

A-533-00/A-539-00

A-533-00/A-539-00

The Commissioner of Competition (*Applicant*)

v.

Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc.
(*Respondents*)*INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)*
v. *SUPERIOR PROPANE INC. (C.A.)*Court of Appeal, Linden J.A.—Ottawa, September 8,
9, 18 and 19, 2000.

Competition — Pratique — Motion for stay of Competition Tribunal decisions, continuing hold separate order with respect to merger of respondents — Not necessary to prevent eggs from being scrambled — Irreparable harm not established as feasible to divide merged business within reasonable time period.

In December 1998, Superior Propane Inc. agreed to merge with ICG Propane Inc. The Commissioner of Competition challenged the merger before the Competition Tribunal and obtained an order to hold separate, in effect until August 30, 2000. The Tribunal allowed the merger to proceed, a finding of substantial lessening of competition notwithstanding, on the ground that subsection 96(1) of the Act provided a defence. These motions were for a stay of the Tribunal decisions pending determination of the Commissioner's appeals. The respondents, alleging a \$2,500,000 loss per month because of the delay, wished to proceed with the merger pending the appeal.

Held, the motions for a stay should be dismissed.

To obtain a stay, the applicant must meet the three-prong test set out by the Supreme Court of Canada in *RJR — MacDonald v. Canada*: serious issue, irreparable harm, balance of convenience.

While a serious issue was raised herein (the meaning of section 96 of the *Competition Act*), the applicant has failed to establish irreparable harm. Although it has been common practice in both the United States and Canada to impose hold separate orders on merging parties because it was considered that it would be almost impossible to undo the damage caused by the merger in the event of success on appeal, that view was not adhered to.

Le commissaire de la concurrence (*requérant*)

c.

Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc.
(*intimées*)*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)*
c. *SUPÉRIEUR PROPANE INC. (C.A.)*Cour d'appel, juge Linden, J.C.A.—Ottawa, 8, 9, 18
et 19 septembre 2000.

Concurrence — Pratique — Requête en sursis à l'exécution de décisions du Tribunal de la concurrence, aux fins de maintenir en vigueur une ordonnance de garder à part relative à la fusion des intimées — Elle n'est pas indispensable pour empêcher que les œufs ne soient brouillés — L'existence d'un préjudice irréparable n'a pas été établie, car il est possible de scinder l'entreprise fusionnée dans un délai raisonnable.

En décembre 1998, Supérieur Propane Inc. a convenu de fusionner avec ICG Propane Inc. Le commissaire de la concurrence a contesté la fusion devant le Tribunal de la concurrence et obtenu une ordonnance de garder à part devant expirer le 30 août 2000. Le Tribunal a autorisé le fusionnement, même s'il avait également conclu à une diminution sensible de la concurrence, en raison du moyen de défense prévu au paragraphe 96(1) de la Loi. Ces requêtes avaient pour but d'obtenir un sursis à l'exécution des décisions du Tribunal jusqu'à ce que les appels du commissaire soient tranchés. Les intimées, alléguant une perte de 2 500 000 \$ par mois causée par le délai, souhaitent procéder au fusionnement avant que l'issue des appels ne soit connue.

Arrêt: les requêtes en sursis sont rejetées.

Pour obtenir un sursis, le requérant doit satisfaire au critère à trois volets qui a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR — MacDonald c. Canada*: question sérieuse à juger; préjudice irréparable; balance des inconvénients.

Bien qu'une question sérieuse ait été soulevée en l'espèce (le sens de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*), le requérant n'a pu prouver qu'un préjudice irréparable sera causé. Quoique des ordonnances de garder à part soient couramment rendues tant aux États-Unis qu'au Canada à l'égard de fusions, car si on autorise la démarche de fusionnement, il sera pour ainsi dire impossible de réparer les dommages occasionnés de ce fait dans l'éventualité où on interjeterait appel avec succès, cette thèse n'a pas été retenue.

