

ANNEXE 3

Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., RIM Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., and Elty Publications Ltd. *Appellants*

v.

Director of Investigation and Research *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. SOUTHAM INC.

File No.: 24915.

Hearing and judgment as to appeal on the remedy: November 25, 1996.

Reasons and judgment as to appeal on the merits: March 20, 1997.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Statutory appeals — Tribunal composed of economic, commercial and legal experts — Tribunal's decision not protected by privative clause — Standard of appellate review — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

Competition law — Remedy — Tribunal investigating substantial lessening of competition — Tribunal ordering divestment of one business at owner's option — Whether remedial order should be set aside — Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92(1) — Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), ss. 12, 13.

Vancouver's two daily newspapers (owned by Southam Inc.) were less successful, when compared with daily newspapers in other regions of Canada, relative to the many smaller community newspapers circulating in their distribution area. The community newspapers differed from the dailies in that they served a smaller area, were distributed free of charge, and were

Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., RIM Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., et Elty Publications Ltd. *Appelantes*

c.

Directeur des enquêtes et recherches *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) c. SOUTHAM INC.

Nº du greffe: 24915

Audition et jugement quant au pourvoi sur le redressement: le 25 novembre 1996.

Motifs et jugement quant au pourvoi sur le fond: le 20 mars 1997.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Tribunal composé de spécialistes en économie, en commerce et en droit — La décision du Tribunal n'est pas protégée par une clause privative — Norme de contrôle applicable à l'appel — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

Droit de la concurrence — Mesure de redressement — Le Tribunal s'est demandé s'il y avait diminution sensible de la concurrence — Il a ordonné le dessaisissement d'une entreprise, au choix du propriétaire — Convient-il d'annuler la mesure de redressement ordonnée? — Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 92(1) — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 12, 13.

Les deux quotidiens de Vancouver (propriété de Southam Inc.) connaissaient moins de succès — par comparaison avec les quotidiens publiés dans d'autres régions du Canada — que les nombreux journaux communautaires de plus petite taille circulant dans leur zone de distribution. Les journaux communautaires diffèrent des quotidiens du fait qu'ils desservent des régions plus res-

printed from one to three times a week. In 1989, Southam Inc. began to acquire community and specialized newspapers in the area, and one year later had obtained a controlling interest in 13 community newspapers (including the two strongest ones, the *North Shore News* and the *Vancouver Courier*), a real estate advertising publication, three distribution services and two printing concerns. Southam Inc. also established a local supplement to one of its dailies but eventually discontinued it.

The respondent applied for an order requiring Southam to divest itself of the *North Shore News*, the *Vancouver Courier*, and the *Real Estate Weekly*, alleging that the concentration of these properties in the hands of one publisher was likely to lessen competition substantially in the retail print advertising and real estate print advertising markets in the Lower Mainland. The Competition Tribunal found a substantial lessening in competition in the real estate print advertising market in the North Shore. It ordered Southam to divest itself, at its option, of either the *North Shore News* or the *Real Estate Weekly*. It rejected Southam's proposal that it sell the real estate section of the *North Shore News*. The Director of Investigation and Research appealed the Tribunal's decision on the merits and Southam appealed the Tribunal's decision on the remedy. The Federal Court of Appeal allowed the first appeal and dismissed the second.

This appeal raises two issues. The first is whether the Federal Court of Appeal erred in concluding that it owed no deference to the Tribunal's finding about the dimensions of the relevant market and in subsequently substituting for that finding one of its own. The second is whether the Federal Court of Appeal erred in refusing to set aside the Tribunal's remedial order.

Held: The appeal on the merits should be allowed; the appeal on the remedy should be dismissed.

Merits

The standard of review is a function of many factors and may fall between correctness, at the more exacting end of the spectrum, and patently unreasonable, at the more deferential end. In the absence of a privative clause, the reviewing court may review decisions taken

treintes, qu'ils sont distribués gratuitement et qu'ils ne paraissent qu'une à trois fois par semaine. En 1989, Southam Inc. a commencé à acquérir des journaux communautaires et des journaux spécialisés dans la région, et un an plus tard, elle avait acquis une participation majoritaire dans 13 journaux communautaires (dont les deux plus vigoureux, le *North Shore News* et le *Vancouver Courier*), une publication spécialisée dans la publicité immobilière, trois entreprises de distribution et deux imprimeries. Elle a aussi commencé à insérer un supplément local dans un de ses quotidiens, mais elle a fini par cesser de publier ce supplément.

L'intimé a demandé une ordonnance enjoignant à Southam de se départir du *North Shore News*, du *Vancouver Courier* et du *Real Estate Weekly*, soutenant que la concentration de ces entreprises entre les mains d'un seul éditeur de journaux aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de la publicité imprimée dans les secteurs de l'immobilier et de la vente au détail dans le Lower Mainland. Le Tribunal de la concurrence a conclu à l'existence d'une diminution sensible de la concurrence sur le marché de la publicité immobilière imprimée dans le North Shore. Il a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly* et il a rejeté la mesure de redressement proposée par Southam, savoir la vente de la section immobilière du *North Shore News*. Le directeur des enquêtes et recherches a interjeté appel de la décision du Tribunal quant au fond et Southam a fait de même à l'égard de celle concernant la mesure de redressement. La Cour d'appel fédérale a accueilli le premier appel et rejeté le second.

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle n'avait pas à faire montre de retenue à l'égard de la conclusion du Tribunal sur les dimensions du marché pertinent, et en substituant ensuite sa propre conclusion à celle du Tribunal. La deuxième question consiste à déterminer si la Cour d'appel a fait erreur en refusant d'annuler l'ordonnance du Tribunal concernant la mesure de redressement.

Arrêt: Le pourvoi quant au fond est accueilli; le pourvoi quant à la mesure de redressement est rejeté.

L'appel quant au fond

La norme de contrôle est fonction de divers facteurs, et elle peut se situer à un point donné entre celle de la décision correcte, soit la norme exigeant le moins de retenue, et celle du caractère manifestement déraisonnable, soit la norme en exigeant le plus. En l'absence de

by the Tribunal even within its own jurisdiction. Accordingly, the task for the reviewing court in a statutory appeal is more akin to appellate review than to judicial review. Nevertheless, the reviewing court must look to several factors to determine what limits it should observe in exercising its statutorily mandated appellate function. Among the factors to be considered are the nature of the problem before the tribunal, the applicable law properly interpreted in the light of its purpose and the area of the tribunal's expertise.

The problem before the Tribunal in this case was a problem of mixed law and fact. Questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests. The distinction between questions of law and questions of mixed law and fact will sometimes be difficult to make. In theoretical terms, the rule is that as the level of generality of the challenged proposition approaches complete particularity, the matter approaches unqualified application of law and draws away from the forging of new law, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact.

The Tribunal did not fail to consider relevant items of evidence and so did not err in law by failing to consider them. To suggest that it erred in law by failing to accord adequate weight to certain factors is inimical to the very notion of a balancing test, which is a kind of legal rule whose application should be subtle and flexible, but not mechanical. As a matter of law, the Tribunal should consider each factor, but the according of weight to the factors should be left, at least initially, to the Tribunal. The Tribunal forged no new legal principle and so any error it might have made can only have been one of mixed law and fact. This suggests that some measure of deference accordingly is owed to the Tribunal's decision. Appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the conclusions of the Tribunal on questions of mixed law and fact.

The absence of a privative clause counsels a less deferential posture for appellate courts than would be appropriate if a privative clause were present. The Tribunal, however, has been recognized as being especially well-suited to overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic. Because an

clause privative, les décisions du Tribunal peuvent être contrôlées même s'il n'a pas outrepassé sa compétence. Par conséquent, la tâche du tribunal judiciaire appelé à instruire un appel prévu par un texte de loi s'apparente plus à un appel qu'à un contrôle judiciaire. Il doit toutefois prendre en considération plusieurs facteurs pour déterminer quelles sont les limites qu'il doit observer dans l'exercice de la juridiction d'appel prévue par la loi. Parmi ces facteurs, on retrouve la nature du problème, les règles de droit applicables et interprétées adéquatement eu égard à leur objet, et l'expertise du tribunal administratif.

Le Tribunal était saisi d'une question de droit et de fait. Les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. La distinction entre les questions de droit et les questions de droit et de fait est parfois difficile à faire. Théoriquement, la règle veut que lorsque le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, l'affaire prenne le caractère d'une question d'application pure ne comportant pas la formulation de nouvelles règles de droit, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite.

Le Tribunal n'a pas omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents, il n'a donc pas commis d'erreur de droit à ce titre. Prétendre que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en n'accordant pas un poids suffisant à certains facteurs est incompatible avec la notion même de critère de pondération, critère qui est une sorte de règle de droit qui doit être appliquée non pas mécaniquement, mais de manière souple et subtile. En droit, le Tribunal doit tenir compte de chacun des facteurs; l'appréciation du poids des divers facteurs doit cependant être laissée au Tribunal, du moins au départ. Le Tribunal n'a forgé aucun nouveau principe de droit, de sorte que s'il a commis une erreur, ce ne peut être qu'une erreur de droit et de fait. Cela tend à indiquer qu'il y a lieu de faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard de la décision du Tribunal. Les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions du Tribunal sur les questions de droit et de fait.

L'absence de clause privative engage à une moins grande retenue de la part des cours d'appel que ce ne serait le cas s'il y en avait une. Le Tribunal a toutefois été reconnu comme particulièrement bien placé pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques. Comme les cours

appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal's decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the *Competition Act*, the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal's decisions.

Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the Tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review. The Tribunal's expertise lies in economics and in commerce, and these are matters concerning which the members of the Tribunal are likely to be far more knowledgeable than the typical judge will be. The particular dispute in this case is one that falls squarely within the area of the Tribunal's expertise.

A standard more deferential than correctness but less deferential than "not patently unreasonable" is required. Because several considerations, including particularly the expertise of the Tribunal, counsel deference while others suggest a more exacting form of review, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum.

The need for a third standard of review is especially clear in cases, like this one, in which appeal from a tribunal's decision lies by statutory right. The presence of the statutory right of appeal obviates the need to find a jurisdictional error. Because the standard of patent unreasonableness is principally a test for determining whether a tribunal has exceeded its jurisdiction, it will rarely be the appropriate standard of review in statutory appeals. However, because tribunals typically enjoy some expertise and deal with problems of a difficult and intricate nature, a standard more deferential than correctness is needed. This third standard should be whether the decision of the Tribunal is unreasonable. This test is to be distinguished from the most deferential standard of review, which requires courts to consider whether a tribunal's decision is patently unreasonable. An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the

d'appel sont susceptibles d'éprouver de la difficulté à bien saisir les ramifications économiques et commerciales des décisions du Tribunal et que, par conséquent, elles sont moins aptes que celui-ci à voir à la réalisation de l'objet de la *Loi sur la concurrence*, cet objet est mieux servi si les cours d'appel font montre de retenue à l'égard des décisions du Tribunal.

L'expertise, qui en l'espèce se confond avec l'objet de la loi appliquée par le Tribunal, est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. Le champ d'expertise du Tribunal consiste dans les questions économiques et commerciales, des questions au sujet desquelles les membres du Tribunal sont susceptibles d'en savoir beaucoup plus que la plupart des juges. Le point particulier en litige relève nettement de l'expertise du Tribunal.

La norme qui s'impose en est une qui exige une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision «non manifestement déraisonnable». Parce que plusieurs considérations, dont particulièrement l'expertise du Tribunal, appellent à la retenue, tandis que d'autres suggèrent une forme de contrôle plus exigeante, la norme de contrôle appropriée se situe à quelque part entre les deux extrémités du spectre.

La nécessité d'avoir recours à une troisième norme est particulièrement évidente dans les cas où, comme en l'espèce, le droit d'interjeter appel de la décision du tribunal administratif est prévu par un texte de loi. L'existence d'un tel droit fait qu'il n'est pas nécessaire de chercher des erreurs de nature juridictionnelle. Comme la norme du caractère manifestement déraisonnable sert principalement à déterminer si un tribunal a outrepassé sa compétence, elle sera rarement la norme à appliquer dans ce type d'appels. Parce que les tribunaux administratifs possèdent généralement une certaine expertise et sont saisis de problèmes difficiles et complexes, il est nécessaire d'appliquer une norme appelant à plus de retenue que la norme de la décision correcte. Cette troisième norme devrait être fondée sur la question de savoir si la décision du Tribunal est déraisonnable. Ce critère doit être distingué de la norme de contrôle qui appelle le plus haut degré de retenue, et en vertu de laquelle les tribunaux doivent dire si la décision du tribunal administratif est manifestement déraisonnable. Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. La différence entre «déraisonnable» et «manifestement déraisonnable» réside dans le caractère

defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable.

The "clearly wrong" test is close to the standard of reasonableness *simpliciter*. Many things are wrong that are not unreasonable, but when "clearly" is added to "wrong", the meaning is brought much nearer to that of "unreasonable". Consequently, the clearly wrong test represents a striking out from the correctness test in the direction of deference. But the clearly wrong test does not go so far as the standard of patent unreasonableness. The clearly wrong test, because of its familiarity to Canadian judges, may serve as a guide in applying the standard of reasonableness *simpliciter*.

In the final result, the standard of reasonableness simply instructs reviewing courts to accord considerable weight to the views of tribunals about matters with respect to which they have significant expertise. While it is convenient to put the matter in terms of a standard of review, at bottom the issue is the weight that should be accorded to expert opinions.

The Tribunal did not act unreasonably when it decided that Southam's daily newspapers and community newspapers are in different product markets.

That the Tribunal discounted evidence of functional interchangeability between the dailies and the community newspapers was reasonable on the facts and was not without foundation or logical coherence. It is reasonable, if only reasonable, to suppose that advertisers are sufficiently discerning about the media they employ that they are unlikely to respond to changes in the relative prices of the two kinds of newspapers by taking their business from the one to the other.

The Tribunal also discounted evidence that Southam regarded the community newspapers as competitors for its dailies. This discounting is perhaps unusual given that Southam's expert identified this competition with community newspapers as the source of the dailies' difficulties. The Tribunal's findings, however, were not

flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable.

Il existe un rapport étroit entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et le critère de la décision manifestement erronée. Il est vrai que bien des choses erronées ne sont pas pour autant déraisonnables; mais quand le mot «manifestement» est accolé au mot «erroné», ce dernier mot prend un sens beaucoup plus proche de celui du mot «déraisonnable». Par conséquent, le critère de la décision manifestement erronée marque un déplacement, du critère de la décision correcte vers un critère exigeant l'application de retenue. Cependant, le critère de la décision manifestement erronée ne va pas aussi loin que la norme du caractère manifestement déraisonnable. Parce que le critère de la décision manifestement erronée est bien connu des juges au Canada, il peut leur servir de guide dans l'application de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

En définitive, la norme de la décision raisonnable ne fait que dire aux cours chargées de contrôler les décisions des tribunaux administratifs d'accorder un poids considérable aux vues de ces tribunaux sur les questions à l'égard desquelles ceux-ci possèdent une grande expertise. Même s'il est commode de parler de norme de contrôle, au fond, la question qui se pose est celle du poids qui doit être accordé aux opinions des experts.

Le Tribunal n'a pas agi déraisonnablement lorsqu'il a décidé que les quotidiens de Southam et les journaux communautaires occupent des marchés différents pour ce qui est du produit.

Compte tenu des faits, il était raisonnable pour le Tribunal d'écarter la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle entre les quotidiens et les journaux communautaires, et cette décision n'est pas sans fondement ou cohérence logique. Il est à tout le moins raisonnable de supposer que les annonceurs choisissent avec suffisamment de perspicacité les médias qu'ils utilisent, et qu'il est donc peu probable qu'ils réagissent aux variations des prix relatifs des deux types de journaux en faisant passer leur clientèle de l'un à l'autre.

Le Tribunal n'a pas tenu compte non plus de la preuve que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents. Il est peut-être étrange que le Tribunal n'ait pas tenu compte du témoignage de l'experte de Southam indiquant que les journaux communautaires étaient la source des diffi-

unreasonable and they did not need to be correct. Judicial restraint is needed if a cohesive, rational and sensible system of judicial review is to be fashioned.

Remedy

Because the *Competition Act* addresses the problem of substantial lessening of competition, the appropriate remedy is to restore competition to the point at which it can no longer be said to be substantially less than it was before the merger. The test that the Tribunal has applied in consent cases should be applied in all cases.

The Tribunal's choice of remedy is a matter of mixed law and fact and the standard of review is one of reasonableness.

