



#576 (a)

CT - 88 / 1

DANS L'AFFAIRE d'une demande du directeur des enquêtes et recherches en vertu du paragraphe 64(1) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, telle que modifiée;

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

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

E N T R E :

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

- et -

Air Canada
Services Air Canada Inc.
PWA Corporation
Lignes aériennes Canadien International
Pacific Western Airlines Ltd.
Lignes aériennes Canadien Pacifique
154793 Canada Ltd.
153333 Canada Limited Partnership
The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

Défenderesses

- et -

Association des consommateurs du Canada
American Airlines, Inc.
Procureur général du Manitoba
Alliance canadienne des associations touristiques
Bios Computing Corporation
Air Atonabee Limitée

Intervenants

MOTIFS DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT
DU 7 JUILLET 1989

Dates de l'audience :

Les 24 - 28 avril 1989

President d'audience :

L'honorable juge Barbara J. Reed

Juge :

L'honorable juge Barry L. Strayer

Autre membre :

Dr Frank Roseman

Avocats pour le demandeur :

Le directeur des enquêtes et recherches

John F. Rook, c.r.
Sandra J. Simpson
Randal T. Hughes
Trevor S. Whiffen
Philip H. Horgan

Avocats pour les défenderesses :

a) Air Canada

Marshall E. Rothstein, c.r.
Marc M. Monnin

b) PWA Corporation
Lignes aériennes Canadien International
(y compris Pacific Western Airlines Ltd., et
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée)

Jo'Anne Streckaf

- c) **Services Air Canada Inc.**
154793 Canada Ltd.
153333 Canada Limited Partnership
The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

Marshall E. Rothstein, c.r.
Marc M. Monnin
Jo'Anne Strekaf

Avocats pour les intervenants :

- a) **Association des consommateurs du Canada**

Janet Yale

- b) **American Airlines, Inc.**

Colin L. Campbell, c.r.
Lorne P. Salzman

- c) **Procureur général du Manitoba**

Neville D. Shende, c.r.

- d) **Alliance canadienne des associations touristiques**

Douglas Crozier

- e) **Air Atonabee Limitée**

Donald Kubesh

Représentant d'un intervenant :

Bios Computing Corporation

Ernst von Bezold

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE
MOTIFS DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT
DU 7 JUILLET 1989

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

Air Canada et autres

Le 3 mars 1988, le directeur a déposé une demande en vertu de ce qui était alors l'article 64 (maintenant l'article 92) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, en vue d'obtenir une ordonnance portant dissolution de Gemini. Gemini est l'entité qui résulte du fusionnement de deux systèmes informatisés de réservation, à savoir Resvec II exploité par Air Canada et Pegasus 2000 exploité par les Lignes aériennes Canadien Pacifique¹. Ce fusionnement a été

¹ L'Exposé conjoint des faits, déposé par le directeur et les défenderesses, décrit comme suit le fusionnement :

[TRADUCTION]

...(A) **Le fusionnement**

2. Air Canada ("AC") est une société prorogée sous le régime de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* en vertu de la *Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada*, 35-36-37 Elizabeth II, ch. 44.

3. AC est l'un des plus grands transporteurs aériens au Canada et exploite un réseau d'itinéraires intérieurs, transfrontières et internationaux. Avant le 1^{er} juin 1987, AC exploitait un système informatisé de réservation

réalisé le 1^{er} juin 1987. Les Lignes aériennes Canadien Pacifique est

("SIR") sous le nom commercial Reservec II ("Reservec"). Le 1^{er} mai 1987, AC a transféré certains éléments d'actif de Reservec à une filiale en propriété exclusive, Services Air Canada Inc. (maintenant 160092 Canada Inc.), en échange d'actions de Services Air Canada Inc.

4. PWA Corporation ("PWAC") est une société constituée en vertu des lois de l'Alberta le 22 février 1956 et prorogée sous le régime de la *Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, telle que modifiée, le 27 janvier 1983. PWAC est l'unique propriétaire des Lignes aériennes Canadien International ("CDN"), qui est le successeur issu de la fusion, le 1^{er} janvier 1988, de Pacific Western Airlines Ltd. ("PWAL") et des Lignes aériennes Canadien Pacifique ("LACP"). CDN est l'un des plus grands transporteurs aériens au Canada et exploite un réseau d'itinéraires intérieurs, transfrontières et internationaux. Avant le 1^{er} juin 1987, LACP possédait et exploitait un SIR appelé Pegasus 2000 ("Pegasus"). Le 31 mai 1987, certains éléments d'actif de Pegasus ont été transférés de LACP à la société 154793 Canada Ltd. ("154793") en contrepartie d'actions de 154793.

5. Le 1^{er} juin 1987, AC et PWAC ont fusionné Reservec et Pegasus pour constituer un seul SIR connu sous le nom de Gemini. AC et PWAC ont à l'origine constitué la société 153333 Canada Limited Partnership (maintenant The Gemini Group Limited Partnership, ci-après le "Limited Partnership") et ont transféré au Limited Partnership les actions des Services Air Canada Inc. et de 154793 et les éléments d'actif de Reservec et de Pegasus qui n'avaient pas précédemment été transférés aux Services Air Canada Inc. et à 154793. 153333 Canada Inc. (maintenant The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc., ci-après "General Partner") a été chargée de gérer le commerce et les affaires du Limited Partnership. AC et PWAC sont chacune propriétaire à 50 % du Limited Partnership et du General Partner (collectivement, "Gemini").

6. Gemini a son siège social à Toronto, où sont basées ses activités de développement du système. Ses processeurs centraux sont à Winnipeg. Gemini a 638 employés au Canada.

le prédécesseur des Lignes aériennes Canadien International (ci-après "Canadien"), dont l'unique propriétaire est PWA Corporation.

Air Canada et PWA Corporation ont signé, le 15 mars 1989, avec Covia Partnership, un protocole d'entente qui envisage que Covia deviendra propriétaire à un tiers de Gemini. Covia Partnership bénéficie de la participation d'entités comme United Airlines, US Air, British Airways, KLM, SwissAir et Alitalia. Covia est propriétaire d'Apollo, système informatisé de réservation exploité aux États-Unis et est membre fondateur de Galileo, consortium européen propriétaire d'un système informatisé de réservation .

Le 24 avril 1989, le directeur et les défenderesses ont déposé une demande en vertu de l'article 105 (antérieurement l'article 77) de la *Loi sur la concurrence*, en vue d'obtenir une ordonnance par consentement qui imposerait aux défenderesses certaines exigences de conduite. Les défenderesses sont disposées à accepter ces contraintes afin de soustraire la création, par fusionnement, du Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. à une contestation de la part du directeur.

Renseignements de base

Air Canada et Canadien sont des serveurs de systèmes informatisés de réservation ("serveurs de SIR") qui exploitent, respectivement, les systèmes Reservec II et Pegasus 2000. Les serveurs de SIR diffusent des renseignements sur les horaires, les tarifs, les règles et les places disponibles des lignes aériennes aux agents de voyage et offrent des services informatisés de réservation de transport aérien. De plus, les serveurs de SIR fournissent des renseignements et des services de réservation pour d'autres facilités de voyage comme les chambres d'hôtel, la location de voitures, les visites guidées, les billets de théâtres. Les services de renseignement et de réservation sont fournis aux agents de voyage, comme le matériel nécessaire, par exemple, les terminaux de réservation ("terminaux SIR") utilisés pour avoir accès au système informatisé de réservation.

Les agents de voyage versent des frais d'abonnement aux serveurs de SIR pour les services et le matériel connexe. Ces abonnements ne représentent toutefois pas la principale source de recettes des serveurs de systèmes. En effet, l'essentiel des recettes provient des redevances de réservation qui sont versées par le fournisseur des services de voyage au serveur pour chaque service retenu par un agent de voyage au moyen du système informatisé de réservation du serveur. Ainsi, pour les réservations de places à bord

des vols en Amérique du Nord, les lignes aériennes versent actuellement 1,85 \$ US au serveur du SIR par segment de vol qu'un agent de voyage réserve par l'intermédiaire du serveur. Lorsqu'un lien informatique d'un genre plus perfectionné est employé, comme c'est parfois le cas aux États-Unis, la redevance est de 2,10 \$ US par segment de vol. On entend, par segment de vol, un voyage sur un vol direct qui peut comporter des escales, mais qui n'exige aucune correspondance (aucun changement d'avion). Pour les serveurs de SIR, les abonnements représentent une source de recettes relativement négligeable, comme en témoigne le fait que les serveurs fournissent souvent, gratuitement ou pour moins que leur coût, les services et le matériel de SIR aux agents de voyage.

Environ 70 % des billets d'avion sur des vols réguliers vendus au Canada le sont par des agences de voyage et à peu près 97 % de ces billets sont vendus par des agences de voyage dotées d'un SIR. Le reste, soit 30 %, des billets vendus au Canada sont vendus directement par les lignes aériennes au public voyageur. Il importe en outre de signaler que la principale source des recettes des agents de voyage ne provient pas directement de leurs clients, mais bien des commissions versées par les lignes aériennes ou les autres fournisseurs de services de voyage. Les lignes aériennes versent aux agents de voyage des commissions variant entre 8 et 10 % de la valeur des billets vendus.

Au Canada, comme ailleurs dans le monde, les SIR sont issus des systèmes internes de réservation des grands transporteurs aériens. Les lignes aériennes ont élaboré des systèmes informatisés de réservation pour leur propre usage interne, puis ont constaté qu'en accordant aux agents de voyage l'accès à leur système, tout le processus de réservation et de délivrance de billets gagnerait en efficacité. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, les deux grands transporteurs aériens canadiens, Air Canada et Canadien (à l'époque, Lignes Aériennes Canadien Pacifique) ont chacun mis au point leur propre SIR (Reservec II et Pegasus 2000, respectivement). Chaque SIR a, avec la ligne aérienne qui en est propriétaire, des rapports particuliers, qui tiennent à la genèse de chaque système et aux limitations technologiques ayant présidé à son développement. Chaque ligne aérienne, Air Canada et Canadien, est "servie" dans le SIR dont elle est propriétaire. Chaque ligne aérienne "participe" dans les SIR dont d'autres sont propriétaires. Le SIR qui sert un transporteur a un meilleur accès au répertoire des places disponibles de celui-ci et peut ainsi offrir un meilleur service aux agents de voyage qui sont ses abonnés, notamment sous la forme de l'accessibilité aux dernières places².

² L'Exposé conjoint des faits décrit comme suit la situation :

[Traduction]

24. Une ligne aérienne peut être représentée dans un SIR soit à titre de "transporteur servi", soit à titre de "transporteur participant". S'il est transporteur servi, il incorpore toute son information répertoriée dans le SIR. Dans ce cas, le SIR fournit au transporteur à la fois un système de réservation et de gestion interne lui

permettant de gérer son stock de sièges et un système de réservation externe pour distribuer son produit aux agents de voyage et, en fin de compte, aux consommateurs. Une ligne aérienne peut être "servie" dans un seul système. AC et CDN et leurs affiliées sont maintenant servies avec Gemini dans Reservec et Pegasus respectivement.

25. Si la ligne aérienne est un "transporteur participant", le SIR lui fournit un système de réservation externe pour distribuer son produit aux agents de voyage, mais ne lui fournit pas un système de réservation et de gestion interne. AC et CDN et leurs affiliées respectives qui utilisent des indicatifs communs participent actuellement à Sabre, Apollo, Datas II, PARS et System One. AC et CDN (et son prédécesseur LACP) ont participé sans interruption dans ces SIR depuis 1978 et 1984 respectivement. Les filiales d'AC et de CDN ont participé dans ces SIR depuis qu'elles ont commencé à utiliser les indicatifs "AC" et "CP".

26. Le SIR contient les renseignements sur les tarifs, les horaires et la disponibilité des places; ces renseignements sont communiqués directement par les transporteurs ou obtenus d'agences centrales financées par les transporteurs, telles que l'Air Tariff Publishing Company ("ATP") et l'Official Airline Guide ("OAG"). L'ATP recueille les renseignements sur les tarifs des lignes aériennes et l'OAG, sur leurs horaires. AC et CDN communiquent à OAG et ATP des renseignements concernant leurs horaires, leurs tarifs et les règles s'appliquant aux tarifs et ceux de leurs affiliées qui utilisent le même indicatif.

27. Les renseignements sur la disponibilité des places sont déterminés par le transporteur participant. Lorsque le nombre de places vendues atteint un certain plafond, l'ordinateur de réservation interne du transporteur émet un message "fin des ventes". Par exemple, sur un vol qui compte cent places, la ligne aérienne participante peut décider de bloquer les ventes par les SIR dans lesquels elle n'est pas un transporteur servi à partir de la 95^e place. Cette réserve de place est rendue nécessaire par le fait que la communication des messages de réservation des places et de confirmation des réservations sont ordinairement transmises au moyen d'un système électronique de télécriteur exploité par l'Aeronautical

Alors qu'à l'origine seul un SIR qui "servait" une ligne aérienne avait accès aux dernières places disponibles de cette ligne, le progrès technologique a permis la mise au point de liens d'accès direct. Selon l'Exposé conjoint des faits, ces liens sont de deux grands genres : "consultation sans réservation" et "consultation avec réservation"³.

Radio Inc. ("ARINC"). Les retards de réception des messages peuvent être considérables et une réserve de places est donc nécessaire pour éviter de vendre plus de places que n'en compte le vol. Dans le cas d'un transporteur servi, aucune réserve n'est nécessaire et toutes les places disponibles figurent ordinairement sur l'affichage principal.

28. La capacité de faire et de confirmer les réservations des quelques dernières places sur un vol (qu'on appelle "accessibilité aux dernières places") permet aux agents de voyage d'offrir un meilleur service, en particulier aux gens d'affaires qui souhaitent des places sur les vols très achalandés. Pour bénéficier de l'accessibilité aux dernières places, l'agent de voyage doit utiliser le SIR dans lequel la ligne aérienne est servie ou un autre SIR qui a un lien électronique d'accès direct à la base de données de la ligne aérienne en question.

