

A-533-00
2001 FCA 104

A-533-00
2001 CAF 104

The Commissioner of Competition (*Appellant*)

v.

**Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc.
(*Respondents*)**

**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)
v. SUPERIOR PROPANE INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Létourneau and Evans J.J.A.
—Ottawa, January 9, 10, 11 and April 4, 2001.

Competition — “Efficiency defence” — Competition Tribunal dismissing application to dissolve merger of respondents or otherwise to remedy lessening of competition in propane market as result of merger — Competition Act, s. 96(1) preventing Tribunal from rendering dissolution order where efficiencies produced by anti-competitive merger greater than, offset anti-competitive effects — Balancing test required between efficiencies, anti-competitive effects — Whether “effects” of anti-competitive merger limited as matter of law to loss of resources to economy as whole (deadweight loss) — Act, s. 96 giving primacy to statutory objective of economic efficiency — Word “effects” including all anti-competitive effects of merger under s. 92, having regard to all statutory purposes in s. 1.1 — Narrow reading given by Tribunal to word “effects” not justified — Correct methodology for determining extent of anti-competitive effects of merger beyond limits of Court’s competence — Commissioner’s balancing weights approach meets requirements of Act and will narrow scope of efficiency defence.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Competition Tribunal finding merger of respondents would prevent, substantially lessen competition in propane market contrary to Competition Act, s. 92, but merger saved by “efficiency defence” — In holding word “effects” in s. 96 limited to deadweight loss, Tribunal clearly interpreting Act, deciding question of law — Composition of Tribunal indicating considerable level of expertise — Tribunal’s determinations of questions of law reviewable on correctness standard — In limiting factors to be considered as “effects”, Tribunal erred in law by failing to ensure all objectives of Competition Act be considered in balancing exercise mandated by s. 96 — Standard selected must be reflective

Le commissaire de la concurrence (*appelant*)

c.

**Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc.
(*intimées*)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)
c. SUPÉRIEUR PROPANE INC. (C.A.)**

Cour d’appel, juges Stone, Létourneau et Evans,
J.C.A.—Ottawa, 9, 10 et 11 janvier et 4 avril 2001.

Concurrence — «Défense fondée sur les gains en efficacité» — Le Tribunal de la concurrence a rejeté une demande visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera sur le marché du propane — L’art. 96(1) de la Loi sur la concurrence empêche le Tribunal de prononcer une ordonnance de dissolution si les gains en efficacité découlant du fusionnement surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels — Il faut établir un critère qui met en balance les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels — Il s’agit de savoir si les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel sont limités, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche) — L’art. 96 de la Loi accorde la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique — Le terme «effets» comprend tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne un fusionnement auquel s’applique l’art. 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l’art. 1.1 — L’interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme «effets» ne peut se justifier — La méthode correcte pour déterminer l’étendue des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement est une question qui va au-delà de la compétence de la Cour — La méthode des coefficients pondérateurs adoptée par le commissaire satisfait aux exigences de la Loi et réduira la portée de la défense fondée sur les gains en efficacité.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le Tribunal de la concurrence a conclu que le fusionnement des intimées empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur le marché du propane, à l’encontre de l’art. 92 de la Loi sur la concurrence, mais que le fusionnement était protégé par la «défense fondée sur les gains en efficacité» — En jugeant que le sens du terme «effets» à l’art. 96 est limité à la perte sèche, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit — La composition du Tribunal indique un niveau d’expertise considérable — Les décisions du Tribunal sur les questions de droit sont soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte — En limitant les facteurs à prendre

of various objectives of Competition Act.

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Commissioner of Competition to dissolve the merger of the respondents, or otherwise to remedy the lessening of competition likely to occur in the propane delivery market in Canada as a result of the merger. At issue was the “efficiency defence”, a statutory defence whereby a merger must be permitted, even if it will lessen competition, if efficiency gains due to the merger exceed or offset the effects of reduced competition. The precise issue was whether, for the purpose of the efficiency defence, the “effects” of an anti-competitive merger are limited to the loss of resources to the economy as a whole (the deadweight loss), or include a wider range of effects of reduced competition. The latter would include wealth transfer from consumers to producers, elimination of smaller competitors and creation of a monopoly. The Tribunal held that the merger would substantially lessen or prevent competition in nearly all local propane markets in Canada, as well as in the market for national account coordination services associated with the delivery of propane. However, it concluded that, since the merger was likely to result in efficiency gains of \$29.2 million, and would result in only \$6 million of deadweight loss, the merger was saved by the efficiency defence. Using the “total surplus standard”, the Tribunal concluded that the deadweight loss was the sole “effect” of the lessening of competition that must be balanced against the efficiency gains, and treated all other effects as irrelevant. Counsel for the appellant submitted that the Tribunal should adopt a “balancing weights standard” as the basis for determining whether the efficiency gains from the merger of the respondents were greater than, and offset, its anti-competitive effects. The Tribunal rejected this approach in favour of the “total surplus standard” which looks only at the overall loss to the economy, that is deadweight loss. Three issues were raised on appeal: (1) what standard of review is applicable to the Tribunal’s determination of the “effects” of a merger to be considered under section 96 of the Act? (2) whether the Tribunal erred in law when it interpreted “effects” as limited to those identified by the total surplus standard, and (3) whether the Tribunal erred in law when it imposed on the Commissioner the legal burden of proving the effects of the merger.

en compte comme «effets», le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu’il n’a pas pris en compte tous les objectifs de la Loi sur la concurrence dans l’exercice de pondération prescrit par l’art. 96 — Le critère choisi doit refléter les différents objectifs de la Loi sur la concurrence.

Il s’agit d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision du Tribunal de la concurrence rejetant une demande du commissaire de la concurrence visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera vraisemblablement sur le marché de la livraison du propane au Canada. La question concerne la portée de ce qu’on appelle la «défense fondée sur les gains en efficience». Selon ce moyen de défense prévu par la loi, un fusionnement doit être permis, même s’il diminuera la concurrence, si les gains en efficience découlant du fusionnement surpassent ou neutralisent les effets de la diminution de la concurrence. La question précise était de savoir si, dans le cadre de la défense fondée sur les gains en efficience, les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel se limitent, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche), ou s’ils comprennent une gamme plus étendue d’effets d’une diminution de la concurrence. Cela comprendrait le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs, l’élimination du marché des petits concurrents et la création d’un monopole. Le Tribunal a statué que le fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur presque tous les marchés locaux de propane au Canada, ainsi que sur le marché des services de coordination des comptes nationaux associés à la livraison du propane. Il a toutefois conclu que le fusionnement était protégé par la défense fondée sur les gains en efficience, puisqu’il entraînerait vraisemblablement des gains en efficience de 29,2 millions de dollars et n’entraînerait que 6 millions de dollars de perte sèche. Appliquant le «critère du surplus total», le Tribunal a conclu que la perte sèche était le seul «effet» de la diminution de la concurrence qu’il fallait comparer avec les gains en efficience et il a traité comme non pertinents tous les autres effets. L’avocat de l’appelant a soutenu que le Tribunal devrait adopter la méthode des «coefficients pondérateurs» pour déterminer si les gains en efficience découlant du fusionnement des intimées surpassaient et neutralisaient ses effets anticoncurrentiels. Le Tribunal a rejeté cette approche, retenant plutôt le «critère du surplus total», qui ne prend en compte que la perte globale pour l’économie, c’est-à-dire la perte sèche. Trois questions ont été soulevées en appel: 1) quelle est la norme de contrôle applicable à la détermination par le Tribunal des «effets» d’un fusionnement à prendre en compte selon l’article 96 de la Loi? 2) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en interprétant ces «effets» comme étant limités à ceux qui sont identifiés selon le critère du surplus total? 3) le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu’il a imposé au commissaire le fardeau de prouver les effets de la fusion?

Held (Létourneau J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed.

Per Evans J.A.: (1) In holding that the meaning of the word “effects”, in section 96 of the Act, is limited to the deadweight loss resulting from an anti-competitive merger, the Tribunal was clearly interpreting the Act and was thereby deciding a question of law. The Tribunal is an adjudicative body and its expertise may be assessed by reference to its composition. The composition of the Tribunal indicates a considerable level of expertise. Since the aims of the *Competition Act* are more economic than legal, it could be said that the Tribunal’s expertise lies in economics and commerce. There is nothing about the word “effects” to exclude the general principle that statutory interpretation is a question of law that is reviewable on a standard of correctness. The existence of an unrestricted right of appeal on questions of law, and of a modified right of appeal on questions of fact, indicates Parliament’s intention that the Tribunal’s determination of questions of law should be reviewable on appeal on a correctness standard. It is the Court’s function to determine whether the Tribunal was correct in deciding that the effects of an anti-competitive merger that may be considered under section 96 are limited to the loss of resources to the economy as a whole resulting from the merger, to the exclusion of effects that relate to other statutory objectives.

(2) By limiting the factors to be considered as “effects” to those determined by the application of the total surplus standard, the Tribunal erred in law as it failed to ensure that all the objectives of the *Competition Act*, and the particular circumstances of each merger, could be considered in the balancing exercise mandated by subsection 96(1) of the Act. This provision directs the Tribunal to consider whether the efficiencies produced by an anti-competitive merger are greater than, and offset, its anti-competitive effects. The question was whether, in the context of the *Competition Act*, the Tribunal was correct to narrow its meaning to the single effect of deadweight loss. Under section 1.1 of the Act, the word “effects” should not focus exclusively on one of the objectives of promoting competition, namely, promoting the efficiency and adaptability of the economy. On the other hand, section 96 gives primacy to the statutory objective of economic efficiency as it provides that, if efficiency gains exceed, and offset, the effects of an anti-competitive merger, the merger must be permitted to proceed, even though it would otherwise be prohibited by section 92. The ultimate preference for the objective of efficiency does not, however, restrict the countervailing “effects” to deadweight loss. Instead, the word “effects” should be interpreted as including all the anti-competitive effects to which a merger found to fall within section 92 gives rise, having regard to all the statutory purposes set out in section 1.1. The Act itself is not concerned with “economics” so narrowly conceived as

Arrêt (le juge Létourneau, J.C.A. dissident en partie): l’appel est accueilli.

Le juge Evans, J.C.A.: 1) En jugeant que le sens du terme «effets» à l’article 96 de la Loi est limité à la perte sèche découlant d’un fusionnement anticoncurrentiel, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit. Le Tribunal est un organisme juridictionnel et son expertise peut s’apprécier en fonction de sa composition. La composition du Tribunal indique un niveau d’expertise considérable. Les objectifs de la *Loi sur la concurrence* étant davantage économiques que juridiques, il faut conclure que le champ d’expertise du Tribunal consiste dans les questions économiques et commerciales. Il n’y a rien dans le terme «effets» qui permette d’écarter le principe général selon lequel, en l’absence d’indications contraires, l’interprétation d’une loi est une question de droit, donnant lieu au contrôle judiciaire en fonction de la norme de la décision correcte. L’existence d’un droit d’appel absolu sur les questions de droit et d’un droit d’appel limité sur les questions de fait indique l’intention du législateur que les décisions du Tribunal sur les questions de droit soient soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. C’est la fonction de la Cour de déterminer si c’est à bon droit que le Tribunal a décidé que les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel qui peuvent être pris en compte dans le cadre de l’article 96 sont limités à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble, à l’exclusion des effets qui se rattachent aux autres objectifs de la Loi.