Southam's proposed remedy of selling the real estate section of the *North Shore News* fails because it would not likely be effective in eliminating the substantial lessening of competition. This decision was not unreasonable and should be allowed to stand. The remedy chosen by the Tribunal is not punitive, because the Tribunal found that it was the only effective remedy. If the choice is between a remedy that goes farther than is strictly necessary to restore competition to an acceptable level and a remedy that does not go far enough even to reach the acceptable level, then surely the former option must be preferred. The Tribunal did not wrongly require the appellants to demonstrate the effectiveness of their proposed remedy; the person who asserts should prove.

Cases Cited

Considered: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; **referred to:** *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New*

cultés de Southam. Toutefois, les conclusions du Tribunal ne sont pas déraisonnables, et elles n'ont pas à être correctes. La retenue judiciaire s'impose si l'on veut façonner un système de contrôle judiciaire cohérent, rationnel et judicieux.

L'appel quant à la mesure de redressement

Parce que la *Loi sur la concurrence* s'attaque au problème de la diminution sensible de la concurrence, la mesure de redressement appropriée consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement. Le critère appliqué par le Tribunal dans les affaires où les parties consentent à la mesure de redressement devrait être appliqué dans tous les cas.

La détermination de la mesure de redressement par le Tribunal est une question de droit et de fait, et la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

La mesure de redressement proposée par Southam, qui consistait à vendre le supplément immobilier inséré dans le *North Shore News*, ne pouvait être retenue parce qu'elle ne serait vraisemblablement pas un moyen efficace d'éliminer la diminution sensible de la concurrence. La décision de ne pas la retenir n'était pas déraisonnable et devrait être confirmée. La mesure de redressement choisie par le Tribunal n'est pas punitive, car celui-ci a conclu qu'elle était la seule mesure efficace. S'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable, et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre le niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Le Tribunal n'a pas eu tort d'exiger que les appelantes démontrent l'efficacité de la mesure de redressement qu'elles proposent; celui qui fait une allégation a l'obligation de la prouver.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Syndicat canadien*

Brunswick Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; *Canada (Director of Investigation & Research) v. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476.

Statutes and Regulations Cited

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1 [ad. R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Suppl.), s. 19], 92(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Suppl.), s. 45].
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Suppl.), ss. 3(2), (3), 4(1), 8(1), 10(1), (2), 12(1), (2), 13(1), (2).

Authors Cited

Kerans, R. P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal allowing an appeal on the merits [1995] 3 F.C. 557, (1995), 127 D.L.R. (4th) 263, 185 N.R. 321, 63 C.P.R. (3d) 1, 21 B.L.R. (2d) 1, from a judgment of the Competition Tribunal (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, with additional reasons (1993), 48 C.P.R. (3d) 224, and from a judgment of the Federal Court of Appeal (1995), 127 D.L.R. (4th) 329, 185 N.R. 291, 63 C.P.R. (3d) 67, 21 B.L.R. (2d) 68, dismissing an appeal as to remedy from a judgment of the Competition Tribunal (1992), 47 C.P.R. (3d) 240. Appeal on the merits allowed; appeal on the remedy dismissed.

Neil Finkelstein, Glenn Leslie and Mark Katz, for the appellants.

Stanley Wong, André Brantz and J. Kevin Wright, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Stein c. «Kathy K» Le navire*, [1976] 1 R.C.S. 802; *The Queen c. J. W. Mills & Son Ltd.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 275; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476.

Lois et règlements cités

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1 [aj. L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 19], 92(1) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 45].
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), art. 3(2), (3), 4(1), 8(1), 10(1), (2), 12(1), (2), 13(1), (2).

Doctrine citée

Kerans, R. P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a accueilli l'appel quant au fond, [1995] 3 C.F. 557, (1995), 127 D.L.R. (4th) 263, 185 N.R. 321, 63 C.P.R. (3d) 1, 21 B.L.R. (2d) 1, d'une décision du Tribunal de la concurrence (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, motifs additionnels (1993), 48 C.P.R. (3d) 224, et contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1995), 127 D.L.R. (4th) 329, 185 N.R. 291, 63 C.P.R. (3d) 67, 21 B.L.R. (2d) 68, qui a rejeté l'appel quant au redressement d'une décision du Tribunal de la concurrence (1992), 47 C.P.R. (3d) 240. Pourvoi quant au fond accueilli; pourvoi quant à la mesure de redressement rejeté.

Neil Finkelstein, Glenn Leslie et Mark Katz, pour les appelantes.

Stanley Wong, André Brantz et J. Kevin Wright, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. — The principal question raised by this appeal is whether a decision of the Competition Tribunal (the “Tribunal”) is entitled to curial deference. Following the approach outlined by this Court in its recent jurisprudence, I conclude that the particular decision of the Tribunal here at issue is entitled to deference.

1. Facts

Two daily newspapers serve the region in and around Vancouver. They are the *Vancouver Sun* and the *Vancouver Province*. The appellant Southam Inc., through its subsidiary Pacific Press Limited, owns both.

In addition to the two dailies, many smaller community newspapers circulate in the Lower Mainland of British Columbia. These community newspapers differ from the daily newspapers in a few respects: they serve smaller regions, they are distributed free of charge to all households in the regions they serve, and they are published only once, twice, or at most three times weekly. Community newspapers have been more successful in the Lower Mainland than in any other comparable region of Canada. Daily newspapers, by contrast, have been less successful in Vancouver than in other major Canadian cities.

In 1986, Southam consulted Dr. Christine Urban, an American expert, about the problems its Vancouver dailies were facing. Dr. Urban identified Vancouver’s strong community newspapers as the cause of the dailies’ malaise. She advised Southam to act to stem the growing power of the community newspapers.

In September, 1986, Southam introduced a flyer delivery service to the Lower Mainland. Known as Flyer Force, the new service offered delivery of flyers to even the households that did not receive a Southam newspaper. In 1988, several community newspapers, whose business included the delivery of flyers, joined to form a group whose geographic reach would rival Flyer Force’s. This group was initially called the MetroVan Group. Later in 1988,

LE JUGE IACOBUCCI — La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si le principe de la retenue judiciaire doit être appliqué aux décisions du Tribunal de la concurrence (le «Tribunal»). Suivant la méthode exposée par notre Cour dans sa jurisprudence récente, je conclus qu’il convient de faire montre de retenue à l’égard de la décision en cause.

1. Les faits

Deux quotidiens desservent la région de Vancouver, le *Vancouver Sun* et le *Vancouver Province*. L’appelante Southam Inc. est propriétaire des deux, par l’entremise de sa filiale Pacific Press Limited.

Outre ces deux quotidiens, de nombreux journaux communautaires de plus petite taille circulent dans le Lower Mainland en Colombie-Britannique. Ces journaux communautaires diffèrent des quotidiens à certains égards: ils desservent des régions plus restreintes, ils sont distribués gratuitement à tous les foyers des régions qu’ils desservent et ils ne paraissent qu’au plus trois fois par semaine. Les journaux communautaires connaissent plus de succès dans le Lower Mainland que dans toute autre région comparable du pays. Par contraste, les quotidiens sont moins populaires à Vancouver que dans les autres grandes villes canadiennes.

En 1986, Southam a consulté une experte américaine, Christine Urban, au sujet des problèmes de ses quotidiens de Vancouver. L’experte a affirmé que la vigueur des journaux communautaires de Vancouver était la cause des difficultés des quotidiens. Elle a conseillé à Southam d’agir pour endiguer l’expansion des journaux communautaires.

En septembre 1986, Southam a introduit un service de distribution de prospectus publicitaires dans le Lower Mainland. Dans le cadre de ce nouveau service, appelé Flyer Force, les prospectus étaient même livrés aux foyers qui n’étaient pas abonnés aux quotidiens de Southam. En 1988, plusieurs journaux communautaires dont les activités comportaient entre autres la distribution de prospectus publicitaires se sont réunis pour former un

the MetroVan Group expanded and changed its name to MetroGroup.

groupe, MetroVan, dont le rayonnement géographique rivaliserait avec celui de Flyer Force. Plus tard en 1988, le groupe s'est élargi et a pris le nom de MetroGroup.

⁶ In September, 1988, Southam began to publish the *North Shore Extra*. This was a bi-weekly publication whose editorial focus was on the North Shore district of the Lower Mainland. The *Extra* was inserted as a supplement into copies of the *Vancouver Sun* bound for households in the North Shore. Additionally, the *Extra* was delivered to North Shore households that did not receive the *Sun*.

En septembre 1988, Southam a commencé à publier un bihebdomadaire, le *North Shore Extra*, dont le contenu rédactionnel s'adressait au district North Shore du Lower Mainland. L'*Extra* était un supplément inséré dans les exemplaires du *Vancouver Sun* destinés aux foyers du North Shore. De plus, l'*Extra* était également distribué aux foyers du North Shore qui n'étaient pas abonnés au *Sun*.

⁷ In January, 1989, Southam began to acquire community and specialized newspapers in the Lower Mainland. By May, 1990, the company had acquired a controlling interest in 13 community newspapers, a real estate advertising publication, three distribution services, and two printing concerns. Among its acquisitions were the Lower Mainland's two strongest community newspapers, the *North Shore News* and the *Vancouver Courier*, as well as the *Real Estate Weekly*.

En janvier 1989, Southam a commencé à acquérir des journaux communautaires et des journaux spécialisés du Lower Mainland. En mai 1990, cette société avait acquis une participation majoritaire dans 13 journaux communautaires, une publication spécialisée dans la publicité immobilière, trois entreprises de distribution et deux imprimeries. Parmi ces acquisitions, on trouvait les deux journaux communautaires les plus vigoureux, le *North Shore News* et le *Vancouver Courier*, ainsi que le *Real Estate Weekly*.

⁸ In April, 1990, Southam discontinued the *North Shore Extra*.

En avril 1990, Southam a cessé de publier le *North Shore Extra*.

⁹ On November 20, 1990, the respondent, the Director of Investigation and Research, applied for an order requiring Southam to divest itself of the *North Shore News*, the *Vancouver Courier*, and the *Real Estate Weekly*. The Director's reason for taking this step was that Southam's acquisition of these publications was likely to lessen competition substantially in the retail print advertising and real estate print advertising markets in the Lower Mainland.

Le 20 novembre 1990, le directeur des enquêtes et recherches intimé a demandé une ordonnance enjoignant à Southam de se départir du *North Shore News*, du *Vancouver Courier* et du *Real Estate Weekly*. Le motif invoqué par le directeur pour faire cette démarche était que l'acquisition de ces publications par Southam aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de la publicité imprimée dans les secteurs de l'immobilier et de la vente au détail dans le Lower Mainland.

¹⁰ In early 1991, Southam shut down Flyer Force.

Au début de 1991, Southam a fermé Flyer Force.

2. Relevant Statutory Provisions

2. Les dispositions législatives pertinentes

¹¹ Section 92 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 addresses the problem of mergers

L'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, vise le problème des fusionne-

that are likely to lessen competition substantially:

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, . . .

Various sections of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), create and provide for the constitution of the Tribunal:

3. . . .

(2) The Tribunal shall consist of

- (a) not more than four members to be appointed from among the judges of the Federal Court — Trial Division by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Justice; and
- (b) not more than eight other members to be appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister.

(3) The Governor in Council may establish an advisory council to advise the Minister with respect to appointments of lay members, which council is to be

ments qui auront vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence:

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; . . .

Divers articles de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), pourvoient à la création du Tribunal et à sa composition:

3. . . .

(2) Le Tribunal se compose:

- a) d'au plus quatre membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de la Justice et choisis parmi les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale;
- b) d'au plus huit autres membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre..

(3) Le gouverneur en conseil peut constituer un conseil consultatif chargé de conseiller le ministre en ce qui concerne la nomination des autres membres et composé

composed of not more than ten members who are knowledgeable in economics, industry, commerce or public affairs and may include, without restricting the generality of the foregoing, individuals chosen from business communities, the legal community, consumer groups and labour.

4. (1) The Governor in Council shall designate one of the judicial members to be Chairman of the Tribunal.

10. (1) Subject to section 11, every application to the Tribunal shall be heard before not less than three or more than five members sitting together, at least one of whom is a judicial member and at least one of whom is a lay member.

(2) The Chairman shall designate a judicial member to preside at any hearing or, if the Chairman is present at a hearing, may preside himself.

¹³ Sections 12 and 13 divide questions before the Tribunal into questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact, and assign responsibility for resolving those questions, both in the first instance and on appeal:

12. (1) In any proceedings before the Tribunal,

(a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and

(b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings.

(2) In any proceedings before the Tribunal,

(a) in the event of a difference of opinion among the members determining any question, the opinion of the majority shall prevail; and

(b) in the event of an equally divided opinion among the members determining any question, the presiding member may determine the question.

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court – Trial Division.

d'au plus dix personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, ces personnes peuvent être des individus appartenant à la collectivité juridique, à des groupes de consommateurs, au monde des affaires et au monde du travail.

4. (1) Le gouverneur en conseil nomme, parmi les juges, le président du Tribunal.

10. (1) Sous réserve de l'article 11, toute demande présentée au Tribunal est entendue par au moins trois mais au plus cinq membres siégeant ensemble et, parmi lesquels il doit y avoir au moins un juge et un autre membre.

(2) Le président désigne, pour chaque séance du Tribunal, un juge à titre de président, mais s'il est présent, il peut lui-même la présider.

Les articles 12 et 13 de cette loi divisent les questions soumises au Tribunal en questions de droit, en questions de fait et en questions de droit et de fait, et ils attribuent la compétence pour les trancher, tant en première instance et en appel:

12. (1) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;

b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait.

(2) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) l'opinion de la majorité l'emporte s'il y a divergence d'opinion entre les membres sur une question donnée;

b) le président de séance peut trancher toute question si les opinions sur celle-ci sont également partagées entre les membres.

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

(2) An appeal on a question of fact lies under subsection (1) only with the leave of the Federal Court of Appeal.

3. Judgments in Appeal

A. *Competition Tribunal*

- (i) On the merits (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, with additional reasons (1993), 48 C.P.R. (3d) 224

Following 40 days of hearings, the Tribunal found that the acquisition by Southam of the community newspapers and affiliated businesses did not substantially lessen competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland. The Tribunal did find, however, that Southam's purchases had substantially lessened competition in the market for real estate print advertising in the North Shore region. After hearing argument on the issue of remedies, the Tribunal ordered Southam to divest itself, at its option, of either the *North Shore News* or the *Real Estate Weekly*. The Tribunal rejected Southam's proposed remedy, which was to sell the real estate section of the *North Shore News*.

During the hearing, the Tribunal heard from 50 witnesses and received literally volumes of documents in evidence. That the Tribunal paid heed to this prodigious body of evidence is clear from its written reasons, which occupy some 147 pages in a law report. Fortunately, it is not necessary for purposes of this appeal to reproduce the Tribunal's reasons in any detail.

The principal underlying question for the Tribunal was whether Southam's daily newspapers and its newly acquired community newspapers are in the same market. Its approach to this problem was to ask whether the two kinds of products are close substitutes for one another. The traditional economic measure of substitutability is cross-elasticity of demand, which is the extent to which consumers will switch from one product to another in

(2) Un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

3. Les décisions portées en appel

A. *Le Tribunal de la concurrence*

- (i) Décision quant au fond (1992), 43 C.P.R. (3d) 161, motifs additionnels (1993), 48 C.P.R. (3d) 224

Au terme de 40 jours d'audience, le Tribunal a statué que l'acquisition par Southam des journaux communautaires et des entreprises affiliées n'avait pas diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité imprimée dans le secteur de la vente au détail, ou publicité-détaillants imprimée, dans le Lower Mainland. Il a cependant conclu que les acquisitions de Southam avaient diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité imprimée dans le secteur immobilier, ou publicité immobilière imprimée, dans la région du North Shore. Après avoir entendu les arguments au sujet des mesures de redressement, le Tribunal a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly*. Le Tribunal a rejeté la mesure de redressement proposée par Southam, savoir la vente de la section immobilière du *North Shore News*.

Au cours de l'audience, le Tribunal a entendu 50 témoins et reçu littéralement une montagne de documents en preuve. Il ressort clairement des motifs écrits du Tribunal, qui remplissent quelque 147 pages d'un recueil de jurisprudence, qu'il a tenu compte de cette prodigieuse masse d'éléments de preuve. Heureusement, il n'est pas nécessaire de reproduire en détail les motifs du Tribunal pour trancher le présent pourvoi.

