

A-302-93

**The Director of Investigation and Research, PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd. (Appellants) (Respondents)**

v.

**Air Canada, The Gemini Group Limited Partnership, The Gemini Group Automated Distribution System Inc., Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp. (Respondents) (Respondents)**

and

**Consumers' Association of Canada, American Airlines, Inc., Attorney General of Manitoba, Alliance of Canadian Travel Associations, Bios Computing Corporation, IBM Canada Ltd., Via Rail Canada Inc., Unisys Canada Inc., Council of Canadian Airlines Employees and Attorney General of Alberta (Respondents) (Intervenors)**

*INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. AIR CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, July 12, 13, 14, 15, 16 and 30, 1993.

*Competition — Appeal and cross-appeal from Competition Tribunal decision dismissing application to vary earlier consent order under Competition Act, s. 92 — Merger of computer reservations systems by Air Canada, Canadian said to reduce competition in airline industry — Tribunal refusing to vary consent order as no change in circumstances — Words in Act, s. 106(a) must be given ordinary grammatical sense — Policy of Act explained — Imminent failure of Canadian change in circumstances leading to original order.*

These were an appeal and a cross-appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Director of Investigation and Research to vary an earlier consent order of the Tribunal dated July 7, 1989. By that consent order, the Director withdrew his challenge to the merger of the computer reservations systems of Air Canada and Canadian Airlines International Ltd. In this application, he sought to vary the consent order by the addition of a term permitting early termination of the hosting contract between the merged entity Gemini, and Air Canada and Canadian. In its decision of April 22, 1993, the Tribunal determined that it had the authority,

A-302-93

**Le directeur des enquêtes et recherches, PWA Corporation et les Lignes aériennes Canadien International (appelants) (intimés)**

a

c.

**Air Canada, The Gemini Group Limited Partnership, The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc., Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp. (intimées) (intimées)**

et

c

**L'Association des consommateurs du Canada, American Airlines, Inc., le procureur général du Manitoba, l'Alliance canadienne des associations touristiques, Bios Computing Corporation, IBM Canada Ltd., Via Rail Inc., Unisys Canada Inc., le Council of Canadian Airlines Employees et le procureur général de l'Alberta (intimés) (intervenants)**

e

*RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) c. AIR CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 12, 13, 14, 15, 16 et 30 juillet 1993.

*Concurrence — Appel et appel incident d'une décision du Tribunal de la concurrence qui a rejeté la demande de modification d'une ordonnance antérieurement rendue sous le régime de l'art. 92 de la Loi sur la concurrence — Il y aurait diminution de la libre concurrence dans le secteur du transport aérien du fait du fusionnement des systèmes informatisés de réservation d'Air Canada et de Canadien — Le Tribunal a refusé de modifier l'ordonnance par ce motif qu'il n'y a pas eu changement dans les circonstances — Il faut donner aux termes de l'art. 106(a) de la Loi leur sens grammatical ordinaire — Explication de la politique de la Loi — La faillite imminente de Canadien représente un changement dans les circonstances qui ont présidé à l'ordonnance primitive.*

Il y a en l'espèce appel et appel incident après rejet par le Tribunal de la concurrence de la demande faite par le directeur des enquêtes et recherches à l'effet de modifier une ordonnance par consentement que le Tribunal avait antérieurement rendue le 7 juillet 1989. Aux termes de cette ordonnance, le directeur s'est désisté de son opposition au fusionnement des systèmes informatisés de réservation d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien International. Par la demande en instance, il conclut à la modification de l'ordonnance par consentement, par addition d'une disposition permettant la résiliation du contrat de gestion interne conclu entre l'entité fusion-

under the *Competition Act*, paragraph 106(a), to terminate a contract if necessary to prevent any substantial lessening of competition and that, if the variations now sought were not granted, Canadian would likely fail, which would create a substantial lessening of competition in passenger airline service in Canada. However, the majority of the Tribunal concluded that there was no change in the “operative circumstance” which led to the consent order, and that the Tribunal was therefore unable to make the variation order requested. The issue was whether the Tribunal erred in interpreting restrictively the provisions of paragraph 106(a) so as to encompass only a change in the circumstances that had directly and demonstrably led to the original order being issued.

*Held* (MacGuigan J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed, the cross-appeal dismissed and the matter returned to the Tribunal for reconsideration.

*Per Hugessen J.A.*: The Competition Tribunal erred in giving too narrow and confining an interpretation to the words of paragraph 106(a) of the *Competition Act*. There is no warrant in the language of section 106 itself or in the scheme of the statute generally for reading the words “the circumstances that led to the making of the order” in other than their ordinary grammatical sense. The Tribunal had to determine the existence of a simple causal relationship between the circumstances and the order, but no more. It was an error for the Tribunal, having recognized that the existence of a strong duopoly in the airline business was an important feature of the landscape in which the previous order had been made, not to find that a drastic change in the financial position of one of the members of that duopoly and its imminent failure were not changes in the circumstances that led to the making of the order and that, in the present circumstances, the order would not have been made.

A statutory power to vary an order vested in the tribunal which has made that order is necessarily constrained by the same limits as were imposed on the power to make the order in the first place. Where the order sought to be varied was made under paragraph 92(1)(e) of the Act and resulted from a consent, the Tribunal has no powers beyond those with which it was originally vested at the time of the Director’s first application. On the application to vary, it is open to the Tribunal to rescind the order or to direct the dissolution of the merger or the divestiture of shares or assets. It may also, under subparagraph 92(1)(e)(iii), make an order directing any person “to take any other action” but only with the consent of such person and of the Director. The power to vary given by section 106 of the Act is an “independent” power as without it the Tribunal could not act. But the consent is the very source of its jurisdiction to make an order to vary; without it, the Tribunal may only order dissolution or divestiture, or rescind its original order. To limit the power to vary under section 106 by reference to the power to make the original order under section 92 is a question of

née, Gemini, d’une part, et Air Canada et Canadien de l’autre. Dans sa décision en date du 22 avril 1993, le Tribunal conclut qu’il tient de l’alinéa 106a) de la *Loi sur la concurrence* le pouvoir de mettre fin, si nécessaire, à tout contrat afin de prévenir toute diminution notable de la concurrence; et que si les modifications demandées n’étaient pas accordées, Canadien ferait probablement faillite, ce qui se traduirait par une diminution notable de la concurrence dans le secteur du transport aérien des passagers au Canada. Cependant, le Tribunal décide à la majorité des voix qu’il n’y a aucun changement dans les «circonstances déterminantes» de l’ordonnance par consentement et qu’il ne lui est donc pas possible d’accorder la modification demandée. Il échet d’examiner si le Tribunal a commis une erreur en interprétant de façon restrictive l’alinéa 106a) comme n’embrassant que le changement dans les circonstances qui ont été la cause directe et démontrable de l’ordonnance primitive.

*Arrêt* (le juge MacGuigan, J.C.A., dissident en partie): l’appel doit être accueilli, l’appel incident rejeté, et l’affaire renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision.

Le juge Hugessen, J.C.A.: Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur en donnant une interprétation trop étroite et trop restrictive des termes de l’alinéa 106a) de la *Loi sur la concurrence*. Ni le texte de l’article 106 lui-même ni l’esprit de la Loi prise dans son ensemble ne justifie de donner au membre de phrase «les circonstances ayant entraîné l’ordonnance» un sens différent de son sens grammatical ordinaire. Ces mots signifient que le Tribunal s’assure de l’existence d’un simple lien de causalité entre les circonstances et l’ordonnance, et rien de plus. Le Tribunal, ayant constaté que le contexte dans lequel l’ordonnance antérieure avait été rendue était caractérisé par l’existence d’un vigoureux duopole dans le secteur du transport aérien, a commis l’erreur de ne pas conclure qu’un changement radical dans la situation financière de l’un des deux protagonistes de ce duopole et sa faillite imminente n’étaient pas des changements dans les circonstances qui avaient présidé à cette ordonnance et que, dans la situation actuelle, celle-ci n’aurait pas été rendue.

Le pouvoir de modifier une ordonnance, dont est investi l’organisme qui l’a rendue, est nécessairement confiné dans les mêmes limites que le pouvoir de rendre cette ordonnance en premier lieu. Dans les cas où l’ordonnance visée par la demande de modification a été rendue en application de l’alinéa 92(1)e) par suite du consentement des parties, le Tribunal ne dispose d’aucun pouvoir autre que ceux dont il était investi à l’origine, au moment de la première demande du directeur. Une fois saisi de la demande de modification, il peut soit annuler son ordonnance soit ordonner la dissolution du fusionnement ou l’aliénation d’actions ou d’éléments d’actif. Il peut aussi, en application du sous-alinéa 92(1)e)(iii), ordonner à toute personne «de prendre toute autre mesure» mais à condition que cette personne et le directeur y souscrivent. Le pouvoir de modifier prévu à l’article 106 est un pouvoir «distinct» en ce sens que faute de ce pouvoir, le Tribunal ne pourrait agir. Mais le consentement est à la source même de sa compétence pour rendre une ordonnance modificatrice; faute de consentement, il ne pourrait qu’ordonner la dissolution ou l’aliénation

policy. The policy of the Act, and more particularly of the provisions relating to mergers, is to favour solutions which the parties and the Director, with the guidance and consent of the Tribunal, fashion for themselves and to that end to do everything to encourage them to negotiate. It is also a matter of simple practicality where, for instance, parties to a merger and third parties have undertaken obligations, contractual or otherwise, on the basis of a consent order. The Tribunal does not, absent consent, have the statutory power to order compensation for persons who suffer damages as a result of that order. The Court should refrain from making the order proposed by the Tribunal and requested by the appellants, but return the matter to the Tribunal for reconsideration.

*Per Heald J.A. (concurring with Hugessen J.A.):* Fulfilment of the conditions precedent for intervention under paragraph 106(a) does not confer upon the Tribunal unrestricted powers to amend or modify an existing order. In applications to vary pursuant to section 106, the Tribunal's powers are the same as they were when the Director's original section 92 application was being considered. This approach establishes a balance between the reliance of parties (and third parties) on an existing order and the public interest in the furtherance of competition. This high threshold for intervention imposed by the scheme of the statute is necessary to clothe existing orders with an acceptable degree of stability and certainty and to ensure that the integrity of the consent order process will be maintained. The Tribunal did not have the jurisdiction to issue the order proposed by it, given its power to intervene pursuant to paragraph 106(a) of the Act.

*Per MacGuigan J.A. (dissenting in part):* The Tribunal's interpretation of the phrase "the circumstances that led to the making of the order have changed" in paragraph 106(a) of the *Competition Act* to mean circumstances that directly and demonstrably caused the change is not supported by the text of the Act. The words "that led to" imply that the circumstances had to be at least causative of the change, but the language of the statute makes it hard to go much beyond that. The final causality emphasized by the various respondents, being the narrowest construction possible, was unwarranted. The phrase in issue includes all of the facts and conditions that were relevant to the making of the order, which gives support to material and formal causality in the Aristotelian sense, as well as efficient and final causality. The question of law as to the meaning of the power to "rescind or vary" the original order is a policy debate, one which Parliament has already resolved by its adoption of the unrestricted word "vary". A judicially imposed limitation on the power to vary in section 106 would be a total construct, without statutory warrant. The Tribunal's power is discretionary, not mandatory.

d'actions ou d'éléments d'actif, ou encore annuler son ordonnance antérieure. Limiter le pouvoir de modifier prévu à l'article 106 par référence au pouvoir de rendre l'ordonnance initiale sous le régime de l'article 92 est une question touchant la politique de la Loi. La Loi, en particulier ses dispositions relatives aux fusions, vise à favoriser les solutions que les parties et le directeur, avec les directives et l'autorisation du Tribunal, élaborent eux-mêmes, et à cette fin, à tout faire dans les limites du raisonnable pour les encourager à négocier. Il y a aussi une simple raison pratique dans les cas où les parties au fusionnement et les tiers ont souscrit des obligations, contractuelles ou autres, conformément à une ordonnance par consentement. Faute de consentement, le Tribunal n'est pas habilité par la loi à ordonner l'indemnisation de ceux qui subissent un préjudice par suite de cette ordonnance. La Cour devrait s'abstenir de rendre l'ordonnance envisagée par le Tribunal et demandée par les appelants, mais renvoyer l'affaire au Tribunal pour nouvelle décision.

Le juge Heald, J.C.A. (souscrivant aux motifs du juge Hugessen, J.C.A.): Le fait de satisfaire aux conditions préalables de l'intervention sous le régime de l'alinéa 106(a) ne confère pas au Tribunal un pouvoir illimité pour modifier une ordonnance existante. Saisi d'une demande de modification fondée sur l'article 106, il dispose des mêmes pouvoirs qu'à l'égard de la demande initialement introduite par le directeur sous le régime de l'article 92. Cette approche réalise l'équilibre entre la réalité que représente l'ordonnance existante pour les parties (et pour les tiers) et l'intérêt général qu'est la promotion de la libre concurrence. La rigueur des conditions préalables de l'intervention, qu'impose le régime de la loi, est nécessaire pour assurer aux ordonnances un degré acceptable de stabilité et de certitude; elle garantit que l'intégrité du processus d'ordonnance par consentement soit préservée. Le Tribunal n'a pas compétence pour rendre l'ordonnance qu'il envisage, vu les limites du pouvoir d'intervention qu'il tient de l'alinéa 106(a) de la Loi.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (dissident en partie): L'interprétation faite par le Tribunal de la phrase «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé» figurant à l'alinéa 106(a) de la *Loi sur la concurrence* comme visant les circonstances qui ont, de façon directe et démontrable, causé le changement, ne trouve aucune justification dans le texte de la Loi. Les mots «ayant entraîné» sous-entendent que les circonstances en question doivent être au moins la cause du changement, mais le texte de la loi ne permet guère d'aller plus loin. La cause finale, sur laquelle insistent les diverses intimées, représente l'interprétation la plus restrictive possible, qui n'est pas justifiée. Cette phrase embrasse tous les faits et conditions ayant un rapport avec la délivrance de l'ordonnance, donc la cause matérielle et la cause formelle au sens aristotélicien, de même que la cause efficiente et la cause finale. La question de droit relative à la signification du pouvoir d'«annuler ou [de] modifier» l'ordonnance initiale relève du débat sur la politique fondamentale, que le législateur a déjà résolu par l'adoption du mot «modifier» qui n'est assorti d'aucune réserve. Une limitation judiciairement imposée au pouvoir de modifier, que prévoit l'article 106, serait pur exercice intellectuel, sans aucun

With respect to the first requirement of section 106, a change in causative circumstances, the fact of hosting, which the Tribunal found to exist, was a matter of relevance and concern. It was because of the hosting contract in the context of the duopoly that the Director was moved to seek, and the Tribunal to grant, the consent order. The facts found by the majority of the Tribunal established a change in causative circumstances, as Air Canada and Canadian were the dominant airlines in Canada, in vigorous competition with each other and there was no indication whatsoever that Canadian's financial condition would deteriorate to the point where its continued existence would be threatened. As to whether the order would not have been made or would have been ineffective, the best evidence that this test is satisfied in law was provided by the Tribunal's alternative findings of fact that Canadian was no longer financially viable. There was ample evidence that Air Canada and Canadian were the dominant carriers in Canada and that the failure of Canadian would result in a substantial lessening of competition. The Tribunal's conclusions were not based on wrongly admitted evidence and they were amply supported by evidence that was uncontroverted as to its admissibility. The Tribunal was correct in ruling that it could not make compensatory awards as compensation is not within its jurisdiction.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 70 (as am. *idem*, s. 41), 75 (as am. *idem*, s. 45), 76 (as am. *idem*), 77 (as am. *idem*), 79 (as enacted *idem*; as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 31), 81 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 45), 83 (as enacted *idem*), 84 (as enacted *idem*), 86 (as enacted *idem*; as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 32), 87 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, s. 45), 91 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*), 97 (as enacted *idem*), 105 (as enacted *idem*), 106 (as enacted *idem*).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Suppl.), c. 19, Part I, ss. 5, 8, 9, 12.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1973] 2 O.R. 265; (1973), 33 D.L.R. (3d) 513 (Div. Ct.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129.

fondement législatif. L'exercice du pouvoir du Tribunal est discrétionnaire, non pas obligatoire.

En ce qui concerne la première condition prévue à l'article 106, savoir un changement dans les circonstances ayant présidé à l'ordonnance primitive, le contrat de gestion interne, dont le Tribunal a constaté l'existence, devient un facteur à prendre en considération. C'était l'existence du contrat de gestion interne sur fond de duopole qui a poussé le directeur à demander, et le Tribunal à rendre l'ordonnance par consentement. Les faits constatés par la majorité font ressortir un changement dans les circonstances à prendre en considération, en particulier le fait que Air Canada et Canadien étaient les deux compagnies aériennes dominantes au Canada qui se livraient une vive concurrence, et l'absence d'aucune indication que la situation financière de Canadien se détériorerait à un point tel que son existence même serait menacée. Pour ce qui est de savoir si l'ordonnance primitive n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets voulus, la meilleure preuve qu'il a été satisfait à ce critère sur le plan juridique se dégage des conclusions subsidiaires du Tribunal sur les faits, savoir que Canadien n'était plus financièrement viable. Il y a abondamment de preuves qui démontrent que Air Canada et Canadien sont les transporteurs dominants au Canada, et que la faillite de Canadien signifierait une diminution notable de la concurrence. Le Tribunal n'a pas fondé ses conclusions sur des preuves admises à tort, et ces conclusions sont amplement justifiées par des preuves dont l'admissibilité est incontestée. Le Tribunal a correctement conclu qu'il ne pourrait accorder un dédommagement, qui échappe à sa compétence.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 70 (mod., *idem*, art. 41), 75 (mod., *idem*, art. 45), 76 (mod., *idem*), 77 (mod., *idem*), 79 (édicte, *idem*; mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 31), 81 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45), 83 (édicte, *idem*), 84 (édicte, *idem*), 86 (édicte, *idem*; mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 32), 87 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45), 91 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*), 97 (édicte, *idem*), 105 (édicte, *idem*), 106 (édicte, *idem*).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, Partie 1, art. 5, 8, 9, 12.

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1973] 2 O.R. 265; (1973), 33 D.L.R. (3d) 513 (C. div.); *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] R.C.S. 282; (1966), 56 D.L.R. (2d) 193; 55 W.W.R. 129.

## CONSIDERED:

*American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.); *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98; (1982), 141 D.L.R. (3d) 54; 44 N.R. 243 (C.A.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.).

## REFERRED TO:

*Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Imperial Oil Limited* [[1990] C.C.T.D. No.1 (QL)]; *Consumers' Association of Canada v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 F.C. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (T.D.); *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Comp. Trib.).

## AUTHORS CITED

Aristotle, *Physics*, II, 3.  
*Webster's Third New International Dictionary* (1981).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ([1993] C.C.T.D. No. 14 (QL)) dismissing an application by the Director of Investigation and Research to vary an earlier consent order of the Tribunal ((1989), 44 B.L.R. 154 (Comp. Trib.)). Appeal allowed, cross-appeal dismissed.

## COUNSEL:

*C. D. O'Brien, Q.C.* and *R. W. Thompson* for appellants PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd.  
*Donald B. Houston* and *J. G. Bertrand* for appellant Director of Investigation and Research.  
*J. William Rowley, Q.C.* and *William V. Sasso* for respondent Air Canada.  
*Michael L. Phelan* and *P. J. Wilson* for respondents The Gemini Group Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.); *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98; (1982), 141 D.L.R. (3d) 54; 44 N.R. 243 (C.A.); *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* [[1990] D.T.C.C. no.1 (QL)]; *L'Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 433; (1978), 87 D.L.R. (3d) 33 (1<sup>re</sup> inst.); *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Trib. conc.).

## DOCTRINE

Aristote, *Physique*, II, 3.  
*Webster's Third New International Dictionary* (1981).

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision du Tribunal de la concurrence ([1993] D.T.C.C. No. 14 (QL)) qui a rejeté la demande faite par le directeur des enquêtes et recherches à l'effet de modifier une ordonnance antérieure du Tribunal ((1989), 44 B.L.R. 154 (Trib. conc.)). Appel accueilli, appel incident rejeté.

## AVOCATS:

*C. D. O'Brien, c.r.*, et *R. W. Thompson* pour les appelantes PWA Corporation et les Lignes aériennes Canadien International.  
*Donald B. Houston* et *J. G. Bertrand* pour l'appelant, directeur des enquêtes et recherches.  
*J. William Rowley, c.r.*, et *William V. Sasso* pour l'intimée Air Canada.  
*Michael L. Phelan* et *P. J. Wilson* pour les intimées The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

*William L. Vanveen* and *T. Burke* for respondents Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp.

*Colin L. Campbell, Q.C.* for respondent (intervenor) American Airlines, Inc. a

*W. A. Kelly, Q.C.* for respondent (intervenor) IBM Canada Ltd.

*Bruce M. Graham* for respondent (intervenor) Council of Canadian Airlines Employees. b

*William L. Vanveen* et *T. Burke* pour les intimées Covia Canada Corp. et Covia Canada Partnership Corp.