2) En limitant ainsi les facteurs à prendre en compte comme «effets» à ceux déterminés par l’application du critère du surplus total, le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu’il n’a pas fait en sorte que tous les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et les circonstances particulières de chaque fusionnement puissent être pris en compte dans l’exercice de pondération prescrit par le paragraphe 96(1) de la Loi. Cette disposition prescrit au Tribunal d’examiner si les gains en efficacité produits par un fusionnement anticoncurrentiel surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels. La question était de savoir si, dans le contexte de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal a eu raison de restreindre son sens au seul effet de la perte sèche. Selon l’article 1.1 de la Loi, le terme «effets» ne devrait pas porter exclusivement sur l’un des objectifs de la promotion de la concurrence, soit de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne. D’un autre côté, l’article 96 donne la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique, parce qu’il dispose que, si les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel, il faut permettre le fusionnement, malgré le fait qu’il serait autrement interdit par l’article 92. Cependant, la préférence ultime accordée à l’objectif de l’efficacité ne restreint d’aucune façon les «effets» à prendre en compte à la seule perte sèche. Il faut plutôt interpréter le terme «effets» de manière à comprendre tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne effectivement un fusionnement

to exclude from consideration under section 96 the redistributive effects of higher prices that consumers will have to pay as a result of the merger, or its impact on small and medium-sized businesses. Other effects related to the statutory purpose and objectives, including the interests of the consumers of the merged entity's products, must also be taken into account when the trade-off is made between efficiencies and anti-competitive effects.

Counsel for the respondents also argued that, since one of the objectives of the *Competition Act* set out in section 1.1 is to "promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy", business people should be able to predict whether or not a proposed merger was likely to receive regulatory approval. The predictability argument did not significantly buttress the Tribunal's interpretation of section 96 and was not sufficiently compelling to be the methodology mandated by section 96 for determining the "effects" of an anti-competitive merger in all cases. The Merger Enforcement Guidelines, relied on by the Tribunal and counsel for the respondents, are not law since they are not made under a grant of statutory authority and cannot determine the meaning of the Act. To the extent that they are inconsistent with the Act, they should be ignored. The narrow reading given by the Tribunal to the word "effects" in section 96 could not be justified by reference to the views of American lawyer-economists, however eminent they may be. That being said, the Court should not prescribe the "correct" methodology for determining the extent of the anti-competitive effects of a merger. Such a task is beyond the limits of its competence. Whatever standard is selected, it must be more reflective of the various objectives of the *Competition Act* than is the total surplus standard. The balancing weights approach, adopted by the Commissioner, meets the broad requirements of the Act, and is likely to narrow the scope of the efficiency defence.

(3) The Tribunal held that the merging parties had the burden of proving the efficiencies that would not have been generated but for the merger, while the Commissioner bore the burden of proving the anti-competitive effects, since he was in the better position to do so by virtue of the investigative powers conferred on him by the Act. The Tribunal was correct in distributing the legal onus of proof as it did, so that the respondents bear the onus of proving every aspect of the section 96 defence, save for the anti-competitive effects of the merger.

Per Létourneau J.A. (dissenting in part): The interpretation of the word "effects" in section 96 of the *Competition*

auquel s'applique l'article 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l'article 1.1. La Loi ne s'intéresse pas à l'«économie» conçue de façon si étroite qu'il faille, dans le cadre de l'article 96, ne pas considérer les effets de redistribution des prix plus élevés que les consommateurs devront payer par suite du fusionnement, ou l'impact du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises. Les autres effets liés à l'objet et aux objectifs de la Loi, notamment les intérêts des consommateurs des produits de l'entité fusionnée, doivent également être pris en compte dans l'analyse comparative des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels.

Les avocats des intimées ont également soutenu que, l'un des objectifs de la *Loi sur la concurrence* exposés à l'article 1.1 étant de «stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne», il était important pour les chefs d'entreprise d'être en mesure de prévoir si un fusionnement proposé recevrait vraisemblablement l'approbation réglementaire. L'argument de la prévisibilité n'étaye guère l'interprétation que le Tribunal donne de l'article 96 et n'est pas suffisamment convaincant pour établir que le critère du surplus total constitue la méthode prescrite par l'article 96 pour déterminer, dans tous les cas, les «effets» d'un fusionnement anticoncurrentiel. Les lignes directrices sur l'application de la Loi, invoquées par le Tribunal et par les avocats des intimées, n'ont pas valeur de loi, parce qu'elles ne sont pas établies en vertu d'une autorisation législative, et ne peuvent décider de la signification de la Loi. Dans la mesure où elles sont incompatibles avec la Loi, il ne faut pas en tenir compte. L'interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme «effets», à l'article 96, ne peut se justifier sur la base des opinions des avocats-économistes des États-Unis, si éminents soient-ils. Cela étant dit, la Cour n'a pas à prescrire la méthode «correcte» pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels d'un fusionnement. Cette tâche va au-delà des limites de sa compétence. Quel que soit le critère choisi, il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. La méthode des coefficients pondérateurs adoptée par le commissaire satisfait aux exigences générales de la Loi et réduira vraisemblablement la portée de la défense fondée sur les gains en efficience.

3) Le Tribunal a jugé que les parties au fusionnement avaient le fardeau de prouver les gains en efficience qui n'auraient pas été obtenus sans la fusion, tandis que le commissaire avait le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels, puisqu'il était mieux placé pour le faire en raison des pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés par la Loi. C'est à bon droit que le Tribunal a réparti le fardeau de preuve comme il l'a fait, de façon que les intimées aient la charge de prouver tous les aspects de la défense prévue à l'article 96, excepté les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

Le juge Létourneau, J.C.A. (dissident en partie): L'interprétation du terme «effets» à l'article 96 de la *Loi sur la*

Act involves a pure question of law to be decided on a standard of correctness. The word “effects” in section 96 of the *Act* ought not to be limited, as the Tribunal did, to the effects identified by the total surplus standard. The interpretation of section 96 involves balancing market power and efficiency gains. The Tribunal, in view of its conclusion that efficiency is the paramount objective of the *Act*, ignored as an effect of the merger the fact that monopolies in certain product markets would ensue and failed to give any weight to that effect in its analysis under section 96. The latter was not meant to authorize the creation of monopolies since it would defeat the purpose of section 1.1. The application of a balancing test requires a flexibility that the total surplus standard does not provide. The Tribunal erred when it put on the Commissioner the legal burden of proving the effects of the lessening of competition. The legal burden was on the merging parties to convince the Tribunal, first, that the efficiency gains were of the amount that they have contended, second, that the effects of the lessening of competition are those that they have identified and not those submitted by the Commissioner, and third, that the efficiency gains are greater than, and will offset, the effects. The availability of statutory investigative powers, which enable the Commissioner to discharge his evidentiary burden of gathering and filing relevant evidence as to the effects of the lessening of competition, is not a sufficient reason to justify transferring the legal burden of proving these effects onto him. There was neither rationale nor justification for placing on the Commissioner the burden of persuasion with respect to one of the three components of the efficiency defence.

concurrency constitue une pure question de droit, à laquelle s’applique la norme de la décision correcte. Le terme «effets» à l’article 96 de la Loi ne devrait pas être limité, comme l’a fait le Tribunal, aux effets identifiés selon le critère du surplus total. L’interprétation de l’article 96 de la Loi suppose une comparaison de la puissance commerciale et des gains en efficience. Le Tribunal, en raison de sa conclusion que l’efficience est l’objectif premier de la Loi, n’a pas tenu compte parmi les effets du fusionnement du fait qu’il en résulterait des monopoles dans certains marchés du produit et n’a attaché aucune importance à cet effet dans son analyse fondée sur l’article 96. Cet article ne visait pas à autoriser la création de monopoles, car cela irait à l’encontre de l’objet défini à l’article 1.1. L’application d’un critère de pondération exige une souplesse que le critère du surplus total ne permet pas. C’est à tort que le Tribunal a imposé au commissaire le fardeau de prouver les effets de la diminution de la concurrence. Le fardeau de preuve incombe aux parties à la fusion; il leur incombe de convaincre le Tribunal, premièrement, que les gains en efficience correspondent au montant allégué, deuxièmement, que les effets de la diminution de la concurrence sont ceux qu’elles ont identifiés et non ceux qui ont été présentés par le commissaire et, troisièmement, que les gains en efficience surpassent et neutraliseront les effets. Les pouvoirs d’enquête conférés au commissaire par la Loi, qui lui permettent de s’acquitter de son fardeau de preuve en recueillant et en produisant des éléments de preuve au sujet des effets de la diminution de la concurrence, ne constituent pas une raison suffisante pour transférer au commissaire le fardeau de prouver ces effets. Rien ne permettait d’imposer au commissaire le fardeau de prouver l’un des trois éléments de la défense fondée sur les gains en efficience.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bill C-29, *An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, 2nd Sess., 32nd Parl., 1983-84.
- Bill C-42, *An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, 2nd Sess., 30th Parl., 1976-77.
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).
- Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), ch. 19, Part I, ss. 2 “judicial member”, 3, 10(1), 12(1), 13.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, s. 7).
- North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44.
- Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47.
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7).
- Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, partie I, art. 2 «juge», 3, 10(1), 12(1), 13.
- Projet de loi C-29, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, 2^e sess., 32^e lég., 1983-84.
- Projet de loi C-42, *Loi modifiant la Loi relative aux*

World Trade Organization Agreement Implementation Act, S.C. 1994, c. 47.

enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, 2^e sess., 30^e lég., 1976-77.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; affg (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

CONSIDERED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Hilldown Holdings (Canada) Ltd. (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

Standard Oil v. Federal Trade Commission, 340 U.S. 231 (1951); *A. E. Stanley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557; (1995), 127 D.L.R. (4th) 263; 21 B.L.R. (2d) 1; 63 C.P.R. (3d) 1; 185 N.R. 321 (C.A.); *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; [1992] 3 W.W.R. 193; (1992), 7 B.C.A.C. 81; 67 B.C.L.R. (2d) 273; 71 C.C.C. (3d) 32; 12 C.R. (4th) 133; 134 N.R. 289.

AUTHORS CITED

Andretsch, David B. "Divergent Views in Antitrust Economics" (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135.
Brodley, J. F. "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress" (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1021.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; conf. (1995), 127 D.L.R. (4th) 329; 21 B.L.R. (2d) 68; 63 C.P.R. (3d) 67; 185 N.R. 291 (C.A.); *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings (Canada) Ltd. (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.).

DÉCISIONS CITÉES:

Standard Oil v. Federal Trade Commission, 340 U.S. 231 (1951); *A. E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943); *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1; *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528; (2000), 189 D.L.R. (4th) 385; 7 C.P.R. (4th) 1 (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557; (1995), 127 D.L.R. (4th) 263; 21 B.L.R. (2d) 1; 63 C.P.R. (3d) 1; 185 N.R. 321 (C.A.); *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 40 B.C.L.R. (2d) 1; 40 Admin. L.R. 181; 89 CLLC 14,050; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; [1992] 3 W.W.R. 193; (1992), 7 B.C.A.C. 81; 67 B.C.L.R. (2d) 273; 71 C.C.C. (3d) 32; 12 C.R. (4th) 133; 134 N.R. 289.