Le Tribunal a estimé que la principale question sous-jacente était de savoir si les quotidiens de Southam et les journaux communautaires récemment acquis par cette entreprise occupaient le même marché. Pour y répondre, il s'est demandé si les deux produits étaient des substituts proches. L'indicateur économique classique du caractère substitutif est l'élasticité croisée de la demande, c'est-à-dire la mesure dans laquelle des acheteurs

14

15

16

response to slight changes in their relative prices. However, the Tribunal recognized that direct statistical evidence of cross-elasticity of demand will rarely be available. Accordingly, the members determined that recourse should be had to "indirect evidence" of substitutability. Indirect *indicia* of substitutability include (at p. 179) "the physical characteristics of the products, the uses to which the products are put, and whatever evidence there is about the behaviour of buyers that casts light on their willingness to switch from one product to another in response to changes in relative prices". Also relevant are "[t]he views of industry participants about what products and which firms they regard as actual and prospective competitors".

17

Almost 100 pages of the Tribunal's decision are taken up with a painstaking review and evaluation of the evidence. On the strength of this, the Tribunal concluded that daily newspapers and community newspapers, though remarkably similar at first glance, serve different retail print advertising markets. Daily newspapers, which circulate widely but reach only a relatively small percentage of households, appeal to the advertising needs of large national firms that serve customers throughout a metropolitan region. Community newspapers, by contrast, circulate only within small communities but typically reach all of the households within those communities. These newspapers appeal to local advertisers whose customers live only within a certain district. In support of this conclusion, the Tribunal presented an informal survey of the behaviour of selected advertisers in the Lower Mainland.

18

The Tribunal also cited considerable evidence to suggest that Southam regarded the community newspapers as its chief competitors. In one document, Dr. Christine Urban, an American newspaper consultant retained by Southam, identified strong community newspapers as the root of Southam's problems in the Lower Mainland. In another document quoted in the Tribunal's deci-

passent d'un produit à un autre par suite de légères modifications de leurs prix relatifs. Toutefois, le Tribunal a reconnu que l'on dispose rarement de preuves statistiques directes de l'élasticité croisée de la demande. En conséquence, les membres du Tribunal ont décidé qu'il fallait recourir à la «preuve indirecte» du caractère substitutif, et mentionné (à la p. 179), comme indices indirects du caractère substitutif, [TRADUCTION] «les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d'un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs». «L'opinion des participants de l'industrie sur les produits et les firmes qu'ils considèrent comme étant leurs concurrents réels et potentiels» est aussi un facteur pertinent.

Presque 100 pages de la décision du Tribunal sont consacrées à une analyse et à une évaluation minutieuses de la preuve. Celui-ci en est arrivé à la conclusion que les quotidiens et les journaux communautaires, quoiqu'ils présentent à première vue des ressemblances remarquables, desservent des marchés différents en matière de publicité-détailants imprimée. Les quotidiens, qui ont une large circulation, mais ne rejoignent qu'un pourcentage relativement faible de foyers, répondent aux besoins en publicité des grandes entreprises d'envergure nationale qui desservent des clients dans l'ensemble d'une agglomération urbaine. À l'opposé, les journaux communautaires ne circulent que dans de petites localités, mais ils rejoignent généralement tous les foyers de ces localités. Ces journaux sont intéressants pour les annonceurs locaux dont les clients habitent un secteur particulier. Pour étayer cette conclusion, le Tribunal a présenté un sondage informel sur le comportement d'annonceurs choisis du Lower Mainland.

Le Tribunal a également fait état d'une preuve considérable pour affirmer que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents. Dans un document, Christine Urban, experte-conseil américaine du secteur des journaux et dont Southam a retenu les services, a indiqué que la présence de vigoureux journaux communautaires était à l'origine des problèmes de

sion at p. 195, an official of Southam warned against the danger of conceding forever to the community newspapers "a substantial portion of what is normally daily newspaper business". However, the members did not regard this evidence of what they called "inter-industry competition" as decisive. In their view, it showed that Southam believed that it was competing with the community newspapers. But simply to state that something is believed does not guarantee that it is so, and in this case the Tribunal found that Southam's belief was unfounded. "With their present product configurations", concluded the Tribunal at p. 277, "the dailies and community newspapers are at best weak substitutes for some advertisers".

Because the two kinds of newspapers were at best only weak substitutes, the Tribunal concluded that they were not in the same relevant product market and therefore that the acquisition by Southam of several community newspapers and affiliated businesses did not substantially lessen competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland.

However, the Tribunal did find that the acquisition by Southam of both the *North Shore News*, with its weekly real estate supplement, and the *Real Estate Weekly*, with its North Shore edition, gave Southam monopoly power over the market for real estate print advertising on the North Shore. The result was to lessen competition substantially in that market. The Tribunal ordered the parties to appear at a later date to consider the question of the remedy.

(ii) As to remedy (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

Having heard argument on the question, the Tribunal found that the test of a proposed remedy in

Southam dans le Lower Mainland. Dans un autre document, cité dans la décision du Tribunal à la p. 195, un cadre de Southam a fait une mise en garde contre le danger de concéder aux journaux communautaires [TRADUCTION] «une portion substantielle de ce qui est normalement le volume d'affaires des quotidiens». Toutefois, les membres du Tribunal n'ont pas estimé que cette preuve de ce qu'ils ont appelé la «concurrence interindustrielle» était décisive. À leur avis, elle montrait que Southam croyait être en concurrence avec les journaux communautaires. Mais le simple fait d'affirmer qu'on croit à l'existence de quelque chose ne garantit pas que c'est la réalité, et, en l'occurrence, le Tribunal a conclu que la croyance de Southam n'était pas fondée. «Étant donné la structure actuelle de leurs produits», a statué le Tribunal, à la p. 277, «les quotidiens et les journaux communautaires représentent au mieux, pour certains annonceurs, de faibles substituts».

Parce que les deux types de journaux étaient au mieux de faibles substituts, le Tribunal a conclu qu'ils n'occupaient pas le même marché pertinent pour ce qui est du produit et que, en conséquence, l'acquisition par Southam de plusieurs journaux communautaires et entreprises affiliées n'avait pas diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée dans le Lower Mainland.

Toutefois, le Tribunal a effectivement conclu que l'acquisition par Southam du *North Shore News*, avec son supplément immobilier hebdomadaire, et du *Real Estate Weekly*, avec son édition du North Shore, avait conféré à Southam un pouvoir monopolistique sur le marché de la publicité immobilière imprimée dans le North Shore, situation qui avait eu pour résultat de diminuer sensiblement la concurrence dans ce marché. Le Tribunal a ordonné aux parties de se présenter à une date ultérieure pour débattre la question de la mesure de redressement.

(ii) Décision quant à la mesure de redressement (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

Après avoir entendu les arguments sur la question, le Tribunal a conclu que le critère d'évalua-

19

20

21

contested proceedings is whether it will restore the competitive situation as it existed before the merger and is not, as Southam submitted, whether it will eliminate any substantial lessening of competition that the merger may have produced. However, the Tribunal found that, even accepting Southam's proposed test, Southam's proposed remedy of selling the weekly real estate supplement to the *North Shore News* still would not be effective. The Tribunal thought it likely that the real estate supplement would founder on its own; certainly it would not be as substantial a presence in the North Shore as a stand-alone publication as it had been as part of the *North Shore News*. The Tribunal noted that Southam had offered to reach an accommodation with any prospective buyer concerning the continuation of the supplement's association with the *North Shore News*. The Tribunal members concluded, however, that they lacked the jurisdiction to order Southam to reach an accommodation. And in any event, the Tribunal doubted whether such a negotiated association would be conducive to the fostering of a competitive environment. Accordingly, the Tribunal ordered Southam to divest itself, at its option, of either the *North Shore News* or the *Real Estate Weekly*.

B. Federal Court of Appeal

(i) On the merits, [1995] 3 F.C. 557

22

The Director of Investigation and Research appealed the Tribunal's decision on the merits and Southam appealed the Tribunal's decision on the remedy. The Federal Court of Appeal allowed the first appeal and dismissed the second.

23

Robertson J.A., writing for the court, concluded that the Tribunal, though it had stated the correct formula, had nonetheless applied the wrong legal test. He accepted the Tribunal's account of the kinds of evidence that it had to consider, but stated that the Tribunal had failed to consider all of these. He found, in particular, that the Tribunal had not considered evidence that daily newspapers and community newspapers are functionally inter-

tion d'une mesure de redressement proposée dans une procédure contentieuse consiste à se demander si elle rétablira la situation concurrentielle qui existait avant le fusionnement et non, comme a prétendu Southam, si elle éliminera la diminution sensible de la concurrence qu'a pu entraîner le fusionnement. Toutefois, le Tribunal a statué que, même s'il acceptait le critère suggéré par Southam, la mesure de redressement proposée par cette dernière, c'est-à-dire la vente du supplément immobilier hebdomadaire du *North Shore News*, ne serait pas efficace pour autant. Il a estimé que, laissé à lui-même, le supplément immobilier ne serait vraisemblablement pas viable; sa présence ne serait certes pas aussi notable dans le North Shore à titre de publication indépendante qu'elle l'était comme partie du *North Shore News*. Le Tribunal a souligné que Southam avait offert de conclure, avec tout acheteur éventuel, un arrangement concernant le maintien de l'association entre le supplément et le *North Shore News*. Toutefois, les membres du Tribunal ont conclu qu'ils n'avaient pas le pouvoir d'ordonner à Southam de conclure un tel arrangement. Et, de toute façon, le Tribunal doutait que la conclusion d'une telle association négociée serait propre à favoriser la concurrence. En conséquence, il a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du *North Shore News* ou du *Real Estate Weekly*.

B. La Cour d'appel fédérale

(i) Décision quant au fond, [1995] 3 C.F. 557

Le directeur des enquêtes et recherches a interjeté appel de la décision du Tribunal quant au fond et Southam a fait de même à l'égard de celle concernant la mesure de redressement. La Cour d'appel fédérale a accueilli le premier appel et rejeté le second.

Le juge Robertson, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel fédérale, a conclu que, bien qu'il ait énoncé la bonne formule, le Tribunal avait néanmoins appliqué le mauvais critère juridique. Il a accepté l'exposé fait par le Tribunal des divers types de preuve dont il devait tenir compte, mais il a déclaré que le Tribunal ne les avait pas toutes prises en considération. Il a statué, en particulier, que celui-ci n'avait pas pris en compte la preuve que

changeable and evidence that the owners of the daily newspapers considered themselves to be in competition against the community newspapers. Failure to consider relevant factors, he said, is an error of law. And to his mind, the Tribunal is entitled to no deference on a question of law.

By way of buttressing this conclusion, he emphasized that the *Competition Tribunal Act* mandates an unusual division of labour among the members of the Tribunal. Each panel of the Tribunal, he observed, must have at least one judicial member and the judicial members of any panel are entirely responsible for the settling of such legal questions as may arise in the course of a proceeding. Section 12 of the Act provides:

12. (1) In any proceedings before the Tribunal,

(a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and

(b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings.

Consequently, an appeal from the Tribunal on a question of law is akin to an appeal from the Trial Division of the Federal Court. What is more, an appeal lies from any decision of the Tribunal on a question of law, and no privative clause protects the Tribunal's decisions. The *Competition Tribunal Act* provides:

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court – Trial Division.

Robertson J.A. further stressed that the judicial members of the Tribunal are not more expert in matters of law than are judges of the Federal Court of Appeal.

Invoking the power of the Federal Court of Appeal to substitute its own findings for those of a

les quotidiens et les journaux communautaires sont fonctionnellement interchangeable et que les propriétaires des quotidiens se considéraient en concurrence avec les journaux communautaires. L'omission de tenir compte de facteurs pertinents, a-t-il dit, est une erreur de droit. Et, de l'avis du juge, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue envers la décision du Tribunal sur une question de droit.

Pour renforcer cette conclusion, il a souligné que la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* établit une répartition inhabituelle des tâches entre les membres du Tribunal. Chaque formation du Tribunal, a-t-il fait observer, doit compter au moins un juge, qui a l'entière responsabilité de trancher les questions de droit soulevées durant les procédures. L'article 12 de cette loi est ainsi rédigé:

12. (1) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;

b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait.

Par conséquent, l'appel d'une décision du Tribunal sur une question de droit équivaut à un appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale. Qui plus est, il est possible d'interjeter appel de toute décision du Tribunal sur une question de droit, et aucune clause privative ne protège les décisions de celui-ci. L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* est ainsi conçu:

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

Le juge Robertson a en outre souligné que les juges siégeant au Tribunal n'ont pas une expertise plus grande des questions de droit que les juges de la Cour d'appel fédérale.

Invoquant le pouvoir qu'a la Cour d'appel fédérale de substituer ses propres conclusions à celles

tribunal, Robertson J.A. held that the evidence before the Tribunal of the functional interchangeability of daily and community newspapers and of inter-industry competition was more than sufficient to show that the two kinds of newspapers are in the same market. Accordingly, he remitted the matter back to the Tribunal with instructions that it should inquire whether the acquisition of the *North Shore News*, the *Vancouver Courier*, and the *Real Estate Weekly* had resulted in a substantial lessening of competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland of British Columbia.

(ii) As to remedy (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

26

Turning to Southam's appeal of the remedy, Robertson J.A. declined to decide what the appropriate test for a remedy is, because Southam's proposed remedy failed regardless of the test applied. In answer to Southam's protest that the Tribunal had imposed a penalty on it, Robertson J.A. observed that the Tribunal had sought only to impose an effective remedy. To his mind, this way of proceeding could not be objectionable. Against the complaint that the Tribunal had wrongly placed the burden of proving the effectiveness of its proposed remedy on Southam, Robertson J.A. invoked the maxim that he who asserts must prove. To Southam's argument that the Tribunal had wrongly dismissed its proposed remedy as ineffective, he said that curial deference was due to the Tribunal on this, a finding of mixed law and fact.

4. Issues

27

This appeal raises two issues. The first is whether the Federal Court of Appeal erred in concluding that it owed no deference to the Tribunal's finding about the dimensions of the relevant market and in subsequently substituting for that finding one of its own. The second is whether the

d'un tribunal administratif, le juge Robertson a statué que la preuve dont disposait le Tribunal quant à l'interchangeabilité fonctionnelle des quotidiens et des journaux communautaires et à la concurrence interindustrielle était plus que suffisante pour démontrer que les deux types de journaux faisaient partie du même marché. En conséquence, il a renvoyé l'affaire au Tribunal en lui intimant de déterminer si l'acquisition du *North Shore News*, du *Vancouver Courier* et du *Real Estate Weekly* avait eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique.

(ii) Décision quant à la mesure de redressement (1992), 47 C.P.R. (3d) 240

Relativement à l'appel de Southam touchant la mesure de redressement, le juge Robertson s'est abstenu de se prononcer sur le critère approprié d'évaluation de la mesure de redressement, étant donné que celle proposée par Southam ne pouvait être retenue, quel que soit le critère appliqué. En réponse aux protestations de Southam que le Tribunal lui avait infligé une sanction, le juge Robertson a fait observer que le Tribunal ne visait qu'à appliquer une mesure de redressement efficace. D'après lui, cette façon de faire était irréprochable. Relativement à l'argument que le Tribunal avait, à tort, imposé à Southam la charge de prouver l'efficacité de la mesure de redressement qu'elle proposait, le juge Robertson a invoqué la maxime selon laquelle il appartient à celui qui fait une allégation de la prouver. Répondant à l'argument de Southam que le Tribunal avait eu tort de rejeter la mesure de redressement qu'elle avait proposée, le juge a dit qu'il fallait faire montre de retenue à l'égard de cette décision du Tribunal, qui portait sur une question de droit et de fait.

4. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle n'avait pas à faire montre de retenue à l'égard de la conclusion du Tribunal sur les dimensions du marché pertinent, et en substituant ensuite sa propre conclusion

Federal Court of Appeal erred in refusing to set aside the Tribunal's remedial order.

5. Analysis

The principal question in this appeal concerns the limits that an appellate court should observe in deciding a statutory appeal from a decision like the one that the Tribunal reached in this case. Ultimately, this comes down to a question about the standard of review that an appellate court should apply in a case such as this one. In the reasons that follow, the answer given is that the Tribunal should be held to the standard of reasonableness *simpliciter*. In other words, a court, in reviewing the Tribunal's decision, must inquire whether that decision was reasonable. If it was, then the decision should stand. Otherwise, it must fall.

The secondary question is whether the Tribunal chose an appropriate remedy. My conclusion is that, even though the Tribunal imposed too strict a test, its chosen remedy is appropriate.

A. Statutory Right of Appeal

In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, a decision which, like this one, concerned a decision of an expert tribunal that was subject to a statutory right of appeal, the Court declared that the standard of review is a function of many factors. Depending on how the factors play out in a particular instance, the standard may fall somewhere between correctness, at the more exacting end of the spectrum, and patently unreasonable, at the more deferential end. See pp. 589-90.

