



CT-1989-003 – Doc # 390b

DANS L'AFFAIRE d'une demande présentée par le directeur
des enquêtes et recherches en vertu des articles 92 et 105 de la
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée;

ET DANS L'AFFAIRE de l'acquisition par la Compagnie Pétrolière
Impériale Limitée des actions de Texaco Canada Inc.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches
Demandeur

et

Compagnie Pétrolière Impériale Limitée
Défenderesse

et

Procureur général du Québec
Beacon Hill Service (2000) Ltd.
Atlantic Refining and Marketing Employees Association
et Atlantic Oilworkers Union Local 1
Association des consommateurs du Canada
Pioneer Petroleums
Claude Harnois Inc.
Barron Hunter Hargrave Strategic Resources Inc.
Procureur general de Terre-Neuve et du Labrador
Pétroles Rocono Inc.
Ville de Victoria
Lyn-Den Distributions
Banff Bulk Fuels Ltd.
Texaco Retail Council, Halifax-Dartmouth Metropolitan
Area
Cook's Oil Company Limited
Intervenant



MOTIFS ET DÉCISION

Dates de l'audience :

Du 16 octobre au 10 novembre et le 7 décembre 1989

Président de l'audience :

L'honorable juge Barbara J. Reed

Autres membres :

Docteur Frank Roseman
Madame Marie-Hélène Sarrazin

Avocats pour le demandeur:

Le directeur des enquêtes et recherches

George N. Addy
Janet Johnston

Avocats pour la défenderesse :

La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée

John F. Howard, c.r.
John J. Quinn Mitchell
Wigdor Alain Lortie

Avocats pour les intervenants :

a) Procureur général du Québec

Yves Bériault
Madeleine Renaud

b) Atlantic Refining and Marketing Employees Association et Atlantic Oilworkers Union Local 1

Ronald A. Pink

c) Association des consommateurs du Canada

M. James O'Grady, c.r.
Katherine Young

d) Pioneer Petroleums

Sandra J. Simpson

e) Claude Harnois Inc.

Jean-Robert Laporte

f) Barron Hunter Hargrave Strategic Resources Inc.

J. Spence Stewart, c.r.

g) Procureur général de Terre-Neuve et du Labrador

B. Gale Welsh

h) Pétroles Ronoco Inc.

Jean Lemoine

i) Lyn-Den Distributors

David G. Newman
Thomas W. Turner

j) Banff Bulk Fuels Ltd.

Philip G. Lister

k) Texaco Retail Council, Halifax-Dartmouth Metropolitan Area

Ronald A. Pink

I) Cook's Oil Company Limited

Ronald A. Pink

Représentants pour les intervenants:

a) Beacon Hill Service (2000) Ltd.

E.F. Anthony Merchant

b) Ville de Victoria

John Brewin, député

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE
MOTIFS ET DÉCISION

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée

Version française du texte anglais.

RÉSUMÉ

Le Tribunal est disposé à approuver une partie de l'ordonnance demandée. Les pages suivantes contiennent un résumé des conclusions du Tribunal, accompagnée d'un index des motifs.

Résumé des conclusions

1. Le Tribunal est disposé à approuver le Projet révisé d'ordonnance par consentement (PROC) déposé le 28 novembre 1989, en ce qui concerne les dispositions suivantes :

i) le dessaisissement ou le retrait de La marque des points de vente au détail, au nombre de 346, qui figurent aux annexes confidentielles 6, 7 et 8;

ii) le dessaisissement ou le retrait de La marque de 68 points de vente au détail supplémentaires au Québec, lesquels seront désignés par Impériale, qui en avisera le directeur dans les 12 mois suivant la date de l'ordonnance.

Les conditions dans lesquelles ces dessaisissements ou ces retraits de La marque s'accompliront sont énoncées dans le PROC et elles comprennent l'obligation d'offrir aux stations-service privées de La marque un approvisionnement en produits sans marque pendant cinq ans;

iii) le dessaisissement des neuf terminaux qui figurent à l'annexe 5, c'est-à-dire les terminaux à Baie-Comeau, Rimouski, Ottawa, Sault-Ste-Marie, Thunder Bay, Sudbury, Calgary, Victoria et Prince George, aux conditions énoncées dans le PROC.

Comme le Tribunal le mentionne dans ses motifs, bien que les critères relatifs aux marchés de détail ont été établis par le directeur, les stations-service visées par le dessaisissement ont été sélectionnées par Impériale. Il est clair

que, de toute façon, Impériale aurait procédé à la fermeture ou retiré la marque de plusieurs stations-service, à la suite du fusionnement. Cette remarque concerne également la majorité des terminaux qui doivent faire l'objet d'un dessaisissement.

La preuve relative au contexte de concurrence qui prévaut dans le marché de détail semble indiquer que le dessaisissement exige des stations-service de détail résout les problèmes sur le plan de la concurrence dans ce marché. Le directeur devrait informer le public, dans ses rapports annuels futurs, des changements de la structure de ce secteur d'activité, qui découlent des dessaisissements ordonnés, à sa demande.

2. Les dispositions établissant la garantie d'approvisionnement seront approuvées, à condition que les modifications suivantes y soient apportées:

i) au paragraphe 27, la suppression de la réserve qui permet à Impériale de refuser d'approvisionner un indépendant qui est en défaut de paiement à l'endroit de tout autre fournisseur d'essence (ce qui n'empêcherait pas Impériale d'exiger des indépendants les garanties habituelles sur le crédit, mais l'empêcherait de refuser de passer un contrat avec un indépendant parce que ce dernier a un différend avec

un autre fournisseur);

ii) l'ajout d'une clause établissant clairement que les pénuries de volume qu'Impériale cherchera à faire valoir aux termes de l'alinéa 21 4) ne seront admises que dans les cas où Impériale pourra démontrer au directeur que La pénurie résulte d'enlèvements déficitaires imprévus par les indépendants (soit le motif invoqué par Impériale pour demander l'écart de 10 %);

iii) le retranchement des volumes actuellement fournis aux stations-service Texaco et Esso privées de la marque de sorte que ces volumes n'entrent pas dans le calcul des ventes aux indépendants (dans les versions précédentes des dispositions sur l'approvisionnement, ils n'entraient pas dans le calcul, étant donné que ces stations-service ne faisaient pas auparavant partie du marché des indépendants et que les volumes qui leur étaient vendus n'avaient donc pas été comptés dans le volume à fournir aux indépendants).

Les dispositions établissant la garantie d'approvisionnement visent à assurer la disponibilité d'un certain volume aux stations-service indépendantes (c'est-à-dire celles qui ne sont affiliées à aucune grande Pétrolière). Le 10

novembre 1989, le Tribunal exprimait des réserves sur les dispositions comme elles étaient proposées, pour les deux motifs suivants : le fait d'exiger qu'Impériale offre un tel approvisionnement aux indépendants, sans prévoir une clause sur les prix, privait cette disposition du caractère exécutoire qui en aurait fait une véritable obligation; le volume des approvisionnements devait varier d'une année à l'autre pour décourager l'importation d'essence par les indépendants, une activité qui est réputée maintenir les prix nationaux dans des limites raisonnables.

Le directeur et Impériale ont déposé un projet d'ordonnance révisé visant à remédier aux deux lacunes soulignées par le Tribunal. Le projet révisé comportait, cependant, trois nouveaux éléments qui, selon deux membres du Tribunal, étaient susceptibles de causer des problèmes. Ils estiment que ces trois modifications, dont deux diminuent le volume des approvisionnements aux indépendants, devraient être supprimées.

3. S'agissant de la région de l'Atlantique, les dispositions visant cette région ne seront approuvées seulement à l'une des deux conditions suivantes

i) soit que tous les éléments d'actif dans la région fassent l'objet d'un dessaisissement;

ii) soit que des éléments de preuve supplémentaires concernant les ressources financières, les compétences, l'expérience et les plans de l'acquéreur soient communiqués au Tribunal, lesquels renseignements devront démontrer que l'acquéreur des éléments d'actif de Texaco sera effectivement un concurrent dynamique dans la région de l'Atlantique, à l'exemple de Texaco qu'il sera appelé à remplacer.

Le partage des éléments d'actif de la région de l'Atlantique entre Impériale et un troisième acquéreur non encore déterminé soulève des questions qui ne se seraient pas posées si le dessaisissement de tous les éléments d'actif de la région avait été ordonné. Deux membres du Tribunal n'estiment pas, à la lumière de la preuve soumise, que le degré de dessaisissement exigé par le PROC soit de nature à éliminer, selon toute apparence, la diminution sensible de la concurrence qui découle du fusionnement dans la région de l'Atlantique.

4. En outre, l'alinéa 21 5) devra être supprimé. Il est tout à fait ambigu et ouvre la porte à d'interminables querelles juridiques sur l'interprétation à lui donner. Le Tribunal ne peut souscrire à une telle disposition.

INDEX

I	Introduction	14
II	Critères juridiques d'approbation	18
III	Portée de la demande du directeur	21
IV	Définition du marché	22
	Marché du produit	23
	Marché géographique - Marché de gros (raffinerie)	24
	Marché géographique - Marché de détail	25
V	Marchés de détail	28
	Stations-service appartenant aux concessionnaires et stations-service appartenant à la société	29
	Critères de dessaisissement	30
	Fermetures de stations-service effectuées indépendamment de la liste du PROC	34
	Choix des stations-service individuelles non dicté par des problèmes de concurrence	37
	Garantie d'approvisionnement sans marque	42
	Aspects anticoncurrentiels des fusionnements - Preuve relative à ces problèmes	43
VI	Région de l'Atlantique	46
	Évidence de La diminution sensible de la concurrence	46
	Niveau de dessaisissement nécessaire	49
	Projet initial d'ordonnance par consentement et preuve présentée par le directeur	50
	Position et preuve de l'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et de l'Atlantic Oilworkers Union local I	54
	Importance du maintien des opérations de la raffinerie d'Eastern Passage	63
	Préoccupations du Tribunal exprimées le 10 novembre 1989 et dispositions du PROC	66
	Évaluation des conditions du PROC	71
VII	Terminaux	73

VIII	Garantie d'approvisionnement :	
	Ontario - Québec	75
	Nature de la diminution sensible présumée de la concurrence	75
	Rôle des indépendants	79
	Contexte industriel - Généralités	81
	Contexte industriel - Capacité excédentaire	82
	Contexte industriel - Option d'importation	85
	Gains en efficience	91
	Dispositions établissant la garantie d'approvisionnement - Mesures appropriées de redressement	94
	Conditions de la garantie d'approvisionnement - POC - Évaluation	95
	Conditions de la garantie d'approvisionnement - PROC - Évaluation	102
IX	Intervenants	114
	Qualité des intervenants dans les procédures par consentement	115
	Prolongation des procédures occasionnée par la participation des intervenants - Droit de présenter des éléments de preuve	116
	Avantages qui découlent de la participation des intervenants.....	118
	Modifications apportées au POC à la suite des arguments des intervenants	119
X	Restrictions du pouvoir de modifier l'ordonnance	131
XI	Conclusions	137
	Résumé des conclusions	142
	Dissidence du docteur Frank Roseman	146
	Introduction	146
	Les dessaisissements dans les provinces de l'Atlantique	146
	Effets immédiats du fusionnement et du PROC sur l'approvisionnement en gros	148
	Considérations à long terme en matière d'approvisionnement en gros	152
	Dispositions relatives à l'approvisionnement	158
	Commentaires	161

Dissidence du président sur l'opportunité de reporter la décision	162
Opinion concordante de madame Marie-Hélène Sarrazin sur la décision appropriée dans le cas des provinces de l'Atlantique	165
Dessaisissements dans les provinces de l'Atlantique	165
Opportunité de maintenir la compétence du Tribunal	168
Conclusion	170

I **Introduction**

Le 29 juin 1989, le directeur des enquêtes et recherches a déposé un avis de demande en vertu des articles 92 et 105 de la *Loi sur La concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Dans l'avis de demande, le directeur allègue que l'acquisition par la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée ("Impériale") des actions de Texaco Canada Inc. ("Texaco") aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. On allègue que cela se produira dans certains marchés de détail et de gros relativement aux produits pétroliers raffinés, particulièrement l'essence.

Impériale, qui est contrôlée par la société américaine Exxon, est l'une des plus grandes sociétés Pétrolières intégrées¹ au Canada et le plus grand producteur canadien de pétrole brut. Avant l'acquisition de Texaco, Impériale jouait déjà un rôle important dans le secteur du raffinage et du détail. À la suite du fusionnement, elle possède toujours la plus grande capacité de raffinage au Canada et elle deviendra le plus grand détaillant d'essence dans toutes les régions du Canada, à l'exception des régions del'Ontario et de

¹ Une société Pétrolière qui fait l'objet d'une intégration verticale est celle qui exerce des activités dans un ou plusieurs secteurs de l'industrie Pétrolière, depuis l'exploration du pétrole brut jusqu'à La commercialisation des produits pétroliers raffinés.

l'Atlantique. Dans celles-ci, elle se classera au deuxième rang, tout juste derrière Petro-Canada et Irving Oil, respectivement.

Texaco était également une importante société Pétrolière intégrée avant son acquisition par Impériale. Quoique moins importante qu'Impériale, ses activités comprenaient notamment l'exploration du pétrole brut, ainsi que le raffinage, la distribution et la commercialisation des produits pétroliers au Canada. La société américaine Texaco Inc. détenait environ 78 % des actions de Texaco, et il est de notoriété publique qu'elle a décidé de vendre sa filiale canadienne dans le cadre d'une importante restructuration visant à régler certains problèmes financiers qui ont résulté, en grande partie, de sa longue et infructueuse bataille judiciaire avec la société Pennzoil.

Au mois d'août 1988, la société Texaco sollicitait des offres d'achat pour les actions de sa filiale canadienne. Le 20 janvier 1989, elle acceptait l'offre d'Impériale qui avait souscrit et acquitté, au 28 février 1989, 99,6 % des actions en circulation de Texaco, au coût total d'environ 4,96 milliards de dollars (cela comprend les actions émises publiquement et celles qui étaient détenues antérieurement par Texaco Inc.). Les procédures introduites en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* visaient à convertir Texaco, qui exerce maintenant

ses activités sous la dénomination sociale McColl-Frontenac², en une filiale en propriété exclusive d'Impériale.

Selon le directeur, il est vraisemblable que la concurrence sera sensiblement diminuée ou empêchée à la suite de cette acquisition, pour les cinq causes suivantes :

- i) l'élimination d'un concurrent efficace du secteur des marchés de l'essence de marque au détail dans tout le Canada;
- ii) l'élimination d'une importante source de raffinage et de commercialisation dans la région de l'Atlantique canadien;
- iii) la réduction de la disponibilité des entrepôts de terminaux pour l'entreposage et la distribution des produits pétroliers dans tout le Canada;
- iv) l'élimination d'une importante source optionnelle d'approvisionnement pour les distributeurs d'essence non intégrés, en Ontario et au Québec;
- v) la plus grande possibilité d'interactions entre les raffineurs et les fournisseurs³

Pour éliminer la diminution sensible de la concurrence alléguée, le directeur demande que le Tribunal émette le PROC déposé le 28 novembre 1989.

Le PROC est une modification du Projet d'ordonnance par consentement

² Sauf dans La région de l'Atlantique.

³ Par. 2 de l'avis de demande.

(POC) qui a été déposé, en annexe de l'avis de demande, en date du 29 juin 1989. Le PROC a été déposé pour répondre aux observations émises par le Tribunal, le 10 novembre 1989, par lesquelles celui-ci exprimait des réserves sur les dispositions du POC.

L'ordonnance, que les parties demandent maintenant au Tribunal d'approuver, est constituée de quatre parties, à l'instar de la version précédente. Premièrement, plusieurs stations-service des régions de l'ouest et du centre canadiens doivent être vendues par Impériale ou, dans le cas des stations-service appartenant aux concessionnaires, cesser d'exercer leurs activités sous la marque Esso ou Texaco. Deuxièmement, Impériale doit vendre plusieurs éléments d'actif de Texaco acquis dans la région de l'Atlantique, en particulier la raffinerie d'Eastern Passage et une grande partie du réseau de détail. Troisièmement, Impériale doit se dessaisir de plusieurs terminaux situés dans tout le pays, qui servent à l'entreposage des produits raffinés. Enfin, Impériale doit fournir un approvisionnement minimal d'essence aux fournisseurs indépendants⁴, en Ontario et au Québec. Ces quatre éléments seront traités plus en détail ci-dessous⁵

⁴ Les fournisseurs indépendants ou les "indépendants" sont des sociétés qui vendent de l'essence au détail mais qui ne détiennent pas de participation dans une raffinerie; cf. les "grandes Pétrolières", qui détiennent une participation dans une raffinerie et qui distribuent leurs produits d'un océan à l'autre, et les "grandes Pétrolières régionales", qui détiennent une participation dans une raffinerie, mais qui ne distribuent leurs produits que dans une région déterminée.

⁵ *Infra* à La p. 28 et s.

II Critères juridiques d'approbation

Comme l'a fait valoir l'avocat du directeur, le fardeau de la preuve repose sur les parties dans une demande d'ordonnance par consentement, particulièrement sur le directeur. Ce fardeau impose aux parties de prouver que l'ordonnance recherchée éliminera vraisemblablement la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement, comme l'ont admis les parties⁶. En outre, il convient de considérer avec égards les propositions du directeur, puisque l'on suppose que celles-ci produiront les effets allégués par le directeur.

Le Tribunal a énoncé le critère d'approbation des ordonnances par consentement dans la décision *Air Canada* :

Ce critère réside dans la question de savoir si le fusionnement, assorti des conditions de l'ordonnance par consentement, entraîne une situation ou la diminution sensible de la concurrence, qui est présumée découler du fusionnement a, selon toute vraisemblance, été éliminée⁷.

Comme il a également été énoncé dans l'affaire *Air Canada* :

⁶ La présomption n'empêche pas un défendeur de contester cette question dans toute procédure qui pourrait en découler.

⁷ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada* (7 juillet 1989), CT-88/1, Motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989, à La p. 75 (Tribunal de La concurrence).

[Le directeur] est un agent public responsable de l'élaboration de règlements qui vont dans le sens de l'intérêt public. Il lui incombe de veiller à ce que les fusionnements ne diminuent pas sensiblement La concurrence ou n'aient vraisemblablement pas cet effet. Il aura accès à de nombreux faits dont n'est pas saisi le Tribunal. De fait, en l'absence d'éléments de preuve produits par un intervenant, le Tribunal ne prendra connaissance que de ceux qui sont apportés par le directeur et La défenderesse, c'est-à-dire les parties à l'ordonnance par consentement⁸

Le Tribunal reconnaît en l'espece, comme il l'a fait dans plusieurs autres, qu'il existe une gamme de solutions possibles qui pourraient être adoptées pour éliminer une diminution sensible de la concurrence dans toute situation de marché donnée. Le rôle du Tribunal ne consiste pas à exiger que l'ordonnance par consentement constitue le remède optimal aux effets anticoncurrentiels d'un fusionnement. Son rôle est uniquement de veiller à ce que L'ordonnance se situe dans la gamme de solutions acceptables. Dans l'affaire *Asea Brown Boveri Inc.*, le Tribunal a énoncé que :

Le Tribunal croit que les mesures proposées sont compatibles avec les objectifs de La *Loi sur La concurrence* et qu'elles sont tout à fait raisonnables. Le Tribunal n'en conclut pas pour autant qu'elles constituent La meilleure solution possible au problème. Il ne lui appartient pas de tirer une telle conclusion⁹.

⁸ *Ibid.* à La p. 71.

⁹ *Directeur des enquêtes et recherches c. Asea Brown Boveri Inc.* (6 septembre 1989), CT-89/1, Motifs de l'ordonnance par consentement en date du 15 juin 1989, à la p. 25 (Tribunal de la concurrence).

Bien qu'il puisse exister plusieurs solutions acceptables au problème de la non-concurrence à la suite du fusionnement, celles-ci dépendront toujours du niveau de concurrence qui existait avant le fusionnement. Lorsque la situation antérieure au fusionnement se caractérisait par son absence quasi-totale de concurrence, toute solution qui n'aurait pas pour effet de restaurer cette situation antérieure sur le marché aura peut-être du mal à être acceptée.

Selon l'avocat du directeur, pour réussir à contester le POC, les intervenants doivent prouver que malgré l'application des dispositions du POC, il existerait une diminution sensible de la concurrence. Cela constitue une façon trop stricte de définir le fardeau qui repose sur les intervenants et le critère que le Tribunal doit appliquer pour évaluer un projet d'ordonnance par consentement.

Une demande d'ordonnance par consentement est présentée malgré un manque d'éléments de preuve - quant au degré, à la nature et à l'étendue de la diminution sensible de la concurrence qui découlera du fusionnement. Bien que les intervenants puissent choisir de contester l'ordonnance en comblant le manque de preuve, ils peuvent également décider de la contester de façon passive et de s'en remettre plutôt à la présomption que les parties ont acceptée comme fondement de leur cause. Cela est alors suffisant s'il peut être démontré que le POC ne réalisera vraisemblablement pas les objectifs allégués par le

directeur, notamment parce que les conditions de l'ordonnance sont contradictoires ou incohérentes, ou parce que les conditions seront vraisemblablement inefficaces, à cause de difficultés d'exécution, ou elles sont ambiguës, impossibles à contrôler ou une inexécution ne serait pas démontrable, en pratique.

Le Tribunal doit évaluer le PROC à la lumière de ces considérations et de la preuve soumise. L'évaluation qui suit se référera à la fois au POC et au PROC. Leur contenu est essentiellement le même et, Comme il a été déjà mentionné, le PROC a été déposé pour remédier aux défauts que le Tribunal a trouvés dans la solution proposée dans le POC initial. Dans les motifs qui suivent, tous les membres du Tribunal sont d'accord sur La représentation des faits et sur les conclusions qui en découlent, à moins d'indication contraire.

III Portée de La demande du directeur

Il faut d'abord décrire la portée des problèmes soulevés par le directeur concernant les effets anticoncurrentiels du fusionnement. Il ne se préoccupe pas de tous les aspects de l'industrie Pétrolière.

En tant que sociétés Pétrolières intégrées, Impériale et Texaco exercent des activités dans plusieurs secteurs de l'industrie Pétrolière :

exploration Pétrolière, production du pétrole brut, raffinage, distribution et vente des produits pétroliers raffinés aux consommateurs. L'exploration Pétrolière et l'extraction du pétrole brut constituent le secteur "en amont" de l'industrie; tous les stades ultérieurs, du raffinage aux points de vente au détail, font partie du secteur "en aval".

Le directeur n'est pas préoccupé par les effets du fusionnement sur le secteur en amont, ni par tous les produits et marchés compris dans le secteur en aval. Ses représentants, qui ont analysé les effets du fusionnement sur ces marchés, n'ont décelé aucun problème lié à la concurrence. La demande du directeur ne concerne que les problèmes de concurrence causés par le fusionnement qui touchent les marchés d'un produit ou d'un secteur géographique déterminés. Ces marchés seront décrits ci-dessous, mais il est d'abord utile d'émettre des commentaires généraux sur la définition des marchés.

IV Définition du marché

La définition d'un marché, pour un produit ou un service, doit être envisagée sous deux angles: le marché du produit et le marché géographique. Pour définir le marché du produit, il faut évaluer s'il existe des succédanés adéquats au produit en cause qui devraient être considérés comme faisant partie du même marché de produit que le produit ou le service examiné. Le

marché géographique est habituellement défini en fonction de l'homogénéité du prix du produit dans la région géographique pertinente.

A) Marché du produit

Dans toutes les régions du pays, sauf dans la région de l'Atlantique, l'essence est le seul produit à l'égard duquel on allègue qu'il y aura une diminution sensible de la concurrence. Dans la région de l'Atlantique, le mazout pose des problèmes, au même titre que l'essence. Il n'existe aucun succédané facilement disponible pour l'essence et son achat est en grande partie inévitable. La majorité des Canadiens possède une voiture et doit donc acheter de l'essence. Le directeur a exclu le mazout de l'analyse sur la concurrence parce qu'il existe des succédanés acceptables, comme le gaz naturel et l'électricité, par exemple, sauf dans la région de l'Atlantique, où les succédanés sont moins facilement disponibles.

Comme ce secteur d'activité fait l'objet d'une intégration verticale et que le raffineur (fournisseur en gros) possède également des points de vente de détail, le marché de l'essence doit être étudié sous deux angles : le marché de gros et le marché de détail. Les effets de l'acquisition des éléments d'actif de Texaco par Impériale s'étendent à la fois à l'approvisionnement en gros de l'essence (contrôle de la capacité de raffinage et des terminaux pour le stockage, la

distribution et l'accès à des sources supplétives d'approvisionnement) et à sa distribution au détail (contrôle des points de vente liés à une marque). Dans la région de l'Atlantique, il faut tenir compte de l'approvisionnement en gros du mazout, et non pas de sa distribution au détail.

B) Marché géographique- Marché de gros (raffinerie)

Pour ce qui est du marché géographique, le directeur soutient que dans le secteur de la vente en gros (raffinerie), il existe trois marchés géographiques distincts au Canada : la région de l'Atlantique, Ontario- Québec et l'Ouest canadien. Le directeur justifie le découpage de ces marchés régionaux principalement en fonction de la circulation des produits, à la fois physique, en raison du coût raisonnable, et en vertu de conventions d'approvisionnement réciproque. Toutefois, l'absence de circulation des produits entre les régions constitue également un facteur pertinent. La preuve soumise par le professeur Waverman appuyait la position du directeur sur la portée géographique des marchés pertinents de la vente en gros. En même temps, sur la base de l'autre preuve présentée, se pose la question de savoir si les régions de l'Ontario et du Québec auraient dû être considérées comme deux marchés plutôt qu'un seul. Le procureur général de Terre- Neuve et du Labrador s'est demandé si cette province fait véritablement partie du marché de l'Atlantique ou si elle aurait dû être considérée comme distincte des provinces maritimes du Nouveau-Brunswick

de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard¹⁰ (La province de Terre-Neuve et le Labrador seront appelés ci-dessous "Terre-Neuve", pour en simplifier la référence.) Quoi qu'il en soit, le fait de définir des marchés par rapport aux frontières provinciales comporte automatiquement un caractère artificiel.

C) Marché géographique – Marché de détail

Quant à l'étendue géographique des différents marchés de détail, le directeur et Impériale ont considéré les zones urbaines comme des marchés distincts. Comme il ressort des propos exprimés plus loin, les raisons économiques qui motivent ce choix sont assez limitées. Cette décision repose sur les avantages administratifs, en l'absence d'une méthode pratique de détermination des marchés actuels.

Comme il a été mentionné ci-dessus, la détermination d'un marché géographique requiert une évaluation de l'homogénéité des prix. Dans la détermination d'un marché géographique "idéal", il faudrait que toutes les opérations commerciales, à un moment donné dans le marché défini, s'effectuent au même prix. Puisqu'il est rare que le marché géographique ait les caractéristiques idéales, la question qui se pose est la suivante : dans quelle

¹⁰ Voir *infra* à la p. 67 et s.

mesure les écarts sont jugés suffisamment négligeables pour que les opérations commerciales à des prix différents soient encore considérées comme des éléments du même marché. Une comparaison des prix au détail effectuée dans le grand Toronto par le professeur Waverman et le docteur Yatchew a montré qu'il existe une grande uniformité dans les zones urbaines évaluées¹¹

Cette constatation n'est pas surprenante étant donné que les consommateurs d'essence sont mobiles et qu'il ne coûte pas cher de chercher un meilleur prix - cela peut se faire pendant un déplacement pour une autre raison. Il est facile de s'adapter aux changements dans la demande du consommateur, puisque pratiquement tous les points de vente d'essence au détail peuvent vendre plus d'essence et qu'ils ont intérêt à maximiser leur volume, les coûts fixes étant élevés. Étant donné que les consommateurs sont exposés à un nombre relativement élevé de points de vente au détail, quand ils envisagent d'effectuer un achat, tout changement de prix dans un secteur d'une ville se propage rapidement dans toute la zone urbaine, conformément à ce que l'on nomme la théorie de "domino". La preuve soumise par le professeur Trebilcock décrit la situation :

¹¹ Affidavit du professeur M. Trebilcock, en date du 24 juillet 1989, à l'annexe 3 : "The Pricing of Gasoline in the Toronto Area" - 29 mai 1989. Une étude semblable mais plus actuelle sur les prix de l'essence de détail qui ont cours à la fois à Toronto et à Montréal fait partie du dossier confidentiel : A. Yatchew, intitulé "Retail Prices of Gasoline in Toronto and Montréal" - 5 octobre 1989).