DOCTRINE

Andretsch, David B. «Divergent Views in Antitrust Economics» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135.
Brodley, J. F. «The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress» (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020.

- Canada. Bureau of Competition Policy. *Merger Enforcement Guidelines*/Director of Investigation and Research, Competition Act. Ottawa: Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1991.
- Canada. Competition Bureau. *Merger Enforcement Guidelines as Applied to a Bank Merger*. Industrie Canada, 1998.
- Canada. Department of Consumer and Corporate Affairs. *Combines Investigation Act Amendments: Background Information and Explanatory Notes*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1984.
- Canada. Department of Consumer and Corporate Affairs. *Competition Law Amendments: A Guide*. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1985.
- Constantine, Lloyd. "An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics" (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661.
- Davidson, Roy M. "When Merger Guidelines Fail to Guide" (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44.
- Denis, P. T. "Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects" (1993), 38 *Antitrust Bull.*
- Fisher, Alan A. *et al.* "Price Effects of Horizontal Mergers" (1989), 77 *Calif. L.R.* 777.
- Halliday, Jennifer. "The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future", [1999] *World Competition* 91.
- Hazledine, Tim. "Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy" (1988), 13 *Review of Industrial Organization* 243.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 33rd Parl., Vol. VIII, 1986.
- Lande, Robert H. "The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust" (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429.
- Ross, Stephen F. "Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?" (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641.
- Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, April 2, 1992 (revised April 8, 1997).
- Canada. Bureau de la politique de concurrence. *Fusionnements—Lignes directrices pour l'application de la loi* Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence. Ottawa: Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada, 1991.
- Canada. Bureau de la politique de concurrence. *Lignes directrices pour l'application de la Loi: Fusionnement de banques*. Industrie Canada, 1998.
- Canada. Ministère de la Consommation et des Corporations. *Modifications de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: documentation de base et notes explicatives*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1984.
- Canada. Ministère de la Consommation et des Corporations. *Réforme de la législation sur la concurrence: guide*. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1985.
- Constantine, Lloyd. «An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics» (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661.
- Davidson, Roy M. «When Merger Guidelines Fail to Guide» (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44.
- Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 33^e lég., vol. VIII, 1986.
- Denis, P. T. «Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects» (1993), 38 *Antitrust Bull.*
- Fisher, Alan A. *et al.* «Price Effects of Horizontal Mergers» (1989), 77 *Calif. L.R.* 777.
- Halliday, Jennifer. «The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future», [1999] *World Competition* 91.
- Hazledine, Tim. «Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy» (1988), 13 *Review of Industrial Organization* 243.
- Lande, Robert H. «The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429.
- Ross, Stephen F. «Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?» (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641.
- Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, April 2, 1992 (revised April 8, 1997).

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ([2000] C.C.T.D. No. 15 (Q.L.)) dismissing an application by the Commissioner of Competition to dissolve the merger of the respondents, or to remedy the lessening of competition likely to occur in the propane delivery market in Canada as a result of the merger. Appeal allowed.

APPEARANCES:

John F. Rook, Q.C., William J. Miller, Jo'Anne Strekaf, Christopher P. Naudie and Donna C. Blois for appellant.

Neil Finkelstein, Melanie Aitken, Russell Cohen and Brian Radnoff for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A. (*dissenting in part*): I have had the benefit of reading the reasons for judgment issued by my colleague, Evans J.A. I agree with him that the interpretation of the word "effects" in section 96 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. *idem*, s. 19] (Act) involves a pure question of law that falls to be decided on a standard of correctness.

[2] I also agree with my colleague that the word "effects" in section 96 of the Act ought not to be limited, as the Tribunal did, to the effects identified by the total surplus standard. As my colleague has pointed out, the interpretation of section 96 of the Act involves balancing market power and efficiency gains. The approach taken in this matter both in the United States and in Canada is by no means free from ambiguity and harsh criticism: see Robert H. Lande, "The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust" (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429;

APPEL d'une décision du Tribunal de la concurrence ([2000] D.T.C.C. n° 15 (Q.L.)) rejetant une demande du commissaire de la concurrence visant à dissoudre le fusionnement des intimées ou à remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera vraisemblablement sur le marché de la livraison du propane au Canada. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

John F. Rook, c.r., William J. Miller, Jo'Anne Strekaf, Christopher P. Naudie et Donna C. Blois pour l'appelant.

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

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour les intimées.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: (*dissident en partie*): J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par mon collègue, le juge Evans. Comme lui, je suis d'opinion que l'interprétation du terme «effets» à l'article 96 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod., *idem*, art. 19] (Loi), constitue une pure question de droit, à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

[2] Je souscris également à l'opinion de mon collègue que le terme «effets» à l'article 96 de la Loi ne devrait pas être limité, comme l'a fait le Tribunal, aux effets identifiés selon le critère du surplus total. Comme mon collègue l'a relevé, l'interprétation de l'article 96 de la Loi suppose une comparaison de la puissance commerciale et des gains en efficience. La position adoptée en la matière tant aux États-Unis qu'au Canada n'est certes pas dépourvue d'ambiguïté ni à l'abri de critiques sévères: voir Robert H. Lande, «The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the

David B. Andretsch, “Divergent Views in Antitrust Economics” (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135; Alan A. Fisher, *et al.* “Price Effects of Horizontal Mergers” (1989), 77 *Calif. L.R.* 777; Lloyd Constantine, “An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics” (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661; Roy M. Davidson, “When Merger Guidelines Fail to Guide” (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, at page 46; Stephen F. Ross, “Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?” (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641, at pages 643-646; Tim Hazledine, “Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy” (1998), 13 *Review of Industrial Organization* 243; Jennifer Halliday, — “The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future”, [1999] *World Competition* 91. A review of these authorities reveals that the provision is at best confusing and puzzling. At worst, it can defeat the very purpose of the Act. I reproduce sections 96 and 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] for convenience:

Purpose

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.

...

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

Ruler of Antitrust» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 429; David B. Andretsch, «Divergent Views in Antitrust Economics» (1988), 33 *Antitrust Bull.* 135; Alan A. Fisher, *et al.* «Price Effects of Horizontal Mergers» (1989), 77 *Calif. L.R.* 777; Lloyd Constantine, «Anti-trust Enforcer Confronts the New Economics» (1989), 58 *Antitrust L.J.* 661; Roy M. Davidson, «When Merger Guidelines Fail to Guide» (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, à la page 46; Stephen F. Ross, «Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?» (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641, aux pages 643 à 646; Tim Hazledine, «Rationalism Rebuffed? Lessons from Modern Canadian and New Zealand Competition Policy» (1998), 13 *Review of Industrial Organization* 243; Jennifer Halliday, «The Recognition, Status and Form of the Efficiency Defence to a Merger: Current Situation and Prospects for the Future», [1999] *World Competition* 91. L'examen de ces auteurs fait voir que cette disposition est, dans le meilleur des cas, source de confusion et de perplexité. Dans le pire des cas, elle peut aller à l'encontre de l'objet même de la Loi. Je reproduis les articles 96 et 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] par souci de commodité:

Objet

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.

[. . .]

96. (1) Le tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in

(a) a significant increase in the real value of exports; or

(b) a significant substitution of domestic products for imported products.

(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.

[3] First, section 96 is broadly worded and provides no guidance as to the meaning of efficiency found in the section, the effects of the lessening of competition which are to be weighed against the efficiency gains, and the test, standard or trade-off to be applied in weighing the elements.

[4] For example, what kind of economic efficiency does section 96 of the Act refer to? Allocative efficiency which is achieved when the existing products at the allocated prices satisfy the consumers' want? Or productive efficiency which is obtained when output is produced with the most cost-effective combination of productive resources available under present technology? Or technological or dynamic efficiency which is achieved through better industrial research development and a better rate of technological progress?

[5] What are the anti-competitive effects of the merger that are to be weighed? Is it limited to dead-weight loss which occurs when, because of higher prices, consumers choose an alternative and less appropriate substitute for the product that they would have otherwise bought? Does the trade-off analysis include anti-competitive effects likely to arise in other related markets which would be affected by the merger? Does it include wealth transfers from consumers to producers that result from an exercise at market power? Are all the effects of the merger to be weighed and what weight should be given to them?

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront:

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.

[3] En premier lieu, l'article 96 a une formulation large et ne donne pas d'indications quant au sens à donner au terme «efficacité» employé dans l'article, quant aux effets de la diminution de la concurrence qui doivent être comparés aux gains en efficacité et quant au critère ou à l'analyse comparative à appliquer en vue de pondérer les éléments.

[4] Par exemple, à quelle sorte d'efficacité économique l'article 96 de la Loi fait-il référence? L'efficacité de l'affectation des ressources qui est atteinte lorsque les produits existants aux prix répartis satisfont aux désirs des consommateurs? Ou l'efficacité de la production qui est atteinte lorsque la production est réalisée par la combinaison la plus économique de ressources disponibles selon la technologie actuelle? Ou l'efficacité technologique ou dynamique réalisée par la recherche et le développement industriels de meilleure qualité et un progrès technologique plus rapide?

[5] Quels sont les effets anticoncurrentiels du fusionnement qui doivent être pondérés? Sont-ils limités à la perte sèche qui se produit lorsque les consommateurs, en raison des hausses de prix, choisissent un produit de substitution moins approprié que celui qu'ils auraient autrement acheté? L'analyse comparative s'étend-elle aux effets anticoncurrentiels qui se produiront vraisemblablement dans d'autres marchés reliés qui seraient touchés par le fusionnement? S'étend-elle aux transferts de richesses des consommateurs aux producteurs qu'entraîne l'exercice d'une puissance commerciale? Faut-il prendre en

Are they all of the same significance and value? On what basis is one effect to be preferred over the other? On what basis should some effects, if any, be ignored or discarded?

[6] What standard should be applied to the trade-off analysis required by the application of section 96? The total surplus standard chosen by the Tribunal in this case which considers only the deadweight loss and none of the redistributive effects involved in the wealth transfer from consumers to producers? Or the price standard under which efficiencies allow for mergers only if prices are to be maintained or reduced? Or the consumer surplus standard which disallows a merger where the loss of consumer surplus exceeds the efficiency gains?

[7] Second, the relationship of section 96 with section 1.1, which states the purpose of the Act, is not defined and, in fact to many, section 96 contradicts section 1.1 and defeats the purposes contained in that purpose clause. When weighing the efficiency gains of a merger against the lessening of competition, what should be done of the stated objectives of ensuring that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy as well as providing consumers with competitive prices and product choices?

[8] Third, section 96 poses no limits to the kind of mergers that can be effected and authorized as long as the efficiency gains will be greater than, and will offset, the effects of the lessening of competition and as long as these gains cannot be obtained by means other than the merger. This means that the creation of a monopoly or near monopoly through mergers could be authorized even though it would eliminate competition altogether, discourage competitive prices for consumers and would undermine, to the point of eradication, the development of small and medium-size enterprises, all these effects contrary to the purposes stated in section 1.1 of the Act.

compte tous les effets et quelle pondération faut-il leur accorder? Ont-ils tous la même importance et la même valeur? Sur quel fondement faut-il privilégier un effet par rapport à un autre? Sur quel fondement certains effets devraient-ils, le cas échéant, ne pas être pris en compte ou être écartés?

