

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 Suppl.), 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 Suppl.), 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.

N^o 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 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 extrêmes 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 Supp.), s. 19], 92(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 45].
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.), 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.

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”.

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.

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.

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-détaillants 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.

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-

Le Tribunal a également fait état d’une preuve considérable pour affirmer que Southam considérerait 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