ») à bord de tout vol d'Air Canada ou de Canadien par l'entremise d'un SIR qui est exploité au Canada et qui a demandé l'accès. Sans les liens, seuls les agents utilisant Gemini seraient en mesure de réserver ces dernières places.

Air Canada et Canadien doivent également aviser tous les agents de voyage qui vendent leurs produits que l'utilisation d'un SIR en particulier n'est pas une condition de participation aux avantages promotionnels et aux incitatifs offerts par les lignes aériennes. En outre, l'ordonnance vise à empêcher la collusion de la part des transporteurs propriétaires en ce qui a trait au marché du transport aérien en leur interdisant d'échanger, par l'entremise de Gemini, tout renseignement commercial confidentiel qui pourrait faciliter des accords de partage des marchés ou de fixation des prix.

La seconde partie de l'ordonnance se compose des « Règles régissant les SIR ». Air Canada, Canadien, PWA et Gemini sont expressément tenues par l'ordonnance de se conformer à ces règles. Tout autre SIR qui demande un lien d'accès direct à Air Canada ou à Canadien (ce que Sabre a fait depuis) est tenu

d'intégrer les règles dans le contrat correspondant, de sorte que les règles seront généralement applicables au Canada.

Selon les règles, un SIR est tenu d'inscrire et d'afficher, sans parti pris, les données sur les vols disponibles (cela signifie qu'il est interdit d'afficher des données de façon à favoriser les transporteurs propriétaires au détriment des autres transporteurs qui participent au système) et tous les transporteurs participants doivent être traités de façon égale. Les règles énoncent également les conditions des contrats conclus entre le serveur de système, d'une part, et les transporteurs participants et les abonnés (agents de voyage), d'autre part. Elles obligent aussi le transporteur propriétaire d'un SIR à fournir des renseignements opportuns et complets aux autres SIR, à permettre à tous ces systèmes d'émettre ses billets et à informer tous les agents de voyage que l'utilisation d'un SIR donné ne constitue pas une condition de participation aux avantages promotionnels et incitatifs offerts par cette ligne aérienne.

Étant donné que le projet d'ordonnance par consentement présenté au Tribunal traduisait l'entente intervenue entre le directeur et les défenderesses, les préoccupations soulevées au cours de l'audience, dont certaines ont donné lieu à des révisions du projet, étaient celles définies par certains intervenants ou par le Tribunal lui-même. Le Tribunal examine assez longuement ces préoccupations dans l'exposé de ses motifs. Les principaux aspects relevés dans les motifs étaient la concentration

de Gemini sur le marché à la suite du fusionnement, notamment dans les petits centres, la possibilité qu'Air Canada et Canadien poursuivent des pratiques de ventes liées des services aériens pour favoriser l'utilisation de Gemini, l'accroissement des occasions pour Air Canada et Canadien de se livrer à une conduite collusoire par l'entremise de Gemini, et le moment auquel les liens d'accès directs seraient offerts à d'autres SIR et les coûts pertinents.

Il importe de signaler que plusieurs questions n'ont pas été soulevées dans l'ordonnance ou dans les motifs. Ainsi, on n'y trouve aucune déclaration d'acceptation ou d'approbation explicite du fusionnement par le Tribunal. Comme les motifs en font état, le rôle du Tribunal dans une procédure d'ordonnance par consentement consiste à déterminer si l'ordonnance 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 éliminée¹¹. L'ordonnance par consentement n'a pas pour effet d'exiger qu'Air Canada et Canadien soient liées à Gemini pour la prestation de services; elle ne fait nullement état du contrat de prestation de services que le directeur veut maintenant modifier et encore moins d'une indication voulant que le contrat soit approuvé ou non. Le fait qu'Air Canada et Canadien étaient liées à

¹¹ Motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989 : pièce A-XVII-12 à la p. 75.

Gemini pour la prestation de services (par l'entremise de Reservec et Pegasus) n'a été examiné que dans le cadre de l'étude des renseignements de base ayant donné lieu à la procédure d'ordonnance par consentement¹².

L'ordonnance par consentement a apparemment permis de promouvoir la concurrence sur le marché des SIR au Canada. D'après la preuve présentée devant le Tribunal, l'entreprise de Sabre au Canada a prospéré. Même si le succès de Sabre ne peut être attribué entièrement à l'ordonnance par consentement, aucune plainte ou préoccupation n'a été soulevée devant le Tribunal au sujet de certaines conditions de l'ordonnance ou des règles régissant les SIR.

III. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL EN CE QUI A TRAIT À LA MODIFICATION DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT

A. Considérations d'ordre général

La question de savoir si le Tribunal a la compétence voulue pour statuer sur la présente demande dépend de l'interprétation et de l'application de l'article 106 de la Loi, dont le libellé est le suivant :

¹² *Ibid.* aux pp. 9-10, note 2, extrait de l'exposé conjoint des faits déposé par les parties au para. 24.

106. Le Tribunal peut annuler ou modifier une ordonnance rendue en application de la présente partie lorsque, à la demande du directeur ou de la personne, à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue, il conclut que :

a) les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé et que, sur la base des circonstances qui existent au moment où la demande prévue au présent article est faite, l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet;

b) le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue ont consenti à une autre ordonnance.

106. Where, on application by the Director or a person against whom an order has been made under this Part, the Tribunal finds that

(a) the circumstances that led to the making of the order have changed and, in the circumstances that exist at the time the application is made under this section, the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose, or

(b) the Director and the person against whom an order has been made have consented to an alternative order,

the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

Le directeur et ceux qui l'appuient soutiennent que nous avons le droit, en vertu de l'alinéa 106a), de modifier l'ordonnance par consentement en date du 7 juillet 1989 selon la demande. Il est évident que l'alinéa 106b) ne s'applique pas, étant donné que certaines des parties contre lesquelles l'ordonnance par consentement a été rendue ne consentent pas maintenant à une modification de cette ordonnance. En outre, il convient de signaler qu'on ne demande pas au Tribunal d'annuler l'ordonnance par consentement : en fait, on ne se plaint pas de ce qui est énoncé dans l'ordonnance, mais seulement de ce qui n'y est pas prévu.

Étant donné que l'article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*¹³ prévoit que seuls les juges doivent trancher les questions de droit et étant donné que les membres de la présente formation ne s'entendent pas à l'unanimité au sujet de l'application de l'article 106 à ces faits, il faut faire une distinction entre les questions de droit (celles qui doivent être tranchées par le juge), d'une part, et les questions de droit et de fait et les questions de fait (qui peuvent être tranchées par tous les membres), d'autre part.

On nous a proposé d'interpréter notre compétence en l'espèce en nous fondant sur certains principes de droit généraux et sur les caractéristiques générales du Tribunal. Ces principes et caractéristiques ne peuvent avoir qu'une utilité restreinte. Il a aussi été soutenu qu'on nous demande en fait à tort de formuler une politique sur la possibilité que des lignes aériennes et des SIR exploités au Canada appartiennent à des étrangers ou soient contrôlés par ceux-ci ou sur la possibilité que les lignes aériennes soient réglementées de nouveau. Il est évident que le Tribunal n'a pas la compétence voulue pour formuler cette politique et il n'a pas l'intention de le faire. Notre rôle consiste à protéger la concurrence au Canada selon les critères établis par la *Loi sur la concurrence*; la question de savoir si les décisions que nous rendons en application de cette Loi, dans les limites de notre compétence, ont une incidence en ce qui a trait à l'élaboration de ce genre de politiques par d'autres ne saurait nous

¹³ L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 19.

préoccuper indûment. Nous devons rendre nos jugements en nous fondant sur les lois et les politiques existantes.

Pour définir notre compétence, nous devons nous reporter au libellé de l'article 106. Le Tribunal de la concurrence est un organisme constitué par une loi et ses pouvoirs quant au fond se limitent à ceux que le Parlement lui a donnés. Nous devons donc examiner avec soin les mots que le Parlement a utilisés pour déterminer les conditions dans lesquelles le pouvoir de modifier une ordonnance peut être exercé. Les parties n'ont pu citer au Tribunal une décision portant directement sur le sens de l'article 106, ce qui est bien compréhensible. En effet, l'interprétation des pouvoirs dont le Tribunal dispose en vertu de la Loi en est encore relativement à l'état embryonnaire. Le Tribunal a été grandement aidé en l'espèce par les recherches et les arguments qu'ont présentés tous les avocats au sujet de cette épineuse question. On ne nous a pas demandé de trancher au préalable la question de la compétence comme question de droit et le juge présidant les procédures interlocutoires préliminaires n'a pas cru opportun de suggérer que nous le fassions. Il a semblé que les questions de compétence en litige ne se limitaient pas à des questions de droit pur pouvant être tranchées indépendamment des conclusions de fait, condition qui se

serait appliquée si, en nous fondant sur l'article 48 de nos règles¹⁴, nous avons cherché à invoquer la règle 474 des Règles de la Cour fédérale¹⁵.

Pour interpréter et appliquer l'article 106, le Tribunal doit tenir dûment compte de la vaste portée de l'interprétation et de l'application que le directeur préconise à l'appui de sa demande de modification de l'ordonnance par consentement. Cette modification consiste en l'ajout d'une condition qui mettrait fin à un lien contractuel autre qu'un fusionnement. Il faut se rappeler que, si la demande initiale du directeur fondée sur l'article 92 de la Loi avait été accueillie sans le consentement des parties, le pouvoir du Tribunal se serait limité à celui d'ordonner la dissolution du fusionnement et le dessaisissement des éléments d'actif. En vertu du sous-alinéa 92(1)e)(iii), le Tribunal aurait pu « prendre toute autre mesure » uniquement si les parties visées par cette mesure y avaient consenti. Cependant, la demande fondée sur l'article 92 n'a pas été tranchée par suite d'une procédure contestée, les parties ayant demandé une ordonnance par consentement en application de l'article 105 pour régler la demande. Par définition, les conditions imposées dans une ordonnance par consentement ne peuvent être imposées que suivant le consentement de toutes les parties. Le directeur demande maintenant au Tribunal de modifier l'ordonnance par consentement pour imposer des mesures relatives à la résiliation du contrat de

¹⁴ *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/87-373.

¹⁵ Se reporter à *Berneche c. R.*, [1991] 3 C.F. 383 (C.A.).

prestation de services, mesures que n'acceptent manifestement ni Gemini ni deux de ses propriétaires associés, c'est-à-dire Air Canada et Covia. Ces mesures sont demandées plus de cinq ans après le fusionnement initial dont la contestation a constitué le fondement de l'ordonnance par consentement rendue en 1989. Dans la mesure où, comme le directeur le soutient, les nouvelles mesures demandées maintenant concernent le fusionnement, la demande est présentée bien après le délai de prescription de trois ans imposé par l'article 97 de la Loi en ce qui a trait aux procédures visant à contester les fusionnements. La validité d'une décision ayant pour effet d'ordonner des mesures de ce genre, qui ne constituent ni une dissolution ni un dessaisissement au sens de l'article 92 et qui ne font pas l'objet d'un consentement selon les articles 105 et 106, sera examinée plus loin. Cependant, en tout temps, il faut se rappeler l'importance de la demande du directeur.

Le Tribunal examinera, comme questions de droit, les critères que l'article 106 impose à l'égard de la modification d'une ordonnance. Il devra ensuite déterminer, comme questions de droit et de fait ou comme questions de fait, si ces critères ont été établis en l'espèce.

B. Questions de droit

De l'avis du Tribunal, il faut interpréter l'ensemble de l'alinéa 106a) de la Loi pour que le Tribunal puisse modifier une ordonnance rendue précédemment

uniquement lorsque celle-ci ne permet plus de réaliser de façon appropriée les objectifs pour lesquels elle a été demandée et rendue.

D'abord, le Parlement énonce qu'une modification ne peut être ordonnée que lorsque « les circonstances ayant entraîné l'ordonnance » ont changé. Si un changement touchant un fait de base avait été suffisant, le Parlement aurait probablement utilisé des mots semblables à ce qui suit : [TRADUCTION] « si les circonstances qui existaient lorsque l'ordonnance a été rendue ont changé... »¹⁶. En utilisant plutôt les mots « ayant entraîné », le Parlement voulait sans doute que l'on prouve un lien de cause à effet direct entre l'existence de certaines circonstances et la décision du Tribunal et non simplement la pertinence logique d'une situation qui existait à l'époque.

En deuxième lieu, selon l'alinéa 106a), le Tribunal doit aussi, afin de modifier une ordonnance, être d'avis que le changement est tel qu'aujourd'hui, sur la base des circonstances qui ont changé, « l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet ». Ces mots semblent donner beaucoup d'importance à la cause ou à l'objet de l'ordonnance initiale, tout comme les mots « les circonstances ayant entraîné... ». Ainsi, le Tribunal ne peut modifier

¹⁶ L'expression « les circonstances ayant entraîné l'ordonnance... » semble indiquer de façon aussi claire que la version anglaise (« the circumstances that led to the making of the order ») qu'il est nécessaire d'établir un lien de cause à effet entre les circonstances et l'ordonnance rendue.

une ordonnance rendue précédemment pour la simple raison que l'ordonnance en question semble moins que parfaite aujourd'hui : l'ordonnance ne peut être modifiée que si elle ne permet pas, aujourd'hui, de réaliser de façon appropriée l'objet pour lequel elle a été rendue ou que si elle compromet sérieusement la réalisation de cet objet.

Ainsi, comme question de droit, les circonstances dont la modification permettrait d'ajouter des conditions à une ordonnance rendue précédemment doivent correspondre aux circonstances dont le Tribunal a effectivement tenu compte lorsqu'il a rendu l'ordonnance en question et qui en constituent la cause directe. En outre, même si l'on présume que ces circonstances existent, l'ordonnance ne devrait pas être modifiée, à moins qu'elle ne soit devenue inutile ou qu'elle ne permette plus de réaliser de façon appropriée son objet, soit celui de résoudre la situation problématique décelée dans les circonstances pertinentes qui ont entraîné l'ordonnance initiale¹⁷.

Une autre question de droit a été soulevée en ce qui a trait au pouvoir du Tribunal, selon l'article 106, « [d']annuler ou [de] modifier une ordonnance » dans le cas d'une ordonnance par consentement. Ceux qui s'opposent à la présente demande

¹⁷ Se reporter également à *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil* (1982), [1983] 2 C.F. 98 aux pp. 114-15 (C.A.), où il a été décidé que le pouvoir de « modifier » ne peut être exercé qu'à la condition de s'en tenir au « même type ou genre d'ordonnance » que celle rendue initialement.

ont soulevé plusieurs arguments concernant les restrictions imposées au Tribunal quant au type d'ordonnance pouvant être rendue en application de l'article 106. On a soutenu que nous pouvions annuler une ordonnance par consentement sans aucun consentement lorsque les conditions de l'alinéa 106a) étaient établies, mais que nous ne pouvions pas modifier une ordonnance sans le consentement de toutes les parties selon l'alinéa 106b). Cette restriction découlerait du fait que le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92, conformément à la demande initiale, se serait limité à la dissolution et au dessaisissement, en l'absence du consentement de toutes les parties. En outre, l'ordonnance qui a été rendue en application de l'article 105 pour régler la demande fondée sur l'article 92, soit une ordonnance par consentement, devait, par définition, être rendue avec l'assentiment de toutes les parties. L'article 106, a-t-on soutenu, devait donc vouloir dire qu'une ordonnance par consentement ne pouvait être modifiée que par consentement et que le pouvoir de « modifier » devait s'appliquer uniquement aux ordonnances visées par la condition imposée à l'alinéa 106b). Une partie a fait valoir que, puisque l'alinéa 106a) renvoyait aux ordonnances qui n'auraient pas été rendues ou qui n'auraient pas eu les effets nécessaires à la réalisation de leur objet, les mots autorisant le Tribunal à « annuler ou modifier » devaient désigner respectivement l'annulation d'une ordonnance qui n'aurait pas été rendue dans les circonstances actuelles et la modification d'une ordonnance qui n'avait plus maintenant les effets nécessaires à la réalisation de son objet. À l'appui de cette interprétation, on a soutenu que le mot « accordingly » [par

conséquent] de la version anglaise, qui se trouve à la fin de l'article, signifiait « respectively » [respectivement].

Aucun de ces arguments ne semble défendable. S'il était nécessaire d'établir ces distinctions, le Parlement les aurait sûrement énoncées lui-même en toutes lettres. En outre, la structure de la version française de l'article, qui au début accorde au Tribunal le pouvoir d'annuler ou de modifier, ne concorde pas avec l'argument selon lequel le mot « accordingly », qui n'a pas d'équivalent dans la version française, devait vouloir dire « respectively ».

Le Tribunal s'est déjà dit d'avis, et ce par des remarques incidentes¹⁸, qu'il peut imposer des conditions en vertu de l'article 106 sans le consentement de toutes les défenderesses. Selon toute apparence, ceci serait davantage compatible avec la phraséologie de l'article 106 qui ne restreint pas expressément le pouvoir d'annuler ou de modifier des ordonnances par consentement aux cas où toutes les parties initiales y consentent. Il est évident que l'article 106 permet l'annulation ou la modification de toute ordonnance rendue en application de la partie VIII, qui, dans bien des cas, ne serait pas une ordonnance par consentement : la phraséologie générale de cet article est manifestement pertinente lorsqu'il s'agit d'apporter des changements à ces ordonnances. S'il avait voulu que la modification ou l'annulation

¹⁸ Se reporter aux Motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989 dans la présente affaire : *supra* note 11 à la p. 73.

des ordonnances par consentement soit traitée de façon différente, le Parlement l'aurait certainement indiqué de façon plus explicite.

C. Questions de droit et de fait et questions de fait

1) Est-ce que les circonstances ont changé?

Pour modifier une ordonnance par consentement, le Tribunal doit conclure au préalable que « les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé... ». L'application de ces mots est l'un des aspects les plus critiques dans le règlement de cette affaire. Deux interprétations contradictoires sont généralement proposées à cet égard.

Le directeur et ceux qui l'appuient incluraient parmi « les circonstances ayant entraîné l'ordonnance » divers faits logiquement liés à l'objet de l'ordonnance. Ainsi, selon le directeur, les « liens commerciaux liés » au fusionnement de Gemini font tous partie des circonstances ayant entraîné l'ordonnance par consentement. Selon PWA et Canadien, les circonstances pertinentes sont les suivantes :

[TRADUCTION]

L'ensemble des circonstances qui étaient, expressément ou selon une incidence raisonnable, envisagées par le Tribunal lorsqu'il a rendu son ordonnance par consentement initiale, sans que l'on

cherche à deviner après coup quelles étaient les circonstances que le Tribunal a jugées essentielles ou décisives¹⁹.

À leur avis, le Tribunal pourrait établir qu'il a la compétence voulue pour rendre l'ordonnance demandée s'il est convaincu qu'en 1989, lorsque l'ordonnance par consentement a été rendue, il envisageait « un duopole concurrentiel constant dans l'industrie du transport aérien au Canada » et que cette situation n'existe plus.

Voici les motifs que le directeur invoque à l'appui de la présente demande :

[TRADUCTION]

1. Les circonstances ayant entraîné l'ordonnance par consentement ont changé :

- a) PWA et Canadien ont déclaré que leur situation financière s'est détériorée au point où elles ne peuvent survivre seules;
- b) le 9 septembre 1992, PWA a accepté une proposition de fusionnement d'Air Canada. Les parties ont signé une entente préalable à un fusionnement le 8 octobre 1992. Le 3 novembre de la même année, Air Canada a annoncé sa position selon laquelle l'opération envisagée dans l'entente en question était « irréalisable », mais que les discussions pouvaient se poursuivre;
- c) si un fusionnement entre Air Canada et PWA devait avoir lieu ou que PWA devait cesser ses activités, il y aurait pour ainsi dire un monopole sur la plupart des marchés du transport aérien intérieur au Canada;
- d) l'information occupe une place grandissante dans les activités des lignes aériennes. Aujourd'hui, lorsqu'une ligne aérienne cherche à conclure une alliance stratégique, il doit y avoir partage et coordination non seulement des activités de commercialisation, mais aussi des services d'information;

¹⁹ Observations de PWA Corporation et des Lignes aériennes Canadien International au para. 14.