[TRADUCTION]

Alors que les données de l'industrie suggèrent que jusqu'à 70 % des consommateurs ont tendance à effectuer La majorité de leurs achats d'essence dans un rayon de deux milles de leur domicile, la structure de ce marché garantit La communication des changements de prix de façon à la fois rapide et diffuse dans La majorité des grandes régions métropolitaines. Ce phénomène s'explique par le fait que le rayon de deux milles de chaque consommateur déborde sur celui d'un autre consommateur, de sorte qu'un filet de sous-marchés imbriqués recouvre La ville. Toute diminution de prix dans un secteur de La ville est propagée par un effet de domino aux autres secteurs de La ville, grâce à ces sous-marchés imbriqués. [...] ¹²

Sauf l'utilisation du terme "sous-marché", qui pourrait créer de la confusion et qui est quelque peu contradictoire, la description des liens qui existent dans un grand marché urbain de l'essence est fidèle à la réalité. Elle indique, cependant, que le choix des limites des zones urbaines est nécessairement arbitraire parce les "sous-marchés" imbriqués ne sont pas restreints à ces limites, mais qu'ils chevauchent les zones non urbaines adjacentes. Ce fait est souligné dans la preuve présentée à propos de la situation particulière de Ancaster (Ontario) ¹³ . Dans le cas des agglomérations de moyenne ou de petite grandeur, le fait d'utiliser les limites territoriales de l'agglomération, comme limite d'un marché géographique, réduit au minimum la dimension réelle de ce marché parce que les acquéreurs sont mobiles; il

¹² Affidavit du professeur M. Trebilcock, en date du 24 juillet 1989, au par. 14 de l'annexe A. Voir également l'avis de demande, au par. 115 de l'annexe 2 intitulée "Overview of the Industry", qui est au même effet.

¹³ Voir *infra* à la p. 122 et s.

est clair qu'ils achètent aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de la collectivité locale.

Bien qu'il soit manifestement impossible de cerner avec précision toutes les zones imbriquées qui constituent les marchés de l'essence au détail au Canada, il faut reconnaître les lacunes inhérentes au choix de limites arbitraires comme les limites des zones urbaines. Cela est particulièrement vrai, puisque le directeur et Impériale se fixent l'objectif de définir les limites des dessaisissements requis des stations-service au détail d'Impériale d'après ces limites territoriales.

V Marchés de détail

Il y avait 19 283 points de vente d'essence au détail au Canada, en 1988, dont 3 118 portaient la marque Impériale et 2 023 la marque Texaco. Les deux réseaux représentaient ensemble un peu plus du quart de la totalité des points de vente. Le PROC impose à Impériale de "se dessaisir" d'un certain nombre de stations-service au détail (346 à l'extérieur de la région de l'Atlantique).

A) Stations-service appartenant aux concessionnaires et stations-service appartenant à la société

Comme cela se présente souvent dans l'industrie, la plupart des points de vente n'appartiennent pas à la société (raffineurs), mais aux concessionnaires. Les concessionnaires concluent des conventions d'approvisionnement avec des raffineurs, comme Impériale. Ces conventions comprennent souvent des arrangements financiers, comme des prêts ou des contre-baux, qui font partie des incitations utilisées par les raffineurs pour attirer des concessionnaires. Les contrats d'approvisionnement sont habituellement conclus pour une période de cinq ans et sont renouvelables. Environ 63 % des points de vente d'Impériale-
Texaco appartiennent aux concessionnaires et, chaque année, une moyenne de 20 % de ces concessionnaires doivent renouveler leur contrat. Les stations-service appartenant aux concessionnaires sont généralement situées dans des régions rurales et dans de petites agglomérations, alors que les stations-service appartenant à la société sont concentrées dans de plus grandes villes et enregistrent habituellement un chiffre d'affaires plus élevé.

Il est donc important de parler de "dessaisissement" dans le cas d'une station-service appartenant à un concessionnaire, puisque le fait d'inscrire une station-service sur la liste des "dessaisissements" signifie seulement qu'elle ne sera plus identifiée par la marque de la société (Esso ou Texaco selon le cas) ou

ne profitera plus des services de soutien de celle-ci, comme la possibilité de conclure des ventes par cartes de crédit sur le système de La société. Par conséquent, dans le cas des stations-service appartenant aux concessionnaires, Impériale se dessaisit, en fait, d'un contrat d'approvisionnement prévoyant la vente d'essence pour la revente sous la marque Impériale ou l'ancienne marque Texaco. Impériale resterait évidemment libre, avec ou sans l'ordonnance, de fournir de l'essence sans marque à ces stations-service "privées de la marque" si les deux parties y trouvaient un avantage commercial¹⁴

B) Critères de dessaisissement

Comme il a été mentionné plus haut, les limites géographiques des marchés de détail ont été choisies arbitrairement (parce que l'on ne disposait pas d'une meilleure méthode pour les définir). Les zones urbaines ont été classées en trois groupes: 1) les "zones Kent", qui comprennent toutes les municipalités dont la population est supérieure à 25 000, ainsi que plusieurs municipalités plus petites (les chiffres des ventes d'essence dans ces zones sont recueillis par La firme Kent Marketing Services Limited); 2) les "zones non-Kent", qui comprennent les agglomérations dont la population dépasse

¹⁴ Le POC impose à Impériale d'offrir un approvisionnement en produits sans marque pour un maximum de cinq ans suivant l'expiration ou le non-renouvellement d'un contrat d'approvisionnement en produits portant La marque (par. 34). Voir *infra* à la p. 42 et s., pour une analyse complémentaire de cette garantie.

10 000, mais qui ne font pas l'objet d'une enquête par Kent Marketing Services Limited (le directeur a obtenu les chiffres des ventes pour ces zones auprès du gouvernement et de sources privées); 3) les "zones des petites villes", qui comprennent des agglomérations dont la population est inférieure à 10 000 et pour lesquelles aucun chiffre de vente n'est disponible. Aucune analyse des marchés autoroutiers n'a été effectuée parce que cette tâche est pratiquement impossible à accomplir en raison non seulement du chevauchement éventuel des zones commerciales entre les points de vente des autoroutes et les agglomérations avoisinantes, mais également de la mobilité de la clientèle qui achète de ces commerces.

Les principes appliqués pour déterminer les cas où le dessaisissement (retrait de la marque) serait requis ont été restreints aux zones urbaines, car il est généralement difficile de définir des marchés et aucune limite existante (municipale ou autre) ne pourrait être utilisée pour définir les zones non urbaines. Les principes appliqués étaient différents pour les zones dont les chiffres des ventes étaient disponibles (les zones Kent et non-Kent) et pour les zones dont les chiffres des ventes n'étaient pas disponibles (les zones des petites villes). Dans les zones Kent, Impériale ne doit pas conserver de stations-service qui enregistrent un volume total de vente supérieur à 25 % du marché, sauf s'il y a une participation importante des indépendants sur ce marché (c'est-à-dire des indépendants qui détiennent un minimum de 15 % du marché). Si les indépendants détiennent, sur une échelle mobile, jusqu'à concurrence de 20%

du marché, Impériale peut conserver un maximum de 30 % du marché. Dans certains cas, si le secteur des indépendants est important et en croissance, mais inférieur à 20 %, et qu'il y a eu une variation récente et sensible dans les parts de marché, Impériale est autorisée à conserver 30 % du marché. Dans les zones non- Kent, Impériale peut seulement retenir une part de 30 % des ventes sur tous les marchés. Dans les zones des petites villes, les dessaisissements imposés sont établis à partir du nombre de points de vente :

<u>Nombre de points de vente</u>	<u>Nombre maximal de points de vente Impériale autorises</u>
3 ou moins	1
de 4 à 7	2
8 ou plus	un tiers

De nombreuses autres règles ont servi à déterminer les dessaisissements. Selon l'une de ces règles, un certain nombre de stations- service appartenant à la société doit figurer sur la liste des zones Kent. Étant donné que les points de vente appartenant à la société sont généralement mieux situés et qu'ils enregistrent des volumes de vente plus élevés, il est fort probable qu'ils demeureront viables après les dessaisissements. Le pourcentage des stations- service appartenant à la société qui font l'objet d'un dessaisissement reflète, dans une certaine mesure, le pourcentage des stations- service appartenant à

la société qui existent dans une zone donnée d'un marché.

Une autre exigence stipule que, si la part du marché détenue par les indépendants dans une zone Kent est inférieure à 20 %, au moins la moitié des stations-service désignées pour faire l'objet d'un dessaisissement doit avoir fait, en 1988, des ventes égales ou supérieures à la moyenne des ventes des indépendants par emplacement dans cette zone. Cette mesure semble être une manière de garantir, à une part importante des emplacements visés par le dessaisissement, la viabilité suffisante pour poursuivre ses activités de vente d'essence au détail.

Le directeur a défini les critères généraux régissant le dessaisissement des stations-service au détail (appelé la règle des 30 % - 20 % et les règles connexes), et Impériale a choisi les stations-service déterminées devant figurer sur la liste de dessaisissement.

Dans son témoignage oral, le professeur Trebilcock a mentionné certains facteurs dont Impériale avait tenu compte pour choisir les stations-service dans une zone donnée : les volumes enregistrés par le passé; les volumes futurs, à la lumière de conditions changeantes du marché local; la réputation de l'établissement; les autres transactions faites avec le concessionnaire; le temps qu'il reste à courir avant l'expiration du contrat; la période pendant laquelle le concessionnaire a été lié à la marque Texaco ou Esso; les cout liés au changement de la marque. C'est ce type de critères qu'Impériale aurait utilisé

pour choisir les stations-service à vendre, dans le cadre d'un processus normal de rationalisation à la suite du fusionnement, en l'absence d'une ordonnance de dessaisissement.

C) Fermetures de stations-service effectuées indépendamment de la liste du PROC

Les dessaisissements exigés d'Impériale ont lieu dans le contexte d'un marché déjà marqué par une diminution importante du nombre de points de vente au détail viables. Au cours des dernières années, le nombre de points de vente d'essence a baissé considérablement au Canada¹⁵ En 1970, il existait environ 36 000 points de vente d'essence au détail, alors qu'en 1988 leur nombre était

¹⁵ Dans sa description, le professeur Trebilcock a mentionné que la diminution nette du nombre de stations-service, depuis les années 50, surtout des stations-service associées à des fournisseurs intégrés, n'avait pas été causée principalement par une baisse générale de la demande d'essence; en réalité, La demande aurait plutôt augmenté. Les pressions exercées en faveur d'une rationalisation et d'une réduction des coûts découlaient, en partie, des ventes perdues à cause de La concurrence des indépendants et de la baisse dans la demande de services de réparation aux points de vente ordinaires d'essence, de facteurs comme les modifications dans La conception des voitures, qui exigeaient des changements d'huile et des mises au point moins fréquentes, l'apparition d'ateliers spécialisés pour les silencieux et les réparations, la garantie étendue de nouvelles voitures de luxe. La valeur majorée des terrains à usages variés dans les centres urbains a également eu pour effet d'exercer des pressions de cet ordre. Ces pressions ont entraîné une réduction du nombre de points de vente conservés par les grandes entreprises intégrées et une augmentation des volumes moyens aux points de vente restants, grâce à des innovations comme les installations libre-service et l'augmentation de La capacité de pompage d'essence. Affidavit du professeur M. Trebilcock, en date du 24 juillet 1989, au par. 10 de la pièce A.

passé à 19 283. Le professeur Trebilcock décrit ainsi la situation :

[TRADUCTION]

[...] Cette baisse reflète les programmes de rationalisation mis en oeuvre par pratiquement tous les fournisseurs intégrés, qui ont donné lieu en général à la fermeture des anciennes stations- service qui ne sont plus efficaces et à leur remplacement par un plus petit nombre de stations-service dont les volumes sont peu élevés, surtout des points de vente libre-service. La réduction des réseaux d'Impériale et de Texaco illustre bien La situation :

TABLEAU I

**NOMBRE DE POINTS DE VENTE D'ESSENCE AU
DÉTAIL TEXACO ET IMPÉRIALE (1970-1988)**

	<u>1970</u>	<u>1975</u>	<u>1980</u>	<u>1988</u>	<u>BAISSE %</u>
Impériale	6 752	5 457	4 386	3 118	54%
Texaco	4 600	4 444	3 538	2 023	56% ¹⁶

En outre, l'acquisition de Texaco par Impériale entraînerait un certain nombre de résiliations de contrats d'approvisionnement, de ventes ou de fermetures, à la suite du fusionnement. Par exemple, il est peu probable qu'Impériale décide de poursuivre l'exploitation de deux stations-service avoisinantes liées à la même marque si elles puisent au même bassin de clients.

¹⁶ *Ibid* au par. 8. Le tableau I est tiré de l'avis de demande, annexe 2 intitulée "Overview of the Industry", au par. 103.

Le professeur Trebilcock a confirmé que la fermeture de points de vente au détail entraînerait certains gains économiques en efficience :

[TRADUCTION]

Le fusionnement entrainera vraisemblablement des gains en efficience au niveau du détail : des emplacements de détail à plus faible productivité serviront à des utilisations sociales plus valorisées: le débit moyen de matières premières aux points de vente restants sera supérieur, ce qui diminuera le cout unitaire; [...]17 [soulignement ajoute]

Selon le procureur général du Québec, les critères adoptés par le directeur (c'est-à-dire la règle des 30% - 20% et les règles connexes) ne pouvaient assurer le maintien de la concurrence au Québec. Cette position était liée à l'affirmation selon laquelle les limites urbaines ne convenaient pas à la définition des marchés dans les grandes communautés urbaines comme Montréal, Toronto et Vancouver. À Montréal, par exemple, 73 municipalités étaient comprises dans un même marché. Le procureur général du Québec a reconnu qu'il était difficile de déterminer avec précision les marchés locaux imbriqués, mais il a soutenu que chacune des 73 municipalités qui composent le Grand Montréal auraient dû être considérées comme un marché de détail local distinct.

¹⁷ Affidavit du professeur M. Trebilcock, *ibid* à l'al. 46 v).

De l'avis d'Impériale et du directeur, les critères établis et utilisés au Québec, qui étaient identiques aux critères utilisés dans le reste du pays, étaient appropriés et suffisants. En même temps, au début de l'audience, l'avocat du procureur général annonçait qu'il ne participerait pas de façon officielle aux procédures parce qu'Impériale s'était engagée à se dessaisir de 68 stations-service supplémentaires au Québec. Bien qu'Impériale et le directeur ont soutenu qu'aucun dessaisissement supplémentaire n'était nécessaire pour résoudre les problèmes sur le plan de la concurrence, Impériale a, néanmoins, déclaré son intention de se dessaisir d'autres stations-service en plus de celles figurant sur la liste des dessaisissements et d'en informer immédiatement le procureur général du Québec. Impériale acceptait, par conséquent, de s'engager à se dessaisir de 68 stations-service supplémentaires, dans la province de Québec.

Il semble clair que, dans plusieurs cas, la liste des dessaisissements n'aurait d'autre conséquence que de désigner des stations-service dont Impériale se serait dessaisie de toute façon.

D) Choix des stations-service individuelles non dicté par des problèmes de concurrence

Plusieurs des arguments présentés au Tribunal venaient de propriétaires de stations-service qui soulignaient les tristes conséquences économiques du

dessaisissement de leurs stations-service sur leur situation personnelle et qui voulaient avoir une explication au sujet du dessaisissement de leurs stations-service. Par exemple, le Tribunal a entendu les observations de M.E. Koptie, concessionnaire et propriétaire de Texaco Car Wash, situé à Weyburn (Saskatchewan) :

[TRADUCTION]

Nous avons ouvert cet établissement [le Texaco Car Wash] en sachant très bien que La réussite commerciale reposait sur notre Association avec une grande société Pétrolière. Nous avons investi nos économies et emprunté La différence de La banque. J'ai consacré de longues heures à cette entreprise, aidé de mon épouse et de mes deux fils, et maintenant on nous exclut. [...]

Compte tenu [du fait que] le directeur du Bureau de La politique de concurrence nous empêche d'acquérir les opérations de Texaco, nous estimons que le directeur [devrait] assumer La responsabilité de notre perte [..]

Le Tribunal a également reçu, à titre d'exemple, l'argument de Lyn-Den Distributors, concessionnaire et propriétaire d'une station-service Esso à Ashern (Manitoba) :

[TRADUCTION]

(Si nous exploitons une installation de détail sans marque] à quel prix devons-nous acheter les produits dans le futur pour livrer concurrence aux concessionnaires liés à la marque? [...]

[Si nous tentons de conclure une entente avantageuse avec une autre société Pétrolière ...] Nous avons dû engager des dépenses considérables, récemment, pour convertir notre station-service, en plus de grever notre propriété d'une deuxième hypothèque, pour que La Compagnie Pétrolière Impériale soit représentée

¹⁸ Lettre adressée au registraire par E. Koptie (26 septembre 1989), à la p. 2.

[sous] la nouvelle "IMAGE ESSO" et [à la suite du dessaisissement, elle] devra être convertie à d'autres fins. [...] ¹⁹

Le procureur de Lyn-Den Distributors a signalé que la station-service Texaco voisine, qu'Impériale conserve, est le concurrent le plus efficace. Selon lui, les fins de la concurrence auraient été mieux protégées si Impériale avait eu à se dessaisir de la plus importante des deux stations-service.

Des arguments semblables ont été présentés par M. Merchant, au nom de Beacon Hill Service (2000) Ltd., concessionnaire et propriétaire d'une station-service liée à la marque Impériale, à Fort McMurray. M. Merchant a parlé des difficultés de trouver un important fournisseur à l'expiration, en 1993, de sa convention d'approvisionnement actuelle. Il craint d'avoir alors à rembourser de l'argent à Impériale. Il croit qu'il serait plus équitable qu'une station-service Texaco Voisine fasse l'objet d'un dessaisissement étant donné que ce point de vente, qui est plus rentable que le sien, n'aurait par conséquent aucune difficulté à trouver un autre fournisseur de produits d'une grande marque²⁰.

¹⁹ Lettre adressée au président par D.M. Geisler, faisant affaires sous Lyn-Den Distributors, (27 septembre 1989), aux pp. 2-3.

²⁰ Les positions des différents intervenants sont traitées de façon plus détaillée ci-dessous à la p. 114 et s.

La preuve soumise montre clairement qu'Impériale se serait dessaisie à la fois de Lyn-Den Distributors et de Beacon Hill Service (2000) Ltd., indépendamment de toute exigence du directeur à cet égard. M. Merchant a reconnu que cela s'appliquait à sa station-service, et il a allégué que le seul fait de retirer sa station-service de la liste de dessaisissement ne lui serait d'aucune utilité. Il a mentionné que ses difficultés ne diminueraient que si le Tribunal ordonnait le dessaisissement de la station-service voisine qui est plus importante. Mais la preuve présentée au Tribunal ne suffit pas à démontrer la nécessité d'une telle ordonnance pour garantir la concurrence sur les marchés respectivement desservis par Lyn-Den Distributors ou par Beacon Hill Service (2000) Ltd. La preuve montre qu'il existe, dans les deux zones, un nombre considérable de stations-service de détail qui se livrent concurrence. La situation dans laquelle se trouve ces deux concessionnaires découle du fusionnement. Leurs stations-service figurent sur la liste des dessaisissements parce qu'Impériale les y a inscrites et leur retrait de la liste, à la demande du Tribunal, ne les aiderait pas en pratique à conserver la marque Esso. En outre, la preuve ne permet pas au Tribunal d'exiger la substitution d'une autre station-service pour respecter les normes sur la concurrence.

Dans ce contexte, bien que les négociations entre le directeur et Impériale aient influées sur le choix des points de vente devant faire l'objet d'un dessaisissement, le Tribunal craint que la désignation des points de vente ne

soit interprétée, à tort, comme une garantie de fiabilité de l'analyse des effets des dessaisissements particuliers sur la concurrence. Le Tribunal craignait, dès le début des procédures, que le caractère détaillé et spécifique de l'ordonnance qu'on lui demandait d'approuver, dans ces circonstances, ne pose de problèmes. Le fait que les détenteurs de franchise pouvaient penser que les dessaisissements proposés étaient le résultat d'une décision du Tribunal ne faisait qu'accroître cette préoccupation.

Le POC est inhabituel à cet égard. Aux États-Unis, où l'expérience des ordonnances par consentement en matière de concurrence remonte à plus longtemps, les ordonnances par consentement imposent habituellement le dessaisissement de tous les points de vente au détail dans une zone géographique donnée²¹ Compte tenu de ce qui précède et des efforts sans doute considérables que l'on a du faire au cours des discussions pour en arriver à déterminer les points de vente qui feront l'objet d'un dessaisissement, il y a de bonnes raisons de se demander si la méthode adoptée était préférable à une méthode qui utiliserait des termes descriptifs plus généraux pour définir les dessaisissements qui s'imposent. Étant donné la désignation des points de vente

²¹ M. Addy a répondu ainsi à une question du Tribunal (aux pp. 14-15 de La transcription) :

[TRADUCTION]

"À ma connaissance, il n'existe aucun précédent au Canada et, aux États-Unis, les ordonnances de dessaisissement sont fondées, dans des contextes comparables, sur les zones géographiques plutôt que sur les éléments d'actif, ce qui signifie que La société doit se dessaisir de tous ses points de vente dans l'État de la Géorgie ou dans tout autre État vise."

détermines, il aurait été plus honnête d'indiquer clairement aux concessionnaires qu'Impériale avait choisi leurs points de vente même s'il est possible que les points de vente désignés ne constituaient pas le premier choix d'Impériale.

E) Garantie d'approvisionnement sans marque

Impériale doit offrir des approvisionnements de produits sans marque aux stations-service qui seront privées de la marque pendant une période de cinq ans. Au moment des audiences, Impériale n'avait pas fixé le prix de vente des produits sans marque. Il est peu probable que cette option ait des conséquences pratiques importantes ou qu'elle ait été élaborée à la suite de consultations avec les concessionnaires pour s'assurer qu'ils l'adoptaient. Il est certain, d'après la preuve présentée au Tribunal, que l'identification à une marque importante constitue un élément essentiel de la viabilité des stations-service situées sur des grandes routes. Dans ces circonstances, il est douteux qu'une garantie d'approvisionnement en produits sans marque leur soit utile. En outre, Impériale a indiqué par écrit à tous les concessionnaires qui seront privés de la marque qu'elle avait l'intention de les traiter équitablement. Cet engagement aurait pu mener Impériale, indépendamment de tout projet d'ordonnance par consentement, à proposer à ces stations-service des offres d'approvisionnement en produits sans marque pendant une certaine période. Quoi qu'il en soit, d'après la preuve fournie au Tribunal, la seule conclusion

à tirer est que l'avantage lié à cette obligation est incertain. Elle accordera peut-être à certaines stations-service privées de la marque une chance de rester viables, ce qui n'aurait pas été possible autrement.

F) Aspects anticoncurrentiels des fusions - Preuve relative à ces problèmes

Le professeur Trebilcock a énoncé ce qu'il considérait être les deux effets anticoncurrentiels possibles sur lesquels l'examen de tout fusionnement par le Tribunal devrait porter : soit que le fusionnement permette à la société fusionnée d'acquiescer une position dominante sur le marché; soit que le fusionnement augmente la capacité des entreprises du marché (en situation oligopolistique) de s'engager dans différentes formes implicites de collusion (concernant les prix, les parts de marché, etc.)²² Personne n'a contesté la pertinence du cadre conceptuel proposé par le professeur Trebilcock.

Dans ce cadre, le témoignage du professeur Trebilcock, concernant les marchés de détail, n'a pas fait l'objet de critiques majeures :

²² On a fait référence à un article de F. Warren-Boulton intitulé "Implications of U.S. Experience with Horizontal Mergers and Takeovers for Canadian Competition Policy" dans l'ouvrage de F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, éditeurs, *The Law and Economics of Competition Policy: The Current Learning* [à paraître]. Affidavit du professeur M. Trebilcock, en date du 24 juillet 1989, au par. 23 de l'annexe A.

[TRADUCTION]

29. Les caractéristiques associées à une entreprise dominante qui régit le prix du marché ne s'appliquent pas au marché de l'essence au détail. [...] Le marché de l'essence au détail, après le fusionnement, sera loin de présenter les caractéristiques d'un marché domine par une seule entreprise.

[...]

32. Quant à l'application de théories relatives aux collusions tacites aux marchés de l'essence au détail, ceux-ci sont [...] ne sont habituellement pas propices aux collusions tacites. En premier lieu, [...] La présence de détaillants indépendants et dynamiques qui ont l'habitude de faire concurrence surtout en matière de prix [...] exerce un contrôle efficace sur les pratiques de tarification des principaux détaillants et protège contre toute perspective sérieuse de collusion tacite en matière de prix.

33. En deuxième lieu, les entraves à l'accès au marché canadien des stations-service sont relativement faibles (sauf les barrières de réglementation dans La région de l'Atlantique).

[...]

34. En troisième lieu, [...] pour avoir une collusion tacite efficace [...] il faudrait normaliser tous les aspects régissant l'offre de produits ou, tout au moins, en tenir compte dans une entente tacite en vue d'établir des stratégies en matière de prix.

35. Comme il a été mentionné, [...] l'établissement de parts de marché respectives, la solidarité des prix devant des changements importants des coûts de base ou des conditions de La demande [...]. Aucune de ces caractéristiques n'a été relevée dans les données de Kent ou autres données pertinentes. [...] Les données récentes au sujet de ce secteur d'activité démontrent que La concurrence en matière de prix sur le marché canadien de l'essence au détail est effectivement extrêmement féroce. [...] ²³

M. O'Grady, avocat de l'Association des consommateurs du Canada, a demandé au professeur Trebilcock si l'uniformité des prix sur l'ensemble d'une zone urbaine étendue pouvait être attribuée à une tarification parallèle délibérée, au lieu d'être liée, comme il le prétendait, à une situation de marché

²³ Affidavit du professeur M. Trebilcock, *ibid* aux par. 29, 32-35.

extrêmement concurrentielle. Le professeur Trebilcock a répondu à la question, comme suit :

[TRADUCTION]

Cette explication est, selon moi, peu plausible. A Toronto, nous avons 700 points de vente au détail (...). A Montréal, plus de 1 400 points de vente au détail (...) Pour que la théorie de la collusion tacite puisse s'appliquer, il faudrait un cartel massif qui regrouperait 1 400 détaillants. A Regina, nous avons observé le même phénomène [c'est-à-dire, l'uniformité des prix, dans les zones où il y a un haut pourcentage d'indépendants].²⁴

Dans la preuve qu'il a présentée, à propos de la collusion tacite, le professeur Trebilcock indiquait que, bien que le problème à cet égard puisse exister dans le cas de petites agglomérations (qui possèdent seulement une, deux ou trois stations-service), la définition géographique du marché appliqué par le directeur aux petites agglomérations de ce type minimise la portée réelle des marchés à un tel point que le problème ne serait pas important:

[...] Ces problèmes sont dissipés grâce à deux facteurs dans le cas de la vente d'essence au détail: a) [...] la disponibilité immédiate d'autres sources d'approvisionnement à l'extérieur de la collectivité immédiate et la mobilité des clients [...] et b) quand une tentative de collusion existe, elle est plus souvent explicite et facile à déceler qu'implicite et, par conséquent il est probable qu'elle fasse l'objet de sanctions criminelles [...].²⁵

²⁴ Transcription aux pp. 1677-78.

²⁵ Affidavit du professeur M. Trebilcock, en date du 24 juillet 1989, au par. 36 de l'annexe A.

À la lumière de ce témoignage, il est absolument impossible de contester le fait que l'ordonnance satisfait aux critères d'approbation en ce qui a trait au marché de détail. En effet, comme il a été mentionné auparavant, il existe de bonnes raisons de douter de la nécessité de tout ce débat.

L'analyse du professeur Trebilcock ne traitait évidemment pas de la région de l'Atlantique.

VI Région de l'Atlantique

A) Évidence de La diminution sensible de La concurrence

Il ne fait aucun doute que le fusionnement cause, dans la région de l'Atlantique, une diminution sensible de la concurrence. La présomption sur laquelle se sont fondées les parties est étayée par des preuves claires et sans équivoque, à cet égard.

Pour ce qui est du marché de gros, quatre raffineurs exploitaient des raffineries dans la région de l'Atlantique avant le fusionnement Impériale, Texaco, Irving Oil Limited ("Irving") et Newfoundland Processing Limited. Cette liste exagère toutefois la disponibilité de l'approvisionnement en gros dans l'ensemble de la région car Irving a pour politique de ne pas vendre aux

revendeurs indépendants et Newfoundland Processing Limited est assujettie à une clause restrictive qui limite à la province de Terre-Neuve la vente de ses produits raffinés²⁶.

Après le fusionnement, il ne resterait que trois raffineries. Irving détiendrait toujours la plus grande part de la capacité de raffinage de pétrole brut avec 50% et serait suivie de Newfoundland Processing Limited avec environ 24 %. La part de la capacité de raffinage de pétrole brut détenue par Impériale passerait d'approximativement 19 % à 23 %. Impériale détiendrait également les deux raffineries situées dans la région de Dartmouth, sa raffinerie et la raffinerie d'Eastern Passage de Texaco. Les entraves à l'accès au raffinage sont importantes: la croissance de la demande est faible; les coûts irrécupérables sont élevés; il existe des économies d'échelle; et les réglementations environnementales sont de plus en plus strictes et découragent l'accès au stade du raffinage.

Bien que, depuis juin 1985, aucune barrière tarifaire gouvernementale ne limite plus l'importation du pétrole au Canada, l'importation ne constitue pas actuellement une autre source viable d'approvisionnement pour les indépendants ou les éventuels indépendants de la région de l'Atlantique.