[6] Quel critère faut-il appliquer à l'analyse comparative qu'exige l'application de l'article 96? Le critère du surplus total, retenu en l'espèce par le Tribunal, qui ne prend en compte que la perte sèche et ne considère pas les effets de redistribution résultant du transfert de richesses des consommateurs aux producteurs? Ou le critère du prix selon lequel les gains en efficience ne justifient un fusionnement qu'à la condition que les prix soient maintenus ou réduits? Ou le critère du surplus du consommateur qui ne permet pas un fusionnement lorsque la perte du surplus du consommateur excède les gains en efficience?

[7] En deuxième lieu, la relation de l'article 96 avec l'article 1.1, qui expose l'objet de la Loi, n'est pas définie et, en fait, nombreux sont ceux qui estiment que l'article 96 contredit l'article 1.1 et va à l'encontre des objectifs définis dans cette disposition de déclaration d'objet. Dans la comparaison des gains en efficience avec la diminution de la concurrence, quelle importance faut-il accorder aux objectifs déclarés d'assurer aux petites et moyennes entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne et d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits?

[8] Troisièmement, l'article 96 ne fixe pas de limites au type de fusionnements qui peuvent être réalisés et autorisés dans la mesure où les gains en efficience surpasseront et neutraliseront les effets de la diminution de la concurrence et où ces gains ne peuvent être réalisés par d'autres moyens que le fusionnement. Cela signifie que la création d'un monopole ou d'un quasi-monopole par la voie de fusionnements pourrait être autorisée, même si cela éliminerait complètement la concurrence, découragerait les prix concurrentiels pour les consommateurs et entraverait le développement des petites et moyennes entreprises, au point de les faire disparaître, tous des effets contraires aux objectifs déclarés à l'article 1.1 de la Loi.

[9] Fourth, the problems created by section 96 are compounded by the fact that the provision is mandatory. The Tribunal shall not make an order preventing a merger where the undefined and elusive balancing test of section 96 is met.

[10] Fifth, section 96 appears to have no geographical scope or limit so that efficiency gains made for the benefit of foreign corporations to the detriment of Canadian workers and consumers could be counted in the trade-off analysis that the provision requires. Or are mergers to be approved only if the efficiency gains in Canada exceed the losses in Canada? In the increasing context of globalization of trade and commerce, not to mention international trade treaties such as the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44 and the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47, Schedules I-IV, the issue of whether the balancing test applicable under section 96 is global or limited in its application to Canada becomes crucial. Yet, the provision still provides no guidance in this respect.

[11] It is no wonder that conflicting views on the scope of section 96 have emerged and that the section, in search of predictability and workability, has been read down by eliminating some of the significant effects of the lessening of competition. It also comes as no surprise that many, influenced as they were by the Chicago school of thought in antitrust matters, concluded, as the Tribunal did in the present case, that efficiency of the economy overrides competition even with respect to an Act designed to maintain and promote competition.

[12] It is true as Mr. Justice Iacobucci said in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at page 772 that the focus of the Act is on economy rather than law or, if one prefers, that the “aims of the Act are more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’”. But section 96 really begs the question: what kind of economy?

[9] Quatrièmement, les problèmes créés par l'article 96 sont aggravés par le fait que la disposition est obligatoire. Le Tribunal ne doit pas rendre d'ordonnance empêchant le fusionnement lorsqu'il est satisfait au critère de pondération non défini et insaisissable de l'article 96.

[10] Cinquièmement, l'article 96 ne semble pas avoir de limite ou de portée géographique de sorte que les gains en efficacité réalisés en faveur de sociétés étrangères au détriment des travailleurs et des consommateurs canadiens pourraient être pris en compte dans l'analyse comparative prescrite par cette disposition. Ou les fusionnements ne doivent-ils être approuvés que si les gains en efficacité au Canada excèdent les pertes au Canada? Dans le contexte de la mondialisation croissante du commerce, sans parler des accords de commerce international comme la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44 et la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47, annexes I à IV, la question de savoir si le critère de pondération à appliquer dans le cadre de l'article 96 est mondial ou s'il est limité dans son application au Canada est cruciale. Pourtant, la disposition ne fournit pas d'indications à cet égard.

[11] Il n'est pas étonnant que des positions contradictoires aient été prises au sujet de la portée de l'article 96 et que, en quête de prévisibilité et d'applicabilité, on ait atténué la disposition en écartant certains des effets importants de la diminution de la concurrence. Il n'est pas étonnant non plus que de nombreuses personnes, sous l'influence de l'école de Chicago en matière antitrust, aient conclu, comme l'a fait le Tribunal en l'espèce, que l'efficacité de l'économie prime sur la concurrence même en ce qui concerne une loi visant à préserver et à favoriser la concurrence.

[12] Il est exact, comme l'a dit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, à la page 772, que la Loi est axée sur l'économie plutôt que le droit ou, si l'on préfère, que «les objectifs visés par la Loi sont davantage “économiques” que strictement “juridiques”». Mais l'article 96 ne fait que poser la

Monopolistic, competitive or a proper balance between these two poles?

[13] The Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in Atlantic Canada and to lessen competition substantially in co-ordination services offered to national account customers: see decision [*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2000] C.C.T.D. No. 15 (QL)], paragraphs 310 and 313. There was also conclusive evidence that, in many large areas of the country, the merger would not merely lessen competition, but would in fact eliminate it and create monopolies. The following Chart illustrates the impact of the merger with respect to monopolies or near monopolies: see Compendium of the appellant, page 001327:

Table 4
Geographical Markets with
Merger-to-Monopoly

Market	Pre-Merger		Post-Merger
	SPI %	ICG %	SPI %
Val-d'Or	74	23	97
Sept-Îles/Baie Comeau	55	45	100
Bancroft/Pembroke/Eganville	92	5	97
Dryden/Fort Frances/Kenora/Ignace	47	52	99
Echo Bay/Sault Ste Marie	55	44	99
Hearst/Wawa/Manitouwadge/Marathon	43	53	96
Little Current/Sudbury	51	48	99
North Bay	81	16	97
Thunder Bay	46	54	100
Fort McMurray	32	67	99
Whitecourt	55	45	100
Burns Lake/Terrace/Smithers/Prince Rupert	62	37	99
Fort Nelson	44	56	100
Valemont	43	57	100
Watson Lake	25	75	100
Whitehorse	33	67	100

[14] The Tribunal, in view of its conclusion that efficiency is the paramount objective of the Act, ignored as an effect of the merger the fact that monopolies in certain product markets would ensue and failed to give any weight to that effect in its analysis under section 96. The Act maintains and promotes competition. It assumes that economic efficiency will generally and primarily develop through competition. It also accepts in section 96 that,

question: quelle sorte d'économie? Monopoliste, concurrentielle ou un équilibre convenable entre ces deux pôles?

[13] Le Tribunal a conclu que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans les provinces de l'Atlantique et de diminuer sensiblement la concurrence dans le domaine des services de coordination offerts aux clients qui constituent des comptes nationaux: voir la décision [*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL)], paragraphes 310 et 313. Il y avait également une preuve concluante que, dans de nombreuses grandes régions du pays, le fusionnement ne ferait pas que diminuer la concurrence, mais l'éliminerait et créerait des monopoles. Le tableau suivant illustre l'impact du fusionnement en ce qui concerne les monopoles ou quasi-monopoles: voir l'abrégé de l'appelant, page 001327:

Tableau 4
Marchés géographiques où le fusionnement
mènerait à un monopole

Marché	Avant fusion		Après fusion
	SPI %	ICG %	SPI %
Val-d'Or	74	23	97
Sept-Îles/Baie-Comeau	55	45	100
Bancroft/Pembroke/Eganville	92	5	97
Dryden/Fort Frances/Kenora/Ignace	47	52	99
Echo Bay/Sault-Ste.-Marie	55	44	99
Hearst/Wawa/Manitouwadge/Marathon	43	53	96
Little Current/Sudbury	51	48	99
North Bay	81	16	97
Thunder Bay	46	54	100
Fort McMurray	32	67	99
Whitecourt	55	45	100
Burns Lake/Terrace/Smithers/Prince Rupert	62	37	99
Fort Nelson	44	56	100
Valemont	43	57	100
Watson Lake	25	75	100
Whitehorse	33	67	100

[14] Le Tribunal, en raison de sa conclusion que l'efficacité est l'objectif premier de la Loi, n'a pas tenu compte parmi les effets du fusionnement du fait qu'il en résulterait des monopoles dans certains marchés du produit et n'a attaché aucune importance à cet effet dans son analyse fondée sur l'article 96. La Loi préserve et favorise la concurrence. Elle présume que l'efficacité économique se développera généralement et fondamentalement par la concurrence.

in some cases, a reduction in competition can and will produce more efficiency than competition as it existed before merger.

[15] In my respectful view, however, section 96 was not meant to authorize the creation of monopolies since it would defeat the purpose of section 1.1. The section was not intended to authorize mergers resulting in monopolies whereby, contrary to section 1.1, competition is eliminated, small and medium-sized enterprises are not able to enter or survive in the market and consumers are deprived of competitive prices.

[16] As the Supreme Court of the United States has asserted repeatedly with respect to the U.S. antitrust laws, "Congress was dealing with competition, which it sought to protect, and monopoly, which it sought to prevent": *Standard Oil v. Federal Trade Commission*, 340 U.S. 231 (1951), at pages 248-249 quoting *A. E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943), at page 455". As my colleague pointed out, a similar expression of intent can be found in the Minister's (Minister of Consumer and Corporate Affairs and Canada Post) statement in the House of Commons where he reasserted in presenting the Bill that the ultimate objective of the Act was to provide consumers with competitive prices and product choices.

[17] I agree with my colleague that the application of a balancing test requires a flexibility that the total surplus standard does not provide. It is true that a flexible approach may not yield the predictability that the assumptions and presumptions underlying the total surplus standard afford. However, if predictability is the preferred option, Parliament is at liberty to revisit section 96 and say so.

[18] Finally, contrary to my colleague, I believe the Tribunal erred when it put on the Commissioner the legal burden (i.e., the burden of persuasion) of proving the effects of the lessening of competition. In practice,

Elle accepte également à l'article 96 que, dans certains cas, une réduction de la concurrence peut produire et produira plus d'efficacité que la concurrence qui existait avant le fusionnement.

[15] Toutefois, à mon avis, l'article 96 ne visait pas à autoriser la création de monopoles, car cela irait à l'encontre de l'objet défini à l'article 1.1. L'article ne visait pas à permettre les fusionnements entraînant des monopoles, par suite desquels, contrairement à l'article 1.1, la concurrence est éliminée, les petites et moyennes entreprises sont incapables d'entrer sur le marché ou d'y survivre et les consommateurs sont privés de prix concurrentiels.