³ L'Exposé conjoint des faits décrit les liens comme suit :

[Traduction]

29. Les liens d'accès direct sont généralement de deux genres : "consultation sans réservation" et "consultation avec réservation". Les liens "consultation sans réservation" permettent à l'agent de voyage abonné de sortir de l'affichage intégré du SIR pour voir la disponibilité des places qui apparaît dans le système interne de réservation de la ligne aérienne participante. Par exemple, l'agent de voyage pourrait voir, sur l'affichage intégré, un message de non-disponibilité ou de fin des ventes mais, en passant au mode d'accès direct, il pourrait constater qu'il reste de fait cinq places à vendre. L'agent enverrait alors un message de réservation par télétype du SIR à l'ordinateur du système

Un lien d'accès direct permet à un SIR autre que celui dans lequel une ligne aérienne est servie de pouvoir réserver les dernières places disponibles de cette ligne aérienne.

Au Canada, il y a actuellement cinq serveurs de SIR en exploitation : Gemini, Sabre, Apollo, PARS et System One. Au milieu de l'année 1988, Apollo, PARS et System One détenaient des parts négligeables du marché. Sabre, qui est propriété d'American Airlines, représentait presque 20 % du marché. En raison du fusionnement, Gemini représentait environ 80 % du marché, d'après soit le nombre

interne de réservation. Aux États-Unis, il est pratique courante d'assigner à un tel message de réservation un code de désignation spécial qui signifie l'acceptation de la réservation par la ligne aérienne participante.

30. Les liens "consultation avec réservation" ont été mis au point récemment pour permettre à un abonné du SIR de voir le nombre de places d'une ligne aérienne participante et d'en réserver sur-le-champ, diminuant le nombre disponible en conséquence. Les liens "consultation avec réservation" apportent aux transporteurs participants un service SIR comparable à celui dont bénéficie le transporteur servi.

31. Tous les serveurs de SIR aux États-Unis ont des liens d'accès direct du genre "consultation sans réservation" avec les principaux transporteurs américains. Deux serveurs de SIR (Pars et Apollo) ont des liens "consultation avec réservation", tandis que deux autres (Sabre et System One) ont indiqué qu'ils en mettaient au point. À l'heure actuelle, il n'y a que quelques transporteurs participants qui, aux États-Unis, utilisent effectivement des liens "consultation avec réservation". Il n'y a actuellement aucun lien de ce genre en exploitation au Canada. Il y a des liens "consultation sans réservation" en place d'AC à Pegasus, de CDN à Reservec, de Wardair à Reservec et de Wardair à Sabre.

de terminaux SIR, soit le nombre de segments de vol réservés (constitués, approximativement, à 69 % par Reservec II et à 11 % par Pegasus 2000). Les éléments de preuve font également état d'une autre mesure de la part du marché, quoique moins utile, à savoir les emplacements d'agences de voyage. Il s'agit d'une mesure moins fiable que celles susmentionnées du fait des importantes différences de taille des agences.

Dans le passage précédent et ailleurs dans le texte, le terme "marché" est employé sans trop de rigueur pour faciliter l'exposé et parce que la précision des définitions n'est pas déterminante dans le présent contexte. Dans le cas des SIR, il est utile de considérer les marchés comme locaux; les marchés des lignes aériennes peuvent être définis comme la liaison entre des paires de villes. Plus loin dans le texte, lorsqu'il s'agira des marchés des SIR, une plus grande précision s'imposera.

À l'origine, chaque SIR était associé à une seule ligne aérienne. Les grands SIR exploités aux États-Unis ont été établis de cette façon. Au cours des dernières années, quatre consortiums ont été créés à l'extérieur des États-Unis, deux en Europe et deux dans la région Asie-Pacifique⁴.

⁴ Les paragraphes 36 à 39 et les tableaux 1 et 2 de l'Exposé conjoint des faits révèlent ce qui suit :

[Traduction]

Air Canada et Canadien (avec Wardair) dominent le marché du transport aérien intérieur au Canada. Leur domination est moins marquée sur le marché transfrontalier et international du transport de passagers. Selon l'Exposé conjoint des faits, leur part de ce marché représente moins de 50 %⁵. Vu la position dominante d'Air Canada et

36. Il y a cinq serveurs de SIR actuellement en exploitation aux États-Unis, tous propriété d'un ou de plusieurs transporteurs aériens [...].

D'après le tableau 1, il s'agit des serveurs suivants, le nom des transporteurs aériens propriétaires figurant entre parenthèses : Sabre (American Airlines), Apollo (United Airlines, US Air, British Airways, KLM, SwissAir, Alitalia), System One (Continental Airlines, Eastern Airlines), PARS (TWA, Northwest Airlines) et Datas II (Delta Airlines).

[Traduction]

37. Le 27 janvier 1989, American Airlines et Delta Airlines ont annoncé leur intention de fusionner Sabre et Datas II [...].

38. Il y a plusieurs serveurs de SIR actuellement en exploitation en Europe, propriété des lignes aériennes nationales des divers pays d'Europe. Bon nombre des transporteurs aériens européens se sont associés à l'un de deux consortiums en vue d'atteindre la même fonctionnalité améliorée qu'offrent les systèmes américains (System One dans le cas d'Amadeus et Apollo, dans le cas de Galileo).

D'après le tableau 2, les deux SIR européens sont Amadeus (Lufthansa, Iberia, Air France, Air Inter, SAS, JAT, Finnair, Braathens, Icelandair, Adria, UTA) et Galileo (British Airways, Alitalia, SwissAir, Olympic Airways, KLM, Sabena, TAP, Aer Lingus, Austrian Airlines).

39. Un SIR a déjà été mis sur pied dans la région Asie-Pacifique (Abacus) et un autre fait l'objet de négociation (Fantasia). À l'heure actuelle, Abacus est la propriété conjointe d'un consortium de transporteurs, Singapore International Airlines et Cathay Pacific.

⁵ Paragraphe 15.

Canadien sur le marché intérieur, un SIR au Canada doit avoir accès aux systèmes de réservation de ces transporteurs pour espérer intéresser les agents de voyage canadiens⁶. Comme Sabre ne

⁶ L'Exposé conjoint des faits décrit l'aviation commerciale de la façon suivante :

[Traduction]

7. Avant 1984, l'aviation commerciale canadienne était assujettie aux politiques fédérales et à une réglementation économique d'envergure.

8. Depuis 1937, date de constitution en société d'AC, jusqu'en 1959, la politique du gouvernement fédéral prévoyait un transporteur aérien national. En 1959, la politique fédérale a reconnu LACP en tant que transporteur national, mais limitait ses opérations. La politique de 1966 sur les transporteurs aériens régionaux prévoyait cinq transporteurs régionaux ayant des activités circonscrites à certaines régions : Pacific Western Airlines en Colombie-Britannique et en Alberta, Transair dans les Prairies, Nordair dans le Centre du Canada, QuébecAir au Québec et Eastern Provincial Airways dans les provinces maritimes.

9. L'implantation d'entreprises dans l'aviation commerciale et les tarifs imposés par les lignes aériennes étaient assujettis à la politique du gouvernement limitant les rôles de LACP et des transporteurs régionaux et à la réglementation exhaustive de la Commission canadienne des transports, prédécesseur de l'Office national des transports.

10. En mai 1984, le gouvernement fédéral a révisé sa politique de façon à éliminer la distinction de rôles entre les transporteurs nationaux et régionaux. Les restrictions applicables aux opérations de LACP et des transporteurs régionaux ont été supprimées. Entre 1984 et 1987, la réglementation visant l'implantation sur le marché et les tarifs a été assouplie et, avec l'adoption de la *Loi nationale de 1987 sur les transports*, le secteur a été, dans une large mesure, déréglementé dans le Sud du Canada (dans le Nord, l'implantation sur le marché et les tarifs demeurent réglementés).

11. En 1984, LACP a pris une expansion nationale en se portant acquéreur d'Eastern Provincial Airways et de

bénéficie pas de cet accès, il est manifeste que la pénétration de Sabre sur le marché canadien ne s'est produite qu'en raison de sa fonctionnalité supérieure⁷. Le terme "fonctionnalité" est employé dans la preuve et dans les présents motifs pour désigner les caractéristiques de service et la taille de la base de données qu'un serveur de SIR peut offrir à ses abonnés au moyen du SIR⁸.

Nordair. En décembre 1986, PWAC a acquis LACP pour former CDN. En mars 1989, PWAC a présenté une offre d'acquisition de Wardair Inc., société mère de Wardair Canada Inc., qui était arrivée en 1985 sur le marché intérieur du service régulier de transport de passagers.

12. En 1987, l'ensemble des kilomètres-voyageurs payants sur les vols intérieurs d'AC, de CDN et de Wardair se répartissait à raison de 52,7 %, 40,7 % et 6,6 %, respectivement.

⁷ Au paragraphe 10 du Résumé du témoignage de Richard S. Kunz, directeur général de Sabre Canada, déposé par American Airlines le 20 avril 1989, il est déclaré :

[Traduction]

La plupart des clients de Sabre sont les agences plus importantes, c'est-à-dire celles dont les recettes au bilan bénéficiaire dépassent 2 millions de dollars par an. Ordinairement, elles bénéficient d'un achalandage marqué des voyageurs d'affaires. C'est principalement en raison de la fonctionnalité supérieure de Sabre, comparativement à ce qu'offrent les SIR canadiens, que les agences de cette catégorie ont été attirées à Sabre, car ce sont elles qui peuvent ordinairement le mieux en apprécier la valeur. Ces agents sont également en mesure de supporter les frais d'un terminal Reservec leur donnant accès aux dernières places disponibles sur les vols d'Air Canada et de ses transporteurs affiliés.

⁸ Le paragraphe 11 du Résumé du témoignage de M. Kunz décrit comme suit la fonctionnalité de Sabre :

[Traduction]

La supériorité fonctionnelle de Sabre est manifeste sur

Ordonnance par consentement demandée

Bien qu'à l'origine le directeur ait demandé une ordonnance portant dissolution du fusionnement Reservec II - Pegasus 2000, il a déterminé que l'imposition de conditions à Air Canada, Canadien et Gemini engendrerait une situation dans laquelle le fusionnement pourrait être maintenu sans pour autant entraîner une diminution sensible de la concurrence.

L'ordonnance est constituée de deux parties distinctes. La première énonce les obligations imposées principalement à Air Canada et à Canadien et, indirectement, aux lignes aériennes qui leur sont affiliées. La seconde partie se présente sous la forme des Règles régissant les systèmes informatisés de réservation ("Règles régissant les SIR"), qui déterminent la conduite de Gemini et des lignes

plusieurs plans, à savoir une information plus exhaustive sur les horaires et les tarifs, la fonction STARS qui permet à un agent de voyage d'emmagasiner et d'extraire des profils de clients de façon à pouvoir créer et consulter instantanément les dossiers de passagers, les programmes Bargain Finder qui permettent de trouver les tarifs les plus bas, le Shoppers Fair Quote qui communique à l'agent de voyage tous les tarifs ordinaires et promotionnels, du plus bas au plus élevé, pour une liaison, le Corporate Travel Policy qui relève et vérifie des segments d'itinéraire d'un voyageur pour assurer le respect des instructions données, la préservation des places et l'impression des cartes d'embarquement pour un certain nombre de lignes aériennes et de nombreuses autres fonctions. Ces caractéristiques permettent aux agents de voyage d'offrir un meilleur service à leur clientèle, et ce, de façon plus productive.

aériennes qui en sont propriétaires. (Sabre et les autres SIR, de même que les lignes aériennes qui en sont propriétaires, seront liés par les règles en vertu d'obligations contractuelles dans l'éventualité où ils concluent avec Air Canada et Canadien des ententes prévoyant des liens d'accès direct.) Les obligations qu'imposent les Règles régissant les SIR aux lignes aériennes propriétaires sont, dans une large mesure, reprises dans la première partie de l'ordonnance, car il est prévu que les règles pourront être révoquées ou modifiées dans l'éventualité où, au Canada, à l'instar d'autres pays, les SIR feraient l'objet d'une réglementation gouvernementale.

Conditions - Gemini - Règles régissant les SIR

C'est dans les Règles régissant les SIR que se trouve l'essentiel des conditions applicables aux opérations de Gemini. Les règles énoncent le code de conduite dans l'exploitation des SIR "en vue d'empêcher toute pratique injuste, trompeuse, abusive ou anticoncurrentielle dans le transport aérien ou la fourniture de systèmes et services aux abonnés par l'intermédiaire de tels systèmes" (alinéa 2a)).

Les Règles régissant les SIR portent principalement sur l'affichage des renseignements par Gemini à l'intention des agents de voyage qui sont ses abonnés, les rapports entre, d'une part, Gemini et ses transporteurs participants et, d'autre part, Gemini et ses

abonnés et l'accès des abonnés, par l'intermédiaire du système, aux améliorations de services, comme la capacité de préservation des places.

Aux termes des règles, Gemini est tenue d'afficher des renseignements à l'intention des agents de voyage, au moyen de terminaux d'ordinateurs, de façon non biaisée, opportune et exacte. Gemini est obligée de conclure des contrats avec tous les transporteurs aériens qui souhaitent participer à son système sur une base non discriminatoire et sans imposer comme condition de participation l'achat ou la vente de tout autre bien ou service. Les contrats d'abonnement passés par Gemini avec ses agents de voyage ne peuvent avoir une durée supérieure à trois ans, ni contenir une clause de report. Les contrats ne peuvent non plus renfermer des clauses de dommages-intérêts conventionnels ayant trait aux redevances de réservation ou aux recettes des lignes aériennes, deux points qui ont motivé d'importantes réclamations en dommages-intérêts conventionnels aux États-Unis. Gemini est tenue d'offrir à tous les abonnés toutes les améliorations qui sont mises à sa disposition par ses transporteurs participants.

Ces règles d'exploitation sont semblables à celles imposées aux serveurs de SIR aux États-Unis en 1984 par le Civil Aeronautics Board (CAB) et qui sont appliquées par le Department of Transportation depuis l'abolition du CAB. En Europe, la Commission

européenne de l'aviation civile (CEAC) a entamé, au milieu de 1987, des travaux en vue de l'établissement d'un code de conduite, actuellement publié à titre de ligne directrice. La Direction générale des transports de la Commission européenne a également un projet de règlement des SIR qui, s'il est entériné par le Conseil des ministres, aura force de loi dans la Communauté économique européenne.