²⁶ La clause restrictive impose à Newfoundland Processing Limited de restreindre ses ventes, sur le marché canadien, à la province de Terre-Neuve uniquement. La raffinerie est évidemment libre de vendre sans restriction à l'étranger.

En 1988, 100 % des importations d'essence à moteur importée dans la région de l'Atlantique était destinée aux raffineurs²⁷. Il arrive que du mazout non-raffiné soit importé.

Le coût du transport par camion est habituellement exorbitant pour ce marché, et il y a un nombre insuffisant de terminaux maritimes ou d'installation d'entreposage indépendants. Le dernier facteur mentionné se fera sentir davantage après le fusionnement, car les terminaux des différentes villes seront concentrés entre les mains d'Impériale. Il est peu probable que de nouveaux terminaux maritimes soient construits, pour plusieurs des mêmes raisons qui nuisent à l'accès au raffinage. En outre, l'importance négligeable des clients indépendants ne suffit pas à garantir un débit de volume élevé.

Quant aux marchés de détail, sans le PROC, cinq détaillants liés à une marque détiendraient 95 % du volume des ventes en essence dans la région après le fusionnement. Texaco, qui avait une réputation de concurrent dynamique dans la région, n'appartiendra plus au secteur de l'essence de marque. Il existe peu de fournisseurs indépendants dans la région de l'Atlantique; seulement 48 des quelque 2 700 stations-service sont exploitées par des indépendants, dont trois appartiennent à des petites chaînes.

²⁷ Comme les produits pétroliers sont tous faits à partir de pétrole brut, les raffineurs peuvent juger qu'il est plus économique d'importer ou d'exporter des produits déterminés, s'il y a lieu, selon les prix des différents marchés des produits.

La part totale des indépendants détaillants en essence est de 4,5 %. En outre, des règlements régissent directement les installations de distribution d'essence en gros et au détail de Nouvelle-Ecosse et de l'Ile-du-Prince-Édouard.

B) Niveau de dessaisissement nécessaire

Il ne fait aucun doute que les dispositions du PROC, concernant la région de l'Atlantique, étaient les plus problématiques pour le Tribunal. En résumé, ces dispositions soulevaient la question de savoir dans quelle mesure les éléments d'actif d'une société pouvaient être divisés entre l'acquéreur et un tiers acquéreur éventuel, quand il n'existe auparavant, dans ce marché, pratiquement aucune concurrence. Elles ont soulevé la question de savoir dans quelle mesure un dessaisissement, dans le cas d'un marché non concurrentiel avant le fusionnement, sans être un dessaisissement complet de tous les éléments d'actif dans la région géographique, permettrait de satisfaire aux critères d'approbation. Les parties n'ont pas convaincu deux des membres du Tribunal du caractère satisfaisant du dessaisissement imposé par le POC et le PROC, à l'égard des critères d'approbation. Autrement dit, ils ne sont pas convaincus du fait que les dispositions prévues au POC ou au PROC permettront fort vraisemblablement d'empêcher la diminution sensible de la concurrence dans la région de l'Atlantique, ce qui sera l'effet présumé du fusionnement. Le troisième membre n'est pas du même avis.

C) Projet initial d'ordonnance par consentement et preuve présentée par le directeur

Le POC impose à Impériale l'obligation de se dessaisir des éléments d'actif suivants : la raffinerie d'Eastern Passage, y compris le terminal maritime de Dartmouth, quatre terminaux, 74 stations-service appartenant à la société, 123 stations-service appartenant aux concessionnaires et peut-être, au gré des acquéreurs, la convention d'approvisionnement réciproque Ultramar-Texaco.

Aucune condition n'est prévue au POC pour régir l'admissibilité d'un soumissionnaire déterminé pour les éléments d'actif de la région de l'Atlantique. Le paragraphe 14 contient un "énoncé de l'intention" à cet égard, qui dit que :

Le dessaisissement de La raffinerie d'Eastern Passage doit, dans La mesure du possible, être fait en faveur d'un acquéreur qui, de l'avis du directeur, est susceptible d'assurer le maintien des opérations de cette raffinerie en tant qu'entreprise viable et d'approvisionner le marché intérieur aval des produits pétroliers.

La vente des éléments d'actif de Texaco est assujettie à l'approbation préalable du directeur.⁸

²⁸ Voir le par. 5. Si le directeur refuse d'approuver La vente, Impériale peut en référer au Tribunal qui pourra modifier les listes des actifs devant faire l'objet d'un dessaisissement en vertu du POC (par. 5-8, 10). Les dessaisissements, en vertu du présent POC, doivent avoir lieu dans un délai de 12 mois de La date de l'ordonnance, sous réserve du droit du directeur d'accorder une prolongation du délai, après laquelle, le directeur nommera un fiduciaire. Le fiduciaire doit vendre les éléments d'actif dans un délai de six mois à compter de sa nomination

Le professeur Stanbury, appelé à titre de témoin expert au nom du directeur, a expliqué la position du directeur de la manière suivante :

[TRADUCTION]

L'objet général du POC est le dessaisissement de La raffinerie, ainsi que de tout ensemble de stations-service qui, selon l'acquéreur, constitue une combinaison efficace pour accéder au marché et être un concurrent viable. Certains acquéreurs peuvent décider qu'ils n'ont besoin que d'une partie des stations-service offertes actuellement; certains acquéreurs peuvent décider qu'ils n'ont pas besoin de tous les terminaux, et ainsi de suite. Par conséquent, selon moi, le marché est le meilleur juge de La combinaison déterminée des éléments d'actif qui devraient être acquis²⁹.

D'après le professeur Stanbury, le POC éliminerait la diminution sensible de concurrence qui, autrement, se serait produite dans la région de l'Atlantique, car le POC imposait à Impériale de se dessaisir de [TRADUCTION] "la majeure partie" des éléments d'actif de Texaco dans la région de l'Atlantique et [TRADUCTION] "le niveau de dessaisissement est pratiquement équivalent au total du dessaisissement des éléments d'actif de Texaco dans la région de l'Atlantique". L'opinion du professeur Stanbury, selon laquelle la diminution sensible de la concurrence serait éliminée, reposait également sur le fait que [TRADUCTION] "le directeur devait donner son approbation à l'égard du (des) acquéreur(s) des éléments d'actif faisant

à des conditions jugées acceptables par le directeur. La vente doit se faire avec l'aide d'Impériale et à ses frais. Si des éléments d'actif demeurent invendus après l'expiration du délai de six mois, le directeur ou Impériale peuvent demander au Tribunal de modifier les annexes relatives aux éléments d'actif devant faire l'objet d'un dessaisissement.

²⁹ Transcription à La p. 464.

l'objet d'un dessaisissement³⁰. À cet égard, il a fait le témoignage suivant :

[TRADUCTION]

Comme je l'ai souligné dans l'affidavit, les répercussions éventuelles sur La concurrence dépendent a) de l'identité de l'acquéreur [des éléments d'actif] et b) de ce que l'acquéreur compte en faire. Ainsi, prenons le cas extrême. Imaginons que ce soit la société indépendante Indomptable qui les achète. Indomptable pourrait simplement adopter une stratégie prudente avec une marge de profit élevée, sans réduction des prix, sans offre, et sans marchandage, etc. En pratique, rien ne la distinguerait d'une grande Pétrolière, sauf pour sa raison sociale et le fait qu'elle ne posséderait peut-être pas son propre système de carte de crédit.

[...]

On peut imaginer un autre scénario selon lequel une grande Pétrolière, qui n'est pas encore implantée dans la région, recevrait l'approbation du directeur. La société pourrait, encore une fois, être dynamique pendant un certain temps pour augmenter sa part du marché, puis se stabiliser.

[...]

Et, à la page 583 de la transcription, M. O'Grady lui pose la question suivante :

[TRADUCTION]

Que deviendrait La situation de La concurrence si Shell, Ultramar ou Petro-Canada se portait acquéreur de la raffinerie?

La situation serait-elle préférable, pire ou La même?

Le professeur Stanbury répond :

³⁰ Affidavit de W.T. Stanbury, en date du 20 juillet 1989, aux par. 31-35 de l'annexe A.

³¹ Transcription aux pp. 574-75.

[TRADUCTION]

Je n'ai pas fait d'évaluation dans cette hypothèse, je suis désolé. Je ne l'ai simplement pas fait. Nous savons que les éléments d'actif de Texaco constituent, au détail, environ 10 pour cent de La part du marché. Maintenant, il faudrait corriger ces chiffres en raison du dessaisissement de toutes les stations-service, et ainsi de suite. Et du fait qu'il s'agit d'un bon réseau, et ainsi de suite. Mais je n'ai pas vraiment fait d'analyse sérieuse comme cela s'impose. [...]

En outre, la preuve présentée par le professeur Stanbury indique clairement qu'à son avis le meilleur acquéreur serait un indépendant ou une entreprise conjointe regroupant deux indépendants ou plus :

[TRADUCTION]

32. [...] Si tous les éléments d'actif devant faire l'objet d'un dessaisissement dans La région de l'Atlantique sont acquis par un revendeur indépendant (ou à titre d'entreprise conjointe par deux indépendants ou plus), ceci aurait pour effet de créer un nouvel accès et d'encourager La concurrence, pour plusieurs raisons. [...]

33. En deuxième lieu, La vente de tous les éléments d'actif à un indépendant (ou une entreprise conjointe regroupant deux indépendants ou plus) serait La plus susceptible d'augmenter l'intensité de La concurrence dans La région. Le nouveau venu ne dépendrait pas d'Impériale pour son approvisionnement en produits raffinés (ou de Newfoundland Processing à Terre-Neuve). Il pourrait ou exploiter La raffinerie de Texaco, ou utiliser le lieu comme terminal maritime pour La distribution de produits raffinés importés. En outre, un raffineur ou un importateur indépendant serait plus susceptible d'approvisionner les nouveaux venus au stade du marché de détail, ce qui augmenterait, par conséquent, la concurrence à ce stade. Comme les terminaux de Texaco ont une capacité excédentaire, un indépendant pourrait facilement augmenter son approvisionnement en autres produits raffinés (carburant diesel et mazout) aux revendeurs indépendants existants. [...]³²

³² Affidavit de W.T. Stanbury, en date du 20 juillet 1989, aux par. 32-33 de l'annexe A.

Selon le directeur, le POC créerait la possibilité pour un participant tout à fait nouveau d'accéder au secteur aval de l'industrie Pétrolière dans la région de l'Atlantique.

[TRADUCTION]

[...] Si ce participant est un concurrent nouveau et efficace, le niveau de concurrence du marché peut être au moins équivalent à ce qu'il était avant le fusionnement. Même si les éléments d'actif sont achetés par un fournisseur-raffineur moins important avec des opérations de raffinage à l'extérieur de La région de l'Atlantique, le dessaisissement aura au moins pour effet de remettre en oeuvre La structure d'approvisionnement qui existait avant le fusionnement³³
[soulignement ajoute]

La preuve orale a démontré que même une vente en différentes étapes des éléments d'actif pourrait être approuvée par le directeur.

D) Position et preuve de l'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et de l'Atlantic Oilworkers Union Local 1

L'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et l'Atlantic Oilworkers Union Local 1 (parfois appelés "les clients de M. Pink" pour faciliter la consultation)³⁴ ne sont pas d'accord pour dire que le dessaisissement porte sur la "majeure partie" des éléments d'actif de Texaco.

³³ Énoncé des répercussions de l'ordonnance par consentement au par. 31.

³⁴ Cook's Oil Company Limited et Texaco Retail Council, Halifax-Dartmouth Metropolitan Area, étaient aussi représentés par M. Pink, mais ont été désignés par leur nom aux présentes lorsque l'on fait référence à leurs arguments ou à la preuve qu'ils ont présentée.

Ils ont aussi contesté la volonté du directeur d'accepter une acquisition des éléments d'actif par un indépendant ou une entreprise conjointe regroupant des indépendants ou en différentes étapes.

Quant à la conclusion selon laquelle Impériale devait se dessaisir de la "majeure partie" des éléments d'actif de la région de l'Atlantique, les clients de M. Pink ont souligné qu'Impériale conserverait la clientèle nationale de Texaco, dont les comptes étaient administrés à Toronto. Avant le fusionnement, le produit de ces comptes était réinvesti dans la région de l'Atlantique, dans la mesure où ces recettes provenaient de la région de l'Atlantique. (La preuve présentée par le directeur et par Impériale ne permet pas de préciser l'importance de ces recettes.) Impériale conserverait la réserve de terrains de Texaco dans les provinces de l'Atlantique (l'ampleur de cette réserve n'a pas été précisée par le directeur ou Impériale).

Les clients de M. Pink ont fait remarquer que les stations-service de détail qu'Impériale pouvait conserver dans la région de l'Atlantique détenaient de 18 % à 20 % des ventes d'essence au détail de Texaco dans cette région. À leur avis, il est faux de prétendre que cette mesure est [TRADUCTION] "pratiquement équivalente au dessaisissement complet des éléments d'actif de Texaco". En effet, le Professeur Stanbury a concédé, pendant le contre-interrogatoire, qu'Impériale conserverait un volume important des ventes

d'essence. L'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et l'Atlantic Oilworkers Union Local 1 ont fait remarquer que toutes les stations-service Texaco qu'Impériale avait le droit de conserver étaient des stations-service appartenant à la société ou contrôlées par celle-ci. Comme il a été mentionné précédemment, il est impropre de parler de "dessaisissement" dans le cas des stations-service appartenant aux concessionnaires parce que le concessionnaire n'est lié au fournisseur (Texaco ou Impériale, selon le cas) que pendant la durée du contrat. Dans ces situations, les stations-service appartenant aux concessionnaires, qui font l'objet d'un dessaisissement, ne sont pas tenues de demeurer avec le nouvel acquéreur à l'expiration de leur contrat actuel. La situation qui en découle est, par conséquent, quelque peu précaire pour assurer la viabilité du réseau de stations-service appartenant aux concessionnaires, en tant que force de concurrence collective dans la région de l'Atlantique, si l'acquéreur des éléments d'actif de Texaco n'a pas l'appui de ces stations-service.

Il est clair que les stations-service de détail qu'Impériale pouvait conserver, du moins dans la région de Halifax-Dartmouth, étaient situées à des endroits stratégiques. Selon M. Pink, il y a des motifs de croire que les stations-service conservées dans cette région, et ailleurs, étaient "la crème de

la crème¹³⁵ • La règle du 25 %, que le directeur a appliquée aux marchés de détail des autres régions du Canada, où le nombre de stations-service de détail indépendantes sur le marché était peu important, n'a pas été appliquée dans la région de l'Atlantique. Il n'existe qu'un petit nombre d'indépendants dans la région de l'Atlantique, et, comme il a été mentionné, une des raffineries, Irving, a comme politique de ne jamais approvisionner les indépendants en produits raffinés.

Impériale peut conserver les éléments d'actif de la Great Eastern Oil Company, une société Pétrolière qui approvisionnait un certain nombre de stations-service de Terre-Neuve en produits Texaco. Elle distribue aussi sur le marché de Terre-Neuve des distillats intermédiaires (mazout). Par conséquent, à Terre-Neuve, 17 stations-service de détail antérieurement approvisionnées par Texaco seraient dorénavant approvisionnées par Impériale, alors que six seraient vendues au nouvel acquéreur. Selon l'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et l'Atlantic Oilworkers Union Local 1, le successeur de Texaco serait éliminé du marché de Terre-Neuve, parce que les six points de vente au détail conservés étaient tout simplement insuffisants pour qu'il soit rentable pour un acquéreur de maintenir l'exploitation du terminal de Long Ponds pour approvisionner ces six stations (le volume de ventes annuelles totales de ces stations-service est inférieur à 7 ou 8 millions

³⁵ Voir aussi les observations présentées par Cook's Oil Company Limited et Texaco Retail Council, Halifax-Dartmouth Metropolitan Area, *infra* à la p. 128 et s.

de litres). De plus, en conservant Great Eastern Oil Company, Impériale conserve aussi la main mise sur tous les clients commerciaux de Terre-Neuve, antérieurement approvisionnés par le terminal de Long Ponds de la raffinerie d'Eastern Passage appartenant à Texaco.

On ne sait pas si la convention d'approvisionnement réciproque entre Texaco et Ultramar fera partie des éléments d'actif vendus. En vertu de cette convention, Ultramar s'approvisionne en essence chez Texaco à Dartmouth (de la raffinerie d'Eastern Passage) et Texaco s'approvisionne en essence chez Ultramar au Québec (de la raffinerie de St-Romuald). Si l'acquéreur des éléments d'actif de Texaco dans la région de l'Atlantique n'a pas besoin d'approvisionner des clients au Québec, il pourrait refuser d'accepter la convention d'approvisionnement réciproque. La convention d'approvisionnement réciproque sera incluse dans l'ensemble des éléments d'actif vendus si l'acquéreur le demande. Autrement, Impériale conservera cet élément d'actif. La convention d'approvisionnement réciproque constitue 30 % de l'essence produite à la raffinerie d'Eastern Passage. Il semble évident que si la convention d'approvisionnement réciproque n'est pas incluse dans la vente en bloc, la viabilité de la raffinerie d'Eastern Passage sera passablement réduite, pour ne pas dire compromise.

Il a été souligné qu'à moins que les éléments d'actif de la région de l'Atlantique ne bénéficient d'une infrastructure comparable à celle qui existait lorsqu'ils appartenaient à la société Texaco, leur viabilité risquerait d'être restreinte. Le seul fait de ne plus bénéficier des ressources financières et des compétences d'une grande Pétrolière d'envergure nationale intégrée verticalement, causerait en soi, sans plus, une diminution de la viabilité des éléments d'actif de la région de l'Atlantique. L'on a insisté sur l'importance de vendre les éléments d'actif à un acquéreur qui serait un concurrent dynamique et efficace dans la région de l'Atlantique. À cet égard, la preuve présentée par Cook's Oil Company Limited et Texaco Retail Council, Halifax-Dartmouth Metropolitan Area, rejoignait la preuve d'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et d'Atlantic Oilworkers Union Local 1³⁶. À leur avis, tous les éléments d'actif devraient être vendus à un acquéreur dont l'expérience, les ressources financières et les compétences sont comparables à celles de Texaco, pour garantir l'implantation d'un concurrent aussi dynamique que Texaco dans la région de l'Atlantique.

Quant à la volonté du directeur d'accepter une acquisition des éléments d'actif en différentes étapes ou par un indépendant ou par une entreprise conjointe regroupant des indépendants, les clients de M. Pink ont

³⁶ Voir *infra* à la page 128 et s. pour plus de précision

présenté la preuve qui démontre la difficulté qu'ont les revendeurs d'essence indépendants de survivre dans la région de l'Atlantique et le fait que les habitants des Provinces Maritimes ne sont pas en faveur des stations-service de marques non nationales. Seulement 2 % des points de vente au détail de la région appartiennent à des indépendants. Certains indépendants comme Metro ont échoué. OLCO n'est pas devenue plus prospère quand ses stations-service sont passées d'une marque nationale à une marque indépendante³⁷. La conclusion à tirer de la preuve est qu'il est peu probable

³⁷ Il est utile de se référer à la partie de la preuve présentée par le professeur Stanbury, en réponse aux questions de M. Pink (transcription aux pp. 454-55 et 507-9) :

[TRADUCTION]

[...]

Q. Vous conviendrez avec moi, professeur Stanbury, que le secteur industriel de l'Atlantique canadien diffère à plusieurs égards de celui du Canada, en général.

R. A certains égards, oui.

Q. Vous conviendrez aussi avec moi qu'aucune étude n'a été faite afin de démontrer les tendances de fidélité des consommateurs envers une certaine marque dans la région canadienne de l'Atlantique en ce qui concerne un grand fournisseur ou un fournisseur habituel par rapport à un fournisseur occasionnel.

R. J'ai posé cette question aux Représentants de la Compagnie Pétrolière Impériale pour préparer ma preuve. Si j'ai bien compris, ils possèdent des études de marchés internes qui portent sur cette question particulière, bien que je ne les ai pas consultées.

Q. Vous ne les avez pas vues et elles ne sont pas dans le présent dossier?

R. Non, elles n'ont pas été déposées au dossier.

[...]

Q. Au paragraphe 19 [de votre affidavit], vous parlez encore de ces 44-50 stations-service [indépendantes]. Vous reconnaissez que lorsque vous dites, à la page 7, que pour maintenir une stratégie de bas prix, ils ont trouvé des moyens de réduire les

qu'un acquéreur qui n'a ni l'expérience, ni les compétences d'une grande société Pétrolière intégrée, ou un acquéreur sur une base par étapes, ne

coûts de distribution de l'essence, c.-à-d. des stations libre-service, et ainsi de suite.

Vous reconnaissez qu'en Nouvelle-Ecosse, par exemple, vous ne pouvez pas posséder une station libre-service, aussi ridicule que cela puisse être.

R. Ce sont vos mots et je suis bien d'accord avec vous.

Q. Par conséquent, la capacité d'un indépendant d'exploiter son entreprise avec des coûts inférieurs est très limitée à bien des égards; en effet, il leur faudrait fonctionner comme les gros vendeurs d'en face, c'est-à-dire avoir deux îlots de pompage; les heures de service sont limitées; il faut avoir des préposés; il faut installer des toilettes, etc.

R. Oui. [...] Ceci soulève La question des couts de distribution d'essence dans ces provinces.

[...]

Q. [...] J'essaie de vous dire que le simple fait d'être indépendants dans des provinces réglementées ne permet-il pas de fonctionner avec des prix beaucoup plus bas?

R. [...] Vous avez raison [...]

[...]

R. [...] J'estime qu'il s'agit d'une forme de concurrence très fictive en ce sens que La concurrence sur les prix semble être limitée, les marges semblent importantes et relativement stables, et la forme de la concurrence est elle-même réduite, à savoir si vous pouvez ou non offrir un service limité, les heures de fonctionnement sont restreintes, bien que certains aient des permis de 24 heures, etc.

Par conséquent, tout revient en fin de compte à la différenciation de produits, au nom de marque, à La forme publicitaire de La concurrence, en particulier là où il existe une réglementation provinciale.

Maintenant, en dehors de ces provinces, il y a évidemment plus de possibilités de concurrence, mais je n'en déduirais pas que La concurrence y soit particulièrement intense ou rigoureuse, ça non.

[...]

puisse devenir un successeur viable de Texaco, à moyen ou à long terme, pour livrer concurrence dans la région de l'Atlantique.

En dernier lieu, il est clair que certaines données factuelles sur lesquelles le professeur Stanbury a fondé son opinion, étaient incomplètes. Évidemment, ces renseignements lui avaient été fournis par des tiers. M. Pink a relevé les lacunes dans la preuve³⁸. Le professeur Stanbury a notamment mentionné l'existence d'une capacité excédentaire des raffineries de la région de l'Atlantique³⁹. Or, la preuve ne permet pas d'en arriver à cette conclusion. Il faut reconnaître qu'il est difficile de définir la capacité et qu'il n'est pas rare de voir une raffinerie fonctionner à 10 % ou 15 % au-dessus de sa capacité nominale. Néanmoins, bien que la société Newfoundland Processing ait une capacité excédentaire, elle est aussi assujettie à une clause restrictive et ne peut pas fournir de produits pétroliers au Canada, à l'extérieur de la province de Terre-Neuve. D'après la preuve, les raffineries de Texaco et d'Impériale n'ont pas de capacité excédentaire, et la situation des raffineries Irving est inconnue -- les renseignements que divulgue cette compagnie ne sont pas suffisants pour permettre une évaluation.

³⁸ Transcription aux pp. 2394-99.

³⁹ Voir l'affidavit de W.T. Stanbury, en date du 20 juillet 1989, au par. 8 et à l'al. 13 c) de l'annexe A.

E) Importance du maintien des opérations de La raffinerie d'Eastern Passage

Comme il a été mentionné, le directeur a indiqué dans le POC que l'acquéreur de la raffinerie d'Eastern Passage devrait être, dans la mesure du possible, quelqu'un qui pourrait assurer le maintien des opérations de la raffinerie en tant qu'entreprise viable et approvisionner en produits pétroliers les marchés de gros dans la région de l'Atlantique. Le maintien des opérations de la raffinerie est, évidemment, le problème qui motive l'intervention de l'Atlantic Refining and Marketing Employees Association et de l'Atlantic Oilworkers Union Local 1.

Dans son témoignage, le professeur Stanbury a indiqué, qu'à son avis, l'attention du Tribunal ne devrait pas porter sur le maintien des opérations de la raffinerie, en tant que tel. Selon lui, si un acquéreur pouvait importer les produits pétroliers appropriés, en utilisant les terminaux avoisinants de la raffinerie d'Eastern Passage, cet acquéreur pourrait fournir au marché de gros le même type et la même quantité des produits pétroliers que Texaco fournissait antérieurement.

Il est clair que le maintien des opérations d'une raffinerie a une valeur sociale. Il est couramment admis que les perspectives d'emploi ne sont pas aussi nombreuses dans la région de l'Atlantique que dans le reste du pays.

Toutefois, l'attention du Tribunal ne peut pas porter principalement sur cette considération si la solution aux problèmes en matière de concurrence consiste à utiliser des installations de terminaux. Il existe une preuve concrète à l'effet qu'il se pourrait qu'il en soit ainsi. Le Tribunal doit d'abord tenir compte des facteurs, comme ceux énumérés à l'article 93 de la *Loi sur la concurrence*⁴⁰, en tenant compte des questions sur lesquelles, selon le professeur Trebilcock, l'on devrait se concentrer dans toute cause de fusionnement, à savoir: l'émergence éventuelle d'une entreprise dominante; l'augmentation de la capacité de collusion tacite.

Malgré la preuve du professeur Stanbury, il faut présumer que la proposition du directeur, lorsqu'il a formulé sa volonté de maintenir les opérations de la raffinerie en tant qu'entreprise viable, avait pour but de promouvoir la concurrence. Sa demande ne montre en rien que le fonctionnement ininterrompu de la raffinerie qui était visée, n'était qu'une préoccupation fictive sans rapport avec la concurrence.

D'après la preuve présentée par les clients de M. Pink, la raffinerie fonctionne à pleine capacité et est rentable même si elle est plus petite et ancienne. Cependant, il s'agit d'une exploitation marginale et sa viabilité

⁴⁰ En outre, le paragraphe 96 (2) de La *Loi sur La concurrence* prévoit que le Tribunal peut considérer certains facteurs dans l'étude de La question à savoir si le fusionnement entrainera des gains en efficience, notamment s'il y aura une substitution relativement importante des produits nationaux à des produits étrangers.

varie en fonction du prix de vente du produit sur le marché. Aux éléments d'actif que doit conserver Impériale, correspondent les pertes suivantes pour la raffinerie : 18 % à 20 % des ventes au détail d'essence pour Texaco dans la région (ce qui équivaut à environ 10 % de la production d'essence de la raffinerie), le volume des ventes à la fois de l'essence et de mazout aux clients nationaux, le volume des ventes à la fois de l'essence et du mazout antérieurement vendus à Great Eastern Oil et, si la convention d'approvisionnement réciproque d'Ultramar n'est pas acceptée par l'acquéreur, 30 % de plus du volume total des ventes d'essence de la raffinerie.

L'on a suggéré que la raffinerie pourrait compenser cette diminution du volume des ventes en augmentant ses ventes de distillats intermédiaires ou en exportant de l'essence aux États-Unis. Selon la réponse de M. Pink, lors de la présentation des arguments, ces solutions, bien que possibles, demeureraient hypothétiques. En outre, il souligne que la perte des ventes d'essence représente une perte en amont du marché qui ne peut être remplacée de manière rentable par la vente de distillats intermédiaires. Dans la preuve qu'il a présentée, le docteur Watkins a insisté sur le fait qu'il serait téméraire, étant donné la situation financière précaire de cette raffinerie, de l'exposer à un risque démesuré et inutile.

F) Préoccupations du Tribunal exprimées le 10 novembre 1989 et dispositions du PROC

Le Tribunal, après avoir considéré l'ensemble de la preuve à l'égard de la région de l'Atlantique, a exprimé des réserves, le 10 novembre 1989, concernant le PROC, comme il existait à l'époque.

Le PROC déposé auprès du Tribunal, à la suite des observations provisoires du 10 novembre 1989, se distingue du PROC précédent sous trois aspects : 1) une disposition a été ajoutée concernant la situation de Terre-Neuve; 2) les dispositions relatives à l'approbation d'un acquéreur éventuel ont été révisées; 3) les règles qui avaient été appliquées au marché de détail du reste du Canada ont été appliquées au marché de détail de la région de l'Atlantique (sous réserve des dispositions ci-dessus). La disposition supplémentaire en ce qui concerne Terre-Neuve permet à l'acquéreur des éléments d'actif de Terre-Neuve (qui comptent dorénavant 11 stations-service au lieu de six à la suite de la modification de la liste des stations-service devant faire l'objet d'un dessaisissement et du rajout de trois autres stations-service) de choisir entre : i) l'achat du terminal de Long Ponds (Terre-Neuve) ou ii) l'accès à long terme aux terminaux d'Impériale à St-Jean dans des conditions commerciales acceptables. Cette disposition a été ajoutée à la suite

des critiques selon lesquelles le fait de permettre à Impériale de conserver tous les éléments d'actif de Great Eastern Oil Company et de s'attendre à ce qu'un tiers achète le terminal de Long Ponds pour approvisionner six stations-service, constituait une menace grave à la viabilité du successeur éventuel de Texaco, à titre de concurrent dynamique à Terre-Neuve.