- e) l'incapacité de Canadien et PWA de résilier le contrat de prestation de services de Gemini empêche l'adoption de solutions de rechange favorisant la concurrence pour résoudre les problèmes financiers de PWA²⁰.

(Le paragraphe 1d) n'indique pas de façon évidente quelles sont les circonstances imprévues qui ont changé au cours de la période de trois ans et quatre mois qui s'est écoulée entre la date à laquelle l'ordonnance par consentement a été rendue et celle à laquelle la présente demande a été déposée.) Le directeur et ceux qui l'appuient soutiennent principalement que Canadien était une ligne aérienne viable sur le plan financier en 1989 alors qu'aujourd'hui, elle est en difficulté. En 1989, lorsque le Tribunal a rendu son ordonnance, le marché du transport aérien était caractérisé par l'existence d'un duopole au Canada, les deux principaux transporteurs ainsi que leurs transporteurs régionaux affiliés se partageant plus de 90 % du marché du transport aérien intérieur. Aujourd'hui, on soutient que Canadien risque de disparaître, sauf si elle peut conclure le projet d'entente avec AMR et, à cette fin, elle doit être libérée non seulement du contrat de prestation de services conclu avec Gemini, mais aussi apparemment de toute autre responsabilité contractuelle s'y rapportant²¹. On allègue qu'en raison de son échec, Canadien sera forcée de fusionner son entreprise avec Air

²⁰ Avis de demande à la p. 3.

²¹ Si PWA devait demeurer responsable sur le plan contractuel, la présente demande n'aurait pas vraiment sa raison d'être, sauf dans la mesure où Gemini serait tenue de collaborer en ce qui a trait aux aspects techniques relatifs au transfert du système interne de réservation. Le « Stock Purchase Agreement » [contrat d'achat d'actions] (*supra* note 4), exige que PWA soit libérée de toute responsabilité envers Gemini ou ses associées avant que l'entente entre PWA et AMR puisse être conclue.

Canada ou, plus probablement, de se retirer du marché. Dans un cas comme dans l'autre, Air Canada détiendrait plus de 90 % du marché du transport aérien au Canada, que ce soit sous sa forme actuelle ou par suite du fusionnement, ce qui est un résultat anticoncurrentiel qui découlerait de l'ordonnance par consentement de 1989. De l'avis du directeur et de ceux qui l'appuient, le changement de circonstances pertinent réside donc dans la détérioration rapide de la situation financière de Canadien et dans la menace de cette détérioration sur le maintien du duopole sur le marché du transport aérien.

Pour leur part, ceux qui s'opposent à la présente demande se sont dit d'avis de diverses façons que l'existence d'un duopole dans le transport aérien et les ententes de prestation de services conclues avec Gemini faisaient partie des faits de base d'après lesquels l'ordonnance de 1989 a été rendue, mais n'en étaient pas la cause. La cause directe était plutôt la nécessité d'éviter que, par suite du fusionnement, le seul SIR contrôlé par les transporteurs aériens dominants ne soit utilisé de façon anticoncurrentielle.

L'essentiel de cette question est de savoir jusqu'à quel point une partie à une ordonnance par consentement, y compris le directeur, devrait avoir le droit de résilier un règlement d'un litige parce que ce règlement est devenu, pour des raisons non envisagées à l'époque, moins avantageux que prévu pour les intérêts d'une partie ou

du public. Bref, quelle est l'ampleur des risques que les parties à un règlement sous forme d'ordonnance par consentement devraient être prêtes à supporter? En 1989, les parties aux présentes ont accepté et le Tribunal a approuvé une entente permettant implicitement, sans l'exiger, l'existence de la société en commandite Gemini au moins jusqu'en 1997 et le maintien des liens de prestation de services entre les deux transporteurs aériens et Gemini jusqu'en 1999. Vers la date à laquelle l'ordonnance par consentement a été rendue, les deux lignes aériennes ont conclu volontairement, en se fondant sans doute sur les conditions de cette ordonnance, un nouveau contrat de prestation de services par lequel elles s'engageaient à demeurer liées à Gemini au moins jusqu'en 1999 en ce qui a trait à la prestation de services. Ces engagements comportaient des risques commerciaux que les parties commerciales ont assumés sans recourir au Tribunal. Dans quelle mesure le Tribunal devrait-il maintenant être habilité, contre la volonté des autres parties à ces contrats, à libérer le directeur de sa propre évaluation des risques pour l'intérêt public ou à libérer Canadien de son évaluation de ses risques commerciaux?

Lorsqu'on applique les critères d'origine législative établis plus tôt comme question de droit, on peut retrouver dans plusieurs documents les circonstances dont le Tribunal a véritablement tenu compte et qui ont effectivement entraîné l'ordonnance par consentement. D'après la demande initiale du directeur visant à dissoudre la société en commandite Gemini, qui a été déposée le 3 mars 1988, on

craignait principalement que ce fusionnement n'ait pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence en ce qui a trait à la prestation de services par les systèmes informatisés de réservation aux lignes aériennes, aux agents de voyage et aux consommateurs²². D'après la demande, cette crainte découlait du fait que Gemini appartenait aux deux transporteurs aériens dominants (qui occupaient plus de 90 % du marché du transport aérien intérieur au Canada). On craignait que les lignes aériennes propriétaires n'utilisent ce droit de propriété pour empêcher ou réduire la concurrence de la part d'autres SIR au Canada et ne nuisent aux transporteurs aériens concurrents en affichant des renseignements de façon biaisée ou incomplète dans Gemini ou en faisant montre de discrimination dans les redevances qu'elles versent à Gemini. Dans l'exposé des motifs modifié que le directeur a déposé le 7 décembre 1988, le fondement de la demande n'a pas été considérablement changé²³. Lorsque le directeur a demandé au Tribunal, par avis de requête en date du 12 avril 1989, de modifier la demande initiale afin de faire approuver un projet d'ordonnance par consentement, il a déposé un exposé des répercussions dans lequel il a décrit ses « deux principales préoccupations » au sujet du fusionnement comme suit : l'effet du fusionnement sur l'entrée sur les marchés des SIR et du transport aérien et l'accroissement de la puissance commerciale d'Air Canada et de Canadien à l'endroit des agents de voyage, des autres lignes aériennes

²² Pièce A-XVII-1.

²³ Pièce A-XVII-6.

et des autres serveurs de SIR par suite de l'acquisition de leur droit de propriété dans Gemini²⁴.

L'ordonnance par consentement elle-même, sous sa forme finale, vise entièrement à empêcher les lignes aériennes propriétaires de Gemini d'utiliser cette forme d'intégration verticale pour empêcher ou diminuer la concurrence de la part d'autres SIR (en leur refusant l'accès aux renseignements des lignes aériennes propriétaires) ou de nuire aux transporteurs aériens concurrents réels ou éventuels quant à la façon dont les services de Gemini sont mis à leur disposition et quant aux conditions dans lesquelles ils le sont. L'ordonnance aborde également le problème que comporte l'utilisation par les deux transporteurs canadiens en position dominante de leur droit de propriété dans Gemini comme moyen de collusion à des fins anticoncurrentielles, à leur avantage et au détriment des consommateurs et des autres lignes aériennes. Cette mesure traduisait les préoccupations concernant les moyens technologiques permettant aux lignes aériennes propriétaires de se livrer à des pratiques collusoires dans l'établissement des prix, etc., grâce à l'accès aux renseignements par l'entremise de Gemini.

²⁴ Pièce A-XVII-9 aux para. 3-5.

Partout dans ces documents ainsi que dans l'exposé conjoint des faits déposé à l'appui de la demande d'ordonnance par consentement²⁵, le duopole existant sur le marché canadien du transport aérien et les liens entre les deux grands transporteurs aériens et Gemini en ce qui a trait à la prestation de services sont signalés, mais ne sont pas considérés comme des causes de l'ordonnance. La principale préoccupation formulée résidait plutôt dans l'intégration verticale des deux lignes aériennes en position dominante avec un seul SIR et la façon dont cette intégration pourrait être utilisée pour donner des résultats anticoncurrentiels sur les marchés des SIR et du transport aérien. Il est difficile de comprendre pourquoi la même analyse n'aurait pas pu s'appliquer à une intégration verticale entre une seule ligne aérienne occupant plus de 90 % du marché canadien du transport aérien et un SIR exploité au Canada et auparavant indépendant. Ce n'était donc pas l'existence d'un duopole dans le domaine du transport aérien qui a été la conséquence ayant mené en soi à l'ordonnance par consentement de 1989.

D'après la preuve dont le Tribunal est actuellement saisi, cette perception concernant l'intégration verticale ne semble pas avoir changée. Dans tous les scénarios qui ont été présentés au Tribunal au sujet des conséquences probables de l'échec de Canadien, aucun changement évident touchant la nécessité de contrôler l'intégration verticale n'a été démontré. Si le duopole dans le domaine du transport

²⁵ Pièce A-XVII-10.

aérien continue d'exister, mettant en cause les deux lignes aériennes propriétaires de Gemini, un problème se posera encore quant à leur utilisation du SIR à leurs propres fins anticoncurrentielles ou à l'utilisation restrictive de leur système interne de réservation de façon à nuire à d'autres SIR ou à d'autres transporteurs aériens concurrents. Si Canadien échoue et qu'Air Canada s'empare de la quasi-totalité de sa part de marché ou si Canadien est forcée de fusionner son entreprise avec Air Canada, nous nous retrouverons encore devant une grande ligne aérienne qui sera propriétaire de Gemini et qui sera en mesure d'utiliser ce droit de propriété de façon abusive.

En conséquence, les circonstances ayant entraîné l'ordonnance par consentement n'ont pas changé. Le fait qu'une condition de nature réparatrice de l'ordonnance par consentement²⁶, soit l'interdiction de pratiques collusoires dans l'utilisation de Gemini, ne sera peut-être plus nécessaire si le duopole dans le domaine du transport aérien devient un monopole ne permet pas pour autant de modifier l'ordonnance pour préserver ce duopole.

²⁶ *Supra* note 2 au para. 16.

- 2) Peut-on conclure que l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou qu'elle n'aurait pas eu les effets nécessaires?

Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible de dire que, compte tenu des circonstances qui existent à l'heure actuelle, l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet. Il est essentiel de souligner que le directeur ne s'oppose pas au maintien en vigueur des dispositions de l'ordonnance par consentement. Il ne soutient pas que, d'après les circonstances qui existent aujourd'hui, toutes choses étant égales par ailleurs, l'ordonnance n'aurait pas été rendue. Ce n'est pas surprenant, étant donné que l'ordonnance par consentement n'exige pas et n'appuie pas non plus le contrat de prestation de services conclu avec Canadien et entré en vigueur le 30 juin 1989 (en prévision de l'ordonnance par consentement rendue le 7 juillet 1989), contrat qui est maintenant perçu comme l'obstacle au sauvetage de Canadien par AMR, laquelle solution favoriserait la concurrence. De plus, la preuve présentée devant le Tribunal indique très clairement que l'ordonnance par consentement a été efficace et qu'elle a été appliquée de façon à réaliser son objet essentiel axé sur la concurrence, puisqu'elle a créé un contexte dans lequel Sabre a pu accroître sa part nationale des segments réservés par les SIR, qui est passée d'environ 20 % en 1989 à plus de 40 % en 1992. Aucun transporteur autre que les propriétaires de Gemini ne s'est plaint au Tribunal de la façon dont il est traité par Gemini. En conséquence, on ne propose pas que l'ordonnance soit annulée et on ne pourrait faire de suggestion de cette nature. D'ailleurs, si l'ordonnance était

annulée aujourd'hui, cette annulation n'aiderait aucunement Canadien qui serait encore liée par le contrat de prestation de services dont AMR exige la résiliation.

Le directeur ainsi que PWA et Canadien soutiennent plutôt que l'ordonnance est incomplète en ce qui a trait aux dispositions qui *n'y sont pas* prévues. Ainsi, elle n'interdit pas le fusionnement Gemini, parce qu'elle était fondée sur l'hypothèse (celle-ci n'étant toutefois pas acceptée en toutes lettres dans l'ordonnance) selon laquelle le fusionnement pourrait demeurer si la conduite des parties était contrôlée de façon appropriée. Dans la présente demande, le directeur a tout d'abord demandé la dissolution du fusionnement comme solution de rechange à la résiliation du contrat de prestation de services, qui est la solution préférée. Il n'a pas insisté sur ce point au cours de son argumentation. Il a plutôt fait valoir que, si les circonstances qui existaient en 1989 avaient été celles qu'il décrit aujourd'hui, c'est-à-dire le fait que Canadien est aux prises avec des difficultés financières et ne peut échapper au contrat de prestation de services de façon à conclure une entente prudente avec AMR pour assurer sa survie, le Tribunal n'aurait pas manqué d'inclure une disposition permettant la résiliation unilatérale par Canadien de tout contrat de prestation de services qu'elle aurait pu ou qu'elle pourrait conclure par la suite.

Conformément à ce que nous avons décidé, comme question de droit, que des changements ne peuvent être apportés que si l'ordonnance par consentement n'a plus

les effets nécessaires à la réalisation de son objet initial, il est impossible de déclarer que, sur la base de circonstances semblables à celles qui existent aujourd'hui, l'ordonnance par consentement de 1989 n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet. Une ordonnance visant à interdire la restriction de l'accès aux données des lignes aériennes ou la manipulation de l'exploitation d'un SIR (intégré verticalement avec ces lignes aériennes) de façon à limiter la concurrence sur le marché des SIR ou sur le marché du transport aérien aurait encore été rendue dans les circonstances actuelles. Il est vrai que le directeur aurait peut-être eu d'autres préoccupations maintenant, tout comme Canadien, compte tenu de la crise financière qu'elle vit actuellement. Cette même préoccupation n'existerait-elle pas encore en ce qui a trait aux résultats anticoncurrentiels de cette intégration verticale?

Comme nous en faisons état plus loin, nous sommes d'avis que le directeur a démontré que Canadien échouera tout probablement et que le résultat le plus probable de cet échec sera soit un fusionnement avec Air Canada, soit l'accession par Air Canada à la majeure partie du marché de Canadien. Il est vrai que la demande déposée en 1988 visant à contester le fusionnement n'aurait pas été présentée selon ces conditions précises et dans ces circonstances, parce que le fusionnement portait à l'époque sur une combinaison, par deux grandes lignes aériennes, des ressources se rapportant à leur SIR par l'entremise du fusionnement Gemini. Cependant, la préoccupation fondamentale résidait dans la possibilité que les lignes aériennes

propriétaires n'utilisent leur SIR à des fins anticoncurrentielles; si le fusionnement avait été fait entre une seule ligne aérienne occupant 90 % du marché et un SIR auparavant non lié, presque toutes les préoccupations qui ont été traitées dans l'ordonnance de 1989 (sauf en ce qui a trait à la collusion entre les deux lignes aériennes au moyen du SIR) demeureraient les mêmes et il faudrait chercher à les régler. On ne peut donc dire que l'ordonnance par consentement n'aurait pas été rendue ou qu'elle n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet si elle avait été rendue aujourd'hui essentiellement dans le même but que celui visé en 1989. Le directeur désire plutôt obtenir une modification pour que cette ordonnance serve à une autre fin, soit la préservation du duopole dans le domaine du transport aérien.

À notre avis, le pouvoir que nous avons de modifier l'ordonnance par consentement doit être exercé uniquement pour permettre de réaliser l'objet initial de cette ordonnance. Cela signifie que nous ne pouvons pas ajouter à l'ordonnance initiale une disposition libérant une partie de ses obligations découlant d'un contrat qui n'était pas exigé par cette ordonnance, mais que Canadien a conclu librement à l'époque pour des raisons commerciales sans doute valables, simplement parce que Canadien a, depuis ce temps, conclu un autre contrat incompatible avec le premier pour d'autres raisons commerciales valables. Le premier contrat n'était pas et n'est pas anticoncurrentiel en soi. Il l'est devenu uniquement parce qu'il empêche

Canadien de redevenir viable sur le plan financier; or, l'ordonnance par consentement ne visait pas à protéger cette viabilité.

Même si nous reconnaissons que, dans une situation appropriée, une modification de l'ordonnance par consentement sans le consentement de toutes les parties serait possible, la situation actuelle ne justifie aucune modification.

D. Conclusion

La majorité du Tribunal est donc d'avis que, compte tenu des circonstances actuelles, le Tribunal n'a pas la compétence voulue pour rendre l'ordonnance demandée.

Toutefois, nous reconnaissons que la législation est relativement nouvelle et qu'une nouvelle question liée à la compétence a été soulevée devant nous. Compte tenu de l'importance de la présente affaire, nous sommes presque certains que notre décision sera portée en appel. Il nous apparaît donc essentiel de tirer les conclusions de fait qui seraient nécessaires si nous avions la compétence voulue pour rendre une ordonnance pour le cas où la décision concernant notre compétence serait différente en appel. Autrement, les efforts énormes déployés par les avocats et les frais que représentent 22 jours d'audience auront été vains. Pour faciliter la tâche des

tribunaux d'appel, nous indiquerons également les mesures de redressement qui, à notre avis, pourraient et devraient être ordonnées si le Tribunal avait la compétence voulue pour le faire.

Nous nous demanderons donc quelles seraient les conséquences découlant du maintien en vigueur du contrat de prestation de services pour Canadien et quelles seraient les répercussions possibles de l'échec de celle-ci sur la concurrence dans le domaine du transport aérien. Nous nous demanderons également quelles seraient les répercussions possibles sur Gemini et sur la concurrence en général dans le domaine des SIR en supposant que Canadien échoue ou qu'elle soit libérée du contrat de prestation de services. Enfin, nous décrirons les mesures de redressement qui nous semblent permises et justes si nous avons la compétence voulue pour modifier l'ordonnance par consentement.

E. Opinion dissidente de M. Roseman au sujet de l'application de l'article 106

Je ne suis pas d'accord avec l'opinion de la majorité sur la conclusion voulant que les circonstances ayant entraîné l'ordonnance par consentement de 1989 n'ont pas changé.

Pour déterminer les circonstances « dont le Tribunal a effectivement tenu compte lorsqu'il a rendu l'ordonnance en question et qui en constituent la cause directe », je crois qu'il faut commencer par examiner les dispositions de l'ordonnance elle-même. Elles constituent le meilleur guide concernant les facteurs dont le Tribunal a tenu compte et qui sont donc à l'origine de l'ordonnance. Même si cette remarque est d'application générale, elle est tout particulièrement appropriée dans le cas d'une ordonnance par consentement. Selon les règles de procédure du Tribunal, il est possible pour le public de formuler des observations concernant les demandes d'ordonnance par consentement présentées au Tribunal²⁷. Selon la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, il est possible d'intervenir tant dans une procédure d'ordonnance par consentement que dans une procédure contestée²⁸. Comme le Tribunal l'a déjà dit clairement, il n'approuvera pas sans examen les ordonnances par consentement. Une ordonnance par consentement est le document qui est établi à la fin de la démarche et elle parle d'elle-même. Si elle n'est pas claire, il pourra être utile d'examiner les documents de base, comme les motifs ou l'exposé des répercussions du directeur. Personne n'a donné à entendre qu'il existe une ambiguïté au sujet d'une partie de l'ordonnance en question dans la présente demande.

²⁷ *Supra* note 14 à l'art. 35.