*Colin L. Campbell, c.r.*, pour l'intimée (intervenant) American Airlines, Inc.

*W. A. Kelly, c.r.*, pour l'intimée (intervenant) IBM Canada Ltd.

*Bruce M. Graham* pour l'intimé (intervenant) Council of Canadian Airlines Employees.

## SOLICITORS:

*Bennett Jones Verchere*, Calgary, for appellants PWA Corporation and Canadian Airlines International Ltd. c

*Legal Services Branch*, Consumer and Corporate Affairs, Hull, Quebec, for appellant Director of Investigation and Research.

*McMillan Binch*, Toronto, for respondent Air Canada. d

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, for respondents The Gemini Group Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. e

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for respondents Covia Canada Corp. and Covia Canada Partnership Corp.

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for respondent (intervenor) American Airlines, Inc. f

*Kelly Affleck Greene*, Toronto, for respondent (intervenor) IBM Canada Ltd.

*Smith, Lyons, Torrance, Stevenson, & Mayer*, Toronto, for respondent (intervenor) Council of Canadian Airlines Employees. g

## PROCUREURS:

*Bennett Jones Verchere*, Calgary, pour les appelantes PWA Corporation et les Lignes aériennes Canadien International.

*Services juridiques*, Consommation et Affaires commerciales, Hull, Québec, pour l'appelant, directeur des enquêtes et recherches.

*McMillan Binch*, Toronto, pour l'intimée Air Canada.

*Osler, Hoskin & Harcourt*, Ottawa, pour les intimées The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc.

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les intimées Covia Canada Corp. et Covia Canada Partnership Corp.

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour l'intimée (intervenant) American Airlines, Inc.

*Kelly Affleck Greene*, Toronto, pour l'intimée (intervenant) IBM Canada Ltd.

*Smith, Lyons, Torrance, Stevenson, & Mayer*, Toronto, pour l'intimé (intervenant) Council of Canadian Airlines Employees.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par* h

HEALD J.A.: I have had the privilege of reading the detailed reasons for judgment herein prepared by my colleagues Hugessen J.A. and MacGuigan J.A.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'ai pris connaissance des motifs de jugement détaillés de mes collègues les juges Hugessen et MacGuigan, J.C.A. i

I agree with both of my colleagues that the Competition Tribunal (the Tribunal) erred in the restrictive interpretation that it gave to the provisions of paragraph (a) of section 106 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, as amended [R.S.C., 1985 (2nd

Je conviens avec l'un et l'autre que le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a commis une erreur en donnant une interprétation restrictive de l'alinéa a) de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 mod. par [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.),

Supp.), c. 19, s. 19], (the Act).<sup>1</sup> I agree with MacGuigan J.A. that in interpreting the phrase “the circumstances that led to the making of the order have changed” in paragraph 106(a) [as enacted *idem*, s. 45] so as to encompass only changed circumstances that directly and demonstrably caused the order to be issued, the learned judicial member of the Tribunal imposed an unwarranted restriction on that phrase. I agree also with Hugessen J.A. [*infra*, at page 166] that the phrase in issue must be given its “ordinary grammatical sense” which “involves a determination by the Tribunal of the existence of a simple causal relationship between the circumstances and the order, but no more.” The financial viability of the initial parties to the Gemini merger on June 1, 1987, namely Air Canada and Canadian, was clearly an important component of the rationale for the 1989 consent order. In its current financial position, Canadian would not have agreed to the Gemini merger. Accordingly, no consent merger order would have been made pursuant to the provisions of section 92<sup>2</sup> [as enacted *idem*] of the Act.

<sup>1</sup> S. 106 reads:

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

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

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

the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

<sup>2</sup> S. 92 reads:

92. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

(a) in a trade, industry or profession,

(b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,

(c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

ch. 19, art. 19], ensemble ses modifications (la Loi)<sup>1</sup>. Je conviens avec le juge MacGuigan, J.C.A., qu'en interprétant le membre de phrase «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance ont changé» de l'alinéa 106a) [édicte, *idem*, art. 45] comme n'embrassant que le changement dans les circonstances qui ont été la cause directe et démontrable de l'ordonnance primitive, le juge qui siégeait au Tribunal en a restreint le sens à tort. Je conviens aussi avec le juge Hugessen, J.C.A. [*infra*, à la page 166], qu'il faut donner à ce membre de phrase son «sens grammatical ordinaire», qui signifie que «le Tribunal s'assure de l'existence d'un simple lien de causalité entre les circonstances et l'ordonnance, et rien de plus». L'équilibre financier des parties initiales au fusionnement Gemini, réalisé le 1<sup>er</sup> juin 1987, savoir Air Canada et Canadien, était indubitablement un facteur important de l'ordonnance par consentement de 1989. Dans sa situation financière actuelle, Canadien n'aurait pas consenti au fusionnement Gemini. Donc, aucune ordonnance par consentement sur le fusionnement n'aurait été rendue en application des dispositions de l'article 92<sup>2</sup> [édicte, *idem*] de la Loi.

<sup>1</sup> Voici le texte de l'art. 106:

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

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

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

<sup>2</sup> Voici le texte de l'art. 92 de la Loi:

92. (1) 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, ou aura vraisemblablement cet effet:

a) dans un commerce, une industrie ou une profession;

b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;

c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

While my two colleagues are in agreement that the Tribunal erred in its interpretation of the conditions precedent imposed by paragraph 106(a) of the Act, they have a fundamental disagreement as to the extent of the power to vary conferred on the Tribunal pursuant to paragraph 106(a). In the result, they do not agree as to the appropriate remedy.

I agree with Mr. Justice Hugessen that fulfilment of the conditions precedent for intervention pursuant to paragraph 106(a) does not confer upon the Tribunal unrestricted powers to amend or modify an existing order. The Tribunal's power is subject to the same limitations as were imposed on its jurisdiction to make the original order. Here, we have a consent

*(Continued from previous page)*

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

- (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
- (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
- (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

- (i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,
- (ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or
- (iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both
  - (A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or
  - (B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, ordering the person to take any other action

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share.

Si mes deux collègues sont convenus que le Tribunal a commis une erreur dans son interprétation des conditions préalables prévues à l'alinéa 106(a) de la Loi, leurs vues divergent totalement quant à l'étendue du pouvoir de modifier que le Tribunal tient de cet alinéa a). En conséquence, ils ne s'entendent pas sur la réparation à ordonner.

Je conviens avec le juge Hugessen que le fait de satisfaire aux conditions préalables de l'intervention sous le régime de l'alinéa 106(a) ne confère pas au Tribunal un pouvoir illimité pour modifier une ordonnance existante. Son pouvoir en la matière est soumis aux mêmes limites que la compétence dont il est investi pour rendre l'ordonnance initiale. En l'espèce,

*(Suite de la page précédente)*

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

- (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
- (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif ou des actions qu'il indique,
- (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

- (i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,
- (ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,
- (iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:
  - (A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,
  - (B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le directeur et cette personne y souscrivent.

(2) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché.



order issued pursuant to section 105 [as enacted *idem*] of the Act following an application by the Director of Investigation and Research (the Director) pursuant to section 92 of the Act which was converted to a consent proceeding in April of 1989. My brother, Hugessen J.A., relies on the provisions of subparagraph 92(1)(e)(iii) as the basis for the Tribunal's jurisdiction to make a wide range of orders in relation to mergers. I do not think it necessary to determine whether the Tribunal's power emanates specifically from subparagraph 92(1)(e)(iii) or from the more general powers conferred on the Tribunal pursuant to the provisions of section 105 of the Act.<sup>3</sup> In my view, when section 106 is read in context with section 92, and, having regard to the scheme of Part VIII of the Act, it is apparent, in the absence of the consent of all parties to the merger order, that the Tribunal's powers are limited to ordering dissolution of the merger or divestiture of its assets provided it has been proven that the merger or proposed merger "prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially."

In applications to vary pursuant to section 106, the Tribunal's powers are the same as they were when the Director's original section 92 application was being considered. In situations where the parties have consented to a modification or an alternative order, the Tribunal has the jurisdiction, pursuant to paragraph 106(b) to vary the order accordingly. Such an alteration or variation is subject to the condition, as would be the case under section 105, that the amended order redress the anti-competitive effects of the merger. This represents the consensual or negotiated solution to changed circumstances. Where, as in this case, consensus is not likely, paragraph (a) of

<sup>3</sup> S. 105 reads:

105. Where an application is made to the Tribunal under this Part for an order and the Director and the person in respect of whom the order is sought agree on the terms of the order, the Tribunal may make the order on those terms without hearing such evidence as would ordinarily be placed before the Tribunal had the application been contested or further contested.

il y a une ordonnance par consentement, rendue conformément à l'article 105 [édicte, *idem*] de la Loi sur demande introduite par le directeur des enquêtes et recherches (le directeur) en application de l'article 92 de la Loi, demande qui s'est subséquentement transformée en procédure d'ordonnance par consentement en avril 1989. Mon collègue le juge Hugessen, J.C.A., se fonde sur les dispositions du sous-alinéa 92(1)e(iii) pour conclure que le Tribunal est habilité à rendre une grande variété d'ordonnances en matière de fusionnements. Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de savoir si le pouvoir en question du Tribunal émane spécifiquement du sous-alinéa 92(1)e(iii) ou fait partie des pouvoirs plus généraux qu'il tient des dispositions de l'article 105 de la Loi<sup>3</sup>. À mon avis, lorsqu'on envisage l'article 106 à la lumière de l'article 92 et eu égard au régime institué par la partie VIII de la Loi, il appert que, sauf consentement de toutes les parties à l'ordonnance portant fusionnement, le pouvoir du Tribunal se limite à ordonner soit la dissolution du fusionnement soit l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif, à condition qu'il soit prouvé que ce fusionnement, réalisé ou proposé, «empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet».

Saisi d'une demande de modification fondée sur l'article 106, le Tribunal dispose des mêmes pouvoirs qu'à l'égard de la demande initialement introduite par le directeur sous le régime de l'article 92. Dans le cas où les parties ont consenti à la modification ou à la délivrance d'une autre ordonnance, le Tribunal est habilité par l'alinéa 106b) à modifier l'ordonnance primitive en conséquence. La modification est subordonnée en ce cas, tout comme dans les cas visés à l'article 105, à la condition que l'ordonnance modifiée remédie aux effets anticoncurrentiels du fusionnement. Elle représente la solution consensuelle ou négociée face aux circonstances nouvelles. Dans les

<sup>3</sup> Voici le texte de l'art. 105:

105. 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 conforme à cette entente sans que lui soit alors présentée la preuve qui lui aurait autrement été présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition.

section 106 may be engaged.<sup>4</sup> Under paragraph 106(a) the Tribunal's jurisdiction is limited to ordering divestiture or dissolution (as was the case under section 92, in the absence of consent) and then only when the Tribunal decides that the merger, operating under the terms of the existing order, will lead to a substantial lessening of competition. Put another way, the same stark choice between continuation and dissolution of the merger exists and applies in all non-consensual scenarios whether the Tribunal's source of jurisdiction is section 92 or paragraph 106(a). Likewise, the same test for intervention by the Tribunal applies in both cases.

This approach establishes a balance between the reliance of parties (and third parties) on an existing order and the public interest involved in the furtherance of competition. The high threshold for intervention imposed by the scheme of the statute is necessary in order to clothe existing orders with an acceptable degree of stability and certainty. Such a high threshold ensures that the integrity of the consent order process will be maintained, a desirable objective, in my view.

To summarize, it is my conclusion that the Director or any person against whom an order has been made under Part VIII may apply for variation of that order, pursuant to paragraph 106(a), absent consent amongst the parties to modification of that existing

<sup>4</sup> Hugessen J.A. is of the view that the policy of the Act and more particularly, the merger provisions therein, favour negotiated solutions which are fashioned by the parties and the Director, "with the guidance and consent" of the Tribunal. I would agree that the "all or nothing" result mandated by the statutory scheme in the absence of consent creates a strong impetus for the parties to arrive at "finely-tuned" solutions through negotiation. However, in the case at bar, an agreement was not reached, hence s. 106(a) application. In the circumstances of this case, an agreement seems unlikely. Contrary to the usual scenario accompanying a s. 92 application, one of the parties to the merger (Canadian) wants the merger dissolved. Air Canada does not wish the merger dissolved. In the vast majority of s. 92 applications, neither the parties nor the Director would be supporting dissolution or divestiture. In this case, due to the intransigence of at least two of the parties, I fear that negotiations between the parties may be unproductive, given the existing atmosphere.

cas où, comme en l'espèce, un consentement est peu probable, l'alinéa 106a) peut entrer en jeu<sup>4</sup>. Par application de l'alinéa 106a), la compétence du Tribunal se limite à ordonner soit l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif soit la dissolution (comme dans les cas soumis à l'article 92 faute de consentement), et ce uniquement dans le cas où il conclut que le fusionnement, exploité conformément aux dispositions de l'ordonnance existante, aboutira à une diminution notable de la concurrence. En d'autres termes, le même choix brutal entre le maintien et la dissolution du fusionnement existe et s'applique dans tous les cas où il n'y a pas consentement, que le Tribunal tienne sa compétence de l'article 92 ou de l'alinéa 106a). Par ailleurs, le critère de l'intervention du Tribunal est le même dans les deux cas.

Cette approche réalise l'équilibre entre la réalité que représente l'ordonnance existante pour les parties (et pour les tiers) et l'intérêt général qu'est la promotion de la libre concurrence. La rigueur des conditions préalables de l'intervention, qu'impose le régime de la loi, est nécessaire pour assurer aux ordonnances un degré acceptable de stabilité et de certitude. Pareille rigueur garantit que l'intégrité du processus d'ordonnance par consentement soit préservée, ce qui me paraît un objectif souhaitable.

En bref, je conclus que le directeur ou toute personne visée par une ordonnance rendue sous le régime de la partie VIII peut en demander la modification conformément à l'alinéa 106a), faute de consentement des parties à cet effet. Si les conditions

<sup>4</sup> Le juge Hugessen, J.C.A., estime que l'objectif de la Loi, et en particulier de ses dispositions relatives aux fusionnements, favorise les solutions négociées par les parties et le directeur, «avec les directives et l'autorisation» du Tribunal. Je conviens que le résultat «manichéen» prescrit par le régime de la loi en cas d'absence de consentement représente un incitatif puissant qui pousse les parties à trouver par négociation des solutions «bien adaptées». En l'espèce cependant, il n'y a pas eu d'accord, d'où l'application de l'art. 106a). Dans les circonstances présentes, un accord paraît peu probable. À l'opposé des cas habituels de demande sous le régime de l'art. 92, l'une des parties (Canadien) au fusionnement veut que celui-ci soit dissous, ce que ne veut pas Air Canada. Dans la grande majorité des demandes fondées sur l'art. 92, ni les parties ni le directeur ne favorisaient la dissolution ou la cession forcée d'actions ou d'éléments d'actif. En l'espèce, il me semble que l'intransigence de deux des parties au moins fait que des négociations entre les parties ne donneraient peut-être aucun résultat, dans l'atmosphère qui règne en ce moment.

order. If the conditions precedent for the Tribunal's exercise of power under paragraph 106(a) are met, the Tribunal may order dissolution or divestiture of the merger where it has been established that the merger operating pursuant to the existing order will lead to a substantial lessening of competition. If it has not been so established to the Tribunal's satisfaction, the *status quo* should remain. To emphasize—the merger must be the cause of the anti-competitive effects in issue since the Tribunal's powers under Part VIII of the Act are restricted to redressing the effects of specific types of behaviour, one of which is mergers. The Tribunal's powers pursuant to Part VIII do not extend, for example, to issues relating to the economic regulation of airline markets. This regulatory area is encompassed by the mandate of the National Transportation Agency.

In conclusion, and for the reasons stated herein, I agree with Mr. Justice Hugessen that the Tribunal does not have the jurisdiction to issue the order proposed by it, given its power to intervene pursuant to paragraph 106(a) of the Act.

Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal and return the matter to the Tribunal for reconsideration on the basis that the condition precedent to the exercise of the power to rescind or vary has been met, but that the power to rescind or vary may only be exercised in accordance with the provisions of section 92 of the Act. I would dismiss the cross-appeal. I would make no order as to costs in respect of either the appeal or the cross-appeal.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J.A.: I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my colleague MacGuigan J.A. I am in agreement with him that the Competition Tribunal erred in law in its interpretation of the conditions precedent imposed by paragraph 106(a) of the *Competition Act*<sup>5</sup> upon the exercise by it of the power to vary a previous order. I disagree with him, however, as to the manner of the exercise of that power, and its extent, once those con-

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. C-34.

préalables de l'exercice du pouvoir que le Tribunal tient de l'alinéa 106a) sont réunies, il peut ordonner la dissolution du fusionnement ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif dans le cas où il est prouvé que celui-ci, exploité conformément à l'ordonnance existante, aura pour résultat une diminution notable de la concurrence. Si cette preuve n'est pas administrée de façon concluante, il faudra respecter le statu quo. Autrement dit, il faut que le fusionnement ait produit les effets anticoncurrentiels en question puisque les pouvoirs que le Tribunal tient de la partie VIII de la Loi se limitent à remédier aux effets d'agissements spécifiques, dont le fusionnement. Ces pouvoirs ne s'étendent pas, par exemple, aux questions relatives à la régulation économique du transport aérien, laquelle relève de l'Office national des transports.

En conclusion, et par les motifs ci-dessus, je conviens avec le juge Hugessen que le Tribunal n'a pas compétence pour rendre l'ordonnance qu'il envisage, vu les limites du pouvoir d'intervention qu'il tient de l'alinéa 106a) de la Loi.

En conséquence, je me prononce pour l'accueil de l'appel, l'infirmité de la décision du Tribunal et le renvoi de l'affaire à celui-ci pour nouvelle décision par ce motif que la condition préalable de l'exercice de son pouvoir d'annuler ou de modifier a été remplie, mais que ce pouvoir ne peut s'exercer que conformément à l'article 92 de la Loi. Je me prononce pour le rejet de l'appel incident. Je ne prononce pas sur les frais et dépens que ce soit à l'égard de l'appel ou de l'appel incident.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'ai pris connaissance des motifs de jugement que mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A., se propose de prononcer. Je conviens avec lui que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur de droit dans son interprétation des conditions préalables qu'attache l'alinéa 106a) de la *Loi sur la concurrence*<sup>5</sup> à l'exercice de son pouvoir de modifier une ordonnance antérieure. Je ne partage cependant ses vues ni sur l'étendue ni sur les moda-

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), ch. C-34.

ditions have been met. In the result, I arrive at a different disposition of the appeal.

MacGuigan J.A. has fully set out the background and the facts and since it is clearly in the public interest as well as in the commercial interest of the individual parties that the matter be resolved as quickly as possible, it is neither necessary nor desirable for me to repeat them. For the same reasons I think it appropriate that I state as briefly as possible my reasons for concluding as I do.

In my view, the Tribunal erred in giving too narrow and confining an interpretation to the words of section 106 of the *Competition Act* and particularly to paragraph (a) thereof. That section reads:

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

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

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

the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

This provision appears in Part VIII of the Act, "Matters Reviewable by Tribunal". Part VIII covers sections 75 to 107 [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] and contains provisions dealing with various restrictive trade practices (refusal to deal, consignment selling, exclusive dealing, etc.) specialization agreements and mergers, and empowers the Tribunal to make specific types of orders in each of these areas. Part VIII concludes with a short subdivision entitled "General" dealing with interim and consent orders, evidence, and, in section 106, the power to vary.

In the present case, the Tribunal was dealing with an application by the Director seeking the variation of an order previously given by the Tribunal on consent in accordance with the terms of section 92 relat-

lités d'exercice de ce pouvoir, une fois les conditions préalables réunies. Le dispositif de l'appel auquel j'en arrive est donc différent.

Le juge MacGuigan, J.C.A., a rapporté en détail les faits et circonstances de la cause, et comme il est certainement conforme à l'intérêt général comme à l'intérêt commercial des entreprises qui sont parties à l'instance que l'affaire soit résolue le plus vite possible, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que je les relate encore. Pour les mêmes raisons, les motifs de ma décision seront aussi brefs que possible.

À mon avis, le Tribunal a commis une erreur en donnant une interprétation trop étroite et trop restrictive de l'article 106 de la *Loi sur la concurrence*, en particulier de son alinéa a). Voici ce que prévoit cet article:

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

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

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

Cette disposition figure à la partie VIII de la Loi, «Affaires que le Tribunal peut examiner», laquelle partie, formée des articles 75 à 107 [L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45], comprend des dispositions relatives à diverses pratiques restrictives du commerce (refus de vendre, vente par voie de consignation, exclusivité, etc.), aux accords de spécialisation et aux fusionnements, et habilite le Tribunal à rendre des ordonnances spécifiquement prévues pour chacun de ces domaines. La partie VIII se termine par une brève section intitulée «Dispositions générales» et portant sur les ordonnances provisoires, les ordonnances par consentement, la preuve et, à l'article 106, le pouvoir de modifier une ordonnance antérieure.