Bien que la nouvelle disposition concernant Terre-Neuve soit une nette amélioration, plusieurs questions demeurent sans réponse. L'une de ces questions est de savoir si Terre-Neuve aurait dû être traitée, dès le début, comme un marché distinct.

Le docteur Stanbury a répondu comme suit à cette question :

[TRADUCTION]

Lors de La rédaction de mon affidavit, le Bureau m'a demandé s'il y avait, à mon avis, dans cette région prise dans son ensemble, une diminution sensible et, le cas échéant, si les conditions du présent projet d'ordonnance par consentement pouvaient y remédier.

En étudiant cette question, La première chose que je devais établir, c'était l'unité d'analyse, surtout l'Atlantique, les quatre provinces prises ensemble, constituaient un marché distinct dans le contexte canadien.

Dans les premiers paragraphes de l'affidavit, j'ai expliqué les raisons qui m'ont permis de conclure que ce marché était distinct, notamment parce qu'il se pratique relativement peu de commerce de produits pétroliers ou de pétrole brut entre La région de l'Atlantique et le reste du Canada.

Pour ce motif, j'ai présumé qu'il était approprié de le considérer comme un territoire régional distinct.

⁴¹ Transcription à la p. 458.

Sans une étude plus détaillée de la circulation de produits raffinés entre les différentes provinces de l'Atlantique, nous ne pouvons nous fier aveuglement à cette analyse. Dans ses observations déposées auprès du Tribunal, le procureur général de Terre-Neuve et du Labrador allègue que tous les éléments d'actif de Texaco à Terre-Neuve devraient être vendus en bloc, séparément des éléments d'actif situés dans les autres provinces de l'Atlantique⁴². Il est malheureux que le procureur général n'ait pas choisi de participer plus activement aux procédures auparavant. Sa participation aurait permis d'étudier de manière plus approfondie les questions de la définition du marché et les répercussions du POC sur le plan de la concurrence. Cependant, le directeur semble être d'avis que la société Texaco était peu présente à Terre-Neuve avant le fusionnement. Nous pouvons donc présumer son argument comme suit: si Terre-Neuve devait être considérée comme un marché distinct, il n'y aurait aucune raison d'assurer la viabilité continue des éléments d'actif de Terre-Neuve à titre d'entité distincte d'Impériale.

Le POC indique également un changement dans l'attitude du directeur à l'égard d'un acquéreur approprié pour les éléments d'actif de la région de l'Atlantique. Comme il a été mentionné ci-dessus, le POC initial prévoyait ce qui suit :

⁴² Pour plus de renseignements sur La position adoptée par cet intervenant, voir *infra* à la p. 124.

14. Le dessaisissement de La raffinerie d'Eastern Passage doit, dans La mesure du possible, être fait en faveur d'un acquéreur qui, de l'avis du directeur, est familièrement stable, est susceptible d'assurer le maintien des opérations de cette raffinerie en tant qu'entreprise viable et d'approvisionner le marché intérieur aval des produits pétroliers. (Le soulignement signifie un ajout au POC initial à la suite des observations des intervenants pendant les audiences du 16 octobre au 10 novembre 1989.)

Dans le PROC, le paragraphe 14 a été modifié et se lit comme

suit :

14. Le dessaisissement des éléments d'actif dans La région de l'Atlantique doit, dans La mesure où cela est raisonnable et possible, se faire au profit d'un acquéreur unique, lequel a, selon le directeur, l'intention et La capacité de livrer une concurrence efficace et vigoureuse dans La région de l'Atlantique. En exerçant son droit d'approbation en vertu de la présente ordonnance et conformément aux dispositions de la Loi, le directeur tiendra compte, outre les critères applicables aux acquisitions prévus par La Loi, i) de La situation financière de l'acquéreur propose des éléments d'actif et de leur maintien en exploitation; ii) des plans commerciaux de l'acquéreur propose en ce qui concerne le maintien en état et en exploitation des éléments d'actif; iii) l'accès à l'expertise d'ordre technique et commercial dont dispose l'acquéreur propose pour maintenir en exploitation intégrée les éléments d'actif. Le directeur conserve le droit d'exercer le dessaisissement d'autres éléments d'actif de Texaco dans la région de l'Atlantique si l'offre de vente initiale des éléments d'actif ne permet pas d'intéresser l'acquéreur souhaite. [soulignement ajoute]

A La suite de l'application de la règle de 25 %, qui avait été appliquée aux marchés de détail du reste du pays, des stations-service se sont ajoutées à la liste des stations-service devant faire l'objet d'un dessaisissement. Ces stations-service, cependant, n'ont pas été simplement ajoutées à la liste

antérieur; elles sont le résultat des modifications qui découlent de la création d'une liste révisée (c.-à-d. certaines stations-service ont été ajoutées à la liste originale et d'autres ont été supprimées de celle- d). Les clients de M. Pink ont avancé que les modifications reflètent toujours l'intention d'Impériale de conserver les meilleures stations-service et de se dessaisir de celles dont les affaires périssent. De plus, selon eux, le volume d'essence entreposé, dans certains cas, (en particulier à Halifax et à Charlottetown), était encore supérieur à la règle de 25 %. Impériale a répondu à cet égard qu'il était difficile de respecter à la lettre cette règle de 25 % dans un marché comme celui de Charlottetown car chaque station représente 4 % à 5 % du marché. Quant à la station-service de Halifax en litige, Impériale s'est fiée a un volume estimatif pour 1988 rajusté pour tenir compte du fait que la station-service n'avait été ouverte qu'une partie de l'année, au lieu des chiffres de 1989 donnés par M. Pink. Selon l'avocat d'Impériale, les chiffres disponibles pour 1989 étaient erronés puisqu'ils étaient fondés sur une période de deux mois, dont la moitié comprenait une promotion réussie. Les chiffres pour 1989 n'avaient pas été utilisés pour calculer la part du marché de détail pour le reste du pays.

Étant donné le manque inévitable de précision démontrée ailleurs en ce qui concerne le dessaisissement des points de vente au détail et étant donné la possibilité que les chiffres de 1988 aient été utilisés pour les nouvelles stations-

service, il ne s'agit pas ici, de l'avis du Tribunal, d'une situation ou les écarts par rapport à la part de marché désigné justifient l'établissement de données plus justes.

G) Évaluation des conditions du PROC

Le PROC a réglé, en partie, les problèmes soulevés par le Tribunal. La situation de Terre-Neuve a été légèrement améliorée. Quant au dessaisissement des éléments d'actif en général, le directeur se réserve le droit d'exiger le dessaisissement d'autres éléments d'actif si l'ensemble actuel n'est pas attrayant pour un acquéreur qui est susceptible de devenir un concurrent dynamique et efficace dans la région de l'Atlantique. Le directeur s'engage "dans la mesure où cela est raisonnable et possible" à approuver uniquement un acquéreur qui a la capacité nécessaire pour devenir un concurrent dynamique et efficace dans cette région. En outre, la règle de 25 %, applicable au marché de détail dans les zones urbaines dans le reste du pays, a en général été appliquée.

Le directeur et la défenderesse ont rejeté la suggestion faite dans les observations du 10 novembre, selon laquelle la solution la plus appropriée en l'espèce était de ne pas rendre de décision définitive à propos des éléments d'actif de la région de l'Atlantique jusqu'à ce que l'identité, l'expérience et les plans de l'acquéreur propose soient connus.

Comme il a été mentionné précédemment, les membres du Tribunal ont des points de vue divergents sur la question de savoir si les conditions du PROC, qui visent la région de l'Atlantique, doivent être approuvées. Le partage des éléments d'actif de l'Atlantique, entre Impériale et un tiers acquéreur pour le moment inconnu, donne lieu à des questions qui n'auraient été soulevées si le dessaisissement avait été ordonné pour tous les éléments d'actif de la région. Ceci est vrai à plus forte raison dans un contexte où l'on prive ces éléments d'actif de l'infrastructure qui leur était assurée antérieurement par une grande société Pétrolière nationale intégrée, ce qui, en soi, constitue un appauvrissement éventuel. Il est malheureux que le directeur n'ait pas jugé bon dans son analyse soumise au Tribunal d'approfondir certaines questions. L'avis général donné par le professeur Stanbury ne fait que reprendre les conclusions auxquelles le Tribunal doit arriver. Il n'est certes pas possible de conclure, comme le directeur le prétend, que [TRADUCTION] "dans l'est du Canada, le POC rétablit effectivement la structure du marché qui existait avant le fusionnement [...]"⁴³.

A la lumière de la preuve soumise, deux membres du Tribunal ne sont pas convaincus que les dispositions du PROC élimineront vraisemblablement la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement. Le troisième membre approuverait le PROC.

⁴³ Par. 89 de l'avis de demande.

Les deux membres ne sont toutefois par d'accord sur les suites à donner à ces conclusions. L'un est d'avis que l'ordonnance devrait imposer à Impériale de mettre en vente tous les éléments d'actif dans la région de l'Atlantique, et que le Tribunal ne devrait pas avoir le pouvoir d'examiner les plans et les compétences d'un acquéreur éventuel aux fins de décider s'il sera un concurrent dynamique dans cette région. L'autre membre est, quant à lui, dispose à donner au directeur et à Impériale une nouvelle possibilité de faire connaître les renseignements concernant l'identité, l'expérience, les ressources financières et les plans de l'acquéreur proposé.

VII Terminaux

Le POC impose à Impériale de se dessaisir de neuf terminaux du centre et de l'ouest du Canada, situés à Baie-Comeau, Rimouski, Sault- Sainte-Marie, Thunder Bay, Sudbury, Ottawa, Calgary, Prince George et Victoria. La vente des terminaux de Sault-Ste-Marie et de Victoria sera assujettie à la condition qu'Impériale puisse négocier l'accès à une partie de la capacité des terminaux pour une période déterminée. Tous les terminaux doivent être offerts en état d'exploitation et à leur juste valeur marchande.

Il ne fait aucun doute que ces terminaux, sauf les terminaux de Sault-Sainte-Marie et de Victoria, seraient fermés si ce n'était de l'exigence du POC.

Des économies considérables sont prévues à la suite de la fermeture des terminaux et du détournement du volume de leurs produits vers d'autres installations tenues par Impériale.

Le témoignage fourni par le professeur Lerner est pertinent :

[TRADUCTION]

[...] Il serait inapproprié et superflu de penser à imposer des coûts privés considérables aux parties au fusionnement et des coûts sociaux à la collectivité en empêchant la réalisation des gains en efficacité découlant du fusionnement. Des gains en efficacité réels et importants peuvent être réalisés grâce au fusionnement, surtout par l'exploitation conjointe des raffineries de Nanticoke et de Sarnia par Impériale. Il ne faudrait appliquer que des mesures de redressement modestes dont l'effet serait de restreindre la possibilité de former un cartel dans ce secteur d'activité.

(...) Si elle convient de se dessaisir de terminaux maritimes, Impériale offrira potentiellement des installations aux fournisseurs indépendants pour l'importation et la distribution d'essence. Cette dernière mesure de redressement semble satisfaire les besoins d'Impériale parce qu'elle possède suffisamment d'installations d'entreposage pour répondre à ses exigences. Toutefois, le POC garantit qu'Impériale ne conservera pas d'installations en réserve et que l'usage des installations n'est pas assorti d'une clause restrictive de consommation de produits du pétrole. [...] ⁴⁴ [soulignement ajoute]

Selon le Tribunal, l'avantage que retire le directeur par le dessaisissement de terminaux est qu'Impériale les vendra sans clause restrictive imposant une utilisation exclusive à des fins de stockage de produits non pétroliers.

⁴⁴ Affidavit de G. Lerner, en date du 17 juillet 1989, annexe A intitulée "Competition in Canadian Gasoline Refining and Marketing : An Economic Analysis of the Director's Draft Consent Order", aux par. 56-57.

VIII Garantie d'approvisionnement : Ontario-Quebec

A) Nature de La diminution sensible présumée de La concurrence

Une des principales difficultés pour évaluer le bien-fondé des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement est de déterminer la nature et la portée de la diminution sensible de la concurrence qui peut vraisemblablement se produire et qu'elles doivent éliminer. Ce problème se pose évidemment pour une demande d'ordonnance par consentement, parce que, comme il est dit plus haut, ces demandes sont fondées sur une hypothèse selon laquelle une diminution sensible de la concurrence découlera vraisemblablement du fusionnement. Les parties renoncent à l'obligation qui autrement existerait de fournir une preuve à cet égard, et le Tribunal entreprend l'étude du projet d'ordonnance par consentement d'après l'hypothèse adoptée par les parties.

En même temps, pour évaluer l'efficacité des différentes conditions d'un projet d'ordonnance par consentement, il est nécessaire d'établir la nature et la portée de la diminution sensible de la concurrence qui se produira vraisemblablement. L'examen de la preuve, des plaidoiries et des arguments révèle certains problèmes à cet égard. Le directeur résume sa position comme suit :

[TRADUCTION]

En résumé, là où l'option d'importation joue librement et la oilles raffineries canadiennes ont une capacité excédentaire, les prix nationaux suivent le prix mondial de l'essence en gros, ce qui garantit une commercialisation indépendante viable. Le fusionnement, qui influe essentiellement sur La structure du secteur de l'industrie du raffinage, pose des problèmes parce que la capacité excédentaire de raffinage et l'option d'importation peuvent disparaître. Les prévisions relatives à la demande d'essence indiquent que La capacité excédentaire de raffinage local disparaîtra vraisemblablement dans quelques années. Il est improbable que les raffineries canadiennes investissent dans de nouvelles raffineries pour approvisionner la région. Si la capacité excédentaire disparaît et si l'option d'importation devient sans effet, il est probable que la concurrence diminuera sensiblement ou sera empêchée⁴⁵.

[soulignement ajoute]

Bien que le paragraphe précédent laisse croire que, selon le directeur, la capacité excédentaire et l'option d'importation doivent disparaître avant qu'il ne puisse y avoir une diminution sensible de la concurrence, un paragraphe subséquent de l'avis de demande indique que l'absence d'une des conditions, soit la capacité excédentaire ou l'option d'importation, détruirait la viabilité des indépendants :

[TRADUCTION]

Le principal souci d'un fournisseur indépendant qui envisage d'accéder au marché ou d'étendre ses opérations par l'acquisition de nouvelles stations-service ou par des améliorations est la garantie d'approvisionnement à des prix concurrentiels. Comme nous l'avons dit plus haut, la capacité excédentaire et l'option d'importation ne peuvent être garanties indéfiniment. Sans ces deux garanties d'approvisionnement les revendeurs indépendants doivent faire face à une entrave importante à l'accès: ils doivent faire face à l'exigence du double niveau d'accès⁴⁶.

[soulignement ajoute]

⁴⁵ Par. 30 de l'avis de demande.

⁴⁶ *Ibid* au par. 72.

Cette même approche est reprise par l'avocat du directeur lors des arguments finals.

Certains affirment, toutefois, que la capacité excédentaire nuit à la concurrence au lieu de la promouvoir. Le professeur Lermer explique ce point de vue :

[Traduction]

L'incidence de La capacité excédentaire des raffineries sur La possibilité de La formation d'un cartel est plus problématique que celle de l'importation. [...] Plusieurs théoriciens soutiennent que La capacité excédentaire projetée et non projetée facilite la formation d'un cartel à deux égards. En premier lieu, la capacité excédentaire crée une entrave à l'accès et en second lieu, la capacité excédentaire rend plus crédible La menace de représailles directes et décourage la fraude⁴⁷.

Il est clair que si la diminution sensible de la concurrence qu'allègue le directeur n'est fondée que sur la possibilité lointaine que des mesures éventuelles prises par un gouvernement étranger ou de tout autre événement actuellement inconnu de nature à interrompre les importations, alors il serait difficile de justifier les obligations imposées à Impériale par le biais d'un projet d'ordonnance par consentement. Le caractère vraisemblable d'une diminution sensible de La concurrence à cause du fusionnement serait difficile à prouver ou même à présumer. Les inquiétudes du directeur à propos de la diminution

⁴⁷ Affidavit de G. Lermer, en date du 17 juillet 1989, annexe A intitulée "Competition in Canadian Gasoline Refining and Marketing : An Economic Analysis of the Director's Draft Consent Order", au par. 16.

sensible de la concurrence qui découlera du fusionnement devraient être beaucoup plus fondées que cela.

Selon le Tribunal, les inquiétudes du directeur sont cependant fondées sur des motifs plus valables, comme en témoigne, à cet égard, le professeur Waverman qui déclare notamment que :

[TRADUCTION]

Le fusionnement diminue le nombre de participants du secteur du raffinage du pétrole dans le centre du Canada et pourrait, par conséquent, augmenter le risque de collusion. Le directeur s'inquiète notamment du niveau élevé d'intégration verticale et de la concentration accrue au stade du raffinage, ce qui pourrait augmenter la transparence des stratégies des raffineries faisant l'objet d'une intégration et, par conséquent, l'éventuelle interdépendance des opérations⁴⁸.

Par conséquent, le directeur prétend que l'augmentation de la concentration au stade du raffinage, étant donné l'intégration verticale du secteur d'activité et l'augmentation de la concentration dans la vente au détail, augmente la stabilité de l'oligopole des raffineries. Cette stabilité permet de protéger les sociétés pétrolières intégrées contre la pression exercée par la concurrence du nombre important d'indépendants de la région d'Ontario-Quebec.

⁴⁸ Affidavit de D. Dorenfeld, en date du 24 juillet 1989, annexe A, présentée par L. Waverman (24 juillet 1989), au par. 26.

Avant le fusionnement, six raffineurs exploitaient des raffineries dans la région d'Ontario-Quebec; après celui-ci, il n'en restera plus que cinq. Grâce à l'achat de la raffinerie Nanticoke, appartenant à Texaco, en plus de sa raffinerie à Sarnia, Impériale détiendra 28 % de la capacité de raffinage de pétrole brut de la région, un bond de la troisième à la première position (position qu'il partagera avec Petro-Canada qui détient également 28 % de la capacité de raffinage de pétrole brut). En outre, Impériale détiendra, après le fusionnement, un minimum d'un tiers de la capacité maximale d'essence, soit la plus importante part de la région. Les entraves à l'accès dans le secteur du raffinage sont évidemment les mêmes que celles qui ont été indiquées pour la région de l'Atlantique.

Après le fusionnement, la part du marché de la vente d'essence au détail d'Impériale dans la région d'Ontario-Quebec dépasserait 30 % dans 17 villes et 25 % dans 18 autres villes, y compris Toronto et Montréal sans les dessaisissements envisagés par le POC. En outre, Texaco était, dans cette région, un concurrent tout aussi dynamique dans le secteur de la vente au détail d'essence de marque que dans la région de l'Atlantique.

B) Rôle des indépendants

De l'avis du directeur, les indépendants ont un rôle important à jouer au sein du marché de la région d'Ontario-Quebec parce qu'ils :

[TRADUCTION]

76. [...] éliminent l'option de concentration des raffineurs et des vendeurs [les principales entreprises intégrées] pour trouver un équilibre stable qui permet de maximiser le profit commun. Il s'ensuit que la garantie d'approvisionnement en essence à des prix concurrentiels est essentielle pour établir une politique en matière de concurrence qui englobe ce secteur d'activité intégré verticalement.

77. Le CPRC a soulevé les mêmes points:

"[...] Si le pouvoir du marché et l'intégration verticale doivent demeurer en place pour faciliter les économies éventuelles, il faut prendre des mesures pour garantir que le pouvoir n'est pas utilisé à mauvais escient. (CPRC à la p. 448).⁴⁹

[soulignement ajoute]

Grace à sa raffinerie Nanticoke d'Ontario et à une convention d'approvisionnement réciproque conclue avec Petro-Canada à Montréal, Texaco était un fournisseur important pour les indépendants de l'Ontario et du Québec. Traditionnellement, le volume des affaires de Texaco avec les indépendants était de beaucoup supérieur à celui d'Impériale.

Le professeur Lermer, qui a aidé le directeur à rédiger sa demande, explique ainsi la situation :

[TRADUCTION]

17. La présence de fournisseurs indépendants est importante pour la concurrence entre les raffineries pour plusieurs raisons. En premier lieu, il existe peu de preuves pour appuyer l'hypothèse selon laquelle l'intégration verticale depuis le stade du raffinage à celui de la commercialisation procure des gains considérables en efficacité. Par conséquent, les indépendants approvisionnés à des prix concurrentiels peuvent limiter les marges de profit des raffineurs-fournisseurs (incluant les marges de profit du

⁴⁹ Par. 76-77 de l'avis de demande.

marché de gros et du marché de détail). En deuxième lieu, les fournisseurs indépendants créent un marché pour les raffineries au stade du marché de gros, ce qui aide à déséquilibrer un cartel. En dernier lieu, un réseau étendu et prospère de fournisseurs indépendants ou un groupe d'indépendants-acquéreurs peuvent investir dans des installations en vue d'importer de l'essence ou de s'intégrer à rebours au Stade du raffinage.

[...]

53. [...] L'ordonnance d'approvisionnement est clairement une mesure provisoire qui garantit La protection des fournisseurs indépendants pendant que les conséquences directes du fusionnement se font sentir et avant qu'il ne soit possible d'agrandir les installations des terminaux. Elle garantit également La survie des fournisseurs indépendants pendant les périodes temporaires d'interruption de l'importation. En dernier lieu, elle sape toute tentative éventuelle, d'un secteur de raffinage intégré, visant à réduire l'approvisionnement en essence des fournisseurs indépendants, au pays.

[...]

55. Le POC reconnaît que le changement structurel cause par le fusionnement diminuerait vraisemblablement la concurrence de façon sensible si l'option d'importation était éliminée.. La politique protectionniste, La disparition future de La capacité excédentaire des raffineries et l'incapacité éventuelle de l'infrastructure d'importer des volumes importants d'essence sont autant d'éléments qui menacent les sources d'approvisionnement des fournisseurs indépendants en essence à des prix concurrentiels. Les mesures de redressement du POC visent à régler ces problèmes⁵⁰.

[soulignement ajoute]

C) Contexte industriel - Généralités

Le directeur et Impériale ont produit la preuve en ce qui concerne le contexte industriel dans lequel les dispositions établissant la garantie

⁵⁰ Affidavit de G. Lerner, en date du 17 juillet 1989, annexe A intitulée "Competition in Canadian Gasoline Refining and Marketing : An Economic Analysis of the Director's Draft Consent Order", aux par. 15, 53 et 55.

d'approvisionnement s'appliqueraient. Cette preuve avait quelque chose de curieux étant donné les hypothèses de la demande. En effet, alors que l'ordonnance que tentait d'obtenir le directeur et Impériale reposait sur la vraisemblance d'une diminution sensible de la concurrence, la preuve produite visait à réfuter cette hypothèse. La preuve tentait de démontrer que le fusionnement ne constituait aucun risque pour la concurrence, parce qu'une capacité excédentaire existerait pendant plusieurs années encore et que l'option d'importation aurait pour effet de maintenir les prix à des limites raisonnables au pays. Le Tribunal comprend que cette preuve a été avancée afin d'étayer la conclusion selon laquelle il n'est pas nécessaire d'imposer à Impériale des obligations strictes, autres que les dispositions établissant la garantie d'approvisionnement prévues au POC. Autrement dit, la preuve visait à démontrer que le dessaisissement de la raffinerie de Nanticoke n'était pas nécessaire.

D) Contexte industriel - Capacité excédentaire

Quant à la capacité excédentaire, le directeur a fait appel au témoignage de M. Brown pour démontrer que la capacité excédentaire des raffineries de l'Ontario et du Québec disparaîtrait vers le milieu des années 1990. Cette date estimative était calculée d'après les prévisions de l'Office national de l'énergie (publiées en septembre 1988), dont les données avaient été analysées par M. Brown à l'aide de sa méthode de programmation linéaire élaborée à cette fin.

Pioneer Petroleum conteste la justesse de l'estimation de M. Brown sur le motif que les prévisions de l'Office national de l'énergie, pour 1988 et la première moitié de 1989, sont trop faibles. Il a été mentionné que les dernières informations permettent de prévoir que la capacité excédentaire des raffineries serait épuisée en 1992-1993 au plus tard.

Il faut reconnaître qu'une estimation de cette nature ne peut être qu'inexacte. De l'avis de M. Brown, son estimation était prudente, parce qu'elle ne tenait pas compte de l'expansion prévue et des améliorations de la raffinerie, dont il connaissait l'existence. À la question de savoir si, advenant l'exécution de ces projets d'expansion, il y aurait une augmentation de la capacité en 1995, il a répondu :

[TRADUCTION]

C'est habituellement ce qui arrive. Tout le monde se précipite pour construire ou pour éliminer les goulots d'étranglement et, tout d'un coup, les excédents sont plus importants que jamais. C'est l'instinct grégaire⁵¹

En ce qui a trait à l'ensemble du marché mondial, M. Brown a souligné que le "Oil and Gas Journal", du 5 juin 1989, prévoyait que l'approvisionnement deviendrait difficile au cours de l'été, et il a souligné qu'une insuffisance

⁵¹ Transcription à la p. 834.

[TRADUCTION]

ne s'était pas effectivement produite. Les stocks sont demeurés de suffisants à élevés en Europe et aux États-Unis pendant l'été.

Les stocks actuels en Europe sont d'environ huit millions de barils supérieurs à ce qu'ils étaient il y a un an⁵².

M. Hervieu, dont les analyses du secteur d'activité ont été produites comme preuve par Pioneer Petroleum, a toutefois conclu [TRADUCTION] qu' "il y aurait une quantité insuffisante d'essence sans plomb en Amérique du Nord pendant trois ou cinq ans à venir. La demande augmente, l'approvisionnement au pays est limité et les importations sont restreintes par la forte demande dans d'autres pays (surtout d'Europe)"⁵³ Un deuxième article reprenait les mêmes propos⁵⁴. Le Tribunal reconnaît qu'il y a une différence entre la capacité excédentaire des raffineries canadiennes et la difficulté mondiale d'approvisionnement, mais l'incidence sur le marché est semblable.

Quoi qu'il en soit, pour les fins du Tribunal, il n'est pas important de choisir entre les estimations en ce qui a trait à la disparition éventuelle de la capacité excédentaire. Il suffit de mentionner que le directeur craint que la capacité excédentaire puisse disparaître d'ici quelques années. Le souci premier

⁵² Transcription à La p. 682.

⁵³ Énoncé de La preuve de Pioneer Petroleum, en date du 25 septembre 1989, à l'annexe B intitulée "Refined Petroleum Products: Interim Monitor" (août 1989), par P. Hervieu, à La p. 1.

⁵⁴ *Ibid*, annexe C: "A Special Report on Refining & Marketing" (septembre 1989), par P. Hervieu.

du Tribunal n'est pas de savoir si ce phénomène se produira dans deux ans ou dans cinq ans, étant donné que les dispositions établissant la garantie d'approvisionnement que demande Impériale seront d'une durée de sept à dix ans.

E) Contexte industriel - Option d'importation

Quant à la preuve relative à l'option d'importation, il faut d'abord mentionner que l'importation d'essence dans la région d'Ontario-Quebec est plus importante que dans la région de l'Atlantique. En 1988, un peu plus de 12 % de l'approvisionnement net du Québec en essence à moteur provenait de l'importation, de même que presque 4% de l'approvisionnement de l'Ontario. Une grande part de l'essence importée est toutefois utilisée par les raffineurs pour optimiser les lots de raffinage. Bien qu'il n'existe aucune barrière tarifaire, la capacité d'importation est limitée par les problèmes de qualité que causent les différents indices d'octane d'essence, les fluctuations du taux de change, les conditions difficiles de paiement et le risque d'interruption de l'approvisionnement. En outre, le transport par navire en Ontario ne peut se faire que par petites cargaisons pendant la saison de navigation qui est très courte, alors qu'au Québec le transport par camion est en général exorbitant. La région du sud de l'Ontario est la seule qui importe entièrement par camion, et cette activité s'explique par la disponibilité de l'approvisionnement aux

terminaux de deux points de vente clés, soit Buffalo et Detroit.