²⁸ *Supra* note 13 à l'art. 9(3).

Il n'est pas toujours possible de déterminer les circonstances exactes qui ont donné lieu à une ordonnance rendue par le Tribunal en recherchant un thème commun dans les dispositions de ladite ordonnance. L'ordonnance que le Tribunal rend en application des articles 77, 79 ou 92 de la Loi peut porter sur plusieurs problèmes différents liés à la concurrence. Le seul critère que le Tribunal applique pour accorder une ordonnance est celui de savoir si les dispositions précises proposées peuvent permettre individuellement et permettent effectivement ensemble de remédier à l'effet vraisemblable de la diminution sensible de la concurrence. Dans *Palm Dairies Limited*²⁹, le Tribunal a refusé d'accorder une ordonnance par consentement, parce que l'ensemble des dispositions ne respectaient pas ce critère. Dans *Laidlaw Waste Systems Limited*³⁰, après une procédure contestée, le Tribunal a refusé d'inclure dans son ordonnance certaines dispositions que le directeur avait proposées au sujet de l'établissement des prix, parce qu'il n'était pas convaincu que ces dispositions donneraient vraisemblablement lieu à un accroissement de la concurrence ou qu'elles étaient nécessaires compte tenu des autres dispositions contenues dans l'ordonnance proposée.

La majorité des membres a reconnu l'ordonnance comme portant principalement sur les effets de l'intégration verticale d'un transporteur aérien et de

²⁹ (27 novembre 1986), CT-8601/50, Motifs et ordonnance, [1986] D.T.C.C. n° 10 (QL) (Trib. conc.). Version anglaise publiée dans (1986), 12 C.P.R. (3^e) 540.

³⁰ (20 janvier 1992), CT9102/72, Motifs de l'ordonnance, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL) (Trib. conc.). Version anglaise publiée dans (1992), 40 C.P.R. (3^e) 289.

son SIR sur la concurrence dans les marchés du transport aérien et des SIR. Selon eux, la seule disposition de l'ordonnance qui n'a aucune répercussion sur les marchés des SIR, mais qui concerne uniquement le marché des transporteurs aériens, la « disposition relative à la collusion », est secondaire et est ni plus ni moins une note en bas de page³¹. Je ne suis pas d'accord avec ce raisonnement pour plusieurs motifs.

D'abord, il est évident que l'ordonnance porte sur les problèmes d'intégration tant horizontale que verticale découlant du fusionnement Gemini. Chacune des sociétés Air Canada et Canadien était déjà intégrée verticalement dans la prestation de services et dans la distribution par l'entremise de SIR avant la création de Gemini. Lorsqu'elles ont créé Gemini comme coentreprise chargée d'assurer la prestation de leurs services et d'exploiter l'entreprise relative à leur SIR, elles se sont engagées dans un fusionnement horizontal. Il est vrai que presque toutes les conditions de l'ordonnance, à l'exception de la disposition concernant la collusion, auraient été

³¹ Se reporter au para. 16 de l'Ordonnance par consentement (*supra* note 2) qui se lit comme suit :

ORDONNE EN OUTRE aux défenderesses et à chacun de leurs administrateurs, dirigeants, cadres, agents, employés et mandataires respectifs de ne pas partager ni échanger, par le biais des activités de Gemini, aucun renseignement commercial confidentiel sur les lignes aériennes autres que ceux auxquels ont accès les abonnés de Gemini, y compris, mais non exclusivement, les renseignements sur le nombre de places des transporteurs individuels, lorsque le partage ou l'échange de ces renseignements faciliterait des accords de partage des marchés ou de fixation des prix entre, d'une part, AC et ses lignes aériennes affiliées et, d'autre part, PWAC, Wardair et CDN et ses lignes aériennes affiliées. Un dirigeant de chacune des défenderesses doit remettre au directeur au plus tard le 1^{er} février de chaque année un rapport attestant que la défenderesse s'est conformée aux présentes règles au cours de l'année précédente.

nécessaires si l'événement qui a donné lieu à la demande du directeur en 1989 avait été un fusionnement entre une ligne aérienne occupant une position dominante et une entreprise oeuvrant dans l'industrie des SIR. Toutefois, l'ordonnance ne découlait pas de ce type de fusionnement, mais plutôt de la formation d'une coentreprise poursuivant des activités qu'Air Canada et Canadien exerçaient déjà.

En deuxième lieu, la condition relative à la collusion, que la majorité considère comme une exception, fait en effet partie intégrante de l'intégration verticale. L'échange de renseignements possible dont il est question dans l'ordonnance découle de l'intégration verticale d'Air Canada et de Canadien avec Gemini dans le contexte de l'exploitation de la coentreprise. Qui plus est, le contrat de prestation de services qui fait l'objet de la demande et les conséquences qu'il aura pour les marchés du transport aérien si Canadien n'est pas libérée de ses obligations énoncées au contrat sont intimement liés à l'intégration verticale. Une entente de prestation de services entre un transporteur aérien et un SIR qui lui appartient est un exemple d'intégration verticale. Ce n'est pas le cas lorsqu'un transporteur aérien s'entend par contrat avec un tiers fournisseur pour la prestation de services. Étant donné qu'Air Canada et Canadien ont formé une coentreprise dans l'industrie des SIR dans laquelle chacune était déjà intégrée verticalement, il est difficile de trouver un élément de l'ordonnance qui n'est pas lié à l'intégration verticale.

En troisième lieu, il est difficile et inutile de considérer l'objet de certaines dispositions de l'ordonnance comme primaire ou secondaire. Quelles sont les conséquences de cette distinction? Signifie-t-elle que les dispositions se rapportant à un objet secondaire ne seraient pas appliquées ou qu'elles seraient appliquées dans une moindre mesure? De toute évidence, le Tribunal appliquera toutes les dispositions de ses ordonnances de façon égale. En outre, les conséquences défavorables pouvant découler de la violation de la disposition relative à la collusion, qui concerne des transporteurs représentant plus de 90 % du domaine du transport de voyageurs sur des itinéraires intérieurs, pourraient facilement être plus importantes que celles des autres dispositions relatives à la concurrence dans le domaine du transport aérien, notamment en ce qui a trait à la discrimination dans l'affichage des renseignements par les SIR.

Quelles sont donc les circonstances ayant entraîné l'ordonnance? Un examen de l'ordonnance révèle qu'elles comprennent manifestement les préoccupations qu'a soulignées la majorité au sujet des marchés des SIR et du transport aérien. Toutefois, l'ordonnance comporte également une disposition visant à empêcher Air Canada et Canadien d'utiliser Gemini pour échanger certains renseignements et, ainsi, se livrer à des pratiques de collusion entre elles. Comme nous ne pouvons pas affirmer que cette condition est moins importante que les autres, nous ne pouvons ignorer les circonstances ayant mené à son inclusion. Ces circonstances résidaient dans la

possibilité qu'Air Canada et Canadien utilisent Gemini pour diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés du transport aérien. C'est là une préoccupation qui concerne la concurrence sur les marchés du transport aérien n'ayant aucun rapport avec l'exploitation d'un SIR par une agence de voyage, mais correspondant plutôt au fait qu'Air Canada et Canadien étaient toutes deux *liées* à Gemini pour la prestation de services. On prévoyait que l'échange de renseignements par l'entremise de Gemini soit le moyen employé pour réduire la concurrence.

Les circonstances ont changé depuis. En raison de la situation financière de Canadien, il est maintenant possible d'utiliser Gemini d'une façon différente et non prévue pour diminuer la concurrence sur les marchés du transport aérien. L'existence du contrat de prestation de services peut maintenant être utilisée pour empêcher Canadien et AMR de conclure leur projet d'entente, ce qui aurait probablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés du transport aérien en raison de la disparition de Canadien.

Lorsqu'on examine les effets du changement de circonstances, il importe de tenir compte du fait que Gemini est une société en commandite à participation restreinte. Il faut donc examiner les intérêts des sociétés propriétaires pour comprendre la façon dont Gemini est utilisée pour diminuer la concurrence dans

l'industrie du transport aérien. L'attitude de Gemini n'est pas pertinente, puisque sa position est dictée par les sociétés propriétaires.

Étant donné qu'elle porte sur une condition d'un contrat, à première vue, la demande du directeur semble impliquer un recours à la Loi pour régler un litige de nature commerciale. Toutefois, si les intérêts commerciaux normaux qui concernent Gemini étaient les seuls facteurs en jeu, il est fort douteux que le directeur aurait été tenu de présenter cette demande. Les sociétés propriétaires se seraient sûrement entendues plutôt que de nuire à Gemini en portant leur différend à la connaissance de tous. Les parties au litige sont motivées par des facteurs qui concernent la concurrence et qui vont au-delà des intérêts de Gemini.

Canadien veut et doit transférer son système interne de réservation à Sabre pour respecter les conditions fixées par AMR aux fins de la conclusion d'une entente. Comme nous le mentionnons ailleurs, depuis la fin de 1991, Canadien a cherché à conserver ses options et a donc refusé de signer une proposition visant à réorganiser Gemini. Plus tard, lorsque le transfert de son système interne de réservation est devenu une des conditions pour conclure l'entente avec AMR, elle a intenté des poursuites visant à faire déclarer Gemini insolvable, ce qui lui aurait permis de se libérer de son contrat de prestation de services.

Les autres sociétés propriétaires ont reconnu que le différend qui les opposait avait des conséquences défavorables pour Gemini; toutefois, seule Covia a envisagé une solution commerciale pour le règlement de ce différend. Covia a étudié la question dans plusieurs documents internes. Les premiers documents, qui ont été préparés en novembre et décembre 1991, faisaient état d'une évaluation du montant qui en coûterait à Covia si elle achetait, avec Air Canada, la participation de PWA³². En juillet 1992, le président de Covia au Canada et vice-président principal de sa société mère aux États-Unis, Paul J. Blackney, a déclaré, dans une note de service adressée au vice-président directeur de la commercialisation et de la planification chez United Air Lines Inc., James Guyette, que Covia était flexible, mais qu'elle ne pouvait rien faire pour résoudre l'impasse entre Air Canada et PWA - Canadien étant donné que le consentement unanime des sociétés propriétaires devait être obtenu. M. Blackney a également déclaré, au cours de son interrogatoire préalable, que Covia aurait préféré une solution commerciale au problème³³.

Air Canada ne s'est montrée nullement intéressée à obtenir un règlement négocié; la preuve révèle même qu'elle a évité de discuter de cette possibilité. Il fallait s'y attendre, puisqu'il est indéniable qu'Air Canada, en qualité de transporteur aérien, serait le grand gagnant en cas d'échec de Canadien. Les gains qu'elle en

³² Pièce confidentielle CA-XIII-369; pièce confidentielle CA-XIII-371.

³³ Pièce confidentielle CA-XIII-392; pièce confidentielle CA-XIX-1 à la Q. 522.

tirerait dépasseraient de beaucoup les pertes liées au différend au sein de Gemini. Dans un document d'Air Canada qui a été préparé vers le mois d'avril 1992, il est question du préjudice causé à Gemini par les efforts de Canadien en vue de transférer son système interne de réservation :

[TRADUCTION]

Même s'il semble aller à l'encontre du but recherché de conserver une associée insatisfaite dans Gemini, Air Canada se doit de maintenir à court terme les arrangements existants en ce qui concerne la société afin de faire obstacle aux négociations entre PWA et AMR³⁴.

Les documents distribués au « comité des questions stratégiques », également en avril 1992, font état d'une [TRADUCTION] « stratégie [d'Air Canada] visant à ralentir ou à bloquer les négociations concernant l'accord AMR »³⁵.

Selon le président et directeur général de PWA, Rhys T. Eyton, dont le témoignage n'a pas été contredit, [TRADUCTION] « Air Canada a refusé catégoriquement de nous rencontrer, ne serait-ce que pour en discuter [discuter du règlement commercial concernant Gemini] »³⁶. Aucun élément du dossier, y compris la correspondance échangée entre le président de Canadien, Kevin J. Jenkins, et le

³⁴ Pièce A-XII-341 à la p. 5 (les pages ne sont pas numérotées).

³⁵ Pièce confidentielle CA-III-82 à la p. 12 (les pages ne sont pas numérotées).

³⁶ Transcription, vol. 1 à la p. 183 (1^{er} février 1993).

président d'Air Canada, Hollis Harris, en décembre 1992 ne laisse à entendre qu'Air Canada ait déjà été intéressée à conclure un règlement négocié³⁷.

Les avocats de PWA et de Canadien ont soutenu qu'Air Canada avait une stratégie qui aurait une plus grande portée et qui serait plus durable : provoquer l'échec de Canadien par des négociations prolongées et sans issue au sujet du fusionnement. Un document dans lequel cette stratégie a été exposée a été déposé en preuve³⁸. Même s'il n'y a aucune preuve indiquant que les plus hautes instances de l'entreprise ont adopté cette stratégie comme politique, elle est néanmoins énoncée dans un document d'information à l'intention de M. Harris qui s'est joint à Air Canada en février 1992. M. Harris n'a pas été appelé à témoigner. Claude I. Taylor, qui s'est retiré comme président du conseil de direction d'Air Canada à la fin de 1992, a nié la stratégie, soutenant qu'Air Canada a négocié de bonne foi³⁹. Même s'il n'est pas nécessaire que le Tribunal se prononce sur cette question, une stratégie visant à assurer l'échec de Canadien serait parfaitement compatible avec le fait qu'Air Canada n'était nullement intéressée à conclure une entente commerciale qui permettrait à Canadien de transférer son système interne de réservation et qui permettrait probablement à PWA de se dissocier de la société en commandite.

³⁷ Pièce R-I-6; pièce R-I-8. Se reporter à *infra* aux pp. 65-67 pour plus de précision au sujet de cette correspondance échangée.

³⁸ Pièce A-XX-3, 10 février #5, à la p. 3.

³⁹ Transcription confidentielle, vol. 16 aux pp. 916-17 (23 février 1993).

D'aucuns pourraient soutenir que, puisqu'Air Canada n'entreprend aucune démarche et qu'elle se fonde simplement sur le contrat de prestation de services en vigueur, on ne peut conclure qu'elle « utilise » Gemini. Cet argument pourrait être convaincant si Air Canada agissait d'une façon conforme à ses intérêts commerciaux liés au contrat, c'est-à-dire les intérêts de Gemini, plutôt que d'être motivée par des facteurs stratégiques liés à l'industrie du transport aérien. En raison d'un changement de circonstances, Air Canada a eu la possibilité d'utiliser Gemini pour nuire à la concurrence sur les marchés du transport aérien d'une façon beaucoup plus importante que ce qui était envisagé dans l'ordonnance par consentement.

Même si l'on reconnaît, comme la majorité le soutient, que l'ordonnance concerne des problèmes découlant de l'intégration verticale, lorsqu'on se demande pourquoi l'intégration verticale était considérée comme un problème, on constate que la présente demande est visée directement par le plan ou le but de la majorité. Un lien de propriété entre un SIR et une ligne aérienne dans les cas où l'une ou l'autre de ces entreprises exerce une puissance commerciale crée une situation où les intérêts de la ligne aérienne contaminent l'exploitation du SIR, et vice versa. Une ligne aérienne a habituellement intérêt à s'associer avec le plus grand nombre possible de SIR, mais ce n'est peut-être pas le cas lorsque la ligne aérienne en question est propriétaire d'un SIR. De la même façon, un SIR aura avantage à offrir un produit supérieur en ce qui a trait à la fonctionnalité, ce qui comprend un affichage non biaisé

de renseignements. Toutefois, la situation n'est peut-être plus la même lorsque la ligne aérienne associée au SIR bénéficie d'un affichage biaisé. Ce genre de situation, où il y a chevauchement des intérêts est précisément ce qui faisait l'objet du litige dans la demande qui a mené à l'ordonnance par consentement et qui est au coeur du problème dans la présente demande, soit l'utilisation de Gemini pour nuire à la concurrence sur les marchés du transport aérien intérieur.

En conséquence, lorsque j'applique aux faits le critère juridique énoncé dans l'opinion de la majorité, j'en viens à la conclusion que le Tribunal a la compétence voulue pour statuer sur la présente demande.

IV. LA SITUATION ACTUELLE DE CANADIEN : SOLUTIONS DE RECHANGE À L'ENTENTE AVEC AMR

PWA et Canadien étaient viables sur le plan financier à la date de l'ordonnance par consentement. Il appert de la preuve que PWA était rentable à la fin de 1988; sa première perte en 19 ans a été déclarée en 1989. Les parties n'ont relevé aucun élément dans la preuve présentée au Tribunal lors de la procédure d'ordonnance par consentement au printemps et au début de l'été de 1989 qui nous inciterait à conclure que PWA et Canadien n'étaient pas financièrement viables à l'époque.

Cependant, de 1989 à 1991, PWA a enregistré des pertes d'exploitation et des pertes générales croissantes chaque année. Le vice-président principal des finances de PWA et de Canadien, David R. Murphy, a prédit une perte de l'ordre de 215 millions de dollars pour l'année 1992. PWA a reçu une aide extraordinaire des gouvernements et de ses employés. Le 22 novembre 1992, le gouvernement fédéral a accordé à PWA une garantie relative à un prêt de 50 millions de dollars. L'Alberta et la Colombie-Britannique ont également accordé des garanties relatives à un prêt de 70 millions de dollars en décembre. Les employés de Canadien, représentés à l'audience par le Council of Canadian Airlines Employees, ont convenu d'investir un montant de 200 millions de dollars dans des titres de participation de PWA sur une période de quatre ans par des réductions de salaire et ont accepté un gel de salaire pendant trois ans. (Ces concessions ne sont pas assujetties à la condition que l'entente avec AMR soit conclue ou que la dette soit restructurée.) Cependant, le 29 novembre 1992, PWA a suspendu les paiements à ses créanciers garantis, c'est-à-dire ses prêteurs, ainsi que les entreprises qui lui louaient ses aéronefs et certaines autres installations. Un premier plan de restructuration des dettes a été présenté aux créanciers et examiné en décembre 1992. Le plan de restructuration final devait être distribué au cours de la première semaine de mars 1993.

Il est évident que PWA et Canadien sont incapables de respecter leurs obligations au fur et à mesure de leur échéance. Aucune des parties n'a présenté une

preuve indiquant le contraire. Nous sommes bien convaincus que PWA et Canadien poursuivent leurs activités aujourd'hui grâce à la tolérance de leurs créanciers.

Les défenderesses qui s'opposent au directeur soutiennent que, même si Canadien n'est pas libérée de ses engagements envers Gemini en ce qui a trait à la prestation de services et que l'entente avec AMR, telle qu'elle appert maintenant, n'est pas conclue, elle dispose de plusieurs solutions de rechange qui lui permettraient de survivre. Les solutions examinées étaient les suivantes : la possibilité de trouver un autre investisseur ou associé stratégique; la possibilité d'un fusionnement avec Air Canada; la restructuration de l'entreprise comme transporteur indépendant; la possibilité de conclure l'entente avec AMR sans mettre fin au contrat de prestation de services; et la possibilité de vendre ses itinéraires internationaux.

A. La possibilité de trouver un autre investisseur ou associé stratégique

Dès le début de 1991 et pendant la majeure partie de l'année 1992, M. Eyton a joint [TRADUCTION] « presque toutes les lignes aériennes internationales qui semblaient, à notre avis, avoir des affinités avec nous » afin de trouver un investisseur possible pour Canadien. Les entreprises jointes par M. Eyton comprenaient British Airways, Air France, Lufthansa, Alitalia, SAS, Japan Airlines,

Cathay Pacific, United Airlines, American, Delta et Quantas⁴⁰. PWA a également retenu les services de Gordon Capital Corporation au cours de l'été de 1991 et lui a confié le mandat de chercher des investisseurs possibles dans des titres de participation. À la suite de ces recherches, seules Air Canada et American ont été identifiées comme investisseurs possibles, lorsque British Airways s'est finalement retirée de la scène en raison de ce qui lui semblait être l'absence de toute affinité avec Canadien.