An appellate court must consider the factors with a view to determining the approach that it should take as a court sitting in appeal of the deci-

à celle du Tribunal. La deuxième question consiste à déterminer si la Cour d'appel fédérale a fait erreur en refusant d'annuler l'ordonnance du Tribunal concernant la mesure de redressement.

5. L'analyse

La principale question soulevée par le présent pourvoi concerne les limites que doit respecter une juridiction d'appel chargée de statuer sur un appel présenté en vertu d'un texte de loi à l'encontre d'une décision comme celle qu'a rendue le Tribunal en l'espèce. En dernière analyse, il s'agit de déterminer la norme de contrôle que doit appliquer une cour d'appel dans un cas comme celui qui nous intéresse. Dans les motifs qui suivent, la réponse donnée à cette question est que la norme de la décision raisonnable *simpliciter* doit être appliquée aux décisions du Tribunal. Autrement dit, la cour appelée à contrôler la décision du Tribunal doit se demander si cette décision était raisonnable. Dans l'affirmative, la décision doit être confirmée. Dans le cas contraire, elle doit être annulée.

La question secondaire est de savoir si le Tribunal a choisi une mesure de redressement appropriée. Je conclus que, même s'il a appliqué un critère trop strict, la mesure qu'il a choisie est appropriée.

A. Le droit d'appel prévu par la loi

Dans *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, arrêt qui, comme le présent pourvoi, portait sur une décision d'un tribunal spécialisé assujettie à un droit d'appel prévu par la loi, notre Cour a déclaré que la norme de contrôle est fonction de divers facteurs. Selon les facteurs en jeu dans un cas particulier, la norme peut se situer à un point donné entre celle de la décision correcte, soit la norme exigeant le moins de retenue, et celle du caractère manifestement déraisonnable, soit la norme en exigeant le plus. Voir les pp. 589 et 590.

La cour d'appel doit tenir compte des différents facteurs en jeu en vue de déterminer l'approche qu'elle doit adopter en tant que cour chargée d'ins-

28

29

30

31

sion of the tribunal. There is no privative clause, and so jurisdiction is not at issue. The tribunal enjoys jurisdiction by virtue of its constating statute and the appellate court enjoys jurisdiction by virtue of a statutory right of appeal. The legislative intent is clear. The question is what limits an appellate court should observe in the exercise of its statutorily mandated appellate function.

truire l'appel de la décision du tribunal administratif. Comme il n'y a pas de clause privative, en l'espèce, aucune question de compétence ne se pose. Le tribunal administratif en cause tire sa compétence de sa loi constitutive et la cour d'appel tire la sienne du droit d'appel prévu par la loi. L'intention du législateur est claire. La question qui se pose est celle de savoir quelles sont les limites que doit observer la cour d'appel dans l'exercice du rôle de juridiction d'appel que lui confie la loi.

32 I wish to emphasize that in cases like the instant appeal no question arises about the extent of the tribunal's jurisdiction. Where the statute confers a right of appeal, an appellate court need not look to see whether the tribunal has exceeded its jurisdiction by breaching the rules of natural justice or by rendering a decision that is patently unreasonable. The manner and standard of review will be determined in the way that appellate courts generally determine the posture they will take with respect to the decisions of courts below. In particular, appellate courts must have regard to the nature of the problem, to the applicable law properly interpreted in the light of its purpose, and to the expertise of the tribunal.

Je tiens à souligner que, dans les cas comme celui qui nous occupe, aucune question ne se pose en ce qui concerne l'étendue de la compétence du tribunal administratif. Lorsque la loi pertinente établit un droit d'appel, la cour d'appel n'a pas à se demander si le tribunal administratif a outrepassé sa compétence soit en manquant aux règles de la justice naturelle soit en rendant une décision manifestement déraisonnable. La manière dont la cour contrôlera la décision et la norme qu'elle appliquera à cette fin seront déterminées de la façon dont les cours d'appel établissent généralement la position qu'elles adopteront à l'égard des décisions des juridictions inférieures. De façon plus particulière, les cours d'appel doivent tenir compte de la nature du problème, des règles de droit applicables et interprétées adéquatement eu égard à leur objet, et de l'expertise du tribunal administratif.

33 I propose to consider each of the relevant factors in turn.

Je vais maintenant étudier chacun des facteurs pertinents à tour de rôle.

B. *The Nature of the Problem Before the Tribunal*

B. *La nature du problème dont était saisi le Tribunal*

34 The parties vigorously dispute the nature of the problem before the Tribunal. The appellants say that the problem is one of fact. The respondent insists that the problem is one of law. In my view, the problem is one of mixed law and fact.

Les parties ne s'entendent pas du tout sur la nature du problème dont était saisi le Tribunal. Les appelantes affirment qu'il s'agit d'une question de fait, alors que l'intimé soutient que c'est une question de droit. À mon avis, il s'agit d'une question de droit et de fait.

35 Section 12(1) of the *Competition Tribunal Act* contemplates a tripartite classification of questions before the Tribunal into questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact. Briefly stated, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* classe les questions soumises au Tribunal en trois catégories: les questions de droit, les questions de fait et les questions de droit et de fait. En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les

questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests. A simple example will illustrate these concepts. In the law of tort, the question what "negligence" means is a question of law. The question whether the defendant did this or that is a question of fact. And, once it has been decided that the applicable standard is one of negligence, the question whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact. I recognize, however, that the distinction between law on the one hand and mixed law and fact on the other is difficult. On occasion, what appears to be mixed law and fact turns out to be law, or *vice versa*.

For example, the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Pezim*, *supra*, concluded that it was an error of law to regard newly acquired information on the value of assets as a "material change" in the affairs of a company. It was common ground in that case that the proper test was whether the information constituted a material change; the argument was about whether the acquisition of information of a certain kind qualified as such a change. To some extent, then, the question resembled one of mixed law and fact. But the question was one of law, in part because the words in question were present in a statutory provision and questions of statutory interpretation are generally questions of law, but also because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future: the argument was about kinds of information and not merely about the particular information that was at issue in that case. The rule on which the British Columbia Securities Commission seemed to rely — that newly acquired information about the value of assets can constitute a material change — was a

questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties; et, enfin, les questions de droit et de fait consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique. Un exemple simple permettra d'illustrer ces concepts. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la question de savoir en quoi consiste la «négligence» est une question de droit. Celle de savoir si le défendeur a fait ceci ou cela est une question de fait. Une fois qu'il a été décidé que la norme applicable est la négligence, la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait. Toutefois, je reconnais que la distinction entre les questions de droit, d'une part, et celles de droit et de fait, d'autre part, est difficile à faire. Parfois, ce qui semble être une question de droit et de fait se révèle une question de droit, ou *vice versa*.

Par exemple, dans *Pezim*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité a conclu que constituait une erreur de droit le fait de considérer que de nouveaux renseignements sur la valeur d'éléments d'actif étaient un «changement important» dans les affaires d'une société. Tous étaient d'accord pour dire, dans cette affaire, que le critère approprié était de déterminer si les renseignements constituaient un changement important; le débat portait sur la question de savoir si l'obtention d'un certain type de renseignements pouvait être qualifiée de changement de cette nature. Dans une certaine mesure, donc, la question ressemblait à une question de droit et de fait. Il s'agissait cependant d'une question de droit, en partie parce que les mots en cause se trouvaient dans une disposition législative et que les questions d'interprétation des lois sont généralement des questions de droit, mais aussi parce que le point litigieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur: le débat concernait les types de renseignements et non simplement les renseignements particuliers visés par l'instance. La règle sur laquelle la British Columbia Securities Commission semblait s'être appuyée — le fait que de nouveaux renseignements sur la valeur d'éléments d'actif peuvent constituer un changement important — était une question de droit, parce

matter of law, because it had the potential to apply widely to many cases.

37 By contrast, the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

38 Part of the confusion in this case arises from the fact that the parties are arguing about two different questions. On the surface, it appears that the parties agree about the law: both say that, in determining the dimensions of the relevant market, the Tribunal must consider indirect evidence of cross-elasticity of demand. No one quarrels with the Tribunal's understanding of the kinds of indirect evidence it should consider.

39 However, the respondent says that, having informed itself correctly on the law, the Tribunal proceeded nevertheless to ignore certain kinds of indirect evidence. Because the Tribunal must be judged according to what it does and not according to what it says, the import of the respondent's submission is that the Tribunal erred in law. After all, if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but

qu'elle était susceptible de s'appliquer à un grand nombre de cas.

À l'opposé, il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

La confusion dans le présent cas résulte en partie du fait que les parties débattent deux questions différentes. À première vue, il semble que les parties soient d'accord sur le droit: toutes deux disent que, pour déterminer les dimensions du marché pertinent, le Tribunal doit tenir compte de la preuve indirecte de l'élasticité croisée de la demande. Personne ne conteste l'opinion du Tribunal sur les types de preuve indirecte qu'il doit prendre en considération.

Toutefois, l'intimé dit que, après s'être instruit correctement sur le droit applicable, le Tribunal a néanmoins fait abstraction de certains types de preuve indirecte. Comme il faut apprécier les décisions du Tribunal à la lumière de ce qu'il fait et non de ce qu'il dit, l'argument de l'intimé implique que le Tribunal a fait une erreur de droit. Après tout, si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C

in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

The appellants, for their part, maintain that the Tribunal considered all the relevant kinds of indirect evidence, including the kinds that the respondent says it ignored. Accordingly, the appellants argue that if the Tribunal erred, it can only have been in applying the correct legal test to the facts. Such an error, say the appellants, is an error of fact. As authority for their position, they cite a passage from the decision of this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647:

In the context of s. 32(1)(c), the process followed and the criteria used to arrive at a determination of "undue-ness" are questions of law and as such are reviewable by an appellate court. The application of this process and these criteria, that is the full inquiry, often involving complicated economic issues, into whether the impugned agreement was an undue restriction on competition, remains a question of fact. The general rule that appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the factual conclusions of the trial judge applies with special force in a complex matter such as here.

Both positions, so far as they go, are correct. If the Tribunal did ignore items of evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law. Similarly, if the Tribunal considered all the mandatory kinds of evidence but still reached the wrong conclusion, then its error was one of mixed law and fact. The question, then, becomes whether the Tribunal erred in the way that the respondent says it erred.

Even a cursory reading of the Tribunal's reasons discloses that the Tribunal did not fail to consider relevant items of evidence. The respondent charges — and the Federal Court of Appeal agreed with him on this point — that the Tribunal ignored

et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Pour leur part, les appelantes soutiennent que le Tribunal a tenu compte de tous les types pertinents de preuve indirecte, y compris de ceux dont, au dire de l'intimé, il aurait fait abstraction. En conséquence, les appelantes affirment que si le Tribunal a fait erreur, ce ne peut être que dans l'application aux faits du bon critère juridique. Une telle erreur, d'affirmer les appelantes, est une erreur de fait. Au soutien de leur thèse, elles citent un passage de l'arrêt de notre Cour *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 647:

Dans le contexte de l'al. 32(1)c), le processus suivi et les critères utilisés pour déterminer le caractère «indu» sont des questions de droit et comme telles sont susceptibles de révision par une cour d'appel. L'application de ce processus et de ces critères, c'est-à-dire l'examen complet, portant souvent sur des questions d'ordre économique compliquées, en vue de déterminer si l'accord attaqué était une limitation indue de la concurrence, reste une question de fait. La règle générale voulant que les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions de fait du juge du procès s'applique avec une force particulière dans une affaire complexe comme la présente.

Les deux thèses, en tant que telles, sont exactes. Si le Tribunal a effectivement fait abstraction d'éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit. De même, s'il a tenu compte de tous les types de preuve requis, mais qu'il a néanmoins tiré la mauvaise conclusion, son erreur est alors une erreur de droit et de fait. En conséquence, la question est de savoir si le Tribunal a commis l'erreur que lui reproche l'intimé.

Même un examen superficiel des motifs du Tribunal révèle qu'il n'a pas omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents. L'intimé prétend — point sur lequel la Cour d'appel fédérale a dit être d'accord avec lui — que le Tribunal a fait

evidence of functional interchangeability and of inter-industry competition. But this overlooks the 14 pages that the Tribunal devoted to functional interchangeability, and the 28 pages that the Tribunal devoted to inter-industry competition. See pp. 191-218 and pp. 225-38. A great part, if not actually the bulk of the Tribunal's decision is taken up with an examination of the very factors that the respondent says it ignored. Therefore, the Tribunal did not err in law by failing to consider relevant factors.

43

The suggestion remains, however, that the Tribunal might have erred in law by failing to accord adequate weight to certain factors. The problem with this suggestion is that it is inimical to the very notion of a balancing test. A balancing test is a legal rule whose application should be subtle and flexible, but not mechanical. It would be dangerous in the extreme to accord certain kinds of evidence decisive weight as, for example, by saying that evidence of inter-industry competition should always be sufficient to prove that two companies are operating in the same market. A test would be stilted and impossible of application if it purported to assign fixed weights to certain factors as, for example, by saying that evidence of inter-industry competition should weigh 10 times as heavily in the Tribunal's deliberations as does evidence of physical similarities between the products in question. These sorts of things are not readily quantifiable. They should not be considered as matters of law but should be left initially at least to determination by the Tribunal. The most that can be said, as a matter of law, is that the Tribunal should consider each factor; but the according of weight to the factors should be left to the Tribunal.

44

It seems, then, that if the Tribunal erred, it was in applying the law to the facts; and that is a matter of mixed law and fact. This is especially so if, as here, the legal principle being applied involves a balancing test, because with a typical multi-

abstraction de la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle et de la concurrence interindustrielle. Cette thèse passe toutefois sous silence les 14 pages que le Tribunal a consacrées à l'interchangeabilité fonctionnelle et les 28 pages qu'il a consacrées à la concurrence interindustrielle. Voir les pages 191 à 218 et 225 à 238. Une grande partie, sinon la majeure partie de la décision du Tribunal examine les facteurs mêmes dont, au dire de l'intimé, il aurait fait abstraction. Par conséquent, le Tribunal n'a pas omis de tenir compte de facteurs pertinents et il n'a donc pas commis d'erreur de droit à ce titre.

Il reste cependant l'argument que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en n'accordant pas un poids suffisant à certains facteurs. Le problème que pose cet argument est qu'il est incompatible avec la notion même de critère de pondération. Un tel critère est une règle de droit qui doit être appliquée non pas mécaniquement, mais de manière souple et subtile. Il serait extrêmement dangereux d'accorder à certains types de preuve un poids décisif, par exemple en disant que la preuve de l'existence de la concurrence interindustrielle est toujours suffisante pour établir que deux sociétés exercent leurs activités sur le même marché. Un critère serait artificiel et impossible à appliquer s'il prétendait accorder un poids fixe à certains facteurs, par exemple si, suivant ce critère, la preuve de la concurrence interindustrielle avait 10 fois plus de poids dans les délibérations du Tribunal que la preuve de ressemblances physiques entre les produits en cause. Les choses de ce genre ne sont pas facilement quantifiables. Elles ne devraient pas être considérées comme des questions de droit, mais plutôt être laissées, du moins au départ, à l'appréciation du Tribunal. Tout au plus est-il possible d'affirmer, en droit, que le Tribunal doit tenir compte de chacun des facteurs; l'appréciation du poids des divers facteurs doit cependant être laissée au Tribunal.

Il semble donc que si le Tribunal a commis une erreur c'est en appliquant le droit aux faits; ce qui est une question de droit et de fait. C'est particulièrement vrai dans les cas où, comme en l'espèce, le principe de droit appliqué comporte un critère de

factored balancing test so many factors weigh in the balance that a duplication of any one set of relevant circumstances in the future is unlikely. At the outside, the decision of the Tribunal in this case stands for the proposition that a large daily newspaper does not compete for retail advertising business with small community newspapers though probably it does not stand even for so general a proposition as that, because the Tribunal's decision rested in part on its assessment of the behaviour of these parties. Depending as it does so fully on the facts and circumstances of the case, the decision is too particular to have any great value as a general precedent.

In short, the Tribunal forged no new legal principle, and so its error, if there was an error, can only have been of mixed law and fact. It should be noted that no one has suggested that the Tribunal erred in its findings of fact. All of this tends to suggest that some measure of deference is owed to the decision of the Tribunal because, to paraphrase what Gonthier J. stated in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the conclusions of the Tribunal on questions of mixed law and fact.

C. The Words of the Tribunal's Constatting Statute

Section 13 of the *Competition Tribunal Act* confers a right of appeal from orders and decisions of the Tribunal:

13. (1) Subject to subsection (2), an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order, whether final, interlocutory or interim, of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court — Trial Division.

(2) An appeal on a question of fact lies under subsection (1) only with the leave of the Federal Court of Appeal.