En l'espèce, le directeur a demandé au Tribunal de modifier une ordonnance par consentement que celui-ci avait rendue conformément à l'article 92 relatif aux fusionnements. Il est clair à mes yeux que l'inter-

ing to mergers. It is, in my view, clear that the Tribunal's restrictive interpretation of its power to vary was in some measure coloured by the fact that it was being called upon to impose changes in an order which the parties had previously negotiated amongst themselves and consented to. I shall have more to say later about this aspect of the matter but, for the moment, it is enough to indicate that, while the Tribunal's concern was quite legitimate, the course it chose as a means of solving the difficulty was inappropriate. The restrictive interpretation given by the Tribunal to the words of paragraph 106(a) results not only in making involuntary interference with consent orders difficult, a desirable result in my view, but also in rendering it almost impossible to make any variation in any of the other kinds of orders envisaged in Part VIII, a much less happy consequence. In my view, there is no warrant in the language of section 106 itself or in the scheme of the statute generally for reading the words "the circumstances that led to the making of the order" in other than their ordinary grammatical sense. This involves a determination by the Tribunal of the existence of a simple causal relationship between the circumstances and the order, but no more. It is not necessary that such relationship be "direct" or "demonstrable" other than in the very limited sense that the Tribunal must be satisfied that it exists. Nor is it necessary to relate the circumstances to the purposes sought to be achieved by the order, although it is of course always legitimate to look to such purposes as a guide to identifying some of the circumstances leading to it.

Dealing with the particular facts of this case, I think it was an error for the Tribunal, having recognized that the existence of a strong duopoly in the airline business was an important feature of the landscape in which the previous order had been made, not to find that a drastic change in the financial position of one of the members of that duopoly and its imminent failure were not changes in the circumstances that led to the making of the order and that, in the present circumstances, the order would not have been made.

In my view, however, a conclusion that the conditions of paragraph (a) of section 106 have been met, as I believe they have, does no more than open the door to the possibility of the Tribunal making a new

prétation restrictive, faite par le Tribunal, de son pouvoir de modifier tenait dans une certaine mesure à ce qu'on lui demandait d'apporter des modifications à une ordonnance sur lesquelles s'étaient entendues les parties elles-mêmes. Je reviendrai sur ce point mais, pour le moment, il suffit de dire que, si ce souci du Tribunal était parfaitement légitime, il s'est engagé sur une mauvaise voie pour résoudre la difficulté. L'interprétation restrictive donnée par le Tribunal des termes de l'alinéa 106(a) non seulement rend difficile l'ingérence involontaire dans les ordonnances par consentement, ce qui est souhaitable, mais encore fait qu'il soit presque impossible d'apporter quelque modification que ce soit aux autres types d'ordonnances visés à la partie VIII, ce qui est bien moins souhaitable. À mon avis, ni le texte de l'article 106 lui-même ni l'esprit de la loi prise dans son ensemble ne justifie de donner au membre de phrase «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance» un sens différent de son sens grammatical ordinaire. Ces mots signifient que le Tribunal s'assure de l'existence d'un simple lien de causalité entre les circonstances et l'ordonnance, et rien de plus. Il n'est pas nécessaire que ce lien soit «direct» ou «démonstrable», si ce n'est au sens très limité que le Tribunal doit être convaincu qu'il existe. Il n'est pas nécessaire non plus d'établir un rapport entre ces circonstances et les fins poursuivies par l'ordonnance, bien qu'à l'évidence, il soit toujours légitime de se guider sur ces dernières pour identifier certaines des circonstances qui ont abouti à cette ordonnance.

Dans ce cas d'espèce, je pense que le Tribunal, ayant constaté que le contexte dans lequel l'ordonnance antérieure avait été rendue était caractérisé par l'existence d'un vigoureux duopole dans le secteur du transport aérien, a commis l'erreur de ne pas conclure qu'un changement radical dans la situation financière de l'un des deux protagonistes de ce duopole et sa faillite imminente n'étaient pas des changements dans les circonstances qui avaient présidé à cette ordonnance et que, dans la situation actuelle, celle-ci n'aurait pas été rendue.

À mon avis cependant, s'il est jugé que les conditions prévues à l'alinéa a) de l'article 106 ont été remplies, et j'estime qu'elles l'ont été en l'espèce, cela signifie tout juste que le Tribunal peut rendre

order; it does nothing to tell us what that new order can or should be. The empowering words of the section are not found in the paragraphs setting out the conditions precedent to the exercise of the power, but rather in the body of the section: "the Tribunal may rescind or vary the order". It is to them that I now turn.

I start from the proposition which I take to be self-evident that a statutory power to vary an order vested in the tribunal which has made that order is necessarily constrained by the same limits as were imposed on the power to make the order in the first place. Put another way, a tribunal cannot invoke a power to vary its earlier order as a justification for making an order which it did not have the power to make the first time.

In the present case, the Tribunal has been asked to vary an order made with respect to a merger. The powers of the Tribunal in such cases are set out in subsection 92(1):

**92.** (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially:

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or
- (d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

- (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
- (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
- (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

- (i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

une nouvelle ordonnance; pareille conclusion ne nous dit pas ce que celle-ci peut et devrait être. La disposition d'habilitation de cet article ne se trouve pas dans les alinéas prescrivant les conditions préalables de l'exercice du pouvoir, mais dans le corps même de l'article: «Le Tribunal peut annuler ou modifier une ordonnance». C'est cette disposition que je vais examiner maintenant.

Notre analyse sera fondée sur ce postulat: le pouvoir de modifier une ordonnance, dont est investi l'organisme qui l'a rendue, est nécessairement confiné dans les mêmes limites que le pouvoir de rendre cette ordonnance en premier lieu. En d'autres termes, un tribunal administratif ne peut invoquer son pouvoir de modifier ses propres ordonnances pour rendre une ordonnance qu'il n'est pas habilité à rendre en premier lieu.

En l'espèce, le Tribunal était saisi d'une demande de modification d'une ordonnance relative à un fusionnement. Ses pouvoirs en la matière sont prévus au paragraphe 92(1):

**92.** (1) 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, ou aura vraisemblablement cet effet:

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;
- d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

- (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
- (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,
- (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

- (i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or  
 (iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both  
 (A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or  
 (B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, ordering the person to take any other action.

Of particular relevance here, since at the time of the Director's original application, the Tribunal was dealing with a completed merger, are the words of paragraph 92(1)(e). That paragraph is rather unusual in my experience, for in addition to the very precise and limited powers which it gives in subparagraphs 92(1)(e)(i) and (ii), it goes on in subparagraph (iii) to open up the possibility of a virtually unlimited range of orders if the Director and the person against whom it is made consent. Paragraph 92(1)(e) also differs in this respect from the other provisions of Part VIII. Under those provisions, and in particular by sections 75, 76, 77, 79 [as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 31], 81, 83, 84, 86 [as am. *idem*, s. 32] and 87, the Tribunal is empowered to make specific orders of the various types described. Those orders may, of course, be the result of contested proceedings or they may come into being because the parties have consented to them. Section 105 (which as previously noted is in the "general" subdivision of Part VIII) provides for consent orders as follows:

105. Where an application is made to the Tribunal under this Part for an order and the Director and the person in respect of whom the order is sought agree on the terms of the order, the Tribunal may make the order on those terms without hearing such evidence as would ordinarily be placed before the Tribunal had the application been contested or further contested.

In my view, this provision does nothing to expand the nature or content of the orders the Tribunal may make; it simply provides that the Tribunal may rely on consent to make orders of the kind it is otherwise empowered to make and without the necessity of hearing evidence. Thus, in a proceeding for abuse of dominant position a consent by the relevant person

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,  
 (iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:  
 (A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,  
 (B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le directeur et cette personne y souscrivent.

Le libellé de l'alinéa 92(1)e revêt une importance particulière en l'espèce, puisque au moment de la première demande du directeur, l'affaire soumise au Tribunal concernait un fusionnement réalisé. Je trouve cet alinéa plutôt inusité car, outre les pouvoirs très précis et très circonscrits que prévoient les sous-alinéas 92(1)e(i) et (ii), il ouvre la porte, en son sous-alinéa (iii), à la possibilité d'une gamme pratiquement illimitée d'ordonnances si la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur y souscrivent. L'alinéa 92(1)e diffère aussi à cet égard des autres dispositions de la partie VIII. Sous le régime de ces dernières, en particulier des articles 75, 76, 77, 79 [mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 31], 81, 83, 84, 86 [mod., *idem*, art. 32] et 87, le Tribunal est habilité à rendre des ordonnances dont le type est expressément prévu. Ces ordonnances peuvent bien entendu être l'aboutissement de débats contradictoires ou d'un consentement des parties. L'article 105 (qui, comme indiqué *supra*, fait partie de la section des «Dispositions générales» de la partie VIII) prévoit les ordonnances par consentement comme suit:

105. 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 conforme à cette entente sans que lui soit alors présentée la preuve qui lui aurait autrement été présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition.

À mon avis, cette disposition n'a nullement pour effet d'ajouter à la nature ou au contenu des ordonnances que le Tribunal est habilité à rendre; elle ne fait que prévoir que le Tribunal peut se fonder sur le consentement des intéressés pour rendre des ordonnances du type qu'il est habilité à rendre, sans qu'il lui soit nécessaire d'entendre des preuves ou témoi-

would allow the Tribunal to make one or more of the orders described in subsections 79(1) and (2):

79. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that

- (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
- (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
- (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

It could not, however, make any other type of order.

Subparagraph 92(1)(e)(iii) by contrast allows the consent of the parties to expand the type of order that the Tribunal can make in merger cases. The power of the Tribunal to make the expanded order, however, is conditioned by and dependent upon the consent. Without consent, the Tribunal is limited to ordering the dissolution of the merger (subparagraph (i)) or the divestiture of assets or shares (subparagraph (ii)). These are important and even drastic powers, but in the hands of either the Director or the Tribunal, they constitute a rather blunt instrument for the implementation of Canada's competition policy. Indeed it is the very bluntness of that instrument and the all-or-nothing nature of the orders that can be given under subparagraphs (i) and (ii) which no doubt give subparagraph (iii) its vitality and increase its utility. Both the Director and the parties to a merger may find unpalatable the prospect of the Tribunal on the one

gnages. Ainsi donc, dans une affaire d'abus de position dominante, le consentement de l'intéressé lui permettrait de rendre une ou plusieurs ordonnances visées aux paragraphes 79(1) et (2):

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du directeur, il conclut à l'existence de la situation suivante:

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans le cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

Le Tribunal ne pourrait cependant rendre aucun autre type d'ordonnance dans ces cas.

Le sous-alinéa 92(1)(e)(iii) permet par contre l'élargissement, par consentement des parties, de la gamme des ordonnances que le Tribunal peut rendre dans les affaires de fusionnement. Ce pouvoir ne peut cependant s'exercer que s'il y a un consentement, faute de quoi le Tribunal ne peut ordonner que la dissolution du fusionnement (sous-alinéa (i)) ou l'aliénation d'éléments d'actif ou d'actions (sous-alinéa (ii)). Il s'agit là de pouvoirs importants, voire draconiens, mais entre les mains soit du directeur soit du Tribunal, ils constituent plutôt un instrument mal dégrossi d'application de la politique de promotion de la libre concurrence au Canada. En effet, ce sont bien la grossièreté même de cet instrument et le manichéisme des ordonnances que peut rendre le Tribunal en application des sous-alinéas (i) et (ii) qui indubitablement donnent au sous-alinéa (iii) sa vitalité et ajoutent à son utilité. Il peut bien y avoir des cas où le directeur



hand finding that the necessary degree of harm has not been shown (i.e. that the merger does not or is not likely to “prevent or lessen competition substantially”) or, on the other hand, having found such a harm, ordering the dismantling of the entire commercial structure which was the subject of the merger. This is likely to make both sides readier to engage in constructive negotiations and to agree upon an order which may contain a vast range and number of fine-tuned provisions designed to satisfy the requirements both of public interest and commercial reality.

It is against this background that the power to vary given by section 106 must be read. Where, as is the case here, the order sought to be varied is one which was given under paragraph 92(1)(e) and resulted from a consent, the Tribunal has no powers beyond those with which it was originally vested at the time of the Director’s first application. On the application to vary, therefore, it is open to the Tribunal to rescind the order or to direct the dissolution of the merger or the divestiture of shares or assets. It may also make an order directing any person “to take any other action” but only with the consent of such person and of the Director. On the application to vary, just as was the case on the original application, the parties are given the same incentives to negotiate a consent order which will respond sensitively to both public and commercial interests in the light of the changed circumstances; they are likewise subject to the same dangers of an all-or-nothing order should they fail to do so.

The Director takes issue with this view of the Tribunal’s powers. He argues that the word “vary” is wide in scope and confers an independent and unlimited power upon the Tribunal to impose new terms in what was previously a consent order. He cites the decision of the Ontario Divisional Court in *Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1973] 2 O.R. 265 and the decision of the Supreme Court of Canada in *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et*

et les parties à un fusionnement trouvent détestable que le Tribunal, ayant conclu soit que le degré nécessaire de préjudice n’a pas été prouvé (c’est-à-dire que le fusionnement «n’empêche ou ne diminue pas sensiblement la concurrence, ou n’aura vraisemblablement pas cet effet») soit que ce préjudice a été prouvé, ordonne le démembrement de l’entière structure commerciale issue du fusionnement. Cette perspective tend à rendre les deux côtés plus disposés à engager des négociations constructives et à s’entendre sur une ordonnance qui peut contenir une vaste gamme de dispositions subtiles et à même de satisfaire à la fois aux impératifs de l’intérêt général et de la réalité commerciale.

C’est dans ce contexte qu’il faut envisager le pouvoir de modifier prévu à l’article 106. Dans les cas où, comme en l’espèce, l’ordonnance visée par la demande de modification a été rendue en application de l’alinéa 92(1)(e) par suite du consentement des parties, le Tribunal ne dispose d’aucun pouvoir autre que ceux dont il était investi à l’origine, au moment de la première demande du directeur. Il s’ensuit qu’une fois saisi de la demande de modification, il peut soit annuler son ordonnance soit ordonner la dissolution du fusionnement ou l’aliénation d’actions ou d’éléments d’actif. Il peut aussi ordonner à toute personne «de prendre toute autre mesure» mais à condition que cette personne et le directeur y souscrivent. En cas de demande de modification, tout comme dans le contexte de la demande initiale, les parties ont le même intérêt à négocier une ordonnance par consentement qui prenne en considération à la fois l’intérêt général et leurs propres intérêts commerciaux à la lumière des nouvelles circonstances, faute de quoi elles seraient, cette fois encore, exposées aux mêmes dangers d’une ordonnance qui est tout l’un ou tout l’autre.

Le directeur conteste cette conception des pouvoirs du Tribunal. Citant à l’appui la décision *Re Merrens et al. and Municipality of Metropolitan Toronto*, [1973] 2 O.R. 265, de la Cour divisionnaire de l’Ontario et l’arrêt *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 et al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282, de la Cour suprême du Canada, il soutient que le mot «modifier» a un sens très large et investit le Tribunal du pouvoir, distinct et illimité, d’imposer de nou-

*al. v. White Lunch Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 282. In my view, neither of those cases is of any assistance to him for in neither was there any question of the Board or Tribunal giving an order on an application to vary which it did not have the power to give the first time around. Nor does any other case that I know of suggest such a power. I repeat that when a power to do a thing and the power to vary that thing are both vested in the same body, the first necessarily conditions the second else the latter is without limit.

Indeed, it is the Director's position, if I understood it correctly, that where the original consent order is a "behavioural" order, the only limitation on the Tribunal's power to vary is that the new order should also be behavioural and should be designed to address the substantial lessening of competition resulting from the merger. In my view, that cannot be the case. At the most basic level, subparagraph 92(1)(e)(iii) allows for the making of an order against a person who is not a party to the impugned merger provided that person consents; if consent is no longer to be a prerequisite when it comes to the variation of that order, there would be *nothing* to prevent the Tribunal directing the new order against some other person, also not a party to the merger, but without that person's consent. That surely is too extravagant a claim for a simple power to vary.

Indeed, the very limitation which the Director concedes in the case of an application to vary, that is to say that the new terms should be designed to remove the substantial lessening of competition caused by the merger, can only have their source in section 92 (see subsection 92(1) *supra*). This surely is a recognition of the fact that Parliament intended to deal exhaustively in section 92 with the Tribunal's powers in matters relating to mergers. I accept, of course, that the power to vary given by section 106 is an "independent" power in the sense that without it the Tribunal could not act. But the consent which must underlie an order made under subparagraph 92(1)(e)(iii) is more than merely an authority for the Tribunal to

velles dispositions dans ce qui était auparavant une ordonnance par consentement. À mon avis, ni l'un ni l'autre de ces deux précédents cités ne lui est d'aucun secours, car il n'y était nullement question d'un tribunal administratif qui, saisi d'une demande de modification, aurait rendu une ordonnance qu'il n'était pas habilité à rendre en premier lieu. Je ne connais d'ailleurs aucun autre précédent qui permette de conclure à l'existence de pareil pouvoir. Je répète que lorsqu'un organisme est investi à la fois du pouvoir de faire quelque chose et du pouvoir de modifier subséquentement ce quelque chose, le premier conditionne nécessairement le second, faute de quoi celui-ci serait illimité.

En effet, l'argument du directeur, si je le comprends bien, est que si l'ordonnance rendue par consentement à l'origine est une ordonnance portant contrainte de «conduite», la seule limitation qui s'attache au pouvoir de modifier du Tribunal est que la nouvelle ordonnance porte aussi sur la conduite et soit centrée sur la diminution sensible de la concurrence par suite du fusionnement. À mon avis, cela ne peut être le cas en l'espèce. Réduit à sa plus simple expression, le sous-alinéa 92(1)e(iii) permet de rendre une ordonnance contre une personne qui n'est pas partie au fusionnement en cause à condition qu'elle souscrive à l'ordonnance; si le consentement ne doit plus être une condition préalable de la modification de cette dernière, rien n'empêcherait le Tribunal de diriger l'ordonnance contre quelqu'un d'autre qui n'est pas partie au fusionnement, et ce sans son consentement. Voilà certainement une prétention trop extravagante pour un simple pouvoir de modifier.

En effet, la seule limitation que le directeur reconnaît en cas de demande de modification, savoir que les nouvelles dispositions soient conçues de façon à remédier à la diminution sensible de la concurrence que cause le fusionnement, ne peut avoir sa source que dans l'article 92 (voir le paragraphe 92(1) *supra*). Il s'agit certainement là de la reconnaissance du fait que le législateur entendait régler en l'article 92 tous les pouvoirs du Tribunal en matière de fusionnements. J'accepte, bien entendu, que le pouvoir de modifier prévu à l'article 106 soit un pouvoir «distinct» en ce sens que faute de ce pouvoir, le Tribunal ne pourrait agir. Mais le consentement qui doit présider à l'ordonnance rendue en application du sous-

act;<sup>6</sup> it is the very source of its jurisdiction to make that kind of order at all; without it the Tribunal is limited to ordering dissolution or divestiture. Likewise on the application to vary: absent consent the Tribunal may only order dissolution or divestiture, or rescind its original order.

This brings me to the more fundamental question of policy. The Director submits that to limit the power to vary under section 106 by reference to the power to make the original order under section 92 (or under whichever of the other sections in Part VIII were in play the first time around) is to frustrate the purposes of the Act. I think not.

In the first place, the Director's view must postulate, as he says, an implied consent by the parties to a consent order to having that order varied by the Tribunal against their wills. If that is truly to be the case, I think that parties will hesitate long before entering into consent orders. Of what value are arduous negotiations, difficult trade-offs, delicate compromises and finely-tuned terms if changed circumstances are to give warrant to the Tribunal to ride rough-shod through the whole intricate structure? The Tribunal already plays an activist and interventionist role in the making of consent orders, and it is entirely right that it should; it has always accepted, however, that in the final analysis it is the parties who must give their consent and, if they fail to do so, the Tribunal's role is limited to saying *yea* or *nay*—to granting or refusing the order sought.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> As it would be, for example, in a consent variation pursuant to s. 106(b) with regard to an order originally made under any of the provisions of Part VIII other than s. 92(1)(e)(iii). Such consent would also, of course, do away with need for satisfying the other conditions imposed by s. 106(a).

<sup>7</sup> For an example of just how far the Tribunal is prepared to go, see *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Imperial Oil Limited* (January 26, 1990), No. CT8903/390 (Comp. Trib.) ([1990] C.C.T.D. No. 1 (QL)).

alinéa 92(1)e)(iii) est davantage que l'autorisation donnée au Tribunal d'agir<sup>6</sup>; il est à la source même de sa compétence pour rendre ce genre d'ordonnance même. À défaut de ce consentement, le Tribunal ne pourrait ordonner que la dissolution ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif. Il en est de même en cas de demande de modification: faute de consentement, le Tribunal ne pourra qu'ordonner la dissolution ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif, ou encore annuler son ordonnance antérieure.