[16] Ainsi que la Cour suprême des États-Unis l'a rappelé à plusieurs reprises au sujet des lois antitrust américaines, [TRADUCTION] «le Congrès traitait de la concurrence, qu'il cherchait à protéger, et du monopole, qu'il cherchait à empêcher»: *Standard Oil v. Federal Trade Commission*, 340 U.S. 231 (1951), aux pages 248 et 249 citant *A. E. Staley Mfg. Co. v. Federal Trade Commission*, 135 F.2d 453 (7th Cir. 1943), à la page 455». Ainsi que mon collègue l'a indiqué, on trouve une déclaration semblable sur l'intention du législateur dans le discours prononcé par le ministre (Ministre de la Consommation et des Corporations et de Postes Canada) à la Chambre des communes à l'occasion de la présentation du projet de loi, où il a réaffirmé que l'objectif ultime de la Loi était d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

[17] Je souscris à l'opinion de mon collègue que l'application d'un critère de pondération exige une souplesse que le critère du surplus total ne permet pas. Il est vrai qu'une méthode souple peut ne pas assurer la même prévisibilité que les hypothèses et présomptions sous-jacentes au critère du surplus total. Cependant, si la prévisibilité est l'option privilégiée, il est loisible au Parlement de revoir l'article 96 et de le dire.

[18] Enfin, contrairement à mon collègue, j'estime que c'est à tort que le Tribunal a imposé au commissaire le fardeau (de persuasion) de prouver les effets de la diminution de la concurrence. En prati-

the merging parties will lead evidence of efficiency gains and of some of the effects of the lessening of competition. This is the evidential burden. They need to do that to establish that the gains offset the effects. Of course, the tendency for the merging parties might be to increase the amount of gains and downplay the effects of the lessening of competition. This is why, as we have seen in this case, the Commissioner also bears in practice an evidential burden, that is the burden of leading evidence as to both components of the efficiency defence to alert the Tribunal to what the real, as opposed to the alleged, gains and effects are. In the end, however, the legal burden is on the merging parties to convince the Tribunal, first, that the efficiency gains are of the amount that they have contended, second, that the effects of the lessening of competition are those that they have identified and not those submitted by the Commissioner, and third, that the efficiency gains are greater than, and will offset, the effects.

[19] I agree with the respondents that the Commissioner, with his statutory investigative powers, may be in a better position to gather information relevant to the effects and, indeed, that it would have done so in the context of the application of section 92 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37] to which section 96 is a defence. The availability of statutory investigative powers will, indeed, enable the Commissioner to assume his evidentiary burden of gathering and filing relevant evidence to counter and rebut the allegations and evidence of the merging parties as to the effects of the lessening of competition. However, this is not sufficient to transfer the legal burden of proving these effects on the Commissioner. Indeed, there is no rationale and justification for putting on the Commissioner the burden of persuasion on one of the three components of the efficiency defence.

[20] In conclusion, I would dispose of the matter as proposed by my colleague, except as to costs where

que, les parties au fusionnement vont présenter la preuve des gains en efficience et de certains effets de la diminution de la concurrence. C'est le fardeau de preuve. Elles doivent le faire pour établir que les gains neutralisent les effets. Sans doute, les parties au fusionnement peuvent avoir tendance à augmenter le montant des gains et à minimiser les effets de la diminution de la concurrence. C'est pourquoi le commissaire, ainsi que nous l'avons vu en l'espèce, a lui aussi en pratique un fardeau de preuve, à savoir le fardeau de présenter une preuve sur les deux composantes de la défense fondée sur les gains en efficience pour éveiller l'attention du Tribunal sur les gains et effets réels, par opposition à ceux qui sont allégués. En dernier analyse, toutefois, le fardeau de persuasion incombe aux parties à la fusion; il leur incombe de convaincre le Tribunal, premièrement, que les gains en efficience correspondent au montant allégué, deuxièmement, que les effets de la diminution de la concurrence sont ceux qu'elles ont identifiés et non ceux qui ont été présentés par le commissaire et, troisièmement, que les gains en efficience surpassent et neutraliseront les effets.

[19] Je conviens avec les intimées que le commissaire, du fait des pouvoirs d'enquête que lui confère la Loi, peut être mieux placé pour recueillir des renseignements relatifs aux effets et, à vrai dire, qu'il aurait recueilli ces renseignements dans le cadre de l'application de l'article 92 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37] par rapport auquel l'article 96 constitue une défense. Les pouvoirs d'enquête conférés au commissaire par la Loi lui permettront de s'acquitter de son fardeau de preuve en recueillant et en produisant des éléments de preuve pour repousser et réfuter les allégations et la preuve des parties au fusionnement au sujet des effets de la diminution de la concurrence. Cependant, cela ne suffit pas pour transférer au commissaire le fardeau de prouver ces effets. En effet, rien ne justifie d'imposer au commissaire le fardeau de prouver l'un des trois éléments de la défense fondée sur les gains en efficience.

[20] En conclusion, je serais d'avis de trancher l'affaire comme le propose mon collègue, sauf en ce

I would make no apportionment in view of my conclusion that the Tribunal also erred on the issue of the legal burden of proof.

qui concerne les dépens, où j'estime qu'ils ne devraient pas être partagés étant donné que je conclus que le Tribunal a également commis une erreur sur la question du fardeau de preuve.

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

EVANS J.A.:

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[21] This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (the Tribunal), dated August 30, 2000, dismissing an application by the Commissioner of Competition (the Commissioner) for an order to dissolve the merger of the respondents, Superior Propane Inc. and ICG Propane Inc., or otherwise to remedy the lessening of competition likely to occur in the propane delivery market in Canada as a result of the merger.

A. INTRODUCTION

[21] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision du Tribunal de la concurrence (le Tribunal), en date du 30 août 2000, rejetant une demande du commissaire de la concurrence (le commissaire) visant à obtenir une ordonnance enjoignant de dissoudre le fusionnement des intimées, Supérieur Propane Inc. et ICG Propane Inc., ou de remédier de toute autre manière à la diminution de la concurrence que le fusionnement entraînera vraisemblablement sur le marché de la livraison du propane au Canada.

[22] The appeal raises a question of fundamental importance to the administration of the *Competition Act* that has been the subject of vigorous debate among economists and lawyers in Canada and elsewhere. Indeed, the issue is one on which the Commissioner, and his predecessor, the Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy, have at different times propounded more than one view. However, the volume of the literature to which it has given rise far exceeds that of the jurisprudence and, prior to the decision under appeal, the question had been the subject of judicial comment in only one case.

[22] L'appel soulève une question d'importance fondamentale pour l'administration de la *Loi sur la concurrence*, qui a fait l'objet d'un vigoureux débat parmi les économistes et les avocats au Canada et ailleurs. En fait, il s'agit d'une question sur laquelle le commissaire et son prédécesseur, le directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de la concurrence, ont proposé à divers moments une position qui n'a pas toujours été la même. Toutefois, la doctrine consacrée à la question est de loin plus abondante que la jurisprudence, puisque, avant la décision attaquée en appel, la question n'avait été abordée par un juge que dans une seule affaire.

[23] The question concerns the scope of the so-called "efficiency defence". Under this statutory defence, a merger must be permitted, even though it is likely to prevent or substantially lessen competition in a particular market, if the efficiency gains flowing from the merger are greater than, and offset, the

[23] La question concerne la portée de ce qu'on appelle la «défense fondée sur les gains en efficience». Selon ce moyen de défense prévu par la loi, un fusionnement doit être permis, même s'il aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché particulier,

effects of the lessening of competition.

[24] The precise issue raised by this appeal is whether, for the purpose of the efficiency defence, the “effects” of an anti-competitive merger are limited as a matter of law to the loss of resources to the economy as a whole (the deadweight loss), or whether they include a wider range of the effects of a substantial lessening of competition. The latter would include the wealth transfer from consumers to producers that occurs when the merged entity exercises its market power to increase prices above competitive levels, the elimination of smaller competitors from the market, and the creation of a monopoly.

[25] The Tribunal held that the merger would substantially lessen or prevent competition in nearly all local propane markets in Canada, as well as in the market for national account co-ordination services associated with the delivery of propane. The total divestiture by Superior of all of ICG’s shares and assets was found to be the only appropriate remedy to prevent this. However, by a majority the Tribunal also concluded that, since the merger was likely to result in efficiency gains of \$29.2 million, and would result in only \$3.0 million of quantitative deadweight loss and \$3.0 million of qualitative deadweight loss, the merger was saved by the efficiency defence contained in the *Competition Act*.

[26] Using the “total surplus standard”, the Tribunal concluded that the deadweight loss was the sole “effect” of the lessening of competition that must be balanced against the efficiency gains. Accordingly, the Tribunal treated as irrelevant all other effects, including the size of the wealth transfer from consumers to Superior as a result of the higher than competitive market prices that Superior was likely to charge for propane as a result of the merger.

si les gains en efficience découlant du fusionnement surpassent et neutralisent les effets de la diminution de la concurrence.

[24] La question précise soulevée dans le présent appel est de savoir si, dans le cadre de la défense fondée sur les gains en efficience, les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel se limitent, en droit, à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble (la perte sèche), ou s’ils comprennent une gamme plus étendue d’effets d’une diminution sensible de la concurrence. Cela comprendrait le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qui se produit lorsque l’entité fusionnée exerce sa puissance commerciale pour hausser les prix au-dessus des niveaux concurrentiels, l’élimination du marché des petits concurrents et la création d’un monopole.

[25] Le Tribunal a statué que le fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence sur presque tous les marchés locaux de propane au Canada, ainsi que sur le marché des services de coordination des comptes nationaux associés à la livraison du propane. Il a jugé que le seul moyen approprié d’empêcher ce résultat était que Supérieur se dessaisisse de l’ensemble des actions et éléments d’actif d’ICG. Toutefois, le Tribunal a également conclu, à la majorité, que le fusionnement était protégé par la défense fondée sur les gains en efficience que prévoit la *Loi sur la concurrence*, puisque le fusionnement entraînerait vraisemblablement des gains en efficience de 29,2 millions de dollars et n’entraînerait que 3 millions de dollars de perte sèche quantitative et 3 millions de dollars de perte sèche qualitative.

[26] Appliquant le «critère du surplus total», le Tribunal a conclu que la perte sèche était le seul «effet» de la diminution de la concurrence qu’il fallait comparer avec les gains en efficience. Le Tribunal a donc traité comme non pertinents tous les autres effets, notamment le volume du transfert de richesse des consommateurs à Supérieur par suite des prix de marché plus élevés que les prix concurrentiels que Supérieur demanderait vraisemblablement pour le propane par suite du fusionnement.

B. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[27] The statutory provisions relevant to this appeal are as follows:

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34

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.

...

92. (1) Where, on application by the Commissioner, 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

...

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

...

B. LE CADRE LÉGISLATIF

[27] Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34

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.

[. . .]

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, 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,

[. . .]

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

[. . .]

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in

(a) a significant increase in the real value of exports; or

(b) a significant substitution of domestic products for imported products.

(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.

*Competition Tribunal Act, R.S.C.,
1985, (2nd Supp.) c. 19*

2. . . .

2. “judicial member” means a member of the Tribunal appointed under paragraph 3(2)(a).

. . .