En octobre 1992, le Bureau de la politique de concurrence a mené une recherche au sujet de PWA dans le cadre de l'examen par le directeur d'un fusionnement proposé entre celle-ci et Air Canada. Wood Gundy Inc. et Gordon Capital Corporation ont toutes deux participé à cette recherche : Gordon Capital a effectué la recherche elle-même, tandis que Wood Gundy en a surveillé l'efficacité. On a fait parvenir une « lettre annonce » et une trousse de renseignements généraux à 33 acheteurs possibles partout dans le monde pour susciter de l'intérêt sur la possibilité d'investir dans l'entreprise⁴¹. La liste d'acheteurs possibles comprenait des lignes aériennes et plusieurs entreprises qui n'étaient pas des lignes aériennes et qui auraient pu être intéressées à investir dans PWA. Gordon Capital a ensuite téléphoné à chaque entreprise qui avait reçu la documentation. Celles qui étaient intéressées

⁴⁰ Transcription, vol. 1 aux pp. 163-64 (1^{er} février 1993).

⁴¹ Pièce A-II-52; pièce A-II-53.

devaient envoyer un avis en ce sens dans les cinq jours ouvrables suivant la réception de la lettre et, dans les deux semaines suivantes, elles devaient faire parvenir des propositions détaillées qui ne constituaient pas des engagements. Les entreprises intéressées à présenter des propositions pouvaient obtenir des renseignements plus détaillés. À la suite de cette recherche d'investisseurs, seuls American et le Council of Canadian Airlines Employees se sont montrés intéressés.

Les défenderesses qui s'opposent au directeur font valoir que la recherche menée en octobre 1992 était vouée à l'échec, parce que le délai était trop court et que les renseignements étaient insuffisants; en outre, tout ce qu'on offrait aux acheteurs éventuels, c'était l'ensemble de l'entreprise PWA sans restructuration des dettes ou concession de la part des employés. Un expert venu témoigner pour Gemini, Bernard R. Wilson, est de cet avis. Il ne croit pas qu'American et Air Canada soient les seuls investisseurs possibles et soutient qu'on devrait chercher à intéresser certaines entreprises à investir dans une société Canadien « restructurée »⁴².

L'opinion de M. Wilson quant à la possibilité de trouver un autre investisseur repose sur des hypothèses. Ce témoin n'a présenté au Tribunal aucun renseignement nouveau. PWA ne peut s'offrir le luxe maintenant de chercher une solution de rechange à l'entente avec AMR, à moins que ses créanciers ne lui donnent le temps

⁴² Affidavit du témoin expert B.R. Wilson (25 janvier 1993) : pièce confidentielle CR-I-22 aux pp. 10-11.

voulu pour le faire. Il semble peu probable que les créanciers donneraient à PWA du temps supplémentaire pour chercher un autre investisseur et risquer ainsi de perdre l'entente avec AMR et l'injection de capitaux que cette entente prévoit.

B. Fusionnement avec Air Canada

Il n'y a actuellement aucune proposition de fusionnement faisant l'objet de discussions entre Air Canada et Canadien, bien qu'il y ait déjà eu des négociations à ce sujet entre les deux entreprises. M. Eyton a communiqué avec Air Canada dans le cadre de sa recherche d'investisseurs en 1991. À la fin de 1991, une offre et une contre-offre avaient été échangées, mais les négociations se sont arrêtées là. Les négociations relatives au fusionnement ont repris à la fin de juillet 1992 et ont donné lieu à une entente préalable à un fusionnement au début d'octobre 1992. Les membres de la direction des deux sociétés ont préparé un projet « d'exploitation, de financement et de transition » pour le présenter à leur conseil d'administration respectif. Le conseil d'administration d'Air Canada a rejeté ce projet à la fin d'octobre 1992, mettant ainsi fin aux négociations relatives au fusionnement.

Il y a peu de chances que les discussions reprennent : M. Eyton a déclaré au cours de son témoignage que les conseillers d'Air Canada ont fait savoir qu'ils ne donneraient aucun avis sur le caractère équitable du fusionnement en l'absence d'un

financement sans intérêt d'une somme de 1,5 à 2,5 milliards de dollars. Pour sa part, M. Taylor a confirmé que le conseil d'administration n'avait pas approuvé la dernière proposition de fusionnement parce que le financement comportait trop de risques⁴³. Une lettre que le président d'Air Canada, M. Harris, a adressée au président de Canadien, M. Jenkins, en date du 23 décembre 1992 a été citée comme preuve de l'intérêt d'Air Canada à négocier un fusionnement. Dans cette lettre, M. Harris a déclaré qu'à son avis,

[TRADUCTION]

l'échec de Canadien était peu probable. Entre autres, Air Canada désire poursuivre les négociations relatives au fusionnement avec une société Canadien restructurée⁴⁴.

Le Tribunal accorde peu d'importance à cette lettre. D'abord, celle-ci a été écrite en réponse à une lettre en date du 21 décembre 1992 que M. Jenkins a envoyée à M. Harris et qui portait sur un sujet différent, soit un règlement négocié du problème Gemini⁴⁵. En deuxième lieu, le désir d'Air Canada d'attendre que Canadien soit « restructurée » pour négocier avec elle pourrait, dans les circonstances, signifier qu'elle était prête à attendre que Canadien échoue.

⁴³ Transcription, vol. 1 à la p. 178 (1^{er} février 1993), vol. 16 à la p. 3060 (23 février 1993).

⁴⁴ Pièce R-I-6.

⁴⁵ Pièce R-I-8.

En outre, les investissements et les concessions offerts par les employés de Canadien sont assujettis à la condition que, [TRADUCTION] « dans l'éventualité d'un projet de fusionnement entre Air Canada et Canadien »⁴⁶, on y mettrait fin, et le remboursement de tous les montants ainsi payés serait exigé.

C. Restructuration comme transporteur indépendant

Le témoin expert de Gemini, M. Wilson, a conclu qu'une restructuration de Canadien comme transporteur indépendant était possible⁴⁷. Cet avis représente en fait la seule preuve qui nous a été présentée au sujet de cette possibilité, et nous n'acceptons pas que l'expertise de M. Wilson couvre l'exploitation de lignes aériennes. M. Wilson a fait peu de recherches, s'il en a fait, pour justifier la possibilité à laquelle il fait allusion. Ce qui est certain, c'est que l'entente existante que PWA a conclue avec ses créanciers au sujet de la restructuration de la dette est fondée dans une grande mesure sur l'entente avec AMR, bien qu'elle ne soit pas strictement assujettie à la conclusion de celle-ci⁴⁸.

⁴⁶ Témoignage de Sidney O. Fattedad, président du Council of Canadian Airlines Employees : transcription, vol. 6 à la p. 891 (8 février 1993).

⁴⁷ *Supra* note 42 aux pp. 11-13.

⁴⁸ Transcription confidentielle, vol. 3 aux pp. 112-18 (3 février 1993).

D. Possibilité de conclure l'entente AMR sans résilier le contrat de prestation de services

Conformément à l'entente proposée entre PWA et Canadien, d'une part, et AMR, d'autre part, celle-ci fournira à Canadien un ensemble de services, dont des services de comptabilité, de gestion de la rentabilisation « yield management » et d'établissement des horaires et des plans de vol. Le vice-président directeur des finances et de la planification chez AMR et American, Donald J. Carty, a confirmé que AMR ne serait pas prête à investir dans Canadien si celle-ci ne transférait pas son système interne de réservation de Gemini à Sabre. Il a déclaré que les renseignements compris dans le système interne de réservation sont nécessaires pour permettre à AMR de fournir une gamme complète de services à Canadien⁴⁹.

Les défenderesses qui contestent la demande ont fait valoir qu'un transfert du système interne de réservation à Sabre est une exigence qui n'est pas nécessaire et que AMR impose arbitrairement pour nuire le plus possible à Gemini, puisqu'il est possible, sur le plan technologique, que Sabre offre au moins quelques-uns de ces services à Canadien même si celle-ci demeure liée à Gemini pour la prestation de services. Toutefois, la seule preuve dont nous disposons révèle que la création des liens et des interfaces nécessaires entre Pegasus et Sabre exigerait beaucoup de temps et serait extrêmement coûteuse. À des fins de comparaison, le directeur des services

⁴⁹ Transcription, vol. 3 aux pp. 392-93 (3 février 1993).

de commercialisation auprès de Canadien, Brian J. Lupton, qui est responsable de la distribution du produit de Canadien par l'entremise du SIR ainsi que de la gestion des liens de prestation de services entre Canadien et Gemini, a mentionné plusieurs autres projets de liaison dans l'industrie. Ainsi, il a fallu plus d'un an pour mettre en place les liens avec Gemini qui étaient exigés par l'ordonnance par consentement, ce qui a été relativement simple et a coûté 200 000 \$. L'interconnexion entre le système actuel de gestion de la rentabilisation de Canadien (PROS) et ceux de Gemini et Pegasus est un projet en cours depuis quatre ans et coûte environ 4 millions de dollars; selon M. Lupton, c'est un projet [TRADUCTION] « très très mineur » comparativement à l'établissement de liens entre Gemini et Sabre, qui a été décrit comme un projet [TRADUCTION] « gargantuesque ». Cette entente exigerait également que Gemini et Sabre communiquent et coordonnent constamment les modifications apportées à leur système informatique respectif, ce qui donnerait lieu à des frais continus supérieurs aux frais qui découleraient d'un transfert du système interne de réservation à Sabre⁵⁰. Aucune autre preuve visant à contredire ou à contester l'évaluation de M. Lupton n'a été présentée. Nous acceptons donc que la déclaration de M. Carty, selon laquelle il existe des raisons économiques légitimes incitant AMR à demander que Canadien transfère son système interne de réservation de Gemini à Sabre, est juste et raisonnable.

⁵⁰ Transcription, vol. 8 aux pp. 1525-33 (10 février 1993).

E. Vente d'itinéraires internationaux

Même si Air Canada s'est montrée intéressée à acheter les itinéraires internationaux de Canadien, aucune preuve n'a démontré qu'à la suite de cette vente, le reste des activités de Canadien se rapportant au trafic intérieur demeureraient des activités rentables. M. Eyton a déclaré que Canadien avait analysé cette possibilité et conclu que le profit découlant de la vente des itinéraires internationaux [TRADUCTION] « a été utilisé rapidement pour comprimer nos activités liées au trafic intérieur, qui étaient vouées à un échec à court terme... »⁵¹. Nos conclusions expliquées plus loin⁵² en ce qui a trait à l'importance du trafic d'apport révèlent aussi que la perte d'une partie importante du réseau de Canadien nuirait aux autres activités.

F. Conclusion

PWA et Canadien étaient financièrement viables au milieu de 1989, lorsque l'ordonnance par consentement a été rendue. Aujourd'hui, elles poursuivent leurs activités uniquement grâce à la tolérance de leurs créanciers. En fait, l'entente avec AMR est actuellement la seule transaction qui permettrait de sauver PWA et

⁵¹ Transcription, vol. 2 à la p. 326 (2 février 1993).

⁵² Se reporter à *infra* à la p. 89 et s.

Canadien. Sans l'injection de capitaux qui proviendraient d'AMR, il y a de fortes chances que la restructuration de la dette ne puisse se faire et que PWA ainsi que Canadien échouent. AMR refuse de conclure l'entente si le système interne de réservation n'est pas transféré à Sabre.

V. RÉPERCUSSIONS DE L'ÉCHEC DE CANADIEN SUR LES MARCHÉS DU TRANSPORT AÉRIEN

A. Participants de l'industrie

L'industrie du transport aérien du sud du Canada est déréglementée en ce qui a trait aux tarifs. Il n'existe aucun obstacle réglementaire limitant l'accès à des liaisons intérieures entre deux villes pour les lignes aériennes qui respectent les restrictions relatives aux droits de propriété étrangers. Les lignes aériennes qui desservent le sud se composent des deux réseaux de transporteurs créés par Air Canada et Canadien et de trois fréteurs⁵³. Les réseaux d'Air Canada et de Canadien sont formés respectivement d'Air Canada et de Canadien ainsi que de plusieurs petits transporteurs aériens qui appartiennent en totalité ou en partie à Air Canada et à PWA. Air Canada et Canadien sont des grands transporteurs. Elles font les trajets

⁵³ Les services assurés par les « fréteurs » qui sont commercialisés par les voyagistes ne sont ni fréquents ni réguliers.

à plus fort achalandage qui permettent aux voyageurs de se rendre dans les grands centres situés partout au pays. En plus de ces grands transporteurs, il existe des transporteurs régionaux ou transporteurs « d'apport » qui voyagent entre des endroits situés en dehors des grandes lignes ou qui transportent des voyageurs en provenance et à destination d'endroits se trouvant sur les grandes lignes.

À l'heure actuelle, les seuls concurrents d'Air Canada et de Canadien pour les itinéraires transcontinentaux sont les fréteurs Nationair, Canada 3000 et Air Transat. Les fréteurs volent de une à trois fois par semaine entre certaines paires de villes. Nationair a récemment offert, pendant une courte période, un service de vols réguliers pour le triangle Montréal-Ottawa-Toronto et pour la liaison Toronto-Halifax. Elle a mis fin à tous ces vols.

Les marchés du transport aérien comportent une dimension produit et une dimension géographique. Aux fins de la présente demande, le directeur a conclu, au cours de l'argumentation finale, que même si l'on peut faire une distinction entre les passagers qui préfèrent des vols affrétés et ceux qui sont plus attirés vers les vols réguliers, il est convaincu que [TRADUCTION] « le marché pertinent du produit peut être défini comme un service de transport aérien de passagers, que ce soit par vol affrété ou régulier »⁵⁴. La dimension géographique n'est pas contestée non plus : un

⁵⁴ Transcription, vol. 19 à la p. 3447 (1^{er} mars 1993).

marché de transport aérien est défini comme une liaison entre deux villes, par exemple, Edmonton-Vancouver, et seules les liaisons intérieures ont été examinées.

Dans le cas des 205 liaisons les plus importantes qui existaient en 1990, Canadien et Air Canada ainsi que leurs sociétés affiliées ont transporté au moins 95 % des passagers dans le cadre de vols réguliers sur tous les marchés, sauf 16. La part globale des deux systèmes s'élevait à 96 %⁵⁵. À l'époque, trois transporteurs indépendants offraient des services de vol régulier dans le sud (Intair, City Express et First Air); aucun de ces transporteurs n'existe aujourd'hui.

Les fréteurs assurent un certain nombre de liaisons long-courrier à fort achalandage. Dans le cas des 20 liaisons les plus importantes, les fréteurs ont transporté plus de 1 % des passagers⁵⁶ pour huit liaisons seulement en 1990 et onze liaisons en 1991; leurs parts du marché ont oscillé entre 2,4 % et 20,5 % en 1990 et entre 1,6 % et 19,5 % en 1991. Les marchés dans lesquels leurs parts étaient les plus importantes étaient les liaisons Toronto-Vancouver, Calgary-Toronto, Montréal-

⁵⁵ Pièce A-I-31. Au cours de l'argumentation finale, l'avocat d'Air Canada s'est opposé à l'utilisation des statistiques contenues dans ce document comme preuve de la part du marché. Les statistiques ont été compilées pour l'usage interne d'Air Canada. Dans les circonstances, nous ne voyons aucune raison de douter de leur exactitude ou de leur fiabilité et, à tout événement, nous serions enclins à les admettre en vertu de l'article 69 de la Loi.

⁵⁶ Les passagers mentionnés sont ceux qui voyagent en provenance et à destination des paires de villes en question. Les passagers en correspondance, qui représentent en moyenne 25 % des passagers transportés, sont exclus. Presque tous les passagers en correspondance utilisent les services de transporteurs réguliers.

Vancouver et, en 1991, Edmonton-Toronto. Dans tout le pays, les fréteurs ont assuré 3,7 % du transport aérien intérieur en 1991⁵⁷.

B. Méthode à appliquer pour évaluer les risques d'une diminution sensible de la concurrence

Le directeur allègue que l'échec de Canadien entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence sur les marchés du transport aérien de passagers au pays. On n'a nullement tenté de prouver le bien-fondé de l'allégation marché par marché. Même si le nombre de marchés de liaisons est élevé, il est raisonnablement possible de les subdiviser comme suit : un petit nombre de grandes lignes composées de parcours transcontinentaux et de trajets plus courts à fort achalandage ainsi qu'un nombre élevé de trajets relativement courts dont l'achalandage est moindre. Même si ces derniers parcours, examinés individuellement, sont mineurs en soi, ils constituent une partie importante de l'ensemble des marchés du transport aérien de passagers au pays.

De l'avis du Tribunal, pour prouver le bien-fondé de l'ordonnance de modification demandée par le directeur, celui-ci doit démontrer qu'en l'absence de

⁵⁷ Pièce A-I-42. Ce renseignement est tiré d'un rapport de Statistique Canada, dont l'admissibilité a été contestée par l'avocat d'Air Canada. Nous sommes convaincus que le rapport est admissible en vertu du paragraphe 70(1) de la Loi. Dans ce cas-ci, le directeur n'a pas été tenu de déposer un certificat conformément au paragraphe 70(4) pour prouver l'authenticité du rapport, puisqu'Air Canada a admis cette authenticité. Un préavis a été dûment donné conformément à l'article 72.

cette ordonnance, il y aurait une diminution sensible de la concurrence sur certains gros marchés ou sur plusieurs marchés plus petits qui, ensemble, représentent une partie importante du transport aérien de passagers au pays. Il ne suffit pas, en l'espèce, de prouver une diminution sensible de la concurrence sur certains marchés de liaisons. Cela signifie que la modification demandée, qui touche tous les marchés du transport aérien desservis par Canadien, doit être raisonnablement liée aux répercussions qui, allègue-t-on, découlent du changement de circonstances ayant mené à la demande, c'est-à-dire les conséquences de l'échec de Canadien pour la concurrence entre les lignes aériennes intérieures.

Les défenderesses qui s'opposent à la demande ont soutenu que l'ordonnance qui serait rendue est loin de garantir que Canadien n'échouera pas : il se peut que la restructuration se solde par un échec, que l'Office national des transports n'approuve pas l'entente avec AMR ou que, même si ces obstacles sont surmontés, Canadien échoue simplement parce qu'elle-même et Air Canada maintiendront les niveaux de capacité actuels, ce qui engendrera des frais supérieurs et des recettes inférieures à ceux qui découleraient d'une baisse des niveaux de capacité. Nous reconnaissons que tous ces risques existent à des degrés inconnus, mais nous ne voyons pas pourquoi nous devrions être influencés par eux. De deux choses l'une : soit que le Tribunal rende l'ordonnance et que Canadien survive pour tenter de relever les autres défis, soit que le Tribunal ne rende pas l'ordonnance, auquel cas l'échec de Canadien est

presque inévitable. Les défenderesses n'ont pas laissé à entendre que la concurrence sur les marchés du transport aérien (ou les marchés des SIR) serait diminuée si l'ordonnance était rendue et si Canadien devait échouer malgré tout.

L'avocat d'Air Canada a également fait valoir que, si la concurrence n'atteint pas le degré qu'elle atteindra, selon lui, en cas d'échec de Canadien, l'Office national des transports pourra adopter des mesures correctrices en vertu des pouvoirs dont il dispose conformément à sa loi d'habilitation. Selon le Tribunal, cet argument n'est pas pertinent. Le Tribunal ne peut s'abstenir d'agir dans le cadre de son propre mandat pour le motif qu'un autre organisme pourrait être habilité à remédier à un problème créé par l'inaction du Tribunal.