Il a été donné au Tribunal de comprendre que le fait d'imposer des règles à Gemini devait être vu comme une mesure provisoire, puisqu'on prévoit que l'industrie des SIR au Canada sera tôt ou tard réglementée par voie législative.

Gemini n'est pas actuellement en mesure de se conformer aux Règles régissant les SIR en ce qui concerne l'affichage, le chargement et les améliorations du fait des limitations d'ordre technologique des systèmes Reservec et Pegasus. Cela tient à la conception et à la structure de ces systèmes. Par exemple, l'algorithme d'affichage qui est actuellement utilisé dans Reservec tend à avantager les transporteurs servis dans Reservec au détriment des transporteurs participants. Le directeur et les défenderesses affirment qu'il ne serait pas possible de corriger ces problèmes sans procéder à une restructuration globale du système actuel. Il apparaît que, pour se conformer aux Règles régissant les SIR qui exigent des affichages non discriminatoires, il serait plus rapide d'acheter des logiciels de remplacement, selon l'expression utilisée dans la preuve.

L'acquisition de ces logiciels permettra aussi à Gemini d'offrir des fonctionnalités de pointe, comparables à celles actuellement offertes par Sabre et par d'autres SIR aux États-Unis. Il est prévu que Gemini collaborera avec Covia en vue de l'élaboration d'un logiciel fondé sur celui utilisé par Apollo aux États-Unis. On s'attend que la conversion au nouveau système par les agents de voyage abonnés à Gemini débutera vers le milieu de 1990.

Conditions - Air Canada et Canadien - Liens d'accès direct

L'ordonnance par consentement exige qu'Air Canada et Canadien offrent à tous les SIR exploités au Canada un lien d'accès direct à leur système de réservation respectif, à condition que les transporteurs propriétaires des autres SIR offrent un accès réciproque à Gemini. Ces liens doivent être pleinement opérationnels, et les réservations qui sont faites par ce moyen doivent être honorées, conformément aux pratiques de l'industrie.

Les liens d'accès direct du genre "consultation sans réservation" sont dès maintenant technologiquement possibles, si bien que depuis le fusionnement, un tel lien a été mis en place entre Reservec et Canadien et un autre, entre Pegasus et Air Canada. Tous les serveurs de SIR aux États-Unis ont des liens d'accès direct aux grands transporteurs américains peu importe que le transporteur soit propriétaire ou non du SIR. Si, dans le passé, il y avait eu une plus

grande concurrence sur le marché canadien du transport aérien, les forces du marché auraient probablement suscité la création des liens d'accès direct, comme cela fut le cas aux États-Unis.

L'ordonnance n'oblige pas Air Canada et Canadien à fournir des liens d'accès direct aux autres SIR exploités au Canada avant le 31 janvier 1990. La seule raison qui motive ce délai est le temps nécessaire à Gemini pour obtenir des fonctionnalités comparables à celles de Sabre avant qu'Air Canada et Canadien ne soient tenues d'offrir des liens d'accès direct à ce SIR. L'ordonnance prévoit qu'à mesure que des liens "consultation avec réservation" plus perfectionnés deviendront disponibles, Air Canada et Canadien seront obligées d'offrir des liens de ce genre à tous les SIR exploités au Canada, pour peu que de tels liens soient offerts à Gemini par les transporteurs propriétaires des autres SIR.

Autres conditions - Air Canada et Canadien

Les autres conditions imposées à Air Canada et à Canadien comprennent l'exigence de fournir, immédiatement et sans condition, des renseignements complets, précis et à jour sur leurs horaires, leurs tarifs et la disponibilité des places par classe à tous les SIR exploités au Canada, sur la même base et au même moment qu'ils sont communiqués à Gemini. Air Canada et Canadien se voient également imposer l'obligation absolue de participer à tous les autres SIR

exploités au Canada à des conditions commerciales raisonnables. Air Canada et Canadien sont également tenues d'offrir, à tous ces SIR, des facilités comme une capacité sur le plan des réservations à l'avance et des cartes d'embarquement aux mêmes conditions que celles offertes à Gemini dans l'éventualité où les transporteurs propriétaires des autres SIR offrent de telles facilités à Gemini.

En tant que propriétaires de Gemini, Air Canada et Canadien sont également concernées par l'exploitation de Gemini et, à ce titre, elles sont expressément visées par certaines des dispositions des Règles régissant les SIR, notamment celles qui interdisent aux transporteurs propriétaires de tenter d'influencer des abonnés à adopter Gemini en exerçant des pressions par le biais des commissions ou des autres incitatifs offerts par les lignes aériennes ou en refusant arbitrairement d'émettre des billets par l'intermédiaire d'autres systèmes.

Mécanisme d'exécution

Les défenderesses seront liées par l'ordonnance, dont les Règles régissant les SIR, à compter de la date de son entrée en vigueur, sous réserve seulement des exemptions accordées à Gemini dans les cas où il lui est, pour le moment, technologiquement impossible de s'y conformer. De plus, PWA Corporation a accepté de prendre les mesures pour que Wardair, dont elle est maintenant

propriétaire, se conforme à l'ordonnance dans la même mesure que Canadien est tenue de s'y conformer.

En cas de non-respect de l'une ou l'autre des conditions de l'ordonnance par n'importe laquelle des parties, toute partie ayant un intérêt à faire exécuter l'ordonnance et, éventuellement, toute tierce partie qui en est bénéficiaire pourrait entamer une procédure d'outrage au Tribunal. L'article 74 (anciennement l'article 46.1) de la *Loi sur la concurrence* prévoit que le défaut de se conformer à une ordonnance du Tribunal peut être sanctionné par une amende ou une peine d'emprisonnement.

L'exécution à titre privé est également prévue dans l'ordonnance. Pour faire en sorte que d'autres SIR, exploités au Canada, mais non réglementés, ne soient avantagés par rapport aux défenderesses du fait des contraintes imposées à ces dernières par l'ordonnance, la prestation de liens d'accès direct par Air Canada et Canadien dépend, non seulement de ce que celui qui obtient le lien offre une capacité réciproque, mais aussi de ce qu'il consente à un contrat qui incorpore les conditions de l'ordonnance applicables à l'exploitation des liens et, intégralement, les Règles régissant les SIR. C'est ainsi que tous au sein de l'industrie sont sur "un pied d'égalité" et, en outre, que la possibilité, à tout le moins, est donnée aux parties à des contrats prévoyant de tels liens de faire exécuter ces obligations

en intentant des poursuites en vue d'obtenir une injonction ou un dédommagement.

Positions des intervenants

Exception faite de l'Association des consommateurs du Canada, aucun des intervenants ne s'oppose à l'ordonnance. L'opposition de l'Association des consommateurs a plusieurs motifs. Ceux soulignés dans les arguments sont les suivants : le règlement ne résout pas comme il se doit le problème de la diminution de la concurrence sur le marché des SIR qui résultera du fusionnement, en particulier dans les petits centres; le règlement ne limite d'aucune façon le pouvoir des défenderesses sur le marché, mais cherche seulement à en contraindre l'exercice et, dans le présent cas, une solution comportementale n'est pas propice à un problème structurel; le règlement ne tient pas suffisamment compte du fait que le fusionnement augmente les possibilités de collusion entre les deux transporteurs aériens en position dominante au Canada.

American Airlines ne s'oppose pas à l'orientation générale de l'ordonnance, mais cherche à y faire apporter certaines modifications. American soutient qu'il y aurait de nombreuses modifications à apporter pour faire de l'ordonnance un instrument propre à assurer un climat concurrentiel après le fusionnement et prétend que ces améliorations pourraient être adoptées sans que cela nuise aux défenderesses.

Air Atonabee Limited (City Express) ne s'oppose pas à l'ordonnance par consentement demandée. Au contraire, elle approuve sans équivoque le règlement et presse le Tribunal de rendre l'ordonnance en conséquence. Bien qu'à l'origine Air Atonabee se soit opposée au fusionnement, son avocat a expliqué à l'audience qu'un accord était intervenu entre Air Atonabee et Gemini le 20 avril 1989. Cet accord dissipe la principale inquiétude d'Air Atonabee, qui concernait l'affichage Gemini, antérieurement Reservec. Ce système ne donnait pas à l'agent de voyage cherchant des renseignements sur les vols à destination ou en provenance de Toronto l'affichage des vols à destination ou en provenance de l'Aéroport de Toronto Island de la même façon qu'il le fait pour ceux de l'Aéroport international Pearson de Toronto. L'Aéroport de Toronto Island n'est pas desservi par Air Canada, tandis qu'il l'est par City Express. Un problème semblable existe pour ce qui est des vols à destination et en provenance de New York par l'Aéroport de Newark. À l'audience, l'avocat de City Express a informé le Tribunal que :

[Traduction]

[...] l'affichage général des disponibilités par Reservec pour Toronto et pour New York, lorsqu'on utilise les codes à trois lettres YYZ et NYC a exclu, respectivement, l'Aéroport de Toronto Island et l'Aéroport de Newark.

Il en résulte que City Express a été considérablement désavantagée sur le plan de la concurrence pour ce qui est de ses vols à destination et en provenance de Toronto et de Newark.

De l'avis de notre client, ce désavantage aurait été maintenu si le fusionnement était allé de l'avant sans

condition. Toutefois, le 20 avril 1989, Gemini et City Express ont conclu un accord par lequel Gemini s'engageait à modifier les affichages Reservec de façon à donner un affichage intégré pour une ville desservie par plusieurs aéroports, grâce à un code désignant seulement la ville; l'affichage intégré indiquant plusieurs aéroports demeurera disponible après la mise en oeuvre du matériel informatique de remplacement.

Les modifications apportées à Reservec ont directement trait et remédient aux difficultés éprouvées par City Express avec les affichages Reservec existants. Par conséquent, le désavantage actuel de City Express découlant des affichages Reservec sera supprimé à la source et sa position concurrentielle sera ainsi renforcée.

L'accord du 20 avril entre Gemini et City Express ne sera valide que si le Tribunal rend l'ordonnance par consentement sous la forme proposée⁹ ou sous toute autre forme qui satisfera les défenderesses.

L'Alliance canadienne des associations touristiques approuve également l'ordonnance par consentement. En effet, cet organisme ne s'opposait pas au fusionnement, même en l'absence de toute règle ou contrainte comportementale imposée aux défenderesses. L'Alliance ne partage pas les inquiétudes de l'Association des consommateurs, ni celles exprimées par d'autres personnes, quant aux importantes répercussions anticoncurrentielles que le fusionnement aurait dans les plus petits centres, pas plus qu'elle ne s'inquiète que le fusionnement pourrait faciliter la collusion entre les deux grands transporteurs canadiens et encourager les pratiques de ventes liées. Le soutien exprimé par l'Alliance, tantôt pour le fusionnement, maintenant pour

⁹ Voir pages 918-919 de la transcription.

l'ordonnance par consentement, procède de son souci que survive un SIR à caractère canadien. Elle juge que, sans le fusionnement, Pegasus risque fort d'être un échec. Dans pareil cas, les agents de voyage dans les petits centres se retrouveraient de toute façon avec un seul serveur de SIR, à savoir Reservec. L'autre possibilité que voit l'Alliance est que Reservec et Pegasus s'associeraient, chacun de leur côté, avec deux des grands SIR internationaux et perdraient ainsi leur caractère canadien.

En l'absence du fusionnement, il est vraisemblable que tant Reservec que Pegasus se seraient affiliés à l'un ou l'autre des grands SIR internationaux. De fait, il y avait eu des négociations poussées entre Pegasus et Sabre avant les négociations ayant abouti à la création de Gemini. Les fonctionnalités de Reservec comme de Pegasus accusent un retard par rapport à ce qui est disponible ailleurs et tous deux, sous l'effet de la concurrence de Sabre, sentaient le besoin d'améliorer leurs fonctionnalités.

Deux autres lignes aériennes ont été, pendant un certain temps, des intervenants dans les procédures; il s'agit de Wardair et de British Airways. À l'origine, Wardair s'opposait au fusionnement. Après l'annonce de l'achat de Wardair par PWA Corporation, Wardair a adopté une position de neutralité. Le 24 avril 1989, après que le directeur a annoncé qu'il approuvait l'acquisition par PWA Corporation de Wardair, cette dernière a retiré son intervention.

British Airways a demandé, le 24 avril 1989, qu'on lui reconnaisse la qualité d'intervenant. L'avocat de British Airways a expliqué que cette dernière se préoccupait du fait que les Règles régissant les SIR, qui font partie de l'ordonnance par consentement, auraient des répercussions sur les voyages internationaux, qu'elles n'étaient pas équitables et raisonnables, ni susceptibles d'assurer la concurrence sur le marché. Il a été donné au Tribunal de comprendre que les préoccupations de British Airways avaient trait au fait que les Règles régissant les SIR, que le directeur cherche à faire imposer aux défenderesses, correspondent à celles en vigueur aux États-Unis (les Règles CAB) plutôt qu'à celles qui seront introduites sous peu en Europe. La différence dans les critères d'affichage exigés par ces deux ensembles de règles ont suscité une controverse internationale de taille. Le Tribunal a accordé à British Airways le droit d'intervenir et de faire des observations, mais, en raison du caractère tardif de l'intervention, il n'était pas disposé à lui reconnaître le droit de produire des preuves. Le 25 avril 1989, British Airways a demandé de se retirer en tant qu'intervenant. L'avocat a indiqué que British Airways jugeait que le gouvernement canadien avait pris note de ses préoccupations et comptait exprimer, au moment opportun, ses observations sur le contenu de la nouvelle réglementation des SIR auprès des autorités compétentes.