3. (1) There is hereby established a tribunal to be known as the Competition Tribunal.

(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 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

96. (1) Le Tribunal ne rend pas l’ordonnance prévue à l’article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l’objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue.

(2) Dans l’étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiraient:

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l’application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d’une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu’un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.

*Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C.
(1985), (2^e suppl.), ch. 19*

2. [. . .]

2. «juge» Membre du Tribunal nommé en application de l’alinéa 3(2)a).

[. . .]

3. (1) Est constitué le Tribunal de la concurrence.

(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 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

community, consumer groups and labour.

(4) The Minister shall consult with any advisory council established under subsection (3) before making a recommendation with respect to the appointment of a lay member.

...

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.

...

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.

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.

C. THE TRIBUNAL'S DECISION

[28] The Tribunal heard this matter over 48 days; 39 days were devoted to hearing from 91 witnesses, including 17 experts, at least 10 of whom have a Ph.D. in economics, while submissions from counsel took another 9 days. The reasons for decision of the majority of the Tribunal (the presiding judicial member, Nadon J., and one of the lay members, Dr. Schwartz, an economist) run to some 469 paragraphs. There are also substantial dissenting reasons by the second lay member, Ms. Lloyd, covering, in part, issues that lie at the heart of this appeal.

[29] The first 317 paragraphs of the majority's reasons, written by Nadon J., deal at length with whether the merger would prevent or substantially lessen competition within the meaning of section 92 of the *Competition Act*. The Tribunal was unanimous in

juridique, à des groupes de consommateurs, au monde des affaires et au monde du travail.

(4) Avant de recommander la nomination d'un autre membre, le ministre demande l'avis du conseil consultatif constitué en application du paragraphe (3).

[. . .]

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.

[. . .]

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.

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.

C. LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[28] Les audiences ont duré 48 jours: 39 jours ont été consacrés à l'audition des 91 témoins, au rang desquels figuraient 17 experts, dont au moins 10 étaient titulaires d'un doctorat en économie, et l'argumentation des avocats a pris 9 jours. Les motifs de la décision de la majorité du Tribunal (le juge Nadon, président, et l'un des membres non-juges, M. Schwartz, un économiste) occupent 469 paragraphes. Il y a également des motifs dissidents élaborés du deuxième membre non-juge, M^{me} Lloyd, qui couvrent en partie les questions qui sont au cœur du présent appel.

[29] Les 317 premiers paragraphes des motifs de la majorité, rédigés par le juge Nadon, traitent dans le détail de la question de savoir si le fusionnement empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence au sens de l'article 92 de la *Loi sur la concurren-*

concluding that it would and, since the Tribunal's conclusion on this is not the subject of appeal, I can deal with its findings relatively briefly.

[30] First, the Tribunal found that the merger would not substantially lessen competition in only 8 of 74 local markets for the supply of propane: paragraph 307 of the reasons. At the other extreme, in 16 markets the merged entity would have a monopoly or near monopoly, that is, a market share ranging from 97% to 100%: paragraph 306. And, in another 16 markets, where there was already substantial market concentration, the merger would remove healthy competition: paragraph 308. The remaining 33 markets were in an intermediate category in that, while Superior and ICG were the largest sellers of propane, and the merger was likely to lessen competition substantially, competition from other suppliers would continue after the merger: paragraph 309. Finally, the Tribunal found that the merger would lessen competition substantially in the co-ordination services offered to national account customers, leaving the merged entity as the only firm in Canada serving this market: paragraph 310.

[31] Second, the demand for propane is fairly inelastic, that is, consumers are relatively insensitive to price increases. Although some consumers purchase propane for less than essential purposes, such as heating their swimming pools, most purchase it for home heating, automotive fuel and industrial purposes. Consequently, propane is not a discretionary item that most consumers can choose to forego.

[32] Moreover, the cost of switching from propane to an alternative form of fuel is relatively high. For example, consumers who purchase propane to heat their homes will normally be deterred from substituting oil as a heating fuel by the considerable expense of converting to an oil burning furnace unless, for instance, their furnace is at the end of its useful life: paragraphs 24-25.

rence. Le Tribunal a conclu à l'unanimité que c'était effectivement le cas et, puisque sa décision sur ce point n'est pas attaquée en appel, je ne rappellerai que brièvement ses conclusions.

[30] Premièrement, le Tribunal a conclu que le fusionnement ne diminuerait pas sensiblement la concurrence sur 8 seulement des 74 marchés locaux de fourniture de propane: paragraphe 307 des motifs. À l'autre extrême, sur 16 marchés, l'entité fusionnée aurait un monopole ou un quasi-monopole, c'est-à-dire une part de marché comprise entre 97 % et 100 %: paragraphe 306. Et, sur 16 autres marchés, présentant déjà une concentration du marché élevée, le fusionnement éliminerait une saine concurrence: paragraphe 308. Les 33 autres marchés formaient une catégorie intermédiaire: Supérieur et ICG y étaient les plus gros vendeurs de propane et le fusionnement allait vraisemblablement entraîner une diminution sensible de la concurrence, mais la concurrence des autres fournisseurs se poursuivrait après le fusionnement: paragraphe 309. Enfin, le Tribunal a conclu que le fusionnement diminuerait sensiblement la concurrence dans les services de coordination offerts aux clients qui constituent des comptes nationaux, l'entité fusionnée étant la seule entreprise desservant ce marché au Canada: paragraphe 310.

[31] Deuxièmement, la demande de propane est assez inélastique, c'est-à-dire que les consommateurs sont relativement insensibles aux hausses de prix. Bien que certains consommateurs achètent le propane pour des besoins qui ne sont pas essentiels, comme le chauffage de leur piscine, la plupart l'achètent pour le chauffage résidentiel, comme carburant automobile et pour des usages industriels. Par conséquent, le propane n'est pas un article facultatif dont la plupart des consommateurs peuvent choisir de se passer.

[32] De plus, le coût de remplacement du propane par une autre forme de combustible est relativement élevé. Par exemple, les consommateurs qui achètent du propane pour le chauffage résidentiel sont normalement dissuadés de passer au mazout par le coût considérable de la conversion à une chaudière au mazout, à moins que, par exemple, leur chaudière soit à la fin de sa durée de vie utile: paragraphes 24 et 25.

[33] Third, relatively high barriers to entry face potential competitors in the market and hence increase the ability of the merged entity to raise prices above the competitive level. For example, consumers are often required to sign exclusive supply contracts stipulating that for five years they will purchase propane exclusively from the supplier and that, in the case of Superior, when the contract expires, consumers will give the supplier the right of first refusal. These supply contracts often contain lengthy notice of termination clauses that, in the case of ICG, require consumers to give 180 days notice prior to the termination date of the contract. In the absence of such notice, the contract is automatically renewed: paragraphs 132-146.

[34] Another factor that makes switching suppliers difficult and costly is that the supplier, rather than the consumer, typically owns the propane tank: paragraph 147. In addition, a reputation for reliable delivery is an important factor in this market and consumers are therefore reluctant to switch to a new supplier with no established reputation: paragraph 154. Finally, new entrants are also likely to be discouraged by the maturity of the market; that is, there is little potential for growth in the demand for propane: paragraph 158.

[35] In support of these findings on market entry barriers, the Tribunal noted that, when Imperial Oil Limited, a very large corporation, entered the market for propane distribution in 1990, it withdrew after nine years because market barriers made the venture uneconomic. Since then, no other entrants of comparable size or stature have materialized: paragraph 153.

[36] On the basis of considerations of the kind noted above, the Tribunal concluded that, as a result of the merger, the merged entity was likely to increase the price of propane by an average of 8%: paragraphs 252-253. Having found that the merger would lead to

[33] Troisièmement, il existe des entraves considérables à l'accès au marché de concurrents potentiels, qui se trouvent à augmenter la capacité de l'entité fusionnée de hausser les prix au-dessus du niveau concurrentiel. Par exemple, les consommateurs sont souvent obligés de signer des contrats d'approvisionnement exclusifs stipulant que, pour une durée de cinq ans, ils vont acheter le propane exclusivement du fournisseur et que, dans le cas de Supérieur, à l'expiration du contrat, ils lui donneront le droit de premier refus. Ces contrats d'approvisionnement contiennent également des clauses prévoyant un avis de résiliation donné longtemps à l'avance; dans le cas d'ICG, les consommateurs doivent donner un avis de résiliation 180 jours avant l'échéance du contrat. À défaut de cet avis, le contrat est automatiquement renouvelé: paragraphes 132 à 146.

[34] Un autre facteur qui contribue à rendre difficile et coûteux le changement de fournisseur, c'est que, ordinairement, c'est le fournisseur, et non le consommateur, qui est propriétaire du réservoir de propane: paragraphe 147. En outre, la réputation quant à la sûreté de l'approvisionnement constitue un facteur important sur ce marché et les consommateurs hésitent à passer à un nouveau fournisseur dont la réputation n'est pas établie: paragraphe 154. Enfin, les nouveaux venus risquent aussi d'être découragés par le développement avancé du marché, c'est-à-dire un marché où il n'y a guère de potentiel de croissance en ce qui concerne la demande de propane: paragraphe 158.

[35] À l'appui de ces conclusions sur les entraves à l'accès au marché, le Tribunal a noté que la Compagnie Pétrolière Impériale Ltée, une très grande société, après être entrée sur le marché de la distribution du propane en 1990, s'est retirée neuf ans plus tard parce que les entraves à l'accès rendaient l'affaire non rentable. Depuis lors, aucune autre entreprise d'une taille ou d'une importance comparable n'a tenté d'entrer sur ce marché: paragraphe 153.

[36] Sur la base de considérations de la nature de celles qui ont été rappelées ci-dessus, le Tribunal a conclu que, par suite du fusionnement, l'entité fusionnée augmenterait vraisemblablement le prix du propane de 8 % en moyenne: paragraphes 252 et 253.

a substantial lessening of competition contrary to section 92, the Tribunal concluded that only a total divestiture by Superior of all ICG's assets and shares would restore competition to the pre-merger level: paragraphs 314 and 316.

[37] The Tribunal then proceeded to a consideration of the efficiency defence under section 96. It held that the merging parties had the burden of proving the efficiencies that would not have been generated but for the merger, while the Commissioner bore the burden of proving the anti-competitive effects, since he was in the better position to do so by virtue of the investigative powers conferred on him by the Act: paragraph 403. The merging parties had the burden of establishing that the resulting efficiencies would be greater than and offset the anti-competitive effects of the merger.

[38] The majority calculated the net efficiency savings that would result from the merger, and could not have been achieved by other means, to be \$29.2 million in each of the next ten years: paragraph 383. Ms. Lloyd dissented from the majority's view on this issue and held that the evidence before the Tribunal was insufficient to support this figure: paragraph 470. However, there is no appeal from this aspect of the Tribunal's decision and it is unnecessary to say more about it here.

[39] Having made its entry on the "efficiency" side of the ledger, the Tribunal then considered the "effects" that would result from the "lessening or prevention of competition" if the merger was approved. The submissions and evidence before the Tribunal on this question went to two issues: the definition of "effects" for the purpose of section 96 and their quantification. The principal question in this appeal concerns the Tribunal's conclusion on the first of these issues.