L'échec possible de Canadien est analogue, aux fins de l'analyse de la concurrence, à un fusionnement entre Air Canada et Canadien. Pour examiner les effets de l'échec de Canadien sur la concurrence dans le domaine du transport aérien, il convient de se reporter aux dispositions énoncées à la Loi (articles 92 et 93) concernant l'évaluation des fusionnements. On ne devrait pas conclure qu'un fusionnement réalisé ou proposé entraîne une diminution sensible de la concurrence en se fondant uniquement sur la concentration ou sur la part de marché. Le Tribunal doit tenir compte de certains autres facteurs dont les plus importants et les plus évidents sont énumérés à l'article 93. Cependant, Air Canada aurait une part

prépondérante du trafic intérieur. Ce fait a une importance primordiale pour toute évaluation, sauf si l'on peut démontrer que la concurrence qui reste est répandue et très vive et que les obstacles à l'expansion des transporteurs existants ou à l'accès de nouveaux transporteurs aux itinéraires intérieurs sont nuls ou de bien moindre importance. Il faut soupeser ces facteurs ensemble pour en arriver à une évaluation finale.

C. « Concurrent dynamique et efficace »

En ce qui a trait à l'alinéa 93f), s'il est possible de sauver Canadien, cela signifiera sans aucun doute que l'on sauve « un concurrent dynamique et efficace ».

D. Concurrence étrangère

L'alinéa 93a) a été examiné dans le cadre des témoignages des experts, quant à la question de savoir si les lignes aériennes étrangères constitueront vraisemblablement des concurrents efficaces sur le marché canadien à la suite des changements apportés aux ententes internationales visant à accorder des droits de cabotage⁵⁸. D'un côté comme de l'autre, les experts s'entendaient généralement pour dire que la tendance à la réduction des barrières commerciales se maintiendrait

⁵⁸ Le cabotage est le droit accordé à un transporteur étranger de fournir des services de transport aérien à l'intérieur d'un autre pays.

comme dans les autres industries. On a reconnu aussi que, si les transporteurs étrangers avaient le droit d'assurer des services sur ces parcours, la concurrence sur les parcours intérieurs à fort achalandage ne poserait pas de problème en cas d'échec de Canadien. Toutefois, aucun des experts ne donne à entendre qu'un assouplissement des règles sur le cabotage ou que la libéralisation des services aériens est imminent. Il n'est guère utile de formuler des hypothèses sur la question de savoir si on peut s'attendre à un changement majeur dans trois ou quatre ans ou dans une décennie.

E. « Concurrence réelle restante »

1) Fréteurs

Les défenderesses qui s'opposent au directeur soutiennent que les fréteurs continueront de livrer une concurrence réelle (alinéa 93c) de la Loi) à Air Canada en cas d'échec de Canadien et feront effectivement l'objet d'une présence accrue.

Harold E. Shenton, qui oeuvre depuis longtemps dans l'industrie du transport aérien au Canada et aux États-Unis et qui a comparu pour Air Canada comme témoin expert, a décrit les fréteurs comme des « transporteurs spécialisés » (« niche carriers »). À notre avis, cette description est exacte : les fréteurs occupent une

position bien précise et bien délimitée en ce qui a trait aux marchés géographiques qu'ils desservent et au produit qu'ils offrent. Les fréteurs attirent les voyageurs pour qui le prix plutôt que la fréquence du service est d'une suprême importance. Bien que le prix et la fréquence soient importants pour tous les voyageurs, les voyageurs d'affaires ont tendance à accorder plus d'importance à la fréquence des vols qu'au prix, alors que les voyageurs d'agrément ont tendance à s'arrêter davantage au prix. Un autre facteur important pour les voyageurs d'affaires est la question de savoir si des points pour passagers assidus sont offerts. Ainsi, même si les fréteurs font partie du même marché de produit que les transporteurs réguliers, la concurrence qu'ils offrent se fait sentir davantage sur le plan de l'importance du prix sur ce marché.

Néanmoins, comme on peut le lire dans l'*Examen annuel* de 1991 de l'Office national des transports, les répercussions des activités des fréteurs sur la concurrence sont importantes :

Ces programmes d'affrètement ont également une incidence sur les tarifs. En effet, Air Canada et Canadi*n [*sic*] consentent de plus grands rabais sur les marchés où les fréteurs sont présents que sur ceux où ils sont absents. Pendant le deuxième trimestre de 1991, plus de 72 p. 100 des passagers transportés par Air Canada et Canadi*n sur les liaisons où les fréteurs étaient présents ont bénéficié d'une forme quelconque de tarifs réduits. Ce pourcentage chute à 61 p. 100 pour les 25 paires de villes les plus importantes, où aucun vol affrété intérieur n'était offert. En outre, les passagers empruntant des itinéraires où il y a concurrence des fréteurs ont bénéficié d'un rabais moyen de 45 p. 100; les voyageurs ayant emprunté des vols entre les autres paires de villes parmi les 25 plus importantes ont bénéficié de

rabais de 33 p. 100. Donc, une forme aussi minime soit-elle de concurrence peut avoir un impact important sur les tarifs⁵⁹.

Les répercussions positives des activités des fréteurs sur les tarifs offerts par les grandes lignes aériennes valent la peine d'être soulignées. Sur d'autres types de marché, le niveau des parts de marché détenues par les fréteurs pourrait donner à penser que les entreprises en question sont des intervenants marginaux ayant peu d'influence. Toutefois, sur les marchés du transport aérien intérieur, les fréteurs sont d'importants concurrents en raison de l'importance qu'ils accordent au prix auquel ils vendent leur produit. C'est là leur principal attrait, sinon leur attrait exclusif.

Étant donné que l'attrait des fréteurs et le défi qu'ils représentent reposent sur le prix, les grands transporteurs réagissent en abaissant leurs propres prix, mais pas pour toutes les places d'un même vol. Comme chacun le sait, les lignes aériennes vendent les places disponibles pour un vol donné à des prix et à des conditions différents quant au niveau de service offert, selon le moment où les billets sont achetés, la date du vol de retour, etc. La répartition des places à bord d'un vol en catégories de prix et les modifications apportées à l'attribution des places à chaque catégorie au fur et à mesure que les renseignements parviennent au sujet du rythme des ventes sont appelées la « gestion du stock de places ». Les grandes lignes aériennes utilisent des programmes informatiques perfectionnés qui permettent de

⁵⁹ Pièce A-IV-100 à la p. 49.

comparer constamment la répartition et le volume des ventes à court terme avec des données antérieures concernant les ventes pour ce même vol. La gestion du stock de places permet aux grandes lignes aériennes de donner la réplique aux fréteurs ou à tout autre transporteur qui offre un prix plus bas en mettant à la disposition des voyageurs un nombre restreint de places à un prix peu élevé pour chaque vol. Les grands transporteurs peuvent ainsi beaucoup mieux soutenir la concurrence sur le plan des prix sans mettre en péril le gros de leurs recettes.

La valeur de la gestion du stock de places comme instrument concurrentiel permettant aux grands transporteurs aériens réguliers de contenir les incursions des transporteurs à bas prix et à prestations réduites pourrait peut-être baisser si les consommateurs étaient davantage sensibilisés aux prix. D'après ce qu'ont déclaré certains témoins interrogés par l'avocat d'Air Canada, il semblerait que ce soit la tendance tant aux États-Unis qu'au Canada, bien que cette tendance soit plus poussée chez les Américains. Elle s'explique en grande partie par la croissance plus rapide du nombre de voyageurs d'agrément par rapport à celui des voyageurs d'affaires. Toutefois, d'autres éléments de preuve révèlent que les grands transporteurs croient qu'ils pourront continuer à contenir les transporteurs qui attirent les voyageurs davantage préoccupés par les prix. Voici ce qu'on peut lire à ce sujet dans le rapport qu'a présenté Air Canada à son conseil d'administration pour l'année 1991 :

[TRADUCTION]

La préoccupation d'Air Canada au sujet de l'érosion de la part du marché s'est traduite par l'adoption de certaines stratégies dynamiques en matière d'établissement des prix et de commercialisation. En 1991, les fréteurs ont réorienté une partie de la capacité provenant du marché plus stagnant de l'Atlantique au cours de l'été vers les lignes transcontinentales, ce qui leur a permis de porter à environ 18 % (comparativement à 8 % en 1990) leur part de ce marché. Air Canada a répliqué en offrant des remises de prix avantageuses sous forme de ventes de places ainsi que de commissions concurrentielles aux agents de voyage, ce qui a entraîné une baisse de la part du marché des fréteurs. D'après les projections relatives à l'année 1992, la part des fréteurs sur le marché des lignes transcontinentales s'élèverait à 9 %.

...

De la même façon, la présence accrue de fréteurs sur les lignes transcontinentales canadiennes a entraîné une baisse du rendement dans ce secteur du marché et des mesures relatives aux prix ont été adoptées pour limiter ces fréteurs à leurs créneaux traditionnels.

La stratégie commerciale pour l'année 1992 est conçue en fonction de cette tendance : l'ajout d'une capacité à rabais à court terme ... pour empêcher de nouveaux venus d'offrir des rabais importants pour les itinéraires intérieurs et internationaux à rendement élevé à long terme⁶⁰.

Au printemps de 1992, des dirigeants d'Air Canada et de Canada 3000 se sont rencontrés pour discuter des projets d'expansion préliminaires du fréteur pour le cas où il y aurait fusionnement entre Air Canada et Canadien ou échec de celle-ci⁶¹. À l'époque, Canadien et Air Canada envisageaient sérieusement l'option de fusionnement. Au cours de son témoignage, M. Taylor a déclaré que, dans le cadre des hypothèses concernant l'exploitation et se rapportant au fusionnement, la

⁶⁰ Pièce confidentielle CA-III-81 aux pp. 5, 9-10.

⁶¹ Témoignage du président de Canada 3000, Robert J. Deluce : transcription confidentielle, vol. 15 aux pp. 855-60 (22 février 1993).

direction d'Air Canada a discuté d'une proposition visant à transférer la flotte de DC-9 d'Air Canada à Canada 3000 (et à conserver les 737 de Canadien plus récents) afin d'éviter de créer un monopole pour la nouvelle société fusionnée⁶². Le Tribunal est convaincu que Canada 3000 ne se sentait pas libre de s'orienter vers une expansion sérieuse, à moins qu'Air Canada ne lui ait donné la latitude voulue à cette fin. D'autre part, il est peu probable qu'Air Canada aurait agi de façon à favoriser la création d'une source de concurrence qui deviendrait probablement incontrôlable.

Nous sommes donc d'avis que, même si la présence de fréteurs est importante dans quelques-uns des grands marchés, leur rôle est circonscrit et ils ne pourraient pas combler le vide concurrentiel qui serait créé en cas d'échec de Canadien. À l'heure actuelle, les fréteurs ne sont pas présents dans un nombre suffisant de marchés pour compenser la disparition de Canadien⁶³. Le fait que, comme on peut le lire dans le rapport de l'Office national des transports, des rabais ont été consentis pour 61 % des billets achetés par des voyageurs « pour les 25 paires de villes les plus importantes, où *aucun* vol affrété intérieur *n'était* offert » et que le rabais moyen pour ces liaisons était de 33 % est révélateur des effets de la concurrence entre Canadien et Air Canada⁶⁴. En outre, Air Canada et Canadien se font concurrence pour la

⁶² Transcription confidentielle, vol. 16 aux pp. 918-20 (23 février 1993); pièce confidentielle CA-XX-3, 10 février #6B, à la p. 3 (les pages ne sont pas numérotées).

⁶³ Se reporter aux statistiques, *supra* aux pp. 73-74.

⁶⁴ Les italiques sont de nous. Se reporter à *supra* note 59 à la p. 49.

gamme complète des caractéristiques de leurs produits, y compris la fréquence du service, le choix des classes de service, les programmes pour passagers assidus, la distribution par l'entremise des SIR et les prix. Les fréteurs ne se font concurrence que quant aux prix et leur influence à cet égard peut être atténuée par un grand transporteur comme Air Canada grâce à une gestion judicieuse du stock de places.

2) Transporteurs régionaux

En cas d'échec de Canadien, les lignes aériennes régionales affiliées à elle seraient en grand danger. En effet, leur propre situation financière est précaire, elles se fondent sur Canadien pour certains services et, dans une grande mesure, elles comptent sur les voyageurs qu'elles sont en mesure de transporter vers les grandes lignes de Canadien et sur le trafic qui provient de celle-ci. Si Canadien devait disparaître, elles seraient forcées de faire la lutte aux sociétés affiliées d'Air Canada qui continueraient à bénéficier du trafic d'apport. D'après le témoignage non contesté du directeur de la planification et de l'organisation de la société Lignes aériennes régionales Ltée, John B. Delaney, toutes les lignes aériennes régionales disparaîtraient probablement avec Canadien, sauf une. Air Canada et ses sociétés affiliées seraient le seul transporteur régulier sur la plupart des marchés du transport aérien, y compris tous les grands marchés.

F. « Obstacles à l'entrée »

Le principal point en litige entre les parties concerne les obstacles à l'expansion des transporteurs existants et à l'entrée de nouveaux transporteurs lors de la disparition de Canadien (alinéa 93d) de la Loi). En raison de la surabondance actuelle d'aéronefs, il serait facile pour des concurrents potentiels d'obtenir la capacité voulue pour faire concurrence ou pour accroître les services qu'ils offrent pour une liaison. La question qui se pose est celle de savoir si le nouveau venu pourrait obtenir un nombre suffisant de passagers tout en bénéficiant d'une marge de prix et de coûts rentable.

Le témoin expert d'Air Canada, M. Shenton, ne nie pas qu'il existe des obstacles à l'entrée sur les marchés du transport aérien. Il est plutôt d'avis que les obstacles [TRADUCTION] « ne sont pas insurmontables » et que l'entrée sur plusieurs marchés à fort achalandage est probable :

[TRADUCTION]

On a soutenu que le milieu actuel de l'aviation favorise les grandes lignes aériennes, notamment celles qui ont des alliés un peu partout dans le monde. On a aussi dit que les lignes aériennes ont besoin de volumes élevés pour demeurer concurrentielles sur le marché mondial. Ces affirmations et allégations ne sont vraies que dans la mesure où les grandes lignes aériennes se font concurrence entre elles. Les petits transporteurs aériens peuvent exploiter leur entreprise de façon rentable dans les limites de leur créneau défini, marché que, pour une raison ou pour une autre, les grandes lignes aériennes ne peuvent pas ou ne veulent pas pénétrer. Les marchés de liaisons caractérisés par un fort achalandage sont particulièrement bien

desservis par les petits transporteurs, puisqu'ils sont suffisamment importants pour recevoir ce trafic sans devoir compter sur l'apport du trafic de correspondance⁶⁵.

D'autres témoins partagent également la conclusion de M. Shenton. Un transporteur régulier a des chances raisonnables d'entrer sur le marché du triangle Toronto-Ottawa-Montréal et d'accroître le service de vol affrété pour les lignes transcontinentales et les itinéraires Edmonton-Calgary, Edmonton-Vancouver et Calgary-Vancouver. Même si tel était le cas, la plupart des liaisons actuellement assurées par Canadien et ses sociétés affiliées seraient desservies par Air Canada qui jouirait d'un monopole. En outre, même sur les marchés où l'on peut s'attendre à l'entrée de nouveaux venus ou à l'accroissement des services de certains transporteurs, il n'y a aucune preuve révélant que, de par leur nature et leur importance, ces nouveaux venus ou ces transporteurs existants pourraient être considérés comme une solution de rechange raisonnable en cas de disparition de Canadien.

Il est peu probable que les fréteurs puissent accroître leurs services au-delà de leur rôle actuel qui est restreint, bien qu'important. S'ils tentaient de le faire, plusieurs des obstacles mentionnés par Michael W. Tretheway, qui a comparu comme témoin expert pour le directeur et dont les opinions ont été corroborées par

⁶⁵ Affidavit du témoin expert H.E. Shenton (25 janvier 1993) : pièce confidentielle CR-I-34 au para. 10.

d'autres éléments de preuve, entreraient en jeu⁶⁶. Un fréteur qui tenterait d'offrir un service régulier serait considérablement désavantagé sur le plan concurrentiel par rapport à un grand transporteur comme Air Canada s'il n'avait pas : un trafic d'apport aux deux extrémités de ses itinéraires; un programme pour passagers assidus généralement acceptable qu'il pourrait offrir à un coût comparable à celui de ses concurrents; et un volume de trafic important de façon qu'il ne soit pas obligé de payer aux agents des commissions supérieures à celles que paient les lignes aériennes établies pour obtenir leur appui lors des réservations pour les clients n'accordant aucune préférence à une ligne aérienne en particulier (ou se disant contre une ligne aérienne en particulier). Un nouveau transporteur régulier qui tenterait de pénétrer le marché à petite échelle ferait face aux mêmes problèmes.

Le trafic d'apport est nécessaire pour remplir les avions et offrir un service plus fréquent, ce qui constitue un avantage important sur le plan de la commercialisation. Lorsque l'achalandage est plus fort pour une liaison donnée, le coût par passager est plus bas, car les frais relatifs à l'infrastructure (billettistes, manutention des bagages, etc.) sont répartis entre des passagers plus nombreux. Selon le témoignage de George Curley, président de Wardair au moment de l'acquisition de celle-ci par PWA, l'absence de trafic d'apport était un inconvénient

⁶⁶ Affidavit du témoin expert M.W. Tretheway (30 décembre 1992) : pièce A-XVIII-503 aux pp. 29-35.

majeur pour Wardair⁶⁷. First Air offre et reçoit du trafic d'apport d'Air Canada et livre avec beaucoup de succès une concurrence à Canadien pour les itinéraires reliant Ottawa et Montréal à certains endroits situés dans le nord. Le vice-président directeur, John W. Crichton, a déclaré que son entreprise serait grandement menacée s'il y avait fusionnement entre Canadien et Air Canada ou si Canadien devait échouer. Selon lui, en cas de fusionnement, Air Canada hériterait des itinéraires nord-sud de Canadien qui fait directement concurrence à First Air en ce qui concerne les services offerts par celle-ci. Si Canadien devait être éliminée en entier, ses itinéraires deviendraient disponibles et Air Canada pourrait commencer à assurer elle-même le service s'y rapportant. Dans un cas comme dans l'autre, First Air ne serait pas en mesure de faire concurrence à Air Canada pour les itinéraires nord-sud, puisque First Air perdrait au profit de celle-ci le trafic d'apport provenant des itinéraires du sud desservis par Air Canada. Dans le cas de 50 % du transport de passagers nord-sud assuré par First Air, il s'agit d'un trafic de correspondance en provenance ou à destination d'autres endroits au Canada qui ne sont pas desservis par First Air⁶⁸.

Par ailleurs, signalons le fait que les lignes aériennes ont déployé des efforts considérables pour se structurer en réseaux, simplement afin de ne pas être limitées

⁶⁷ Transcription, vol. 6 aux pp. 1041-42 (8 février 1993).

⁶⁸ Transcription, vol. 6 aux pp. 964-66, 950-51 (8 février 1993).

à assurer un service d'un point à l'autre entre un nombre restreint de paires de villes. La valeur d'un réseau, considéré comme un tout, est supérieure à la somme de ses éléments. Nous acceptons le témoignage du professeur Tretheway, selon lequel il existe des avantages importants pour les grandes lignes aériennes en ce qui a trait à la commercialisation⁶⁹. Selon les passagers, ils obtiennent une valeur supérieure lorsqu'ils n'ont pas à se préoccuper du transfert de leurs bagages, lorsqu'ils attendent moins longtemps entre les vols parce que ceux-ci sont coordonnés, et lorsqu'il est plus facile d'accumuler et d'utiliser les points accordés aux passagers assidus en raison du grand nombre de destinations. Les lignes aériennes bénéficient d'un partage des coûts aux points de transfert. Qui plus est, elles bénéficient du trafic provenant des autres lignes aériennes d'un réseau.