Cela m'amène à la question plus fondamentale de la politique de la Loi. Le directeur soutient que de limiter le pouvoir de modifier prévu à l'article 106 par référence au pouvoir de rendre l'ordonnance initiale sous le régime de l'article 92 (ou de n'importe lequel des articles de la partie VIII qui était en jeu à l'origine) reviendrait à faire échec à l'objectif de la Loi. Je ne le pense pas.

En premier lieu, l'argument du directeur pose pour postulat, en ses propres termes, le consentement implicite des parties à l'ordonnance par consentement à ce que le Tribunal modifie celle-ci contre leur gré. S'il en est vraiment ainsi, je pense que les parties hésiteront longtemps avant de souscrire aux ordonnances par consentement. À quoi serviront les négociations ardues, les concessions mutuelles difficiles, les compromis délicats et les dispositions minutieusement formulées, si un changement dans les circonstances justifie que le Tribunal traite tout un ensemble complexe à coups de massue. Le Tribunal joue déjà un rôle activiste et interventionniste par les ordonnances par consentement qu'il rend, ce qui est parfaitement légitime. Cependant, il a toujours accepté qu'en dernière analyse, ce soient les parties qui doivent donner leur consentement, faute de quoi le rôle du Tribunal se limite à dire oui ou non—à rendre ou à refuser l'ordonnance demandée<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Comme ce serait le cas, par exemple, de la modification par consentement, sous le régime de l'art. 106b), d'une ordonnance rendue à l'origine en application de n'importe laquelle des dispositions de la partie VIII, autre que l'art. 92(1)e)(iii). Pareil consentement obvierrait aussi, bien entendu, à la nécessité de satisfaire aux autres conditions prévues à l'art. 106a).

<sup>7</sup> Pour savoir jusqu'où le Tribunal est disposé à aller, voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence) c. La Compagnie Pétrolière Impériale Ltée* (26 janvier 1990), n° CT8903/390 (Trib. conc.) ([1990] D.T.C.C. n° 1 (QL)).

In the second place, it is also my view that the policy of the Act, and more particularly of the provisions relating to mergers, is to favour solutions which the parties and the Director, with the guidance and consent of the Tribunal, fashion for themselves and to that end to do everything within reason to encourage them to negotiate. That, as I see it, is the rationale for what I have described as the “blunt instrument” of subparagraphs 92(1)(e)(i) and (ii) which are designed to lead to the sophisticated solutions of subparagraph 92(1)(e)(iii). The interpretation of sections 106 and 92 which I propose, and the interplay between them, is such as to drive the parties on an application to vary back to the bargaining table and to encourage precisely the sort of result which Parliament has favoured. While a view of section 106 as giving the Tribunal an unlimited power to vary consent orders without consent does not prevent the parties from coming to an agreement, it is I think very much less likely to encourage them to do so.

My third reason for thinking that the purposes of the Act are best served by requiring that on an application to vary the Tribunal be free to exercise the same powers, no more but also no less, as those available to it at the time of the original application is a matter of simple practicality. Where, as in the present case, the Tribunal has made a consent order allowing a merger to go ahead, both the parties to the merger and third parties will have undertaken obligations, contractual or otherwise, on the basis of the order. If that order is then subject to be changed by the Tribunal acting without consent, difficult questions are bound to arise regarding indemnification for the injury thus caused. In my view, the Tribunal does not, absent consent, have the statutory power to order such compensation<sup>8</sup> and it is very doubtful that there

<sup>8</sup> The only statutory basis that was suggested was s. 8(2) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, Part I:

8. . . .

(2) The Tribunal has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

En deuxième lieu, je pense aussi que la Loi, en particulier ses dispositions relatives aux fusionnements, vise à favoriser les solutions que les parties et le directeur, avec les directives et l'autorisation du Tribunal, élaborent eux-mêmes, et à cette fin, à tout faire dans les limites du raisonnable pour les encourager à négocier. Je pense que c'est là l'explication de ce que j'ai appelé «l'instrument mal dégrossi» que représentent les sous-alinéas 92(1)e(i) et (ii), lesquels ont été conçus de façon à engager aux solutions raffinées du sous-alinéa 92(1)e(iii). La conjugaison des articles 106 et 92, tels que je les interprète, a pour effet de pousser les parties concernées par la demande de modification, à revenir à la table de négociation et de promouvoir précisément le résultat voulu par le législateur. Bien qu'une interprétation de l'article 106 qui ait pour effet d'investir le Tribunal du pouvoir illimité de modifier, sans le consentement des parties, les ordonnances par consentement antérieures, n'empêche pas les parties de parvenir à un accord, je pense qu'il est bien moins probable qu'elle les y encourage.

La troisième raison pour laquelle je pense qu'une fois saisi d'une demande de modification, le Tribunal doit avoir toute latitude pour exercer, ni plus ni moins, les mêmes pouvoirs que ceux dont il jouissait lors de la demande initiale, est une simple raison pratique. Dans les cas où comme en l'espèce, il a rendu une ordonnance par consentement pour autoriser un fusionnement, les parties au fusionnement et les tiers auront souscrit des obligations, contractuelles ou autres, conformément à cette ordonnance. Si celle-ci peut être subséquemment modifiée par le Tribunal sans le consentement des parties, des questions difficiles se feront inéluctablement jour au sujet de la réparation du préjudice qui s'ensuit. Je pense que faute de consentement, le Tribunal n'est pas habilité par la loi à ordonner cette indemnisation<sup>8</sup> et il est très

<sup>8</sup> Le seul fondement légal évoqué était l'art. 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19 Partie I:

8. . . .

(2) Le Tribunal a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

is any recourse in any court for persons who suffer damages as a result of the Tribunal's order.

On the view I take of the Tribunal's powers, these problems largely disappear. If the Tribunal orders dissolution or divestiture, that can only be on the basis that the merger prevents or lessens competition, i.e. that it is contrary to public policy, and there can be no claim for damage by the parties to the merger; innocent third parties, on the other hand, who have dealt in good faith with the merger, will be in the same position as anyone else who has dealt with a corporation or partnership which is subsequently dissolved and will retain whatever rights the law gives them in those circumstances. If, however, the parties to an application to vary can agree on a consent order pursuant to subparagraph 92(1)(e)(iii), there is simply no limit to the kind of "other action" the Tribunal can order with a view to achieving a just and fair resolution of commercial relationships, both within the merger and between the merger and others.

Accordingly, it is my view, for the reasons stated, that while the appellants are right in contending that the Tribunal erred in too narrowly construing the provisions of paragraph 106(a), the cross-appellants are also right in their view that the Tribunal could not make the alternative order that it said it would have made if it thought it had the power to do so.<sup>9</sup> In the result, the appeal should be allowed but the Court should refrain from making the order proposed by the Tribunal and requested by the appellants.

Instead, it is my view that this is a proper case for returning the matter to the Tribunal for reconsideration. The Director's original application to vary con-

<sup>9</sup> Technically, of course, the cross-appeal is ill founded and unnecessary. It is trite law that an appeal only goes to the disposition of the impugned decision and not to the reasons. Once the Tribunal had determined that the conditions of s. 106(a) had not been met, it had disposed of the case; everything else in the decision is, strictly speaking, *obiter*. Nothing turns on the point since the order I propose can properly be made on the main appeal and this is not a case for costs.

douteux qu'un recours en justice, devant quelque juridiction que ce soit, soit ouvert à ceux qui subissent un préjudice par suite de l'ordonnance du Tribunal.

a

Dans mon interprétation des pouvoirs du Tribunal, ces problèmes ne se posent presque plus. Si celui-ci ordonne la dissolution ou l'aliénation d'actions ou d'éléments d'actif, ce ne peut être qu'après avoir conclu que le fusionnement empêche ou diminue la concurrence, c'est-à-dire qu'il est contraire à l'ordre public, et les parties au fusionnement ne peuvent prétendre à aucune réparation; par contre, les tiers innocents, qui ont traité de bonne foi avec le fusionnement, seront dans la même position que quiconque a traité avec une personne morale ou société subseqüemment dissoute, et conserveront les droits que la loi leur donne dans cette situation. Si cependant les parties à la demande de modification peuvent s'entendre sur une ordonnance par consentement au sens du sous-alinéa 92(1)e(iii), il n'y aura tout simplement aucune limite au genre d'«autres mesures» que le Tribunal peut ordonner en vue d'un règlement juste et équitable des rapports commerciaux, à la fois au sein de l'entreprise fusionnée et entre celle-ci et les tiers.

b

c

d

e

f

g

h

Je conclus donc, par les motifs *supra*, que si les appelants soutiennent à juste titre que le Tribunal a commis une erreur en donnant une interprétation trop étroite des dispositions de l'alinéa 106(a), les appelants à l'incident ont également raison de soutenir que le Tribunal ne pourrait rendre l'autre ordonnance qu'il dit qu'il aurait rendue s'il y avait été habilité<sup>9</sup>. Par conséquent, il faut accueillir l'appel, mais la Cour devrait s'abstenir de rendre l'ordonnance envisagée par le Tribunal et demandée par les appelants.

Au contraire, je pense qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire au Tribunal pour nouvelle décision. La première demande de modification du directeur con-

<sup>9</sup> Du point de vue purement juridique, l'appel incident n'est pas fondé et est inutile. Il est de droit constant qu'un appel ne s'attaque qu'au dispositif, non aux motifs, de la décision entreprise. Une fois que le Tribunal a conclu que les conditions prévues à l'art. 106(a) n'étaient pas remplies, il a prononcé sur l'affaire, le reste n'étant, strictement parlant, que des observations incidentes. Ce point n'est d'ailleurs pas pertinent puisque l'ordonnance que je propose peut être rendue à juste titre dans l'appel principal, et il n'est pas question des frais et dépens.

tained an alternative conclusion seeking the dissolution of the Gemini merger. That conclusion, although it was not pressed with vigour (or apparently at all once the hearing got under way)<sup>10</sup> was never formally abandoned and was indeed specifically reserved both at the Tribunal and on appeal. None of the parties, however, appear to have addressed it in any great detail either in their evidence or in their submissions. Nor, obviously, did they address the possibility of the Tribunal's exercise of its powers under subparagraphs 92(1)(e)(i) and (ii) nor the desirability, clearly in my view fostered by the language of the statute, of attempting to negotiate a new consent order in the light of that possibility. Having misconceived the nature of the stick, they were perhaps less sensitive to the attractions of the carrot. It would be both fair and consistent with the policy of the statute to allow them to reconsider their positions now.

The Tribunal, as it was constituted for the hearing, heard a great deal of evidence and argument. The additional material required to be added to the case in order to dispose of the matter correctly should be relatively slight, if any. Since a reconsideration in accordance with an order of this Court is, in my view, a continuation of the same "matter" within the meaning of subsection 5(4) of the *Competition Tribunal Act*,<sup>11</sup> the Tribunal may think it expedient to have the same panel continue and complete the hearing.

One final point. There was some suggestion during the hearing that the limitation imposed by section 97 of the *Competition Act*<sup>12</sup> might in some way be an impediment to the Tribunal's examining the possibility of ordering the dissolution of Gemini. I think not. By its terms, section 97 only applies to an application under section 92; the Director's application is not

<sup>10</sup> This is hardly surprising since the Tribunal had already, in the reasons given in support of the consent order herein, publicly taken the position that its power to vary was not limited by s. 92.

<sup>11</sup> 5. . . .

(4) A person may continue to act as a member of the Tribunal after the expiration of his term of appointment in respect of any matter in which he became engaged during the term of his appointment.

<sup>12</sup> 97. No application may be made under section 92 in respect of a merger more than three years after the merger has been substantially completed.

cluait, subsidiairement, à la dissolution du fusionnement Gemini. Cette conclusion, si elle n'était pas soutenue avec vigueur (ou même pas du tout après que l'audience eut commencé)<sup>10</sup>, n'a jamais été formellement abandonnée; par contre, elle a été expressément réservée devant le Tribunal comme en appel. Il se trouve cependant qu'aucune des parties ne l'a invoquée en détail que ce fût dans les témoignages produits ou dans leurs conclusions. Et il est manifeste qu'elles ne se préoccupaient non plus ni de la possibilité que le Tribunal exerce ses pouvoirs conformément aux sous-alinéas 92(1)e(i) et (ii), ni de l'intérêt, clairement promu, à mon avis, par le texte de la loi, qu'il y avait à négocier une nouvelle ordonnance par consentement à la lumière de cette possibilité. Ayant mal compris la nature du bâton, elles étaient peut-être moins sensibles aux attraits de la carotte. Il serait donc équitable et conforme à l'esprit de la loi de leur permettre de revoir maintenant leur position.

Le Tribunal, tel qu'il était constitué pour l'audition de l'affaire, a entendu de nombreux témoignages et arguments. On n'aurait pas à ajouter beaucoup de documents au dossier en vue d'une décision judiciaire. Puisqu'une nouvelle instruction conforme à une ordonnance de cette Cour est, à mon avis, la continuation de la même «question» au sens du paragraphe 5(4) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*<sup>11</sup>, le Tribunal pourra juger commode de confier à la même formation la tâche de poursuivre et de mener à terme l'audition.

Un dernier point. Il a été soutenu à l'audience que le délai de prescription prévu à l'article 97 de la *Loi sur la concurrence*<sup>12</sup> pourrait empêcher le Tribunal d'envisager la possibilité d'ordonner la dissolution du réseau Gemini. Je ne le pense pas. Les termes de l'article 97 ne s'appliquent qu'aux demandes introduites en application de l'article 92; la demande du direc-

<sup>10</sup> Cela n'a rien d'étonnant puisque, dans les motifs donnés à l'appui de l'ordonnance par consentement dont s'agit, le Tribunal avait fait publiquement savoir que son pouvoir de modifier n'était pas limité par l'art. 92.

<sup>11</sup> 5. . . .

(4) Une personne peut, après l'expiration de son mandat, continuer à exercer les pouvoirs d'un membre du Tribunal à l'égard de toute question dont elle avait été saisie au cours de son mandat.

<sup>12</sup> 97. Une demande ne peut pas être présentée en application de l'article 92 à l'égard d'un fusionnement qui est en substance complété depuis plus de trois ans.

made under section 92, but under section 106 and the fact that the Tribunal's powers are limited by the text of section 92 does not have the effect of importing the section 97 limitation period.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal, and return the matter to the Tribunal for reconsideration on the basis that the condition precedent to the exercise of the power to rescind or vary has been met, but that the power to vary may only be exercised in accordance with the provisions of section 92. I would dismiss the cross-appeal. I would make no order as to costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MACGUIGAN J.A. (*dissenting in part*): This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (the Tribunal) of April 22, 1993 [[1993] C.C.T.D. No. 14 (QL)], which dismissed an application of the Director of Investigation and Research (the Director) appointed under subsection 7(1) of the *Competition Act* (the Act), R.S.C., 1985, c. C-34. The application of the Director was to vary an earlier consent order (the consent order) of the Tribunal of July 7, 1989 [(1989), 44 B.L.R. 154 (Comp. Trib.)].

By the consent order the Director withdrew a challenge he had earlier made to the merger of the computer reservations systems (CRS's) of Air Canada and Canadian Airlines International Ltd. (Canadian).<sup>13</sup> In the present application the Director sought to vary the consent order by the addition of a term permitting the early termination of the hosting contract<sup>14</sup> entered into between the merged entity, The Gemini Group Limited Partnership and The Gemini Group Automated Distribution Systems Inc. (collec-

<sup>13</sup> Canadian was joined in this action by its parent corporation PWA Corporation (PWA). I designate both collectively as "Canadian".

<sup>14</sup> Hosting is the management of carriers' internal reservations and seat inventory, internal operations and passenger processing systems.

teur n'a pas été introduite sous le régime de l'article 92, mais de l'article 106; et le fait que les pouvoirs du Tribunal soient limités par le texte de l'article 92 n'a pas pour effet de faire jouer le délai de prescription de l'article 97.

Je me prononce pour l'accueil de l'appel, l'annulation de la décision du Tribunal et le renvoi de l'affaire à celui-ci pour nouvelle décision, par ce motif que la condition préalable de l'exercice du pouvoir d'annuler ou de modifier a été remplie, mais que le pouvoir de modifier ne peut s'exercer que conformément aux dispositions de l'article 92. Je me prononce pour le rejet de l'appel incident, et ne rendrais pas d'ordonnance sur les frais et dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. (*dissident en partie*): Il y a en l'espèce appel formé contre la décision en date du 22 avril 1993 [[1993] D.T.C.C. no. 14 (QL)], par laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a rejeté la demande faite par le directeur des enquêtes et recherches (le directeur) nommé en application du paragraphe 7(1) de la *Loi sur la concurrence* (la Loi), L.R.C. (1985), ch. C-34, en vue de la modification d'une ordonnance par consentement (l'ordonnance par consentement) que le Tribunal avait antérieurement rendue le 7 juillet 1989 [(1989), 44 B.L.R. 154 (Trib. conc.)].

Par l'ordonnance par consentement, le directeur s'est désisté de son opposition au fusionnement des systèmes informatisés de réservation (SIR) d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien International (Canadien)<sup>13</sup>. Par la demande en instance, le directeur conclut à la modification de l'ordonnance par consentement, par addition d'une disposition permettant la résiliation du contrat de gestion interne<sup>14</sup> conclu entre l'entité fusionnée, The Gemini Group Limited Partnership et The Gemini Group Automated

<sup>13</sup> La compagnie mère de Canadien, PWA Corporation (PWA), s'est jointe à elle dans cette action. Je les désignerai collectivement par l'appellation «Canadien».

<sup>14</sup> Gestion interne s'entend de la gestion des systèmes internes de réservation et d'inventaire des places, ainsi que des systèmes internes d'exploitation et d'enregistrement des passagers, chez les transporteurs aériens.

tively “Gemini”), and Air Canada and Canadian. In its decision of April 22, 1993, the Tribunal determined that it may vary the terms of a consent order without the consent of all of the parties thereto and that it has the authority to terminate a contract if necessary to prevent any substantial lessening of competition. The Tribunal further found that if the variations now sought were not granted, Canadian would likely fail and there would be a substantial lessening of competition in passenger airline service in Canada.

However, Strayer J., the Judicial Member of the Tribunal, concluded that the Tribunal may grant the variation sought by the Director only if it finds that the circumstances which directly caused it to issue the 1989 consent order have changed.<sup>15</sup> On the basis of this view of the law, the majority of the Tribunal was of the view that there was no change in the “operative circumstance” which led to the consent order, and that the Tribunal was therefore unable to make the variation order requested. Dr. Roseman, in dissent, concluded there were changes in relevant circumstances which would permit the Tribunal to vary the consent order as sought by the Director.

Part VIII of the Act deals with “Matters Reviewable by Tribunal.” The relevant provisions of this Part are as follows:

#### *Mergers*

91. In sections 92 to 100, “merger” means the acquisition or establishment, direct or indirect, by one or more persons, whether by purchase or lease of shares or assets, by amalgamation or by combination or otherwise, of control over or significant interest in the whole or a part of a business of a competitor, supplier, customer or other person.

<sup>15</sup> By s. 12(1)(a) of the *Competition Tribunal Act* “questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings.”

Distribution Systems Inc. (appelées collectivement «Gemini») d’une part, et Air Canada et Canadien de l’autre. Par sa décision en date du 22 avril 1993, le Tribunal conclut qu’il peut modifier les dispositions d’une ordonnance par consentement sans que toutes les parties à cette dernière y consentent, et qu’il est investi du pouvoir de mettre fin, si nécessaire, à tout contrat afin de prévenir toute diminution notable de la concurrence. Il constate en outre que si les modifications demandées n’étaient pas accordées, Canadien ferait probablement faillite, ce qui se traduirait par une diminution notable de la concurrence dans le secteur du transport aérien des passagers au Canada.

Cependant, le juge Strayer, qui siégeait au Tribunal, a conclu que celui-ci ne pouvait faire droit à la demande de modification du directeur que s’il constatait que les circonstances ayant directement présidé à son ordonnance par consentement de 1989 ont changé<sup>15</sup>. Se fondant sur cette interprétation des règles applicables, le Tribunal a conclu à la majorité qu’il n’y avait aucun changement dans les «circonstances déterminantes» de l’ordonnance par consentement et qu’il ne lui était donc pas possible d’accorder la modification demandée. Par avis dissident, M. Roseman conclut qu’il y avait un changement dans les circonstances à prendre en considération, qui pourrait permettre au Tribunal de modifier l’ordonnance par consentement ainsi que l’a demandé le directeur.

La partie VIII de la Loi porte sur les «Affaires que le Tribunal peut examiner». En voici les dispositions applicables:

#### *Fusionnements*

91. Pour l’application des articles 92 à 100, «fusionnement» désigne l’acquisition ou l’établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d’actions ou d’éléments d’actif, soit par fusion, association d’intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d’une entreprise d’un concurrent, d’un fournisseur, d’un client, ou d’une autre personne, ou encore d’un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d’une telle entreprise.

<sup>15</sup> Aux termes de l’art. 12(1)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, «seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit».