A merged company is not like scrambled eggs which cannot be unscrambled. It can be broken up, though it may be difficult to do so. Competition can be restored. It is not enough for it to be hard or inconvenient to do so. In the United States, great corporations such as AT&T and Standard Oil have been divided up. An expert made reference to some 100 divestitures in the last 3 years. According to the persuasive evidence of one witness, it was feasible to divide the merged business within a reasonable time period so as to create two viable competitors in the national and local markets. While the applicant has not given any undertaking as to damages, not only have the respondents voluntarily undertaken to refrain from divesting themselves of certain assets, but there was evidence that they could cover any costs associated with a possible divestiture, mainly out of the savings they will achieve during the period of the appeal process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45), 104 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1.

REFERRED TO:

President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents), [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.); *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260; 23 O.A.C. 378 (Ont. C.A.); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2000] C.C.T.D. No. 15 (QL).

La situation d'une société fusionnée n'est pas tout à fait la même que celle des œufs brouillés qu'il est effectivement impossible de remettre dans leur état initial. L'entité peut en effet être séparée de nouveau, malgré les difficultés liées à cette démarche, et la concurrence peut être rétablie. Il ne suffit pas que cette démarche soit difficile ou qu'elle occasionne des inconvénients. Aux États-Unis, de grandes sociétés comme AT&T et Standard Oil ont été divisées. Un expert a donné des exemples de 100 dessaisissements au cours des trois dernières années. Selon le témoignage très convaincant d'un témoin, il est possible de scinder l'entreprise fusionnée dans un délai raisonnable de manière à créer deux concurrents viables qui se livreront une concurrence efficace sur le marché national et sur les marchés locaux concernés. Bien que le requérant n'ait souscrit aucun engagement quant aux dommages-intérêts, non seulement les intimées se sont volontairement engagées à s'abstenir de se départir de certains éléments d'actif, mais encore un témoin a affirmé qu'elles peuvent payer tous les frais liés à pareil dessaisissement, principalement à même les économies qu'elles réaliseront jusqu'à ce que l'appel soit tranché.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle, 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45), 104 (édicte, *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.); *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260; 23 O.A.C. 378 (C.A. Ont.); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL).

MOTIONS for a stay of two Competition Tribunal decisions pending determination of the appeals therefrom. Motions dismissed.

APPEARANCES:

William J. Miller and Jo'Anne Strekaf for appellant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken and Brian N. Radnoff for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Davies, Ward & Beck, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for order delivered orally in English by

LINDEN J.A.:

Introduction

[1] These four motions have been brought in order to obtain a stay of two decisions of the Competition Tribunal pending the determination of the appeals that have been launched in both cases, as well as for an order expediting both appeals and seeking directions.

[2] One of the decisions being appealed, dated August 30, 2000 [[2000] C.C.T.D. No. 15 (QL)] dismissed the Commissioner's application pursuant to section 92 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985 c. C-34 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19]. The other decision being appealed found that an interim hold separate order dated December 11, 1998 (HSO) made pursuant to section 104 [as enacted *idem*; S.C. 1999, c. 2, s. 37] automatically terminated with the decision of August 30, 2000 (and denying a stay).

[3] The factual background is too complicated to set out in detail, but suffice it to say that the respondent

REQUÊTES visant à obtenir un sursis à l'exécution de deux décisions du Tribunal de la concurrence jusqu'à ce que le sort des appels interjetés dans les deux affaires soit tranché. Requêtes rejetées.

ONT COMPARU:

William J. Miller et Jo'Anne Strekaf pour l'appellant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken et Brian N. Radnoff pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.

Davies, Ward & Beck, Toronto, pour les intimées.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance prononcés à l'audience par

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

Introduction

[1] Les quatre requêtes en l'espèce ont pour but d'obtenir un sursis à l'exécution de deux décisions du Tribunal de la concurrence jusqu'à ce que le sort des appels interjetés dans les deux affaires soit tranché, ainsi qu'une ordonnance visant à accélérer l'audition des deux appels et à obtenir des directives.