Dès le début, le procureur général du Manitoba s'est dit en faveur du fusionnement. Il soutenait le fusionnement en l'absence de

toute contrainte établie avec le consentement des défenderesses, de même qu'il soutient l'ordonnance par consentement. La position du procureur général n'est pas étrangère au fait que l'ordinateur central Reservec-Gemini se trouve à Winnipeg. L'avocat du procureur général a signalé que le Manitoba tenait à ce que le personnel de Gemini travaillant actuellement à Winnipeg y demeure. Il laissait aussi entendre que Sabre n'était pas intéressé à adapter son produit aux besoins particuliers du marché canadien. Il va sans dire qu'aucun élément de preuve ne vient étayer cette supposition, pas plus que celle selon laquelle Gemini, étant donné sa nouvelle relation avec Apollo, risque davantage de maintenir ses employés à Winnipeg que ce n'aurait été le cas si Reservec et Pegasus s'étaient associés à des SIR différents, mais plus importants et dotés de fonctionnalités plus perfectionnées.

Observations relatives aux effets sur la concurrence

Il n'y a presque rien dans les éléments de preuve portés à l'attention du Tribunal qui montre que le fusionnement, assujéti aux conditions de l'ordonnance par consentement, engendrerait une situation dans laquelle une diminution sensible de la concurrence serait vraisemblable. Des éléments de preuve ont été produits pour montrer que le fusionnement, sans les conditions énoncées dans l'ordonnance par consentement, entraînerait une diminution sensible de la concurrence : le témoignage d'expert de M. Gary Dorman,

déposé par American Airlines¹⁰ et celui de Mme Margaret Guerin-Calvert entendue en contre-interrogatoire¹¹. A également été produit devant le Tribunal l'affidavit supplémentaire de M. Gary Dorman, qui affirme que de nombreuses modifications pourraient être apportées aux conditions de l'ordonnance qui la rendraient plus efficace pour ce qui est d'engendrer une situation concurrentielle. Toutefois, dans son témoignage, M. Dorman est allé plus loin encore, affirmant que seule la dissolution du fusionnement pourrait empêcher une diminution sensible de la concurrence. Cette conclusion n'est pas la même que celle exprimée par American Airlines, qui avait appelé M. Dorman à témoigner¹². Le Tribunal a également pris connaissance du témoignage d'expert produit par le directeur, selon lequel l'effet du fusionnement, assorti des conditions de l'ordonnance par consentement, n'aboutirait pas à une situation dans laquelle une diminution sensible de la concurrence serait vraisemblable¹³.

¹⁰ Affidavit de Gary J. Dorman, en date du 9 mars 1989, paragraphes 68-73.

¹¹ Voir pages 284-285 de la transcription.

¹² Affidavit supplémentaire de Gary J. Dorman, en date du 20 avril 1989; voir aussi pages 624-626 de la transcription.

¹³ Affidavit de Margaret E. Guerin-Calvert, en date du 21 avril 1989.

Concentration du marché

Les éléments de preuve et les arguments ayant trait à la concentration du marché ont porté particulièrement sur la situation qui existera dans les petits centres à la suite du fusionnement. Gemini sera le seul serveur de SIR dans la plupart des petits centres.

Les termes "localités non urbaines" et "petits centres" n'ont pas été définis par les témoins y faisant référence fréquemment et par les avocats lors des arguments, et il est douteux que leur emploi ait été uniforme. Dans les documents préparés par Mme Guerin-Calvert et déposés par le directeur en tant qu'Annexe II de l'Exposé conjoint des faits, il y a des ventilations qui pourraient servir de point de partage statistique entre les grands et les petits centres. Dans un cas, les données figurent pour chaque centre de population desservi par plus de cinq comptoirs d'agences de voyage. Ceux ayant cinq comptoirs ou moins sont groupés sous la rubrique "autres", par province et par territoire, et pourraient, selon cette ventilation, être tenus pour les "petits centres". Dans le second cas, la ventilation se fait entre les régions métropolitaines de recensement, que l'on peut supposer être les "grands centres", et les autres centres de population. Bien que, dans la plupart des provinces, les villes plus importantes figurent parmi les 23 régions métropolitaines de recensement, il y a certaines exceptions notables : Winnipeg, Halifax-Dartmouth et Charlottetown. Compte tenu de ces

additions, les agences dans les régions métropolitaines de recensement représentent environ 74 % des terminaux SIR.

Dans les petits centres, Sabre, le seul vrai concurrent de Gemini, n'a pas une présence étendue sur le marché, et certains éléments de preuve laissent voir qu'il a moins de chances de s'y implanter du fait qu'il ne bénéficie pas, en dehors de quelques régions métropolitaines, de la présence d'une ligne aérienne. Rien ne laisse croire que la poussée concurrentielle de Sabre couvrira toutes les régions métropolitaines de recensement ou qu'elle ne se fera pas dans les centres de population qui ne sont pas désignés ainsi. Les possibilités pour Sabre de commercialiser son système dans les régions francophones sont actuellement restreintes par son manque de moyens en français. À l'heure actuelle, sa présence au Québec se limite à Montréal. Sabre cherche à se donner une capacité en français et compte y arriver sous peu. Un examen de la présence de Sabre par centre de population révèle que, comme il faut s'y attendre, il est implanté dans les plus grandes villes, mais qu'ailleurs, il n'y a aucun rapport manifeste entre sa présence et la population du centre.

Il n'y a rien dans l'entente qui exige la pratique de prix non différenciés entre les agences de voyage des grandes villes et ceux qui se trouvent dans les petits centres. Cela rend possible la pratique de prix monopolistiques qui seraient imposés aux agents de

voyage dans les petits centres, en particulier à ceux qui ne sont pas affiliés à une grande chaîne¹⁴.

Le témoin expert appelé par le directeur, Mme Guerin-Calvert, a reconnu que les agents dans les grandes villes ont un plus grand pouvoir de négociation que ceux dans les petits centres. Elle a signalé qu'il y a toujours des différences de prix entre les agents et que, de façon générale, les grandes agences jouissent d'une meilleure position de négociation que les petites. À son avis, les possibilités d'implantation sur le marché qu'offrent des

¹⁴ M. Dorman a témoigné à ce sujet, aux pages 737-739 de la transcription :

[Traduction]

Sans ouvrir, à ce moment, le débat sur la mesure dans laquelle Sabre ou tout autre serveur de SIR pourra réellement s'implanter dans les petites collectivités au Canada, je m'inquiète de ce que la plupart des agences de voyage dans les petites collectivités sont ordinairement de petites agences; leurs ressources sont limitées et les recettes qu'elles tirent des commissions le sont également et, en augmentant effectivement les frais fixes qu'elles doivent supporter pour demeurer en affaires, on se trouve d'une certaine façon à en réduire soit le nombre, soit la taille par rapport à ce qui aurait été si le coût du SIR avait été plus bas. J'estime qu'en définitive cette situation nuira aux consommateurs.

[...] Nous n'avons aucune règle de non-discrimination des prix imposés aux agents de voyage. Ce qui risque fort de se produire est que seuls les agents de voyage qui sont en mesure de négocier et de demeurer concurrentiels dans le contexte postérieur au fusionnement et au règlement sont ceux qui sont affiliés aux grandes chaînes d'agences de voyage dans les grandes villes, si bien que les petites agences indépendantes constateront qu'elles sont tout simplement incapables de livrer concurrence dans un tel contexte parce qu'elles ne pourront pas négocier des ententes aussi avantageuses.

liens d'accès direct, conjuguées à certaines des conditions qui devront figurer dans les contrats d'abonnement des agents de voyage (aucune durée supérieure à trois ans, aucune clause de report, ni certaines clauses de dommages-intérêts conventionnels), créent un potentiel suffisant de pénétration du marché, si bien que l'on ne pourrait dire que la situation postérieure au fusionnement sera monopolistique. Dans son témoignage, elle a soutenu que "le règlement remédie dans une large mesure aux problèmes de nature anticoncurrentielle en matière de prix et, par conséquent, enlève au fusionnement ses effets de diminution sensible de la concurrence¹⁵". Cette affirmation est conforme à la position prise par le directeur selon laquelle le règlement, bien qu'il ne soumette pas Gemini à une concurrence sur chaque marché local de SIR au Canada, lève effectivement les obstacles à l'implantation qui existaient antérieurement du fait de l'absence de liens d'accès direct, et il faut donc en conclure qu'on ne peut dire du fusionnement, tel qu'il est assujéti aux conditions de l'ordonnance par consentement, qu'il entraînera vraisemblablement une "diminution sensible de la concurrence."

Ventes liées

Les témoins appelés par American Airlines et le directeur ont déclaré que les ventes liées avaient été pratiquées aux États-Unis. Toutefois, l'ampleur de cette pratique et ses effets sur la concurrence

¹⁵ Voir les pages 381-382 de la transcription.

des SIR, sont inconnus. Bien que les Règles CAB contiennent des dispositions explicites interdisant ce genre d'activité, le problème a été plutôt de parvenir à déceler cette activité et d'appliquer l'interdiction. Cela vient de ce que les intérêts de la ligne aérienne à l'origine des ventes liées (p. ex., sous forme de commission supplémentaire) et ceux de l'agent coïncident.

M. Kunz, directeur général des opérations canadiennes de Sabre, a témoigné pour celui-ci et déclaré qu'il pourrait être expulsé du marché canadien par des pratiques de ventes liées¹⁶. Selon Sabre, les ventes liées sont une menace aussi importante pour sa capacité de soutenir efficacement la concurrence que la non-accessibilité aux dernières places d'Air Canada et de Canadien. American Airlines, le transporteur propriétaire de Sabre, n'effectue pas de vols intérieurs au Canada. En vertu de la réglementation canadienne, les vols intérieurs doivent être assurés par des compagnies intérieures. American, quant à elle, effectue des vols transfrontières. À cause de l'absence de sa ligne aérienne dans la plupart des collectivités, M. Kunz a indiqué que Sabre et American Airlines étaient dans l'impossibilité d'offrir des ventes liées équivalant à celles d'Air Canada et de Canadien, les transporteurs propriétaires de Gemini.

¹⁶ Voir les pages 507-508 de la transcription.

L'Alliance canadienne des associations touristiques estime que les ventes liées ne constitueront pas un problème. Rien ne prouve jusqu'à maintenant que les lignes aériennes du Canada se soient livrées à cette pratique. L'avocat de l'Alliance déclare que la question des ventes liées est soulevée comme problème éventuel au cours des procédures parce que les témoins experts viennent des États-Unis et que l'intervention la plus dynamique au cours de l'audience est celle d'une grande société aérienne américaine. En outre, il fait remarquer que l'industrie des agences de voyage est très ouverte; il serait difficile de garder des pratiques de ventes liées secrètes. Il conclut : [traduction] "comme d'habitude, le Canada se trouve un ou deux pas en arrière des États-Unis du point de vue du développement... De fait, nous avons sauté cette étape¹⁷".

L'argument voulant que le Canada ait "sauté cette étape" se fonde sur le fait que Gemini appartient à deux lignes aériennes et devrait, d'ici peu, avoir un troisième propriétaire, Covia. Certains éléments de preuve montrent que les pratiques de ventes liées devraient vraisemblablement être moins utilisées lorsqu'un SIR appartient à plusieurs transporteurs, plutôt qu'à un seul. Dans le cas des propriétés conjointes, les retombées des ventes liées proposées par un transporteur, plutôt que de lui revenir entièrement, doivent être partagées avec les autres propriétaires du SIR. De toute

¹⁷ Voir les pages 940-943 de la transcription.

évidence, c'est le pourcentage des parts de chaque ligne aérienne susceptible de bénéficier des ventes liées qui détermine dans quelle mesure la propriété conjointe diminue les risques de ventes liées.

Les Règles CAB stipulent ce qui suit :

[Traduction]

255.6 Contrats avec les abonnés

- a) Aucun contrat d'abonnement ne doit durer plus de cinq ans.
- b) Aucun serveur de système ne doit interdire, directement ou indirectement, à un abonné d'obtenir ou d'utiliser d'autres systèmes.
- c) Aucun serveur de système ne doit exiger d'un abonné qu'il utilise son système pour toute vente de ses services de transport aérien.
- d) Aucun serveur de système ne doit exiger d'un agent de voyage qu'il utilise son système s'il veut recevoir une commission pour la vente de ses services de transport aérien.
- e) Aucun serveur de système ne doit établir les prix pour les abonnés en se fondant, en tout ou en partie, sur l'identité des transporteurs dont les vols sont vendus par l'abonné.

Les Règles de l'ordonnance par consentement stipulent ce qui suit :

6. Contrats avec les abonnés

- a) Aucun contrat d'abonnement nouveau ou renouvelé ne doit avoir une durée de plus de trois ans. À partir de la date où un serveur de système est assujéti aux présentes règles, il ne doit faire exécuter

aucune clause de durée au-delà de trois années dans ses contrats existants avec ses abonnés.

b) Aucun serveur de système ni son ou ses transporteurs propriétaires ne doivent interdire directement ou indirectement à un abonné d'obtenir ou d'utiliser tout autre système.

c) Aucun transporteur ne doit exiger qu'un abonné utilise un système particulier pour vendre ses services de transport aérien.

d) Aucun transporteur ne doit exiger directement ou indirectement qu'un abonné ou un abonné éventuel utilise le système dans lequel il détient des intérêts propriétaires comme condition d'obtention d'une commission ou d'une autre forme d'incitatif pour la vente de ses services de transport aérien ou de ceux de ses affiliées ou pour l'accès à ses services.

e) Aucun serveur de système ne doit établir les frais des abonnés en fonction, entièrement ou partiellement, de l'identité des transporteurs dont les vols sont vendus par les abonnés.

f) Aucun serveur de système ne doit inclure dans ses contrats avec les abonnés une clause de report, dont une clause qui exigerait la prorogation automatique du contrat, en raison de l'addition ou de la suppression de matériel.

g) Aucun serveur de système ne doit inclure une clause de dommages-intérêts conventionnels basée sur les réservations des segments ou sur les recettes des lignes aériennes dans ses contrats nouveaux ou renouvelés. À compter de la date où le serveur de système est assujéti aux présentes règles, il ne doit faire exécuter les clauses de dommages-intérêts conventionnels de ses contrats existants avec ses abonnés.