[40] The Tribunal had before it evidence describing various methodologies developed by economists for determining the effects of an anti-competitive merger.

Ayant conclu que le fusionnement entraînerait une diminution sensible de la concurrence, à l'encontre de l'article 92, le Tribunal a décidé que Supérieur devait se dessaisir de l'ensemble des éléments d'actif et des actions d'ICG, seul moyen de rétablir la concurrence au niveau antérieur au fusionnement: paragraphes 314 et 316.

[37] Le Tribunal a ensuite examiné la défense fondée sur les gains en efficience, prévue à l'article 96. Il a jugé que les parties au fusionnement avaient le fardeau de prouver les gains en efficience qui n'auraient pas été obtenus sans la fusion, tandis que le commissaire avait le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels, puisqu'il est mieux placé pour le faire en raison des pouvoirs d'enquête qui lui sont conférés par la Loi: paragraphe 403. Les parties au fusionnement avaient le fardeau d'établir que les gains en efficience surpasseraient et neutraliseraient les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

[38] La majorité a établi les gains nets en efficience devant résulter du fusionnement, et qui ne pourraient avoir été obtenus par d'autres moyens, à 29,2 millions de dollars pour chacune des dix prochaines années: paragraphe 383. M^{me} Lloyd était en désaccord avec la position de la majorité sur cette question et a jugé que la preuve présentée au Tribunal était insuffisante pour étayer ce chiffre: paragraphe 470. Toutefois, cet aspect de la décision du Tribunal n'est pas attaqué en appel et il n'est pas nécessaire d'en traiter plus longuement.

[39] Après avoir décidé du chiffre à inscrire pour les «gains en efficience», le Tribunal a examiné les «effets» qui résulteraient de «l'empêchement ou de la diminution de la concurrence» si le fusionnement était approuvé. Les observations et la preuve présentées au Tribunal sur ce point portaient sur deux questions: la définition des «effets» pour l'application de l'article 96 et la quantification de ceux-ci. La principale question soulevée dans le présent appel concerne la conclusion du Tribunal sur la première de ces deux questions.

[40] La preuve présentée au Tribunal comportait notamment une description de diverses méthodes élaborées par les économistes pour déterminer les

I should make it clear that the various standards considered by the Tribunal are, for the most part, the work of economists in the United States, and have been used as a basis for competition policy prescriptions. However, antitrust law in the United States does not have an efficiency defence comparable to section 96, although efficiencies are taken into consideration by the Federal Trade Commission when scrutinizing a merger, along with other factors, including the wealth transfer from consumers to producers likely to result from it.

[41] Two of the methodologies for determining when efficiency gains offset the adverse effects of an anti-competitive merger are likely to give a narrow scope to the efficiency defence. For example, under the “price standard” efficiencies will only justify an anti-competitive merger if they result in price decreases or, at least, do not increase prices. This is the most difficult standard for the parties to a merger to satisfy, and is the standard normally applied by the Federal Trade Commission as the basis for approving an anti-competitive merger: *Horizontal Merger Guidelines* (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission; April 2, 1992, revised April 8, 1997), pages 148-150.

[42] The “consumer surplus standard” posits that a merger should be permitted only if the resulting efficiency gains exceed the sum of the wealth transferred to the producers and the deadweight loss occasioned by increases in price charged by the merged entity. In practice, this standard will also be difficult to establish and consequently will tend to narrow the availability of the efficiency defence.

[43] On the basis of a report prepared for the Commissioner by an expert witness, Dr. Peter Townley, a professor of economics at Acadia University, counsel for the Commissioner submitted that the Tribunal should adopt a “balancing weights standard” as the basis for determining whether the

effets d’un fusionnement anticoncurrentiel. Je dois préciser que les divers critères examinés par le Tribunal ont été élaborés, pour la plupart, par des économistes américains et ont servi de fondement pour établir les prescriptions de la politique de la concurrence. Toutefois, le droit antitrust américain ne comporte pas de défense fondée sur les gains en efficacité comparable à l’article 96, bien que la Federal Trade Commission, lorsqu’elle examine un fusionnement, prenne en considération les gains en efficacité, parmi d’autres facteurs, dont le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qui en résultera vraisemblablement.

[41] Deux des méthodes employées pour déterminer si les gains en efficacité neutralisent les effets négatifs d’un fusionnement anticoncurrentiel sont de nature à limiter étroitement la portée de la défense fondée sur les gains en efficacité. Par exemple, selon le «critère du prix», les gains en efficacité ne peuvent justifier un fusionnement anticoncurrentiel que s’ils entraînent des diminutions de prix ou, du moins, n’entraînent pas de hausses de prix. C’est le critère auquel il est le plus difficile de satisfaire pour les parties à un fusionnement et c’est le critère normalement appliqué par la Federal Trade Commission pour l’approbation d’un fusionnement anticoncurrentiel: *Horizontal Merger Guidelines* (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission; 2 avril 1992, révisé le 8 avril 1997), pages 148 à 150.

[42] Selon le «critère du surplus du consommateur», un fusionnement ne devrait être permis que si les gains en efficacité qu’il entraîne excèdent la somme de la richesse transférée aux producteurs et de la perte sèche occasionnée par les hausses de prix demandées par l’entité fusionnée. En pratique, il est également difficile d’établir qu’on satisfait à ce critère et, par conséquent, cela tend à rétrécir l’application de la défense fondée sur les gains en efficacité.

[43] Sur le fondement d’un rapport établi pour le commissaire par un témoin expert, M. Peter Townley, professeur d’économie à l’Acadia University, l’avocat du commissaire a soutenu que le Tribunal devrait adopter la méthode des «coefficients pondérateurs» pour déterminer si les gains en efficacité découlant du

efficiency gains from the merger of Superior and ICG were greater than, and offset, its anti-competitive effects.

[44] Using this methodology, the Tribunal would determine the anti-competitive effects of a merger by taking into account a range of factors, but would not assign to each a fixed, *a priori* weight. The factors include: the deadweight loss; the wealth transfer from consumers resulting from the increase in prices through the exercise of market power; the loss of product choices and services currently associated with the product; and the prevention of competition and the creation of a monopoly or near monopoly in some or all of the relevant markets: paragraphs 386-387 and 431.

[45] The Tribunal rejected this approach in favour of the “total surplus standard” which looks only at the overall loss to the economy as a result of the fall in demand for the merged entity’s products following a post-merger increase in price, and the inefficient allocation of resources that occurs when, as prices rise, consumers purchase a less suitable substitute. The resulting loss of resources to the economy constitutes deadweight loss.

[46] The Tribunal relied on the analyses of leading economists and of “law and economics” scholars, mainly from the United States, but also from Canada, in support of the “total surplus standard”. Under this standard, an anti-competitive merger is allowed to proceed when efficiency gains exceed deadweight loss. Its rationale is that this standard measures the net increase or loss in general welfare as a result of the merger. In addition, it provides a predictable standard for merger review, and hence firms are not deterred from effecting mergers that will increase total economic resources by an inability to predict whether their merger will receive regulatory approval.

[47] Under the total surplus standard, the wealth likely to be transferred from consumers to producers

fusionnement de Supérieur et d’ICG surpassaient et neutralisaient ses effets anticoncurrentiels.

[44] Selon cette méthode, le Tribunal déterminerait les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement en prenant en compte une gamme de facteurs, mais sans attribuer à chacun une pondération fixe, *a priori*. Ces facteurs comprennent la perte sèche, le transfert de richesse des consommateurs résultant de la hausse des prix par l’exercice de la puissance commerciale, le choix moins grand de produits, la perte de services actuellement associés au produit, l’empêchement de la concurrence et la création d’un monopole ou d’un quasi-monopole sur tous les marchés pertinents ou sur quelques-uns de ceux-ci: paragraphes 386, 387 et 431.

[45] Le Tribunal a rejeté cette approche, retenant plutôt le «critère du surplus total», qui ne prend en compte que la perte globale pour l’économie du fait de la chute de la demande des produits de l’entité fusionnée par suite d’une hausse de prix intervenue après le fusionnement et l’affectation inefficace des ressources qui se produit lorsque, par suite de la hausse des prix, les consommateurs achètent un produit de substitution convenant moins bien. La perte de ressources qui en résulte pour l’économie constitue la perte sèche.

[46] Le Tribunal s’est appuyé sur les analyses d’éminents économistes et de professeurs de droit et d’économie, principalement des États-Unis, mais aussi du Canada, pour retenir le «critère du surplus total». Selon ce critère, un fusionnement anticoncurrentiel est autorisé lorsque les gains en efficacité excèdent la perte sèche. La raison en est que ce critère mesure l’augmentation ou la diminution nette du bien-être général par suite du fusionnement. En outre, il s’agit d’un critère prévisible pour l’examen des fusionnements, de sorte que les entreprises ne sont pas dissuadées d’effectuer des fusionnements qui vont augmenter les ressources économiques totales en raison de leur incapacité de prévoir si le fusionnement proposé recevra l’approbation réglementaire.

[47] Selon le critère du surplus total, la richesse qui sera vraisemblablement transférée des consommateurs

as a result of the merger is not considered to be an anti-competitive effect, because such a transfer is neutral: that is, it neither increases, nor decreases total societal wealth. Proponents of the total surplus standard argue that there is no economic reason for favouring a dollar in the hands of consumers of the products of the merged entity over a dollar in the hands of the producers or its shareholders, who are, after all, also consumers. Moreover, in the absence of complete data on the socio-economic profiles of the consumers and of the shareholders of the producers, it would be impossible to assess whether the redistributive effects of the wealth transferred as a result of the higher prices charged by the merged entity would be fair and equitable: paragraphs 423-425.

[48] The Tribunal concluded that, properly interpreted, section 96 of the *Competition Act* mandates a methodology for determining the effects to be balanced against efficiency gains that ignores wealth transfers, or distributive effects, and focusses exclusively on the extent to which the merger increases net wealth in the economy as a whole. The reasons that the Tribunal advanced for its conclusion can be summarized as follows.

[49] First, even if the necessary data were available, an assessment of the merits, or otherwise, of the distributive effects of a merger is a political task best performed by elected politicians, not by members of the Tribunal, who are appointed for their expertise in economics or commerce: paragraphs 431-432 and 438.

[50] Second, since section 96 allows an anti-competitive merger where the efficiencies gained thereby are greater than, and offset, the effects of the lessening of competition, efficiency “was Parliament’s paramount objective in passing the merger provisions of the Act”: paragraph 437. Therefore, “effects” in section 96 should be interpreted in a way that best attains that objective. This excludes an interpretation that requires, or permits, distributive or other effects of a merger to be considered that are unrelated to the

aux producteurs par suite du fusionnement n’est pas considérée comme un effet anticoncurrentiel, un tel transfert étant neutre, c’est-à-dire qu’il n’augmente ni ne diminue la richesse totale de la société. Les partisans du critère du surplus total font valoir qu’il n’y a pas de raison d’ordre économique pour se prononcer en faveur d’un dollar dans les mains des consommateurs des produits de l’entité fusionnée plutôt que d’un dollar dans les mains des producteurs ou de leurs actionnaires, qui, en définitive, sont également des consommateurs. En outre, en l’absence de données complètes sur les profils socioéconomiques des consommateurs et des actionnaires des producteurs, il est impossible d’apprécier si les effets de redistribution du transfert de richesse opéré par suite de la hausse des prix demandés par l’entité fusionnée seraient justes et équitables: paragraphes 423 à 425.