[2] Dans une des décisions portées en appel, qui est en date du 30 août 2000 [[2000] D.T.C.C. n° 15 (QL)], la demande du commissaire fondée sur l'article 92 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 34 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] a été rejetée. Dans l'autre décision portée en appel, le Tribunal de la concurrence a conclu qu'une ordonnance provisoire de garder à part en date du 11 décembre 1998 (OGP), qui avait été rendue conformément à l'article 104 [édicte, *idem*; L.C. 1999, ch. 2, art. 37], prenait automatiquement fin lors de la décision en date du 30 août 2000 (où la demande de sursis a été rejetée).

[3] Les faits à l'origine du litige sont très complexes et il n'y a pas lieu de les relater en détail ici; il suffit

Superior Propane Inc. on December 7, 1998 agreed to merge with ICG Propane Inc., which was challenged and investigated by the Commissioner of Competition. At the 48-day hearing in which 91 witnesses were called, including 17 expert witnesses, the Tribunal, in a 108 page, 516 paragraph decision, allowed the merger to proceed, even though there was a finding of substantial lessening of competition, on the ground that subsection 96(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] provided a defence.

[4] Soon after the Commissioner's challenge was undertaken, an interim order to "hold separate" (HSO) was entered on consent of both parties on December 11, 1998, which order was held to have expired automatically on August 30, 2000.

[5] The Commissioner wishes to keep this order in effect pending the determination of this appeal, but the respondents wish to proceed with the merger pending the appeal. The respondents are confident of success but, if they are not successful, they are of the view that the steps toward merger taken in the meantime can be undone. They are frustrated, not only by the delay, but by the fact that they are losing \$2,500,000 per month in efficiencies because of it.

[6] These motions began as an urgent motion for a temporary stay on Friday, September 8, 2000, immediately following the decision of the Tribunal; the argument proceeded on Saturday, September 9, 2000, and was adjourned to be continued on September 18 and 19, 2000 so that the Court would have all the written reasons of the Tribunal and better material could be prepared for the hearing. This Court must now decide whether it will dismiss the stay motions and let the merger proceed pending the appeal, or whether it will issue a stay continuing in force the HSO dated December 11, 1998. In either event, the parties are agreed that both appeals should be expedited and have indicated a willingness to cooperate in order to facilitate an early hearing.

de dire que, le 7 décembre 1998, l'intimée Supérieur Propane Inc. a convenu de fusionner son entreprise avec celle d'ICG Propane Inc. et que ce fusionnement a fait l'objet d'une enquête et d'une contestation de la part du commissaire de la concurrence. Après l'audience relative à cette affaire, qui a duré 48 jours et au cours de laquelle 91 personnes ont témoigné, y compris 17 témoins experts, le Tribunal a autorisé le fusionnement dans une décision de 108 pages (516 paragraphes), même s'il avait également conclu à une diminution sensible de la concurrence, en raison du moyen de défense prévu au paragraphe 96(1) [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45].

[4] Peu après le dépôt de la contestation du commissaire, une ordonnance provisoire de «garder à part» (OGP) a été inscrite suivant le consentement des deux parties le 11 décembre 1998, laquelle ordonnance a expiré automatiquement le 30 août 2000, selon la décision du Tribunal.

[5] Le commissaire désire que cette ordonnance demeure en vigueur jusqu'à ce que le présent appel soit tranché, tandis que les intimées souhaitent procéder au fusionnement. Les intimées sont convaincues qu'elles auront gain de cause; cependant, dans la négative, elles estiment que les mesures entreprises pour le fusionnement pourront être annulées. Elles sont frustrées non seulement par le délai, mais par la perte en efficacités qu'il occasionne, soit un montant de 2 500 000 \$ par mois.

[6] Les présentes requêtes ont d'abord été présentées à titre de procédure urgente visant à obtenir un sursis temporaire le vendredi 8 septembre 2000, immédiatement après la décision du Tribunal; les plaidoiries se sont poursuivies le samedi 9 septembre 2000 et l'audience a été ajournée et reportée aux 18 et 19 septembre 2000, de façon que la Cour ait en main tous les motifs écrits du Tribunal, ce qui permettrait une meilleure préparation de la documentation en vue de l'audience. La Cour doit maintenant décider si elle rejettera les requêtes en sursis et autorisera le fusionnement pendant l'appel ou si elle accordera un sursis ayant pour effet de maintenir en vigueur l'OGP datée du 11 décembre 1998. Dans un cas comme dans l'autre, les parties reconnaissent que les deux appels

Analysis

[7] Both parties agree that the three element test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, even though it was a Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] case, is the applicable one, that is,

- (1) there must be a serious question raised by the appeal
- (2) irreparable harm must be suffered by the applicant, and
- (3) the balance of convenience must favour a stay.