That Parliament granted such a broad, even unfettered right of appeal, as if from a judgment of a

pondération, car dans le cas d'un critère de pondération typique comptant de multiples facteurs, tant d'éléments doivent être examinés qu'il est peu probable qu'un ensemble donné de faits pertinents se reproduise dans l'avenir. À la limite, la décision rendue par le Tribunal en l'espèce permet d'affirmer qu'un grand quotidien ne fait pas concurrence aux petits journaux communautaires pour le marché de la publicité-détaillants, encore que la décision du Tribunal n'étaye probablement même pas une proposition aussi générale, puisqu'elle reposait en partie sur son appréciation du comportement des parties en cause. Comme la décision est aussi entièrement tribunaire des faits et circonstances de l'espèce, elle est trop particulière pour avoir une valeur considérable à titre de précédent de portée générale.

Bref, le Tribunal n'a forgé aucun nouveau principe de droit, de sorte que son erreur, si tant est qu'il en ait commis une, ne peut être qu'une erreur de droit et de fait. Il convient de signaler que personne n'a prétendu que le Tribunal a tiré des conclusions de fait erronées. Tout cela tend à indiquer qu'il y a lieu de faire preuve d'un certain degré de retenue à l'égard de la décision du Tribunal, parce que, pour paraphraser les propos du juge Gonthier dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, les cours d'appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions du juge du procès sur les questions de droit et de fait.

C. Le libellé de la loi constitutive du Tribunal

L'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* établit le droit d'interjeter appel des ordonnances et des décisions du Tribunal:

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour.

(2) Un appel sur une question de fait n'a lieu qu'avec l'autorisation de la Cour d'appel fédérale.

Le fait que le législateur ait accordé un droit d'appel aussi large, et même inconditionnel, tout

trial court, perhaps counsels a less-than-deferential posture for appellate courts than would be appropriate if a privative clause were present. However, as this Court has noted several times recently, the absence of a privative clause does not settle the question. See *Pezim*, *supra*, at p. 591; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746.

D. *The Purpose of the Statute that the Tribunal Administers*

47 Parliament has described the purpose of the *Competition Act* in the following terms:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

Competition Act, s. 1.1, as am. by R.S.C., 1985, c. 19, s. 19 (2nd Supp.).

48 The aims of the Act are more "economic" than they are strictly "legal". The "efficiency and adaptability of the Canadian economy" and the relationships among Canadian companies and their foreign competitors are matters that business women and men and economists are better able to understand than is a typical judge. Perhaps recognizing this, Parliament created a specialized Competition Tribunal and invested it with responsibility for the administration of the civil part of the *Competition Act*. See *Competition Tribunal Act*, s. 8(1).

49 This Court has said in the past that the Tribunal is especially well-suited to the task of overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic:

comme s'il s'agissait de jugements d'une cour de première instance, engage peut-être à une moins grande retenue de la part des cours d'appel que ce ne serait le cas s'il y avait une clause privative. Toutefois, comme notre Cour l'a souligné à plusieurs reprises récemment, l'absence d'une clause privative ne décide pas la question. Voir *Pezim*, précité, à la p. 591, et *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746.

D. *L'objet de la loi appliquée par le Tribunal*

Le Parlement a énoncé l'objet de la *Loi sur la concurrence* dans les termes suivants:

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Loi sur la concurrence, art. 1.1, mod. par L.R.C. (1985), ch. 19, art. 19 (2^e suppl.).

Il est assez clair que les objectifs visés par la Loi sont davantage «économiques» que strictement «juridiques». «[L]adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne» et les relations entre les entreprises canadiennes et leurs concurrents étrangers sont des questions que les gens d'affaires et les économistes sont plus à même de comprendre que les juges en général. C'est peut-être pour tenir compte de ce fait que le Parlement a créé un tribunal spécialisé dans le domaine de la concurrence et l'a chargé de l'application de la partie civile de la *Loi sur la concurrence*. Voir la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, par. 8(1).

Dans le passé, notre Cour a dit que le Tribunal est particulièrement bien placé pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques:

Section 8(1) [of the *Competition Tribunal Act*] confirms the jurisdiction of the Tribunal over Part VIII. The civil part of the [*Competition Act*] therefore falls entirely under the Tribunal's jurisdiction. It is readily apparent from the [*Competition Act*] and the [*Competition Tribunal Act*] that Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII [of the *Competition Act*], since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers.

Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal), [1992] 2 S.C.R. 394, at p. 406.

Because an appellate court is likely to encounter difficulties in understanding the economic and commercial ramifications of the Tribunal's decisions and consequently to be less able to secure the fulfilment of the purpose of the *Competition Act* than is the Tribunal, the natural inference is that the purpose of the Act is better served by appellate deference to the Tribunal's decisions.

E. *The Area of the Tribunal's Expertise*

Expertise, which in this case overlaps with the purpose of the statute that the tribunal administers, is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review. This Court has said as much several times before, though perhaps never so clearly as in the following passage, from *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada* ..., it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

As I have already said, the Tribunal's expertise lies in economics and in commerce. The Tribunal

Le paragraphe 8(1) de la [*Loi sur le Tribunal de la concurrence*] confirme la compétence du Tribunal à l'égard de la partie VIII. Par conséquent, la partie civile de la [*Loi sur la concurrence*] relève entièrement de la compétence du Tribunal. Il ressort nettement de la [*Loi sur la concurrence*] et de la [*Loi sur le Tribunal de la concurrence*] que le législateur a créé le Tribunal comme organisme spécialisé chargé de traiter uniquement et exclusivement de la partie VIII de la [*Loi sur la concurrence*], puisqu'elle vise des questions complexes de droit en matière de concurrence comme les abus de position dominante et les fusions.

Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence), [1992] 2 R.C.S. 394, à la p. 406.

Comme les cours d'appel sont susceptibles d'éprouver de la difficulté à bien saisir les ramifications économiques et commerciales des décisions du Tribunal et que, par conséquent, elles sont moins aptes que celui-ci à voir à la réalisation de l'objet de la *Loi sur la concurrence*, il est logique d'en déduire que l'objet de la Loi est mieux servi si les cours d'appel font montre de retenue à l'égard des décisions du Tribunal.

E. *Le champ d'expertise du Tribunal*

L'expertise, qui en l'espèce se confond avec l'objet de la loi appliquée par le tribunal, est le facteur le plus important qu'une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable. Notre Cour l'a maintes fois répété, mais peut-être jamais aussi clairement que dans le passage suivant de l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 335:

... [l']expertise [du tribunal] est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada* [...], on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Comme je l'ai dit plus tôt, le champ d'expertise du Tribunal consiste dans les questions écono-

comprises not more than four judicial members, all of whom are judges of the Federal Court — Trial Division, and not more than eight lay members, who are appointed on the advice of a council of persons learned in “economics, industry, commerce or public affairs”. See *Competition Tribunal Act*, s. 3. The preponderance of lay members reflects the judgment of Parliament that, for purposes of administering the *Competition Act*, economic or commercial expertise is more desirable and important than legal acumen.

52

The particular dispute in this case concerns the definition of the relevant product market — a matter that falls squarely within the area of the Tribunal’s economic or commercial expertise. Undeniably, the determination of cross-elasticity of demand, which is in theory the truest *indicium* of the dimensions of a product market, requires some economic or statistical skill. But even an assessment of indirect evidence of substitutability, such as evidence that two kinds of products are functionally interchangeable, needs a variety of discernment that has more to do with business experience than with legal training. Someone with experience in business will be better able to predict likely consumer behaviour than a judge will be. What is more, indirect evidence is useful only as a surrogate for cross-elasticity of demand, so that what is required in the end is an assessment of the economic significance of the evidence; and to this task an economist is almost by definition better suited than is a judge.

53

All of this is not to say that judges are somehow incompetent in matters of competition law. Significantly, Parliament mandated that the Tribunal should include judicial members, and that the Chairman should always be a judge. See *Competition Tribunal Act*, s. 4. Clearly it was Parliament’s view that questions of competition law are not

miques et commerciales. Le Tribunal se compose d’au plus quatre juges, tous de la Section de première instance de la Cour fédérale, et d’au plus huit autres membres nommés sur l’avis d’un conseil consultatif composé de personnes versées dans «les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles». Voir la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, art. 3. La prépondérance, en nombre, des membres qui ne sont pas juges témoigne du fait que le Parlement a estimé que, pour l’application de la *Loi sur la concurrence*, l’expertise en matière économique et commerciale est plus souhaitable et plus importante que la connaissance profonde du droit.

Dans le présent pourvoi, le point particulier en litige concerne la définition du marché pertinent pour ce qui est du produit — question qui relève nettement de l’expertise du Tribunal en matière économique et commerciale. Il est indéniable que pour déterminer l’élasticité croisée de la demande, qui est en théorie l’indice le plus juste des dimensions du marché d’un produit, il faut certaines connaissances en économie ou en statistique. Toutefois, même l’appréciation de la preuve indirecte du caractère substitutif, par exemple la preuve que deux types de produit sont fonctionnellement interchangeables, exige une capacité de discernement participant davantage de l’expérience des affaires que de la formation juridique. Des gens d’affaires expérimentés sont plus aptes qu’un juge à prédire le comportement probable des consommateurs. Qui plus est, la preuve indirecte n’est utile qu’en tant que facteur de remplacement de l’élasticité croisée de la demande, de sorte que ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c’est l’appréciation de l’importance de la preuve sur le plan économique, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu’un juge.

Cela ne revient pas à dire que les juges sont d’une certaine manière incompetents en ce qui concerne le droit de la concurrence. Il importe de rappeler que le Parlement a prescrit que le Tribunal devait compter des juges et que le président de celui-ci soit toujours un juge. Voir la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, art. 4. De toute évidence,

altogether beyond the ken of judges. However, one of the principal roles of the judicial members is to decide such questions of pure law as may arise before the Tribunal. Over those questions they have exclusive jurisdiction. See, *supra*, at s. 12(1)(a). But over questions of fact and of mixed law and fact, the judicial members share their jurisdiction with the lay members. See, *supra*, at s. 12(1)(b). Thus, while judges are able to pronounce on questions of the latter kind, they may do so only together with the lay members; and, in a typically constituted panel, such as the one that sat in this case, the lay members outnumber the judicial ones, so that in the event of a disagreement between the two camps, the lay members as a group will prevail. This makes sense because, as I have observed, the expertise of the lay members is invaluable in the application of the principles of competition law.

F. The Standard

In my view, considering all of the factors I have canvassed, what is dictated is a standard more deferential than correctness but less deferential than "not patently unreasonable". Several considerations counsel deference: the fact that the dispute is over a question of mixed law and fact; the fact that the purpose of the *Competition Act* is broadly economic, and so is better served by the exercise of economic judgment; and the fact that the application of principles of competition law falls squarely within the area of the Tribunal's expertise. Other considerations counsel a more exacting form of review: the existence of an unfettered statutory right of appeal from decisions of the Tribunal and the presence of judges on the Tribunal. Because there are indications both ways, the proper standard of review falls somewhere between the ends of the spectrum. Because the expertise of the Tribunal, which is the most important consideration,

le Parlement a estimé que les questions de droit de la concurrence ne sont pas tout à fait hors de la portée des juges. Toutefois, un des rôles principaux des juges est de trancher les questions de droit pur auxquelles est appelé à répondre le Tribunal. Ils possèdent une compétence exclusive sur ces questions. Voir, *ibid.*, al. 12(1)a). Toutefois, sur les questions de fait ou de droit et de fait, ils partagent leur compétence avec les autres membres du Tribunal. Voir, *ibid.*, al. 12(1)b). Ainsi, bien que les juges puissent se prononcer sur le dernier type de questions mentionné, ils ne peuvent le faire que de concert avec les autres membres. Au sein d'une formation ordinaire, telle celle qui a entendu la présente affaire, les juges sont en minorité, de sorte qu'en cas de désaccord entre les deux groupes, le point de vue des autres membres l'emporte. Un tel fonctionnement est logique parce que, comme je l'ai fait observer, l'expertise de ces derniers est inestimable pour l'application des principes du droit de la concurrence.

F. La norme

À mon avis, compte tenu de tous les facteurs que j'ai examinés, la norme qui s'impose en est une qui exige une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision «non manifestement déraisonnable». Plusieurs considérations appellent à la retenue: le fait que le litige porte sur une question de droit et de fait; le fait que l'objet de la *Loi sur la concurrence* a un caractère largement économique et que, en conséquence, le jugement porté par des économistes en favorisera davantage la réalisation; le fait que l'application des principes du droit de la concurrence relève nettement du champ d'expertise du Tribunal. D'autres considérations conseillent une forme de contrôle plus exigeante: l'existence d'un droit inconditionnel, prévu par la loi, d'interjeter appel des décisions du Tribunal; la présence de juges au sein du Tribunal. Comme il existe des facteurs en faveur de l'une et l'autre des thèses, la norme de contrôle appropriée se situe à quelque part entre les deux extrémités du spectre. Étant donné que l'expertise du Tribunal, qui est la considération la plus importante, suggère de faire montre de retenue, il est justifié d'appliquer une

suggests deference, a posture more deferential than exacting is warranted.

55

I wish to emphasize that the need to find a middle ground in cases like this one is almost a necessary consequence of our standard-of-review jurisprudence. Because appeal lies by statutory right from the Tribunal's decisions on questions of mixed law and fact, the reviewing court need not confine itself to the search for errors that are patently unreasonable. The standard of patent unreasonableness is principally a jurisdictional test and, as I have said, the statutory right of appeal puts the jurisdictional question to rest. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237. But on the other hand, appeal from a decision of an expert tribunal is not exactly like appeal from a decision of a trial court. Presumably if Parliament entrusts a certain matter to a tribunal and not (initially at least) to the courts, it is because the tribunal enjoys some advantage that judges do not. For that reason alone, review of the decision of a tribunal should often be on a standard more deferential than correctness. Accordingly, a third standard is needed.

56

I conclude that the third standard should be whether the decision of the Tribunal is unreasonable. This test is to be distinguished from the most deferential standard of review, which requires courts to consider whether a tribunal's decision is patently unreasonable. An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the

norme faisant plus de place à la retenue qu'à la sévérité.

Je tiens à souligner que la nécessité de trouver une solution mitoyenne dans les cas comme celui qui nous intéresse est presque une conséquence inévitable de notre jurisprudence en matière de norme de contrôle. Étant donné que la loi établit le droit d'interjeter appel des décisions du Tribunal sur les questions de droit et de fait, la cour chargée du contrôle de ces décisions n'est pas tenue de se limiter à y chercher des erreurs manifestement déraisonnables. La norme du caractère manifestement déraisonnable est principalement un critère applicable aux questions de compétence et, comme je l'ai dit, le droit d'appel prévu par la loi règle la question de la compétence en l'espèce. Voir l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237. Par ailleurs, l'appel d'une décision d'un tribunal administratif spécialisé n'est pas exactement comme un appel formé contre une décision d'une cour de première instance. Si le Parlement confie l'examen de certaines questions à un tribunal administratif plutôt qu'aux tribunaux ordinaires (du moins en première instance), il est permis de présumer que c'est parce que le tribunal administratif apporte un certain avantage que les juges ne sont pas en mesure d'offrir. Pour cette seule raison, le contrôle des décisions d'un tribunal administratif doit souvent se faire non pas en regard de la norme de la décision correcte, mais en fonction d'une norme exigeant de faire montre de retenue. En conséquence, une troisième norme est nécessaire.

Je conclus que cette troisième norme devrait être fondée sur la question de savoir si la décision du Tribunal est déraisonnable. Ce critère doit être distingué de la norme de contrôle qui appelle le plus haut degré de retenue, et en vertu de laquelle les tribunaux doivent dire si la décision du tribunal administratif est manifestement déraisonnable. Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il

evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it. An example of the former kind of defect would be an assumption that had no basis in the evidence, or that was contrary to the overwhelming weight of the evidence. An example of the latter kind of defect would be a contradiction in the premises or an invalid inference.

The difference between "unreasonable" and "patently unreasonable" lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, "[i]n the Shorter Oxford English Dictionary 'patently', an adverb, is defined as 'openly, evidently, clearly'". This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. See *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1370, per Gonthier J.; see also *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 47, per Cory J. But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident.

The standard of reasonableness *simpliciter* is the same standard that was applied in *Pezim*, and for good reason: the parallels between this case and that one are obvious. *Pezim* involved the decision

existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s'il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve. Un exemple du premier type de défaut serait une hypothèse qui n'avait aucune assise dans la preuve ou qui allait à l'encontre de l'essentiel de la preuve. Un exemple du deuxième type de défaut serait une contradiction dans les prémisses ou encore une inférence non valable.

