

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20230124

Dossier : A-286-22

Référence : 2023 CAF 16

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE STRATAS
LE JUGE BOIVIN
LE JUGE LOCKE**

ENTRE :

COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE

appellant

et

**ROGERS COMMUNICATIONS INC., SHAW COMMUNICATIONS
INC. et VIDÉOTRON LTÉE**

intimées

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 24 janvier 2023.
Jugement prononcé à l'audience à Ottawa (Ontario), le 24 janvier 2023.

MOTIFS DU JUGEMENT DE LA COUR :

LE JUGE STRATAS

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20230124

Dossier : A-286-22

Référence : 2023 CAF 16

**CORAM : LE JUGE STRATAS
LE JUGE BOIVIN
LE JUGE LOCKE**

ENTRE :

COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE

appellant

et

**ROGERS COMMUNICATIONS INC., SHAW COMMUNICATIONS
INC. et VIDÉOTRON LTÉE**

intimées

MOTIFS DU JUGEMENT DE LA COUR

(Prononcés à l'audience à Ottawa (Ontario), le 24 janvier 2023).

LE JUGE STRATAS

[1] Le commissaire de la concurrence interjette appel à notre Cour de l'ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence le 31 décembre 2022 : 2023 Trib conc 1. La possibilité d'interjeter appel est prévue à l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.).

A. Genèse de l'instance

[2] Dans un premier temps, le commissaire de la concurrence a sollicité auprès du Tribunal de la concurrence une ordonnance visant à interdire le fusionnement des intimées Rogers Communications Inc. et Shaw Communications Inc. Par la suite, le dessaisissement de Freedom Mobile Inc., une filiale de Shaw, en faveur de Vidéotron Ltée a été envisagé dans le cadre de l'opération.

[3] Pour rendre l'ordonnance, le Tribunal doit conclure que l'opération dans son ensemble empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet: *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985) ch. 34, art. 92).

[4] Le Tribunal n'est pas arrivé à une telle conclusion, comme le démontrent les 413 paragraphes de texte dense, dont plusieurs sont très détaillés, qu'il a écrits à ce sujet. Il a tenu compte de la preuve plus de 40 témoins, dont des experts, ainsi que de milliers de pages de preuve documentaire technique. À titre d'organe décisionnel expert, il a préféré le témoignage de presque tous les experts des intimées à celui des experts du commissaire. Certes, le Tribunal de la concurrence a traité certains points de droit, dont des questions relativement non litigieuses, mais il était surtout saisi de questions de faits.

B. Appels interjetés au titre de l'article 13 et norme de contrôle

[5] Dans l'instruction de l'appel, la Cour procède à l'égard de l'ordonnance du Tribunal de la concurrence « tout comme s'il s'agissait d'[un] jugement[. . .] de la Cour fédérale » : *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, par. 13(1).

[6] Ainsi, il nous est loisible d'infirmar la décision du Tribunal de la concurrence s'il a commis une erreur susceptible d'avoir joué sur l'issue, selon le cas :

- sur un point de droit, y compris un point qui domine la réponse à une question mixte de fait et de droit;
- sur une question mixte de fait et de droit où les faits prédominent.

[7] Quant au premier point — les points de droit —, nous ne déférons pas à l'avis du Tribunal de la concurrence. Ainsi, si la conclusion est erronée, nous pouvons l'annuler. En revanche, à l'égard des questions mixtes de fait et de droit où les faits prédominent, nous déférons à l'avis du Tribunal, et ce considérablement. Pour infirmer une conclusion sur une question mixte de fait et de droit où les faits prédominent, la Cour doit trouver une erreur manifeste et dominante ou une « erreur évidente » « qui touche directement à l'issue de l'affaire ». Il s'agit d'un critère exigeant. « On ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. » On doit plutôt « faire tomber l'arbre tout entier » : voir *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, par. 46, repris par la Cour suprême

du Canada dans l'arrêt *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 37 et 38; voir également *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344.

[8] L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* ne prévoit pas de droit d'appel d'une question de fait pure dans le cas où, comme en l'espèce, aucune autorisation n'a été demandée.