92. (1) Where, on application by the Director, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

(a) in a trade, industry or profession,

(b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,

(c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

(i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,

(ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or

(iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

(i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or

(iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

(A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or

(B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Director, ordering the person to take any other action.

. . .

#### General

. . .

105. Where an application is made to the Tribunal under this Part for an order and the Director and the person in respect of whom the order is sought agree on the terms of the order, the Tribunal may make the order on those terms without hearing such evidence as would ordinarily be placed before the Tribunal had the application been contested or further contested.

92. (1) 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, ou aura vraisemblablement cet effet:

a) dans un commerce, une industrie ou une profession;

b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;

c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

(i) de le dissoudre, conformément à ses directives,

(ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,

(iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le directeur souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

(i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,

(iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,

(B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le directeur et cette personne y souscrivent.

. . .

#### Dispositions générales

. . .

105. 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 conforme à cette entente sans que lui soit alors présentée la preuve qui lui aurait autrement été présentée si la demande avait fait l'objet d'une opposition.

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

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

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

the Tribunal may rescind or vary the order accordingly.

I

At all relevant times Air Canada was the largest and Canadian the second largest airline in Canada. Before June 1, 1987, each maintained its own in-house CRS, Reservec II and Pegasus 2000 respectively. On June 1, 1987, the two airlines agreed to merge their CRS systems via a limited partnership, which later became known as Gemini. Each would become 50% shareholders of the partnership, which was to last until the end of 2069. Each would transfer its CRS assets to the partnership and use Gemini exclusively to maintain or "host" its own internal reservation system and to distribute information about its fares, flights, seat availability, etc., to travel agents who could then issue tickets for flights on each carrier.

On March 3, 1988, the Director filed an application pursuant to section 92 of the Act to dissolve the Gemini partnership on the basis of concerns about the effect of the merger on competition in CRS markets and in airline markets. Air Canada and Canadian were said already to control 56% and 37% respectively of the scheduled airline passenger market. The use of a CRS was said to be one of the most important ways in which airlines compete with one another, and the existing dominance of these airlines, coupled with the vertical integration of Gemini with them, would ensure that Gemini alone would be able to provide the most complete, accurate and timely information, including last seat availability, on virtually all Canadian carriers of interest to Canadian travel agents, since they and their affiliated and

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

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

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

I

Pendant toute la période en cause, Air Canada était la première, et Canadien la deuxième compagnie aérienne par ordre d'importance au Canada. Jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 1987, chacune avait son propre système informatisé de réservation, savoir Reservec II et Pegasus 2000 respectivement. Le 1<sup>er</sup> juin 1987, les deux compagnies se sont entendues pour fusionner leurs SIR dans une société en commandite, connue par la suite sous la dénomination sociale de Gemini. Chaque compagnie devait détenir la moitié des actions de la nouvelle société, qui devait durer jusqu'à la fin de 2069. Chaque compagnie devait transférer son SIR à la société en commandite et aurait exclusivement recours à Gemini pour exploiter ou «servir» son propre système interne de réservation, et pour diffuser les informations sur ses tarifs, ses vols, la disponibilité des places, etc., aux agences de voyages qui pourraient alors émettre des billets pour les vols de l'un et l'autre transporteurs.

Le 3 mars 1988, le directeur s'est fondé sur l'article 92 de la Loi pour demander la dissolution de la société en commandite Gemini, en arguant de son souci au sujet des effets du fusionnement sur la libre concurrence sur les marchés de la réservation informatisée et du transport aérien des passagers. La demande soutenait que Air Canada et Canadien accaparaient déjà 56 p. 100 et 37 p. 100 respectivement du marché du transport aérien de passagers par vols réguliers. Que l'exploitation d'un SIR était l'un des moyens de concurrence les plus importants entre compagnies aériennes, et que la position dominante de ces deux compagnies, renforcée par l'intégration verticale de Gemini, ferait en sorte que seule Gemini soit en mesure de fournir les informations les plus complètes, exactes et à temps, y compris les informa-

aligned carriers were hosted only on Gemini, and other CRS's had no direct-access links to these carriers. The merger was alleged to be likely to entrench the dominant position of Air Canada and Canadian in the airline industry in Canada, thereby reducing competition in Canadian airline markets.

Negotiations followed, and in April, 1989, on the eve of the hearing, the Director amended his application to seek a consent order, filing a statement of agreed facts, a consent order impact statement and a draft consent order.

Following a hearing, the Tribunal on July 7, 1989, issued a 16-page consent order, supplemented by 14 pages of Computer Reservation System Rules, and 70 pages of reasons for the consent order. In the course of the reasons for the order, the presiding judicial member, Reed J. said (at pages 196-198):

It is clear that the Tribunal's constituent legislation does not contemplate that the Tribunal will be a mere rubber stamp. The legislation, for example, does not provide for the automatic filing, by the Director, of settlements which he reaches with respondents so that they automatically become orders of the Tribunal. This type of procedure is found, for example, in the *Canadian Human Rights Act*; the filing of an order of a Human Rights Tribunal in the Registry of the Federal Court constitutes an order of that Court for the purpose of enforcement. The Tribunal is composed of judicial members and of non-judicial members who have special expertise in areas relevant to the work of the Tribunal. It is required to sit in panels of three, even for the purpose of granting consent orders. It is clear that Parliament intended the Tribunal to exercise an independent judgment with respect to such orders.

At the same time, the legislation sends a very clear message to the Tribunal that it is not anticipated that the Tribunal should take a detailed role in the crafting of consent orders. Section 105 of the *Competition Act* [formerly s. 77, as enacted S.C. 1986, c. 26, s. 47] provides:

And s. 92 [formerly s. 64, as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47] provides:

tions sur les dernières places disponibles, chez pratiquement tous les transporteurs canadiens qui intéressent les agences de voyages canadiennes, puisque les deux compagnies et leurs transporteurs affiliés et associés, n'étaient servis que par Gemini, alors que les autres SIR n'avaient aucun lien d'accès direct à ces transporteurs. Et que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet de consolider la position dominante d'Air Canada et de Canadien et, partant, de diminuer la concurrence dans le secteur du transport aérien du Canada.

Des négociations s'ensuivirent et en avril 1989, à la veille de l'audition de l'affaire, le directeur a modifié sa demande pour conclure à ordonnance par consentement, en déposant un exposé conjoint des faits, une déclaration sur les répercussions possibles et un projet d'ordonnance par consentement.

À l'issue d'une audience tenue à cet effet, le Tribunal a rendu le 7 juillet 1989 une ordonnance par consentement de 16 pages, à laquelle étaient jointes les 14 pages des Règles régissant les systèmes informatisés de réservation et 70 pages de motifs d'ordonnance. Dans ces motifs, Madame le juge Reed, qui présidait le Tribunal, a tiré la conclusion suivante (aux pages 196 à 198):

Il est évident, d'après la loi habilitante du Tribunal, que celui-ci n'a pas pour rôle d'approuver sans discussion. La Loi, par exemple, ne prévoit pas le dépôt automatique, par le directeur, des règlements intervenus avec les défenderesses de telle sorte qu'ils deviennent automatiquement des ordonnances du Tribunal. Ce genre de procédures existe, notamment dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*; le dépôt d'une ordonnance du Tribunal des droits de la personne au greffe de la Cour fédérale fait de cette ordonnance une ordonnance de la Cour aux fins de l'application de la loi. Le Tribunal se compose de juges et de membres non judiciaires qui ont des compétences spéciales dans les domaines qui concernent le Tribunal. Les demandes faites au Tribunal sont entendues par au moins trois membres, même lorsqu'il s'agit de rendre des ordonnances par consentement. Il est évident que le Parlement voulait que le Tribunal rende un jugement indépendant par rapport à ces ordonnances.

En même temps, la Loi exprime très clairement que le Tribunal n'a pas à jouer un rôle prépondérant dans l'élaboration des ordonnances par consentement. L'article 105 de la *Loi sur la concurrence* [antérieurement art. 77, édicté par S.C. 1986, ch. 26, art. 47] stipule ce qui suit:

Et l'art. 92 [antérieurement art. 64, édicté par S.C. 1986, ch. 26, art. 47] établit ce qui suit:

Thus, s. 92 provides that, apart from the remedies of dissolution and divestiture of shares or assets, the Tribunal cannot impose terms on a respondent unless both the respondent and the Director agree to those terms. Similarly, in s. 105 the Tribunal may make "the" order which is sought on consent. Applications by the Director for variation of an order pursuant to s. 106 are different. Under that provision, the Director can seek the imposition of terms and conditions on a respondent without the respondent's consent.

The Tribunal accepts the Director's argument that the role of the Tribunal is not to ask whether the consent order is the optimum solution to the anticompetitive effects which it is assumed would arise as a result of the merger. The Tribunal agrees that its role is to determine whether the consent order meets a minimum test. That test is whether the merger, as conditioned by the terms of the consent order, results in a situation where the substantial lessening of competition, which it is presumed will arise from the merger, has, in all likelihood, been eliminated. In *Director of Investigation and Research v. Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Competition Trib.), at 548 the test was expressed:

"It is incumbent on the tribunal to satisfy itself that the order sought meets a critical threshold of effectiveness, namely, that of eliminating the likely prevention or lessening substantially of competition that gave rise to the application for the order."

The order imposes behavioural constraints on the respondents. The Tribunal is aware that there has been some discussion that its decision in *Director of Investigation and Research v. Palm Dairies*, *supra*, stands for the proposition that the Tribunal is not prepared to issue behavioural type orders. Such an interpretation is a misreading of that decision.

Among the behavioural constraints in the consent order was clause 16, which responded to the fear of collusive behaviour, as expressed by the Tribunal (at pages 179-180):

#### *Collusion*

It is generally accepted that where there are only two major competitors in a market, there is increased opportunity to engage in collusive behaviour.

While the Gemini merger does not increase the incentives for Air Canada and Canadian to collude, with respect to the airline market, the existence of Gemini does allow for exchanges of data which make collusion easier to engage in and more difficult to detect.

Outre les recours tels que la dissolution et le dessaisissement des éléments d'actif et des actions, l'art. 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'art. 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'art. 106. En vertu de ces dispositions, le directeur peut demander que des conditions soient imposées à une défenderesse sans l'accord de celle-ci.

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 (Trib. conc.), 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*, *supra*, 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.

Entre autres contraintes de conduite, le paragraphe 16 de l'ordonnance par consentement visait à prévenir la conduite collusoire, que le Tribunal explique en ces termes (aux pages 179 et 180):

#### *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 multiplient.

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.

As noted by the Tribunal, this concern was addressed by the consent order in clause 16. The Tribunal stated (at pages 181-182):

The original clause [16] has been redrafted, in response to a number of suggestions made in the course of the hearing before the Tribunal, to read as follows:

“16. AND IT IS FURTHER ORDERED that the respondents and each and every one of their respective directors, officers, managers, servants, employees, agents, or any of them, shall not share or exchange commercially sensitive airline information through the operations of Gemini, including, but not limited to, seat inventory information in respect of individual carriers to a greater extent than such information is accessible by Gemini subscribers, where such sharing or exchange would facilitate agreement to share markets or fix the level of prices between AC, including its affiliated airlines, on the one hand and PWAC, Wardair and CDN, including its affiliated airlines, on the other.”

In addition, it was always contemplated that the order would require the officers of Air Canada, Canadian, PWA Corporation, Wardair and Gemini to report each year to the Director indicating that this provision, as well as the other CRS rules had been complied with.

In its reasons the Tribunal anticipated that the Covia Canada Partnership Corp. and Covia Canada Corp. (collectively “Covia”), wholly owned subsidiaries of a CRS operating in the United States with its computer center in Denver, would become a one-third partner (at page 157), and went so far as to suggest that, if it did not, the Director would have grounds to move for a variation under section 106 (at page 179):

It is the Tribunal’s view that if Gemini does not in the near future acquire a third owner, given that this expectation formed the basis of so much of the argument before the Tribunal, it would be open to the Director to seek a modification of the Tribunal’s order pursuant to s. 106 (formerly s. 78) of the *Competition Act*, on the ground that the circumstances in existence at the time of the making of the order had changed.

In fact, Covia did become a one-third owner of Gemini on June 30, 1989, in a restated partnership agreement, with the term of the partnership now expiring on December 31, 2067. On the same day, Gemini entered into a CRS agreement with Covia, and the long-term hosting relationship of Air Canada and Canadian with Gemini was continued by a new agreement.

Ainsi que le fait remarquer le Tribunal, le paragraphe 16 de l’ordonnance par consentement répond à cette préoccupation comme suit (aux pages 181 et 182):

La disposition originale [16] 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 énoncés dans les Règles régissant les SIR ont été respectées.

Dans ses motifs d’ordonnance, le Tribunal prévoyait que Covia Canada Partnership Corp. et Covia Canada Corp. (ci-après appelées collectivement «Covia»), filiales appartenant en propriété exclusive à un SIR exploité aux États-Unis avec ordinateur central à Denver, auraient une participation d’un tiers (à la page 157); il allait même jusqu’à dire que si cette participation ne se réalisait pas, le directeur serait fondé à demander la modification de l’ordonnance conformément à l’article 106 (à la page 179):

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’art. 106 (antérieurement l’art. 78) de la *Loi sur la concurrence*, au motif que les circonstances ayant entraîné l’ordonnance auraient changé.

En fait, Covia est devenue propriétaire d’un tiers de Gemini le 30 juin 1989 aux termes d’un contrat modifié de société, à expirer le 31 décembre 2067. Le même jour, Gemini a conclu un accord de SIR avec Covia, et le contrat de gestion interne de longue durée entre Air Canada et Canadien d’une part, et Gemini d’autre part, est maintenu en vigueur par un nouvel accord.

By the restated partnership agreement the first window period for a partner to leave the partnership was in 1997, in which case the separate hosting contract would terminate two years later (if the departing partner were a party to that contract).

However, since the consent order was issued in 1989, the financial condition of Canadian has deteriorated to the point that it cannot survive on its own. A search for investors revealed only two interested parties, Air Canada and American Airlines, Inc. (American) or its parent corporation, AMR Corporation (AMR).<sup>16</sup> Negotiations with Air Canada have not continued. American agreed to invest \$264 million in Canadian and to provide it with a package of services which are revenue-enhancing and cost-saving, conditional on Canadian's moving its hosting from Gemini to American's CRS, Sabre. Air Canada has refused a commercial settlement which would allow Canadian to move its hosting to Sabre.

On November 5, 1992, the Director filed an application under section 106 to vary the consent order to provide for early termination of Canadian's hosting relationship with Gemini, or, alternatively to dissolve the Gemini merger.<sup>17</sup>

## II

It was not disputed by the respondents that, there being no privative clause, the Tribunal must correctly interpret the statutory criteria in section 106 in order to be insulated from judicial interference with its order. The interpretation by Strayer J. of the questions of law before the Tribunal was as follows:

<sup>16</sup> I refer to the latter two entities indifferently as "American".

<sup>17</sup> I have not found the related insolvency proceedings now before the Ontario courts of any relevance to the case at bar and so I make no further reference to them.

Aux termes du contrat modifié de société, la première période possible pendant laquelle un associé pourrait se retirer de la société serait 1997, auquel cas le contrat de gestion interne, qui en est distinct, serait résolu deux ans après (si l'associé qui se retire était partie à ce contrat).

Il se trouve cependant que depuis la délivrance de l'ordonnance par consentement en 1989, la situation financière de Canadien s'est détériorée au point qu'elle ne pourrait pas survivre par ses propres moyens. Elle s'est donc mise à rechercher des investisseurs, et seulement deux compagnies ont manifesté leur intérêt, Air Canada et American Airlines, Inc. (American) ou sa compagnie mère, AMR Corporation (AMR)<sup>16</sup>. Les négociations avec Air Canada n'ont pas abouti. De son côté, American a accepté d'investir 264 millions de dollars dans Canadien et de mettre à sa disposition un ensemble de services qui visent à augmenter les recettes et à réduire les coûts, à condition que celle-ci transfère son service de gestion interne de Gemini à Sabre, qui est le SIR d'American. Par la suite, Air Canada a rejeté un règlement commercial qui eût permis à Canadien de transférer son service de gestion interne à Sabre.

Le 5 novembre 1992, le directeur se fonde sur l'article 106 pour introduire une demande de modification de l'ordonnance par consentement en vue de la résiliation du contrat de gestion interne de Canadien avec Gemini ou, subsidiairement, de la dissolution du fusionnement Gemini<sup>17</sup>.

## II

Les intimées ne contestent pas qu'en l'absence de toute disposition privative, le Tribunal doit interpréter correctement le critère prévu à l'article 106 pour que son ordonnance soit à l'abri de l'intervention de l'autorité judiciaire. Voici l'interprétation donnée par le juge Strayer des questions de droit dont était saisi le Tribunal:

<sup>16</sup> Ces deux dernières entités seront indifféremment appelées «American» dans le texte.

<sup>17</sup> Je ne mentionnerai pas la procédure de redressement judiciaire devant les tribunaux ontariens, laquelle ne présente à mon avis aucun rapport avec le litige soumis à la Cour.

## B. Questions of Law

In the view of the Tribunal, paragraph 106(a) of the Act must be interpreted as a whole to allow the Tribunal to vary an earlier order only where the purposes for which the order was sought and made can no longer be adequately served by that order.

Firstly, Parliament provides that a variation may be ordered only where "the circumstances that led to the making of the order" have changed. If a change in any background circumstance were sufficient, Parliament would presumably have used language such as "circumstances existing at the time of the making of the order have changed . . ." (The French version uses the expression "*les circonstances ayant entraîné l'ordonnance . . .*" which appears equally to imply a causal connection between the circumstances and the order made.) By using instead the words "that led to", Parliament must have intended there to be a direct causal link between the existence of certain circumstances and the decision of the Tribunal, and not merely the logical relevance of some background condition existing at that time.

Secondly, by paragraph 106(a) the Tribunal must, in order to vary an order, also find that the change in those circumstances is such that today, in the changed circumstances, "the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose". This phraseology appears to focus on the cause or purpose of the original order just as do the words "circumstances that led . . ." Thus, the Tribunal cannot vary an earlier order only because that order might today look less than perfect: the order can only be changed if it would not today properly serve the purpose for which it was made or would seriously impair the achievement of that purpose.

Thus, as a matter of law, the circumstances whose change would permit adding terms to an earlier order must be those circumstances that demonstrably were taken into account by the Tribunal at the time of, and directly caused, the making of the order in question. Further, assuming such changed circumstances to exist, the order should still not be changed unless it has become useless or inadequate to its intended purpose of solving the problem as identified in the relevant circumstances that led to the original order being made. (See also *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor-General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 at 115, (1982), 141 D.L.R. (3d) 54 at 66-67 (C.A.), for the proposition that a power to "vary" can only be exercised in respect of the "same type or kind of order" as the original order.)

A further question of law has been raised as to the authority given the Tribunal by the closing words of section 106 to "rescind or vary the order accordingly" where a consent order is involved. A number of arguments have been presented, by

## B. Questions de droit

De l'avis du Tribunal, il faut interpréter l'ensemble de l'alinéa 106a) de la Loi pour que le Tribunal puisse modifier une ordonnance rendue précédemment uniquement lorsque celle-ci ne permet plus de réaliser de façon appropriée les objectifs pour lesquels elle a été demandée et rendue.

D'abord, le Parlement énonce qu'une modification ne peut être ordonnée que lorsque «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance» ont changé. Si un changement touchant un fait de base avait été suffisant, le Parlement aurait probablement utilisé des mots semblables à ce qui suit: [TRADUCTION] «si les circonstances qui existaient lorsque l'ordonnance a été rendue ont changé . . .» (L'expression «les circonstances ayant entraîné l'ordonnance . . .» semble indiquer de façon aussi claire que la version anglaise («*the circumstances that led to the making of the orders*») qu'il est nécessaire d'établir un lien de cause à effet entre les circonstances et l'ordonnance rendue.). En utilisant plutôt les mots «ayant entraîné», le Parlement voulait sans doute que l'on prouve un lien de cause à effet direct entre l'existence de certaines circonstances et la décision du Tribunal et non simplement la pertinence logique d'une situation qui existait à l'époque.

En deuxième lieu, selon l'alinéa 106a), le Tribunal doit aussi, afin de modifier une ordonnance, être d'avis que le changement est tel qu'aujourd'hui, sur la base des circonstances qui ont changé, «l'ordonnance n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet». Ces mots semblent donner beaucoup d'importance à la cause ou à l'objet de l'ordonnance initiale, tout comme les mots «les circonstances ayant entraîné». Ainsi, le Tribunal ne peut modifier une ordonnance rendue précédemment pour la simple raison que l'ordonnance en question semble moins que parfaite aujourd'hui: l'ordonnance ne peut être modifiée que si elle ne permet pas, aujourd'hui, de réaliser de façon appropriée l'objet pour lequel elle a été rendue ou que si elle compromet sérieusement la réalisation de cet objet.