Upon an appeal, the burden on an applicant may be somewhat heavier than before a trial, but it is still not a heavy one; there must be a serious question raised but, according to Justice Sopinka in *RJR — MacDonald, supra*, “the threshold is a low one”, the applicant being required to show only that the application was not “vexatious or frivolous”. Even if the appeal is unlikely to succeed, the motions judge should consider the second and third elements because a prolonged examination of the merits is “neither necessary nor desirable”.

[8] In this case there is a disagreement between the parties about whether the standard of review is correctness or reasonableness in a case like this. There is discord about whether the issues here are questions of law or questions of fact or mixed questions of law and fact. Some deference may well have to be accorded to certain aspects of the decision, but, in my view, there are other issues which are of great legal significance and may well have to be decided on the basis of

devraient être entendus le plus rapidement possible et ont indiqué qu’elles étaient disposées à collaborer à cette fin.

Analyse

[7] Les deux parties conviennent que le critère à trois volets qui a été énoncé dans l’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, s’applique en l’espèce, même si l’affaire *RJR—MacDonald* concernait un litige relevant de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Selon ce critère:

- 1) l’appel doit soulever une question sérieuse à juger;
- 2) la partie requérante doit subir un préjudice irréparable;
- 3) la balance des inconvénients doit favoriser un sursis.

En appel, il se peut que le fardeau de la partie requérante soit plus lourd qu’il l’était avant l’instruction, mais il demeure relativement peu exigeant; une question sérieuse à juger doit exister, mais comme l’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *RJR — MacDonald*, précité, «les exigences minimales ne sont pas élevées», la partie requérante étant tenue de prouver uniquement que la demande n’était «ni futile ni vexatoire». Même s’il y a peu de chances que la partie appelante ait gain de cause en appel, le juge des requêtes devrait étudier les deuxième et troisième éléments, parce qu’un examen prolongé du fond n’est «ni nécessaire ni souhaitable».

[8] Dans la présente affaire, les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la norme de contrôle judiciaire est celle de la décision correcte ou de la décision raisonnable dans une situation semblable à celle dont la Cour est saisie. Les parties ne s’entendent pas non plus sur la question de savoir si les points en litige sont des questions de droit, des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit. Une certaine retenue s’impose sans doute à

correctness. (See *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528 (C.A.)). The Court cannot abdicate completely to the Tribunal its task of monitoring the development of competition law.

[9] Thus, despite the valiant effort of Mr. Finkelstein to persuade me that there are absolutely no serious issues raised in this appeal, to my mind, there is at least one major legal issue involved in this appeal (applicant's one and two) that must be resolved by this Court and which amounts by itself to a serious legal question, whatever the standard of review. That issue is the meaning of section 96 of the Act in light of the purposes of the Act as set out in section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] of the Act. It is a key issue of enormous importance in the administration of the Act. The majority of the Tribunal employed one method of interpreting that section, but a dissenting member of the Tribunal completely disagreed. The Commissioner has taken inconsistent positions on its meaning in the past in the MEG's and elsewhere. A former Chair of the Tribunal, Justice Reed, in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.), at page 339, expressed herself, in an *obiter dictum* perhaps, in terms that may be taken to be inconsistent with the majority decision in this case, even though she only raised the question and did not finally decide it. It seems to me quite clear that this complex and significant issue, the meaning of section 96, is so fundamental a legal question, that the decision of the Tribunal must be evaluated by this Court, even though in the final analysis the Court might well give deference to it.