[9] Par conséquent, dans le présent appel, le commissaire ne soulève que quelques questions de droit, certaines étant étroites et d'autres pouvant être combinées par souci de simplicité. Compte tenu de l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, de la norme de contrôle applicable et de la nature de la décision du Tribunal de la concurrence, le commissaire a bien fait de se montrer sélectif.

C. Analyses

[10] Dans l'ensemble, le Tribunal de la concurrence a tiré deux principales conclusions mixtes de fait et de droit où les faits prédominent :

- les opérations n'empêcheraient pas ni ne diminueraient sensiblement la concurrence ou n'auraient vraisemblablement pas cet effet (par. 5-6, 163, 180-183, 244, 246, 264, 295, 320, 329, 335, 339, 347-348, 351, 353, 365, 385-386, 390 et 403-404);

- les opérations à certains égards favorisent en fait la concurrence (par. 5-7, 240, 245, 268-269, 277, 350-351, 355, 389, 406 et 409).

À vrai dire, la dernière conclusion n'était pas essentielle à la décision du Tribunal. Or, elle est importante; elle indique que l'affaire, sur le plan de la concurrence, était loin de reposer sur des subtilités.

[11] Ces deux principales conclusions sont amplement étayées par la preuve, ont une importance cruciale pour l'issue de l'affaire et sont inébranlables en appel. Même si le Tribunal de la concurrence avait fait erreur sur les points de droit étroits soulevés par le commissaire devant nous, nous ne sommes pas convaincus que cette erreur aurait eu une incidence sur l'issue de l'affaire. Partant, il serait inutile de renvoyer l'affaire au Tribunal de la concurrence pour qu'il se prononce à nouveau : *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, et *Bruno v. Dacosta*, 2020 ONCA 602, 69 C.C.L.T. (4th) 171, par. 20 (un appel de la décision d'un tribunal judiciaire, à laquelle la présente affaire est assimilée aux termes de l'article 13); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 139 à 142 (un contrôle de la décision d'un tribunal administratif, comme en l'espèce).

[12] Ce qui précède suffit à la Cour pour rejeter l'appel du commissaire. Toutefois, par souci d'exhaustivité, nous examinons les points de droit que soulève le commissaire, qui sont infondés.

[13] En premier lieu, le commissaire affirme qu'en droit, le Tribunal de la concurrence était limité à l'examen du scénario initial, à savoir le fusionnement de Rogers et Shaw, intimées en

l'espèce. Il ne devait pas examiner le fusionnement assorti d'un autre élément proposé après le début de l'instance devant le Tribunal, soit le dessaisissement de Freedom Mobile Inc. en faveur de Vidéotron. Selon le commissaire, la distinction importe : il incomberait alors aux intimées de démontrer que le dessaisissement n'aurait pas pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, dès lors qu'une telle diminution a été établie par le commissaire.

[14] Nous ne partageons pas l'avis du commissaire. Le fardeau de preuve importe seulement si la preuve est lacunaire à l'égard d'un élément important ou dans les cas où les plateaux de la balance sont pour ainsi dire à égalité et qu'un poids doit y être jeté. Ce n'est pas le cas en l'espèce. En fait, à la lumière du dossier de preuve dont il est saisi, le Tribunal de la concurrence (au par. 124) conclut que l'issue serait inchangée même s'il acceptait la thèse du commissaire sur le fardeau de la preuve.

[15] Le commissaire affirme que cette conclusion n'est pas étayée par un raisonnement. Nous ne partageons pas cet avis. Le Tribunal a tiré de nombreuses constatations de fait, claires et solides, en faveur de la thèse des intimées. Il s'agit là du fondement de son raisonnement. Nous n'avons pas à le deviner : *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869 (un appel de la décision d'un tribunal judiciaire, à laquelle la présente affaire est assimilée aux termes de l'article 13); *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 157; (un contrôle de la décision d'un tribunal administratif, comme en l'espèce).

[16] Le fardeau de la preuve importe aussi dans les cas où en faire fi – ou faire fi des circonstances – risque d'entraîner un manquement à l'équité procédurale à l'égard d'une partie.

Cependant, en l'espèce, le commissaire était au courant du dessaisissement en faveur de Vidéotron et de l'avis possible du Tribunal de la concurrence sur la question du fardeau de la preuve assez tôt pour être en mesure d'ajuster le tir et de plaider pleinement sa cause. À l'audience, l'avocat du commissaire a admis à bon droit qu'une plainte fondée sur l'équité procédurale n'était pas justifiée.