La preuve soumise par Impériale, en ce qui concerne le contrôle des prix imposé aux raffineries du centre du Canada par l'ensemble du marché mondial, était fondée sur la déclaration du professeur Waverman selon laquelle le marché du centre du Canada est une extension du marché du raffinage et de la vente d'essence en gros de l'est des États-Unis, du Midwest et de la côte du golfe du Mexique. Un grand nombre de raffineries étrangères sont établies à proximité du centre du Canada ou sont raccordées à des pipelines, avec des terminaux situés près de la frontière. Plusieurs pipelines desservent le marché frontalier : les pipelines Atlantic et Mobil relient les raffineries de la région de Philadelphie à Buffalo; le pipeline Buckeye, qui se raccorde au pipeline Atlantic, transporte les produits du pétrole provenant des terminaux maritimes et des raffineries situées dans la région de New-York/New-Jersey; le pipeline Buckeye se raccorde également à un pipeline qui transporte des produits provenant de la côte du golfe du Mexique; deux autres systèmes de transport de la côte du golfe du Mexique et plus d'une douzaine de pipelines de la région du Michigan et de l'Ohio relient les raffineries canadiennes au grand réseau américain d'approvisionnement limitrophe du Canada. Impériale a également démontré, toujours grâce au témoignage du professeur Waverman, que l'essence passe librement la frontière, c'est-à-dire, qu'il n'existe aucune

restriction gouvernementale; les coûts de transport, d'utilisation des terminaux et les frais connexes entre les raffineries ou les terminaux américains et les installations canadiennes sont bas (1,8 à 2,2 cents par litre); les prix de gros de l'essence dans les deux principaux marchés du centre du Canada (Toronto et Montréal) sont en relation étroite avec les prix de gros de l'essence importée correspondants (de Buffalo et de la côte du golfe du Mexique). On a affirmé que cette relation [TRADUCTION] "démontre qu'il existe clairement un lien entre les marchés de Toronto et de Montréal et les marchés mondiaux de l'essence ordinaire avec plomb et sans plomb"⁵⁵

Pioneer Petroleums a contesté la validité de plusieurs de ces affirmations. Il est clair que les affirmations du professeur Waverman étaient faites à titre d'observateur du secteur d'activité, alors que celles de Pioneer Petroleums étaient faites à titre de participant. La preuve présentée par Pioneer démontrait que l'acheminement possible des produits importés ne s'effectuait pas aussi facilement que semblait l'indiquer le professeur Waverman, pour les raisons suivantes : les coûts découlant des exigences tarifaires des États-Unis et du Canada qui ne s'appliquaient pas dans le cas d'approvisionnement au pays, la difficulté d'obtenir des engagements d'approvisionnement à long terme de la part des fournisseurs américains et les conditions de paiement exigées par ces fournisseurs qui étaient souvent

⁵⁵ Affidavit de D. Dorenfeld, en date du 24 juillet 1989, annexe A, par L. Waverman (24 juillet 1989), au par. 23.

plus astreignantes que dans le cas de l'approvisionnement au pays⁵⁶ . Pioneer a formulé les commentaires suivants à l'égard des six grossistes qui sont, comme l'a indiqué le professeur Waverman, des fournisseurs éventuels situés près de la frontière canadienne : un d'eux n'était pas considéré comme un fournisseur fiable à cause de fréquentes insuffisances; un autre n'était pas considéré comme un fournisseur fiable parce que ses installations de chargement étaient Limitées et que ses produits étaient d'origine inconnue; un troisième (Mobil Oil Company) ne vendait pas à des clients sans marque de commerce; un quatrième réduisait sa capacité d'entreposage et s'était trouvé par le passé dans l'impossibilité d'approvisionner Pioneer. Le cinquième fournisseur de la liste et le principal fournisseur de Pioneer, Sun Refining and Marketing Company, l'avait informé qu'il n'approvisionnerait plus les grossistes. Cet avis coïncidait avec le fusionnement de Sun et d'Atlantic Refining and Marketing Corporation. Ce dernier fournisseur, le sixième de la liste présentée par le professeur Waverman, se retire également du marché de gros. La société constituée par le fusionnement a indiqué qu'elle aura besoin de tous les produits pétroliers disponibles pour approvisionner son propre réseau.

Au même moment, une nouvelle entreprise d'importation de l'étranger vers le sud de l'Ontario, pour la vente à des indépendants, était créée pendant

⁵⁶ Le directeur a reconnu, dans son document intitulé "Industry Overview", La pertinence d'un grand nombre de ces réflexions.

la période des audiences (Montank). À présent, la seule conclusion que l'on peut en tirer est qu'un entrepreneur croit qu'il est économiquement possible de tenter d'établir une source d'approvisionnement de ce type.

Outre les limites réelles de l'option d'importation soulignées dans la preuve par Pioneer, l'analyse théorique de la relation entre les prix des marchés de Toronto et Montréal et des marchés de Buffalo et de la côte du golfe n'a pas résisté à l'examen.

Comme il n'existe pas de barrières gouvernementales pour l'importation de produits pétroliers raffinés et comme les produits pétroliers sont des biens, il serait étonnant que les importations ne limitent pas les prix au pays. Témoignent de cette situation, les modalités de contrats qui lient de fait le prix à être versé en vertu du contrat aux prix du pétrole brut ou aux prix au comptant du marché étranger. De nombreux contrats, présentés en preuve, indiquent que les prix des volumes importants de vente correspondent aux prix du pétrole brut ou aux prix au comptant des produits étrangers.

Quant à l'analyse du lien entre les prix, les comparaisons ont été établies entre les prix de la côte américaine du golfe plus le transport jusqu'à Montréal et les prix affichés des raffineries de Montréal, et entre le prix

d'achat rendu à Toronto de produits provenant de Buffalo et les prix demandés par les raffineries de Toronto. La méthode économétrique utilisée par le docteur Dorenfeld, qui est un employé d'Impériale, et ensuite par le professeur McFetridge, après qu'il eût étudié d'autres possibilités, a amené les professeurs McFetridge et Waverman à conclure que, après le cycle, il n'existe aucune différence entre les prix de Montréal et ceux de Toronto, comparés à leurs équivalents étrangers respectifs. Le professeur McFetridge était moins confiant à l'égard de la conclusion tirée de la comparaison entre Montréal et la côte du golfe que de la conclusion de la comparaison entre Toronto et Buffalo⁵⁷.

La preuve est insuffisante pour permettre aux témoins de tirer leurs conclusions, selon lesquelles les prix au pays et les prix à l'étranger sont les mêmes après le cycle. Un examen approfondi de l'échelle respective de prix montre que la méthode utilisée et le raisonnement qui la sous-tend n'aident pas à comprendre la portée de l'intégration des marchés nationaux et étrangers.

⁵⁷ Des comparaisons ont également été faites entre les prix américains affichés et les prix confidentiels des opérations commerciales de Montréal et de Toronto. Il y a peu de raisons de se fier à ces comparaisons puisque les escomptes des prix affichés aux États-Unis, ainsi qu'au Canada, sont accessibles.

F) Gains en efficience

D'après l'analyse du directeur, des gains en efficience découleront du fusionnement car : i) la même quantité de produits raffinés sera distribuée par un plus petit nombre de terminaux, ce qui aura pour effet de réduire les frais d'inventaire et autres; ii) les frais de publicité et l'infrastructure du personnel de vente seront inférieurs aux totaux précédant le fusionnement; iii) le niveau du stock combiné que devra maintenir l'entreprise Impériale-Exaco sera inférieur à la somme des niveaux que chaque entreprise devait maintenir respectivement; iv) les frais généraux combinés de l'entreprise seront inférieurs; v) une utilisation plus efficace des raffineries de Sarnia et de Nanticoke sera rendue possible grâce à l'amélioration du produit, ce qui aura pour effet d'augmenter le rendement et de réduire les investissements qu'autrement il aurait été nécessaire de faire à Sarnia.

Les gains en efficience qu'Impériale prévoit faire dans de nombreux secteurs ont été acceptés par le directeur. Ce dernier affirme, toutefois, que les gains ne sont pas suffisants pour venir à bout de la diminution sensible de la concurrence présumée qui découle de l'acquisition. Cette affirmation n'a pas été vérifiée, mais il faut mentionner que la somme totale de gains en efficience prévus est considérable.

Il y a de bonnes raisons de croire que les différents montants peuvent être remis sérieusement en cause; dans la plupart des secteurs, ils dépendent de la situation, après le fusionnement, des parts combinées du marché d'Impériale et de Texaco précédant le fusionnement. La meilleure façon d'expliquer cette situation est de se référer à l'exemple des économies qui, selon les prévisions, doivent provenir de la construction d'un seul point de vente d'essence dans une nouvelle région, au lieu de deux. Les dépenses engagées par Impériale dans les nouvelles stations-service peuvent très bien être inférieures à ce qu'auraient été, indépendamment de l'acquisition, les dépenses de Texaco et d'Impériale à cette fin. Il n'y a pas pour autant de gains en efficacité, c'est-à-dire qu'Impériale jouira de coûts unitaires de distribution inférieurs aux coûts précédant le fusionnement. Les coûts unitaires dépendront du nombre de clients recrutés qui auraient été, avant le fusionnement, des clients de Texaco. Il est également approprié de faire le même commentaire, en ce qui concerne tous les gains en efficacité prévus, sauf ceux qui découlent des mesures coordonnées des raffineries. La réduction des dépenses peut signifier des gains en efficacité selon le niveau des ventes, ce qui s'applique surtout aux dépenses qui, de par leur nature, influent sur la demande du produit de la société, comme le nombre de points de vente au détail et les frais de publicité.

Impériale prévoit pouvoir faire des économies dans le secteur des activités du siège social, le personnel de vente au détail et de vente

commercial et du personnel de soutien. Elle envisage également de faire des économies considérables en regroupant les activités dans une même installation dotée de deux terminaux. L'exposé des répercussions de L'ordonnance par consentement mentionne, avec raison, que les économies et les sommes épargnées sont liées à l'acquisition et au maintien de l'exploitation des terminaux.

L'une des plus grandes sources d'économie que l'on prétend avoir provient de la combinaison des opérations des raffineries de Sarnia et de Nanticoke. Bien que la nature précise de ces activités coordonnées ne soit pas connue, selon le professeur Waverman, il est possible de faire des économies parce que Sarnia a une capacité excédentaire de raffinage de pétrole brut alors que Nanticoke est légèrement déficitaire à cet égard, et parce que Nanticoke a une capacité excédentaire de traitement de flots partiellement raffinés. Quoi qu'il en soit, l'exploitation conjointe des raffineries a pour résultat d'augmenter la production constituée presque dans sa totalité d'essence (plus de 85 %) et de carburant diesel. La totalité des recettes nettes provenant de cette production supplémentaire est calculée comme un gain en efficience, ce qui n'est justifié que si la seule solution, autre que celle de l'exploitation conjointe, était le statu quo, c'est-à-dire l'exploitation des raffineries séparément. La comparaison est incomplète parce qu'elle ne tient pas compte des frais et de la production supplémentaire qui auraient découlés de l'élimination des goulots

d'étranglement de chaque raffinerie. Une comparaison entre les gains en efficacité prévus et le coût de rajout de nouvelle capacité de la raffinerie suggère que si l'analyse avait été complète la valeur des mesures coordonnées prévues aurait été très inférieure.

L'observation précédente soulève une question au sujet de l'incidence éventuelle du fusionnement sur la concurrence. Bien que l'on ait traité longuement des avantages de l'augmentation de la production entraînée par les opérations combinées, l'on semble avoir perdu de vue l'augmentation de la capacité qui aurait été réalisée si les problèmes de capacité des raffineries avaient été résolus indépendamment et l'incidence de cette augmentation sur la concurrence.

G) Dispositions établissant La garantie d'approvisionnement - Mesures appropriées de redressement

Dans le présent contexte, il est nécessaire d'évaluer les dispositions établissant la garantie d'approvisionnement. Comme il a été mentionné, le but des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement est de garantir le maintien de la viabilité des indépendants dans le secteur de la vente d'essence au détail en Ontario et au Québec. Malgré la faiblesse de certaines preuves produites en ce qui concerne l'option d'importation et les gains en efficacité, le Tribunal accepte la conclusion selon laquelle une disposition établissant une

garantie d'approvisionnement sera appropriée pour résoudre les problèmes causés par le fusionnement qui ont été déterminés.

**H) Conditions de La garantie d'approvisionnement - POC -
Évaluation**

Le Tribunal s'est concentré, dans la présente cause, sur l'efficacité et le caractère exécutoire des dispositions particulières proposées pour établir la garantie d'approvisionnement. Autrement dit : les dispositions permettront-elles d'obtenir les résultats qu'elles doivent, de l'avis du directeur, permettre d'obtenir? Assureront-elles un approvisionnement concurrentiel, à la part du marché détenue par les détaillants indépendants, qui sera au moins comparable à la situation précédant le fusionnement? Le Tribunal s'est surtout préoccupé de répondre aux deux questions suivantes : 1) Les conditions contenues dans les dispositions sont-elles précises et exécutoires? 2) Les volumes disponibles qui sont imposés auront-ils vraiment l'incidence que le directeur prétend qu'ils auront?

Le POC contenait des dispositions qui imposaient à Impériale d' "offrir" aux indépendants un certain volume d'essence sans marque pendant une période de sept à dix ans. Aucune exigence ne stipulait que l'offre devait être faite à un prix déterminé à l'intérieur d'une fourchette de prix déterminée ou au prix

établi par un processus d'arbitrage donné. L'approvisionnement devait être offert aux indépendants à des conditions commerciales raisonnables et les conditions commerciales de la formule de contrat type d'Impériale étaient réputées être raisonnables à cette fin.

Le volume initial qu'Impériale devait offrir était de 1 511 millions de litres (soit le volume fourni aux indépendants par Texaco et Impériale en 1988 qui provenait des raffineries de Nanticoke et de Sarnia). Le volume à offrir devait augmenter ou diminuer toutes les années, selon la demande du secteur, mais ne devait jamais excéder 26,4 % de la capacité totale de raffinage d'essence des raffineries combinées de Nanticoke et de Sarnia. Ce volume devait également varier avec les années (ce que l'on a décrit comme l'"encliquetage" vers le haut et vers le bas), selon la quantité achetée à Impériale par les indépendants au cours de l'année précédente. Selon la preuve présentée à cet égard par le professeur Lerner, le fusionnement, en plus des dessaisissements dans le secteur du détail à l'ouest de la région de l'Atlantique, donne accès à un milliard de litres d'essence supplémentaire tous les ans, y compris i) les volumes des mesures coordonnées des raffineries de Sarnia et de Nanticoke combinées et ii) la quantité de gallons faisant l'objet d'un dessaisissement qui, auparavant, était réservée aux stations-service liées à une marque. Selon lui, la garantie d'approvisionnement contenue dans le POC [TRADUCTION] "garantit que les volumes offerts aux indépendants seront

aussi importants que les volumes offerts par Texaco et Impériale réunis, avant le fusionnement, ou même supérieurs"⁵⁸

Les arguments des intervenants ont donné lieu à certaines modifications des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement avant même la fin de l'audience. L'on a reconnu qu'il était inapproprié d'inclure la formule de contrat type d'Impériale comme conditions commerciales réputées être raisonnables. Les arguments de Pioneer, à cet égard, étaient qu'une condition qui prévoit [TRADUCTION] qu' "Esso peut annuler en tout temps, à son gré, le crédit d'un client et refuser de livrer la marchandise, en vertu de la présente entente, sauf si le paiement au comptant est fait avant la livraison", ne constituait pas une condition commerciale raisonnable car dans ce secteur d'activité les conditions de paiement étaient habituellement de 30 ou 60 jours. Selon Pioneer, une condition commerciale qui permettrait à Esso d'imposer, sans avis ou explication, une obligation de paiement au comptant, ne serait pas raisonnable. La condition commerciale suivante a été jugée non raisonnable : [TRADUCTION] "[...] si, en tout temps pendant la durée de la présente entente, [...] de l'avis d'Esso, la direction, le propriétaire ou la participation majoritaire de la société cliente a changé, alors Esso peut résilier la présente entente quinze (15) jours après en avoir informé le client par écrit". En outre, la clause d'inexécution que contenait la formule de contrat type stipulait qu'Esso était en droit de considérer qu'il y avait inexécution de l'entente :

⁵⁸ Transcription aux pp. 1367 et 1373.

[TRADUCTION]

[S]i le client omet de payer les produits quand ce paiement arrive à échéance (les délais étant de rigueur) ou si le client omet de prendre livraison d'une partie quelconque des produits ou s'il prend livraison d'une plus grande partie des produits que ne le prévoient les présentés.

Selon les arguments, cette condition ne constitue pas une condition commerciale raisonnable parce que la pratique dans ce secteur d'activité était de permettre l'enlèvement déficitaire ou excédentaire. De plus, cette condition aurait eu pour conséquence de décourager les indépendants d'avoir recours à l'option d'importation car, le cas échéant, ils se trouveraient vraisemblablement en situation d'inexécution de leur contrat d'approvisionnement avec Impériale. La disposition établissant que les conditions de la formule du contrat type d'Impériale étaient des "conditions commerciales raisonnables" a été retirée du POC.

À la lumière des arguments de Pioneer, des conditions ont été ajoutées au POC pour garantir que les volumes d'approvisionnement en essence auxquels les fournisseurs indépendants ont droit comprennent les catégories et qualités d'essence vendue par Impériale aux fournisseurs indépendants, dans des proportions semblables à l'essence vendue par Impériale au secteur d'activité en général dans la région de l'Ontario et du Québec (et provenant directement ou indirectement des raffineries de Sarnia et de Nanticoke). Selon Pioneer, si ce

n'était de cette disposition, Impériale aurait été en mesure de ne vendre aux indépendants que les catégories et qualités d'essence les moins intéressantes pour le commerce.

Le volume à vendre aux indépendants tous les ans doit être réajusté, par rapport au volume de l'année précédente, en fonction de la diminution ou de l'augmentation de la croissance du secteur d'activité en général. Selon Pioneer, le rajustement annuel devrait être proportionnel à la diminution ou à l'augmentation de la croissance de la part de marché détenue par les indépendants, et non en fonction du secteur d'activité en général. Cette mesure pourrait également contribuer à améliorer la garantie d'approvisionnement des indépendants, mais il serait difficile d'affirmer que la garantie d'approvisionnement réajustée proportionnellement à la croissance du secteur d'activité n'est pas acceptable également dans le contexte des garanties que le directeur veut obtenir.

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

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

Il a été proposé que, dans tous les cas où un acquéreur éventuel voulait acheter des produits d'Impériale et où les conditions offertes par Impériale ou demandées par l'acquéreur n'étaient pas "commerciallement raisonnables", le litige serait soumis au Tribunal. Si Impériale refusait de se conformer à une décision en faveur de la partie opposante, une ordonnance pour outrage serait émise. Les ordonnances que l'on demande au Tribunal d'approuver devraient être précises et exécutoires afin qu'il ne soit pas nécessaire de s'adresser au Tribunal pour modifier ou interpréter ces ordonnances avant leur exécution. Le Tribunal n'est pas un organisme de réglementation et il estime que son rôle n'est pas d'exercer un contrôle permanent sur les participants du secteur d'activité en ce qui a trait aux normes générales. Il n'a ni le personnel, ni les compétences nécessaires pour s'acquitter de cette fonction.

Outre les problèmes concernant le caractère exécutoire des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement, le Tribunal a soulevé le problème du volume d'essence que ces dispositions proposaient de couvrir. D'après le Tribunal, trois problèmes se posaient à l'égard du volume approprié d'essence qu'Impériale devait offrir aux indépendants : 1) il s'agissait de savoir si le volume de l'année de référence couvrait les montants qu'Impériale et Texaco vendaient actuellement aux indépendants; 2) la limite, fixée à 26,4% de la capacité combinée de Nanticoke et de Sarnia, n'était pas très différente du montant devant être offert pendant l'année de référence (c'est-à-dire une possibilité de croissance inappropriée); 3) l'"encliquetage" vers le haut et vers le bas, lié à la quantité d'essence achetée par les indépendants au cours de l'année précédente, avait eu pour effet de décourager les indépendants de se prévaloir de l'option d'importation, et, par conséquent, Impériale n'avait pas eu à fixer ses prix en fonction des prix des produits importés.

En ce qui a trait à ce dernier point, dans le cas où les indépendants se prévalaient de l'option d'importation et qu'ils n'achetaient pas d'Impériale un certain volume, Impériale ne serait tenue, l'année suivante, d'offrir aux indépendants qu'un volume inférieur proportionnel. Cette situation met en question l'objectif du directeur d'établir un contexte dans lequel les indépendants pourraient se prévaloir de l'option d'importation (afin de contrôler les prix au pays), tout en ayant une garantie

d'approvisionnement concurrentiel au pays (pour assurer le maintien de la viabilité).

I) **Conditions de La garantie d'approvisionnement - PROC - Évaluation**

En réponse aux problèmes exprimés par le Tribunal le 10 novembre 1989, le directeur a soumis, le 28 novembre 1989, un projet révisé d'ordonnance par consentement (PROC). Dans le PROC, l'obligation d' "offrir" est remplacée par une exigence pour Impériale de vendre effectivement un certain volume d'essence aux indépendants. M. Howard, avocat d'Impériale, a déclaré qu'Impériale avait toujours eu l'intention de vendre son essence et que la formulation antérieure n'avait pas pour but d'être évasive. Bien que cette affirmation puisse être vraie, dans le contexte d'une ordonnance du Tribunal, comme il a été mentionné, les conditions doivent être précises et sans équivoque, de manière à donner ouverture à des procédures pour outrage au Tribunal si une partie ne s'y conforme pas. Une intention de vendre, si aucune obligation n'est imposée, ne pourrait pas être exécutoire à cet égard.

Pioneer Petroleum affirme toujours que la disposition assurant l'approvisionnement est inefficace sans un mécanisme d'établissement des prix. Elle soutient qu'Impériale devrait être soumise à une obligation

d'approvisionnement des indépendants à "des prix concurrentiels", et que le caractère concurrentiel d'un prix pourrait être déterminé de la manière suivante :

[TRADUCTION]

20A. Deux fois par année, un indépendant pourra faire rapport au directeur s'il estime qu'Impériale a manqué à son obligation d'offrir des prix concurrentiels et a, par conséquent, manqué à ses obligations d'approvisionnement en vertu du PROC. Le rapport devra contenir des états vérifiés, pour la période des six mois précédents, indiquant le meilleur prix forfaitaire canadien obtenu par l'indépendant et le prix net définitif offert par Impériale.

20B. Si le rapport démontre que l'écart entre le prix d'Impériale et le plus bas prix forfaitaire canadien était supérieur à vingt points pendant au moins 50 % du temps, le directeur devra soumettre au Tribunal une demande d'ordonnance corrective à l'égard d'Impériale, pour manquement à ses obligations d'approvisionnement à des prix concurrentiels.

20C. Impériale n'aura pas le droit de résilier un contrat conclu avec un indépendant ou de lui imposer une pénalité pour défaut de prendre livraison de produits si ses prix ne sont pas concurrentiels. A la demande d'Impériale, un indépendant devra fournir au directeur les états vérifiés, après chaque période de six mois, pour montrer qu'il a toujours pris livraison des produits quand les prix d'Impériale étaient concurrentiels. Impériale aura le droit de résilier un contrat pour défaut de prendre livraison de produits vendus à des prix concurrentiels si elle informe l'indépendant par avis écrit, dans un délai minimum d'un jour ouvrable, que les prix deviennent concurrentiels⁵⁹

Selon Pioneer, la disposition qu'elle a proposée est précise et exécutoire, et elle n'impose pas un contrôle périodique par le directeur ou de fréquentes comparutions devant le Tribunal, le rapport des prix au directeur de

⁵⁹ Commentaires de Pioneer Petroleums à l'égard du projet révisé d'ordonnance par consentement, en date du 6 décembre 1989, au par. 24.

façon systématique et l'établissement quotidien de prix concurrentiels. En outre, elle lie les prix concurrentiels aux prix forfaitaires canadiens et oblige un acquéreur à prendre livraison des produits offerts à des prix concurrentiels.

La clause relative au prix proposée par Pioneer n'aura pas pour effet de créer un prix minimum autour duquel se stabiliserait les prix du secteur d'activité. En même temps, toutefois, le Tribunal accepte l'argument du directeur selon lequel Impériale ne devrait pas être contrainte de vendre au "prix concurrentiel" défini par Pioneer parce que les prix concurrentiels sont établis en fonction de fourchettes. Il est clair que la stratégie de marché d'Impériale vise à recruter des clients en vue de conclure des contrats à long terme à des prix qui sont assez stables (c'est-à-dire les prix liés au prix du pétrole brut ou autres indices vérifiables). La stratégie de Pioneer n'est pas compatible avec celle d'Impériale, parce qu'elle vise à acheter au comptant à des prix variés⁶⁰. La clause relative au prix proposée par Pioneer veut

⁶⁰ Pioneer achète ses produits au comptant au Canada et aux États-Unis (Buffalo et Detroit) d'après les prix les plus avantageux. En ce qui concerne les achats au pays, du moins, Pioneer possède un certain nombre de contrats d'approvisionnement à long terme qui ne précisent pas le prix, qui est établi en fonction du prix du pétrole brut ou autres indices vérifiables. Comme c'est l'usage dans ce secteur d'activité, ces contrats à prix variables prévoient un volume minimal d'essence que l'acheteur doit acheter pendant une période déterminée (par exemple, un an) et un volume maximal d'essence que l'acheteur doit acheter pendant ladite période. Par conséquent, un acquéreur comme Pioneer a l'avantage d'avoir plusieurs sources d'approvisionnement parce qu'il peut toujours acheter du fournisseur qui demande le moins. Le volume total des achats d'un fournisseur donne, pendant la période en question (par exemple, un an), peut être inférieur au volume minimal prévu dans le contrat "enlèvement déficitaire" et le volume total acheté d'un autre fournisseur peut être supérieur au volume maximal prévu dans le contrat "enlèvement excédentaire". Selon M. Howard, la pratique dans ce secteur d'activité est de ne pas résilier les contrats quand l'acheteur achète pour les enlèvements déficitaires. Il sera toutefois plus difficile de renouveler le contrat si ces situations se répètent et si les volumes sont importants. Pioneer a réussi à négocier des contrats avec certains fournisseurs qui ne l'engagent même pas à acheter des volumes minimaux.

Imposer à Impériale de vendre aux indépendants à un prix proche du prix le plus bas du marché au comptant, au moins 50 % du temps.

Le Tribunal accepte la position du directeur selon laquelle l'obligation de vendre un certain volume est suffisante car Impériale doit vendre à des prix concurrentiels pour répondre aux exigences relatives au volume. La formule d'établissement des prix établie par Pioneer n'est pas nécessaire, puisque l'obligation de vendre maintiendrait indirectement dans les prix dans les limites des prix généralement concurrentiels.

Dans le PROC, l'exigence d'offrir aux indépendants un approvisionnement dans des "conditions commerciales raisonnables" (qui ne comprend plus la formule de contrat type d'Impériale) est remplacée par l'exigence de vendre un certain volume aux indépendants. En outre, si Impériale refuse de vendre, dans une situation précise, elle devra démontrer au directeur que les conditions demandées par l'indépendant visé ne sont pas commercialement raisonnables. La notion du caractère commercialement déraisonnable des conditions est probablement aussi vague que la notion du caractère commercialement raisonnable (élément de l'ordonnance passablement critique par le Tribunal). À cet égard, aucune nouvelle précision n'a été ajoutée à l'ordonnance. Toutefois, le rôle d'arbitre octroyé au directeur dans le processus augmente le caractère exécutoire de l'ordonnance, car une situation précise (la décision du directeur) peut donner lieu à une ordonnance

pour outrage. En outre, la disposition de l'inversion du fardeau de la preuve donne plus de poids à l'obligation imposée à Impériale.

Impériale et le directeur ont réajusté le volume de l'année de référence (sous réserve de ce qui est dit plus bas), qui devient le volume total vendu aux indépendants de l'Ontario et du Québec par Texaco et Impériale en 1988, réajusté en fonction de l'augmentation estimative de la demande dans le secteur d'activité en 1989, soit 1 552 millions de litres. Le volume qui doit être offert en 1990 est estimé à 1 594 millions de litres.

Quant à la limite des 26,4 %, les calculs montrent clairement qu'elle est raisonnable. Certains chiffres sont confidentiels. Il faut commencer par reconnaître que l'on s'attend à une demande assez uniforme en essence pendant plusieurs années à venir (l'Office national de l'énergie prévoit une croissance annuelle de 0,6 % de 1986 à 2005). La croissance réelle, en 1989, était dans les environs de 2,7 %. Si l'on se sert de ces chiffres pour déterminer les écarts de croissance du secteur d'activité, il est clair que les problèmes soulevés par le Tribunal étaient bien fondés et que la limite proposée n'est pas déraisonnable.

Le PROC ne comprend pas l'encliquetage vers le haut et vers le bas du volume d'approvisionnement en fonction du volume acheté par les indépendants au cours de l'année précédente. Le volume à vendre aux indépendants est continuellement assujéti à un rajustement, selon la croissance ou le déclin

du secteur d'activité. L'obligation de vendre effectivement un certain volume aux indépendants, par opposition à simplement offrir de le leur vendre, garantit que le volume imposé sera vraiment vendu aux indépendants.

En même temps, trois nouvelles réserves ont été ajoutées aux conditions de l'ordonnance, dont deux s'appliquent au volume d'approvisionnement des indépendants. La troisième réserve est liée aux circonstances qui donnent droit aux indépendants de conclure un contrat d'approvisionnement avec Impériale. Les membres du Tribunal ne se sont pas mis d'accord sur les conséquences de ces changements ou l'attitude à prendre par le Tribunal à cet égard. Les propos suivants concernant les dispositions ne reflètent l'opinion que de deux membres du Tribunal.