Ainsi, comme question de droit, les circonstances dont la modification permettrait d'ajouter des conditions à une ordonnance rendue précédemment doivent correspondre aux circonstances dont le Tribunal a effectivement tenu compte lorsqu'il a rendu l'ordonnance en question et qui en constituent la cause directe. En outre, même si l'on présume que ces circonstances existent, l'ordonnance ne devrait pas être modifiée, à moins qu'elle ne soit devenue inutile ou qu'elle ne permette plus de réaliser de façon appropriée son objet, soit celui de résoudre la situation problématique décelée dans les circonstances pertinentes qui ont entraîné l'ordonnance initiale (Se reporter également à *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en Conseil*, [1983] 2 C.F. 98 aux pp. 114-15 (C.A.), où il a été décidé que le pouvoir de «modifier» ne peut être exercé qu'à la condition de s'en tenir au «même type ou genre d'ordonnance» que celle rendue initialement.)

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

those opposed to the present application, concerning the limitations said to be imposed on the Tribunal as to the kind of order which can be made under section 106. It was argued that we could rescind a consent order without consent, where the conditions of paragraph 106(a) were met, but that we could not vary an order without the consent of all parties under paragraph 106(b). This was said to flow from the fact that the power to make any kind of an order under section 92, pursuant to the original application, would have been limited to dissolution and divestiture in the absence of the consent of all parties. Further, the order which was made under section 105 in settlement of the proceedings brought under section 92, being a consent order, had by definition to be with the agreement of all parties. It was argued therefore that section 106 must mean that a consent order can only be varied by consent and that the power to "vary" must be taken to apply only to orders coming within the condition imposed in subparagraph 106(b). It was argued by one party that as paragraph 106(a) refers to orders which would not have been made or would have been ineffective to achieve their intended purpose, the closing words authorizing the Tribunal to "rescind or vary . . . accordingly" must be taken to refer respectively to: the rescission of an order that would not have been made in current circumstances; and the variation of an order which has become ineffective to achieve its intended purpose. Reliance was placed on the word "accordingly" at the end of the section as if it meant "respectively".

Neither of these arguments appears tenable. If such distinctions were to be made, Parliament would surely have stated them specifically. Further, the structure of the French version of the section which at its outset gives the Tribunal the power to rescind or vary, does not accord with the view that the word "accordingly", which has no counterpart in the French version, was intended to mean "respectively".

This Tribunal has already expressed the view, admittedly in *obiter dicta* (in its Reasons for Consent Order Dated July 7, 1989 in the present matter: *supra*, note 11 at 64), that the Tribunal can impose terms and conditions under section 106 without the consent of all respondents. This would appear to be most consistent with the phraseology of section 106 which does not expressly limit either the power to rescind or vary consent orders to situations where all original parties consent. It is obvious that section 106 permits the rescission or variation of any orders made under Part VIII, many of which would not be consent orders: the general phraseology of the section is clearly appropriate for changes in those orders. Parliament would certainly have been more specific if it intended the variation or rescission of consent orders to be treated in a different way. [Underlining added.]

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

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

Le Tribunal s'est déjà dit d'avis, et ce par des remarques incidentes (se reporter aux motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989 dans la présente affaire: *supra*, note 11 à la p. 73), qu'il peut imposer des conditions en vertu de l'article 106 sans le consentement de toutes les défenderesses. Selon toute apparence, ceci serait davantage compatible avec la phraseologie de l'article 106 qui ne restreint pas expressément le pouvoir d'annuler ou de modifier des ordonnances par consentement aux cas où toutes les parties initiales y consentent. Il est évident que l'article 106 permet l'annulation ou la modification de toute ordonnance rendue en application de la partie VIII, qui, dans bien des cas, ne serait pas une ordonnance par consentement: la phraseologie générale de cet article est manifestement pertinente lorsqu'il s'agit d'apporter des changements à ces ordonnances. S'il avait voulu que la modification ou l'annulation des ordonnances par consentement soit traitée



What is at stake in the “questions of law” is the relationship between section 92, the provision that governed the original consent order, and section 106, which allows the rescission or variation of such an order, and is therefore at play in the case at bar.

The first legal issue decided by the Tribunal was as to the meaning of the phrase “the circumstances that led to the making of the order have changed” in paragraph 106(a). The judicial member of the Tribunal interpreted this to mean circumstances that directly and demonstrably caused the change, a gloss for which I find no warrant in the text of the Act. It should be noted at the outset that on the view thus taken by the majority it would not have been possible for the Director to have sought a modification of the consent order for Covia’s failure to enter Gemini, contrary to the original Tribunal’s expressed view of the law.

Contrary to Canadian’s argument, to my mind the words “that led to” imply that the circumstances had to be at least causative of the change, but on the language of the statute it is hard to go much beyond that.

Aristotle in his *Physics*, II, 3, distinguished four kinds of causes: the material cause, the matter from which something came; the formal cause, the substantial form or essence of a change; the efficient cause, the agent by which a change was brought about; and the final cause, the purpose or end of the change.

In the case at bar the various respondents emphasized final causality, stressing the explicit purpose the Tribunal (clearly the agent or efficient cause) appeared to have in mind in making the consent order. This is the narrowest construction possible, and seems to me unwarranted.

Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 provides that “[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures

de façon différente, le Parlement l’aurait certainement indiqué de façon plus explicite. [Soulignements ajoutés.]

Ce qui est en jeu dans les «questions de droit», c’est le lien entre l’article 92, c’est-à-dire la disposition qui régissait l’ordonnance par consentement initiale, et l’article 106, qui en permet l’annulation ou la modification et qui, de ce fait, est applicable en l’espèce.

Le premier point de droit examiné par le Tribunal était la signification de la phrase «les circonstances ayant entraîné l’ordonnance ont changé» qui figure à l’alinéa 106(a). Le juge siégeant au Tribunal a interprété cette phrase comme visant les circonstances qui ont, de façon directe et démontrable, causé le changement, interprétation pour laquelle je ne trouve aucune justification dans le texte de la Loi. Il y a lieu de noter avant tout que si on s’en tenait à cette conclusion majoritaire du Tribunal, le directeur n’aurait pu demander une modification de l’ordonnance par suite de l’échec de Covia à prendre une participation dans Gemini, contrairement à l’interprétation juridique faite par la formation antérieure du Tribunal.

Contrairement aux arguments proposés par Canadien, les mots «ayant entraîné» sous-entendent, à mon avis, que les circonstances en question doivent être au moins la cause du changement, mais le texte de la loi ne permet guère d’aller plus loin.

Dans son traité *Physique*, II, 3, Aristote distinguait quatre sortes de causes: la cause matérielle, la matière dont provenait quelque chose; la cause formelle, la forme substantielle ou l’essence d’un changement; la cause efficiente, l’agent par lequel le changement se produit; et la cause finale, le dessein ou la fin du changement.

En l’espèce, les diverses intimées se sont concentrées sur la cause finale, en mettant l’accent sur le dessein explicite que le Tribunal (qui est de toute évidence l’agent ou la cause efficiente) semblait nourrir en rendant l’ordonnance par consentement. Il s’agit là de l’interprétation la plus restrictive possible, qui ne me semble pas justifiée.

L’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit que «[t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit

the attainment of its objects.” The present Act states in its very first substantive words that “[t]he purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada” (section 1.1 [as enacted *idem*, s. 19]). This Court in *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88, at page 98 (per Iacobucci C.J.) referred to this purpose as “extremely broad,” and in that case and in the *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, both courts gave a broad interpretation to the companion legislation, the *Competition Tribunal Act*. Gonthier J., in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at page 1756 emphasized that courts must “avoid sterilizing these powers [of regulatory authorities] through overly technical interpretations of enabling statutes.”

*Webster’s Third New International Dictionary* (1981) defines “circumstances” as “the total complex of essential attributes and attendant adjuncts of a fact or action.” In my view, the words “the circumstances that led to the making of the order” include all of the facts and conditions that were relevant to the making of the order.<sup>18</sup> In that sense, the kind of causality involved includes material and formal causality in the Aristotelian sense, as well as efficient and final causality. Of course, the Director cannot simply assert that any earlier circumstance was relevant to the making of the earlier order. He must establish it to the satisfaction of the Tribunal on a balance of probabilities.

The consent order must therefore be taken in its full contextual amplitude, which obviously includes the pivotal role of the hosting contract in the arrange-

<sup>18</sup> In *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 (C.A.) this Court held that the Cabinet, in exercising a power of variation, could not add an irrelevant provision, dealing with subject matter different from the original order, under the guise of a variation. The key concept, as I emphasize, is that of relevance. It is relevance that determines whether it is “the same type or kind of order.”

compatible avec la réalisation de son objet». La Loi qui nous intéresse en l’espèce proclame dès sa première disposition de fond qu’elle «a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada» (article 1.1 [édicte, *idem*, art. 19]). Dans *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88, à la page 98 (motifs prononcés par le juge en chef Iacobucci), notre Cour a conclu qu’il s’agissait là d’un objet «très vaste» et, tout comme la Cour suprême dans *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, a donné une large interprétation de la loi connexe, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la page 1756, le juge Gonthier souligne que les tribunaux judiciaires doivent «éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes [des organismes de réglementation] de façon trop formaliste».

Le *Webster’s Third New International Dictionary* (1981) définit «*circumstances*» (circonstances) comme étant «*the total complex of essential attributes and attendant adjuncts of a fact or action*» ([TRADUCTION] l’ensemble complexe des particularités essentielles qui accompagnent un fait ou une action). À mon avis, les mots «circonstances ayant entraîné l’ordonnance» embrassent tous les faits et conditions ayant un rapport avec la délivrance de l’ordonnance<sup>18</sup>. Dans ce sens, le lien de causalité qui est en jeu embrasse la cause matérielle et la cause formelle au sens aristotélicien, de même que la cause efficiente et la cause finale. Il va de soi que le directeur ne peut se contenter d’affirmer que toute circonstance antérieure avait un rapport avec la délivrance de l’ordonnance primitive. Il faut qu’il fasse la preuve concluante du lien de causalité, selon la prépondérance des probabilités.

L’ordonnance par consentement doit donc être envisagée dans son contexte, dont un élément est manifestement le rôle essentiel du contrat de gestion

<sup>18</sup> Dans *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98 (C.A.), il a été jugé que le Cabinet ne pouvait se fonder sur son pouvoir de modifier pour ajouter une disposition étrangère, portant sur un autre sujet que l’ordonnance primitive. Le concept clé, comme je l’ai fait remarquer, est celui de rapport, qui permet de dire s’il s’agit du «même type d’ordonnance».

ment. The fact that neither Gemini nor Air Canada breached the consent order will not alone be enough to save it, since it cannot be limited to the specific means of competition on which it was directly focussed, if under the new set of circumstances “the order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose.” The Director must, of course, bear the burden of establishing this.

The determination of this second issue gives rise to the further question of law as to the meaning of the power to “rescind or vary” the original order, which has in my respectful opinion been correctly resolved by Strayer J. It was strenuously argued before us, particularly by Air Canada, that the Tribunal could have only as great power on reconsideration of a consent order as on original consideration.<sup>19</sup> The first time around, the Tribunal can only dissolve a completed merger, disposing of its assets or shares, or make an additional order “with the consent of the person against whom the order is directed.” It is illogical, it was said, to allow on later reconsideration not only the power of rescission but also an untrammelled power to vary, which could include making a further order against the will of a person to whom it is directed. “Vary” must therefore mean only with consent, as in section 92.

But this, it seems to me, is a policy debate, one which Parliament has already resolved by its adoption of the unrestricted word “vary.” As it was put by Macdonald J. in *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (Alta. S.C.), at page 476 (and followed by Gibson J. in *Consumers’ Association of Canada v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 F.C. 433 (T.D.), at page 440, “The word ‘vary’ in its ordinary use as well as in legal phraseology is quite comprehensive in mean-

<sup>19</sup> The other respondents did not accept the argument of the respondent Gemini that the power to vary consent orders found in s. 106 is based on the power in relation to consent orders found in s. 105, and I do not pursue this argument because it seems evident to me that s. 105 is an exclusively evidentiary provision.

interne dans l’arrangement. Le fait que ni Gemini ni Air Canada n’a manqué à l’ordonnance par consentement ne suffit pas pour assurer son maintien, car elle ne peut pas être limitée aux moyens de concurrence spécifiques directement visés si, dans les nouvelles circonstances, «l’ordonnance n’aurait pas été rendue ou n’aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet». C’est, bien entendu, ce qu’il incombe au directeur de prouver.

La résolution de cette deuxième question nous mène à une autre question de droit, celle de la signification du pouvoir d’«annuler ou [de] modifier» l’ordonnance initiale, qui, à mon humble avis, a été correctement résolue par le juge Strayer. Devant la Cour, les intimées, en particulier Air Canada, soutiennent avec force que le Tribunal n’a pas, en réexaminant une ordonnance, un pouvoir plus étendu que celui dont il était investi au moment où il rendit la même ordonnance<sup>19</sup>. À l’origine, le Tribunal peut seulement ordonner la dissolution du fusionnement réalisé ou l’aliénation d’actions ou d’éléments d’actif, ou encore rendre une ordonnance supplémentaire «à condition que la personne qui en fait l’objet y souscrive». Selon les intimées, ce serait illogique de lui reconnaître, à la révision, non seulement le pouvoir d’annuler, mais encore un pouvoir absolu de modifier, en vertu duquel il pourrait rendre une ordonnance supplémentaire contre le gré de la personne qui en fait l’objet. «Modifier» veut donc dire modifier avec consentement, comme dans les cas visés à l’article 92.

Mais, à mon sens, il s’agit là d’un débat sur la politique fondamentale, que le législateur a déjà résolu par l’adoption du mot «modifier» qui n’est assorti d’aucune réserve. Ainsi que l’a fait remarquer le juge Macdonald dans *Rowley v. Petroleum and Natural Gas Conservation Board*, [1943] 1 W.W.R. 470 (C.S. Alb.), à la page 476 (conclusion à laquelle a souscrit le juge Gibson dans *L’Association des consommateurs du Canada c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 C.F. 433 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 440, «le mot

<sup>19</sup> Les autres intimées ne partagent pas l’argument proposé par l’intimée Gemini, selon lequel le pouvoir de modifier les ordonnances par consentement, que prévoit l’art. 106, découle du pouvoir prévu à l’art. 105 au sujet de ces ordonnances. Je n’examinerai pas cet argument puisqu’il me paraît évident que l’art. 105 concerne exclusivement l’administration des preuves.

ing and I see no sound reason for restricting its meaning.” However, if we were to consider policy, it would be easy enough to make a case that on reconsideration of a possibly long-established merger different factors were in play than on the original consideration: for example, it might be more desirable to require a small variation to be made than to raise the spectre of dissolution. Moreover, it would not be unreasonable to suppose that the parties to a merger were aware of the possibility of an involuntary variation down the road, at the instigation of the Director, acting for the public interest, or even at that of another party to the merger. Finally, Gonthier J. referred, with apparent approval, in the *Chrysler Canada* case at page 407 to the Tribunal’s power to rescind or vary its orders upon request:

Parliament, in order to provide for the supervision of the orders of the Tribunal, has given the Tribunal at s. 106 CA a power to rescind or vary its orders upon request from the Director or a person against whom the order has been made.

To my mind, a judicially imposed limitation on the power to vary in section 106 would be a total construct, without statutory warrant.

I therefore adopt as my own the concluding words of Strayer J., *supra*:

It is obvious that section 106 permits the rescission or variation of any orders made under Part VIII, many of which would not be consent orders: the general phraseology of the section is clearly appropriate for changes in those orders. Parliament would certainly have been more specific if it intended the variation or rescission of consent orders to be treated in a different way.

The Tribunal’s power is discretionary not mandatory. The restraint upon variation, the proper circumstances being established, is therefore the good sense of the Tribunal not to cause needless disruption or expense to the parties who for some considerable time have been relying on a merger. In the light of its other heavy responsibilities, this should not prove to be an unduly onerous task to impose on the Tribunal.

“modifier”, dans son acception commune tout comme dans le langage juridique, a un sens très large et je ne vois rien qui justifie une restriction de sa signification». Mais, à supposer même que nous discutons de principe fondamental, il serait assez facile de soutenir qu’au réexamen d’un fusionnement peut-être établi de longue date, différents facteurs entrent en jeu qui n’existaient pas au moment de l’examen initial: par exemple, il pourrait être plus souhaitable de prescrire une légère modification que d’évoquer le spectre de la dissolution. Qui plus est, il ne serait pas déraisonnable de supposer que les parties au fusionnement aient été conscientes de la possibilité d’une modification forcée à l’avenir, à la demande du directeur agissant dans l’intérêt général, ou même d’une partie au fusionnement. Enfin, le juge Gonthier, dans *Chrysler Canada*, à la page 407, a pris acte du pouvoir du Tribunal d’annuler ou de modifier sur demande ses propres ordonnances:

Afin d’assurer la surveillance des ordonnances du Tribunal, le législateur lui a donné, à l’art. 106 de la LC, le pouvoir d’annuler ou de modifier ses ordonnances à la demande du directeur ou de la personne visée par l’ordonnance en question.

À mon avis, une limitation judiciairement imposée au pouvoir de modifier, que prévoit l’article 106, serait pur exercice intellectuel, sans aucun fondement législatif.

Je fais donc mienne cette conclusion du juge Strayer, *supra*:

Il est évident que l’article 106 permet l’annulation ou la modification de toute ordonnance rendue en application de la partie VIII, qui, dans bien des cas, ne serait pas une ordonnance par consentement: la phraséologie générale de cet article est manifestement pertinente lorsqu’il s’agit d’apporter des changements à ces ordonnances. S’il avait voulu que la modification ou l’annulation des ordonnances par consentement soit traitée de façon différente, le Parlement l’aurait certainement indiqué de façon plus explicite.

L’exercice du pouvoir du Tribunal est discrétionnaire, non pas obligatoire. Une fois établi que les circonstances justifient la modification, ce qui limite ce pouvoir, si limitation il y a, c’est le bon sens dont le Tribunal doit faire preuve pour ne pas causer des bouleversements ou des dépenses inutiles aux parties qui ont réglé leurs activités sur l’existence du fusionnement depuis un certain temps déjà. Vu ses autres responsabilités qui sont tout aussi lourdes, ce ne

serait pas là une tâche excessivement difficile pour le Tribunal.

### III

Given the erroneous legal basis on which the Tribunal majority assessed the facts, and the fact that even Dr. Roseman in dissent was legally constrained to follow the legal member's interpretation of the law, it is not possible simply to accept the factual framework established by the Tribunal. Nevertheless, it is, I believe, possible to discover among the facts found by the Tribunal sufficient findings to resolve the case.

With respect to the first requirement of section 106, a change in causative circumstances, let me note at the beginning that the majority is entirely right in the following analysis:

The Consent Order does not require that Air Canada and Canadian be hosted on Gemini nor does it mention, much less approve or disapprove, the hosting contract that the Director now seeks to modify. The fact that Air Canada and Canadian were hosted in Gemini (through Reservec and Pegasus) was considered only in a treatment of the background to the consent order proceeding.

However, since I have interpreted the law so as to eliminate the majority's distinction between background and foreground, the fact of hosting, which the Tribunal found to exist, therefore becomes a matter of relevance and concern.

After reviewing the principal documents before the first Tribunal, the majority stated:

Throughout these documents and the Agreed Statement of Facts filed in support of the consent order application, the existing duopoly in the Canadian airline market, and the hosting of the two major airlines in Gemini, are noted but not identified as causes for making the order. Instead, the principal concern articulated was vertical integration by the two dominant airlines with a single CRS and how this might be used to produce anti-competitive results in both the CRS and airline markets. It is difficult to see why the same analysis might not have been applied to a vertical integration between a single airline with over 90 per cent of the Canadian airline market and a pre-

### III

<sup>a</sup> Vu le mauvais fondement juridique sur lequel la majorité des membres du Tribunal s'est appuyée pour juger les faits, et vu que même dans ses motifs dissidents, M. Roseman était tenu par la loi de déférer à l'interprétation juridique faite par le juge siégeant au Tribunal, il n'est pas possible d'accepter tel quel le contexte factuel établi par le Tribunal. Je pense cependant qu'il est possible de découvrir parmi les faits constatés par celui-ci, suffisamment de conclusions pour résoudre l'affaire en instance.

<sup>d</sup> En ce qui concerne la première condition prévue à l'article 106, savoir un changement dans les circonstances ayant présidé à l'ordonnance primitive, il y a lieu de noter en premier lieu que la majorité avait tout à fait raison dans l'analyse suivante:

<sup>e</sup> L'ordonnance par consentement n'a pas pour effet d'exiger qu'Air Canada et Canadien soient liées à Gemini pour la prestation de services; elle ne fait nullement état du contrat de prestation de services que le directeur veut maintenant modifier et encore moins d'une indication voulant que le contrat soit approuvé ou non. Le fait qu'Air Canada et Canadien étaient liées à Gemini pour la prestation de services (par l'entremise de Reservec et Pegasus) n'a été examiné que dans le cadre de l'étude des renseignements de base ayant donné lieu à la procédure d'ordonnance par consentement.