L'importance de faire partie d'un réseau ou, à tout le moins, de partager des indicatifs englobe la façon dont les renseignements sur les vols sont affichés par les SIR. Les vols de correspondance ayant le même indicatif apparaissent avant les vols de correspondance qui ont des indicatifs différents, même si ceux-ci demandent moins de temps. Assurément, un vol apparaissant plus tôt sur l'écran d'un agent a beaucoup plus de chances d'être sélectionné. Selon M. Crichton, First Air a dû abandonner deux vols aux États-Unis en raison de ce facteur.

⁶⁹ *Supra* note 66 aux pp. 12-13.

Les points accordés aux passagers assidus sont de la plus haute importance pour les passagers réguliers. Il n'existe aucune donnée officielle concernant le pourcentage de places et de recettes que représentent ces consommateurs, mais on ne peut contester le fait qu'ils constituent un élément très important du marché en termes de nombre et même davantage en termes de recettes. Selon une enquête menée auprès des agences de voyage et publiée par l'Office national des transports, 79 % des passagers assidus sont membres d'un programme pour passagers assidus et sont inscrits, en moyenne, à deux de ces programmes⁷⁰. Après avoir d'abord estimé que les primes accordées aux passagers assidus n'étaient pas importantes pour le succès de ses activités lorsqu'elle a commencé à offrir des vols réguliers, la direction de Wardair a dû rapidement réviser sa position. Même si les avantages qu'elle a subséquentement offerts étaient beaucoup plus généreux que ceux des autres grandes lignes, ils ont constaté que les résultats n'étaient pas conformes aux attentes. Selon M. Curley, ces résultats sont dus au fait que Wardair n'offrait pas un choix de destinations suffisamment grand⁷¹.

Afin d'offrir un programme pour passagers assidus attirant, un nouveau venu ou un fréteur qui cherche à accroître son entreprise pourrait être en mesure d'acheter des points pour passagers assidus d'une ligne aérienne déjà sur le marché. Toutefois,

⁷⁰ *Supra* note 59 à la p. 48.

⁷¹ Transcription, vol. 6 aux pp. 1045-46 (8 février 1993).

le nouveau venu devrait trouver une ligne aérienne qui est prête à vendre les points. En cas d'échec de Canadien, Air Canada serait la seule source de points qui resterait. Même si un nouveau venu pouvait acheter des points, il pourrait aussi constater que ses frais sont nettement supérieurs à ceux des lignes aériennes déjà sur le marché⁷².

Les lignes aériennes paient des commissions supplémentaires aux agents d'après leur pourcentage de ventes entre deux endroits qui reviennent au transporteur donné. Le président de l'ACAT et lui-même agent, William H.W. Maguire, a décrit ces dites « surprimes » comme des paiements que versent les lignes aériennes pour [TRADUCTION] « obtenir une part du marché et créer des liens axés sur la loyauté envers ce transporteur »⁷³. Lors de son témoignage, M. Maguire a déclaré que, d'après son expérience, les agents peuvent choisir un transporteur aérien au nom du voyageur dans environ 25 % des cas⁷⁴. La loyauté des agents constitue donc un facteur important des ventes par les lignes aériennes. C'est là un obstacle qu'un nouveau transporteur régulier devrait surmonter.

Dans certains cas, notamment en ce qui concerne le partage des indicatifs, la manutention des bagages ou même le trafic d'apport, il est possible de pallier aux inconvénients dont souffrent les petits transporteurs aériens par rapport aux réseaux

⁷² Témoignage du professeur Tretheway : transcription, vol. 7 aux pp. 1119-20 (9 février 1993).

⁷³ Transcription, vol. 10 à la p. 1905 (12 février 1993).

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 1907.

au moyen d'ententes. Même s'il peut y avoir des désavantages commerciaux inhérents à une alliance entre différents transporteurs aériens en concurrence avec un réseau de transporteurs ayant une identité commune, le Tribunal reconnaît qu'il est possible, au moyen d'ententes d'exploitation, d'atténuer de façon importante les obstacles à l'entrée auxquels les nouvelles entreprises feraient face si elles poursuivaient leurs activités seules. Cependant, en raison de l'absence de transporteurs aériens avec lesquels une alliance pourrait être conclue, les transporteurs pénétrant un marché de façon individuelle seraient grandement défavorisés si l'on tient compte de l'effet de l'ensemble des obstacles à l'entrée examinés précédemment.

G. Conclusion

Après avoir examiné la réduction initiale de la concurrence qui découlerait de l'échec de Canadien et la concurrence qui resterait et qui serait vraisemblablement créée, le Tribunal conclut que cet échec provoquerait indubitablement une diminution sensible de la concurrence sur la plupart, sinon la totalité des marchés du transport aérien de passagers sur les itinéraires du sud du Canada. Même sur les marchés à fort achalandage où l'on peut vraisemblablement s'attendre à l'arrivée de nouveaux concurrents, il est peu probable que les voyageurs bénéficient de la concurrence en ce qui a trait à des questions qui sont importantes pour eux, comme la fréquence du

service, la gamme de services et les points pour passagers assidus. En outre, même dans le cas des voyageurs qui accordent une importance primordiale au prix, on ne peut pas conclure qu'ils ne seront pas lésés par suite du retrait de Canadien des marchés à fort achalandage. Les deux grands transporteurs se *font* concurrence entre eux quant au prix. Tous deux répliquent également aux incursions des autres transporteurs qui offrent des solutions axées sur un prix plus bas et chacune de leurs réactions touche l'autre.

VI. RÉPERCUSSIONS DE LA MODIFICATION DEMANDÉE SUR LES MARCHÉS DES SIR

A. Introduction

La preuve présentée au sujet des marchés des SIR est axée sur les effets d'un transfert du système interne de réservation de Canadien, s'il est rendu possible par le Tribunal, de Gemini à Sabre. Les effets portent sur Gemini et sur la concurrence dans la prestation de services offerts par les SIR au Canada. Les défenderesses qui s'opposent à la demande soutiennent que Gemini échouera ou sera sérieusement affaiblie si la demande est accordée. Dans le cas d'un échec de Gemini, ils soutiennent qu'il n'y a aucune garantie qu'elle sera remplacée et il en résultera probablement un monopole pour Sabre. Même si Gemini survit, ils sont d'avis que

Sabre occupera une position dominante, de sorte que la concurrence diminuera dans les marchés des SIR.

D'après le directeur, les effets allégués du transfert de la prestation de services sur Gemini ont été grandement exagérés. Il fait valoir qu'il est peu probable que Gemini échoue et, en outre, même si elle ne survit pas sous sa forme actuelle, il n'y a aucun risque que la concurrence sur les marchés des SIR soit menacée.

Les défenderesses qui s'opposent à la demande ne sont pas tenues de prouver que la concurrence diminuera sensiblement si l'ordonnance demandée est rendue. Il appartient au directeur, comme demandeur, de démontrer que le transfert de la prestation de services par Canadien a peu de chances d'entraîner une diminution sensible de la concurrence sur les marchés des SIR. C'est la seule norme que le Tribunal peut appliquer et qui est compatible avec celle qui est utilisée pour l'évaluation des marchés du transport aérien. C'est également la seule norme que le Tribunal peut utiliser selon la Loi pour évaluer les allégations touchant la diminution de la concurrence.

B. Participants de l'industrie

Comme c'est le cas des marchés de services en général, les marchés des SIR sont des marchés locaux sur le plan géographique. La concurrence au sein d'un

marché donné n'est pas contestée. Lorsqu'on a fait allusion aux marchés locaux au cours de la preuve, on l'a fait pour évaluer les modifications touchant la part globale des ventes faites par l'entremise des SIR canadiens à partir des marchés locaux en cause. Les parties ont insisté sur les parts des ventes canadiennes. En conséquence, étant donné que le sens précis du mot « marché » n'est pas déterminant, nous utilisons l'expression « part de marché » de façon interchangeable avec l'expression « part des ventes canadiennes » pour faciliter l'exposé.

À l'heure actuelle, il existe seulement deux SIR importants qui sont exploités au Canada, soit Gemini et Sabre. Tout au long de l'année 1992, les parts de marché respectives de Gemini et de Sabre ont changé de façon tellement rapide qu'il est difficile d'en arriver à une détermination significative de leurs parts de marché actuelles. Les renseignements les plus récents dont nous disposons révèlent que leurs parts relatives au cours du mois d'octobre 1992 s'élevaient à 52 % du total des réservations pour Gemini et à 48 % pour Sabre⁷⁵.

C. Activités de Gemini

Gemini poursuit des activités dans deux grands secteurs : la prestation de services et la distribution aux agences de voyage par l'entremise de SIR. La

⁷⁵ « Gemini and Sabre 1992 Bookings » [Réservations de billets d'avion par l'entremise de Gemini et de Sabre en 1992] (sans date) : pièce R-I-15.

« prestation de services » désigne le maintien du système interne de réservation d'une ligne aérienne ou d'un autre fournisseur de services de voyage⁷⁶. En raison de la nature de la prestation de services, le système d'un fournisseur ne peut être maintenu qu'à un seul endroit. Gemini offre de l'espace pour le maintien du système interne de réservation à Air Canada, à Canadien et à leurs sociétés affiliées ainsi qu'à First Air, à Canadian Holidays, à VIA Rail et au ministère de la Défense nationale. Le système de Canadien et de Canadian Holidays est maintenu dans Pegasus, soit le système qui appartenait à Canadien avant d'être transféré dans Gemini en échange de la part de Canadien dans la société en commandite. Le système d'Air Canada et des autres fournisseurs est maintenu dans Reservec, qui appartenait à Air Canada avant le fusionnement. Reservec et Pegasus constituent deux systèmes séparés à l'intérieur de Gemini.

Les SIR, y compris Gemini, sont utilisés par les fournisseurs de services de voyage comme instruments de distribution par l'entremise desquels un transporteur aérien ou un autre fournisseur peut vendre son produit au moyen de services informatisés à des agents de voyage. Presque tous les agences de voyage sont maintenant informatisées et environ 80 % des billets d'avion sont vendus par leur entremise. Les lignes aériennes qui choisissent d'utiliser des SIR à des fins de

⁷⁶ Un système interne de réservation est [TRADUCTION] « un système informatique à grande échelle qui permet d'assurer le suivi des places disponibles et des places vendues, d'établir des prix pour les itinéraires demandés et d'exercer d'autres fonctions liées aux réservations » : affidavit du témoin expert W.J. Duffy (25 janvier 1993) : pièce confidentielle CR-I-21 à la p. 8 (annexe A).

distribution peuvent vendre leur produit par l'entremise de divers systèmes afin de maximiser les ventes. Il n'y a aucune restriction quant au nombre de SIR qu'un transporteur peut utiliser pour afficher aux agents de voyage les renseignements concernant ses vols, ses tarifs et ses horaires.

Les activités de distribution de Gemini par l'entremise des SIR consistent à fournir un service appelé « Apollo par Gemini » à environ 2 500 agences de voyage situées un peu partout au Canada. Apollo par Gemini (« ApG ») est une version perfectionnée du logiciel qu'utilise le SIR Apollo aux États-Unis. Apollo et ApG appartiennent tous deux à Covia. Celle-ci a modifié le logiciel pour l'adapter au marché canadien et a permis à Gemini de l'utiliser; elle a reçu en échange une participation d'un tiers dans la société en commandite. Les principaux changements apportés résidaient dans l'ajout de moyens en français, l'établissement de la structure tarifaire au Canada, qui est apparemment unique, et la modification du temps d'attente entre les vols. La base de données a également été élargie pour inclure les plus petits hôtels et entreprises canadiens de location de véhicules qui ne faisaient pas déjà partie d'Apollo. Avant l'acquisition du nouveau logiciel, les agents de voyage qui utilisaient Gemini continuaient d'utiliser Pegasus ou Reservec, auquel ils avaient recours avant le fusionnement, et pouvaient également avoir accès aux renseignements concernant tant Air Canada que Canadien, dont le système était maintenu dans Gemini.

Les ordinateurs utilisés pour l'application des systèmes Reservec et Pegasus se trouvent à Winnipeg, tandis que le système ApG est situé à l'établissement de Covia, à Denver. Un réseau de télécommunications complexe relie les divers éléments du système. C'est Covia, en fait, qui s'occupe en majeure partie du traitement d'une demande de réservation provenant d'un agent de voyage par l'entremise du système ApG, à Denver; Gemini paie Covia pour ce service⁷⁷. Lorsqu'un agent de voyage utilise le système Gemini pour faire une réservation à l'égard d'un vol d'Air Canada ou de Canadien, la demande est d'abord acheminée au système ApG à Denver. ApG communique ensuite avec Reservec ou Pegasus au moyen d'un « lien interne » pour déterminer la disponibilité des places et pour diminuer le stock en conséquence⁷⁸. Dès que le système ApG reçoit une réponse, il traite la réservation à Denver et envoie une confirmation à l'agent de voyage.

Les recettes que Gemini tire de son entreprise de maintien de systèmes internes de réservation se composent des tarifs que paient ses associées pour les services en question conformément au contrat de prestation de services. Ces paiements sont établis d'après les frais de Gemini entièrement ventilés ainsi qu'une

⁷⁷ Gemini paie à Covia un montant de 0,50 \$ US pour chaque réservation traitée à Denver : transcription, vol. 11 à la p. 2035 (15 février 1993).

⁷⁸ Le « lien interne » permet à ApG de communiquer avec Pegasus et Reservec d'une façon qui s'approche du degré de fonctionnalité qui serait atteint si les systèmes internes de réservation d'Air Canada et de Canadien étaient maintenus directement dans ApG. Le lien reproduit le contexte de la prestation de services de sorte que, lorsque des agents de voyage sont passés de Pegasus ou de Reservec à ApG, ils sont demeurés tout aussi fonctionnels.

marge de profit indiquée au contrat⁷⁹. Les recettes que Gemini tire de la distribution par l'entremise de SIR proviennent des redevances de réservation versées principalement par les lignes aériennes⁸⁰, ainsi que des frais d'abonnement que paient les agents de voyage pour la location du matériel, l'utilisation du réseau de transmission et divers services de formation, d'entretien et de soutien. Les redevances de réservation constituent une partie plus importante de l'ensemble des recettes que les frais d'abonnement qui font l'objet de rabais considérables calculés d'après le volume de réservations obtenu par l'agence de voyage concernée.

D'après le président et directeur général de Gemini, Paul W. Nelson, la répartition approximative des recettes annuelles de Gemini entre les revenus tirés du maintien de systèmes internes de réservation et les revenus provenant de la distribution par l'entremise de SIR serait la suivante : 70 millions de dollars pour le maintien de systèmes internes de réservation et 80 millions de dollars pour la distribution. Canadien fournit 30 millions de dollars des recettes de Gemini tirées du maintien de systèmes internes de réservation, ce qui représente un peu plus de 20 % de l'ensemble des recettes de Gemini. Bien que le maintien de systèmes internes de réservation soit rentable par définition, étant donné que les tarifs sont

⁷⁹ *Supra* note 8 à l'art. 6 et à l'annexe A.

⁸⁰ Gemini prévoit que la location de chambres d'hôtel et de véhicules représentera seulement 5 % de l'ensemble de ses recettes provenant des réservations en 1993.

calculés à partir de frais entièrement ventilés ainsi qu'une marge de profit, l'entreprise de distribution par l'entremise de SIR ne l'est pas.

D. L'avenir financier de Gemini

La vice-présidente des finances de Gemini, Marilynne Day-Linton, a préparé pour la période allant de 1993 à 1995 des prévisions financières fondées sur le fait que Canadien, ses sociétés affiliées ainsi que Canadian Holidays se dissocieront de Gemini à compter du 31 mars 1993⁸¹. Même si Gemini prévoit des pertes nettes élevées pour chacun des trois exercices, les prévisions financières indiquent également, pour l'année 1995, un bilan très positif caractérisé par une encaisse d'environ 10 millions de dollars et par l'absence quasi totale de dettes envers des tiers (environ 2,1 millions de dollars de dettes à long terme et 900 000 \$ de dettes à court terme). Les seuls autres éléments du passif et de l'avoir des propriétaires sont formés par l'apport en capital versé par les associées. Le bilan indique également que les associées auront reçu une somme d'environ 10 millions de dollars de Gemini au cours de la période de trois ans.

Ainsi, d'après ses propres estimations, Gemini n'échouera probablement pas dans un avenir rapproché. En outre, ces estimations se rapportent au scénario « le

⁸¹ Pièce confidentielle CR-III-94 aux pp. 31-51.

plus négatif » pour Gemini. Pour faire des prévisions au sujet des recettes, M^{me} Day-Linton a accepté les projections du témoin expert de Gemini, William J. Duffy, au sujet du transfert de la part de marché de Gemini à Sabre par suite du transfert de la prestation de services de Canadien. Elle a également présumé que le transfert en question aurait lieu avant le 31 mars 1993. Le bien-fondé des projections de M. Duffy au sujet de la perte de la part de marché est commenté plus loin⁸². Dans la mesure où la diminution de la part de marché est surévaluée, les recettes ultérieures de Gemini ont été sous-évaluées dans les prévisions. De la même façon, plus la période au cours de laquelle Canadien continuera à utiliser Gemini pour la prestation de services sera longue, plus les recettes de celle-ci augmenteront et plus elle sera en mesure d'atténuer les frais liés à la compression de ses activités en prévision du départ de Canadien⁸³.

En outre, Gemini est une société en commandite qui fournit des services à deux de ses propriétaires associés (Air Canada et PWA/Canadien) et achète des services du troisième (Covia). En conséquence, la rentabilité de Gemini dépend dans une large mesure des décisions que prennent ses associées. Covia pourrait facturer à Gemini un montant inférieur pour les services qu'elle lui fournit et les autres associées pourraient lui verser un montant plus élevé pour les services qu'elles

⁸² Se reporter à *infra* à la p. 114 et s.

⁸³ Les frais de compression se composent principalement des indemnités de départ à verser aux employés.

obtiennent d'elle; les trois associées pourraient aussi verser des fonds pour combler le déficit de caisse.

E. Conséquences du transfert de la prestation de services pour Gemini

Même si nous avons établi que Gemini sera probablement encore en exploitation en 1995, sa simple existence n'est pas une garantie du fait qu'il y aura encore une concurrence dynamique sur les marchés des SIR au Canada. Pour déterminer si la modification proposée de l'ordonnance par consentement de 1989 est susceptible d'avoir des conséquences négatives pour la concurrence, notamment la domination alléguée du marché par Sabre, il faut examiner de façon plus approfondie l'exploitation de ces marchés.

De l'avis de Gemini et Covia, la force concurrentielle de Gemini subira des conséquences défavorables si elle perd Canadien au profit de Sabre, parce qu'elle ne sera pas en mesure de réduire ses frais liés à la prestation de services d'une façon proportionnelle à la baisse de ses recettes découlant de la même source d'activités et parce que ses recettes provenant de la distribution par l'entremise de SIR baisseront en raison d'une perte importante de la part de marché au profit de Sabre. On soutient que les conséquences défavorables découlant de la rupture des liens entre Gemini et Canadien seront plus grandes si Canadien survit et s'associe à Sabre pour la

prestation de services que si elle échoue et qu'elle n'a plus besoin d'avoir recours à la prestation de services.