La première réserve, relative au volume, est énoncée comme suit (alinéa 21 4)) :

Étant donné la souplesse que comportent habituellement les ententes contractuelles afin de permettre à la demande au pays d'être satisfaite par l'importation de produits du pétrole, Impériale sera réputée acquittée de son obligation de vendre de l'essence à des fournisseurs indépendants en vertu de la présente ordonnance au cours de toute année d'approvisionnement si le volume d'essence effectivement vendu aux fournisseurs indépendants représente à 10 % près le volume à vendre aux fournisseurs indépendants [...].

Il faut mentionner que, malgré l'explication du préambule de cet alinéa, l'écart de 10 % alloué à Impériale en vertu du paragraphe est absolu, et qu'il ne dépend pas d'un évènement ou de plusieurs évènements. L'obligation pour Impériale de vendre 1 594 millions de litres signifie en réalité qu'elle doit vendre 10 % moins que ce volume.

Pioneer Petroleums a fait les commentaires suivants à propos de ce changement :

[TRADUCTION]

[...] La clause d' "encliquetage vers le bas" du POC a été remplacée par une disposition dans l'alinéa 19 4) [*sic*] selon laquelle le volume vendu une année peut être de 10 % inférieur au volume du PROC ajuste en fonction des baisses et des augmentations dans le secteur d'activité. Par conséquent, le volume qui doit être vendu en 1990 est, en réalité, de 1 435 millions de litres au lieu de 1 594 millions de litres, ce qui est inférieur au volume initial du POC. Cette disposition est plus stricte que la formule d'encliquetage vers le bas. En vertu de cette disposition, Impériale peut, en un an, obtenir une réduction de volume qu'il aurait fallu plusieurs années pour atteindre avec La formule d' "encliquetage vers le bas" du POC. [...] Cette disposition permet également à Impériale de minimiser l'incidence des importations d'essence sur ses prix, car elle lui permet de vendre moins aux indépendants pendant les années où il est possible d'importer des produits. [...] Cette disposition va à l'encontre de la confiance qu'avait le directeur en l'option d'importation pour maintenir les prix d'Impériale dans des limites raisonnables après le fusionnement parce qu'elle libère Impériale de son obligation de vendre quand les prix à l'importation sont concurrentiels⁶¹.

⁶¹ Commentaires de Pioneer Petroleums à l'égard du Projet révisé d'ordonnance par consentement, en date du 6 décembre 1989, au par. 5.

Selon l'avocat d'Impériale, la clause relative au 10 % du volume est nécessaire parce que l'obligation pour Impériale d'offrir de vendre de l'essence a été remplacée par une obligation de vendre l'essence. Cet argument n'est pas convaincant. En premier lieu, bien que le POC exigeait simplement que les produits soient "offerts", tous les témoins experts ont fondé leurs analyses des conséquences de cette disposition sur l'hypothèse que le volume serait effectivement vendu - que le volume accéderait au marché de gros et serait offert aux indépendants par les grossistes. En outre, les termes utilisés dans la clause n'ont pas le sens restrictif que leur attribue M. Howard, mais désignent un chiffre absolu pour le volume et rend l'alinéa 21 1) inopérant à toute fin pratique.

Pour que l'alinéa 21 4) puisse avoir l'effet prévu, il faudrait le réviser tout au moins pour qu'il prévoit à peu près ce qui suit :

[TRADUCTION]

Impériale ne sera pas réputée être en inexécution de la présente ordonnance si au cours de toute année d'approvisionnement, ses ventes aux indépendants sont inférieures au volume d'essence à vendre en vertu de la présente ordonnance, à moins qu'elle puisse prouver au directeur que le manque était cause par un enlèvement déficitaire par les indépendants, non prévisible raisonnablement, et que le manque n'excède pas 10 % du volume à vendre aux fournisseurs indépendants en vertu des autres dispositions de la présente ordonnance.

La deuxième réserve ajoutée au PROC, en ce qui concerne le volume à vendre aux indépendants, porte sur le volume vendu aux stations-service sans marque (en vertu de l'engagement d'approvisionnement pendant cinq ans) qui devra maintenant être calculé dans le volume de 1 594 millions de litres. Ce volume avait antérieurement été exclu parce que le volume d'essence offert à ces stations-service, c'est-à-dire les stations-service Texaco et Esso, n'était pas compris dans le volume fourni aux indépendants par Texaco et Esso avant le fusionnement. Si l'on permet le calcul du volume fourni à ces stations-service sans marque dans l'approvisionnement des indépendants après le fusionnement, le volume d'approvisionnement offert aux indépendants existants baisse. Cette baisse va à l'encontre de l'objectif que le directeur voulait atteindre, soit un volume d'approvisionnement des indépendants équivalent ou supérieur au volume offert avant le fusionnement, réajusté en fonction de la croissance du secteur d'activité.

Selon M. Howard, ce changement était "relativement négligeable" – il ne représenterait que quelque 177 millions de litres, si l'approvisionnement en essence sans marque était absorbé par les stations-service "faisant l'objet d'un dessaisissement". S'il est juste pour le Tribunal de croire que la quantité absorbée par les concessionnaires privés de marque ne sera peut-être pas considérable, alors il est possible que le changement n'ait pas de conséquence. Si, toutefois, toutes les stations-service privées de marque se prévalent de cette

disposition, la quantité absorbée (environ 180 millions de litres, plus la quantité provenant des 68 stations-service faisant l'objet d'un dessaisissement au Québec) ne serait pas, comme M. Howard voudrait nous le faire croire, négligeable. En raison de l'insuffisance des preuves présentées devant le Tribunal, il est impossible de déterminer si la quantité d'essence fournie aux stations-service faisant l'objet d'un dessaisissement, en vertu de la garantie de cinq ans, constituera un volume important. Par conséquent, la méthode suivie initialement, qui n'incluait pas cette quantité dans le calcul, est à la fois un moyen plus pratique et plus logique de procéder. De plus, elle est davantage compatible avec les objectifs de la disposition établissant l'approvisionnement.

La troisième réserve ajoutée est très particulière. D'après le paragraphe 27, Impériale n'est pas obligée d'approvisionner tout fournisseur indépendant

qui est en défaut de paiement aux termes d'un arrangement de traitement ou d'un autre arrangement d'approvisionnement existant avec Impériale, Texaco ou tout autre fournisseur d'essence.

La partie soulignée a été ajoutée dans la disposition du PROC et elle n'apparaissait pas dans le POC.

L'avocat d'Impériale a reconnu pendant l'audience du 7 décembre 1989 que la partie soulignée dans le paragraphe 27, qui permet à Impériale de refuser d'approvisionner un indépendant qui est en défaut de paiement à l'égard de

tout fournisseur, était superflue⁶². Elle peut même sembler quelque peu déraisonnable. En effet, un indépendant qui a un litige fondé sur une cause légitime avec un autre fournisseur, peut-être, en principe, en défaut de paiement à l'égard de ce fournisseur. Le libellé actuel du paragraphe 27 permettrait à Impériale de refuser d'approvisionner cet indépendant, même si le refus de l'indépendant de payer l'autre fournisseur était justifié. En outre, la condition n'est pas nécessaire puisqu'Impériale peut exiger les garanties habituelles sur le crédit qu'il est raisonnable d'exiger de tout client avec qui elle s'engage par contrat. Cette protection devrait être suffisante contre les acquéreurs qui sont financièrement instables.

Selon deux membres du Tribunal, ces trois réserves devraient être éliminées. La modification du paragraphe 27 est quelque peu capricieuse et, par rapport à l'arrangement général de l'ensemble de l'ordonnance, elle ne constitue pas un problème important. Néanmoins, la modification n'est aucunement liée aux problèmes soulevés par le Tribunal, le 10 novembre 1989, qui ont entraîné son refus d'entériner l'ordonnance par consentement. Il est ennuyeux de voir "apparaitre" soudainement une modification de ce type dans une ordonnance révisée.

⁶² Selon M. Howard, La disposition avait pour but de traiter des risques de crédit et [TRADUCTION] "il était possible de trouver une solution à ce problème, le cas échéant". Transcription, en date du 7 décembre 1989, à la p. 102.

Quant aux modifications des volumes, les motifs sur lesquels se fonde l'argument présenté devant le Tribunal, à propos du POC, étaient que le volume à offrir sur le marché indépendant irait effectivement à ce marché. Comme l'a dit M. Howard, dans l'introduction de son argumentation, le 7 décembre 1989, Impériale ne tentait pas d'être évasive quand elle s'est engagée à "offrir" ses produits au lieu de s'engager à les vendre. Les observations du Tribunal, en date du 10 novembre 1989, visaient à garantir que l'approvisionnement d'un certain volume d'essence pour les indépendants soit établi à titre d'obligation, et non simplement à titre d'intention. Le PROC a été déposé pour régler ces problèmes et pour remplacer "l'intention d'offrir" par une obligation réelle de garantir que la quantité est effectivement vendue aux indépendants. Il est troublant de découvrir que pour régler le problème de l'enchâssement de l'obligation d'approvisionnement, soulevé par le Tribunal, le volume à être fourni se trouve lui-même réduit.

Deux membres du Tribunal n'admettent pas que l'on puisse proposer de diminuer le volume des approvisionnements garantis aux indépendants, alors que le Tribunal tente d'établir l'obligation d'approvisionnement. Cette solution semble contraire aux principes qui, selon le Tribunal, sous-tendent les observations des parties exposées dans le POC, et elle va à l'encontre de la preuve entendue par le Tribunal sur la portée et les effets de la disposition

établissant la garantie d'approvisionnement. En outre, la preuve des témoins du directeur et d'Impériale, au sujet des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement, se fondait sur le volume indique dans le POC. Ce volume ne comprenait pas la diminution absolue de 10 %, ni les approvisionnements des stations-service faisant l'objet d'un dessaisissement, en application des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement aux indépendants.

IX Intervenants

Les 15 intervenants nommes dans l'en-tête des procédures ont comparu devant le Tribunal par l'intermédiaire d'un représentant individuel ou d'un avocat. Quatre autres personnes ont demandé au Tribunal la permission de présenter des observations, mais elles jugeaient qu'il aurait été trop onéreux de comparaître en personne. Le Tribunal a admis les observations écrites de ces personnes au dossier, sous réserve de leur valeur probante, qui n'ont pas pu être soumises à un contre-interrogatoire. Les personnes suivantes ont présenté des observations par écrit à cette condition : Texaco Car Wash/Weyburn Lube'n Wash, Weyburn (Saskatchewan), (M. Koptie); Haberman Minit Mart Limited/Texaco Food Mart, Cranbrook (Colombie-Britannique), (M. Haberman); Chartier Hotels Limited/Prairie Oasis Texaco, Moose Jaw (Saskatchewan), (M. Chartier); et Trends Holdings Limited/Road Runner Lube & Tune, de Moose Jaw.

A) Qualité des intervenants dans les procédures par consentement

Selon les avocats des parties, le Tribunal ne doit pas se fonder sur les mêmes critères pour accorder un droit d'intervention dans les procédures par consentement, que dans le cas des procédures contestées. Les avocats ont fait remarquer que les intervenants avaient eu la possibilité de déposer leurs observations sur le POC en application de l'article 35 des *Règles du Tribunal de la concurrence*, que le directeur et la défenderesse avaient pris connaissance de ces observations et qu'ils leur avaient répondu. De l'avis des avocats, les problèmes soulevés par les intervenants avaient été étudiés, et l'on ne devait pas leur accorder le droit de participer davantage aux procédures.

Le Tribunal trouve difficile d'admettre cet argument. Les raisons qui justifient d'accorder le statut d'intervenant dans les procédures par consentement, si l'ordonnance demandée influe directement sur ses droits, sont encore plus fortes que dans le cas de procédures contestées. Dans les procédures contestées, l'on ne sait pas, au moment où la qualité d'intervenant est demandée, si l'ordonnance éventuelle portera atteinte à ses droits. Dans les procédures par consentement, au contraire, l'issue probable de la question est connue et l'intervenant éventuel est en mesure de savoir avec certitude si l'ordonnance demandée portera atteinte à ses intérêts. Dans une telle situation, il est très difficile de refuser à une personne la permission d'intervenir sans

enfreindre les règles de la justice naturelle si le POC porte directement atteinte à ses droits.

B) Prolongation des procédures occasionnée par La participation des intervenants - Droit de présenter des éléments de preuve

Il est certain que la participation des intervenants aux procédures a eu pour effet de prolonger considérablement le temps requis pour traiter la présente demande. N'eut été de la participation des intervenants, il est probable que la demande aurait pu être réglée dans un maximum de deux mois suivant la date du dépôt. Il a fallu allouer du temps supplémentaire pour permettre aux intervenants de préparer leur preuve (d'experts et autre), de la présenter au Tribunal et pour permettre au Tribunal d'étudier la preuve et les problèmes soulevés par les intervenants.

Rappelons que ce Tribunal avait d'abord statué que la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* n'accordait pas aux intervenants le droit de présenter des éléments de preuve ou de contre-interroger des témoins. De l'avis du Tribunal, le libellé de la loi et le fait que le directeur soit un représentant public chargé d'appliquer la loi relative à la concurrence au nom du public justifiaient cette interprétation du rôle restreint de l'intervenant. Le directeur a contesté cette thèse et, dans l'arrêt *American Airlines, Inc. c. Tribunal de la concurrence*, la Cour d'appel a jugé que ce Tribunal avait

donné une interprétation trop restrictive du rôle de l'intervenant. Voici ce que la Cour d'appel déclare ace propos :

Il est manifeste à la lecture de cette disposition que les agissements anticoncurrentiels, tel un fusionnement donnant lieu à une diminution sensible de la concurrence, peuvent avoir de grandes répercussions et susciter un intérêt des plus vifs chez de nombreuses personnes. Le Parlement a fait du directeur le gardien de l'éthique dans ce domaine, lui confiant le soin d'engager devant le Tribunal les procédures découlant de l'application de la partie VII de cette loi; mais parallèlement, le législateur a fourni à ceux qui peuvent être touchés la possibilité de participer aux procédures aux fins d'informer le Tribunal de l'impact que risquent d'entraîner sur eux les agissements faisant l'objet de la plainte. Il faut à mon avis présumer que le Parlement a voulu, non seulement autoriser les intervenants à participer aux procédures, mais également à le faire efficacement. En certains cas, une interprétation restrictive du paragraphe 9(3) pourrait compromettre le règlement satisfaisant des litiges portés devant le Tribunal.

[...] [1] Il paraît raisonnable de présumer que les personnes se qualifiant comme intervenantes aux termes du paragraphe 9(3) seraient bien placées pour éclairer le Tribunal à cet égard par des arguments et des motifs fondés sur des faits. Il peut en outre être allégué que, suivant La nature des questions soulevées et les circonstances de l'espèce, les intervenants pourraient démontrer plus efficacement l'existence de ces faits s'ils avaient aussi La possibilité de soumettre des éléments de preuve ou de contre-interroger les témoins.

Il me semble qu'en étant autorisés à jouer un rôle plus actif que de simplement présenter des arguments, les intervenants recevraient également un traitement plus équitable. [...]

[...] [U]ne participation accrue des intervenants risquerait de prolonger et de compliquer les procédures se déroulant devant le Tribunal et d'en retarder par le fait même les décisions. Cependant, si tel était le cas, ce serait, à n'en pas douter, le prix à payer pour satisfaire à l'exigence expresse du paragraphe 9(2) .

⁶³ (1988), [1989] 2 C.F. 88 aux pp. 98-99 (CA.), conf. *sub nom. Air Canada c. American Airlines, Inc.* [1989] 1 R.C.S. 236.

C) Avantages qui découlent de La participation des intervenants

Il est certain que la participation des intervenants dans ces procédures, comme dans d'autres, permet au Tribunal d'avoir accès à des renseignements qu'il ne pourrait obtenir autrement. Le Tribunal jouit des lors d'une occasion privilégiée de mettre à l'épreuve un projet d'ordonnance par consentement conclu entre un défendeur et le directeur alors qu'il ne serait pas possible de le faire autrement. Les intervenants demandent de participer aux procédures pour assurer la protection de leurs intérêts personnels. Les motifs pour lesquels ils participent ne sont pas toujours directement liés aux questions de concurrence dont le Tribunal est saisi. Néanmoins, les renseignements fournis par les intervenants, indépendamment des mobiles de ceux-ci, sont, dans bien des cas, directement liés aux questions en cause. Les intervenants peuvent mettre en évidence les lacunes et les omissions importantes ou mineures du POC. Ceci ressort clairement des modifications apportées au POC, à la suite de la participation des intervenants dans cette affaire. Les notes sur la participation de chaque intervenant suivent l'ordre dans lesquels ils sont nommés dans l'en-tête des procédures.

D) Modifications apportées au POC à la suite des arguments des intervenants

As has already been noted,⁶⁴ intervention by the **Attorney General of Quebec** led to a better appreciation, by the Tribunal, of the difficulties inherent in equating retail geographic markets to the external boundaries of large urban centres. It also led to a further 68 stations being added to the divestiture requirements of the DCO.

Indeed, the Tribunal regrets that the Attorney General of Quebec did not participate formally in the hearings. He was an effective intervenor whose participation could have provoked, to the advantage of the Tribunal, a vigorous debate on the extent to which import prices impose a ceiling on domestic prices.

⁶⁴ The Attorney General of Quebec argued that the criteria chosen by the Director (i.e. the 30%-20% and associated rules) were inadequate to ensure competition in Quebec. That argument was related to the assertion that urban boundaries were not appropriate for defining markets in large metropolitan areas such as Montreal, Toronto and Vancouver. In Montreal, for example, 73 municipalities were included as one market. The Attorney General of Quebec recognized the difficulty of accurately identifying the overlapping local markets but submitted that each of the 73 municipalities making up greater Montreal should have been considered as a separate local retail market. Imperial and the Director took the position that the criteria which had been established and applied in Quebec, which were identical to those applied elsewhere, were appropriate and sufficient. At the same time, at the commencement of the hearing counsel for the Attorney General announced that he would not participate formally in the proceedings because Imperial had agreed that an additional 68 station sites would be divested in Quebec. While Imperial and the Director maintained that no additional divestitures were necessary to meet competition concerns, Imperial stated that since it intended to divest stations additional to those identified on the divestiture list, it could see no reason not to inform the Attorney General of Quebec of that fact immediately. Imperial was willing, therefore, to make the commitment to divest an additional 68 stations in the province of Quebec.

Selon le représentant de **Beacon Hill Service (2000) Ltd.**, un point de vente d'Impériale situé à Fort McMurray, comme nous l'avons déjà mentionné, il serait plus équitable et plus avantageux sur le plan de la concurrence que la station-service Texaco voisine fasse l'objet d'un dessaisissement, puisque cette dernière connaît un plus grand succès commercial que celui de la station Beacon Hill Service. D'après le représentant, Impériale tente en fait, sous le prétexte du POC, de se défaire des points de vente les moins rentables du réseau combiné Texaco-Impériale. M. Merchant, l'actionnaire principal de Beacon Hill Service (2000) Limited, se demande s'il parviendra à conclure une entente avec un fournisseur important après l'expiration de son contrat d'approvisionnement actuel. Il se demande en outre s'il sera obligé de rembourser les sommes qu'il doit à Impériale au moment de l'expiration de son contrat d'approvisionnement actuel.

Lorsque M. Merchant affirme que la station-service Texaco voisine, qui est plus importante, devrait faire l'objet d'un dessaisissement, il présume qu'Impériale et le directeur ont fait preuve d'un plus grand esprit de précision et d'analyse, en ce qui a trait aux besoins de la situation de la concurrence, dans le choix des points de vente au détail devant faire l'objet d'un dessaisissement, qu'ils ne l'ont fait en réalité. Or, comme nous l'avons déjà signalé, il semble évident que dans plusieurs régions, les ordonnances de dessaisissement n'étaient pas vraiment nécessaires. Lors de ses arguments,

M. Merchant a lui-même reconnu que le refus du Tribunal d'ordonner le dessaisissement de sa station-service n'améliorerait pas nécessairement sa situation.

D'après la preuve fournie au Tribunal à l'effet que les limites géographiques des marchés sont incertaines, les ordonnances de dessaisissement ne seraient pas utiles dans certaines régions et les renseignements précis sur les marchés de Beacon Hill et de Fort McMurray font défaut, le Tribunal n'était pas disposé à entériner les modifications demandées par M. Merchant.

Impériale s'est néanmoins engagée à résilier la convention de location par laquelle Impériale exploite un poste carte-accès, c'est-à-dire un point de vente où les clients peuvent acheter de grandes quantités de carburant sans l'aide d'un préposé, à l'arrière du terrain de M. Merchant aussitôt qu'Impériale trouverait un autre emplacement. L'avocat d'Impériale a affirmé qu'Impériale enlèverait son enseigne Esso du poste carte-accès si M. Merchant trouvait un autre fournisseur pour l'approvisionnement de la station-service. Cette solution a été proposée en réponse au problème soulevé par M. Merchant que risque de poser l'enseigne Esso située à l'arrière de son terrain pour obtenir un contrat d'approvisionnement en produits de marque pour la station-service située à l'avant de son terrain.

C'est en grande partie grâce à la preuve présentée par l'**Atlantic Refining and Marketing Employees Association** et l'**Atlantic Oilworkers Union Local 1**, soit directement ou au cours des contre-interrogatoires, que le Tribunal a pu réviser et modifier les dispositions prévoyant des dessaisissements dans la région de l'Atlantique mentionnées ci-dessus.

L'intervention de l'**Association des consommateurs du Canada** a été plus générale que celle des autres intervenants. L'Association n'a présenté aucune preuve. Bien qu'il est difficile d'attribuer les changements particuliers apportés au POC par l'intervention de cet organisme, celui-ci a néanmoins joué un rôle de révision et de critique.

L'intervention de **Pioneer Petroleums** a été dynamique et directe, comme le montrent certains commentaires énoncés précédemment dans la présente décision. Le Tribunal s'est largement inspiré de la preuve présentée par cet intervenant, particulièrement pour ce qui est des modalités de l'option d'importation qui existe entre le sud de l'Ontario et le nord des États-Unis (les régions de Buffalo-Détroit-Syracuse). Comme il a été dit précédemment, l'intervention de **Pioneer Petroleums** a donné lieu à certaines modifications du POC, avant même la conclusion des premières audiences, notamment la suppression d'une disposition du POC qui créait une présomption que les conditions commerciales stipulées à la formule de contrat type d'Impériale étaient raisonnables et l'ajout d'une condition en matière de mélange de catégories de

carburant. Reste à considérer les observations de Pioneer au sujet de la situation qui prévaut à Ancaster (Ontario).

Selon Pioneer, il existe entre Hamilton et Brantford (Ontario) une section d'autoroute de 18 milles qui permettra à Impériale de détenir 53 % de ce marché après le changement de la marque Texaco à la marque Impériale. Selon les arguments, Impériale devrait être obligée de se dessaisir d'une station-service dans ce secteur. Le cas d'Ancaster illustre le caractère imprécis des règles en matière de dessaisissement des stations-service de détail. La limite municipale de Hamilton se trouve à croiser cette section d'autoroute. Or, la moitié des stations-service situées le long de celle-ci est censée faire partie du marché urbain de Hamilton. L'analyse du directeur ne traite pas de l'autre moitié puisqu'elle se trouve à l'extérieur de la zone urbaine. Selon la preuve, le fait de traiter la moitié de ces stations-service comme si elle faisait partie du marché urbain de Hamilton est manifestement arbitraire, et ce, pour deux raisons. D'une part, il y a d'importantes régions agricoles inhabitées et un escarpement entre la section d'autoroute et la région métropolitaine de Hamilton. D'autre part, comme l'on fait remarquer les témoins experts, les marchés autoroutiers sont pratiquement impossibles à définir à cause de la mobilité de la clientèle et de la difficulté de délimiter son territoire par rapport à celui des petites municipalités voisines. Aucun critère objectif ne permet de démontrer que le secteur de l'autoroute devrait être considéré comme un marché distinct.

Pour tous ces motifs, le Tribunal juge qu'il n'est pas nécessaire d'exiger le dessaisissement d'une station-service dans ce secteur pour résoudre des problèmes sur le plan de la concurrence.

Claude Harnois Inc. is a wholesale marketer for Texaco petroleum products, operating northeast of Montreal. As a wholesale marketer, Claude Harnois Inc. recruited stations for Texaco; a station so recruited bought its supply of gasoline from Harnois not from Texaco. Mr. Harnois pointed out that there was a significant ambiguity in the DCO. The DCO was amended in response to Mr. Harnois' intervention to make clear that "dealer-owned service stations" includes outlets with which "Imperial, Texaco or a Texaco wholesale marketer has contractual relations with respect to the supply of gasoline or the use of proprietary trademarks". Another station supplied by Mr. Harnois was mistakenly included on the divestiture list and was subsequently withdrawn.

Le procureur général de Terre-Neuve et du Labrador n'a pas joué de rôle actif au cours des procédures. Dans un mémoire déposé au dossier, le procureur général se demande s'il n'aurait pas été préférable de traiter Terre-Neuve (Labrador) comme un marché distinct et de vendre tous les éléments d'actif séparés des autres éléments d'actif de la région de l'Atlantique, à un acquéreur autre qu'une grande pétrolière. Au début, le procureur général n'a pas présenté de preuves à cet égard et n'a pas comparu devant le Tribunal.

Le 6 décembre 1989, en réponse au PROC, le procureur général a déposé des éléments de preuve au moyen d'un affidavit, dans lequel il exposait sa position et son avocat a comparu devant le Tribunal. Comme l'a déjà signalé le Tribunal, il juge regrettable que le procureur général n'ait pas joué un rôle plus actif plus tôt. Cependant, il était simplement trop tard, après les audiences principales et le dépôt du PROC, pour ouvrir le débat soulevé par le procureur général. La preuve déposée par le procureur général fait donc partie du dossier sous réserve de sa valeur probante.

Pétroles Ronoco Inc. owns eight retail outlets in Quebec; three of these are leased to Texaco. Pétroles Ronoco Inc. considered that it would be in Imperial's interest to transfer clientele from those stations to other Esso stations and to allow the three to deteriorate. The result would be a decrease in the value of the Ronoco-owned stations and a diminution of competition. Thus, inclusion of the three stations on the divestiture list was sought. Prior to the appearance of the Ronoco witnesses, Imperial informed the Tribunal that the outlets in question would be included in the 68 additional stations that Imperial agreed to divest in Quebec. It should be noted that the contractual relations between Ronoco and Texaco had been uneasy for some time and that, in all probability, the intervenor's primary motivation was the cancellation of its leases.

L'intervention de la **ville de Victoria** a porté sur une seule question : le terminal Texaco (Impériale) à Victoria ne devrait pas faire l'objet d'un dessaisissement en tant qu'entreprise en pleine exploitation. Le terminal occupe un emplacement très visible et important près du port de la ville. Depuis un certain temps, la ville tente de convaincre Texaco (Impériale) de cesser d'exploiter les installations du terminal à cet emplacement. La ville a demandé au Tribunal de supprimer la disposition du POC qui oblige de vendre le terminal en tant qu'entreprise en pleine exploitation, mais n'a présenté aucune objection à l'obligation de vendre proprement dite. La demande de la ville ne se rapporte pas à un problème sur le plan de la concurrence. Le Tribunal excéderait sa compétence s'il entérinait les modifications demandées par la ville. Comme l'on fait remarquer les avocats des parties, la ville peut, si elle le veut, exercer les pouvoirs d'expropriation qu'elle possède pour faire cesser l'exploitation des installations du terminal.

Lyn-Den Distributors exploite à Ashern (Manitoba) un point de vente Esso appartenant à M. et Mme Dennis Geisler. Ces derniers ne veulent pas perdre le droit d'utiliser la marque Esso. M. Geisler ne croit pas pouvoir livrer concurrence à l'importante station-service Texaco qui offre des services complets et qui est située de l'autre côté de l'autoroute lorsqu'elle deviendra un point de vente Esso. Selon lui, c'est la station Texaco qui devrait faire l'objet d'un dessaisissement. Il se demande s'il pourra trouver un autre

fournisseur de produits de marque connue. À son avis, le succès de son entreprise en dépend, compte tenu de l'emplacement et de ses entreprises complémentaires, soit une boulangerie et un restaurant. Il craint également d'être obligé de rembourser un emprunt à l'amélioration que lui avait accordé Impériale, en raison du dessaisissement. Les emprunts sont généralement remboursés à raison d'un pourcentage par litre vendu et, par conséquent, il est possible que les emprunteurs ne soient pas tenus de verser un montant forfaitaire lorsque les conventions d'approvisionnement sont prorogées pendant une période de temps suffisamment longue. Il y a lieu, en l'espèce, de suivre le même raisonnement que dans l'affaire de Beacon Hill, dont il a été question précédemment.