Bien que les dispositions de l'ordonnance se fondent sur celles du CAB, des modifications y ont été apportées pour renforcer les interdictions. En outre, les Règles régissant les SIR stipulent que

les transporteurs propriétaires de SIR doivent, au moins une fois par année, informer tous les agents de voyage qui vendent leurs produits qu'ils ne font pas "de l'utilisation d'un SIR en particulier une condition de participation aux incitatifs offerts par les lignes aériennes" (article 14). De cette façon, les agents de voyage devraient comprendre qu'ils peuvent obtenir sans ventes liées les avantages qu'ils pourraient espérer retirer de ventes liées préférentielles. Les règles exigent également de Gemini, d'Air Canada, de Canadien et des autres SIR et de leurs transporteurs propriétaires qui sont liés par contrat aux règles, qu'ils remettent un rapport au directeur chaque année attestant qu'ils s'y sont conformés (article 15).

La pratique des ventes liées peut, bien entendu, être examinée par le Tribunal indépendamment des ordonnances qu'il pourrait rendre. L'article 77 (antérieurement l'article 49) de la *Loi sur la concurrence* définit les ventes liées dans les termes suivants :

- a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit "clef"), que ce client :
 - (i) acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit, ou
 - (ii) s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;
- b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon des modalités et conditions plus

favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

Comme pour la plupart des autres pratiques que le Tribunal peut examiner en vertu de la Loi, les ventes liées ne peuvent faire l'objet d'une ordonnance que lorsqu'il est établi qu'elles entraînent une diminution sensible de la concurrence. L'interdiction formelle des ventes liées par les règles traduit la crainte qu'une emprise sur les marchés des voyages aériens ne serve à réduire la concurrence sur le marché des SIR.

American Airlines a proposé que deux modifications soient apportées à l'ordonnance pour renforcer les dispositions interdisant les ventes liées. L'une exigerait que toutes les incitations que les sociétés aériennes offrent aux agents de voyage abonnés soient faites par écrit¹⁸. L'autre exigerait que certains changements structurels

¹⁸ La disposition proposée est ainsi rédigée :

[Traduction]

Toute offre promotionnelle supérieure aux commissions normales faites par AC ou CDN à un agent de voyage doit l'être par écrit et comprendre une mise en garde selon laquelle l'offre est disponible quel que soit le SIR que l'agent utilise ou se propose d'utiliser.

Voir les Modifications du projet d'ordonnance et des règles, proposées par American Airlines, Inc., et le Mémoire supplémentaire, en date du 11 mai 1989, au paragraphe 10.

soient imposés à Gemini pour lui permettre de fonctionner comme entité vraiment indépendante¹⁹.

S'agissant de la première proposition, les défenderesses et le directeur estiment qu'il s'agit d'une pratique commerciale par trop

¹⁹ La disposition proposée est ainsi rédigée :

Gemini doit être maintenue sans lien de dépendance avec AC, CDN et leurs lignes aériennes affiliées respectives, laquelle relation comprend les caractéristiques structurelles suivantes :

- a) au moins le tiers des administrateurs de Gemini sont indépendants des défenderesses ou de l'une de leurs affiliées;
- b) Gemini rend publics ses états financiers annuels vérifiés dans les trente jours de leur sortie;
- c) au plus tard au deuxième anniversaire de la date de la présente ordonnance, au moins dix pour cent des capitaux propres investis dans Gemini sont vendus à des intérêts qu'aucune des défenderesses ne possède ni ne contrôle directement ou indirectement;
- d) les défenderesses prennent des mesures raisonnables pour exiger que les employés de Gemini soient séparés des employés d'AC, de CDN et de leurs lignes aériennes affiliées, y compris et sans limitation l'aménagement de bureaux distincts dans des immeubles distincts;
- e) les échanges ou les mutations d'employés entre Gemini, d'une part, et AC, CDN et leurs lignes aériennes affiliées respectives, d'autre part, sont interdies après le 1^{er} janvier 1990;
- f) AC et CDN exigent que leurs employés ne fassent pas de Gemini une promotion supérieure à celle de tout autre SIR.

Voir le paragraphe 12 du document précité.

lourde. S'agissant de la deuxième proposition, le directeur soutient que ces modifications structurelles ne sont pas nécessaires pour se protéger contre les ventes liées.

Le Tribunal s'est dit d'avis que la garantie serait supérieure si obligation était faite à Gemini de se dessaisir d'au moins 25 % de sa participation et de son contrôle dans l'année suivant la décision du Tribunal à l'égard de cette demande. L'hypothèse que l'accord avec Covia finirait par devenir définitif sous-tendait une bonne partie des arguments présentés au Tribunal. C'est à la lumière de cette hypothèse que le Tribunal a soulevé la question de savoir si, oui ou non, l'ordonnance doit imposer à Gemini une certaine obligation positive de se dessaisir d'un pourcentage de sa participation, par l'accord avec Covia ou autrement. Le directeur a soutenu qu'il n'a pas demandé une telle obligation dans le cadre de l'ordonnance.

Selon le Tribunal, si Gemini n'acquiert pas sous peu un troisième propriétaire, étant donné que cette mesure attendue inspirait une grande partie des arguments présentés au Tribunal, le directeur aurait la faculté de demander une modification de l'ordonnance du Tribunal, conformément à l'article 106 (antérieurement l'article 78) de la *Loi sur la concurrence*, au motif que les circonstances ayant entraîné l'ordonnance auraient changé.

Collusion

Il est généralement reconnu que, là où il n'y a que deux grands concurrents sur un marché, les occasions de se livrer à une conduite collusoire se multiplient²⁰. Certes, le fusionnement Gemini n'incite pas davantage Air Canada et Canadien à la collusion en ce qui concerne le marché des voyages aériens, mais l'existence de Gemini permet tout au moins des échanges de données qui facilitent la collusion et la rendent plus difficile à déceler.

²⁰ Voici une partie des éléments de preuve que l'avocate de l'Association des consommateurs du Canada a consignés au procès-verbal en contre-interrogeant Mme Guerin-Calvert :

[Traduction]

"Ainsi, le fusionnement Gemini coexisterait avec un duopole sur les marchés des voyages aériens. Lorsqu'il n'y a que deux sociétés et que l'implantation d'une nouvelle est peu probable, sauf circonstances atténuantes, les possibilités de collusion sur les marchés des voyages aériens sont fortes. Le fusionnement Gemini accroît les risques qu'Air Canada et LACI échangent des données sur la part du marché, les prix et les changements de prix au moyen du SIR. Ces échanges dans un contexte où la collusion sur les marchés des voyages aériens comporte des avantages évidents, ou sur les prix, semblent devoir entraîner très probablement une diminution sensible de la concurrence entre ce qui pourrait être les seules sociétés aériennes qui restent au Canada."

Voir les pages 399-400 de la transcription. Le passage est tiré de la page 37 de l'affidavit de Mme Guerin-Calvert, en date du 2 mars 1989.

L'ordonnance par consentement tente de régler ce problème. Dans sa version originale, déposée le 13 avril 1989, l'ordonnance contenait une disposition ainsi libellée :

11. ORDONNE EN OUTRE aux défenderesses et à chacun de leurs administrateurs, dirigeants, cadres, agents, employés et mandataires respectifs, de ne partager ni échanger aucun renseignement commercial confidentiel par le biais des activités de Gemini dans le but de faciliter ou d'adopter des agissements anticoncurrentiels ou une conduite collusoire contraire aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*.

Mme Guerin-Calvert a soutenu que cette disposition du projet d'ordonnance a réglé efficacement le problème d'une collusion éventuelle :

Mais, à mon avis, la restriction, l'interdiction de l'échange de renseignements, va au coeur du problème majeur concernant l'aptitude à la collusion que soulève un fusionnement de SIR, à savoir l'échange de certains types de renseignements. [...]

À mon sens, alors, [...] elles [les parties à la collusion] courent le risque, à l'évidence, d'enfreindre cette interdiction et, selon moi, les interdictions générales de la *Loi sur la concurrence* concernant la fixation des prix.

[...] je crois comprendre qu'à la fin de chaque exercice, les cadres d'entreprises doivent présenter au directeur un rapport indiquant qu'ils se sont vraiment conformés aux dispositions du règlement. À cet égard, ces personnes, à mon avis, s'exposeraient à des poursuites pour avoir menti, si elles ne s'étaient pas vraiment conformées aux dispositions du règlement.

Le deuxième aspect est le suivant : comme, là où il ne reste que deux concurrents dans une industrie, je suppose que le directeur des enquêtes et recherches surveillerait plus ou moins cette industrie pour voir ce

qui s'y passe et qu'en cas de tendance marquée à la hausse des prix, il pourrait bien mener une enquête²¹.

La disposition originale a été remaniée en réponse à plusieurs observations faites pendant l'audience devant le Tribunal, de façon à être ainsi libellée :

16. ORDONNE EN OUTRE aux défenderesses et à chacun de leurs administrateurs, dirigeants, cadres, agents, employés et mandataires respectifs de ne partager ni échanger, par le biais des activités de Gemini, aucun renseignement commercial confidentiel sur les lignes aériennes autres que ceux auxquels ont accès les abonnés de Gemini, y compris, mais non exclusivement, les renseignements sur le nombre de places des transporteurs individuels, lorsque le partage ou l'échange de ces renseignements faciliterait des accords de partage des marchés ou de fixation des prix entre, d'une part, AC et ses lignes aériennes affiliées et, d'autre part, PWAC, Wardair et CDN et ses lignes aériennes affiliées.

En outre, il a toujours été envisagé que l'ordonnance exigerait que les dirigeants d'Air Canada, de Canadien, de PWA Corporation, de Wardair et de Gemini présentent chaque année au directeur un rapport attestant que cette disposition ainsi que les autres énoncées dans les Règles régissant les SIR ont été respectées.

Dans le projet d'ordonnance envoyé au Tribunal, daté du 2 juin 1989, les parties ont supprimé des règles la disposition

²¹ Voir les pages 407-409 de la transcription.

correspondant au paragraphe 16 de l'ordonnance. Les parties n'ont fait aucune mention expresse de cette suppression dans la correspondance transmise au Tribunal, sauf qu'un V inversé indiquait dans le projet qu'une suppression avait été faite. Cette suppression a fait en sorte que les défenderesses sont exemptées de l'exigence de remettre des rapports, exigence dont on avait, dans une grande partie des arguments présentés au Tribunal, souligné l'importance comme mécanisme coercitif. Le Tribunal a soulevé la question auprès des parties, et celles-ci, le 6 juillet 1989, ont accepté d'inclure la disposition supplémentaire suivante dans le paragraphe 16 de l'ordonnance :

Un dirigeant de chacune des défenderesses doit remettre au directeur au plus tard le 1^{er} février de chaque année un rapport attestant que la défenderesse s'est conformée aux présentes règles au cours de l'année précédente.

L'Exposé conjoint des faits déposé par le directeur et les défenderesses renferme ce qui suit :

[Traduction]

57. Gemini maintient des procédures de sécurité pour s'assurer qu'AC et CDN ne puissent avoir accès aux renseignements commerciaux confidentiels de l'une ou de l'autre, lesquels sont stockés dans des bases de données distinctes. L'article 3.04 du Contrat relatif aux systèmes informatisés de réservation, daté du 28 mai 1987 et exécuté par AC, PWAC et Gemini, prévoit que :

Dans la mesure où cela est raisonnablement et techniquement réalisable, la société en commandite doit garder les données et renseignements

confidentiels sur Air Canada, Canadien ou d'autres clients séparés et inaccessibles aux autres.

La collusion est, de toute évidence, une pratique contraire à la *Loi sur la concurrence*, quelles que soient les dispositions incluses dans toute ordonnance du Tribunal. L'interdiction de l'échange de renseignements sur les places disponibles, en particulier, et d'autres informations propres à faciliter un accord sur les prix et le partage du marché, en général, est sans aucun doute beaucoup plus stricte que la conduite défendue par l'article 45 (antérieurement l'article 32) de la *Loi sur la concurrence*. Les renseignements sur les places disponibles constituent la seule catégorie de renseignements d'intérêt concurrentiel expressément considérée comme exigeant des garanties, selon les témoins experts qu'American Airlines et le directeur avaient convoqués.

L'avocate de l'Association des consommateurs a avancé un très puissant argument selon lequel la simple interdiction ne réussit pas du tout à régler la situation. Ses arguments étaient les suivants : les incitations à la collusion sont grandes; l'interdiction ne les change pas; il est surtout fait appel à l'auto-exécution par les entités elles-mêmes, les sociétés aériennes, qui ont le plus à gagner à cette pratique; et celle-ci sera probablement impossible à déceler. L'Association des consommateurs craignait les risques de collusion qui pourraient découler du fusionnement lorsque Air Canada et Canadien représentaient 90 % du marché intérieur de voyages, mais, avec la

prise de contrôle de Wardair par PWA Corporation, cette crainte a pris une importance nouvelle et accrue. Il a été remarqué que deux sociétés aériennes contrôlent maintenant presque tout le marché intérieur de voyages aériens, qu'il y a, sur les marchés déréglementés, vive concurrence entre les sociétés aériennes par l'utilisation de tarifs à rabais et la fourniture de places à rabais, que la copropriété de Gemini par Air Canada et Canadien permettra à ces derniers de connaître les places à rabais disponibles de l'un et de l'autre, ce qui réduira la concurrence, et que les consommateurs seront les grands perdants d'une diminution du nombre de places à rabais disponibles. L'Association des consommateurs est d'avis que la seule mesure corrective efficace consiste à ordonner la dissolution du fusionnement.

American Airlines a proposé l'ajout d'une disposition à l'ordonnance pour régler la question :

Gemini ne doit pas fournir de renseignements statistiques ou autres concernant les transporteurs participants (mais non restreints à l'identité des transporteurs participants et à leur mode de participation), sauf que les renseignements sous forme globale ou anonyme mis à la disposition, sur demande, de tout transporteur aérien doivent être offerts aux transporteurs participants sur une base non discriminatoire, mais sans jamais porter sur des itinéraires intérieurs canadiens donnés²².

²² Modifications du projet d'ordonnance et des règles, proposées par American Airlines, Inc., et Mémoire supplémentaire, en date du 11 mai 1989, au paragraphe 14.