[10] It is not necessary, therefore, for me to consider the seriousness of the other two issues raised by the

l'égard de certains aspects de la décision; cependant, à mon sens, il y a d'autres questions qui ont une grande importance sur le plan juridique et qu'il sera peut-être nécessaire de trancher en fonction de la norme de la décision correcte. (Voir l'arrêt *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire au brevets)*, [2000] 4 C.F. 528 (C.A.)). La Cour ne peut déléguer en entier au Tribunal sa responsabilité liée au contrôle de l'évolution du droit de la concurrence.

[9] Par conséquent, malgré les efforts louables que M^e Finkelstein a déployés pour tenter de me convaincre de l'absence de questions sérieuses à juger en l'espèce, j'estime qu'il existe au moins une question de droit majeure que la Cour doit trancher dans le présent appel (appels un et deux du requérant) et qui constitue en soi une question de droit sérieuse, indépendamment de la norme de contrôle applicable. Il s'agit du sens de l'article 96 de la Loi à la lumière des objets de celle-ci qui sont énoncés à son article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19]. C'est là une question clé qui a une importance majeure pour l'application de la Loi. La majorité des membres du Tribunal ont utilisé une méthode pour interpréter cette disposition, mais un membre dissident du Tribunal était tout à fait en désaccord avec cette méthode. Dans le passé, le commissaire a formulé des positions incompatibles sur le sens de cette disposition dans l'affaire MEG et dans d'autres cas. Dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.), à la page 339, M^{me} le juge Reed, qui a déjà présidé le Tribunal dans le passé, a formulé des remarques, incidentes peut-être, mais qui pourraient être considérées comme des remarques incompatibles avec la décision que la majorité a rendue dans cette affaire, même si elle a uniquement soulevé la question sans se prononcer de manière définitive à ce sujet. Il m'apparaît évident que cette question à la fois complexe et importante du sens de l'article 96 est une question de droit tellement fondamentale que la Cour doit évaluer la décision du Tribunal, même s'il est possible qu'elle s'en remette à cette décision en dernier ressort.

[10] Par conséquent, il n'est pas nécessaire que j'examine l'importance des deux autres questions que

applicant concerning the onus matter nor the situation of “merger to monopoly”. Neither is it necessary for me to comment on the section 104 issue concerning whether the Tribunal is *functus* in relation to the hold separate order following the issuance of its decision. As there is at least one serious issue raised here, the first hurdle has been met.

[11] I must now consider the second hurdle that must be overcome by the applicant, irreparable damage. Counsel for the Commissioner, basing himself on U.S. authorities, argued eloquently that once the eggs are scrambled, they cannot be unscrambled. In other words, if the two companies are allowed to proceed with the merger pending the appeal, it will be almost impossible to undo the damage caused by this in the event of success in the Court of Appeal. He referred to one judge’s description of a similar circumstance as potential “chaos”, if one had to undo the situation following the completion of this merger. (See *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260 (Ont. C.A.)).

[12] In his report for the Commissioner attached to his affidavit, Professor Richard Schwindt of Simon Fraser University, British Columbia, concluded that the “integration of Superior Propane Inc. and ICG operations would at best impede, and at worst jeopardize an effective divestiture”, that is, the “relatively rapid restoration of vigorous competition in the industry”. This is hardly proof that the harm “could not be remedied”. (See *RJR — Macdonald*, at page 341.) It is argued that, since interim integration will “diminish or practically destroy ICG as a divestible entity”, the “public interest” will be “irreparably harmed” if a stay is refused. In other words, it is said that consumers would be subjected to the anti-competitive effect of this merger during the period awaiting the decision on the appeal. There is no doubt that divestiture would be difficult and costly if the merger proceeded, but the respondents are aware of that fact and willing, if necessary, to bear the cost of

le requérant a soulevées en ce qui a trait au fardeau de la preuve ou encore à la situation du [TRADUCTION] «fusionnement visant à obtenir le monopole». Il n’est pas nécessaire non plus que je commente la question liée à l’article 104, soit celle de savoir si le Tribunal est dessaisi en ce qui a trait à l’ordonnance de garder à part faisant suite au prononcé de sa décision. Étant donné qu’au moins une question sérieuse a été soulevée en l’espèce, le premier obstacle a été franchi.