1) Conséquences directement liées au transfert de la prestation de services

Par l'entremise de leurs témoins, les défenderesses Gemini et Covia ont exposé les situations suivantes qui risquent de se produire si Canadien échoue ou qu'elle passe de Gemini à Sabre pour la prestation de services. Dans un cas comme dans l'autre, Gemini perdrait Canadien comme source de recettes provenant de la prestation de services. Dans le cas d'un échec de Canadien, une fois les premiers bouleversements passés, la situation du trafic aérien se stabiliserait et Air Canada ou d'autres lignes aériennes dont le système de réservation est maintenu dans Gemini compenseraient pour ainsi dire la baisse de recettes que subirait Gemini par suite de la cessation des activités de Canadien. Toutefois, dans le cas d'un transfert de la prestation de services par Canadien à Sabre, il était impossible de prévoir des augmentations de recettes provenant d'autres transporteurs et compensant les pertes. Étant donné que Canadien verse à Gemini un montant fondé sur le prix coûtant majoré pour la prestation de services, Gemini perdrait une source de profit. Qui plus est, la baisse des recettes tirées de la prestation de services représenterait un problème pour Gemini, parce qu'elle ne pourrait abaisser ses frais dans la même mesure.

Il ressort tout d'abord de la preuve présentée au sujet de la possibilité ou de l'impossibilité pour Gemini d'abaisser ses frais si ses liens avec Canadien sont rompus, que Gemini a conclu un certain nombre de contrats concernant surtout la location de matériel informatique et de matériel de télécommunications et que ces contrats n'expirent qu'à diverses dates au cours de l'année 1995. Elle ne pourra donc abaisser immédiatement ses frais dès la rupture des liens avec Canadien⁸⁴. D'après les projections financières de Gemini, les recettes tirées de la prestation de services, qui couvriraient par ailleurs les coûts de ces baux, prendraient fin en mars 1993. En réalité, la date la plus rapprochée qui a été proposée par l'une ou l'autre des parties pour le transfert de la prestation de services est au cours de l'année 1994. Plus longtemps les recettes rentreront, plus la perte afférente à cette source diminuera en conséquence.

En deuxième lieu, les frais ne baisseront peut-être pas autant que les recettes si la structure des coûts de Gemini comporte des économies d'échelle et des économies de diversification. Dans la mesure où il y a des économies d'échelle dans la prestation de services et dans la distribution par l'entremise de SIR, une baisse du volume des services assurés pourrait donner lieu à un accroissement des frais unitaires. L'économiste qui a comparu pour Covia comme témoin expert, Jerry A. Hausman, a déclaré, en se fondant sur les SIR exploités aux États-Unis, que

⁸⁴ Pièce confidentielle CR-III-85; témoignage de M^{me} Day-Linton : transcription confidentielle, vol. 12 aux pp. 581-85 (16 février 1993).

la distribution par l'entremise de SIR comporte des économies d'échelle, et son témoignage n'a pas été contredit⁸⁵. Même si le Tribunal reconnaît que l'exploitation de Gemini comporte des économies d'échelle, nous n'avons aucune preuve directe au sujet de l'ampleur de ces économies⁸⁶. Il serait imprudent d'appliquer tout simplement les conclusions fondées sur des SIR américains directement à la situation de Gemini. Celle-ci est avant tout un intermédiaire entre les ordinateurs d'Apollo, situés à Denver, et les agents. Les économies d'échelle relatives aux frais de conception du logiciel d'exploitation des SIR et, sans aucun doute, des gros ordinateurs utilisés pour les services de distribution ne concernent pas Gemini.

Le professeur Hausman ajoute qu'il y a des économies de diversification, lorsque l'exploitation des systèmes internes de réservation (prestation de services) des lignes aériennes se fait conjointement avec la distribution par l'entremise de SIR⁸⁷. Des économies de ce type se produisent lorsque les frais unitaires baissent au fur et à mesure que des activités sont ajoutées. L'opinion du professeur Hausman est fondée sur des renseignements généraux et ne s'applique pas nécessairement à Gemini. En fait, au cours d'une réunion d'un comité de direction qui a eu lieu en août 1990, le président de Gemini a émis des observations qui laissent fortement supposer

⁸⁵ Affidavit du témoin expert J.A. Hausman (25 janvier 1993) : pièce confidentielle CR-I-28 aux para. 11-15.

⁸⁶ Il est possible que les projections financières de Gemini, dont il a été question plus tôt, comportent des éléments de preuve indirects à ce sujet.

⁸⁷ *Supra* note 85 au para. 16.

qu'il y a des pertes d'économies de diversification liées à la conception du système Gemini : [TRADUCTION] « Paul Nelson a expliqué les inefficiences découlant du maintien des trois systèmes [Resvec, Pegasus et ApG] et a souligné que c'était là la situation la moins souhaitable pour Gemini »⁸⁸. Il s'est exprimé dans le même sens dans une note de service qu'il a adressée au président du conseil d'administration de Gemini et lors de la réunion suivante du comité de direction qui a eu lieu en octobre 1990. Il a alors laissé à entendre que les sociétés propriétaires voudraient peut-être repenser à la situation et songer à comprimer les activités de Gemini pour en faire une entreprise de « commercialisation et d'interconnexion » et confier à nouveau la prestation de services aux lignes aériennes⁸⁹. Au cours de son témoignage, M. Nelson a expliqué que Gemini payait les frais de traitement relevant des liens internes pour Resvec et Pegasus et que, à son avis, [TRADUCTION] « elle subventionnait en réalité ces systèmes »⁹⁰. Cela signifie que les lignes aériennes ne payaient pas la totalité des frais correspondant aux services qu'elles obtenaient. Il importe peu de savoir si les observations de M. Nelson se traduisent par des pertes d'économies de diversification découlant de la conception du système ou par le fait que les lignes aériennes ne payaient pas la totalité des frais correspondant aux services reçus. Dans un cas comme dans l'autre, les effets néfastes qui découleraient du transfert de la prestation de services par Canadien sur Gemini sont amoindris.

⁸⁸ Procès-verbal (22 août 1990) : pièce A-XV-429 à la p. 2.

⁸⁹ Note de service (16 octobre 1990) : pièce A-V-113 à la p. 1.

⁹⁰ Transcription, vol. 11 à la p. 2122 (15 février 1993).

2) Conséquences du transfert de la prestation de services à Sabre pour la part de marché des SIR

a) « Prédilection » et prestation de services

Selon les défenderesses Gemini et Covia, Gemini essuierait également des pertes importantes, voire désastreuses, en ce qui concerne la part de marché des SIR si Canadien passe de Gemini à Sabre. Les pertes que l'on prévoit seraient occasionnées par la prédilection des agents de voyage à chercher à conclure des marchés avec le SIR lié au transporteur aérien avec lequel ils font le plus souvent des affaires. On convient qu'il est avantageux de commercialiser un SIR qui, d'après les agents, est étroitement lié à une ligne aérienne avec laquelle lesdits agents font le plus souvent des affaires. C'est le cas même si la liaison des services de distribution par l'entremise des SIR aux commissions des transporteurs aériens ou à tout autre avantage qu'une ligne aérienne accorde à un agent est interdite par les règles relatives aux SIR aux États-Unis ainsi que par l'ordonnance par consentement du Tribunal au Canada. Comme l'a déclaré Richard S. Kunz, qui était directeur gestionnaire de Sabre au Canada jusqu'en juillet 1990 et qui est encore cadre dirigeant chez Sabre aux États-Unis : [TRADUCTION] « Leurs revenus [des agents], leurs moyens de subsistance dépendent de ce transporteur aérien et ils seraient prédisposés à choisir leur produit »⁹¹. C'est ce qui ressort également du témoignage de M. Maguire : les

⁹¹ Transcription, vol. 7 à la p. 1330 (9 février 1993).

agents et les lignes aériennes sont étroitement liés entre eux et certains liens sont plus forts que d'autres.

Les données empiriques de source américaine révèlent la présence d'un important effet de prédisposition aux États-Unis. Les parts de marché des SIR dans certains centres semblent correspondre aux parts de marché de la ligne aérienne associée dans ces centres. Le professeur Hausman a examiné la question sur une plus courte échelle et a cherché à comprendre jusqu'à quel point la part des ventes de places de United Airlines faites par l'entremise des agents en 1986 a eu une influence sur la décision de choisir ou de ne pas choisir Apollo, le SIR commercialisé par United Airlines. Il a constaté que la part des ventes de places de United par l'agence constituait un facteur important dans le choix d'Apollo ou d'un autre système par celle-ci⁹².

Même si la présence d'un effet de prédisposition aux États-Unis n'est guère contestée, on est loin de s'entendre sur la présence ou l'importance de cette prédisposition dans le cas des parts de marché des SIR au Canada si Canadien rompait ses liens avec Gemini pour passer à Sabre. Une question préliminaire qu'il faut se poser est celle de savoir si la prestation de services en soi constitue un élément

⁹² Plus précisément, [TRADUCTION] « dans le cas des agences de voyage qui sont passées à Apollo, leur part des ventes de places de United Airlines s'élevait à 0,153 en moyenne, tandis que, dans le cas des agences de voyage liées à un autre SIR, cette part s'élevait à 0,107 » : *supra* note 85 au para. 18.

important de la prédisposition. Cette question se pose, parce que, selon le projet d'entente avec AMR, Canadien passerait de Gemini à Sabre pour la prestation de services, mais elle ne commercialiserait pas Sabre.

À l'exception des renseignements concernant les parts de marché à Pittsburgh, qui appuient jusqu'à un certain point l'opinion du professeur Hausman selon laquelle la prestation de services a une influence en soi, il n'y a aucune donnée empirique à ce sujet. Il n'est pas possible d'étudier l'influence de la prestation de services en soi sur les décisions des agents aux États-Unis, étant donné que, sur ce marché, la prestation de services par un SIR d'une ligne aérienne et la commercialisation du SIR par cette même ligne aérienne vont presque inmanquablement de pair. Aux États-Unis, le SIR qui est lié à une ligne aérienne occupant une partie importante du marché bénéficie d'avantages qui vont bien au-delà du seul fait que le système interne de réservation de la ligne aérienne est maintenu dans le SIR en question. La commercialisation du SIR est faite par le personnel de la ligne aérienne qui a des droits de propriété dans ledit SIR. Au Canada, ApG est commercialisé par les employés de Gemini et Sabre n'a pas recours aux employés de American, mais elle a formé une équipe de vente distincte pour commercialiser son produit.

De l'avis des économistes qui ont comparu comme témoins experts pour le directeur et pour American (intervenante), Gloria J. Hurdle et Gary J. Dorman, la

question de savoir dans quel SIR une ligne aérienne maintient son système interne de réservation n'est pas importante pour un agent. L'accès à des renseignements vitaux comme l'accessibilité aux dernières places ne dépend pas, dans le contexte technologique et réglementaire actuel, de l'utilisation du SIR dans lequel le système interne de réservation de cette ligne aérienne est maintenu. Même le professeur Hausman, qui estime que la prestation de services a une certaine importance dans l'effet global de prédisposition, n'attribue pas cet effet aux différences fonctionnelles réelles, mais plutôt à une perception plus favorable des services par l'agent de voyage. De l'avis de M^{me} Hurdle et M. Dorman, la commercialisation active faite par les lignes aériennes constitue le point de raccordement critique entre les parts de marché des lignes aériennes et celles de leur SIR associé. Selon M. Maguire, les agents ne se préoccupent pas de savoir dans quel SIR le système interne de réservation d'une ligne aérienne est maintenu.

De l'avis du Tribunal, la prestation de services sans aucun effort de commercialisation active par la ligne aérienne a peu d'importance en ce qui concerne la prédisposition. Dans l'état actuel des choses, Canadien ne ferait pas la commercialisation de Sabre, mais celle-ci pourrait néanmoins utiliser les liens entre elle-même et Canadien à son avantage. Cependant, nous sommes encore loin de la participation active des employés de Canadien à la commercialisation du SIR ou, comme c'est le cas aux États-Unis, de la responsabilité exclusive des employés à cet

égard. Il est évident que le rôle de Canadien pourrait changer; cependant, tout changement de son rôle serait presque inévitablement lié à un changement correspondant de la participation d'Air Canada dans la commercialisation d'ApG.

b) Ampleur du transfert de la part de marché

On nous a présenté plusieurs estimations de l'ampleur de la perte de la part de marché au profit de Sabre qui résulterait du transfert du système interne de réservation de Canadien. D'après les experts qui ont comparé pour les défenderesses Covia et Gemini, soit le professeur Hausman et M. Duffy, il convient d'utiliser une estimation des parts de marché de Gemini et de Sabre de 1992 comme point de départ ou « point d'équilibre ». Si l'on en juge par cette estimation, Gemini avait une part d'environ 55 % des réservations intérieures et Sabre, 45 %. Compte tenu d'un changement de circonstances, soit le transfert du système interne de réservation de Canadien, on a évalué la modification de la part des ventes de Sabre, on l'a ajoutée à sa part initiale de 1992 et on l'a déduite de la part de Gemini. Le professeur Hausman applique les résultats de son étude économétrique dans le contexte américain à des agents qui sont passés à Apollo⁹³ et conclut que la part des ventes de Gemini subirait une baisse de 24 %, ce qui ramènerait sa part à environ 30 %, tandis

⁹³ Notons que la part moyenne des ventes de places d'Air Canada et de Canadien conclues par les agences est beaucoup plus élevée que celle des ventes de places de United (qui a varié de 0,107 à 0,153). C'est l'une des différences entre les industries des SIR et du transport aérien au Canada et aux États-Unis.

que celle de Sabre atteindrait 70 %⁹⁴. Quant à M. Duffy, il prévoit un changement de 18 % et une part d'environ 37 % pour Gemini dès 1995⁹⁵. (La part de Sabre atteindrait alors 63 %.)

Canadien a préparé deux estimations internes du transfert de la part de marché de Gemini à Sabre⁹⁶. Nous n'avons pas tenu compte de ces estimations, parce qu'elles ne sont pas sérieuses. Dans un cas du moins, on voulait trouver des arguments que l'on pourrait invoquer pour vendre une entente avec PWA/Canadien à AMR et, par conséquent, pour augmenter les effets qu'on pourrait espérer tirer du transfert.

Nous ne sommes pas disposés à accepter que les estimations du transfert de la part de marché qui ont été préparées par les témoins experts de Covia et de Gemini sont dignes de foi. Dans ces estimations, on a surévalué l'ampleur du transfert de la part de marché. Nous en sommes venus à cette conclusion pour deux grandes raisons. D'abord, les experts des défenderesses présument que Gemini bénéficie déjà pleinement de la prédisposition découlant du fait que Canadien et Air Canada sont liées à elle et que sa part de marché actuelle traduit cette prédisposition. Or, cette opinion n'est pas appuyée par la preuve. En second lieu, l'estimation de l'ampleur du

⁹⁴ *Supra* note 85 aux para. 21-25.

⁹⁵ *Supra* note 76 aux pp. 19-21 (annexe A).

⁹⁶ Notes manuscrites (sans date) : pièce A-VI-159; « Iceberg Benefits » [Bénéfices « Iceberg »] (4 décembre 1991) : pièce confidentielle CA-VII-238.

transfert est fondée sur l'expérience vécue aux États-Unis en ce qui a trait à la prédisposition. Elle ne tient pas compte du fait que l'ampleur prévue des effets de la prédisposition ne pourrait découler uniquement d'un changement touchant la prestation de services en raison de la façon dont les SIR sont commercialisés au Canada et elle ne traduit pas non plus les différences qui caractérisent les marchés du transport aérien dans les deux pays.

En ce qui a trait aux parts de marché relatives de Gemini et de Sabre, la preuve démontre une tendance d'après laquelle Gemini a vu sa part de marché baisser au profit de Sabre depuis 1985 et cette perte a augmenté notablement en 1990. La part de marché de Gemini a continué à baisser en 1991 et en 1992, bien qu'à un rythme plus lent qu'en 1990, mais le rythme des pertes s'est à nouveau accéléré au cours de la seconde moitié de 1992⁹⁷.

La prédisposition n'est que l'un des quatre facteurs jugés importants dans le choix d'un SIR par une agence⁹⁸. Les autres facteurs sont le prix, la fonctionnalité et

⁹⁷ « Canadian Sabre Market » [Part de marché de Sabre au Canada] (9 février 1993) : pièce A-XVIII-505; « Gemini and Sabre 1992 Air Bookings » [Réservations de billets d'avion par l'entremise de Gemini et de Sabre en 1992] (sans date) : *supra* note 75.

⁹⁸ Selon M. Lupton, le prix, la fonctionnalité et le service offert par le serveur de SIR constituent les facteurs importants dans le choix d'un SIR par un agent : transcription, vol. 8 à la p. 1492 (10 février 1993). M. Maguire est d'avis que la nature de la commercialisation et les efforts de vente du serveur entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de choisir entre Sabre et Gemini. Il a aussi souligné que, de façon générale, un agent serait réticent à changer de système et il a contesté l'existence d'un effet quelconque de prédisposition : transcription, vol. 10 aux pp. 1914-15, 1917-18 (12 février 1993).

la qualité des efforts de commercialisation et de vente. La situation en ce qui a trait à la fonctionnalité a évolué de façon importante dans l'industrie des SIR intérieure depuis la création de Gemini jusqu'au milieu de 1992.

Avant que le Tribunal ne rende l'ordonnance par consentement en 1989, Sabre détenait une part très minime qui était concentrée dans quelques-uns des plus grands centres. Son système était supérieur sur le plan fonctionnel à ceux de Reservec et de Pegasus, qui étaient commercialisés par Gemini, à tous égards sauf en ce qui a trait à un aspect : Sabre n'avait pas accès aux données concernant l'accessibilité aux dernières places à bord des vols d'Air Canada et de Canadien. Cette grave lacune a été corrigée par l'ordonnance par consentement selon laquelle ces renseignements devaient être mis à la disposition de Sabre par l'entremise d'un lien direct, d'abord, un lien « consultation sans réservation » à compter du 31 janvier 1990 et, ensuite, un lien « consultation avec réservation » à compter du 30 juin 1991. La création de ces liens permettait à Sabre d'offrir désormais un produit bien supérieur à celui de Gemini. Manifestement, ce facteur a permis à Sabre d'augmenter sa part de marché en 1990 et en 1991.

Gemini a dû faire face à des problèmes importants et à des dépassements des coûts lorsqu'elle a créé son propre réseau, mis à jour son logiciel et mis en oeuvre la conversion de Reservec et de Pegasus à un autre système. Dès le départ, il était prévu

que Gemini ferait l'acquisition d'un autre logiciel pour améliorer sa fonctionnalité. En 1988, Air Canada et Canadien avaient presque réussi à s'entendre sur l'utilisation de PARS, un SIR exploité à partir des États-Unis; lorsque cet accord est tombé à l'eau, la crédibilité de Gemini auprès de ses abonnés a immédiatement subi des conséquences négatives⁹⁹. Les travaux relatifs au système ApG ont débuté à l'automne de 1989 et ce n'est qu'au début de 1991 que la mise en oeuvre de ce système a commencé. La conversion des installations des agents de voyage au système ApG a été arrêtée en mai 1991 en raison de problèmes inhérents au système et de pannes touchant le réseau des télécommunications. Les conversions ont repris en septembre et les deux tiers de celles-ci ont été faites en novembre, mais les dernières n'ont été terminées qu'en juillet 1992.

Au cours de cette longue période de conversion, les nouvelles agences et celles dont les contrats étaient sur le point d'être renouvelés avaient le choix entre un système existant, dont la fonctionnalité était supérieure (Sabre), et un autre qui n'avait pas encore été essayé (ApG). Il est raisonnable d'attribuer une partie des gains constants que Sabre a enregistrés en 1991 aux difficultés que Gemini éprouvait tant lors des travaux d'amélioration de son système que lors des travaux de conversion des systèmes des agences. Le fait que les systèmes des agences devaient aussi être convertis créait en soi des possibilités intéressantes pour Sabre, puisque la conversion

⁹⁹ Des agents s'étaient fait dire qu'ils recevraient le PARS : transcription, vol. 11 à la p. 1971 (15 février 1993).

constitue un événement majeur pour une agence, même si tout se déroule dans l'ordre. Il faut modifier le matériel et le câblage et former le personnel en conséquence.