Le directeur a rejeté cette proposition parce qu'elle aurait une incidence anticoncurrentielle bien particulière. Selon lui, bien que pouvant fort bien s'appliquer sur le marché américain, cette disposition ne le peut au Canada, car, sur de nombreux itinéraires de ce pays, il n'y a que deux transporteurs et, si l'un des deux dispose de données globales et de ses propres données, "alors, il ne faut pas déployer beaucoup d'efforts pour savoir où en est le concurrent²³", selon le mot d'un avocat du directeur.

Les défenderesses ont souligné et le directeur n'a pas contesté que l'acquisition, par Covia, d'une participation du tiers dans Gemini signifie que le personnel de Gemini sera comptable envers une partie extérieure qui n'a aucun intérêt à faciliter une conduite collusoire entre Air Canada et Canadien.

Liens d'accès direct

Comme il est mentionné précédemment, American Airlines, en tant que propriétaire de Sabre, est le seul intervenant dans cette procédure à avoir des raisons commerciales de vouloir qu'Air Canada et Canadien soient obligées à fournir des liens d'accès direct aux autres SIR exploités au Canada. Les préoccupations d'American concernant les modalités de cette obligation portent sur les aspects

²³ Voir les pages 977 et 993-995 de la transcription.

suivants : le moment où ces liens seront offerts; l'étendue de ces liens; les coûts pertinents; le bien-fondé des modalités de paiement des primes exigées pour les liens "consultation avec réservation".

Comme il a déjà été indiqué, Air Canada et Canadien ne sont pas tenues de fournir un lien d'accès direct avant le 31 janvier 1990, et, à ce moment, il s'agira d'un lien "consultation sans réservation". Quant aux liens "consultation avec réservation", ils ne seront exigés qu'à compter du 30 juin 1991. Techniquement, il est possible d'établir immédiatement les liens "consultation sans réservation", le temps normal de l'installation étant d'environ quatre mois. Toutefois, l'ordonnance a fixé la date du 31 janvier 1990 pour permettre à Gemini d'atteindre une fonctionnalité comparable à celle de Sabre avant de l'obliger à fournir les liens. American fait remarquer que dans un marché concurrentiel, nul n'est habituellement tenu de se soumettre à une restriction artificielle permettant à un concurrent d'atteindre sa pleine capacité avant de devoir soutenir la concurrence. Il est difficile de savoir si Sabre demeurera un concurrent solide une fois que Gemini aura atteint une fonctionnalité comparable. Selon American, il n'y a aucune raison valable de retarder l'obligation de fournir des liens. Gemini profite déjà du fusionnement depuis deux ans.

Le Tribunal croit savoir que le directeur et les défenderesses jugent nécessaire de retarder l'obligation de fournir un

lien "consultation sans réservation" jusqu'au 31 janvier 1990 parce qu'il est important d'équilibrer les chances. Nous croyons comprendre que cet argument signifie que le fait de donner immédiatement à Sabre le lien d'accès direct demandé, au moment où sa fonctionnalité est supérieure, lui donnerait un trop gros avantage concurrentiel. Par ailleurs, l'obligation de fournir des liens ne sera pas reportée indéfiniment. La date limite est le 31 janvier 1990 et cela même si Gemini n'a pas atteint une fonctionnalité comparable à celle de Sabre à ce moment-là.

À propos du délai d'accès aux liens "consultation avec réservation" et de l'obligation imposée à un SIR qui demande un tel lien de donner un avis de sept mois en ce sens, le directeur et les défenderesses soutiennent que ces délais sont nécessaires parce que ce genre de liens n'est pas encore tout à fait au point et qu'il est difficile pour le moment de déterminer combien de temps prendront cette mise au point et l'installation subséquente. Bien que le lien "multi-accès" actuellement offert par Sabre soit un genre de lien "consultation avec réservation", le Tribunal croit savoir que Sabre et d'autres SIR, par exemple Apollo, élaborent actuellement un système "consultation avec réservation" aux fonctions plus sophistiquées et que c'est ce système qu'on espère pouvoir offrir en juin 1991.

Les préoccupations d'Américan concernant l'étendue de ces liens se résument ainsi : selon les termes utilisés, deux genres précis

de liens sont identifiés, à savoir "consultation sans réservation" et "consultation avec réservation", et, de ce fait, ceci pourrait être interprété de telle façon qu'un système hybride, comme les liens "multi-accès" de Sabre, soit exclu de ces deux catégories; le libellé ne tient pas compte des techniques futures qui pourraient permettre d'établir des systèmes aux fonctions plus sophistiquées.

American a par conséquent proposé d'ajouter les deux passages suivants à l'ordonnance pour régler les problèmes prévus au niveau des définitions et de la fonctionnalité :

[Traduction]

La fonctionnalité du lien d'accès direct offert par AC ou CDN à tout SIR ne doit pas être inférieure à celle qui est offerte à tout autre SIR exploité au Canada, sous réserve de limitation raisonnable des systèmes.

La fonctionnalité multi-accès est réputée entrer dans la catégorie des liens "consultation sans réservation"²⁴.

Le directeur et les défenderesses soutiennent que les expressions "consultation sans réservation" et "consultation avec réservation" sont très bien comprises dans l'industrie et que le lien multi-accès d'American se classe dans la catégorie "consultation avec réservation" et a été traité comme tel pendant toute la durée des négociations qui ont mené au présent règlement. Le directeur estime

²⁴ Modifications du projet d'ordonnance et des règles, proposées par American Airlines, Inc. et Mémoire supplémentaire, en date du 11 mai 1989, paragraphes 5 et 31.

en outre que si l'obligation de fournir des liens était formulée en termes généraux, Sabre et vraisemblablement d'autres SIR auraient toujours la possibilité, s'ils souhaitaient faire concurrence sur le marché canadien, d'argumenter constamment avec le directeur et les défenderesses au sujet de ce qui doit être fourni.

Les préoccupations d'American concernant le coût des liens sont les suivantes : 1) il n'est pas de pratique courante, dans l'industrie, de faire payer le lien au SIR²⁵; 2) le montant maximal prescrit dans l'ordonnance pour les liens "consultation sans réservation" (600 000 \$ pour un lien avec Air Canada et 300 000 \$ pour un lien avec Canadien) est des plus fantaisistes. Selon les éléments de preuve produits, le coût normal de l'établissement de tels liens varie de 5 000 \$ US à 31 000 \$ US. Sabre impose des frais de 21 000 \$ US pour un système articulé sur IBM (ou PARS comme il est parfois appelé) tel que Pegasus, et 31 000 \$ US pour un système articulé sur Unisys, comme Reservec. Selon American, les montants maximaux approuvés par le directeur et les défenderesses sont

²⁵ Voir les Mémoires d'American Airlines, Inc., concernant le projet d'ordonnance par consentement approuvant le règlement, déposé le 20 avril 1989, paragraphe 63.

[Traduction]

... De fait, à la connaissance d'American Airlines, les lignes aériennes n'ont jamais été payées par les SIR pour le privilège de vendre leurs services. Au contraire, il est de pratique courante dans l'industrie que la ligne aérienne paie les SIR pour utiliser les liens d'accès direct qui améliorent les possibilités de la ligne de vendre ses services de transport aérien.

peut-être élevés parce qu'Air Canada et Canadien comptent faire assumer à American les coûts de développement des liens dont Apollo bénéficierait ensuite.

L'obligation des payer des frais d'utilisation du lien est imposée au SIR qui demande le lien parce qu'Air Canada et Canadien International sont obligées de fournir ces liens et qu'ils feront augmenter leurs frais de réservation. Les frais imposés, décrits comme le coût marginal non majoré, correspondent aux frais réels et raisonnables engagés. Le Tribunal juge que les montants maximaux prescrits ne visent pas à payer les coûts de développement. En effet, ceux-ci ont déjà été engagés au moment d'établir des liens entre Reservec et Canadien, et Pegasus et Air Canada. Dans son témoignage, M. Kunz a indiqué que même si les dispositions de l'ordonnance relatives aux coûts le préoccupaient dans une certaine mesure, ils n'avaient pas une importance primordiale²⁶.

American s'inquiète des conditions qui régissent l'obligation d'offrir les liens "consultation avec réservation". Au cours de l'audience et des discussions ultérieures, certains changements ont été apportés aux dispositions. American s'inquiète encore parce qu'aucune obligation n'est faite d'établir les primes payables pour les liens "consultation avec réservation" par arbitrage exécutoire et parce qu'il

²⁶ Voir les pages 506 et 544 de la transcription.

n'y a aucun critère objectif par rapport auquel ces primes peuvent être déterminées. La disposition pertinente (paragraphe 6 de l'ordonnance) prévoit simplement ce qui suit :

[...] la prime, s'il en est, [...] fera l'objet de négociations commerciales entre les parties aux contrats prévoyant ces liens; toutefois, si Gemini impose une prime pour les réservations faites au moyen des liens "consultation avec réservation" établis avec d'autres lignes aériennes, (la "prime Gemini"), la prime versée par AC et CDN pour les réservations faites par d'autres SIR au moyen de ces liens ne doit pas être inférieure à la prime Gemini.

Selon les observations déposées par American auprès du Tribunal le 7 juin 1989 :

[Traduction]

[...] Elles [les dispositions pertinentes de l'ordonnance] ne répondent pas à la question fondamentale concernant la façon dont la prime sera établie si les négociations sont dans une impasse, comme elles le seront inévitablement. [...]

Il faut comprendre qu'en vertu du projet d'ordonnance, dans sa forme actuelle, les négociations commerciales concernant les primes "consultation avec réservation" ne seront pas de véritables négociations dans le cadre desquelles chaque partie négocie avec certaines forces et certaines faiblesses [...]. AC et CDN auront peu de raisons de payer de telles primes à Sabre parce qu'elles peuvent juger qu'en raison de leur prépondérance conjointe dans les services aériens au Canada, Sabre se verra forcé de fournir ce service supplémentaire gratuitement pour rester compétitif par rapport à Gemini. [...]

[...] En vertu du libellé actuel de l'article 6 de l'ordonnance, si des "négociations commerciales" concernant la prime ont effectivement lieu, il est implicite que tous les principaux participants sur le marché des SIR au Canada adopteront des comportements

qui risquent fort de mener à la fixation des prix. Cette situation vient de ce que les "négociations commerciales" obligeront de fait Sabre à négocier des primes de "consultation avec réservation" directement avec AC et CDN et, indirectement, par leur entremise, avec Gemini et Apollo. Cela se produira sans que Sabre ne l'ait voulu.[...]

Une dernière observation. Le Tribunal peut très bien se demander pourquoi les défenderesses ont insisté pour obtenir un mécanisme impraticable et anticoncurrentiel pour régler la question des primes "consultation avec réservation" lorsqu'il existait une meilleure solution qui avait d'ailleurs été proposée par le Tribunal lui-même. La réponse est simple. Il est dans l'intérêt des défenderesses de faire tout en leur pouvoir pour empêcher Sabre de leur faire concurrence au Canada²⁷. [...]

American estime que, le 24 mai 1989, le Tribunal a posé comme condition pour que l'ordonnance par consentement soit rendue l'ajout d'une disposition sur l'arbitrage des modalités des contrats prévoyant des liens "consultation avec réservation", dont les modalités de paiement des primes. Le Tribunal n'a pas été aussi catégorique. Il a soulevé un certain nombre de points pendant l'audience tenue à cette date et dans son mémoire du 12 mai 1989. Toutefois, il n'a pas fait de ces points ni d'aucun autre ensemble de points des exigences qui devaient être incluses avant que l'ordonnance par consentement ne soit rendue. Pour déterminer s'il devait ou non rendre l'ordonnance, le Tribunal a dû tenir compte de l'avis du directeur selon qui le recours à l'arbitrage exécutoire et l'établissement d'un

²⁷ Autres mémoires d'American Airlines, Inc., déposés le 7 juin 1989, paragraphes 4, 7, 12 et 18.

critère objectif pour le paiement des primes ne sont pas indispensables pour garantir un environnement concurrentiel adéquat après le fusionnement. L'absence de ces deux éléments ne constitue pas automatiquement, en soi, une lacune grave.

Pendant les audiences, les avocats d'American Airlines ont mentionné la possibilité qu'Air Canada et Canadien refusent de payer une prime pour les réservations faites par l'intermédiaire du lien "consultation avec réservation" et qu'en raison de la clause de non-discrimination contenue dans les règles, Sabre soit obligé de renoncer à faire payer une prime à d'autres lignes aériennes. Sabre pourrait être encore plus désavantagé si Gemini imposait une prime pour la réservation faite au moyen des liens "consultation avec réservation" établis avec d'autres lignes aériennes. Le Tribunal a exprimé l'opinion que cette dernière préoccupation quant à la concurrence pourrait être éliminée si Air Canada et Canadien étaient tenues de payer une prime au moins aussi élevée, pour les réservations faites au moyen des liens "consultation avec réservation" établis avec des SIR, que celle qui serait imposée par Gemini pour les réservations effectuées par l'intermédiaire de ses propres liens "consultation avec réservation". L'ordonnance contient cette exigence (paragraphe 6).

Autres préoccupations

Il faut mentionner quatre autres préoccupations que soulève l'ordonnance par consentement. Elles ont trait aux services de voyage secondaires, aux améliorations de service, au maintien du lien actuel entre Wardair et Sabre et à l'exécution de l'ordonnance par des tierces parties.

En ce qui concerne les services de voyage secondaires, American a fait état des autres obstacles à surmonter dans sa concurrence avec Gemini, n'étant pas relié aux Global Accounting Services accessibles par l'intermédiaire de Gemini, ni à Via Rail et Tilden qui sont locataires dans Gemini. Global fournit un service automatique de comptabilité aux agents de voyage qui s'y abonnent. Les agents abonnés ont accès à des services complets de comptabilité, d'émission de billets, de facturation ainsi qu'à des rapports de gestion. Ils versent un pourcentage de leurs ventes totales pour ce service. Global appartient à 34 % à Air Canada. Les agents de voyage abonnés hésitent à changer leur système de comptabilité et Sabre n'est donc pas, à l'heure actuelle, un concurrent de taille pour nombre de clients parce qu'il n'est pas relié à Global. Toutefois, aucun élément de preuve n'a été porté à l'attention du Tribunal indiquant que Global aurait été contacté en vue de l'obtention d'un lien et qu'il aurait rejeté cette demande. En outre, certains prestataires de services de voyage, autres que les lignes aériennes,

sont locataires dans Gemini, par exemple, Via Rail, Tilden et plusieurs autres voyagistes.