[11] Je dois maintenant examiner la deuxième condition que le requérant est tenu de remplir, soit l’existence d’un préjudice irréparable. Invoquant les autorités américaines, l’avocat du commissaire a soutenu avec éloquence que lorsque les œufs sont brouillés, il est impossible de les remettre dans leur état initial. En d’autres termes, si les deux entreprises sont autorisées à poursuivre la démarche de fusionnement en attendant que l’appel soit tranché, il sera pour ainsi dire impossible de réparer les dommages occasionnés de ce fait dans l’éventualité où la Cour d’appel accueillerait l’appel. L’avocat a ajouté que l’obligation de défaire le fusionnement en question pourrait donner lieu à un «chaos», comme l’a dit le juge saisi d’une situation similaire dans l’affaire *International Corona Resources Ltd. v. Lac Minerals Ltd.* (1987), 21 C.P.C. (2d) 260 (C.A. Ont.).

[12] Dans le rapport qu’il a préparé à l’intention du commissaire et qui est joint à son affidavit, le professeur Richard Schwindt, de la Simon Fraser University (Colombie-Britannique), a conclu que [TRADUCTION] «l’intégration de Supérieur Propane Inc. et d’ICG aurait pour effet, au mieux, de gêner et, au pire, de mettre en péril un dessaisissement, c’est-à-dire le «rétablissement relativement rapide d’une concurrence vigoureuse dans l’industrie». Cette opinion ne prouve guère qu’il s’agit d’un préjudice «auquel il ne peut être remédié». (Voir l’arrêt *RJR — Macdonald*, à la page 341.) L’avocat du commissaire fait valoir que, étant donné que l’intégration provisoire «réduira ou détruira à toutes fins utiles ICG comme entité pouvant être aliénée», «l’intérêt public» sera «lésé de façon irréparable» si la demande de sursis est refusée. En d’autres termes, les consommateurs subiront les conséquences négatives de ce fusionnement sur la concurrence au cours de la période précédant la

it. These costs have been expertly estimated, and it is clear that the money saved will more than offset the cost.

[13] In my view, the metaphor of scrambled eggs is dramatic, but not entirely apt. When one scrambles eggs it is impossible to unscramble them, but a merged company is not exactly like scrambled eggs. It can be broken up, though it is maybe difficult to do so. Competition can be restored. It is not enough for it to be hard or inconvenient to do so. To obtain a stay, the damage must be truly irreparable and proved to be so.

[14] In the past great corporations, like AT&T and Standard Oil have been divided up in the U.S. The U.S. Department of Justice is currently seeking to split up Microsoft. It can be done according to unchallenged evidence produced by the respondents. Bob Briggs, a senior partner in a Washington D.C. anti-trust firm that he claims is the largest private anti-trust practice in the world, in a report attached to an affidavit, states that “there is no reason, in principle, why post-acquisition divestitures cannot be as effective a remedy as divestiture before a merger”. He gave examples of many divestitures (100 in the last 3 years), some that have taken place even 25 years (Dupont) and 17 years (El Paso Natural Gas) after the original mergers took place. He states that there are agencies and courts capable of supervising the divestitures needed to enhance competition. He claims that this type of *ex post facto* remedy “permits society to reap the benefits of highly desired efficiencies, while providing a powerful incentive for management not to engage in opportunistic conduct that could trigger later calls for divestiture”.

décision qui sera rendue en appel. Il est indubitable que le dessaisissement serait difficile et coûteux en cas de fusionnement, mais les intimées sont conscientes de ces obstacles et disposées à en supporter les frais, au besoin. D’après l’expertise qui a été faite à ce sujet, il est indéniable que les économies réalisées compensent plus que largement ces frais.

[13] À mon avis, la métaphore des œufs brouillés est dramatique, mais ne convient pas tout à fait. Lorsque des œufs sont brouillés, il est effectivement impossible de les remettre dans leur état initial, mais la situation d’une société fusionnée n’est pas tout à fait la même que celle des œufs brouillés. L’entité peut en effet être séparée de nouveau, malgré les difficultés liées à cette démarche, et la concurrence peut être rétablie. Il ne suffit pas que cette démarche soit difficile ou qu’elle occasionne des inconvénients. Pour obtenir un sursis, il faut prouver que le préjudice est vraiment irréparable.