[17] La question de savoir si le Tribunal de la concurrence peut connaître du véritable litige, à savoir le fusionnement et le dessaisissement — plutôt que le fusionnement seul —, est déterminée par le libellé de la *Loi sur la concurrence*. Pour la trancher, il faut analyser le texte, le contexte et l'objet des parties pertinentes de la Loi. Nous nous exécutons en toute neutralité, impassiblement et objectivement, comme le feraient des avocats ayant une charge judiciaire et non des politiciens ou des stratèges. Nous ne nous amusons pas à bricoler le sens véritable des mesures légales adoptées par nos représentants élus, par exemple en empreignant l'analyse des politiques qui nous conviennent ou de nos préférences personnelles de manière à en biaiser le résultat. Voir *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174, par. 41 à 50 et *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, mentionnant les arrêts applicables de la Cour suprême *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837, *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601. Voir également la jurisprudence récente de la Cour suprême qui en dit autant *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51 et *Michel c. Graydon*, 2020 CSC 24.

[18] En l'espèce, l'objet de la *Loi sur la concurrence* prédomine. La *Loi sur la concurrence* s'applique sur le plan de la vérité et de la réalité, et non sur celui de la fiction et de la fantaisie. Examiner le fusionnement seul — un fusionnement qui est subordonné au dessaisissement — constituerait une incursion dans la fiction et la fantaisie. Le Tribunal de la concurrence n'est pas limité pour toujours à l'opération soulevée par le commissaire au début de l'instance, il y a belle lurette : voir *CSX Transportation, Inc. c. ABB Inc.*, 2022 CAF 96, par. 12. En outre, comme le Tribunal n'était pas saisi de questions relatives à l'équité procédurale — et aucune question sérieuse à cet égard ne commandait son intervention —, une telle démarche nuirait à un autre objet de la Loi : l'efficacité. Une modification visant l'opération en cause nécessiterait la reprise de la procédure depuis le début, y compris l'étude par le Bureau et l'évaluation des opérations. Dans certains cas, retarder ainsi les choses, parfois longuement, risque de mener à l'abandon d'un projet somme toute favorable à la concurrence et qui est dans l'intérêt public. À cet égard et à l'égard de points connexes, nous souscrivons en grande partie aux motifs du Tribunal de la concurrence qui figurent aux paragraphes 107 à 124. Nous souscrivons également en grande partie au mémoire des faits et du droit de Rogers, aux paragraphes 62 à 80 et à celui de Shaw aux paragraphes 13 à 60.

[19] Nous soulignons la possibilité qu'un changement à l'opération en cause soit substantiel au point de nuire à l'équité de l'instance devant le Tribunal de la concurrence ou à la faculté de ce dernier d'évaluer les modifications en bonne et due forme. Or, ce n'est pas le cas. L'affaire en étant une où les faits prédominent et en l'absence d'erreur manifeste et dominante, le Tribunal (par. 124) était convaincu que l'issue n'aurait pas été différente s'il avait procédé comme le proposait le commissaire.

[20] Le commissaire soutient également que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur de droit, car il n'a pas appliqué l'arrêt de la Cour suprême *Canada c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, 1997 CanLII 385. Selon nous, l'arrêt *Southam* se distingue de la présente affaire pour les motifs exprimés par le Tribunal de la concurrence (par. 121 et 122). Dans cette affaire, contrairement à la présente espèce, le commissaire avait démontré que le fusionnement diminuait sensiblement la concurrence.

[21] Le commissaire ajoute que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur de droit en ne suivant pas certains arrêts américains. Outre le fait que cette jurisprudence est étrangère, soulignons qu'il est possible d'établir une distinction avec la présente affaire. Pour ce motif et d'autres qui justifient la distinction, nous souscrivons en grande partie aux paragraphes 56 à 60 du mémoire des faits et du droit de Shaw.