American a proposé d'interdire aux défenderesses d'essayer d'influencer ou de contrôler tout prestataire d'un service de voyage secondaire dans lequel elles détiennent un intérêt, y compris Global, pour ce qui est de donner accès à ses services par l'entremise d'autres SIR. American demandait également une disposition pour obliger Gemini à collaborer pleinement avec les prestataires de services de voyage qu'il sert en vue de mettre en oeuvre, à leur demande, des liens d'accès avec d'autres SIR²⁸.

Quant au directeur, il déclare que le principal point faible de la position concurrentielle de Sabre a été pris en compte dans l'ordonnance par consentement et qu'il n'est pas nécessaire de répondre à toutes les allégations d'inégalité. Selon lui, les difficultés qu'éprouve Sabre avec les prestataires de services de voyage secondaires doivent être négociées avec ceux-ci.

En ce qui concerne les améliorations de service, American trouve que l'ordonnance ne tient pas suffisamment compte de l'avenir et de la possibilité que les nouvelles améliorations de service soient

²⁸ Voir les Modifications du projet d'ordonnance et des règles, proposées par American Airlines, Inc. et le Mémoire supplémentaire, en date du 11 mai 1989, paragraphes 2 et 3.

mises au point et offertes par Air Canada et Canadien seulement par l'entremise de Gemini. American a proposé d'inclure dans l'ordonnance une clause semblable à celle qui suit :

[Traduction]

AC et CDN ne peuvent refuser de fournir à aucun SIR les mêmes facilités et les mêmes améliorations pour la vente ou l'affichage de leurs services que ceux qui sont offerts à Gemini, y compris, sans limiter la portée de ce qui précède, une aide pour l'établissement des prix des itinéraires. Les frais qu'une ligne aérienne ou un SIR impose pour les services susmentionnés doivent correspondre aux pratiques courantes de l'industrie nord-américaine²⁹.

L'établissement des prix des itinéraires, une autre source de préoccupation pour American, est un service qu'Air Canada et Canadien offrent actuellement aux clients canadiens de Gemini et aux SIR exploités aux États-Unis, y compris Sabre, mais non pas aux clients canadiens de Sabre.

Les deux améliorations de service connues, soit la réserve de cartes d'embarquement et de places pré-réservées, sont traitées de façon précise dans l'ordonnance (paragraphe 3). Le directeur et les défenderesses estiment qu'il est approprié de rédiger l'ordonnance en fonction de ce qui est connu à l'heure actuelle. S'il devait y avoir des progrès importants dans les améliorations apportées, le directeur

²⁹ Modifications du projet d'ordonnance et des règles, proposées par American Airlines, Inc., en date du 11 mai 1989, paragraphe 1.

estime qu'il s'agirait exactement du genre de cas qui justifierait la présentation d'une demande conformément à l'article 106 de la *Loi sur la concurrence* en vue de faire modifier l'ordonnance.

Quant à la question de l'établissement des prix des itinéraires, le directeur et les défenderesses croient qu'il n'est pas nécessaire de garantir à Sabre l'égalité sur tous les points, mais plutôt une chance raisonnable de la concurrence. Ils avancent que cette question précise est "marginale" et n'est pas essentielle pour garantir un accès raisonnable au marché canadien des SIR.

Eu égard à Wardair, comme il a déjà été mentionné, l'approbation de l'achat de cette société par la PWA Corporation a eu lieu pendant le déroulement de la procédure dont est saisi le Tribunal. Wardair a actuellement un lien d'accès direct avec Sabre. Par conséquent, ses clients peuvent tous obtenir les services offerts par Sabre grâce à sa fonctionnalité supérieure, par exemple, la réception des cartes d'embarquement au moment de l'émission des billets. Il y a lieu de croire que la PWA Corporation compte mettre fin à ce lien et relier Wardair à Pegasus. Les préoccupations exprimées par le directeur après avoir entendu American, ont amené l'inclusion, dans la version de l'ordonnance par consentement déposée le 28 avril 1989, d'une disposition qui se lit comme il suit :

[Traduction]

16. ORDONNE EN OUTRE que PWA Corporation ("PWAC") ne prenne aucune mesure pour mettre fin au lien existant actuellement entre Wardair Inc. et/ou Wardair Canada Inc. ("Wardair") et Sabre tant que Wardair sera locataire d'espace dans un SIR autre que Gemini. Dans l'éventualité où Wardair deviendrait locataire d'espace dans Gemini, PWAC ferait en sorte que Wardair respecte les conditions de la présente ordonnance dans la même mesure que CDN est tenue de les respecter.

American souligne avec raison que cette clause ne donnerait rien. Selon cette société, il ne devrait y avoir aucune diminution de la fonctionnalité du lien qui existe actuellement entre Wardair et Sabre ni aucune annulation de la participation de Wardair au programme des cartes d'embarquement de Sabre. Le Tribunal a soulevé cette question qui le préoccupe. Depuis, le directeur et les défenderesses ont déposé une version révisée de la disposition susmentionnée, qui est incorporée dans l'ordonnance (paragraphe 10).

American se préoccupe du fait qu'aucun droit n'est expressément reconnu aux agents de voyage les habilitant à faire exécuter les Règles régissant les SIR. L'avocat de l'Alliance canadienne des associations touristiques a abondé dans le même sens. American a proposé d'inclure ce qui suit dans l'ordonnance du Tribunal :

[Traduction]

Un droit privé d'action, y compris un recours en injonction, doit être accordé à tout agent de voyage qui

subit un préjudice parce qu'une des défenderesses a commis une infraction aux conditions de l'ordonnance³⁰.

Malheureusement, toutefois, le Tribunal n'a été saisi d'aucun argument juridique qui pourrait le persuader qu'il a les pouvoirs voulus pour inclure une telle condition dans son ordonnance ou qu'une telle condition aurait un effet en droit. Le Tribunal n'a pas été convaincu que l'établissement du genre de motif d'action qui découlerait de la disposition proposée relève de sa compétence.

Bios Computing Corporation - Préoccupations

La société Bios Computing Corporation est une petite entreprise dont le propriétaire et exploitant est M. Ernst von Bezold. La société vend des systèmes de micro-ordinateurs à des agents de voyage et à des voyagistes. Elle offre à ceux-ci des services et de l'équipement connexe adaptés à leurs besoins. M. von Bezold s'est présenté devant le Tribunal et a exprimé deux préoccupations. Il a déclaré que, d'après son expérience, certains agents de voyage étaient incapables de se brancher sur le système Gemini s'ils utilisaient son propre système. Le Tribunal a cru comprendre que cela n'était pas nécessairement dû à une incompatibilité technologique, mais plutôt à une exigence du SIR qui demande aux agents de voyage d'acheter

³⁰ Voir les Modifications du projet d'ordonnance et des règles, proposées par American Airlines, Inc. et le Mémoire supplémentaire, en date du 11 mai 1989, paragraphe 11.

l'équipement informatique nécessaire de Gemini pour pouvoir avoir accès aux services des systèmes d'information et de réservation de Gemini. M. von Bezold demande au Tribunal que son ordonnance exige le dégroupage du matériel et des services du système d'information et de réservation³¹.

L'autre préoccupation de M. von Bezold concerne la condition imposée dans l'ordonnance par consentement et selon laquelle Air Canada et Canadien sont tenues de fournir des liens d'accès direct seulement aux SIR exploités au Canada qui sont classés

³¹ Les mémoires que M. von Bezold a présentés au Tribunal contiennent les observations suivantes :

[Traduction]

Un accès égal aux services dégroupés grâce à une interconnexion non discriminatoire des réseaux des concurrents autres que les lignes aériennes (comme Travelnet de Bell Canada, CN-CP ou un autre serveur de système fourni par Bios ou d'autres entreprises) et à la possibilité de se départir du matériel et du logiciel de systèmes appartenant à l'utilisateur de SIR, ou choisis par lui, ouvrirait le marché aux ventes et au service des instruments de systèmes informatisés de gestion de l'information connectables des lignes aériennes et des SIR sur micro-ordinateurs, aux agents de voyage et aux voyageurs de petite et de moyenne envergure, et augmenterait les possibilités de choisir et aussi de passer d'un SIR à un autre en utilisant les produits des systèmes de communication interréseau comme interfaces. Cette mesure aiderait les acheteurs et les vendeurs de ce genre de systèmes à garantir aux petites et aux moyennes entreprises des chances égales de participer à l'économie canadienne et d'offrir aux consommateurs de services SIR des prix compétitifs et un choix de produits.

Commentaires présentés au nom de Bios Computing Corporation concernant le projet d'ordonnance par consentement, déposés le 20 avril 1989, paragraphe 7.

comme étant "d'importance commerciale". Cette expression englobe les SIR connus sous les noms d'Abacus, Amadeus, Apollo, Datas II, Fantasia, Galileo, Pars, Sabre et System One. M. von Bezold déclare que l'ordonnance et les règles [traduction] "institutionnalisent l'avantage oligopolistique inhérent au groupe formé par les SIR de lignes aériennes". À son avis, cette condition précise de l'ordonnance a pour effet d'exclure les concurrents éventuels de petite taille : cette condition [traduction] "donne à ces entreprises de grande taille une protection qui accroît les obstacles à l'implantation, sur le marché, d'autres participants qui ne correspondent pas à la définition de SIR de lignes aériennes d'importance commerciale [...] ³²".

Relativement à la première préoccupation exprimée par M. von Bezold, American Airlines a indiqué qu'au moins en ce qui concerne Sabre, en supposant qu'il y ait compatibilité technologique, la société n'exige pas le dégroupage des appareils et des services. Bien que les avocats de Gemini n'aient fait aucune déclaration au sujet des pratiques de cette entité, la question, qui consiste à déterminer si l'imposition de telles conditions aux agents de voyage ne constituerait pas, de toute manière, une infraction à l'article 77 de la *Loi sur la concurrence* concernant les ventes liées, reste sans réponse. En ce qui concerne la seconde préoccupation de

³² Commentaires présentés au nom de Bios Computing Corporation concernant le projet d'ordonnance par consentement, déposés le 20 avril 1989, paragraphes 3 et 5.

M. von Bezold, Air Canada et Canadien justifient la restriction aux SIR d'importance commerciale en déclarant que l'ordonnance les oblige à traiter avec d'autres SIR de façon continue et qu'elles ont le droit de savoir à qui elles auront affaire. De plus, l'ordonnance stipule également que l'autre SIR doit être capable de remplir certaines obligations en échange des concessions qui lui sont faites. Le Tribunal croit savoir que le directeur accepte cette explication. À toutes fins pratiques, il n'a pas demandé un lien d'accès plus large, comme le propose M. von Bezold. Le directeur et les défenderesses estiment que les points soulevés par Bios ne sont pas liés au fusionnement. Il conviendrait certainement d'aborder ces questions au moment de formuler la réglementation des SIR qui devrait se faire par voie législative.

Critères d'approbation de l'ordonnance par consentement

Un argument a été exprimé de façon très vigoureuse au Tribunal, à savoir qu'il ne devrait pas se montrer empressé de mettre en doute l'opinion du directeur selon laquelle l'ordonnance par consentement demandée est appropriée dans les circonstances. Les avocats du directeur ont avancé ce qui suit : [traduction] "Le travail du directeur se fait plus en première ligne. Il recueille les faits, il évalue les problèmes avec avocats et experts [...]"³³. L'avocat de

³³ Voir la page 766 de la transcription.

L'Alliance canadienne des associations touristiques a également adopté une position très ferme indiquant que le Tribunal ne devrait pas mettre en doute la position du directeur. Il a fait remarquer que celui-ci est un agent public qui a la responsabilité de maintenir et de favoriser la concurrence au Canada. Pour cette raison, le directeur n'est pas soumis aux pressions qui obligent souvent les plaideurs privés à en arriver à un règlement : la nécessité d'économiser du temps ou de l'argent, le désir d'éviter l'embarras qui découle de la divulgation publique de questions de nature privée. Il a été soutenu que le directeur n'est pas motivé par de tels facteurs et qu'il est capable de garder à l'esprit, en tout temps, la grande question de l'intérêt public général.

Aux États-Unis, les procédures de décret par consentement sont un outil très utile en matière antitrust. Plus de 80 % de tous les cas présentés par le ministère de la Justice dans ce pays sont réglés par ce moyen. On a laissé entendre que l'adoption d'une telle mesure au Canada serait utile et que cela ne sera possible que si les parties peuvent se présenter devant le Tribunal assez confiants qu'un accord conclu par le directeur et les défenderesses ne sera pas réexaminé par le menu comme dans une affaire litigieuse et que l'accord a de bonnes chances d'être accepté, à condition qu'il satisfasse à certaines exigences minimales .

La dynamique du processus de règlement aux États-Unis dans les affaires antitrust risque de différer quelque peu de celle qui a cours chez nous. Dans ce pays, un particulier ou une société qui s'estime lésé par un comportement anticoncurrentiel a toujours le droit d'entreprendre des poursuites privées. Les mesures d'exécution à titre privé viennent compléter les mesures prises par les autorités; ces deux genres de poursuites ne s'excluent pas mutuellement.

[Traduction]

Des poursuites privées qui donnent lieu à un décret par consentement ou à une victoire complète du défendeur n'empêchent aucunement des poursuites par les autorités publiques. De même, l'acquittement du défendeur dans une poursuite civile n'exclut pas ultérieurement des poursuites privées³⁴.

Dans le cas présent, si les défenderesses et American Airlines avaient négocié directement entre elles, il est probable qu'une ordonnance par consentement quelque peu différente aurait été soumise au Tribunal. Quant à déterminer si, sans l'intervention du directeur, celle-ci aurait tenu compte de l'intérêt public, c'est là une autre question.