La différence entre «déraisonnable» et de «manifestement déraisonnable» réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l'a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, «[d]ans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente»». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu'il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d'être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. Voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1370, le juge Gonthier; voir aussi *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, au par. 47, le juge Cory. Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira.

La norme de la décision raisonnable *simpliciter* est celle-là même qui a été appliquée dans *Pezim*, et à juste titre: les parallèles entre cet arrêt et le présent pourvoi sont évidents. L'affaire *Pezim* por-

of a securities commission, one of whose tasks was to be sensitive to and enhance capital market efficiency; this appeal involves the decision of the Tribunal, one of whose tasks is to recognize and in its own way to promote the efficiency of the Canadian economy. In *Pezim*, appeals from decisions of the securities commission lay as of right; in this case, appeals from decisions of the Tribunal lie as of right. The questions in *Pezim* were entirely within the competence of the commission to answer; the question in this appeal is entirely within the competence of the Tribunal to answer. The principal difference between *Pezim* and this case is that *Pezim* involved what were called questions of law. However, as I have already explained, the questions in that case were questions of law only in a somewhat attenuated sense. The difference between the questions in the two cases is therefore not as great as it might at first seem.

tait sur une décision rendue par une commission des valeurs mobilières, dont l'une des tâches était de surveiller le marché des capitaux et de favoriser son bon fonctionnement; le présent pourvoi concerne une décision du Tribunal, dont l'une des tâches est de reconnaître et de stimuler à sa manière l'efficacité de l'économie canadienne. Dans *Pezim*, les décisions de la commission étaient susceptibles d'appel de plein droit; il en est de même des décisions du Tribunal en l'espèce. Dans *Pezim*, les questions relevaient entièrement de la compétence de la commission; en l'espèce, la question en cause relève entièrement de la compétence du Tribunal. La principale différence entre l'affaire *Pezim* et celle qui nous occupe est que la première portait sur ce qu'on a appelé des questions de droit. Toutefois, comme je l'ai expliqué plus tôt, les questions en litige dans cet arrêt n'étaient des questions de droit que dans un sens un peu atténué. La différence entre les questions dans les deux affaires n'est donc pas aussi grande qu'elle pourrait le sembler à première vue.

59

The standard of reasonableness *simpliciter* is also closely akin to the standard that this Court has said should be applied in reviewing findings of fact by trial judges. In *Stein v. "Kathy K" (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 806, Ritchie J. described the standard in the following terms:

... the accepted approach of a court of appeal is to test the findings [of fact] made at trial on the basis of whether or not they were clearly wrong rather than whether they accorded with that court's view of the balance of probability. [Emphasis added.]

La norme de la décision raisonnable *simpliciter* se rapproche également de la norme que notre Cour a déclaré applicable pour le contrôle des conclusions de fait des juges de première instance. Dans *Stein c. «Kathy K» (Le navire)*, [1976] 1 R.C.S. 802, à la p. 806, le juge Ritchie a décrit la norme dans les termes suivants:

... il est généralement admis qu'une cour d'appel doit se prononcer sur les conclusions tirées en première instance en recherchant si elles sont manifestement erronées et non si elles s'accordent avec l'opinion de la Cour d'appel sur la prépondérance des probabilités. [Je souligne.]

60

Even as a matter of semantics, the closeness of the "clearly wrong" test to the standard of reasonableness *simpliciter* is obvious. It is true that many things are wrong that are not unreasonable; but when "clearly" is added to "wrong", the meaning is brought much nearer to that of "unreasonable". Consequently, the clearly wrong test represents a striking out from the correctness test in the direction of deference. But the clearly wrong test does not go so far as the standard of patent unreasonableness. For if many things are wrong that are not

Même d'un point de vue sémantique, le rapport étroit entre le critère de la décision «manifestement erronée» et la norme de la décision raisonnable *simpliciter* est évident. Il est vrai que bien des choses erronées ne sont pas pour autant déraisonnables; mais quand le mot «manifestement» est accolé au mot «erroné», ce dernier mot prend un sens beaucoup plus proche de celui du mot «déraisonnable». Par conséquent, le critère de la décision manifestement erronée marque un déplacement, du critère de la décision correcte vers un critère exi-

unreasonable, then many things are clearly wrong that are not patently unreasonable (on the assumption that "clearly" and "patently" are close synonyms). It follows, then, that the clearly wrong test, like the standard of reasonableness *simpliciter*, falls on the *continuum* between correctness and the standard of patent unreasonableness. Because the clearly wrong test is familiar to Canadian judges, it may serve as a guide to them in applying the standard of reasonableness *simpliciter*.

Putting all of the foregoing considerations into the balance and taking my cue from this Court's decisions on the subject, including particularly relatively recent decisions, I am of the view that decisions of the Tribunal should be subject to review on a reasonableness standard. That this standard is appropriate and sensible becomes clear when one considers the complexity of economic life in our country and the need for effective regulatory instruments administered by those most knowledgeable and informed about what is being regulated. It bears noting, however, that the standard I have chosen permits recourse to the courts for judicial intervention in cases in which the Tribunal has been shown to have acted unreasonably.

In the final result, the standard of reasonableness simply instructs reviewing courts to accord considerable weight to the views of tribunals about matters with respect to which they have significant expertise. While a policy of deference to expertise may take the form of a particular standard of review, at bottom the issue is the weight that should be accorded to expert opinions. In other words, deference in terms of a "standard of reasonableness" and deference in terms of "weight" are two sides of the same coin. In this respect, I agree

geant l'application de retenue. Cependant, le critère de la décision manifestement erronée ne va pas aussi loin que la norme du caractère manifestement déraisonnable. Car s'il existe bien des choses qui sont erronées sans être déraisonnables, il y a également bien des choses qui sont manifestement erronées sans pour autant être manifestement déraisonnables. Il s'ensuit donc que le critère de la décision manifestement erronée, tout comme la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, s'inscrit sur le continuum, entre la norme de la décision correcte et celle du caractère manifestement déraisonnable. Parce que le critère de la décision manifestement erronée est bien connu des juges au Canada, il peut leur servir de guide dans l'application de la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

Soupesant toutes ces considérations, à la lumière des arrêts de notre Cour sur la question, y compris d'arrêts assez récents, je suis d'avis que les décisions du Tribunal sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision raisonnable. Le caractère approprié et judicieux de cette norme est évident, compte tenu de la complexité de notre économie et du besoin d'instruments de réglementation efficaces, appliqués par ceux qui sont les plus compétents et les mieux renseignés sur l'objet de la réglementation. Il convient toutefois de signaler que la norme que j'ai choisie permet l'intervention des tribunaux judiciaires dans les cas où il est établi que le tribunal administratif a agi de façon déraisonnable.

En définitive, la norme de la décision raisonnable ne fait que dire aux cours chargées de contrôler les décisions des tribunaux administratifs d'accorder un poids considérable aux vues exprimées par ces tribunaux sur les questions à l'égard desquelles ceux-ci possèdent une grande expertise. Même si le respect d'une politique de retenue en faveur de l'expertise peut se traduire par une norme de contrôle particulière, au fond, la question qui se pose est celle du poids qui doit être accordé aux opinions des experts. En d'autres mots, la retenue examinée en fonction de la «norme de la décision raisonnable» et la retenue examinée en fonction du

with Kerans, *supra*, at p. 17, who has described deference to expertise in the following way:

Experts, in our society, are called that precisely because they can arrive at well-informed and rational conclusions. If that is so, they should be able to explain, to a fair-minded but less well-informed observer, the reasons for their conclusions. If they cannot, they are not very expert. If something is worth knowing and relying upon, it is worth telling. Expertise commands deference only when the expert is coherent. Expertise loses a right to deference when it is not defensible. That said, it seems obvious that [appellate courts] manifestly must give great weight to cogent views thus articulated. [Emphasis added.]

G. Application of the Standard

63 The question, then, is whether the Tribunal acted unreasonably when it decided that Southam's daily newspapers and community newspapers are in different product markets. I conclude that it did not.

64 The Federal Court of Appeal identified what it thought were two defects in the Tribunal's decision. The first is that the Tribunal failed to consider evidence that daily newspapers and community newspapers are functionally interchangeable. The second is that the Tribunal failed to consider evidence that Southam considered the community newspapers to be its principal rivals in the Lower Mainland.

65 By "functional interchangeability", the Federal Court of Appeal apparently meant "end use" or "purpose". See pp. 636-37. The Tribunal, for its part, elaborated (at pp. 225-38) at great length on the use to which advertisers put daily and community newspapers. At the end of 14 pages, it came to the conclusion with which the Federal Court of Appeal would later take issue: that advertisers use daily newspapers to reach consumers throughout

«poids [des opinions]» sont deux facettes d'un même problème. À cet égard, je suis d'accord avec M. Kerans, *op. cit.*, à la p. 17, qui a décrit ainsi la retenue qui doit être témoignée devant l'expertise:

[TRADUCTION] Dans notre société, les experts ont droit à ce titre précisément parce qu'ils sont capables de tirer des conclusions éclairées et rationnelles. Si c'est le cas, ils devraient être en mesure d'expliquer à un observateur impartial mais moins bien renseigné qu'eux les raisons justifiant leurs conclusions. S'ils ne sont pas capables de le faire, ce ne sont pas de grands experts. Si une conclusion vaut la peine d'être connue et mérite qu'on s'y fie, elle vaut la peine d'être exposée. L'expertise ne commande la retenue que si l'expert est cohérent. L'expertise perd le droit à la retenue, lorsque les opinions exprimées sont indéfendables. Cela dit, il semble évident que manifestement [les cours d'appels] doivent accorder un poids considérable aux opinions convaincantes exprimées de la manière indiquée. [Je souligne.]

G. L'application de la norme

La question est donc de savoir si le Tribunal a agi déraisonnablement lorsqu'il a décidé que les quotidiens de Southam et les journaux communautaires occupent des marchés différents pour ce qui est du produit. Je conclus qu'il n'a pas agi déraisonnablement.

La Cour d'appel fédérale a décelé ce qu'elle a jugé être deux défauts dans la décision du Tribunal. Le premier est que le Tribunal aurait omis de tenir compte d'éléments de preuve indiquant que les quotidiens et les journaux communautaires sont fonctionnellement interchangeables. Le deuxième est que le Tribunal aurait omis de prendre en compte des éléments de preuve indiquant que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents dans le Lower Mainland.

Par «interchangeabilité fonctionnelle», la Cour d'appel fédérale voulait apparemment dire «utilisation finale» ou «fin». Voir les pp. 636 et 637. Quant à lui, le Tribunal s'est longuement attardé (aux pp. 225 à 238) à l'utilisation que les annonceurs font des quotidiens et des journaux communautaires. Au terme de 14 pages d'analyse, le Tribunal a tiré la conclusion que la Cour d'appel fédérale allait plus tard contester: les annonceurs

the entire Lower Mainland and use community newspapers to reach smaller, "local" audiences.

The Federal Court of Appeal quarrelled with this conclusion on several grounds. Its first, and most general objection, was to the weight that the Tribunal assigned to the criterion of functional interchangeability. In the court's view, at p. 635, the Tribunal gave this important criterion short shrift: "the Tribunal clearly failed to consider the importance of functional interchangeability, which is not simply one of many criteria to be considered but a central part of the framework". However, as I have already noted, the weighing of criteria in a balancing test must be largely a matter of discretion. The very purpose of a multi-factored test, such as the one that the Tribunal used to determine the dimensions of the relevant product market, is to permit triers of fact to do justice in diverse particular cases.

As a general matter, in cases like this one, the aims and objectives of the statute may not be served by assigning principal or overriding importance to any one factor. It cannot be said as a matter of law that evidence of functional interchangeability should weigh more heavily in the balance than other kinds of evidence. The question therefore must be whether the Tribunal's attention to functional interchangeability was reasonable on the facts of this case.

For my part, I cannot say that the Tribunal acted unreasonably to discount the evidence of functional interchangeability. It had its reasons for doing so, and those reasons cannot be said to be without foundation or logical coherence. In particular, the Tribunal seems to have thought that daily newspapers and community newspapers serve different purposes. The former appeal to large advertisers who wish to convey their message throughout a metropolitan region. The latter appeal to smaller advertisers, who wish to reach all or many

utilisent les quotidiens pour rejoindre les consommateurs dans tout le Lower Mainland, et ils utilisent les journaux communautaires pour rejoindre des clientèles «locales» plus restreintes.

La Cour d'appel fédérale a mis cette conclusion en doute pour plusieurs motifs. Sa première objection et aussi la plus générale concernait le poids que le Tribunal avait accordé au critère de l'interchangeabilité fonctionnelle. De l'avis de la Cour d'appel fédérale, à la p. 635, le Tribunal avait fait peu de cas de ce critère important: il «a manifestement omis de tenir compte de l'importance de l'interchangeabilité fonctionnelle, qui n'est pas simplement un critère parmi d'autres à prendre en considération, mais une partie centrale du cadre». Toutefois, comme je l'ai déjà signalé, l'appréciation des divers éléments d'un critère de pondération doit, dans une large mesure, être laissée au pouvoir discrétionnaire du décideur. L'objet même d'un critère comportant de multiples facteurs, tel celui qu'a utilisé le Tribunal pour déterminer les dimensions du marché pertinent pour ce qui est du produit, est de permettre au juge des faits de rendre justice dans des situations de fait particulières.

En règle générale, dans des affaires comme celle qui nous occupe, il est possible que le fait d'accorder une importance primordiale ou prépondérante à un facteur donné ne favorise pas la réalisation des buts et des objectifs de la loi. Il est impossible d'affirmer, en droit, que la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle devrait avoir plus de poids que d'autres types de preuve. La question est donc de savoir si l'attention accordée par le Tribunal à l'interchangeabilité fonctionnelle était raisonnable compte tenu des faits de l'espèce.

Quant à moi, je ne peux affirmer que le Tribunal a agi déraisonnablement en écartant la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle. Il avait ses raisons pour le faire, et il est impossible d'affirmer que ces raisons sont sans fondement ou cohérence logique. En particulier, le Tribunal semble avoir été d'avis que les quotidiens et les journaux communautaires servent des fins différentes. Les premiers intéressent les gros annonceurs qui veulent transmettre leur message sur tout le territoire d'une grande agglomération. Les seconds intéressent les

66

67

68

of the consumers living in a particular neighbourhood or district of a city. See the Tribunal's decision at p. 238. While I might not agree, as a matter of empirical "fact", that this description of the purposes of the respective kinds of newspaper is exhaustive, I think that it is not without its reasons. It is reasonable, if only reasonable, to suppose that advertisers are sufficiently discerning about the media they employ that they are unlikely to respond to changes in the relative prices of the two kinds of newspaper by taking their business from the one to the other. Fortunately for the Tribunal, its decision need only be reasonable and not necessarily correct.

69

However, that does not finish the matter. The Federal Court of Appeal had two other difficulties with the Tribunal's approach, and they appear to go to the reasoning that underlies the Tribunal's conclusion. The first is that it is inconsistent to lump together daily newspapers and community newspapers for purposes of distinguishing them from broadcast media but then to separate the two kinds of newspapers for purposes of distinguishing them from one another. The second is that the Tribunal's conclusion confuses geographical scope with purpose. Both alleged difficulties turn out on closer inspection not to be troubling.

70

The Federal Court of Appeal, at p. 636, described the first alleged difficulty in these terms: "If 'multiple price/product' advertising is a relevant purpose for distinguishing between print and electronic media then it must also be relevant as between advertising in daily and community newspapers". But, with respect, this conclusion does not follow. It is perfectly consistent to distinguish between the broadcast media and the print media on one ground and to distinguish further between two kinds of print media on another ground. Broadcasters attract advertisers who want to convey an "image". See the Tribunal's decision at p. 221. Newspapers attract advertisers who want to convey a great deal of specific information about a

plus petits annonceurs qui veulent rejoindre l'ensemble ou une grande partie des consommateurs habitant un quartier ou un district d'une ville. Voir la décision du Tribunal, à la p. 238. Quoique je pourrais ne pas être d'accord pour dire que, empiriquement, il s'agit là d'une description exhaustive des fins auxquelles servent ces divers types de journaux, j'estime néanmoins qu'elle n'est pas sans fondement. Il est à tout le moins raisonnable de supposer que les annonceurs choisissent avec suffisamment de perspicacité les médias qu'ils utilisent, et qu'il est donc peu probable qu'ils réagissent aux variations des prix relatifs des deux types de journaux en faisant passer leur clientèle de l'un à l'autre. Heureusement pour le Tribunal, il suffit que sa décision soit raisonnable, et pas nécessairement qu'elle soit correcte.