Banff Bulk Fuels Limited était représentée devant le Tribunal par M. I.J. Thomas qui exploite une station-service en vrac Texaco à Banff et un point de vente Texaco à Dead Man's Flats (Alberta). Il s'est opposé à ce que le deuxième point de vente soit privé de la marque. Selon lui, ce point de vente sert notamment d'installation axillaire pour la vente en vrac et contribue à la viabilité commerciale de l'installation située à Banff (de nombreuses entreprises avaient échoué à cet égard par le passé). En réponse à ces observations, Impériale et le directeur ont accepté qu'un point de vente, autre que celui de M. Thomas, fasse l'objet d'un dessaisissement à Dead Man's Flats.

Les activités commerciales de Barron Hunter Hargrave Strategic Resources Inc. comprennent l'exploration et la mise en valeur du pétrole, du gaz et des minéraux stratégiques, ainsi que le traitement des minéraux. Cette société a voulu faire une offre pour acquérir la part de 78 % des actions de Texaco (Canada), qui appartient à Texaco Inc. Elle est encore intéressée à acquérir ces actions. Elle est intervenue pour demander l'annulation du fusionnement qui, à son avis, donnait à Impériale un avantage indu sur le marché. Lorsque l'avocat de la société s'est rendu compte que la présente instance ne portait pas sur le fusionnement intégral, puisque le directeur avait approuvé celui-ci à l'égard des éléments d'actif du secteur en amont seulement, il n'a plus participé aux procédures.

Cook's Oil Company Limited est intervenue pour exposer au Tribunal le problème de la viabilité continue du successeur de Texaco dans la région de l'Atlantique. Cook's Oil est un grossiste qui fournit du mazout, de l'essence et du carburant diesel sur la rive sud de la Nouvelle-Écosse. La société possède quatre stations-service dans la région de Bridgewater (dont trois portent la marque Texaco) et approvisionne huit autres stations-service Texaco dans la région de Lunenburg. Trois des stations-service de la région de Bridgewater seront privées de leur marque. Au moins une des stations-service approvisionnées par Cook's Oil demeurera avec Impériale. Selon M. Cook, cette station-service est [TRADUCTION] "la plus importante station-service Texaco de la rive sud"; en plus d'être [TRADUCTION] "très visible, elle est située dans

une zone où la densité de circulation est élevée". Il s'inquiète du manque à gagner qu'il pourrait subir si cette station-service cessait d'être un de ses clients. À son avis, la perte de cette station-service aurait pour effet de réduire la part du marché des autres stations-service qu'il approvisionne et les rendrait moins concurrentielles. Il craint en outre de perdre certains clients à l'échelle nationale, comme la Bowater Mersey Pulp and Paper Company et les gouvernements fédéral et provincial. Les soumissions pour obtenir ces contrats ont été faites à partir du siège social de Texaco à Toronto.

M. Cook a soulevé le problème de l'acquéreur éventuel des éléments d'actif de Texaco Atlantic et soutient en son nom et au nom des autres membres du Texaco Wholesaler Association of Atlantic Canada que les grossistes de la région de l'Atlantique devraient pouvoir résilier leurs baux par anticipation au même titre que les locataires des stations-service appartenant à la société et les stations-service appartenant à des concessionnaires qui feront l'objet d'un dessaisissement en Ontario, au Québec et dans l'ouest canadien. Impériale devrait, en outre, être tenue d'offrir aux stations-service appartenant à des concessionnaires un approvisionnement en produits sans marque.

[TRADUCTION]

[...] Si les éléments d'actif de La région de l'Atlantique étaient ultimement achetés par une société autre qu'une société connue à l'échelle nationale, plusieurs grossistes devraient choisir s'ils veulent maintenir leurs obligations contractuelles existantes en

vigueur ou les résilier à trois mois d'avis. Ces concessionnaires voudraient, en outre, obtenir de tout acquéreur subséquent une garantie d'approvisionnement en produits sans marque pour une période de cinq ans. [...] ⁶⁵

Si leurs propositions étaient entérinées, elles auraient bien sûr pour effet de précipiter la désintégration du réseau Texaco et de réduire la possibilité que l'acquéreur éventuel des éléments d'actif de la région de l'Atlantique puisse devenir un concurrent dynamique, à même de prendre la place de Texaco, dans la région de l'Atlantique.

Le Texaco Retail Council, Halifax-Dartmouth Metropolitan Area, est intervenu pour faire part au Tribunal qu'il s'opposait à ce qu'Impériale puisse garder "13 stations-service au détail parmi les plus importantes". De l'avis de cet organisme, la fragmentation du réseau de vente au détail aurait éventuellement pour effet de réduire la concurrence sur le marché. Selon lui, l'acquéreur éventuel des éléments d'actif de Texaco devrait être une société en mesure d'offrir un produit, une commercialisation, un service de crédit complet, un soutien au développement commercial et une stabilité financière comparable à ce que Texaco pouvait offrir. Ces questions ont déjà abordées dans le cadre

⁶⁵ Avis de requête en intervention de Cook's Oil Co., affidavit de C. Cook, au par. 13. L'offre d'approvisionnement en produits sans marque n'a jamais été destinée aux stations-service appartenant à des concessionnaires faisant l'objet d'un dessaisissement dans La région de l'Atlantique. Le droit de résiliation anticipée accordé aux locataires de stations-service appartenant à la société ou à des concessionnaires à l'ouest de La région de l'Atlantique était clairement prévu au paragraphe 34 du POC. L'alinéa 3 ii) du POC était à ce point ambigu que toutes les stations-service appartenant à des concessionnaires, y compris celles de la région de l'Atlantique, auraient peut-être eu le droit de demander la résiliation anticipée. Toutefois, suite aux modifications apportées à cet alinéa dans le PROC, il est clair qu'aucune des stations-service faisant l'objet d'un dessaisissement dans La région de l'Atlantique aura ce droit.

de la discussion sur le dessaisissement des éléments d'actif de la région de l'Atlantique.

X Restrictions du pouvoir de modifier l'ordonnance

Le 10 novembre 1989, le Tribunal a exprimé ses préoccupations au sujet de certaines dispositions du POC par lesquelles le directeur semblait restreindre son pouvoir légal de modifier ou de changer le POC.

L'article 106 de la *Loi sur la concurrence* est ainsi libellé :

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;

[..)

Le PROC renferme les dispositions suivantes qui sont censées régir l'exercice des pouvoirs du directeur de modifier l'ordonnance :

21.5) En contrôlant le respect de La présente ordonnance, le directeur peut, à sa discrétion, s'abstenir de demander au Tribunal de modifier la présente ordonnance ou de rendre une autre ordonnance à la suite d'une insuffisance du volume au cours de toute année d'approvisionnement, lorsqu'il attribue celle-ci à un dérangement à court terme du marché [...].

28. Pendant une période d'au plus trois (3) années à compter de la date de la présente ordonnance, le directeur peut demander au Tribunal de modifier les paragraphes 20 à 27 lorsqu'il y a eu un changement important de circonstances qui, à son avis, rend inopérante la garantie d'approvisionnement en essence des fournisseurs indépendants; par ailleurs, si le directeur conclut qu'une telle modification ne rétablirait pas l'efficience de la garantie d'approvisionnement établie aux paragraphes 20 à 27, il peut demander au Tribunal toute autre mesure de redressement en vertu de la Loi, y compris les recours prévus à l'article 92 [annulation du fusionnement].

29. Le directeur, après la période de trois (3) années à compter de la date de la présente ordonnance, en cas de changement important de circonstances qui, à son avis, rend inopérante la garantie d'approvisionnement en essence des fournisseurs indépendants établie aux paragraphes 20 à 27, peut demander au Tribunal de modifier ces paragraphes, sauf en ce qui concerne les périodes de sept (7) et de dix (10) années qui y sont précisées.

30. Aucune demande ne peut être présentée en vertu des paragraphes 28 ou 29, sauf si les répercussions néfastes sur l'efficience des dispositions des paragraphes 20 à 27, étant donné un changement important de circonstances, sont attribuables en tout ou en partie aux effets de l'acquisition de Texaco par Impériale.

31. Pour l'application des paragraphes 28, 29 et 30, "changement important de circonstances" comprend, mais sans s'y restreindre, la limitation, d'ordre juridique ou autre, des importations d'essence en Ontario et au Québec et la diminution sensible de la capacité de raffinage d'essence en Ontario et au Québec. [soulignement ajouté]

Le paragraphe 21 5) est tout à fait ambigu, pour ne pas dire obscur. À première vue, il semble vouloir dire que le directeur ne peut demander la modification de L'ordonnance suite à une insuffisance de volume résultant d'un dérangement à court terme du marché. Cependant, l'expression "à sa discrétion" annule les effets de cette restriction. L'ordonnance ne devrait pas comporter une telle ambiguïté.

Les paragraphes 28 à 31 présentent une ambiguïté d'un autre ordre. L'article 106 de la loi accorde manifestement au directeur le pouvoir de demander la modification d'une ordonnance lorsque les circonstances ayant entraîné l'ordonnance changent et que, par conséquent, l'ordonnance qui a été rendue à l'origine n'a pas eu les effets escomptés. Les paragraphes 28 à 31 du PROC sont ambigus, car il est difficile de déterminer s'ils ont pour effet d'accroître ou de restreindre les pouvoirs du directeur accordés à l'article 106 de la loi.

Les arguments des avocats permettent de vérifier le caractère ambigu de ces dispositions. D'une part, ils ont prétendu que le seul effet des paragraphes 28 à 31 était d'accroître les pouvoirs du directeur accordés par la loi et que, par conséquent, les limites imposées à ces pouvoirs supplémentaires ne devraient pas préoccuper le Tribunal. D'autre part, ils ont prétendu qu'il n'y avait pas lieu de s'opposer à ce que le directeur restreigne les pouvoirs qui lui sont accordés à l'article 106, puisqu'il pourrait notamment accorder, en application des articles 102 et 103 de la loi, des certificats qui ont pour effet, à toute fin pratique, de protéger le fusionnement contre toute contestation. Le directeur peut même renoncer à contester un fusionnement en vertu de l'article 97 de la loi, auquel cas le fusionnement ne peut plus être contesté après l'expiration d'un délai de trois ans. Si le directeur a le pouvoir d'empêcher toute contestation d'un fusionnement, sans ordonnance du Tribunal, par

consentement ou autrement, il s'ensuit qu'il peut a fortiori restreindre son pouvoir discrétionnaire de demander des modifications des ordonnances du Tribunal.

Comme il a été dit précédemment, si l'acquisition de Texaco par Impériale n'avait pas été mise en cause par le directeur, le directeur n'aurait pas pu demander l'annulation rétroactive du fusionnement après l'expiration du délai de trois ans. Par ailleurs, si le directeur avait émis un certificat de décision préalable en application des articles 102 et 103, il n'aurait pas pu contester l'acquisition par la suite, du moins dans la mesure où cette contestation était fondée "sur les mêmes ou en substance les mêmes renseignements que ceux qui ont justifié la délivrance du certificat".

Reste à déterminer si le directeur a le pouvoir de demander la modification d'une ordonnance dans l'hypothèse où le fusionnement est contesté, c'est-à-dire dans les cas où le Tribunal est saisi d'une demande présentée par le directeur. En l'espèce, Impériale a consenti une garantie d'approvisionnement d'une durée de sept à dix ans; cette condition permet-elle au directeur de demander, en tout temps au cours de cette période, des modifications de l'ordonnance qui pourraient non seulement porter sur les dispositions assurant la garantie d'approvisionnement mais qui pourraient même annuler rétroactivement l'acquisition de la raffinerie de Nanticoke?

D'après le libelle de l'article 106, la compétence pour demander des modifications d'ordonnance semble très étendue, mais les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur l'interprétation qu'il faut donner à cet article. Comme il a déjà été dit, les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer sur les rapports entre cet article et l'article 97, d'une part, qui prévoit une prescription de trois ans à partir du moment où le fusionnement est en substance complété, et les articles 102 et 103, d'autre part, qui régissent les certificats de décision préalable. Une chose paraît claire cependant : le pouvoir de demander des modifications d'ordonnance en application de l'article 106 peut seulement être exercé lorsque les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé. Par conséquent, il est douteux qu'une ordonnance de modification puisse être accordée en application de l'article 106 dans les cas où le changement de circonstances était anticipé ou prévu au moment de rendre l'ordonnance initiale, en application de l'article 92 ou des articles 92 et 105.

C'est à la lumière de ces principes qu'il faut étudier les paragraphes 28 à 31 du PROC. Il semble clair que ces dispositions accordent au directeur des pouvoirs (qui viennent s'ajouter aux pouvoirs que lui accorde l'article 106 de la loi) qui sont exprimés en termes à la fois plus restrictifs et plus larges que ceux-ci. Les pouvoirs accordés au directeur par les paragraphes 28 à 31 sont moins étendus que les pouvoirs accordés par la loi puisqu'ils peuvent seulement être exercés lorsqu'il y a eu "un changement important de circonstances [...]"

attribuables en tout ou en partie aux effets de l'acquisition de Texaco par Impériale". Par contre, l'exercice des pouvoirs du directeur, en vertu de la loi, n'est aucunement soumis à l'existence d'un lien de causalité entre le changement important et les effets du fusionnement. Par exemple, un changement de la réserve mondiale de l'essence disponible sur le marché qui serait attribuable à des mesures gouvernementales comme l'imposition d'entraves au commerce, ne donnerait pas ouverture à l'exercice du pouvoir accordé aux paragraphes 28 à 31 puisqu'il ne serait pas attribuable aux effets du fusionnement. Cependant, ce changement pourrait donner ouverture à une ordonnance de modification en application de l'article 106 de la loi s'il n'était pas prévu au moment où l'ordonnance a été délivrée.

À certains égards, les paragraphes 28 à 31 accordent au directeur des pouvoirs moins étendus que ceux que lui accorde la loi. À d'autres égards, ils accordent des pouvoirs plus étendus. Comme il a été dit précédemment, la loi permet au directeur de demander des modifications d'ordonnance seulement lorsque "les circonstances ayant entraîné L'ordonnance ont changé". Les paragraphes 28 à 31 ne comportent pas cette réserve. Ces paragraphes visent tous les changements de circonstances qui pourraient rendre le POC inopérant. Par conséquent, les paragraphes 28 à 31 accordent au directeur des pouvoirs supplémentaires. Ces paragraphes n'ont pas pour effet de restreindre les pouvoirs

accordés au directeur à l'article 106. Ils établissent plutôt un mécanisme supplémentaire de révision agréé par les parties. Le Tribunal est d'avis qu'il ne lui appartient pas d'intervenir pour modifier ce mécanisme établi par les parties d'un commun accord.

XI Conclusions

Bon nombre des exigences de dessaisissement contenues dans l'ordonnance que le Tribunal est invité à rendre n'ont qu'une valeur symbolique. Bien que le Tribunal n'estime pas qu'il faille rejeter l'ordonnance pour cette raison, il ne voudrait pas pour cela que l'on pense qu'il accorde aux exigences purement symboliques plus d'importance qu'elles n'en méritent, ni que ces aspects de l'ordonnance sont réellement motivés par le souci de résoudre des problèmes sur le plan de la concurrence.

Comme nous l'avons déjà signalé, le Tribunal trouve que les dispositions prévoyant des dessaisissements sur les marchés de détail sont d'utilité variable. Dans de nombreuses situations, rien n'indique clairement qu'elles sont nécessaires. Dans bien des cas, elles n'ont servi que d'écran de fumée derrière lequel Impériale a pu faire semblant que la rupture des relations commerciales avec certains propriétaires de stations-service était exigée par le directeur ou par le Tribunal. S'il est vrai que les critères généraux établis par le directeur pour imposer des dessaisissements sur les marchés de détail ne pèchent nullement par insouciance des problèmes de concurrence, les modalités d'application de ces mêmes critères sont moins heureuses, car elles laissent à

Impériale le soin de décider de quelles stations-service elle se dessaisira dans chaque région. La désignation précise des stations-service dans le texte de l'ordonnance donne l'impression que les dessaisissements particuliers procèdent d'un choix du directeur ou du Tribunal, ce qui n'est pas du tout le cas. Les stations-service qui figurent dans la liste des dessaisissements ont été choisies par Impériale. En outre, il est manifeste que, dans de nombreux cas, les stations-service choisies sont celles qu'Impériale aurait vendues de toute façon en raison de leur volume et de leur rentabilité médiocres.

Cela étant dit, il ne fait aucun doute que le Tribunal ne pourrait rejeter l'ordonnance demandée pour le motif qu'elle ne satisfait pas de quelque façon indéfinie au critère qui commande d'éliminer la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement sur les marchés de détail. Le Tribunal est donc disposé à rendre l'ordonnance imposant le dessaisissement des 346 points de vente d'essence au détail (hors la région de l'Atlantique) qui figurent aux annexes confidentielles 6, 7 et 8, de même que le dessaisissement de 68 points de vente supplémentaires au Québec. Dans ce dernier cas, les points de vente seront désignés par Impériale, qui devra en aviser le directeur et obtenir son approbation avant de s'en dessaisir.

Le dessaisissement des terminaux est une autre partie de L'ordonnance qui est largement symbolique. Il est à peu près certain que sept des neuf terminaux qui figurent dans la liste des dessaisissements auraient été fermes même en l'absence d'une exigence à cet effet dans le POC. Selon toute apparence, l'acceptation par Impériale de ne pas assortir la vente des terminaux d'une clause restrictive obligeant leur utilisation à des fins autres que l'entreposage de produits pétroliers est le seul avantage que le directeur a tiré en exigeant leur dessaisissement. Il sera intéressant de voir si ces terminaux seront effectivement maintenus en tant qu'installations d'entreposage de produits pétroliers et s'ils joueront un rôle concurrentiel dans l'industrie. Quai qu'il en soit, le Tribunal ne pourrait rejeter cette partie de l'ordonnance pour la simple raison qu'elle est dans une large mesure symbolique.

Le Tribunal estime généralement que le directeur a accordé une attention plus que suffisante aux marchés de détail dans l'ensemble du pays, mais moins qu'il n'en aurait fallu à la région de l'Atlantique. Dans cette région, les effets anticoncurrentiels du fusionnement sont manifestes et considérables. Ce marché, tant au détail qu'au gros, affichait déjà avant le fusionnement des caractéristiques non concurrentielles de taille, dont une réglementation dans deux des provinces qui dresse des barrières anticoncurrentielles à l'implantation des entreprises. Les dessaisissements imposés à Impériale dans cette région n'englobent pas tous les éléments d'actif

qu'y possédait Texaco avant le fusionnement. Comme nous l'avons fait remarquer dans l'exposé détaillé des présents motifs, les membres du Tribunal sont partagés quant à approuver ou non les dispositions du PROC qui s'appliquent à la région de l'Atlantique. En effet, deux des membres ne sont pas convaincus que les dispositions de l'ordonnance demandée élimineront tout vraisemblablement la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement dans la région de l'Atlantique, tandis que le troisième membre est d'un autre avis.

Les deux membres du Tribunal qui ne sont pas disposés à signer la version actuelle de l'ordonnance relativement à la région de l'Atlantique ne sont pas pour cela d'accord entre eux sur le genre de dessaisissement auquel devrait naturellement aboutir cette décision. L'un est d'avis que le dessaisissement approprié serait celui en vertu duquel Impériale serait tenue de mettre en vente tous les éléments d'actif dans la région de l'Atlantique, laissant ainsi le marché (c.-à-d. les acheteurs éventuels) décider de la viabilité, dans cette région, d'un dégroupement des éléments d'actif. L'autre membre est quant à lui disposé à donner au directeur et à Impériale une nouvelle possibilité de faire connaître au Tribunal les renseignements concernant l'identité, l'expérience, les ressources financières et les plans de l'acheteur éventuel, afin de démontrer au Tribunal qu'il y aura, malgré la division des éléments d'actif dans la région en cause, un concurrent dynamique et efficace qui sera à même de prendre la place de Texaco.

Par conséquent, avant que les conditions du PROC touchant la région de l'Atlantique ne soient approuvées, il faudra que l'on communique au Tribunal soit l'assurance que tous les éléments d'actif dans la région de l'Atlantique seront regroupés pour être vendus, soit des renseignements nouveaux concernant l'identité, les plans, etc. de l'acheteur éventuel propres à convaincre le Tribunal que, malgré la division des éléments d'actif, les conditions du PROC élimineront vraisemblablement la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler du fusionnement dans cette région.

Pour ce qui est des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement, qui visent à assurer la disponibilité d'un certain volume aux stations-service indépendantes sur le marché ontarien et québécois, elles sont généralement acceptables aux membres du Tribunal. Toutefois, les avis divergent pour ce qui est d'approuver les conditions dans leur libellé actuel ou d'exiger au préalable qu'il soit modifié. Deux membres du Tribunal sont d'avis que des modifications s'imposent. Les modifications qui sont exigées par le Tribunal à cet égard ont trait aux trois révisions que les parties ont apportées aux dispositions établissant la garantie d'approvisionnement entre le 10 novembre 1989 et le 28 novembre 1989. C'est à cette dernière date que les révisions ont été déposées auprès du Tribunal dans le cadre du PROC. Les dispositions en cause ne faisaient pas partie du texte précédent, et les dépositions des témoins cités à comparaître n'ont pas porté sur elles. Deux

des nouvelles conditions pourraient diminuer le volume des approvisionnements garantis aux indépendants de 20 % en deçà du volume que le directeur et Impériale disaient auparavant être approprié.

Deux membres du Tribunal ne sont pas disposés à signer l'ordonnance à moins que les volumes ne soient ramenés au niveau précédemment tenu pour approprié. Cela pourrait se faire, en partie, en reformulant la clause de pénurie de façon à établir clairement que les pénuries ne seront admises que si elles résultent d'enlèvements déficitaires imprévus par les indépendants. Les dispositions touchées par la troisième révision, qui porte sur les circonstances dans lesquelles Impériale sera tenue de passer des contrats avec les acheteurs indépendants, devront aussi être rétablies dans leur version antérieure.

En dernier lieu, la nouvelle disposition ajoutée dans le PROC (alinéa 21 5)) qui décrit les circonstances dans lesquelles le directeur pourra demander de faire modifier l'ordonnance est tout à fait ambiguë. À ce titre, il ne convient pas qu'elle figure dans une ordonnance du Tribunal.

Résumé des conclusions

1. Le Tribunal est disposé à approuver le PROC déposé en ce qui concerne les dispositions suivantes :

i) le dessaisissement ou le retrait de la marque des points de vente au détail, au nombre de 346, qui figurent aux annexes confidentielles 6, 7 et 8;

ii) le dessaisissement ou le retrait de la marque de 68 points de vente au détail supplémentaires au Québec, lesquels seront désignés par Impériale, qui en avisera le directeur dans un délai de douze mois à compter de la date de l'ordonnance.

Les conditions dans lesquelles ces dessaisissements ou ces retraits de la marque s'accompliront sont énoncées dans le PROC et elles comprennent l'obligation d'offrir aux stations-service privées de la marque un approvisionnement en produits sans marque pendant cinq années;

iii) le dessaisissement des neuf terminaux qui figurent à l'annexe 5, c'est-à-dire les terminaux à Baie-Comeau, Rimouski, Ottawa, Sault-Sainte-Marie, Thunder Bay, Sudbury, Calgary, Victoria et Prince George, aux conditions énoncées dans le PROC.

2. Le Tribunal est disposé à approuver les dispositions établissant la garantie d'approvisionnement à condition que les modifications suivantes y soient apportées :

i) au paragraphe 27, la suppression de la réserve qui permet à Impériale de refuser d'approvisionner un indépendant qui est en défaut de paiement à l'endroit de tout autre fournisseur d'essence (cela n'empêcherait pas Impériale d'exiger des indépendants les garanties habituelles sur le crédit, mais l'empêcherait de refuser de passer un contrat avec un indépendant tout simplement parce que ce dernier a un différend avec un autre fournisseur);

ii) l'ajout d'une clause établissant clairement que les pénuries de volume qu'Impériale cherchera à faire valoir aux termes de l'alinéa 21 4) ne seront admises que dans les cas où Impériale pourra démontrer au directeur que la pénurie résulte d'enlèvements déficitaires imprévus par les indépendants (soit le motif invoqué par Impériale pour demander la marge de 10 %);

iii) le retranchement des volumes actuellement fournis aux stations-service Texaco et Esso visées par le dessaisissement de telle sorte que ces volumes n'entrent pas dans le calcul des approvisionnements vendus aux indépendants (dans les versions précédentes des dispositions sur l'approvisionnement, ils n'entraient pas dans le calcul étant donné, comme l'a expliqué Impériale, que ces stations-service ne faisaient pas auparavant partie du marché des indépendants et que les volumes qui leur étaient vendus n'avaient pas été comptés dans le volume à fournir aux indépendants en vertu des dispositions établissant la garantie d'approvisionnement).

3. S'agissant de la région de l'Atlantique, le Tribunal est disposé à approuver les dessaisissements proposés seulement à l'une des deux conditions suivantes :

i) soit que tous les éléments d'actif dans la région fassent l'objet d'un dessaisissement;

ii) soit que des renseignements supplémentaires concernant les ressources financières, les compétences, l'expérience et les plans de l'acheteur soient communiqués au Tribunal, lesquels renseignements devront démontrer que l'acheteur des éléments d'actif de Texaco sera effectivement un concurrent dynamique dans la région de l'Atlantique, à l'exemple de Texaco qu'il sera appelé à remplacer.

4. De plus, l'alinéa 21 5) devra être supprimé. Il est tout à fait ambigu et ouvre la porte à d'interminables querelles juridiques sur l'interprétation à lui donner. Le Tribunal ne peut souscrire à une telle disposition.

Dissidence du docteur Frank Roseman

Introduction

La majorité refuse de signer le PROC dans sa forme actuelle parce que, à son avis, plusieurs points posent des problèmes. Je ne partage pas cette opinion pour les motifs exposés ci-dessous. À moins d'indication contraire, je partage les motifs exprimés par la majorité.

Les dessaisissements dans les provinces de l'Atlantique

Pour être en mesure d'évaluer les effets du fusionnement dans la région de l'Atlantique, il faut d'abord étudier les atteintes à la concurrence qui découleraient de l'acquisition. La demande du directeur et les documents de référence signalent deux conséquences du fusionnement qui pourraient avoir un effet négatif sur la concurrence : l'augmentation de la concentration, surtout dans le secteur du raffinage, et la disparition de Texaco en tant que concurrent. Même si l'on retrouve ces deux conséquences dans les autres régions, la concurrence dans les provinces de l'Atlantique est vue comme étant beaucoup moins dynamique que dans les autres régions; les mesures proposées dans le PROC sont par conséquent plus importantes dans le cas des provinces de l'Atlantique. Le changement de concentration dans l'immédiat et les chances de succès des successeurs de Texaco dans la région sont deux questions liées. Le changement de concentration peut être mesuré en calculant les parts du marché détenues respectivement par Impériale et Texaco au moment de l'acquisition; le succès éventuel des acquéreurs des éléments d'actif qui font l'objet d'un dessaisissement aura des effets sur la concentration à plus long terme. Les effets de l'acquisition sur la concentration à court terme sont minimes et ne méritent pas que l'on s'y attarde dans le PROC.

Le PROC devrait donc être évalué par rapport à l'efficacité avec laquelle le vide créé par le départ de Texaco est comblé, ce qui ne peut être mesuré selon des critères absolus. Il doit être établi d'après la norme globale

de la vraisemblance d'une diminution sensible de la concurrence. Lorsque j'étudie cette question en fonction de cette norme globale, j'en conclus que les mesures prescrites par le PROC donneraient lieu à une situation dans laquelle il pourrait y avoir une certaine diminution de la concurrence, mais non pas à un degré que l'on pourrait qualifier d'important. J'en arrive à cette conclusion, en posant l'hypothèse selon laquelle la principale condition sera satisfaite, c'est-à-dire en supposant que l'acquéreur des actifs qui font l'objet d'un dessaisissement continuera sans doute d'être une source de produits pour les raffineries ou les grossistes. La plupart des problèmes de concurrence sont liés à cette question.

**Effets immédiats du fusionnement et du PROC sur
l'approvisionnement en gros**

L'avenir à long terme n'est pas prometteur pour la raffinerie. D'une part, son niveau d'efficience se situe largement en-deçà du minimum acceptable; d'autre part, son emplacement sur le littoral permet de remplacer par des cargaisons provenant d'autres raffineries. Il y aura de fortes chances que l'on décide d'en cesser l'exploitation quand des sommes importantes devront y être investies. Cependant, l'acquisition et les conditions prévues au PROC mettent la raffinerie en péril dans l'immédiat en réduisant la demande pour sa production à deux niveaux.

Premièrement, les éléments d'actif qui demeureront la propriété d'Impériale représentent un peu moins de 18 % à 20 % des ventes au détail de Texaco. (Cette réserve à la baisse tient compte du fait que ces chiffres ont été établis avant qu'Impériale n'accepte de se dessaisir d'éléments d'actif supplémentaires, ce qui a pour effet de réduire le volume représenté par les éléments d'actifs qui demeurent sa propriété.) En outre, selon M. Pink, la Great Eastern Oil Company, dont la majorité des actions acquises de Texaco demeure la propriété d'Impériale, distribue une quantité importante de mazout, mais l'on en ignore le volume exact. Puisque Texaco a dû importer d'importantes quantités de mazout pour suppléer à la production de la raffinerie, il se peut que la perte de ce volume n'occasionne pas de perte ou cause une perte partielle pour la raffinerie. Le fait qu'Impériale continuera d'être liée par les contrats industriels et commerciaux de Texaco à l'échelle nationale entraînera les mêmes effets pour le mazout ou le carburant diesel. Quoi qu'il en soit, comme Impériale continuera d'être liée par ces contrats, l'on peut s'attendre à ce que ceci ait des effets plus immédiats que dans le cas des autres éléments d'actif. Le problème à long terme le plus important auquel l'acquéreur des éléments d'actif aura à faire face sera de convaincre les acquéreurs commerciaux et industriels de lui permettre de présenter des soumissions distinctes dans le cas des contrats des provinces de l'Atlantique. Comme je l'ai déjà signalé, le volume représenté par ces contrats n'est pas connu.