Il a été fait allusion à l'affaire *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225 (H.C.). Dans cette décision, un agent public

³⁴ P. Areeda & D.F. Turner, *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 2 (Boston : Little, Brown, 1978), paragraphe 323d [renvois supprimés].

nommé en vertu de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, ch. 33, a entamé des poursuites contre le défendeur Southam concernant un accord d'échange d'actions qui, selon les allégations, allait contre les intérêts des actionnaires minoritaires. Le litige a été réglé par l'agent public. Le règlement devait être approuvé par une ordonnance de la Cour. Cinq des actionnaires minoritaires ont présenté une demande comme intervenants et ont contesté le règlement en question. Dans sa décision d'approuver le règlement, la Cour a déclaré, à la page 230 de son jugement :

[Traduction]

Pour déterminer si elle doit approuver une proposition de règlement en vertu du paragraphe 235(2) de la Loi, la Cour doit être convaincue que cette proposition est juste et raisonnable pour tous les actionnaires. Lorsqu'elle examine cette affaire, la Cour doit admettre que les règlements sont, de par leur nature même, des compromis qui n'ont pas besoin de répondre à chacune des préoccupations de toutes les parties en cause et, en règle générale, ils n'y répondent pas. Les règlements acceptables peuvent se situer entre des limites supérieures et inférieures relativement distinctes.

Dans les cas comme celui qui nous occupe, le rôle de la Cour n'est pas de substituer son jugement à celui des parties qui négocient le règlement. Il ne lui revient pas non plus de contester les mérites de l'action prise. J'ajouterai également que le rôle de la Cour n'est pas non plus de se contenter d'approuver la proposition sans discussion.

...

Lorsque, en vertu de la Loi, le directeur propose l'approbation d'un règlement, il agit en qualité d'agent public mandaté, en qualité de *parens patriae* en vertu de la Loi non seulement pour instituer des actions, mais aussi pour établir des compromis. À mon avis, les

règlements proposés par le directeur bénéficient au départ d'une forte présomption de raison et d'équité.

La décision rendue dans l'affaire *Sparling* ne traite pas, de toute évidence, des litiges en vertu de la *Loi sur la concurrence*; elle touche un genre différent de litige, qui concerne des problèmes différents. En même temps, les principes qui y sont établis s'appliquent dans une certaine mesure à l'examen d'une ordonnance par consentement demandée au Tribunal par le directeur. Celui-ci 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 le défenderesse, c'est-à-dire les parties à l'ordonnance par consentement.

Il est évident, d'après la loi habilitante du Tribunal, que celui-ci n'a pas pour rôle d'approuver sans discussion. La Loi, par exemple, ne prévoit pas le dépôt automatique, par le directeur, des règlements intervenus avec les défenderesses de telle sorte qu'ils deviennent automatiquement des ordonnances du Tribunal. Ce genre de procédures existe, notamment dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*; le dépôt d'une ordonnance du Tribunal des droits de

la personne au greffe de la Cour fédérale fait de cette ordonnance une ordonnance de la Cour aux fins de l'application de la loi³⁵. Le Tribunal se compose de juges et de membres non judiciaires qui ont des compétences spéciales dans les domaines qui concernent le Tribunal. Les demandes faites au Tribunal sont entendues par au moins trois membres, même lorsqu'il s'agit de rendre des ordonnances par consentement. Il est évident que le Parlement voulait que le Tribunal rende un jugement indépendant par rapport à ces ordonnances.

En même temps, la Loi exprime très clairement que le Tribunal n'a pas à jouer un rôle prépondérant dans l'élaboration des ordonnances par consentement. L'article 105 de la *Loi sur la concurrence* stipule ce qui suit :

Lorsqu'une demande d'ordonnance est faite au Tribunal en application de la présente partie et que le directeur et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée s'entendent sur le contenu de l'ordonnance en question, le Tribunal peut rendre une ordonnance [...] (soulignement ajouté)

Et l'article 92 établit ce qui suit :

Dans les cas où, à la suite d'une demande du directeur, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence [...] le

³⁵ L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 57.

Tribunal peut [...] rendre une ordonnance enjoignant toute personne [...]

- (i) de le dissoudre [...]
- (ii) de se départir [...] des éléments d'actif et des actions [...]
- (iii) [...] prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure [...] (soulignement ajouté)

Outre les recours tels que la dissolution et le dessaisissement des éléments d'actif et des actions, l'article 92 précise que le Tribunal ne peut imposer de conditions à une défenderesse à moins que celle-ci et le directeur n'y consentent. De même, selon l'article 105, le Tribunal peut rendre l'ordonnance demandée par consentement. La situation est différente dans le cas des demandes de modification d'une ordonnance, présentées par le directeur en vertu de l'article 106. En vertu de ces dispositions, le directeur peut demander que des conditions soient imposées à une défenderesse sans l'accord de celle-ci.

Dans les *Règles du Tribunal de la concurrence* (article 36(2)), il est indiqué que le Tribunal peut, lorsqu'il refuse une ordonnance par consentement présentée en application de l'article 105, indiquer d'abord les modifications qui pourraient être apportées au projet d'ordonnance pour le rendre acceptable. En outre, le Tribunal estime qu'il est obligé de mentionner aux parties ses préoccupations en ce qui concerne le bien-fondé ou l'efficacité des ordonnances demandées. Mais, en dernier ressort, il n'a pas le

pouvoir d'imposer des conditions hormis la dissolution ou le dessaisissement à une défenderesse, lorsque la demande est présentée en vertu de l'article 92, à moins que ces conditions n'aient été acceptées par le directeur et la défenderesse. De plus, lorsqu'une demande est ainsi présentée en vertu de l'article 105, comme c'est le cas pour la présente demande, le Tribunal ne peut qu'accepter ou rejeter l'ordonnance par consentement.

Les avocats d'American Airlines soutiennent que dans ce cas, en raison des importants aspects réglementaires de l'ordonnance, le Tribunal devrait adopter des critères différents de ceux qu'il appliquerait dans d'autres circonstances. Ils avancent que le Tribunal devrait se demander si certaines modifications ne pourraient pas être apportées à l'ordonnance par consentement pour améliorer considérablement son efficacité comme moyen de garantir la concurrence après le fusionnement. Le Tribunal ne croit pas que cette approche relève du mandat qui lui a été confié par le Parlement. Il est vrai que certaines parties de l'ordonnance ont un caractère réglementaire, en particulier les Règles régissant les SIR. Mais celles-ci sont incluses dans l'ordonnance à titre de mesures temporaires en attendant que des règles appropriées soient adoptées par l'organisme gouvernemental concerné. Qui plus est, elles sont imposées directement par une ordonnance du Tribunal aux défenderesses dans la cause dont il est saisi et indirectement à d'autres dans la mesure où ils acceptent les obligations

contractuelles en ce sens. Le Tribunal n'a pas reçu le mandat d'établir des normes en vue de la réglementation de l'industrie des SIR.

Le Tribunal se range à l'argument du directeur selon lequel le rôle du Tribunal n'est pas de demander si l'ordonnance par consentement est la solution optimale aux effets anticoncurrentiels qui, est-il supposé, résulteraient du fusionnement. Le Tribunal accepte que son rôle consiste à établir si l'ordonnance par consentement répond à un critère minimal. Ce critère réside dans la question de savoir si le fusionnement, assorti des conditions de l'ordonnance par consentement, entraîne une situation où la diminution sensible de la concurrence, qui est présumée découler du fusionnement a, selon toute vraisemblance été éliminée. Dans l'affaire *Le directeur des enquêtes et recherches c. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 à la page 548, le critère est ainsi décrit :

Il revient au Tribunal de s'assurer que l'ordonnance demandée répond à un critère non équivoque d'efficacité : la suppression du risque d'empêchement ou de diminution sensible de la concurrence ayant suscité la demande d'ordonnance.

L'ordonnance impose des contraintes de conduite aux défenderesses. Le Tribunal est conscient que sa décision, dans *Le directeur des enquêtes et recherches c. Palm Dairies* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540, à l'appui de la proposition voulant que le Tribunal ne soit

pas disposé à rendre des ordonnances relatives à la conduite a fait l'objet d'une certaine discussion. Il s'agit là d'une mauvaise interprétation de cette décision. Dans *Palm Dairies*, le Tribunal était prié de rendre une ordonnance exigeant que les cadres de Palm prennent une participation de 50 % dans la société tout en permettant aux coopératives, qui souhaitaient d'abord acheter toute la société, d'acquérir les 50 % restants. Selon le directeur, l'achat de la totalité de Palm par les coopératives aurait entraîné une diminution sensible de la concurrence. L'ordonnance par consentement demandée aurait prévu l'exigence suivante

[...] les affaires de Palm seront en tout temps exploitées indépendamment des affaires de chacune des coopératives et en concurrence avec elles et, [...], les affaires de Palm seront établies, maintenues ou modifiées uniquement en fonction des meilleurs intérêts de Palm en tant qu'entreprise concurrentielle viable et sans qu'il ne soit en aucune façon tenu compte des intérêts des coopératives [...];

[...] les administrateurs, cadres et employés de Palm maximiseront les bénéfices de Palm indépendamment de ceux des coopératives et sans qu'il ne soit en aucune façon tenu compte des intérêts des coopératives [...]"

La façon exacte de faire respecter ces conditions n'est pas tout de suite apparue clairement au Tribunal. Les décisions des cadres ne sont pas publiques. Les cadres de Palm, propriétaires à 50 %, auraient sûrement tendance à agir de concert avec les coopératives de façon anticoncurrentielle s'il en résultait un accroissement des bénéfices de Palm. En distinguant trois

ordonnances par consentement, le Tribunal a indiqué à la page 552 que :

[...] toutes les trois étaient longues et détaillées; pourtant, aucune de leurs dispositions n'imposait d'injonctions définitives de faire à caractère vague et imprécis, à l'exemple de certaines dispositions de l'ordonnance qu'on cherche maintenant à obtenir du Tribunal. De plus, rien dans ces ordonnances n'imposait, sous forme de vagues directives visant le comportement concurrentiel, une injonction de faire aux parties concernant la conclusion d'un contrat d'achat et de vente ou la prise de décisions administratives.

Dans l'affaire *Palm Dairies*, le Tribunal a fait remarquer qu'aucune raison impérieuse n'a été donnée pour expliquer pourquoi une ordonnance d'efficacité douteuse doit être prise lorsque des mesures correctives plus évidentes et directes s'offrent.

L'objet d'une ordonnance par consentement est d'éliminer la diminution sensible de la concurrence qui, selon le directeur, résultera d'un fusionnement. Si les conditions de cette ordonnance sont vagues, et, de ce fait, ne peuvent être exécutées au moyen de poursuites pour outrage, ou si les conditions imposées sont presque impossibles à surveiller, l'ordonnance ne saurait respecter le critère requis de l'efficacité nécessaire pour éliminer la diminution sensible de la concurrence. Les conditions de l'ordonnance par consentement n'appelleront pas toutes les mêmes normes de précision. Mais, lorsque ces conditions sont essentielles à la création d'une situation concurrentielle postérieure à un fusionnement, comme elles l'étaient

dans *Palm Dairies*, elles doivent avoir beaucoup de précision et, de l'avis du Tribunal, pouvoir être exécutées efficacement.

Dans une demande d'ordonnance par consentement, le Tribunal est chargé d'établir si le fusionnement assorti des conditions de l'ordonnance acceptées par les parties empêchera ou diminuera sensiblement la concurrence. Ce faisant, il doit être convaincu que l'ordonnance par consentement pourra être exécutée et que le résultat global sera, selon toute vraisemblance, conforme aux objectifs de la *Loi sur la concurrence*. Il doit généralement le faire sans entendre tous les éléments de preuve et sans contester par lui-même tous les faits pertinents.

Conclusion

La question de savoir si, oui ou non, une situation donnée entraînera une diminution sensible de la concurrence repose sur une décision conjecturale. Une ordonnance comme celle que le Tribunal est prié de rendre est un tissu de dispositions reliées entre elles. Les avocats du directeur la qualifient d'équilibre délicat. À n'en pas douter, il existe plus d'une combinaison de conditions qui permettraient d'atteindre le résultat que les conditions actuellement soumises à l'examen du Tribunal devraient atteindre.

D'importantes modifications ont été apportées à l'ordonnance par consentement en réponse aux préoccupations soulevées au cours de l'audition de la présente demande et en réponse aux propositions faites par le Tribunal. Une comparaison de l'ordonnance par consentement déposée le 13 avril 1989 et de celle déposée le 2 juin 1989 le montre.

Ainsi qu'il a été remarqué plus haut, le Tribunal a exprimé des craintes qui n'ont pas trouvé de réponses. Il se peut fort bien que, si le Tribunal avait forgé l'ordonnance elle-même, il en serait résulté un ensemble de conditions différent de celui que le directeur et les défenderesses ont négocié. Il ne fait pas de doute que, si certaines des dispositions proposées par American Airlines avaient été intégrées à l'ordonnance par consentement, un plus rigoureux instrument pour créer un environnement concurrentiel postérieur au fusionnement aurait été établi. Mais, ainsi qu'il a déjà été dit, le Tribunal n'estime pas avoir reçu le mandat de forger les meilleures conditions possibles pour protéger la concurrence. Son rôle se limite à scruter l'ordonnance dont il est saisi pour s'assurer que les conditions proposées réussiront probablement à éliminer tout effet néfaste du fusionnement.

Point très important, la plupart des intervenants, y compris American Airlines, appuient l'ordonnance par consentement. Autre point important, peu d'éléments de preuve ont été produits selon

lesquels le fusionnement, assujetti à l'ordonnance par consentement, entraînera ou pourra vraisemblablement entraîner une diminution sensible de la concurrence. En outre, le Tribunal remarque que la tendance générale va à la formation de SIR de taille et en copropriété. De toute évidence, la mise en oeuvre de certaines conditions de l'ordonnance par consentement exigera une surveillance étroite et constante de la part du directeur. De toute évidence encore, le changement des circonstances ou l'exécution efficace de l'ordonnance exigeront peut-être un retour au Tribunal en vue de modifier ou d'interpréter l'ordonnance. Compte tenu de tous ces facteurs, le Tribunal a conclu, à partir des éléments de preuve dont il a été saisi, que l'ordonnance par consentement respecte le critère exigé par la Loi.

FAIT à Ottawa, ce 7^e jour de juillet 1989.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) B. Reed
B. Reed