[14] Dans le passé, de grandes sociétés américaines comme AT&T et Standard Oil ont été divisées. Le ministère de la justice américain cherche actuellement à scinder Microsoft. Cette procédure est possible, selon la preuve non contestée que les intimées ont présentée. Dans un rapport joint à un affidavit, Bob Briggs, associé principal d’un cabinet de Washington D.C. spécialisé dans les affaires antitrust qui, selon lui, est le plus grand cabinet privé au monde en la matière, souligne [TRADUCTION] «qu’il n’y a aucune raison, en principe, pour laquelle les dessaisissements postérieurs à l’acquisition ne peuvent constituer un recours aussi efficace que ceux qui sont faits avant le fusionnement». Il a donné des exemples de nombreux dessaisissements (100 au cours des trois dernières années), dont certains ont été faits même 25 ans (Dupont) et 17 ans (El Paso Natural Gas) après les fusionnements initiaux. Selon M. Briggs, il existe des organismes et des tribunaux qui sont en mesure de surveiller les dessaisissements nécessaires pour accroître la concurrence. Ce type de recours *ex post facto* [TRADUCTION] «permet à la société de récolter les fruits d’efficacités grandement souhaitées tout en incitant fortement la direction à éviter de se livrer à une conduite opportuniste susceptible d’engendrer des demandes de dessaisissement».

[15] The evidence of Stephen Cole produced by the respondents is most persuasive. He spent hundreds of hours on this matter and supervised thousands of hours of research by his associates to conclude as follows:

It is feasible to divide the merged business within a reasonable time period so as to create two viable competitors who would compete effectively in the national market and in the relevant local markets.

Part of his reasons for this is that 85 percent of the people, trucks and tanks will be maintained in the integration process. Even though more of the attrition may come from ICG resources, that is still a significant fact here. Another fact to consider is that, if required, it might be possible to find a buyer for the remnants of ICG which could form the basis of a new stand alone competitor. Amerigas was mentioned as a possible purchaser, even though its interest was originally expressed as a buyer for ICG as a going concern. Other possible bidders were identified. Cole relied on the prior example of the CP divestiture that was undertaken in this country. He opines that it is "feasible to create two propane distribution competitors by divestiture of the integration". And he says that the respondents can handle any costs associated with that mainly out of the savings they will achieve in the period of the appeal process.

[16] Consequently, the evidence, in my view, is overwhelming that the applicant has not been able to establish, as it must, that there will be irreparable harm suffered if the stay is not granted.

[17] The third element is the balance of convenience, but I need not deal with that issue since I have concluded that the second requirement has not been met. The motion succeeds only if all three requirements are proved, and one of the elements has not been established. It is, however, clear that the financial costs to the respondents of the delay are large, 30 million dollars per year. The absence of an undertaking as to damages by the applicant is also significant here. In fact, the respondents have voluntarily undertaken in this Court to refrain from divesting themselves of the

[15] La version de Stephen Cole, qui a témoigné pour les intimées, est très convaincante. Après avoir consacré des centaines d'heures à la présente affaire et surveillé les recherches de ses associés, qui ont duré des milliers d'heures, il a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] Il est possible de scinder l'entreprise fusionnée dans un délai raisonnable de manière à créer deux concurrents viables qui se livreront une concurrence efficace sur le marché national et sur les marchés locaux concernés.

Son opinion est fondée en partie sur le fait que 85 p. 100 des personnes, camions et réservoirs seront conservés au cours de l'intégration. Même s'il est possible que la plus grande partie de l'attrition soit faite à même les ressources d'ICG, ce fait demeure important. De plus, au besoin, il serait possible de trouver un acheteur qui ferait l'acquisition du reste d'ICG et qui pourrait devenir un nouveau concurrent indépendant. La société Amerigas a été mentionnée à titre d'acquéreur possible, même si elle disait à l'origine s'intéresser à ICG comme entreprise en activité. D'autres acquéreurs possibles ont été identifiés. Cole a cité l'exemple du dessaisissement de CP qui a eu lieu au Canada. Selon lui, [TRADUCTION] «il est possible de créer deux concurrents en matière de distribution de propane en défaisant l'intégration». Il ajoute que les intimées peuvent payer tous les frais liés à cette démarche principalement à même les économies qu'elles réaliseront jusqu'à ce que l'appel soit tranché.