Toutefois, cela ne règle pas la question. La Cour d'appel fédérale a éprouvé deux autres difficultés à l'égard de l'approche du Tribunal, difficultés qui semblent toucher le raisonnement sur lequel repose la conclusion tirée par celui-ci. La première est qu'il est contradictoire de mettre dans le même panier les quotidiens et les journaux communautaires pour les distinguer des médias électroniques, puis de séparer les deux types de journaux dans le but de les distinguer les uns des autres. La deuxième difficulté est que la conclusion du Tribunal confond le rayonnement géographique et la fin. Or, il appert d'un examen approfondi que les deux difficultés invoquées ne sont pas troublantes.

La Cour d'appel fédérale, à la p. 636, a décrit en ces termes la première difficulté invoquée: «Si la publicité "multi-prix/multi-produits" est une fin pertinente pour faire la distinction entre les imprimés et les médias électroniques, alors elle doit également être pertinente pour faire la distinction entre la publicité dans les quotidiens et la publicité dans les journaux communautaires». En toute déférence, toutefois, cette conclusion n'est pas fondée. Il est parfaitement logique de faire une distinction entre les médias électroniques et la presse pour un motif donné, puis d'établir une distinction entre deux types de journaux pour un autre motif. La radio et la télévision attirent les annonceurs qui veulent projeter une «image de marque».

variety of products all at once. Accordingly, the two kinds of media serve different markets. However, from the fact that newspapers in general serve a certain broad class of advertiser, it does not follow that all newspapers serve precisely the same particular advertisers, or the same relevant advertising markets. Further division of the market is possible. Thus, daily newspapers serve advertisers who wish to reach even a relatively small proportion of people throughout a large region. Community newspapers serve advertisers who wish to reach a large proportion of people in a small region. See, *supra*, at p. 238. These markets are at least possibly, and therefore reasonably, different.

If the identification of an overarching, broad purpose that two kinds of products serve were sufficient to place those products in the same market, then all products could be placed in the same market, because all products serve the general purpose of satisfying consumers' needs. Certainly, following the Federal Court of Appeal's reasoning it would be possible to argue that broadcast media and print media are in the same market because both kinds of media serve advertisers. But it is not so, and the Federal Court of Appeal admitted at p. 636 that it is not so. The trick is to settle on the correct level of generality. Canadian courts have recognized as much in the past:

... speaking generally, it is of importance to bear in mind that the term "market" is a relative concept. In one sense, there is only one market in an economy since, to some extent, all products and services are substitutes for each other in competing for the customer's dollar.

In another sense, almost every firm has its own market since, in most industries, each firm's product is differentiated, to some extent, from that of all other firms.

Voir la décision du Tribunal, à la p. 221. Les journaux attirent les annonceurs qui veulent communiquer quantité de renseignements précis sur divers produits d'un seul coup. En conséquence, les deux types de médias desservent des marchés différents. Toutefois, du fait que les journaux en général répondent aux besoins d'une catégorie générale d'annonceurs, il ne s'ensuit pas que tous les journaux desservent précisément ces mêmes annonceurs ou les mêmes marchés publicitaires pertinents. Le marché peut être fragmenté davantage. Ainsi, les quotidiens sont utilisés par les annonceurs qui veulent rejoindre une proportion même relativement faible des foyers sur tout le territoire d'une grande région. Les journaux communautaires sont utilisés par les annonceurs qui veulent rejoindre une grande proportion des foyers dans une région restreinte. Voir, précité, à la p. 238. Il est à tout le moins possible, et donc raisonnable, que ces marchés soient différents.

S'il suffisait, pour situer deux types de produits sur le même marché, de déterminer qu'ils servent tous deux une fin générale dominante, tous les produits pourraient être dits sur le même marché, puisqu'ils visent tous la même fin générale, c'est-à-dire satisfaire les besoins des consommateurs. Certes, si l'on suivait le raisonnement de la Cour d'appel fédérale, il serait possible de soutenir que les médias électroniques et la presse sont sur le même marché parce que les deux types de médias sont utilisés par les annonceurs. Mais tel n'est pas le cas, et la Cour d'appel fédérale l'a reconnu à la p. 636. La solution c'est de s'en tenir au juste niveau de généralité. Les tribunaux canadiens ont reconnu ce fait dans le passé:

[TRADUCTION] ... d'une façon générale, il importe de se rappeler que le «marché» est un concept relatif. En un sens, il n'y a qu'un seul marché dans une économie puisque, dans une certaine mesure, tous les produits et services sont des substituts qui se disputent la clientèle des consommateurs.

Dans un autre sens, presque chaque entreprise a son propre marché puisque, dans la plupart des secteurs, le produit de chaque entreprise se différencie, jusqu'à un certain point, de celui de toutes les autres entreprises.

Defining the relevant market in any particular case, therefore, requires a balanced consideration of a number of characteristics or dimensions to meet the analytical needs of the specific matter under consideration.

The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd., [1968] 2 Ex. C.R. 275, at p. 305.

Pour définir le marché pertinent dans un cas donné, il faut donc soupeser un certain nombre de caractéristiques ou de dimensions afin de répondre aux besoins analytiques de la question précise en cause.

The Queen c. J. W. Mills & Son Ltd., [1968] 2 R.C. de l'É. 275, à la p. 305.

72

What has to be kept in mind is that purposes are as various as markets, and both come in different sizes. Consequently it is unhelpful to suggest that once a purpose has been identified, all those products that serve that purpose should be considered to fall within a single market. It is the correct or relevant purpose that must be found, which is to say the broadest purpose that is consistent with a high cross-elasticity of demand. For example, cars and tanks both serve the general purpose of conveying people from place to place. But no one would suggest that cars and tanks are in the same market. The reason is that consumers do not modify their car-purchasing behaviour in response to slight changes in the price of tanks, and governments do not modify their tank-purchasing behaviour in response to slight changes in the price of cars. A person who is in the market for a station wagon does not shop with an eye on the price of armaments. Again, the Minister of National Defence does not check prices at local car dealerships before announcing an acquisition of new military hardware.

Ce qu'il ne faut pas oublier c'est que les fins visées sont aussi diverses que les marchés, et que la taille des deux varie. En conséquence, il n'est pas utile d'affirmer qu'une fois qu'on a identifié une fin donnée, tous les produits qui servent cette fin doivent être considérés comme appartenant à un seul et même marché. Ce qu'il faut déterminer c'est la fin correcte ou pertinente, en d'autres mots la fin la plus générale qui est compatible avec une forte élasticité croisée de la demande. Par exemple, tant les automobiles que les chars d'assaut servent la fin générale qu'est le transport des personnes d'un lieu à un autre. Cependant, personne n'oserait affirmer que les voitures et les chars d'assaut visent un seul et même marché. La raison en est que les consommateurs ne vont pas modifier leur comportement en matière d'achat d'automobiles par suite de légères variations du prix des chars d'assaut, et que les États ne vont pas modifier leur comportement quant à l'achat de chars d'assaut en réponse à de légères variations du prix des automobiles. La personne qui se cherche une familiale ne se préoccupera pas du prix de l'armement. À l'inverse, le ministre de la Défense nationale ne vérifie pas les prix chez les concessionnaires automobiles avant d'annoncer l'achat de nouveau matériel de guerre.

73

The relevant purpose is a function of the psychology of consumption or preference. Consequently, in order to choose the relevant purpose, the adjudicator must possess in advance some idea about the behaviour of consumers. In this way, the purpose inquiry is a little circular. Tribunals inquire into purpose in order to get a grip on the tendency of consumers to substitute one product for another, but they will not hit on the right purpose unless they already have a notion of what consumers will substitute for what. This circularity does not, however, alter the fact that more is needed to establish functional interchangeability

La fin pertinente est fonction de la psychologie de la consommation ou des préférences. Par conséquent, pour déterminer la fin pertinente, le décideur doit avoir au préalable une certaine idée du comportement des consommateurs. De ce point de vue, la détermination de la fin a quelque chose de circulaire. En effet, on s'interroge sur la fin afin de discerner chez les consommateurs la tendance à substituer un produit à un autre, mais on ne découvrira pas la fin exacte à moins d'avoir déjà une idée des produits que les consommateurs sont disposés à remplacer par un autre. Cette circularité ne change cependant rien au fait qu'il faut davantage

than citation of a common purpose. That daily newspapers and community newspapers both seek the trade of "multiple price/product" advertisers does not show, without more, that they are competing in the same market. It was open to the Tribunal to conclude, after consulting evidence of the behaviour of advertisers, that purchasing decisions in the real world are taken on the basis of some more particular purpose than to convey information about several products at once.

The Federal Court of Appeal at p. 636-37 also took issue, at a theoretical level, with the Tribunal's attention to the geographic scope of the different kinds of newspapers:

But the fact that the community newspapers are more local in nature does not go to the question of functional interchangeability, but to the behaviour of buyers as to preference for geographical scope. This latter subjective factor should not be mingled with the purely objective factor of functional interchangeability which focuses on use or purpose.

Immediately, any argument that depends on a classification of purpose as "objective" is suspect. Purpose is at least, in part, a matter of intention and so is at least, in part, "subjective". Presumably, almost any object can be put to a multitude of uses. An axe handle, for example, can serve as a bludgeon or as an axe handle. The purpose it serves depends on the intention of the person in whose hand it is. In like manner, the purposes daily newspapers and community newspapers serve depend on the intentions of their users.

In the right hands, both could function as bird-cage liners or as wrapping for fish and chips. At times, both probably do. However, those functions are uninteresting because they are atypical, and the Tribunal was right not to mention them. But in order to exclude those purposes and settle on the relevant ones, the Tribunal had to consider, at least implicitly, the intentions of the users of the two kinds of newspaper. Therefore, it was not illegiti-

que la mention d'une fin commune pour établir l'interchangeabilité fonctionnelle. Le fait que les quotidiens et les journaux communautaires cherchent tous à s'accaparer la publicité «multi-prix/multi-produits» ne prouve pas, à lui seul, qu'ils se font concurrence sur le même marché. Il était loisible au Tribunal de conclure, après avoir pris connaissance de la preuve relative au comportement des annonceurs, que les décisions d'achat dans le monde réel sont prises en fonction d'un objectif plus particulier que celui de communiquer des renseignements sur plusieurs produits d'un seul coup.

La Cour d'appel fédérale, aux pp. 636 et 637, a également mis en doute, sur le plan théorique, l'importance accordée par le Tribunal à l'étendue géographique des divers types de journaux:

Toutefois, ce caractère plus local des journaux communautaires ne se rapporte pas à la question de l'interchangeabilité fonctionnelle, mais au comportement des acheteurs quant à leur préférence pour l'étendue géographique. Il ne faudrait pas confondre ce dernier facteur subjectif avec le facteur purement objectif qu'est l'interchangeabilité fonctionnelle, lequel est axé sur l'utilisation d'un produit ou les fins auxquelles il sert.

Au départ, tout argument qui dépend de la classification d'une fin comme étant «objective» est suspect. La fin est, en partie du moins, affaire d'intention, de sorte qu'elle est à tout le moins partiellement «subjective». Il est permis de supposer que pratiquement tout objet peut servir à une multitude de fins. Par exemple, un manche de hache peut servir de gourdin, ou tout simplement de manche de hache. La fin à laquelle il sert dépend de l'intention de celui qui en dispose. De même, les fins auxquelles servent les quotidiens et les journaux communautaires dépendent des intentions de leurs utilisateurs.

Selon la personne qui les a en main, les deux types de publications pourraient servir soit à couvrir le fond d'une cage à oiseaux soit à emballer du poisson et des frites à l'anglaise. À l'occasion, ils servent probablement à ces fins. Toutefois, ces utilisations sont sans intérêt car elles sont atypiques, et le Tribunal a eu raison de ne pas les mentionner. Toutefois, pour exclure ces fins et retenir les fins pertinentes, le Tribunal a dû examiner, du moins

74

75

mate for the Tribunal to look to what the Federal Court of Appeal at p. 636 called "preference for geographical scope". Reaching consumers throughout a large region is one purpose. Reaching consumers in a neighbourhood is another purpose. It does not matter that the difference between them is in the intention of the advertiser. Intention is a component of purpose. Of course, "objective" considerations also play a part. A newspaper cannot be an aircraft, however much someone might wish that it could be. And this is reflected in the Tribunal's distinction. A community newspaper cannot reach a large audience, however much an advertiser might wish that it could, and a daily newspaper cannot reach only the consumers in a small locality.

implicitement, les intentions des utilisateurs des deux types de journaux. En conséquence, il n'était pas illégitime que le Tribunal tienne compte de ce que la Cour d'appel fédérale a appelé, aux pp. 636 et 637, la «préférence pour l'étendue géographique». Rejoindre les consommateurs sur tout le territoire d'une vaste région est une fin. Rejoindre ceux habitant un quartier en est une autre. Il est sans importance que la différence entre ces deux fins réside dans l'intention de l'annonceur. L'intention est un élément constitutif de la fin. Bien sûr, des considérations «objectives» jouent aussi un rôle. On aura beau souhaiter le contraire, un journal n'est pas un aéronef. Et la distinction que fait le Tribunal tient compte de cette réalité. Un annonceur aura beau souhaiter qu'il en soit autrement, un journal communautaire ne peut pas rejoindre un large public, et un quotidien ne peut pas rejoindre uniquement les consommateurs d'une localité.

76

It appears, then, that the Tribunal considered at length, at much greater length than did the Federal Court of Appeal, whether daily newspapers and community newspapers serve the same purpose. It concluded that they do not, and gave reasons for its conclusion. The reasons that the Federal Court of Appeal offered for questioning that conclusion are, with respect, unconvincing. Accordingly, failing the appearance of some other basic objection to the Tribunal's conclusion about functional interchangeability, that conclusion should stand.

Il semble donc que le Tribunal a examiné en profondeur — beaucoup plus en profondeur que ne l'a fait la Cour d'appel fédérale — la question de savoir si les quotidiens et les journaux communautaires servent la même fin. Il a conclu que non, et il a motivé cette conclusion. En toute déférence, les motifs que la Cour d'appel fédérale a donnés pour mettre en doute cette conclusion ne sont pas convaincants. En conséquence, en l'absence de quelque autre objection fondamentale à la conclusion du Tribunal à l'égard de l'interchangeabilité fonctionnelle, cette conclusion doit être confirmée.

77

The Federal Court of Appeal also found fault with the Tribunal's treatment of evidence that Southam regarded the community newspapers as its chief competitors. In particular, it objected to the Tribunal's preference for a "more focused analysis" of the evidence of inter-industry competition. In the court's view at p. 638, "[t]he evidence of broad competitiveness is sufficient to show that there is competition in fact between the Pacific Dailies and the community newspapers". It was error, said the Federal Court of Appeal, for the Tribunal to ignore that evidence.

La Cour d'appel fédérale a également critiqué la façon dont le Tribunal a traité la preuve que Southam considérait les journaux communautaires comme ses principaux concurrents. En particulier, elle a désapprouvé la préférence du Tribunal pour une «analyse plus rigoureuse» de la preuve de la concurrence interindustrielle. De l'avis de la Cour, à la p. 638, «la preuve de concurrence «générale» [...] est suffisante pour établir l'existence d'une concurrence véritable entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires». Le Tribunal a commis une erreur, d'affirmer la Cour d'appel fédérale, en faisant abstraction de cette preuve.

In fact, the Tribunal devoted 28 pages of its reasons (at pp. 191-218) to the question of inter-industry competition. The Tribunal did not "ignore" evidence of broad inter-industry competition. It simply did not regard that evidence as decisive (at pp. 191-92):

... determining that Pacific Press regarded the community newspapers as "competitors" is not by itself enough to place them in the same market. Competition means many things to many people. What the tribunal must establish is whether dailies and the community newspapers are in the same product market for the purposes of assessing the implications of the acquisitions in question in this case. As discussed above in general terms, that exercise involves resolving whether dailies and community newspapers are effective substitutes for newspaper retail advertising services. The actions taken and the views expressed by participants in the alleged market are recognized by both parties and by expert witnesses as an important source of information in trying to answer this question. [Emphasis added.]

In short, the Tribunal found that although evidence of inter-industry competition suggests a certain conclusion, it is not sufficient by itself to establish that conclusion. In this it relied on the elementary principle that thinking something is so does not make it so. A company can believe that it is competing with another company without it actually (or legally) being so.