<sup>g</sup> Cependant, comme j'ai interprété la loi de façon à éliminer la distinction faite par la majorité du Tribunal entre circonstances secondaires et circonstances primaires, le contrat de gestion interne, dont le Tribunal a constaté l'existence, devient un facteur à prendre en considération.

<sup>h</sup> Après examen des principaux documents dont était saisie la formation antérieure du Tribunal, la majorité a tiré cette conclusion:

<sup>i</sup> Partout dans ces documents ainsi que dans l'exposé conjoint des faits déposé à l'appui de la demande d'ordonnance par consentement, le duopole existant sur le marché canadien du transport aérien et les liens entre les deux grands transporteurs aériens et Gemini en ce qui a trait à la prestation de services sont signalés, mais ne sont pas considérés comme des causes de l'ordonnance. La principale préoccupation formulée résidait plutôt dans l'intégration verticale des deux lignes aériennes en position dominante avec un seul SIR et la façon dont cette intégration pourrait être utilisée pour donner des résultats anticoncurrentiels sur les marchés des SIR et du transport aérien. Il est

vously independent CRS operating in Canada. It was therefore not the existence of an airline duopoly as such which was the operative circumstance leading to the 1989 Consent Order.

It seems to me that the above passage says it all. “[T]he existing duopoly in the Canadian airline market, and the hosting of the two major airlines in Gemini” were relevant circumstances at the time of the making of the consent order. They were not, in the Tribunal’s view, principal concerns, the principal concerns in their view focussing on the airlines’ CRS’s, rather than on the airlines themselves. But given the Director’s mandate under paragraph 92(1)(a) to make an application to the Tribunal when he “finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a trade, industry or profession”, and his expressed concern in his initial application (Appeal Book, XXXV, at page 8744) that “this merger will likely entrench the dominant position” of Air Canada and Canadian “in the airline industry in Canada”, it is evident that it was because of the existence of the hosting contract in the context of the duopoly that the Director was moved to seek, and the Tribunal to grant, the consent order. As the Director put it in his application (Appeal Book, XXXV, at page 8746):

The use of a CRS is one of the most important ways in which airlines compete with one another. This merger eliminates this element of competition as between . . . the two major airlines in Canada.

Perhaps the only respect in which the broader relationship between the airlines came to the fore was with respect to the danger of collusive behaviour and the special clause inserted to prevent it, but in fact the whole merger was a public policy concern because it involved a key element of competition (i.e., the hosting of CRS’s) in a duopolistic industry. Hosting was not precluded from being an integral part of the merger merely because the Air Canada-Canadian relationship was put on a separate piece of paper after the entry of Covia into Gemini.

difficile de comprendre pourquoi la même analyse n’aurait pas pu s’appliquer à une intégration verticale entre une seule ligne aérienne occupant plus de 90 % du marché canadien du transport aérien et un SIR exploité au Canada et auparavant indépendant. Ce n’était donc pas l’existence d’un duopole dans le domaine du transport aérien qui a été la conséquence ayant mené en soi à l’ordonnance par consentement de 1989.

Il me semble que toute la question se résume dans le passage ci-dessus. «[L]e duopole existant sur le marché canadien du transport aérien et les liens entre les deux grands transporteurs aériens et Gemini en ce qui a trait à la prestation de services» étaient les deux circonstances à prendre en considération au moment de l’ordonnance par consentement. Le Tribunal n’y voyait pas les principaux facteurs, lesquels devaient être à son avis les SIR des compagnies aériennes intéressées, non pas ces compagnies elles-mêmes. Mais vu l’obligation que le directeur tient de l’alinéa 92(1)a) de saisir le Tribunal dans les cas où il «conclut qu’un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, dans un commerce, une industrie ou une profession», et la préoccupation qu’il avait exprimée dans sa demande antérieure (Dossier d’appel, XXXV, à la page 8744) que [TRADUCTION] «ce fusionnement aura vraisemblablement pour effet de consolider la position dominante» d’Air Canada et de Canadien «dans le secteur du transport aérien au Canada», il est évident que c’était l’existence du contrat de gestion interne sur fond de duopole qui a poussé le directeur à demander, et le Tribunal à rendre l’ordonnance par consentement. Ainsi que l’a fait remarquer le directeur dans sa demande (Dossier d’appel, XXXV, à la page 8746):

[TRADUCTION] Le recours à un SIR est l’un des moyens de concurrence les plus importants entre compagnies aériennes. Ce fusionnement élimine cet élément de concurrence entre . . . les deux grandes compagnies aériennes au Canada.

Peut-être la seule facette des relations d’ensemble entre les deux compagnies aériennes qui ait retenu l’attention était-elle le risque de conduite collusoire et la clause spéciale qui a été insérée pour le prévenir, mais en fait le fusionnement tout entier était un sujet de préoccupation d’ordre public car il concernait un principal élément de concurrence (c’est-à-dire la gestion interne des SIR) dans une situation de duopole. L’intégration du service de gestion interne dans le fusionnement n’était pas exclue du seul fait que les relations entre Air Canada et Canadien ont fait l’objet

On the basis of the law as I have interpreted it, I believe the facts found by the majority establish a change in causative circumstances. These circumstances included above all, the fact that Air Canada and Canadian were the dominant airlines in Canada, in vigorous competition with each other, and the absence of any indication whatsoever that Canadian's financial condition would deteriorate to the point where its continued existence would be threatened.

This result is, not surprisingly, clearer in Dr. Roseman's dissent:

What then are the circumstances that led to the order? An examination of the order shows that they clearly include the concerns regarding CRS and airline markets identified by the majority. But the order also includes a provision directed at preventing Air Canada and Canadian from using Gemini to exchange certain information and, thus, to facilitate collusion between them. Since we cannot say that this term is any less important than the others, we cannot ignore the circumstance that led to its inclusion. The circumstance that led to the insertion in the order of the "collusion" provision was the possible use of Gemini by Air Canada and Canadian to lessen competition substantially in airline markets. This is a concern with competition within airline markets that is not related to the operation of a travel agency CRS but to the fact that Air Canada and Canadian were both hosted in Gemini. The particular method for lessening competition that was foreseen was the exchange of information through Gemini. [Underlining added.]

The second factual issue is whether in the present circumstances the order would not have been made or would have been ineffective. The best evidence that this test is satisfied in law is provided by the Tribunal's alternative findings of fact, made in the event that it was found to be in error on the question of jurisdiction. The majority said:

We recognize, however, that the legislation is relatively new and that a novel point of jurisdiction has been raised before us. Given the importance of this case we have little doubt that appeals will be launched. In case a different view is taken of our jurisdiction on appeal, we therefore feel it essential to

d'un accord à part, après l'admission de Covia dans Gemini.

À la lumière des règles de droit telles que je les ai interprétées, je conclus que les faits constatés par la majorité font ressortir un changement dans les circonstances à prendre en considération. Parmi ces circonstances, il faut citer avant tout le fait que Air Canada et Canadien étaient les deux compagnies aériennes dominantes au Canada qui se livraient une vive concurrence, et l'absence d'aucune indication que la situation financière de Canadien se détériorerait à un point tel que son existence même serait menacée.

Il n'est pas étonnant que ce résultat ressorte davantage des motifs dissidents de M. Roseman:

Quelles sont donc les circonstances ayant entraîné l'ordonnance? Un examen de l'ordonnance révèle qu'elles comprennent manifestement les préoccupations qu'a soulignées la majorité au sujet des marchés des SIR et du transport aérien. Toutefois, l'ordonnance comporte également une disposition visant à empêcher Air Canada et Canadien d'utiliser Gemini pour échanger certains renseignements et, ainsi, se livrer à des pratiques de collusion entre elles. Comme nous ne pouvons pas affirmer que cette condition est moins importante que les autres, nous ne pouvons ignorer les circonstances ayant mené à son inclusion. Ces circonstances résidaient dans la possibilité qu'Air Canada et Canadien utilisent Gemini pour diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés du transport aérien. C'est là une préoccupation qui concerne la concurrence sur les marchés du transport aérien n'ayant aucun rapport avec l'exploitation d'un SIR par une agence de voyage, mais correspondant plutôt au fait qu'Air Canada et Canadien étaient toutes deux liées à Gemini pour la prestation de services. On prévoyait que l'échange de renseignements par l'entremise de Gemini soit le moyen employé pour réduire la concurrence. [Soulignement ajouté.]

La deuxième question de fait est de savoir si dans les circonstances présentes, l'ordonnance primitive n'aurait pas été rendue ou n'aurait pas eu les effets voulus. La meilleure preuve qu'il a été satisfait à ce critère sur le plan juridique se dégage des conclusions subsidiaires sur les faits, que le Tribunal a tirées au cas où il aurait commis une erreur en matière de compétence. La majorité s'est prononcée en ces termes à ce sujet:

Toutefois, nous reconnaissons que la législation est relativement nouvelle et qu'une nouvelle question liée à la compétence a été soulevée devant nous. Compte tenu de l'importance de la présente affaire, nous sommes presque certains que notre décision sera portée en appel. Il nous apparaît donc essentiel de

make the findings of fact which would be necessary, should we have jurisdiction, to issue an order. Otherwise, the vast efforts of counsel and the costs of 22 days of hearings would be lost. For the assistance of appellate courts we will also indicate what remedies we believe could and should be ordered if the Tribunal has jurisdiction to do so.

We will therefore proceed to consider what the consequences would be for Canadian of continuation of the hosting agreement, the possible impact on airline competition if Canadian fails and the impact on Gemini and on CRS competition generally if Canadian fails or if it were released from the hosting contract. We will then describe the remedies we consider would be permissible and appropriate if we had the jurisdiction to vary the Consent Order.

In its alternative findings, the Tribunal found that Canadian was no longer financially viable:

#### F. Conclusion

PWA and Canadian were financially viable in mid-1989 when the Consent Order was issued. Today, they operate only at the forbearance of their creditors. As a practical matter the AMR deal is currently the only transaction available to save PWA and Canadian. Without the cash equity injection from AMR, the risk that the debt restructuring will not be completed is very high and PWA and Canadian are likely to fail. AMR will not complete that transaction without a transfer of hosting to Sabre.

From this conclusion on financial viability, the Tribunal proceeds to one on competition:

#### G. Conclusion

After considering the initial reduction in competition that would follow Canadian's failure and the competition remaining and likely to arise, it is the Tribunal's conclusion that the end result of that failure would undoubtedly be a substantial lessening of competition in most if not all airline passenger markets on southern routes in Canada. Even in high-density markets where entry is most likely to occur, travellers are unlikely to enjoy competition with respect to matters that are important to them, including frequency of service, range of service and frequent flyer points. Moreover, even for travellers for whom price is of primary importance, it cannot be concluded that they will not be hurt by Canadian's exit from high-density markets. The two trunk carriers do compete with each

tirer les conclusions de fait qui seraient nécessaires si nous avions la compétence voulue pour rendre une ordonnance pour le cas où la décision concernant notre compétence serait différente en appel. Autrement, les efforts énormes déployés par les avocats et les frais que représentent 22 jours d'audience auraient été vains. Pour faciliter la tâche des tribunaux d'appel, nous indiquerons également les mesures de redressement qui, à notre avis, pourraient et devraient être ordonnées si le Tribunal avait la compétence voulue pour le faire.

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

Par ses conclusions subsidiaires, le Tribunal a décidé que Canadien n'était plus financièrement viable:

#### F. Conclusion

PWA et Canadien étaient financièrement viables au milieu de 1989, lorsque l'ordonnance par consentement a été rendue. Aujourd'hui, elles poursuivent leurs activités uniquement grâce à la tolérance de leurs créanciers. En fait, l'entente avec AMR est actuellement la seule transaction qui permettrait de sauver PWA et Canadien. Sans l'injection de capitaux qui proviendraient d'AMR, il y a de fortes chances que la restructuration de la dette ne puisse se faire et que PWA ainsi que Canadien échouent. AMR refuse de conclure l'entente si le système interne de réservation n'est pas transféré à Sabre.

De cette conclusion sur la viabilité financière, le Tribunal est passé à la conclusion sur l'état de la concurrence:

#### G. Conclusion

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



other on price. Both trunk carriers also respond to the inroads of other carriers offering low price options and each of their responses affects the other trunk carrier. [Underlining added.]

The remaining factual question was whether, with a shift of Canadian's hosting from Gemini to Sabre, Gemini would fail, and whether in any event Sabre would be in a dominant position, thus lessening competition in CRS markets. On this the Tribunal found:

#### G. Conclusion

Gemini is unlikely to fail financially in the foreseeable future, even if Canadian transfers its hosting to Sabre. The long run effect on Gemini of such a shift depends primarily on the losses in its market share that would result. Other effects on Gemini are either short run (downsizing costs and lease commitments until 1995) or are too uncertain (loss of economies of scope) to allow any conclusions to be drawn. For reasons that have been discussed at length the CRS market share losses predicted by the respondents' experts resulting from predisposition are not credible. While the agencies doing a large volume of business with Canadian might well change to Sabre, the fact that ApG is comparable to Sabre with respect to functionality means that earlier gains made by Sabre should be eroded as agents that do a large volume of business with Air Canada move back to Gemini. If Sabre and Gemini are comparable in other respects then predisposition favours Gemini, not Sabre, since the airline associated with Gemini (Air Canada) has a larger share of most domestic airline markets than the airline associated with Sabre (Canadian). There is no good market reason why there should not be two strong CRS networks available in Canada in the event Canadian shifted its hosting to Sabre. Even if Gemini does not succeed in putting its early painful past behind it and becoming a full effective competitor, market conditions should cause Air Canada or Covia, singly or together, to provide a successor organization to Gemini in the event that it does not meet their needs.

It was only because of its different view of the law that the Tribunal majority was able to come to an explicitly different view on the facts. It itself admitted:

importance primordiale au prix, on ne peut pas conclure qu'ils ne seront pas lésés par suite du retrait de Canadian des marchés à fort achalandage. Les deux grands transporteurs se font concurrence entre eux quant au prix. Tous deux répliquent également aux incursions des autres transporteurs qui offrent des solutions axées sur un prix plus bas et chacune de leurs réactions touche l'autre. [Soulignement ajouté.]

La dernière question de fait qui se pose est de savoir si, une fois la gestion interne de Canadian transférée de Gemini à Sabre, Gemini ferait faillite et si, qu'il en soit ainsi ou non, Sabre aurait une position dominante, diminuant ainsi la libre concurrence sur les marchés de SIR. À ce sujet, le Tribunal a tiré la conclusion suivante:

#### G. Conclusion

Gemini n'échouera vraisemblablement pas sur le plan financier dans un avenir prévisible, même si Canadian transfère son système interne de réservation à Sabre. Les conséquences à long terme de ce transfert pour Gemini dépendent avant tout de la diminution de sa part de marché qui sera ainsi occasionnée. Les autres conséquences pour Gemini sont des conséquences à court terme (frais de compression et engagements prévus dans des baux jusqu'en 1995) ou des conséquences trop incertaines (perte d'économies de diversification) pour que l'on puisse tirer quelque conclusion que ce soit. Pour les raisons que nous avons déjà expliquées à fond, les prévisions des experts des défenderesses quant à la diminution de la part de marché des SIR qui découle de la prédisposition ne sont pas dignes de foi. Même s'il est possible que les agences dont le volume des ventes conclues avec Canadian est élevé passent à Sabre, le fait que le système ApG soit comparable à celui de Sabre en ce qui a trait à la fonctionnalité signifie que les gains antérieurs de Sabre devraient diminuer au fur et à mesure que les agents dont le volume des affaires conclues avec Air Canada est élevé reviendront à Gemini. Si Sabre et Gemini sont comparables à d'autres égards, la prédisposition favorisera Gemini et non Sabre, étant donné que la ligne aérienne associée à Gemini (Air Canada) bénéficie d'une part plus importante de la plupart des marchés du transport aérien intérieur que la ligne aérienne associée à Sabre (Canadian). Il n'y a pas de bonne raison commerciale qui empêcherait deux réseaux de SIR puissants de coexister au Canada pour le cas où Canadian passerait son système interne de réservation de Gemini à Sabre. Même si Gemini ne réussit pas à surmonter ces problèmes et à devenir un concurrent entièrement efficace, les conditions du marché devraient inciter Air Canada ou Covia, individuellement ou ensemble, à créer une organisation qui prendra la relève de Gemini si celle-ci ne répond pas à leurs besoins.

Ce n'était que par son interprétation différente de la loi que la majorité des membres du Tribunal a pu tirer une conclusion explicitement différente sur les faits. Elle l'a reconnu elle-même:

As indicated below, we find that the Director has demonstrated that Canadian is likely to fail and that the most probable result of that failure will be either a merger with Air Canada or the accession by Air Canada to most of Canadian's market. It is true that the anti-merger application of 1988 would not have been brought in these precise terms under such circumstances because there the merger had to do with a combination by two major airlines of their CRS resources by means of the Gemini merger.

It seems to me that the key conclusion is the one the majority has just enunciated, viz., that under these new circumstances the same anti-merger application would not have been brought. Of course, the majority went on to add that "it cannot be said that the Consent Order would not have been made or would have been ineffective to achieve its intended purpose if it were made today essentially for the same purpose as was present in 1989." But this is now a hypothetical order that is being discussed, one concerned only with the use by airlines of their CRS's for anti-competitive purposes. It is only of this narrow hypothetical order that the majority comments are true.

#### IV

The cross-appeal by the respondents was brought against what I have referred to as the Tribunal's alternative factual conclusion, viz., its finding, in *obiter dicta* that its failure to vary the consent order would result in Canadian's demise, which in turn would result in a substantial lessening of competition in Canadian airline markets.

The Tribunal further concluded that, if it had jurisdiction under section 106 to vary the consent order, given the effects of Canadian's likely demise in Canadian airline markets, it would have granted the Director's request for an amendment to the hosting contract to allow Canadian to terminate the contract on certain terms, including a requirement that it compensate Gemini for certain costs incurred in connection with its dehosting from Gemini.

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

Il me semble que la conclusion cruciale est celle que la majorité a tirée ci-dessus, savoir que dans ces nouvelles circonstances, le même recours contre le fusionnement n'aurait pas été introduit. Certes, la majorité a ajouté qu'«on ne peut donc dire que l'ordonnance par consentement n'aurait pas été rendue ou qu'elle n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet si elle avait été rendue aujourd'hui essentiellement dans le même but que celui visé en 1989». Cette dernière conclusion porte cependant sur une ordonnance hypothétique, motivée uniquement par la préoccupation que les compagnies aériennes se servent de leur SIR pour faire échec à la concurrence. Ce n'est qu'à l'égard de cette ordonnance hypothétique étroitement circonscrite que les conclusions de la majorité sont fondées.

#### IV

L'appel incident formé par les intimées porte sur ce que j'ai qualifié de conclusion subsidiaire du Tribunal sur les faits, savoir sa conclusion sous forme d'observation incidente que faute de modification de l'ordonnance par consentement, Canadien ferait faillite, ce qui signifierait une diminution notable de la libre concurrence sur le marché du transport aérien au Canada.

Le Tribunal a conclu en outre que si, par application de l'article 106, il avait la compétence voulue pour modifier l'ordonnance par consentement, les répercussions d'une faillite éventuelle de Canadien sur le marché du transport aérien au Canada l'auraient poussé à faire droit à la demande introduite par le directeur pour modifier le contrat de gestion interne de façon à permettre à Canadien de résilier ce dernier sous certaines conditions, dont l'obligation pour elle d'indemniser Gemini de certains frais tenant à son retrait.

Although there could be a serious issue as to whether the respondents/cross-appellants can appeal against what is in effect the reasons of the Tribunal rather than its decision, I accept, for purposes of argument, without deciding the point, that they can do so. Nevertheless, after hearing the respondents/cross-appellants on the cross-appeal, the Court found it unnecessary to hear general submissions by the appellants/cross-respondents on the factual issues.

It was decided by a majority of the Supreme Court in the *Chrysler Canada* case, *supra*, at page 406 (*per* Gonthier J.) of this very Tribunal that "Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII CA, since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers." The deferential approach required of the courts in review of factual decisions by such bodies is well established. As La Forest J. put it for the majority of the Court in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at page 251, where a tribunal is acting within its "home territory," judicial review must be only to a standard of patent unreasonableness.

Of course, this is an appeal rather than a judicial review, for which the normal standard of appellate intervention is "palpable and overriding error": *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808. However, there is comparatively little difference in result when the appeal is a statutory one from a specialized administrative tribunal, as Gonthier J. pointed out in the *Bell Canada* case, *supra*, at pages 1745-1746 S.C.R.:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on

Bien qu'il puisse se poser la question sérieuse de savoir si les intimées (appellantes à l'incident) peuvent interjeter appel de ce qui est en fait les motifs et non pas le dispositif de la décision du Tribunal, j'accepte, aux fins d'argumentation et sans prononcer sur ce point, qu'elles en aient le droit. Il se trouve néanmoins qu'après les avoir entendues au sujet de l'appel incident, la Cour a jugé inutile d'entendre les conclusions générales des appelants (intimés à l'incident) sur les faits.