Deuxièmement, la menace la plus importante pour le maintien des opérations de la raffinerie vient du fait que presque le tiers de la production d'essence de la raffinerie est écoulé en vertu d'une convention d'approvisionnement réciproque conclue avec Ultramar. Autrement dit, Texaco vend cette part importante de sa production d'essence de la raffinerie d'Eastern Passage au Québec sans avoir à supporter les coûts de transport vers ces marchés dans cette province. Selon le professeur Stanbury, l'acquéreur de la raffinerie devrait pouvoir trouver d'autres acquéreurs au Québec et il devrait continuer à bénéficier de la convention de réciprocité conclue avec Ultramar. Selon moi, cela revient à dire que l'acquéreur devra trouver d'autres marchés pour remplacer le marché garanti par les points de vente Texaco au Québec. L'on peut se demander si des marchés rentables existent et où ils se trouvent, le cas échéant. La fermeture éventuelle de la raffinerie est donc un effet négatif du fusionnement auquel le PROC n'apporte aucune solution.

Le maintien des opérations de la raffinerie sera menacé et posera un problème en matière de concurrence dans la mesure où les produits de la raffinerie ne peuvent être remplacés par une autre source concurrentielle. Selon la preuve présentée par le professeur Stanbury, l'importation de produits pourrait donner lieu à une concurrence aussi importante que la production de ces produits par la raffinerie. Cette conclusion n'a pas été contredite, mais la question soulevée était de savoir si l'importation constituait une solution

pratique. L'on a soulevé la possibilité d'une insuffisance de produits de sources étrangères, notamment l'essence à indice d'octane élevé. D'autres problèmes éventuels ont été soulevés, comme l'insuffisance de la capacité de la raffinerie et le manque de compétences des opérateurs du terminal. Si un acquéreur décidait d'importer des produits pour satisfaire ses besoins, ces problèmes ne se poseraient pas. Dans l'éventualité d'une insuffisance temporaire de la capacité mondiale de raffinage, il est probable que l'exploitation de la raffinerie d'Eastern Passage seraient maintenue au lieu de remplacer la production de cette raffinerie par des produits importés. Il est difficile de croire que le mélange des produits par l'importateur demande des compétences exceptionnelles et que le Tribunal doive se préoccuper de cette question. Il est également difficile de croire qu'une décision de s'approvisionner principalement en produits importés plutôt que d'obtenir des produits au comptant, à l'occasion, ne puisse être soutenue par des conventions d'approvisionnement qui assurent un produit de bonne qualité.

Selon l'alinéa 96(2)b) de la loi, la substitution de produits nationaux à des produits étrangers est vue comme un gain en efficience. Par conséquent, lorsque le fusionnement donne lieu aux résultats contraires, il faudrait parler de perte en efficience. Pour déterminer la valeur probante à accorder à cette question, demandons-nous ce qui se serait passé si le directeur avait eu gain de cause dans une demande contestée. La mesure de redressement la plus stricte qu'aurait pu obtenir le directeur aurait été le dessaisissement total de

tous les éléments d'actif de la région de l'Atlantique. Cette mesure de redressement n'aurait pas corrigé le problème du remplacement des points de vente Texaco au Québec par une autre source de demande, et la raffinerie aurait été menacée de toute façon.

Aucune preuve ne démontre que les éléments d'actif du secteur de la distribution, qui font l'objet d'un dessaisissement, ne sont pas suffisants pour distribuer les produits dans l'hypothèse d'un approvisionnement à l'étranger. Les données recueillies dans d'autres régions du pays suggèrent que le volume de vente des éléments d'actif faisant l'objet d'un dessaisissement permettrait de soutenir convenablement une entreprise d'importations sur une grande échelle. Par conséquent, l'on peut conclure que les dessaisissements seraient, du moins à court terme, une solution au principal problème en matière de concurrence, soit la perte d'une source de produits au niveau de la vente en gros si la raffinerie était fermée et qu'elle n'était pas remplacée par une importante entreprise d'importations.

Considérations à long terme en matière d'approvisionnement en gros

De l'avis des intervenants, le dessaisissement partiel des éléments d'actif acquis par Impériale menace la réussite commerciale à long terme de l'acquéreur. Si leurs craintes sont justifiées et que l'importance éventuelle du réseau dépende de son importance actuelle, il y a un risque que même un terminal d'importation ne devienne éventuellement impossible à rentabiliser. Les

intervenants demandent, en outre, que les caractéristiques des acquéreurs éventuels soient attentivement évaluées pour déterminer s'ils pourront devenir des concurrents efficaces.

Est-ce que la viabilité d'un acquéreur est menacée indûment si Impériale ne se dessaisit pas de tous les éléments d'actif de Texaco? La part du marché de détail conservée par Impériale constituerait environ 18% à 20 % du volume de Texaco avant le fusionnement. Il s'agit de déterminer les répercussions de la substitution d'une entreprise qui détient environ 8,2 % du marché de détail (l'acquéreur des éléments d'actif) à une entreprise qui détenait environ 10 % du marché de détail (Texaco avant le fusionnement) sur la concurrence.

Les intervenants ont, en outre, soulevé la possibilité qu'un acquéreur éventuel ne soit pas accepté dans le marché et qu'il ne réussisse pas à conserver la part du marché que représentaient initialement les éléments d'actif dont Impériale s'est dessaisie. Selon les concessionnaires du Texaco Retail Council, le fait qu'Impériale conserve des points de vente dont le volume est élevé a pour effet d'affaiblir la force économique des stations-service faisant l'objet d'un dessaisissement. En effet, le réseau dans son ensemble est plus fort que la somme de ses éléments. Cette preuve n'a pas été contredite et semble, a priori, raisonnable. L'on peut présumer que le prix reçu par Impériale sera établi en fonction de cette importante considération. L'économie réalisée permettrait à l'acquéreur de renforcer le réseau au

besoin, si l'hypothèse soulevée par les intervenants est juste.

La preuve concernant les caractéristiques souhaitables d'un acquéreur éventuel est partagée. Pendant les procédures, les intervenants ont insisté sur l'importance de vendre les éléments d'actif faisant l'objet d'un Dessaisissement à un acquéreur important qui est à la fois connu dans le secteur pétrolier et qui a la faveur des consommateurs et des concessionnaires pour assurer convenablement la relève de Texaco. L'on considère que les indépendants ne satisfont pas à ce critère. Le fait que les indépendants n'ont pas pu réaliser des percées importantes dans les provinces de l'Atlantique, par le passé, semble indiquer qu'un acquéreur qui ne jouirait pas d'une réputation établie et largement reconnue et qui n'aurait pas de système de carte de crédit ne réussirait pas dans les provinces de l'Atlantique.

Par ailleurs, de l'avis du professeur Stanbury les indépendants livreraient peut-être une concurrence des plus acharnées, mais pas nécessairement puisque des agissements concurrentiels énergiques ne peuvent être considérés comme chose établie. À la lumière de ce qui précède et de déclarations semblables, j'interprète la conclusion du professeur Stanbury comme suit : les effets de la concurrence dépendent de l'identité de l'acquéreur et des intentions de celui-ci quant aux éléments d'actif. Le professeur ne propose aucun critère qui permettrait de déterminer si un acquéreur serait susceptible

d'être un concurrent efficace. Le professeur Stanbury déclare qu'il devrait incomber au directeur de juger si un acquéreur éventuel serait acceptable. Néanmoins, à la lumière de la preuve qu'il a présentée, il n'existe aucun critère qui permet de déterminer à l'avance si un acquéreur sera un concurrent efficace. Il estime, toutefois, que certains concurrents éventuels ne seraient sans doute pas des candidats convenables, étant donné la position qu'ils occupent déjà sur le marché. À la fin de son témoignage, l'on retrouve la déclaration la plus complétée sur l'importance qu'il faut accorder aux acquéreurs éventuels :

[TRADUCTION]

Q. Mais tenons-nous en aux raffineries pour le moment. En matière de politique sur la concurrence, serait-il acceptable que cette raffinerie soit achetée par l'une des sociétés importantes actuelles ou par Irving Oil que l'on pourrait considérer, j'imagine, comme une société importante dans la région de l'Atlantique?

R. C'est mon opinion. J'ignore ce que serait l'opinion du directeur. Mais je n'ai pas fait l'analyse exhaustive de chacun des candidats éventuels. Comme je l'ai souligné dans l'affidavit, les répercussions éventuelles sur la concurrence dépendent a) de l'identité de l'acquéreur et b) de ce que l'acquéreur compte en faire. Ainsi, prenons le cas extrême. Imaginons que ce soit la société indépendante Indomptable qui les achète. Indomptable pourrait simplement adopter une stratégie prudente avec une marge de profit élevée, sans réduction des prix, sans offre et sans marchandage, etc. En pratique, rien ne la distinguerait d'une grande Pétrolière, sauf sa raison sociale et le fait qu'elle ne posséderait peut-être pas son propre système de carte de crédit.

Par ailleurs, la société Indomptable pourrait se mettre à couper les prix et à solliciter de manière très pressante les stations-service qui n'ont pas été dessaisies de même que d'autres stations-service, etc. au fur et à mesure de l'expiration de leurs baux; bref, ils pourraient créer un véritable remous dans le marché. Bien sûr, ils auront besoin de capitaux pour agir de la sorte parce que j'ai l'impression que les grandes sociétés ne laisseraient pas diminuer leur part du marché de façon passive.

On peut imaginer un autre scénario selon lequel une grande Pétrolière, qui n'est pas encore implantée dans la région, recevrait l'approbation du directeur. La société pourrait, encore une fois, être dynamique pendant un certain temps et augmenter sa part du

marché, puis se stabiliser. Je ne sais pas. Nous vivons dans un monde très incertain. J'ignore ce que serait la stratégie de concurrence. J'essaie d'imaginer une gamme de possibilités mais je ne peux pas dire avec certitude ce que les gens de là-bas feront.

Ainsi, la décision du directeur devra reposer sur l'identité de la société et les projets qu'il croit que cette société aura à l'égard de ces éléments d'actif. Bref, il devra se fier à son jugement⁶⁶.

Selon moi, le fait de soumettre le choix d'un acquéreur éventuel à l'approbation du Tribunal est inutile. En effet, j'ignore les critères que pourront utiliser les membres qui ont entendu cette affaire. Comment peut-on conclure qu'un acquéreur éventuel disposé à payer le prix le plus élevé ne sera pas vraisemblablement le concurrent le plus efficace, dans l'hypothèse où il ne constitue pas lui-même une entrave à la concurrence, du fait de sa part importante du marché? (À ce sujet, notons qu'un acquéreur qui anticipe une augmentation de sa part du marché, à la suite d'une acquisition, est plus susceptible de vouloir payer un prix élevé qu'un acquéreur qui n'anticipe pas ce résultat.) Je doute fort qu'il y ait des avantages qui puissent justifier les inconvénients que subira Impériale sous forme de retards supplémentaires et la possibilité d'intimider les acquéreurs éventuels.

Il ne faudrait pas pour autant que l'on omette de traiter des modalités de dessaisissement dans le PROC. A mon avis, Impériale ne devrait pas avoir le droit de se dessaisir des éléments d'actif séparément parce que la société Texaco risquerait de disparaître sans être remplacée et ses éléments d'actif

⁶⁶ Transcription aux pp. 574-76.

seraient divisés entre les concurrents actuels. Le PROC propose une solution avantageuse à ce problème inacceptable car il exige que les éléments d'actif soient offerts à un seul acquéreur. Il est toutefois intéressant de noter que si Texaco avait entrepris de se dessaisir de ses éléments d'actif séparément, il aurait été difficile de contester la vente de ces éléments d'actif, sauf si cette vente avait été faite en faveur d'une entreprise dont la part de marché était supérieure à la norme acceptable. De même, si Texaco avait entrepris de vendre à Impériale les éléments d'actif qu'Impériale veut conserver et de vendre les autres éléments d'actif à des acquéreurs différents, la seule question soulevée sur le plan de concurrence aurait été de savoir si les autres acquéreurs étaient déjà trop importants.

En somme, j'estime qu'il existe une garantie raisonnable que les éléments d'actif, qui feront l'objet du dessaisissement, pourront assurer la viabilité d'une source indépendante d'approvisionnement en gros. Bien que l'avenir de la source ne soit pas garanti, le niveau d'incertitude est inévitable.

J'ajouterais que malgré mes conclusions, je suis tout à fait d'accord que tous les éléments d'actif auraient dû être compris dans le POC. Le fait qu'il n'en soit pas ainsi semble être la conséquence de négociations qui ont donné lieu à certains rajustements dans le cas des provinces de l'Atlantique et des autres régions pour lesquelles il est souvent difficile de déterminer si les

dessaisissements auront un effet appréciable sur la concurrence et s'ils n'auraient pas eu lieu de toute façon dans le cadre d'un processus de rationalisation des éléments d'actif acquis par Impériale. Comme le souligne la majorité dans leurs motifs, le POC est certes différent des modèles trouvés aux États-Unis qui imposent habituellement le dessaisissement de tous les points de vente au détail dans les régions où il existe un problème en matière de concurrence. Le fait que cette solution n'ait pas été adoptée dans les provinces de l'Atlantique contribue, en partie, à aggraver la situation précaire de la raffinerie.

Dispositions relatives à l'approvisionnement

Le paragraphe 27 du PROC, qui porte sur la cote de solvabilité des clients, est indûment restrictif. M. Howard a reconnu que l'on pouvait peut-être critiquer ce paragraphe, à cet égard. La raison d'être de ce paragraphe dans le PROC n'est pas claire. Il ne libère Impériale d'aucune obligation prévue dans les dispositions relatives à l'approvisionnement. En fait, cette disposition laisse entendre qu'Impériale a une obligation de négocier avec tout client solvable, obligation qui n'est pas prévue dans la disposition relative à l'approvisionnement. Quoi qu'il en soit, comme le paragraphe 27 n'a aucun rapport apparent avec les conditions essentielles en matière d'approvisionnement prévues au paragraphe 21, selon lesquelles Impériale doit vendre des quantités d'essence déterminées aux indépendants, je ne vois aucun motif de refuser de signer le PROC dans sa forme actuelle.

L'alinéa 21 4) accorde une marge de 10 % pour les quantités d'essence qu'Impériale doit vendre aux indépendants. Selon moi, Impériale violerait l'esprit de l'ordonnance si elle vendait systématiquement 10% moins d'essence que les quantités spécifiées. Il est clair que je n'aurais aucune objection à ce que cet alinéa, qui répondait aux préoccupations de la majorité, soit précisé. Cependant, je n'y vois pas matière à refuser l'ordonnance.

En vertu des dispositions du PROC relatives à l'approvisionnement, les produits sans marque vendus par Impériale a des stations-service ayant porte la marque Texaco ou Impériale devraient être compris dans les quantités à fournir aux indépendants. En vertu du POC, seules les ventes aux clients qui achètent plus de 20 millions de litres par année devraient être comptées a titre de vente a des indépendants en vertu de la disposition relative à l'approvisionnement. Il est possible que cette modification réduise les quantités qu'Impériale doit fournir aux indépendants plus importants, c'est-à-dire ceux qui achètent plus de 20 millions de litres par année. D'après la preuve présentée, il est peu plausible que cette modification produise cet effet. Environ neuf concessionnaires dont les noms figuraient sur la liste des dessaisissements, avaient conclu, avant la fin des audiences, des contrats d'approvisionnement avec d'autres fournisseurs. En outre, parmi les concessionnaires qui sont intervenus, aucun ne semblait intéressé à acheter des produits sans marque d'Impériale.

Si d'importantes quantités de produits sans marque étaient vendues à des concessionnaires particuliers, cela voudrait dire qu'Impériale offrait des conditions intéressantes, ce qui aurait pour effet de favoriser la concurrence. Il ne serait pas souhaitable de limiter cette possibilité, ce qui serait le cas si Impériale était contrainte d'exclure le volume vendu aux indépendants qui exploitent une seule station-service, des quantités qu'elle doit vendre aux indépendants, en vertu des dispositions relatives à l'approvisionnement.

L'obligation de vendre prévue dans le PROC, mais non dans le POC, a pour effet de préciser la disposition en matière d'approvisionnement et d'en faciliter l'exécution. Il a, en outre, l'effet de créer une plus grande obligation pour Impériale. Il est parfaitement raisonnable que le directeur et Impériale aient négocié d'autres modifications en échange de l'augmentation des obligations d'Impériale, en vertu du PROC.

En résumé, il est peu probable que la modification apportée à la définition des ventes aux indépendants ait un effet important. Si, toutefois, il y avait un effet, rien ne permet de conclure qu'il serait anticoncurrentiel.

J'ajouterais que la disposition relative à l'approvisionnement propose une solution qui représente le défi le plus difficile d'une ordonnance par

consentement, c'est-à-dire de remédier à une modification de la structure en imposant une conduite déterminée. Étant donné les motifs du directeur à l'appui d'une disposition relative à l'approvisionnement, cette disposition devrait atteindre son objectif.

Le sous-paragraphe 21 5) porte à confusion et est, à mon avis, superflu. En vertu de cette disposition, Impériale semble vouloir obtenir la garantie que l'ordonnance ne sera pas exécutée arbitrairement. Cependant, la disposition n'aide pas la cause d'Impériale parce qu'elle prévoit que le directeur garde à bon droit sa compétence pour déterminer s'il appliquera l'ordonnance. Par conséquent, je suis d'accord que l'alinéa 21 5) devrait être supprimé.

Commentaires

Le PROC énumère un grand nombre de dessaisissements. Si une ordonnance était émise, il serait très difficile pour des spécialistes et des commentateurs de déterminer, même en termes généraux, dans quelle mesure l'ordonnance influe sur la structure du secteur. Par conséquent, il relève du directeur d'informer le public, dans son rapport annuel, de l'identité des entreprises qui ont obtenu les contrats d'approvisionnement des stations- service appartenant aux concessionnaires et l'identité des acquéreurs d'éléments d'actif faisant l'objet d'un dessaisissement. Cette tâche ne devrait pas être trop ardue avec la collaboration d'Impériale.

Dissidence du président sur l'opportunité de reporter La décision

Comme il a déjà été mentionné, les membres du Tribunal ont des opinions divergentes sur l'opportunité de reporter la décision en ce qui concerne la situation de la région de l'Atlantique, jusqu'à ce que certains renseignements sur l'identité, les compétences, l'expérience et les plans de l'acquéreur soient fournis au Tribunal. Selon deux membres du Tribunal, une telle exigence alourdirait les procédures et obligerait le Tribunal à rendre une décision bien qu'il ne dispose d'aucune preuve valable sur laquelle il pourrait fonder sa décision. Le texte qui suit reflète l'opinion d'un seul membre du Tribunal, soit le président. Les opinions des deux autres membres sur cette question sont exposées dans les motifs déposés séparément.

Selon Impériale, le Tribunal ne devrait pas être saisi de cette question parce que l'obligation de tenir d'autres audiences donnerait lieu à un processus plus long qui pourrait décourager l'acquéreur éventuel. Impériale estime qu'il est important que le directeur conserve le pouvoir discrétionnaire, accordé par la loi, de ne pas réouvrir le débat.

En ce qui concerne le premier argument, nous ne le trouvons pas convaincant. Il n'est pas nécessaire de tenir de longues audiences supplémentaires si l'acquéreur satisfait manifestement aux critères établis.

En outre, selon le paragraphe 8 du POC, si Impériale est en désaccord avec le directeur au sujet du caractère approprié d'un acquéreur proposé, Impériale pourra soumettre la question au Tribunal. Dans ce cas, le problème des longues audiences supplémentaires ne se pose plus.

8. Lorsque le directeur ayant étudié un projet de dessaisissement et considéré l'objet énoncé de la présente ordonnance, n'approuve pas ce dessaisissement. Impériale peut en référer au Tribunal qui prendra alors une décision définitive, laquelle pourra modifier les listes d'éléments d'actif devant faire l'objet d'un dessaisissement qui figurent aux annexes des présentes.
[soulignement ajoute]

Quant au deuxième argument, le directeur estime qu'il a l'obligation, en vertu des parties VIII et IX de la loi, d'examiner la transaction relative à la vente et que le "rôle du directeur selon la loi est d'examiner et d'exercer un droit d'approbation"⁶⁷. Les critères qui s'appliquent en vertu des parties VIII et IX de la loi sont évidemment très différents des critères établis au cours des procédures, notamment les motifs pour imposer l'examen de l'identité, de l'expérience et des plans de l'acquéreur. Selon la loi, le directeur doit garantir que l'acquisition par un acquéreur proposé n'aura pas de répercussions anticoncurrentielles. Au cours des audiences devant le Tribunal, les motifs invoqués pour demander l'examen seraient de s'assurer que l'acquéreur est susceptible d'être un concurrent viable et dynamique dans la région de l'Atlantique. Dans ce cas, bien que le Tribunal conserve sa juridiction, le

⁶⁷ Transcription du 7 décembre 1989 à la p. 9.

directeur peut assumer les responsabilités prévues a la loi. Le Tribunal exercerait son pouvoir d'examen quand le directeur aurait approuvé l'acquéreur éventuel, sauf si, bien sûr, l'examen ne se faisait à la demande d'Impériale, en application du paragraphe 8 du POC.

À mon avis, il ne fait aucun doute que l'approbation d'un acquéreur éventuel par le directeur constitue une garantie appropriée. Le rôle du Tribunal n'est pas, selon moi, d'approuver les acquéreurs d'éléments d'actif, la compétence en ce domaine appartenant au directeur. Lorsque tous les éléments d'actif de la région doivent faire l'objet d'une ordonnance de dessaisissement, il est peu probable que l'on se demande si une part de ces éléments puisse servir de base à un concurrent aussi dynamique et important que le concurrent qui existait avant le fusionnement.

Comme il a déjà été souligné, les circonstances de la présente affaire sont tout à fait uniques. Au lieu de demander à Impériale de se dessaisir des éléments d'actif de Texaco dans la région de l'Atlantique - une région dans laquelle, de l'avis de tous, la concurrence n'existait pratiquement pas - l'on envisage un fractionnement ou une réduction de ces éléments d'actif.

Le fait d'exiger que l'identité de l'acquéreur, ses ressources financières, son expérience et ses compétences dans le secteur et ses plans soient communiqués au Tribunal permet aux parties de présenter une preuve supplémentaire, en leur faveur, pour démontrer que La solution qu'il propose est effectivement conforme aux critères établis.

Opinion concordante de madame Marie-Hélène Sarrazin sur La décision appropriée dans le cas des provinces de l'Atlantique

Dessaisissements dans les provinces de l'Atlantique

Je ne puis certes pas souscrire à l'opinion du directeur lorsqu'il affirme que [TRADUCTION] "dans La région de l'Atlantique canadien, le POC établit de nouveau la structure du marché qui existait avant le fusionnement"⁶⁸

Il m'est également impossible de conclure qu'un dessaisissement, sauf le dessaisissement de tous les éléments d'actif de cette région géographique, dans le cas d'une situation de marché non-concurrentiel avant le fusionnement, satisfait aux critères établis ou constitue une mesure acceptable pour le marché après le fusionnement.

⁶⁸ Avis de demande au par. 42.

Étant donné la situation qui prévalait dans la région de l'Atlantique avant le fusionnement, soit un marché très concentré dans lequel la concurrence n'existait pratiquement pas et la perte subséquente d'un concurrent dynamique, le niveau de risque toléré, dans le cas d'une division des éléments d'actif, devrait être très bas. Toute solution qui n'envisage pas de recréer, dans la mesure du possible, la situation du marché qui prévalait avant le fusionnement doit être évaluée de façon très critique.

Les différentes preuves présentées ont eu pour effet de créer un doute important dans mon esprit, qui m'amène à croire que le risque d'une diminution sensible de la concurrence présumée découler d'un fusionnement n'a vraisemblablement pas été éliminé, dans le cas du présent fusionnement, malgré les conditions du PROC.

Selon moi, la mesure de redressement appropriée, dans un cas comme celui de la région de l'Atlantique, est de revenir à une situation de marché semblable, dans la mesure du possible, à la situation qui existait avant le fusionnement, bien que de toute évidence cet objectif ne pourra jamais être complètement atteint et qu'il ne faut pas viser la solution optimale.

L'on a fait valoir, de façon très convaincante, que le marché [TRADUCTION] "est le meilleur juge de la combinaison déterminée des éléments d'actif qui devraient être acquis"⁶⁹ .

Dans ses observations du 10 novembre 1989, le Tribunal suggérait que le dessaisissement des éléments d'actif se fasse immédiatement et qu'il ne soit pas une solution de rechange.

A la suite de ces commentaires, le PROC donnait au directeur le droit d'exiger le dessaisissement d'éléments d'actif supplémentaires.

M. Addy faisait le commentaire suivant: [TRADUCTION] "Je crois que nous apportons la réponse à ce problème [concernant le dessaisissement de tous les éléments d'actif de la région de l'Atlantique], et nous suggérons que l'acquéreur décide [si cela] est nécessaire, au lieu de prendre une décision au préalable. C'est le marché qui, au cours du processus de soumission, nous dira si ces éléments d'actif sont nécessaires"⁷⁰.

Dans sa réponse, M. Pink affirme : [TRADUCTION] "Nous devrions mettre en vente tous les éléments d'actif en bloc et laisser à l'acquéreur la

⁶⁹ Transcription à la p.464.

⁷⁰ Transcription du 7 décembre 1989 à la p. 7.

faculté de décider s'il veut acheter tout le bloc"⁷¹ Il poursuit en disant que le processus pour obtenir l'approbation de dessaisissement supplémentaire est compliqué.

J'estime, à l'instar de M. Pink, que ce processus serait indûment compliqué et que, dans les cas où le marché permet d'en arriver à une solution efficace, il faut laisser aller les choses et ne pas intervenir. La solution prônée par le directeur consiste à vouloir préjuger les conditions du marché.

Il est impossible de prétendre que le dessaisissement de tous les éléments d'actif de la région de l'Atlantique serait la meilleure solution. Toutefois, en l'absence de preuves supplémentaires, cette solution me semble acceptable.

Opportunité de maintenir la compétence du Tribunal

D'après l'opinion que j'ai exprimée ci-dessus, Je suis évidemment d'avis que le Tribunal ne devrait pas conserver sa compétence. Tous les éléments d'actif de la région de l'Atlantique devraient faire l'objet d'un dessaisissement et être vendus en bloc. Le marché, c'est-à-dire l'acquéreur éventuel,

⁷¹ Transcription du 7 décembre 1989 à la p. 58.

déterminerait la composition des éléments d'actif qui seraient le plus viable dans la région de l'Atlantique.

Deuxièmement, si le Tribunal conservait sa compétence, il devrait se fier à son propre jugement pour décider si un acquéreur éventuel était convenable. Le Tribunal ne peut prétendre avoir les compétences requises pour prendre cette décision seul. Il est fort probable que j'aie besoin de l'opinion d'experts, ce qui demanderait la tenue d'audiences supplémentaires. Comme le dit M. Howard: [TRADUCTION] "des éléments de preuve et des interventions supplémentaires pourraient très bien réduire l'enthousiasme des acquéreurs éventuels qui tenteraient d'acquérir les éléments d'actif de la région de l'Atlantique"⁷²

Ce type d'examen pourrait être justifié à d'autres fins dans des situations différentes. Mais, je ne suis pas convaincue qu'au stade actuel des procédures cette solution devrait être adoptée. Je ne crois pas que le Tribunal devrait imposer aux parties une obligation de présenter des éléments de preuve supplémentaires à l'égard d'un acquéreur éventuel.

⁷² Transcription du 7 décembre 1989 à La p. 26.

D'autre part, je ne voudrais pas que le Tribunal refuse d'étudier des éléments de preuve supplémentaires si le directeur et Impériale estiment que cette solution pourrait aider à éliminer tout doute qui pourrait subsister.

Conclusion

Je suis d'avis qu'en l'absence de preuve supplémentaire, la solution appropriée, dans le cas des provinces de l'Atlantique, est le dessaisissement de tous les éléments d'actif de cette région.

Quant à l'obligation de conserver la compétence à l'égard de l'approbation d'un acquéreur, je m'y oppose. Je ne crois pas qu'en l'espèce, cela soit la solution appropriée, mais je laisserai aux parties le soin de décider si elles veulent adopter cette solution.

FAIT à Ottawa, ce 26^{ième} jour de janvier 1990.

SIGNÉ pour le Tribunal par le juge président.

(s) B. Reed
B. Reed