La part de marché actuelle de Gemini traduit cette faiblesse relative dans le passé sur le plan de la fonctionnalité par rapport à Sabre. Il appert de la preuve que les systèmes ApG et Sabre sont maintenant équivalents sur le plan fonctionnel. Ainsi, si la prédisposition découlant de l'association avec Canadien et Air Canada agit en faveur de Gemini, comme le soutiennent M. Duffy et le professeur Hausman, les pertes antérieures que Gemini a subies aux mains de Sabre en raison de sa fonctionnalité inférieure pourront maintenant être recouvrées. Cela signifie que le « point d'équilibre » ou le point de départ de la part de marché de Gemini à partir duquel ces experts évaluent le transfert de la part de marché à Sabre est trop bas.

Les deux experts fondent leurs estimations de l'ampleur du transfert de la part de marché sur des données ou expériences américaines. Lors de notre examen antérieur, nous avons signalé que la prestation de services en soi a peu d'importance en ce qui concerne la création d'un effet de prédisposition. Cet effet dépend davantage de la commercialisation du SIR, qui n'est pas faite de la même façon au Canada et aux États-Unis.

Il appert également d'une comparaison entre les marchés du transport aérien au Canada et aux États-Unis que l'effet de prédisposition en question sera vraisemblablement moins important au Canada et que, dans la mesure où il existe, il favorisera probablement Air Canada. Les grands centres sont devenus une caractéristique prédominante de l'industrie du transport aérien aux États-Unis et, comme nous l'avons déjà souligné, la domination d'un centre par une ligne aérienne est liée à une domination semblable de la part du SIR associé. À l'exception de quelques centres desservis par plusieurs transporteurs aériens, la plupart des centres sont dominés par une ligne aérienne. Tel n'est pas le cas au Canada. Air Canada est plus dominante dans l'est et Canadien l'est davantage dans l'ouest du pays, mais le transporteur aérien relativement plus faible occupe une place importante sur tous les grands marchés.

Dans son affidavit, M. Duffy présente la part des embarquements hebdomadaires pour les vols effectués par les deux transporteurs aériens dans les grandes villes canadiennes. Dans la mesure où l'on pourrait dire que l'une ou l'autre des lignes aériennes occupe une position dominante dans l'une des 34 « zones d'attraction commerciales » visées par l'étude de M. Duffy, ce serait Air Canada. En juillet 1992, elle représentait au moins 60 % du nombre d'embarquements hebdomadaires pour des vols assurés par les lignes aériennes canadiennes dans cinq des 20 plus grandes zones, dont Toronto, Montréal et Ottawa. Pour sept des 34

zones, cette proportion s'élevait à au moins 60 %. Quant à Canadien, elle a presque atteint 60 % à Vancouver seulement parmi les 20 plus grands centres et elle a dépassé cette proportion dans trois des 34 zones couvertes. Lorsqu'on tient compte à la fois des lignes aériennes intérieures et étrangères, la part de chacune d'elles est bien inférieure à 50 % des embarquements hebdomadaires dans les « points d'accès » de Toronto, de Montréal et de Vancouver¹⁰⁰.

La position de M^{me} Hurdle et M. Dorman selon laquelle la prédisposition favoriserait Gemini davantage que Sabre si Canadien devait transférer son système interne de réservation à Sabre, étant donné qu'Air Canada est plus importante que Canadien, n'est pas dénuée de fondement. Compte tenu d'une certaine équivalence fonctionnelle entre ApG et Sabre qu'ils utilisent comme point de départ, ils estiment que les parts de marchés des SIR devraient correspondre à peu près à celles des transporteurs aériens qui seraient associés à chacun des SIR. Lorsque nous tenons compte de ce que le point de départ fixé pour la part de Gemini est trop bas et, en revanche, que l'ampleur du transfert est surévaluée, puisque le changement touche uniquement la prestation de services, il est difficile de conclure que les parts de marché après le transfert de la prestation de services seront bien différentes de celles qui existent à l'heure actuelle.

¹⁰⁰ *Supra* note 76 à l'annexe B.6 (annexe A).

F. L'avenir de Gemini et de la concurrence entre les SIR

Il n'en demeure pas moins que, même si Gemini a terminé la conversion des systèmes de ses agents au système ApG, sa part de marché a continué à baisser. Elle a des problèmes d'ordre moral chez les membres de son personnel et des problèmes de crédibilité auprès de ses abonnés au SIR. Nous avons déjà examiné les difficultés liées à la présentation d'un produit acceptable sur le marché. Gemini a également souffert de problèmes internes de longue date. Les frais liés à la mise en place de Gemini ont été beaucoup plus élevés que prévus et Gemini a subi les pressions financières de ses sociétés propriétaires dès qu'elle a commencé à faire des investissements importants en 1990. Dès la fin de cette année, on a étudié diverses options concernant la réorganisation de Gemini, y compris la possibilité de confier à nouveau la prestation de services aux lignes aériennes, dans le contexte visant à améliorer sa situation financière; cependant, il semble que les sociétés propriétaires n'aient pas toutes vu les choses de la même façon et qu'elles ne se soient pas suffisamment engagées.

Quelles que soient les contraintes qui existaient dans le passé, elles sont mineures comparativement au récent désaccord au sein de la société en commandite qui découle du désir de Canadien de résilier le contrat de prestation de services qu'elle avait conclu avec Gemini. Une preuve documentaire et orale abondante a été

présentée au sujet de la question de savoir quand précisément la direction de Canadien a su ou a décidé qu'elle devrait transférer son système interne de réservation à Sabre pour conclure une entente avec AMR. Au milieu de 1991, le conseil d'administration de Gemini avait accepté une option par laquelle les lignes aériennes seraient demeurées liées à Gemini pour la prestation de services et auraient augmenté leurs paiements et par laquelle Gemini aurait versé un montant inférieur à Covia, de sorte que les contraintes financières de Gemini auraient été moins lourdes. Cette option lui aurait permis de continuer à faire les dépenses nécessaires pour améliorer sa position à long terme. Un protocole d'entente en ce sens a été rédigé, mais Canadien ne l'a jamais signé. (Les deux autres sociétés propriétaires l'ont signé au début de 1992.) Elle a cherché à gagner du temps et a proposé d'autres solutions de rechange. Selon le Tribunal, à la fin de 1991, la direction de Canadien en était venue à la conclusion qu'il était préférable que Canadien conserve toutes ses options et elle a donc reporté la signature du protocole d'entente.

Le désaccord et l'absence de vision commune entre les sociétés propriétaires ont eu des conséquences graves pour le personnel de Gemini. Celle-ci a ensuite fait l'objet d'affronts publics qui ne pouvaient que miner sérieusement la confiance chez les abonnés. En août 1992, PWA a intenté des poursuites visant à faire déclarer Gemini insolvable. En novembre, le directeur a présenté sa demande qui comprenait la dissolution de Gemini comme mesure de redressement possible. M. Nelson a

ensuite déclaré publiquement que l'existence de Gemini était menacée. Apparemment, la part de marché de Gemini a baissé de façon précipitée¹⁰¹ au cours de la seconde moitié de l'année et cette chute n'est pas expliquée par des raisons autres que les événements décrits.

Ces événements ont nui à Gemini, mais, en définitive, son sort est entre les mains de ses sociétés propriétaires, comme il l'a toujours été. Gemini est encore dans une bonne position. Les dépenses élevées nécessaires pour mettre sur pied son système et pour créer le système ApG sont choses du passé. Sa part de marché est encore importante; elle a un bon produit et, au pis aller, une association avec la plus grande ligne aérienne du pays. Comme nous l'avons déjà mentionné, même d'après les hypothèses les plus pessimistes, sa situation financière est saine jusqu'en 1995.

Que Gemini survive ou non sous sa forme actuelle, Air Canada et Covia souhaitent toutes deux ardemment continuer à exploiter le SIR. Comme ligne aérienne qui vend son produit aux consommateurs par l'entremise des SIR et paie des redevances de réservation, Air Canada a tout intérêt à veiller à ce que l'industrie des SIR au Canada demeure concurrentielle. Il y a peu de chances qu'Air Canada laisse l'ensemble du marché canadien entre les mains de Sabre.

¹⁰¹ Ce n'est pas une affirmation absolue, parce qu'il n'existe pas de statistiques générales sur le transport ni de données comparables relatives aux autres années qui permettraient de déterminer si les changements mensuels enregistrés en 1992 sont anormaux.

Dans le cas de Covia, les ventes faites par Gemini représentent environ 12 % de ses ventes aux États-Unis¹⁰² et, à moins qu'il ne soit évident que ces activités ne sont pas rentables, il serait pour le moins inhabituel qu'une entreprise abandonne un volume d'activités aussi important. La preuve démontre en effet que les sommes reçues des frais de traitement par Apollo étaient indubitablement intéressantes¹⁰³. Ce n'est pas étonnant, étant donné que la preuve n'a nullement démontré que l'entreprise canadienne de Sabre n'a pas été rentable, même si les niveaux de ventes étaient beaucoup plus bas.

Si les sociétés propriétaires décident de liquider Gemini, la transition à une autre organisation qui prendrait la relève serait facilitée par l'existence, dans les contrats que Gemini a conclus avec ses abonnés, d'une clause permettant leur cession à des tiers¹⁰⁴. Tant et aussi longtemps que le SIR en place, ApG, est utilisé, il n'y a pas de raison évidente pour laquelle un transfert des contrats de Gemini à une autre entreprise ne serait pas facilement possible. La question de savoir s'il y a lieu de

¹⁰² « Gemini - Size of Canadian Market » [Taille de la part du marché canadien de Gemini] (sans date) : pièce A-XIII-402 à la p. 1 (les pages ne sont pas numérotées). Pour calculer le pourcentage des ventes de Gemini par rapport à celles d'Apollo, on a présumé que la part de Gemini sur le marché total canadien (réservations) s'élève à environ 55 %.

¹⁰³ « Gemini Limited Partnership Financial Review » [Examen de la situation financière de la société en commandite Gemini] (24 janvier 1992) : pièce confidentielle CA-XIII-372 à la p. 2 (les pages ne sont pas numérotées). M. Blackney a confirmé que le profit avant impôt inscrit dans la colonne du centre était exact pour l'année 1992 : transcription, vol. 14 aux pp. 2662-63, 2665-66 (18 février 1993).

¹⁰⁴ Pièce A-XVI-484 au para. 17 des « Terms and Conditions » [« Conditions »]; transcription, vol. 12 à la p. 2151 (16 février 1993).

conserver Gemini ou de créer une nouvelle organisation dépend des opinions des autres sociétés propriétaires au sujet de la façon la plus efficace d'assurer les services par le SIR plutôt que la question de savoir si Canadien échouera ou aura le droit de passer de Gemini à Sabre pour la prestation de services.

G. Conclusion

Gemini n'échouera vraisemblablement pas sur le plan financier dans un avenir prévisible, même si Canadien transfère son système interne de réservation à Sabre. Les conséquences à long terme de ce transfert pour Gemini dépendent avant tout de la diminution de sa part de marché qui sera ainsi occasionnée. Les autres conséquences pour Gemini sont des conséquences à court terme (frais de compression et engagements prévus dans des baux jusqu'en 1995) ou des conséquences trop incertaines (perte d'économies de diversification) pour que l'on puisse tirer quelque conclusion que ce soit. Pour les raisons que nous avons déjà expliquées à fond, les prévisions des experts des défenderesses quant à la diminution de la part de marché des SIR qui découle de la prédisposition ne sont pas dignes de foi. Même s'il est possible que les agences dont le volume des ventes conclues avec Canadien est élevé passent à Sabre, le fait que le système ApG soit comparable à celui de Sabre en ce qui a trait à la fonctionnalité signifie que les gains antérieurs de Sabre devraient diminuer au fur et à mesure que les agents dont le volume des affaires conclues avec Air Canada est élevé reviendront à Gemini. Si Sabre et Gemini sont comparables à d'autres égards, la prédisposition favorisera Gemini et

non Sabre, étant donné que la ligne aérienne associée à Gemini (Air Canada) bénéficie d'une part plus importante de la plupart des marchés du transport aérien intérieur que la ligne aérienne associée à Sabre (Canadien). Il n'y a pas de bonne raison commerciale qui empêcherait deux réseaux de SIR puissants de coexister au Canada pour le cas où Canadien passerait son système interne de réservation de Gemini à Sabre. Même si Gemini ne réussit pas à surmonter ses problèmes et à devenir un concurrent entièrement efficace, les conditions du marché devraient inciter Air Canada ou Covia, individuellement ou ensemble, à créer une organisation qui prendra la relève de Gemini si celle-ci ne répond pas à leurs besoins.

VII. MESURES DE REDRESSEMENT

A. Facteurs d'ordre général

Dans les circonstances, la demande doit être rejetée.

Cependant, nous avons déjà souligné que, dans un cas approprié, le Tribunal aurait la compétence voulue pour modifier les obligations contractuelles de façon à atteindre un résultat qui favorise la concurrence. Même si la majorité des membres sont d'avis que les critères de cette modification n'ont pas été établis en l'espèce, il est souhaitable d'énoncer la nature de l'ordonnance que le Tribunal rendrait si ces critères avaient été établis. Cela pourra aider les parties et la Cour d'appel si notre

décision est portée en appel : les parties pourront présenter d'autres arguments sur la nature des mesures de redressement que le Tribunal pourrait et devrait accorder et la Cour d'appel ou le Tribunal (en cas de renvoi) pourra rendre l'ordonnance nécessaire plus facilement s'il est décidé que nous avons la compétence voulue en vertu de l'article 106 de la Loi.

Il n'existe pas de jurisprudence qui guiderait le Tribunal sur la nature et la portée du pouvoir que nous avons, lorsque nous modifions des ordonnances, d'imposer des conditions qui ont pour effet de changer les obligations contractuelles. Nous partons du principe que notre rôle consiste à protéger l'intérêt public en matière de concurrence plutôt que d'ordonner des mesures de redressement contractuelles aux parties privées, question qui relève clairement des tribunaux. Le pouvoir que le Parlement a accordé au Tribunal nous semble compatible avec celui d'intervenir, dans un cas approprié, dans des contrats qui ont des conséquences anticoncurrentielles de façon à rendre ces contrats inapplicables. Il est également raisonnable de présumer que le Parlement n'avait pas l'intention d'autoriser le Tribunal à ordonner un dédommagement lorsque, agissant dans l'intérêt public, il rompt délibérément des contrats d'intérêt privé. En conséquence, nous ne croyons pas que nous serions habilités à accorder un dédommagement à l'égard de la perte, pour Gemini ou pour d'autres, des avantages ultérieurs que le contrat de prestation de services leur aurait apportés s'il n'avait pas été résilié en application d'une ordonnance du Tribunal. Il ne nous appartient pas de déterminer si les cours supérieures des provinces peuvent

néanmoins accorder des mesures de redressement de nature contractuelle dans le domaine du droit privé.

Toutefois, il nous apparaît raisonnable de dire que, compte tenu de son rôle lié à la protection de l'intérêt public, le Tribunal peut, lorsqu'il permet à une partie privée de résilier de façon unilatérale et à son propre avantage son contrat, imposer des conditions qui facilitent cette résiliation et atténuent le préjudice causé aux autres parties. De ce point de vue, et pour atteindre un juste équilibre entre les intérêts publics et privés, nous croyons que nous avons implicitement le pouvoir d'ordonner à Canadien, si elle est autorisée à résilier le contrat de prestation de services, de payer certains des frais de Gemini qui découlent de la résiliation et du transfert de la prestation de services. Ces frais sont décrits ci-après. Gemini serait cependant tenue de prendre les mesures nécessaires pour permettre à Canadien de procéder au transfert de la prestation de services.

B. Conditions liées au transfert de la prestation de services

Si les critères énoncés à l'article 106 à l'égard de la modification d'une ordonnance avaient été établis, la demande du directeur aurait été accordée par le Tribunal en vue de modifier le contrat de prestation de services pour permettre à Canadien de rompre ses liens avec Gemini selon certaines conditions. Canadien aurait été tenue de donner un avis d'au moins 12 mois à Gemini et de rembourser à

celle-ci les frais suivants : tous les frais engagés par Gemini au cours du transfert lui-même; et les frais de caisse engagés par Gemini pour couvrir les dépenses qui ne seront plus nécessaires après le transfert de la prestation de services de Canadien à Sabre, ainsi que les frais de caisse engagés pour mettre fin aussitôt qu'il est raisonnablement possible de le faire aux dépenses en question. Gemini aurait été tenue de collaborer au transfert en question.

Le directeur a demandé un délai d'avis de 12 mois. Seules PWA et Canadien ont présenté des observations à ce sujet et ont soutenu qu'un avis de neuf mois était suffisant. Nous ne serions pas enclins à accorder un délai d'avis inférieur à celui qu'a demandé le directeur lorsque la seule preuve présentée à ce sujet révèle qu'un délai d'avis plus long est plus avantageux pour Gemini.

Gemini elle-même a prévu les types et les montants des « frais de compression » qu'elle engagerait si Canadien transférait sa prestation de services à Sabre¹⁰⁵. Ces frais de compression comprennent des frais de caisse et des frais hors caisse (pour des fins comptables seulement). Gemini devrait être dédommée uniquement des frais de caisse qui, selon ses prévisions, comprennent seulement les éléments appelés [TRADUCTION] « Frais estimatifs généraux » et [TRADUCTION] « Indemnités de départ »¹⁰⁶. Étant donné que les prévisions de Gemini étaient

¹⁰⁵ Pièce R-III-94 à la p. 45.

¹⁰⁶ Témoignage de M^{me} Day-Linton : transcription confidentielle, vol. 12 à la p. 667 (16 février 1993).

fondées sur le fait que le transfert de la prestation de services entrerait en vigueur le 31 mars 1993, nous les utilisons uniquement pour illustrer les catégories de frais qui sembleraient visées par l'ordonnance que nous rendrions quant aux remboursements requis. Les montants réels qui sont indiqués dans ces prévisions ne sont pas pertinents. Compte tenu d'un délai d'avis d'un an, il se peut en effet que des frais ne soient pas engagés dans toutes les catégories mentionnées.

Gemini a également fait une estimation des frais qu'elle ne pourra éliminer dès le transfert de la prestation de services de Canadien; il s'agit en grande partie des frais relatifs aux baux du matériel qui expirent en 1995¹⁰⁷. Encore une fois, les estimations de Gemini sont utilisées pour illustrer les types de frais dont le Tribunal serait prêt à prendre en considération en vue d'un remboursement comme on vient de le souligner. Les estimations de Gemini au sujet de ces frais « inévitables » étaient fondées sur le fait que le transfert de la prestation de services entrerait en vigueur le 31 mars 1993. Compte tenu du délai d'avis de 12 mois, nous pensons que les frais réels seront inférieurs dans une mesure importante à ceux qui figurent dans ces estimations.

Si nous ordonnions le remboursement des frais, tel que susmentionné, nous le ferions sur la base que, si les parties concernées ne peuvent s'entendre sur les

¹⁰⁷ *Supra* note 84.

montants à verser, l'une ou l'autre pourra revenir devant le Tribunal pour que celui-ci fixe ce montant.

VIII. ORDONNANCE

POUR LES MOTIFS précités au sujet de la compétence du Tribunal en l'espèce,

LE TRIBUNAL ORDONNE QUE la demande de modification de l'ordonnance par consentement en date du 7 juillet 1989 soit rejetée.

FAIT à Ottawa, ce 22^{ième} jour d'avril 1993.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) B.L. Strayer
B.L. Strayer