[16] Par conséquent, la preuve indique de façon plus qu'évidente que le requérant n'a pu prouver, comme il doit le faire, qu'un préjudice irréparable sera causé si le sursis n'est pas accordé.

[17] Le troisième élément est celui de la balance des inconvénients, mais il n'est pas nécessaire que j'examine cette question, étant donné que j'en suis arrivé à la conclusion que le deuxième volet du critère n'a pas été établi. La requête peut être accueillie uniquement si les trois volets ont été établis, et l'un d'eux ne l'a pas été. Cependant, il est évident que les frais découlant du délai sont élevés pour les intimées, soit 30 000 000 \$ par année. L'absence d'engagement du requérant quant aux dommages-intérêts est également importante en l'espèce. En fait, les intimées se sont

trucks, tanks and realty, other than in the normal course of business, pending the appeal, a wise course to follow, but not one that I would impose on them, the Commissioner appearing to be uninterested in it.

[18] It has been said that the operations of the two companies cannot be merged during the winter months, that is until April 1, 2001, but the planning aspects of this complicated project could proceed in the next few months. It is in merging operation where the major savings can be achieved, two-thirds of them. It may be that by April 1, 2001, the Court of Appeal will have decided this appeal and, if the Commissioner is successful, the preliminary steps taken in the merger can be halted at that time. If unsuccessful, depending on the reasons of the Court, the Supreme Court of Canada might be asked by the Commissioner for a stay of further steps in the merger pending an appeal there.

[19] This motion for a stay will be dismissed with costs in the cause.

[20] As for the motion expediting the hearing of both appeals, and for directions, the parties have agreed to the following timetable leading to a hearing of both appeals on Tuesday, Wednesday and Thursday, January 9, 10 and 11, 2001:

(1) Appeal books will be served and filed by October 27, 2000;

(2) The memorandum of fact and law of the appellant will be served and filed by November 17, 2000;

(3) The memorandum of fact and law of the respondents will be served and filed by December 15, 2000.

It will be so ordered.

volontairement engagées devant la Cour à s'abstenir, avant l'issue de l'appel, de se départir des camions, des réservoirs et des biens immeubles autrement que dans le cours normal de leurs activités, ce qui est une mesure sage, mais que je ne leur imposerais pas, puisque le commissaire ne semble pas y tenir.

[18] Il a été mentionné que le fusionnement des deux entreprises ne peut être fait au cours des mois d'hiver, c'est-à-dire avant le 1^{er} avril 2001, mais la planification de ce projet complexe pourrait avoir lieu au cours des prochains mois. C'est au cours du fusionnement que la majeure partie des économies, soit les deux tiers, peut être réalisée. Il se peut que, d'ici le 1^{er} avril 2001, la Cour d'appel se soit prononcée dans l'appel et, si le commissaire a gain de cause, les mesures préliminaires qui auront été entreprises pourront être freinées. Dans le cas contraire, selon les motifs de la Cour, le commissaire pourra demander à la Cour suprême du Canada de suspendre la démarche relative au fusionnement jusqu'à ce qu'elle se prononce elle-même au sujet de l'appel.

[19] La présente requête visant à obtenir un sursis sera rejetée et les dépens suivront l'issue de la cause.

[20] En ce qui a trait à la requête visant à accélérer l'audition des deux appels et à obtenir des directives, les parties ont accepté le calendrier suivant qui mènerait à une audition des deux appels les mardi, mercredi et jeudi 9, 10 et 11 janvier 2001:

1) les dossiers d'appel seront signifiés et déposés d'ici le 27 octobre 2000;

2) le mémoire de l'appellant sera signifié et déposé d'ici le 17 novembre 2000;

3) le mémoire des intimées sera signifié et déposé d'ici le 15 décembre 2000.

Une ordonnance sera rendue en ce sens.