[22] Le commissaire soutient également que le Tribunal de la concurrence n'a pas tenu compte de manière [TRADUCTION] « globale » des facteurs que sont l'importance, la durée et l'ampleur à la lumière de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*. Nous ne partageons pas son avis : voir les motifs du Tribunal, par. 8, 163, 218, 244, 365, 400 et 408 ainsi que les observations énoncées aux par. 89 à 94 du mémoire des faits et du droit de Rogers. Dans sa plaidoirie, le commissaire semble nous inviter à apprécier de nouveau la preuve, ce qui n'est pas possible. Quoi qu'il en soit, il n'est pas satisfait à la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[23] Enfin, selon le commissaire, le Tribunal a examiné à tort les ententes d'accès au réseau et les engagements relatifs aux prix sans le consentement du commissaire, en contravention à la

division 92(1)f)(iii)(B) de la *Loi sur la concurrence*. Nous ne sommes pas d'accord. Le pouvoir que l'alinéa 92(1)f) confère au Tribunal n'intervenait pas, ce dernier n'ayant pas conclu à une diminution sensible de la concurrence. En l'espèce, nous souscrivons en grande partie aux observations énoncées aux paragraphes 97 à 101 du mémoire des faits et du droit de Rogers ainsi qu'aux observations figurant aux paragraphes 21 à 46 du mémoire des faits et du droit de Vidéotron.

D. La requête

[24] Peu de temps avant la tenue de l'audience dans l'appel, le commissaire a présenté une requête en vue faire admettre de nouveaux éléments de preuve. Suivant ces derniers, une partie a présenté au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes une demande soulevant certains aspects relatifs à la concurrence du dessaisissement visant Freedom Mobile.

[25] Nous rejetons la requête. Le simple fait qu'une personne ait intenté une instance auprès d'un autre organe administratif il y a quelques jours, et ce des mois après la nouvelle du dessaisissement, ne change rien à notre mission : décider si le Tribunal de la concurrence a commis une erreur susceptible de révision en rendant l'ordonnance en cause. Il n'est pas satisfait au critère relatif à l'admission de nouveaux éléments de preuve énoncé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, 1980 CanLII 759.

E. Dispositif

[26] Pour les motifs qui précèdent, la Cour rejette la requête en présentation de nouveaux éléments de preuve et l'appel avec dépens.

[27] La poursuite, la défense et l'instruction du présent appel ont fait l'objet d'une procédure très accélérée. La Cour remercie les parties de leurs efforts et de la grande qualité de leurs observations. Elle tient également à remercier sincèrement le personnel du greffe et de la Cour qui, aux prises avec des délais très difficiles, s'est distingué une fois de plus.

« David Stratas »

juge

Traduction certifiée conforme
Marie-Luc Simoneau, jurilinguiste

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-286-22

**APPEL D'UNE ORDONNANCE DU TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE DATÉE DU
31 DÉCEMBRE 2022, DOSSIER TC-2022-002**

INTITULÉ : COMMISSAIRE DE LA
CONCURRENCE c. ROGERS
COMMUNICATIONS INC.,
SHAW COMMUNICATIONS
INC. ET VIDÉOTRON LTÉE

LIEU DE L'AUDIENCE : OTTAWA (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 24 JANVIER 2023

MOTIFS DU JUGEMENT DE LA COUR : LE JUGE STRATAS
LE JUGE BOIVIN
LE JUGE LOCKE

MOTIFS PRONONCÉS À L'AUDIENCE : le juge STRATAS

COMPARUTIONS

Alexander Gay
Jonathan Hood
Irene Cybulsky
Michael Packer

POUR L'APPELANT, LE
COMMISSAIRE DE LA
CONCURRENCE

Jonathan C. Lisus
Crawford G. Smith
Matthew R. Law
John Carlo Mastrangelo

POUR L'INTIMÉE, ROGERS
COMMUNICATIONS INC.

Kent E. Thomson
Derek D. Ricci
Steven G. Frankel
Chanakya A. Sethi

POUR L'INTIMÉE, SHAW
COMMUNICATIONS INC.

John F. Rook, K.C.
Emrys Davis
Alysha Pannu

POUR L'INTIMÉE,
VIDÉOTRON LTÉE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Services juridiques du Bureau de la concurrence
Gatineau (Québec)

POUR L'APPELANT,
COMMISSAIRE DE LA
CONCURRENCE

Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE, ROGERS
COMMUNICATIONS INC.

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE, SHAW
COMMUNICATIONS INC.

Bennett Jones LLP
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉE,
VIDÉOTRON LTÉE