It is possible that if I were deciding this case *de novo*, I might not dismiss so readily as the Tribunal did what is admittedly weighty evidence of inter-industry competition. In my view, it is very revealing that Southam's own expert, an American newspaper consultant, identified the community newspapers as the source of Southam's difficulties in the Lower Mainland. To find, in the face of such evidence, that the daily newspapers and the community newspapers are not competitors is perhaps unusual. In that sense, the Tribunal's finding is difficult to accept. However, it is not unreasonable. The Tribunal explained that, in its view, Southam was mistaken about who its competitors were; and

En fait, le Tribunal a consacré 28 pages de ses motifs (les pp. 191 à 218) à la question de la concurrence interindustrielle. Le Tribunal n'a pas «fait abstraction» de la preuve concernant la concurrence interindustrielle générale. Il a simplement estimé que cette preuve n'était pas décisive (aux pp. 191 et 192):

... le fait que Pacific Press ait considéré les journaux communautaires comme des «concurrents» ne suffit pas pour qu'on les classe dans le même marché. La concurrence peut être interprétée de bien des façons selon les personnes en cause. La tâche qui incombe au Tribunal est d'établir si les quotidiens et les journaux communautaires sont dans le même marché du produit afin de déterminer l'incidence des acquisitions faisant l'objet de la présente affaire. Comme nous en avons fait état ci-dessus en termes plus généraux, l'exercice consiste à savoir si les quotidiens et les journaux communautaires sont des substituts efficaces en matière de services de publicité-détaillants par la presse. À cet égard, les mesures prises et les opinions exprimées par les participants sur le marché allégué sont reconnues par les deux parties et par les témoins experts comme étant une importante source de renseignements pour aider à répondre à cette question. [Je souligne.]

Bref, le Tribunal a conclu que, bien que la preuve de la concurrence interindustrielle suggère une certaine conclusion, cette preuve n'est pas suffisante en soi pour justifier la conclusion. Pour dire cela, il s'est appuyé sur le principe élémentaire voulant que le simple fait de croire à une chose n'en fait pas une réalité. Une entreprise peut croire qu'elle est en concurrence avec une autre sans pour autant l'être dans les faits (ou en droit).

Peut-être que si je statuais sur cette affaire *de novo*, je n'écarterais pas aussi facilement que l'a fait le Tribunal la preuve de la concurrence interindustrielle qui, reconnaît-on, a un poids considérable. À mon avis, il est très révélateur que la propre experte de Southam, une experte-conseil américaine de l'industrie des journaux, a indiqué que les journaux communautaires étaient la source des difficultés de Southam dans le Lower Mainland. Conclusion, au vu d'une telle preuve, que les quotidiens et les journaux communautaires ne sont pas concurrents est peut-être étrange. En ce sens, la conclusion du Tribunal est difficile à accepter. Toutefois, elle n'est pas déraisonnable. Le Tribunal a

though I may not consider that reason compelling, I cannot say that it is not a reason for which there is a logical and evidentiary underpinning. More generally, I notice that the Tribunal seems to have been preoccupied with the definition of the relevant market. It is possible that the members may occasionally have lost sight of the ultimate inquiry, which is whether the acquisition of the community newspapers by Southam substantially lessened competition. But again, I cannot say that the Tribunal's approach was unreasonable. Definition of the relevant market is indeed a necessary step in the inquiry; and the fact that the Tribunal dwelled on it is perhaps understandable if, as seems to have been the case, the bounds of the relevant market were not clear.

expliqué que, à son avis, Southam se trompait au sujet de l'identité de ses concurrents; et, bien que je ne trouve peut-être pas ce motif convaincant, je ne peux affirmer qu'il est dénué de logique et sans fondement dans la preuve. De façon plus générale, je remarque que le Tribunal semble avoir été préoccupé par la définition du marché pertinent. Il est possible que ses membres aient, à l'occasion, perdu de vue la question ultime, c'est-à-dire celle de savoir si l'acquisition des journaux communautaires par Southam diminuait sensiblement la concurrence. Ici aussi, il m'est impossible d'affirmer que l'approche du Tribunal était déraisonnable. La définition du marché pertinent est effectivement une étape nécessaire de l'examen; et le fait que le Tribunal s'y soit attardé est peut-être compréhensible si, comme cela semble avoir été le cas, les limites du marché pertinent n'étaient pas évidentes.

80 I wish to observe, by way of concluding my discussion of this issue, that a reviewer, and even one who has embarked upon review on a standard of reasonableness *simpliciter*, will often be tempted to find some way to intervene when the reviewer him- or herself would have come to a conclusion opposite to the tribunal's. Appellate courts must resist such temptations. My statement that I might not have come to the same conclusion as the Tribunal should not be taken as an invitation to appellate courts to intervene in cases such as this one but rather as a caution against such intervention and a call for restraint. Judicial restraint is needed if a cohesive, rational, and, I believe, sensible system of judicial review is to be fashioned.

En guise de conclusion de mon analyse de cette question, je tiens à faire observer que le décideur chargé du contrôle de la décision, et même un décideur appliquant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, sera souvent tenté de trouver un moyen d'intervenir dans les cas où il aurait lui-même tiré la conclusion contraire. Les cours d'appel doivent résister à cette tentation. Mon affirmation selon laquelle je ne serais peut-être pas arrivé à la même conclusion que le Tribunal ne devrait pas être considérée comme une invitation aux cours d'appel à intervenir dans les cas comme celui qui nous intéresse, mais plutôt comme une mise en garde contre pareille intervention et comme un appel à la retenue. La retenue judiciaire s'impose si l'on veut façonner un système de contrôle judiciaire cohérent, rationnel et, à mon sens, judicieux.

81 Accordingly, the Tribunal's conclusion must stand.

En conséquence, la conclusion du Tribunal doit être confirmée.

H. Remedy

H. La mesure de redressement

82 Having found that Southam's acquisitions had produced a substantial lessening of competition in the market for real estate print advertising on the North Shore, the Tribunal ordered Southam to divest itself, at its own option, of either the *Real*

Ayant conclu que les acquisitions de Southam avaient eu pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité immobilière imprimée dans le North Shore, le Tribunal a ordonné à Southam de se départir, à son choix, du

Estate Weekly or the *North Shore News*. The Federal Court of Appeal declined to disturb this remedy. I agree with the Federal Court of Appeal that the remedy settled upon by the Tribunal should be allowed to stand.

The appellants submit that the correct test for a remedy under the *Competition Act* is whether it eliminates any substantial lessening of competition that the merger may have caused. The appellants observe that this is the standard that has been applied in cases under s. 92(1)(e)(iii) of the *Competition Act*, in which the parties have consented to the remedy. See, e.g., *Canada (Director of Investigation & Research) v. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476 (Comp. Trib.), at pp. 513-14. They observe also that substantial lessening of competition is the evil that Parliament has sought to address in the Act. Mergers themselves are not considered to be objectionable except in so far as they produce a substantial lessening of competition. Therefore, restoration to the pre-merger situation is not what is wanted. Indeed, presumably some lessening of competition following a merger is tolerated, because the Act proscribes only a substantial lessening of competition. The appellants object further to what they see as the punitive quality of the remedy that the Tribunal imposed, and to what they regard as the illicit shifting to them of the burden of showing that the proposed remedy would be effective.

The respondent, for his part, says that the test of a remedy is whether it restores the parties to the pre-merger competitive situation. I believe that the appellants' test is the better one.

The evil to which the drafters of the *Competition Act* addressed themselves is substantial lessening of competition. See *Competition Act*, s. 92(1). It hardly needs arguing that the appropriate remedy for a substantial lessening of competition is to

North Shore News ou du *Real Estate Weekly*. La Cour d'appel fédérale a refusé de modifier cette mesure de redressement. Je suis d'accord avec elle que la mesure de redressement fixée par le Tribunal doit être maintenue.

Les appelantes soutiennent que le bon critère pour déterminer la mesure de redressement en vertu de la *Loi sur la concurrence* consiste à se demander si la mesure élimine la diminution sensible de la concurrence que le fusionnement a pu causer. Elles soulignent qu'il s'agit de la norme qui a été appliquée dans les affaires fondées sur le sous-al. 92(1)(e)(iii) de la *Loi sur la concurrence*, et dans lesquelles les parties consentaient à la mesure de redressement. Voir, par exemple, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1989), 27 C.P.R. (3d) 476 (Trib. conc.), aux pp. 513 et 514. Les appelants soulignent en outre que la diminution sensible de la concurrence est le mal que le Parlement cherche à éliminer par la Loi. Les fusionnements en soi ne sont pas condamnables, sauf dans la mesure où ils entraînent une diminution sensible de la concurrence. Par conséquent, le rétablissement de la situation qui existait avant le fusionnement n'est pas ce qui est voulu. De fait, il est vraisemblable qu'une certaine diminution de la concurrence par suite d'un fusionnement soit tolérée, car la Loi interdit seulement la diminution sensible de la concurrence. Les appelantes contestent aussi ce qu'elles perçoivent comme l'aspect punitif de la mesure de redressement ordonnée par le Tribunal, et ce qu'elles considèrent comme le déplacement illicite sur leurs épaules du fardeau de prouver l'efficacité de la mesure proposée.

Pour sa part, l'intimé affirme que le critère de détermination de la mesure de redressement consiste à se demander si celle-ci rétablit les parties dans la situation de concurrence dans laquelle elles se trouvaient avant le fusionnement. Je crois que le critère des appelantes est celui qui doit être retenu.

Le mal auquel les rédacteurs de la *Loi sur la concurrence* s'attaquaient est la diminution sensible de la concurrence. Voir la *Loi sur la concurrence*, par. 92(1). Il n'est guère besoin de démontrer que la mesure de redressement appropriée en

83

84

85

restore competition to the point at which it can no longer be said to be substantially less than it was before the merger. This is the test that the Tribunal has applied in consent cases. The Tribunal attempted to distinguish this case from those cases on precisely the ground that here the Director did not consent to the appellants' proposed remedy. But the distinction is not a sensible one. I can think of only two reasons why the test should be more forgiving where the parties have consented to a remedy. The first is that parties who have not consented should be punished for their obduracy. The second, which is related to the first, is that the law should provide parties with an incentive to come to a consensual arrangement. Neither reason is valid on closer analysis. The burden of a harsh standard falls entirely on one of the parties: the company. No punishment falls on the Director when he or she is obdurate, and the harsh standard gives him or her no incentive to consent to a remedy. Therefore, even if there is a policy of encouraging consent and punishing obduracy, it is not well served by the imposition of a more stringent standard in cases in which the parties have not consented. The better approach is to apply the same standard in contested proceedings as in consent proceedings.

cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement. Il s'agit du critère que le Tribunal a appliqué dans les affaires où les parties consentaient à la mesure de redressement. Le Tribunal a tenté de faire une distinction entre ces affaires et le présent cas, précisément en invoquant le motif que, en l'espèce, le directeur n'a pas consenti à la mesure de redressement proposée par les appelantes. Ce n'est toutefois pas une distinction judicieuse. Je ne peux voir que deux raisons pour lesquelles le critère devrait être plus indulgent lorsque les parties consentaient à la mesure de redressement. La première est que les parties qui n'y consentaient pas devraient être punies pour leur obstination. La deuxième, qui est liée à la première, est que la loi devrait fournir aux parties une incitation à convenir d'un arrangement consensuel. Ni l'une ni l'autre ne résistent à un examen attentif. Les conséquences de l'application d'une norme sévère retombent entièrement sur une seule des parties: l'entreprise. Le directeur n'en court aucune sanction s'il se montre obstiné, et la norme sévère ne l'incite pas à consentir à la mesure de redressement. Par conséquent, même s'il existe une politique visant à encourager les parties à donner leur consentement et à les punir si elles font montre d'obstination, elle n'est pas bien servie par l'application d'une norme rigoureuse dans les cas où les parties ne consentaient pas à la mesure de redressement. Il est préférable d'appliquer la même norme, tant dans les procédures contentieuses que dans celles où les parties consentent à la mesure de redressement.

However, the appellants do not benefit by their proposed standard. The reason is that the Tribunal expressly found that, even accepting that the appropriate standard is the one used in consent proceedings, Southam's proposed remedy fails because it would not likely be effective in eliminating the substantial lessening of competition. Robertson J.A. accepted this finding, saying that it was entitled to deference. I agree.

Toutefois, la norme proposée par les appelantes ne leur apporte aucun avantage. La raison de ce fait est que le Tribunal a expressément conclu que, même en admettant que la norme appropriée soit celle appliquée dans les procédures où les parties consentent à la mesure de redressement, celle proposée par Southam est inacceptable parce qu'elle ne serait vraisemblablement pas un moyen efficace d'éliminer la diminution sensible de la concurrence. Le juge Robertson a accepté cette conclusion, affirmant qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à cet égard. Je suis d'accord.

The Tribunal's choice of remedy is a matter of mixed law and fact. The question whether a particular remedy eliminates the substantial lessening of competition is a matter of the application of a legal standard to a particular set of facts. Therefore, for reasons I have already given, the Tribunal's decision must be reviewed according to a standard of reasonableness.

Because the Tribunal did not decide unreasonably when it decided that Southam's proposed remedy would not be effective, its decision should be allowed to stand. What Southam proposed was that it should sell the real estate supplement that appears weekly in the *North Shore News*. But, as the Tribunal very properly pointed out, it is not clear that the supplement would prosper or even survive on its own. Even if the supplement continued to enjoy the advantages of a close association with the *North Shore News*, the closeness of the association would not tend to foster competition. See the Tribunal's decision, *supra*, at p. 252.

The appellants' other objections to the remedy are unconvincing. The remedy is not punitive, because the Tribunal found that it was the only effective remedy. If the choice is between a remedy that goes farther than is strictly necessary to restore competition to an acceptable level and a remedy that does not go far enough even to reach the acceptable level, then surely the former option must be preferred. At the very least, a remedy must be effective. If the least intrusive of the possible effective remedies overshoots the mark, that is perhaps unfortunate but, from a legal point of view, such a remedy is not defective. As for the claim that the Tribunal wrongly required the appellants to demonstrate the effectiveness of their proposed remedy, no more need be said than that he who

La détermination de la mesure de redressement par le Tribunal est une question de droit et de fait. La question de savoir si une mesure de redressement donnée élimine la diminution sensible de la concurrence emporte l'application d'une norme juridique à un ensemble particulier de faits. En conséquence, pour les motifs que j'ai déjà exposés, je suis d'avis que la décision du Tribunal doit être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable.

Comme le Tribunal n'a pas pris une décision déraisonnable en concluant que la mesure de redressement proposée par Southam serait inefficace, sa décision devrait être confirmée. Ce que Southam a proposé c'est de vendre le supplément immobilier publié chaque semaine dans le *North Shore News*. Mais, comme le Tribunal l'a à très juste titre souligné, il n'est pas évident que le supplément prospérerait, ni même que, laissé à lui-même, il survivrait. Même si le supplément continuait de profiter des avantages de l'association étroite avec le *North Shore News*, ces rapports étroits ne seraient pas propres à favoriser la concurrence. Voir la décision du Tribunal, précitée, à la p. 252.

Les autres objections formulées par les appelantes à l'encontre de la mesure de redressement ne sont pas convaincantes. Celle-ci n'est pas punitive, car le Tribunal a conclu qu'elle était la seule mesure efficace. S'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable, et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre le niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Une mesure de redressement doit à tout le moins être efficace. Si la moins attentatoire des mesures de redressement efficaces possibles va au-delà de ce qui est nécessaire, c'est peut-être malheureux mais, d'un point de vue juridique, une telle mesure n'est pas défectueuse. Quant à l'argument que le Tribunal a eu tort d'exiger des appelantes qu'elles démontrent l'efficacité de la mesure de redressement qu'elles proposent, qu'il suffise de dire que celui qui fait une allégation a l'obligation de la prouver, comme

asserts should prove, as Robertson J.A. so aptly put it ((1995), 127 D.L.R., (4th) 329) at p. 337.

90 Therefore, I would dismiss the appeal of the remedy.

6. Conclusion

91 The Tribunal decided that the acquisition by Southam of several community newspapers did not substantially lessen competition in the market for retail print advertising in the Lower Mainland of British Columbia. That decision is entitled to deference. Because it is not unreasonable, it must be allowed to stand.

92 Accordingly, I would allow the appeal on the merits with costs throughout, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the order of the Tribunal. I would dismiss the appeal on the remedy with costs.

Appeal on the merits allowed with costs; appeal on the remedy dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

l'a si bien dit le juge Robertson ((1995) 127 D.L.R. (4th) 329), à la p. 337.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la mesure de redressement.

6. La conclusion

Le Tribunal a décidé que l'acquisition par Southam de plusieurs journaux communautaires n'avait pas diminué sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants dans le Lower Mainland en Colombie-Britannique. Il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de cette décision. Comme cette décision n'est pas déraisonnable, elle doit être confirmée.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi quant au fond, avec dépens devant tous les tribunaux, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir l'ordonnance du Tribunal. Je suis d'avis de rejeter avec dépens le pourvoi en ce qui concerne la mesure de redressement.

Pourvoi quant au fond accueilli avec dépens; pourvoi quant à la mesure de redressement rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Davis & Company, Vancouver.