Dans l'arrêt *Chrysler Canada, supra*, à la page 406 (motifs prononcés par le juge Gonthier), la Cour suprême a, au sujet du Tribunal, conclu par décision majoritaire que «le législateur a créé le Tribunal comme organisme spécialisé chargé de traiter uniquement et exclusivement de la partie VIII de la LC, puisqu'elle vise des questions complexes de droit en matière de concurrence comme les abus de position dominante et les fusions». Le principe de la retenue judiciaire vis-à-vis des conclusions sur les faits des organismes de ce genre est établi de longue date. Ainsi que l'a conclu le juge La Forest au nom de la majorité de la Cour dans *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la page 251, la décision rendue par un tribunal administratif dans les limites de son «domaine d'expertise» ne se prête à contrôle judiciaire que si elle est entachée d'erreur manifestement déraisonnable.

Il est vrai que la Cour est saisie en l'espèce, non pas d'un recours en contrôle judiciaire, mais d'un appel, à l'égard duquel la norme d'intervention est «l'erreur manifeste et dominante» (Voir *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808. Cependant, le résultat n'est guère différent lorsque l'appel est formé en application de la loi contre la décision d'un tribunal administratif spécialisé, ainsi que l'a fait remarquer le juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada, supra*, aux pages 1745 et 1746 R.C.S.:

Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal

issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

[I]t does not follow that its decisions can only be reviewed if they are unreasonable. However the principle of specialization of duties justifies curial deference in such circumstances.

On such a standard of curial deference, it appeared clear to us that the Tribunal did not ignore any evidence, and made all its findings after weighing the evidence before it and assessing the credibility of the witnesses. The fact that its conclusions were not the only possible ones that could be drawn from the evidence, even if true, is not sufficient to impeach the Tribunal's findings.

However, we did request full argument on the issue raised by Air Canada as to the Tribunal's reliance on certain statistics referred to as the Air Canada Statistics and the Statistics Canada information. The part of the reasons for decision objected to was as follows, and most particularly footnotes 55 and 57:

Out of the top 205 city-pairs in 1990, Canadian and Air Canada and their affiliates accounted for at least 95 per cent of passengers travelling on scheduled carriers in all but 16 markets. The overall share for the two systems was 96 per cent.<sup>55</sup> At that time three independent carriers were participating in southern scheduled services (Intair, City Express, First Air); none are present today.

The charter carriers are present on a number of long-haul, high-density city-pairs. For the top 20 city-pairs, charter carriers accounted for more than one per cent of the passengers<sup>56</sup> on only eight city-pairs in 1990 and 11 city-pairs in 1991, with their shares ranging from 2.4 per cent to 20.5 per cent in 1990 and from 1.6 per cent to 19.5 per cent in 1991. Their largest shares were on the Toronto-Vancouver, Calgary-Toronto, Montreal-Vancouver and, in 1991, Edmonton-Toronto routes. Throughout the country charter carriers were responsible for 3.7 per cent of domestic traffic in 1991.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Exhibit A-1-31. In final argument, counsel for Air Canada objected to the use of the statistics contained in this exhibit as evidence of market share. The statistics were compiled for Air Canada's internal use. In the circumstances, we see no reason

d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

[II] ne s'ensuit pas que ses décisions peuvent être révisées uniquement si elles sont déraisonnables. Le principe de la spécialisation des fonctions justifie cependant la retenue judiciaire dans ces circonstances.

À la lumière de cette norme de retenue judiciaire, il appert que le Tribunal n'a ignoré aucun témoignage ou preuve, qu'il a tiré toutes ses conclusions après avoir examiné tous les témoignages et preuves produits et après s'être assuré de la crédibilité des témoins. À supposer que ses conclusions ne fussent pas les seules qu'on eût pu tirer des preuves et témoignages produits, cela ne suffit pas pour justifier de les infirmer.

Il se trouve cependant que la Cour a demandé aux parties de présenter leurs arguments sur le point soulevé par Air Canada, savoir que le Tribunal s'est fondé sur certaines statistiques appelées statistiques d'Air Canada et les données de Statistique Canada. Les passages entrepris des motifs de décision sont les suivants, en particulier les notes de bas de page 55 et 57:

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

Les frêteurs assurent un certain nombre de liaisons long-courrier à fort achalandage. Dans le cas des 20 liaisons les plus importantes, les frêteurs ont transporté plus de 1 % des passagers<sup>56</sup> pour huit liaisons seulement en 1990 et onze liaisons en 1991; leurs parts du marché ont oscillé entre 2,4 % et 20,5 % en 1990 et entre 1,6 % et 19,5 % en 1991. Les marchés dans lesquels leurs parts étaient les plus importantes étaient les liaisons Toronto-Vancouver, Calgary-Toronto, Montréal-Vancouver et, en 1991, Edmonton-Toronto. Dans tout le pays, les frêteurs ont assuré 3,7 % du transport aérien intérieur en 1991<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Pièce A-I-31. Au cours de l'argumentation finale, l'avocat d'Air Canada s'est opposé à l'utilisation des statistiques contenues dans ce document comme preuve de la part du marché. Les statistiques ont été compilées pour l'usage interne d'Air

to doubt their accuracy or reliability and, in any event, we would be inclined to admit them under section 69 of the Act.

<sup>56</sup> The passengers referred to are those whose origin and destination are the city-pairs in question. Connecting passengers, who on average are about 25 per cent of the total passengers carried, are excluded. Virtually all connecting passengers are on scheduled carriers.

<sup>57</sup> Exhibit A-1-42. This information is taken from a Statistics Canada report, the admissibility of which was challenged by counsel for Air Canada. We are persuaded that the report is admissible under subsection 70(1) of the Act. In this case, the Director was not required to file a certificate pursuant to subsection 70(4) to prove the authenticity of the report since authenticity was admitted by Air Canada. Notice was properly given under section 72.

Despite Air Canada's objection that these two sets of statistics were not proven, I am rather inclined to the contrary view. The Air Canada statistics were taken from Air Canada documents provided by Air Canada to the Director, and then produced by the Director on discovery. Their authenticity was admitted by Air Canada, and it seems to me that they are admissible against it as an admission against interest.

The Statistics Canada information was from Statistics Canada documents, the authenticity of which was admitted. I do not interpret subsection 70(4) [as *am. idem*, s. 41] of the Act, which provides that "a certificate purporting to be signed by the Chief Statistician of Canada . . . is evidence of the facts alleged therein without proof of the signature or official character of the person by whom it purports to be signed", as requiring that any evidence from that source be accompanied by a certificate. Rather, I view that provision as a way of avoiding the attendance of the Chief Statistician in any special circumstances in which it might otherwise be required. Subsection 70(1) provides that any statistical record "prepared or published under the authority of . . . the *Statistics Act*" is admissible in evidence in any proceedings before the Tribunal. In my opinion for any information printed in an official Statistics Canada publication that should be sufficient authorization. The *Competition Tribunal Act*, after all, provides in subsection 9(2) that "[a]ll proceedings before the Tribunal shall

Canada. Dans les circonstances, nous ne voyons aucune raison de douter de leur exactitude ou de leur fiabilité et, à tout événement, nous serions enclins à les admettre en vertu de l'article 69 de la Loi.

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

<sup>b</sup>

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

<sup>d</sup> Malgré l'objection d'Air Canada, savoir que ces deux ensembles de statistiques n'étaient pas prouvés, je suis plutôt enclin à penser le contraire. Les statistiques d'Air Canada ont été tirées de documents soumis par la compagnie au directeur, lequel les a produits à son tour lors de la communication des pièces. Elle en a reconnu l'authenticité, et il me semble qu'elles sont admissibles à ses dépens à titre d'aveu préjudiciable à son propre auteur.

<sup>e</sup> <sup>f</sup> Les données de Statistique Canada sont tirées de documents de cet organisme, et l'authenticité en a été reconnue. Je n'interprète pas le paragraphe 70(4) [mod., *idem*, art. 41] de la Loi, aux termes duquel «un certificat censé signé par le statisticien en chef du Canada . . . fait foi de son contenu sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire», comme prescrivant que toute preuve provenant de cette source soit accompagnée d'un certificat. Au contraire, je pense que cette disposition assure le moyen d'éviter la comparution du statisticien en chef dans tous les cas spéciaux où sa présence pourrait être nécessaire. Le paragraphe 70(1) prévoit que tout document contenant des renseignements statistiques «préparés ou publiés en vertu . . . de la *Loi sur la statistique*» est admissible en preuve dans toute procédure dont est saisi le Tribunal. À mon avis, cette disposition s'applique à toute donnée figurant dans une publication officielle de Statistique Canada. Après tout, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* prévoit,

be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.”

In any event, there is in my opinion ample other evidence that Air Canada and Canadian are the dominant carriers in Canada, and that the failure of Canadian would result in a substantial lessening of competition. This additional evidence includes: (1) expert affidavit evidence that in 1991, including their affiliates, Air Canada had 55% and Canadian 39% of the scheduled domestic market (Appeal Book, XLV, at page 11274); (2) expert evidence that overall domestic capacity in Canada is divided 52% to 43% between Air Canada and Canadian (Transcript of the Proceedings, XVI, at page 3076); (3) the evidence of Air Canada’s Chairman Emeritus that if Canadian failed, Air Canada would be rid of the “big competition” (*ibid.*, at page 3076); (4) expert evidence that if Canadian failed, there would be a substantial lessening of competition in domestic airline markets in the absence of new entrants (*ibid.*, at page 2966) and that in the case of Canadian’s failure, Air Canada would be left as the dominant carrier on all domestic routes in Canada (*ibid.*, at page 2976). Although most of this evidence is national rather than route-specific, particularly in the light of the last-mentioned witness’ testimony there was a factual basis for the Tribunal’s applying the same statistics to all of the major inter-city routes.

I can conclude only that the Tribunal’s conclusions were not based on wrongly admitted evidence and that in addition they were amply supported by evidence that is uncontroverted as to its admissibility.

We also requested the parties to develop to the full their positions on the Tribunal’s remedial powers. Much of the argument in this respect focussed on whether the Tribunal is to be limited under section 106 to what were referred to by the Director as the “sledgehammer remedies” available under section 92,

en son paragraphe 9(2), que «[d]ans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent, il appartient au Tribunal d’agir sans formalisme, en procédure expéditive».

a

Quoi qu’il en soit, il y a, à mon avis, abondamment d’autres preuves qui démontrent que Air Canada et Canadien sont les transporteurs dominants au Canada, et que la faillite de Canadien signifierait une diminution notable de la concurrence. Parmi ces autres preuves, on peut citer: (1) le témoignage par affidavit d’expert qu’en 1991, si on compte aussi leurs affiliés, Air Canada accaparait 55 p. 100, et Canadien 39 p. 100, du marché intérieur des vols réguliers (dossier d’appel, XLV, à la page 11274); (2) le témoignage d’expert que la part de la capacité intérieure globale au Canada est de 52 p. 100 et de 43 p. 100 respectivement pour Air Canada et Canadien (Transcription des débats, XVI, à la page 3076); (3) le témoignage du président honoraire d’Air Canada selon lequel si Canadien fait faillite, Air Canada serait débarrassée d’un [TRADUCTION] «grand concurrent» (*ibid.*, à la page 3076); (4) le témoignage d’expert qu’une faillite de Canadien signifierait une diminution notable de la concurrence sur le marché intérieur du transport aérien si d’autres compagnies ne viennent pas prendre la relève (*ibid.*, à la page 2966) et qu’en ce cas, Air Canada serait le transporteur dominant sur toutes les lignes intérieures du Canada (*ibid.*, à la page 2976). Bien que ces témoignages portent pour la plus grande partie sur la situation d’ensemble du pays et non sur des lignes spécifiques, les faits rapportés, en particulier à la lumière du dernier témoignage cité, constituent la base sur laquelle le Tribunal peut s’appuyer pour appliquer les mêmes statistiques à toutes les grandes liaisons intérieures.

b

Force m’est de conclure que le Tribunal n’a pas fondé ses conclusions sur des preuves admises à tort, et que ces conclusions sont amplement justifiées par des preuves dont l’admissibilité est incontestée.

c

Nous avons aussi demandé aux parties de débattre pleinement les pouvoirs de redressement du Tribunal. L’argumentation a porté surtout sur la question de savoir si, dans le cadre de l’article 106, le Tribunal est confiné à ce que le directeur appelle les [TRADUCTION] «mesures de réparation au marteau-pilon» pré-

d

e

f

g

h

i

j

or whether its power to “vary” an order under section 106 should be given its normal extension. I have already ruled on that aspect of the remedies question.

As to its jurisdiction to make compensatory awards, the Tribunal said:

There is no jurisprudence to guide the Tribunal on the nature and scope of our power, in varying orders, to impose terms that modify contractual obligations. We start with the premise that our role is to protect the public interest in competition, and not to provide contractual remedies for private parties—a matter clearly left to the courts. It seems consistent with Parliament’s grant of authority to the Tribunal to interfere in a proper case with contracts that have an anti-competitive effect, that we may thereby render such contracts unenforceable. It is also reasonable to assume that Parliament did not intend the Tribunal to provide for compensation when acting in the public interest it deliberately ruptures private contracts. Therefore, we do not believe we would have authority to award compensation for the loss by Gemini or others of future benefits that would have arisen under the hosting contract had it not been terminated under authority of a Tribunal order. Whether private law contractual remedies might nevertheless be available in the superior courts of the provinces is not for us to determine.

We would think it reasonable, however, that in pursuit of the public interest the Tribunal can, in allowing a private party unilaterally and to its own commercial advantage to terminate its contract, impose conditions which will both facilitate that termination and make it less harmful to the other parties. Taking this approach we would regard it within our implicit powers, and to represent a fair balance between public and private interests, to order that Canadian, if allowed to terminate the hosting contract, be obliged to pay certain of Gemini’s costs arising from the termination and dehosting. Those costs are described below. At the same time, Gemini would be required to take the necessary steps to enable Canadian to achieve dehosting.

I wholly agree that the Tribunal’s viewpoint should be that of the public interest and not that of the private parties involved. In fact, I believe the Tribunal majority erred earlier in the reasons when it failed adequately to distinguish the public perspective of the Director from that of a private party, when it wrote:

vues à l’article 92, ou s’il faut donner son extension normale au pouvoir de «modifier» qu’il tient de l’article 106. J’ai déjà prononcé sur cette facette de la question des mesures de réparation.

<sup>a</sup> En ce qui concerne sa compétence pour ordonner un dédommagement, le Tribunal est parvenu à la conclusion suivante:

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

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

<sup>i</sup> Je conviens entièrement que le Tribunal devrait envisager l’affaire du point de vue de l’intérêt général, et non de l’intérêt des parties privées en cause. En fait, je pense que par le passage antérieur des motifs de sa décision majoritaire, le Tribunal a commis une erreur fautive d’avoir distingué convenablement le point de vue public du directeur et celui d’une partie privée:

At the core of this issue is the extent of the right that should be accorded to any party to a consent order, including the Director, to resile from a settlement of litigation because that settlement has turned out, for reasons unforeseen at the time, to be less advantageous than expected to the interests of a party of the public. In short, how much risk should parties to a settlement by consent order be expected to bear? In 1989 the parties here agreed to, and the Tribunal approved, an arrangement which implicitly permitted, but did not require, the continuation of the Gemini partnership until at least 1997 and the continuation of the hosting of both airlines in Gemini until 1999. At about the time of the issuance of the Consent Order, and one must assume in reliance on the terms of that order, the two airlines voluntarily entered into a new hosting contract which again involved a commitment to hosting in Gemini until at least 1999. These commitments involved business risks which the commercial parties assumed without any reference to the Tribunal. To what extent should the Tribunal now be at liberty, against the will of other parties to these contracts, to rescue the Director from his own assessment of the risks to the public interest, or Canadian from its assessment of its business risks?

The first-cited passage is a healthy corrective to the immediately above view.

Air Canada agreed with the Tribunal's lack of jurisdiction to make compensatory awards, but found that the relief the Tribunal would provide by ordering Canadian to pay certain of Gemini's costs arising from the termination and dehosting to be inconsistent with that premise as a partial compensatory award.

In my view, the Tribunal was correct in ruling that it could not make compensatory awards as such. However, the terms it would have established with respect to the transition of Canadian's hosting from Gemini to Sabre would not be made as compensatory awards but in order to achieve the object of the variation. These terms were not all in the form of payments, but included setting the appropriate notice period, and requiring Gemini to cooperate in the transition (at Canadian's expense), as well as requiring Canadian to pay Gemini's actual costs of downsizing and actual unsheddable costs attributable to the hosting of Canadian. These terms were to my mind within the Tribunal's mandate, and in accordance with what the Tribunal itself had assumed in *Canada*

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

Le passage cité un peu plus haut est le rectificatif indiqué pour l'opinion ci-dessus.

Air Canada convient que le Tribunal n'a pas compétence pour ordonner le dédommagement, et estime que le redressement qu'il accorderait en ordonnant à Canadian d'assumer certains frais subis par Gemini par suite de la résiliation du contrat et du transfert du service de gestion interne ailleurs serait un dédommagement partiel, ce qui serait contraire à ce principe.

À mon avis, le Tribunal a correctement conclu qu'il ne pourrait accorder un dédommagement proprement dit. Cependant, les conditions qu'il aurait imposées au transfert du service de gestion interne de Canadian de Gemini à Sabre ne constitueraient pas un dédommagement, mais viseraient à réaliser l'objet de la modification. Ces conditions ne revêtaient pas toutes la forme de paiements mais comprenaient aussi la fixation du délai de préavis, l'obligation faite à Gemini de coopérer au transfert (aux frais de Canadian), de même que l'obligation faite à Canadian de rembourser à Gemini les frais effectivement subis pour la compression ainsi que les frais irrédutibles tenant au service de gestion interne de Canadian. Ces conditions relevaient bien à mon avis de la compé-



(*Director of Investigation and Research, Competition Act*) v. *Palm Dairies Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Comp. Trib.), as interpreted by Reed J. in her reasons for the consent order, *supra*.

Compensation as such, however, is not within the Tribunal's jurisdiction, and so it does not have the authority to impose the additional terms proposed by IBM Canada Ltd. (IBM) as such, although to the extent that the leases and financial payments for which Gemini is contractually obligated to pay IBM could turn out to be unsheddable costs no longer necessary to Gemini after the dehosting of Canadian, they might be indirectly covered.

#### V

The appeal should therefore be allowed with costs and the order of the Competition Tribunal dated April 22, 1993, varied pursuant to the powers vested in this Court by subparagraph 52(c)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to give the decision that should have been given by the Tribunal. The hosting contract should be varied so as to allow Canadian to dehost from Gemini on the following terms and conditions: (1) that Canadian be required to give at least twelve months' notice of termination to Gemini; (2) that Canadian be required to reimburse Gemini for any costs incurred by Gemini in the dehosting process and any cash costs incurred by Gemini in meeting, and terminating as soon as reasonably possible, expenditures no longer necessary after the shift in the hosting of Canadian to Sabre; (3) that Gemini be required to cooperate in the transfer of Canadian's hosting to Sabre; (4) that in the event of disagreement as to the amounts to be paid by Canadian, any party may apply to the Tribunal for a determination of the amount. The cross-appeal should be dismissed, with no additional costs.

tence du Tribunal, elles étaient conformes à ce que le Tribunal lui-même avait présumé dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches: Loi sur la concurrence)* c. *Palm Dairies* (1986), 12 C.P.R. (3d) 540 (Trib. conc.), ainsi que l'a interprété Madame le juge Reed dans les motifs de l'ordonnance par consentement, *supra*.

Le Tribunal n'a cependant pas compétence pour ordonner un dédommagement proprement dit, il n'a donc pas compétence pour imposer les conditions supplémentaires mêmes qu'a proposées IBM Canada Ltd. (IBM), bien que dans la mesure où les droits de concession et redevances que Gemini est tenue par contrat de payer à IBM pourraient être des frais irréductibles et inutiles pour Gemini, il soit possible d'y pourvoir indirectement.

#### V

Je me prononce pour l'accueil de l'appel et pour la modification de l'ordonnance en date du 22 avril 1993 du Tribunal de la concurrence, conformément au pouvoir que la Cour tient du sous alinéa 52c)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] pour rendre la décision que le Tribunal aurait dû rendre. Il faut modifier le contrat de gestion interne de façon à permettre à Canadien de retirer son service de gestion interne de Gemini aux conditions suivantes: (1) Canadien doit donner à Gemini un préavis de résiliation d'au moins douze mois; (2) Canadien doit rembourser à Gemini tous les frais occasionnés par l'opération de retrait ainsi que les frais que Gemini aurait à assumer pour couvrir les dépenses qui ne seraient plus nécessaires après le transfert du service de gestion interne de Canadien à Sabre, lesquelles dépenses devraient cesser le plus tôt possible; (3) Gemini doit coopérer au transfert du service de gestion interne de Canadien à Sabre; (4) en cas de désaccord sur les sommes à payer par Canadien, n'importe quelle partie pourra demander au Tribunal de les fixer. Je me prononce enfin pour le rejet de l'appel incident, sans frais supplémentaires.