[48] Le Tribunal a conclu que l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*, interprété correctement, impose, pour la détermination des effets à comparer aux gains en efficience, une méthode qui ne tient pas compte des transferts de richesse et qui est axée exclusivement sur le niveau auquel le fusionnement augmente la richesse nette de l’économie dans son ensemble. Les raisons données par le Tribunal pour justifier cette conclusion peuvent être résumées comme suit.

[49] Premièrement, même si l’on disposait des données nécessaires, l’appréciation des mérites, ou de tout autre aspect, des effets de distribution d’un fusionnement est une fonction politique, que sont mieux en mesure d’accomplir des politiciens élus que les membres du Tribunal, nommés en raison de leur expertise en matière économique ou commerciale: paragraphes 431, 432 et 438.

[50] Deuxièmement, puisque l’article 96 permet un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficience qui en résultent surpassent et neutralisent les effets de la diminution de la concurrence, l’efficience était «l’objectif premier du législateur lorsque celui-ci a inclus dans la Loi les dispositions relatives aux fusionnements»: paragraphe 437. Donc, le terme «effets» à l’article 96 doit s’interpréter de la manière qui permet le mieux d’atteindre cet objectif. Cela exclut l’interprétation qui exige ou permet la prise en

maximization of total societal wealth: paragraphs 411-413, 426 and 432.

[51] Third, if business people are unable to predict whether the Commissioner or the Tribunal is likely to conclude that the efficiencies to be gained from a proposed merger will exceed, and offset, the adverse effects of the merger as calculated by the balancing weights standard, they will be deterred from merging, to the detriment of the economy as a whole: paragraph 433.

[52] Accordingly, in the Tribunal's view, the difficulty of applying the balancing weights standard advanced by the Commissioner militates against its adoption. Indeed, even though Professor Townley favoured this approach he conceded in his evidence that, as an economist, he could not advise the Tribunal what weights to assign to the various factors to be considered. Hence, he could not say whether the efficiency gains from the merger of Superior and ICG were greater than and offset its effects.

[53] Fourth, the Tribunal noted that in the *Merger Enforcement Guidelines* (MEG) Director of Investigation and Research, Competition Act, Information Bulletin No. 5, March 1991 (Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1991), which had been in force since 1991, the Commissioner had indicated that the effects of an anti-competitive merger were to be assessed for the purpose of section 96 by the total surplus standard.

[54] Indeed, even after the appropriateness of the total surplus standard had been questioned by Reed J. when sitting as the judicial member of the Tribunal in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.), the predecessor of the current Commissioner publicly reaffirmed the position taken in the MEG. In *Hillsdown, supra*, Reed J. had doubted

compte d'effets de distribution ou d'autres effets qui ne sont pas reliés à la maximisation de la richesse totale de la société: paragraphes 411 à 413, 426 et 432.

[51] Troisièmement, si les dirigeants d'entreprise sont incapables de prévoir si le commissaire ou le Tribunal conclura probablement que les gains en efficacité découlant d'un fusionnement proposé vont surpasser et neutraliser les effets négatifs du fusionnement calculés selon la méthode des coefficients pondérateurs, ils seront dissuadés d'opérer le fusionnement au désavantage de l'économie dans son ensemble: paragraphe 433.

[52] En conséquence, de l'avis du Tribunal, la difficulté d'appliquer la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le commissaire joue contre son adoption. En fait, même si le professeur Townley privilégiait cette méthode, il a concédé dans son témoignage que, en qualité d'économiste, il ne pouvait conseiller le Tribunal sur la pondération à accorder aux divers facteurs à prendre en compte. Il ne pouvait donc pas dire si les gains en efficacité découlant du fusionnement de Supérieur et d'ICG en surpassaient et en neutralisaient les effets.

[53] Quatrièmement, le Tribunal a noté que, dans le texte *Fusionnements—Lignes directrices pour l'application de la Loi* (Lignes directrices) (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence, Bulletin d'information n° 5, mars 1991 (Bureau de la politique de Concurrence, Consommation et Corporations Canada, 1991)), en vigueur depuis 1991, le commissaire a indiqué que les effets d'un fusionnement anticoncurrentiel devaient, pour l'application de l'article 96, s'apprécier selon le critère du surplus total.

[54] En fait, même après que le bien-fondé du critère du surplus total eut été remis en cause par le juge Reed, siégeant en tant que juge du Tribunal dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.), le prédécesseur du commissaire actuel a réaffirmé publiquement la position prise dans les lignes directrices. Dans l'affaire

(at page 339) whether an interpretation of “effects”, such as that contained in the MEG, that omitted from consideration the wealth transferred from consumers to producers was consistent with the purposes of the Act.

[55] Fifth, the Tribunal stated that the purpose and objectives section of the *Competition Act*, section 1.1, should not be read as requiring each of the objectives listed in it to be considered in the context of identifying the effects of a merger for the purpose of section 96. Rather, the references in section 1.1 to the Act’s objectives, such as promoting “the efficiency and adaptability of the Canadian economy”, ensuring that “small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy”, and providing “consumers with competitive prices and product choices” should be regarded as no more than statements of the beneficial results of attaining the stated purpose of the Act, namely “to promote and encourage competition in Canada”. Further, to the extent that there was a conflict between the general provision, section 1.1, and the specific, section 96, the latter should prevail: paragraphs 408-410.

[56] The dissenting member of the Tribunal took issue with much of the majority’s reasoning on the meaning of “effects” in section 96. In Ms. Lloyd’s view, any interpretation of section 96 that excluded from “effects” the wealth transfer from consumers to producers likely to result from an anti-competitive merger was inconsistent with the objectives of the Act: paragraph 506.

[57] She concluded that a flexible approach that enabled the Tribunal to take into account, along with other factors, the wealth transfer, both quantitatively and qualitatively, was more compatible with the statutory scheme, particularly in so far as its objectives include to “provide consumers with competitive prices and product choices”: paragraph 511. Ms. Lloyd summarized (at paragraph 506) her position as follows:

Hillsdown, précitée, le juge Reed avait dit douter (à la page 339) qu’une interprétation des «effets» comme celle qu’on retrouve dans les Lignes directrices, qui ne tient pas compte du transfert de richesse des consommateurs aux producteurs, soit conforme aux objectifs de la Loi.

[55] Cinquièmement, le Tribunal a statué que l’article exposant l’objet et les objectifs de la *Loi sur la concurrence*, l’article 1.1, ne devrait pas s’interpréter de manière à exiger la prise en compte de chacun des objectifs énumérés en vue d’identifier les effets d’un fusionnement pour l’application de l’article 96. La mention à l’article 1.1 des objectifs de la Loi, comme «stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne», «assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne», et «assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits» devrait plutôt être considérée simplement comme l’énonciation des résultats avantageux découlant de la réalisation de l’objet de la Loi, soit «de préserver et de favoriser la concurrence au Canada». En outre, dans la mesure où il y aurait un conflit entre la disposition générale, soit l’article 1.1, et la disposition particulière, soit l’article 96, c’est cette dernière qui doit l’emporter: paragraphes 408 à 410.

[56] Le membre du Tribunal dissident a exprimé son désaccord avec une bonne partie du raisonnement de la majorité quant à la signification du mot «effets» à l’article 96. Selon M^{me} Lloyd, toute interprétation de l’article 96 qui excluait des «effets» le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs qu’entraînera vraisemblablement un fusionnement anticoncurrentiel est incompatible avec les objectifs de la Loi: paragraphe 506.

[57] Elle a conclu qu’une méthode souple, permettant au Tribunal de tenir compte notamment du transfert de richesse, tant quantitatif que qualitatif, était plus conforme au régime législatif, particulièrement du fait que les objectifs de la Loi comprennent notamment celui d’«assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits»: paragraphe 511. M^{me} Lloyd a résumé sa position (au paragraphe 506) en ces termes:

While I recognize that efficiencies are given special consideration under section 96 and may constitute a defence to an otherwise anti-competitive merger, it appears to me that section 96 is an exception to the application of section 92 of the Act and not an exception to the Act itself. [Emphasis added.]

D. THE ISSUES

[58] The appeal raises three issues for the Court to decide.

- (1) What standard of review is applicable to the Tribunal's determination of the "effects" of a merger to be considered under section 96?
- (2) Did the Tribunal err in law when it interpreted "effects" as limited to those identified by the total surplus standard?
- (3) Did the Tribunal err in law when it imposed on the Director the legal burden of proving the effects of the merger?

E. ANALYSIS

Issue 1: The Standard of Review

[59] It was common ground between counsel that, in view of the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, if the Tribunal's interpretation of the word, "effects", was entitled to any deference, the less deferential standard of reasonableness *simpliciter* would be appropriate.

[60] The disputed question was, of course, whether any deference was due at all. In my view, the answer is to be found, for the most part, in the reasoning in *Southam, supra*, which also concerned the Tribunal, and in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, which is an important, comprehensive and general elaboration of the pragmatic and functional analysis for determining the standard of judicial review of administrative action.

Bien que je reconnaisse que l'article 96 accorde une importance particulière aux gains d'efficacité et que ceux-ci peuvent constituer une défense en faveur de ce que l'on pourrait qualifier normalement de fusionnement anticoncurrentiel, il me semble que l'article 96 représente une exception à l'application de l'article 92 de la Loi et non une exception à la Loi elle-même. [Non souligné dans l'original.]

D. LES QUESTIONS EN LITIGE

[58] L'appel soulève trois questions que doit trancher la Cour.

- 1) Quelle est la norme de contrôle applicable à la détermination par le Tribunal des «effets» d'un fusionnement à prendre en compte selon l'article 96?
- 2) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en interprétant ces «effets» comme limités à ceux qui sont identifiés selon le critère du surplus total?
- 3) Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a imposé au directeur le fardeau de prouver les effets de la fusion?

E. ANALYSE

Question 1: La norme de contrôle

[59] Compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, les avocats ont convenu que, si l'interprétation du terme «effets» par le Tribunal justifiait une retenue, la norme exigeant le moins de retenue, soit celle de la décision raisonnable *simpliciter*, était appropriée.

[60] La question contestée, évidemment, était celle de savoir si cette décision justifiait quelque retenue que ce soit. À mon sens, on trouve la réponse, pour l'essentiel, dans le raisonnement suivi dans l'arrêt *Southam*, précité, qui portait également sur le Tribunal, et dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, qui constitue un exposé important, complet et général de l'analyse pragmatique et fonctionnelle en vue de déterminer la norme de contrôle des décisions administratives.

[61] I turn, then, to an examination of the elements of the pragmatic and functional analysis as they apply to the case before us. A consensus seems to have emerged in the jurisprudence that the expertise of the tribunal under review, and the relevance of that expertise to resolving the issues in dispute, will normally be the most important of the pragmatic or functional factors considered in determining the standard of review: *Pushpanathan, supra*, at pages 1006-1007, paragraph 32. I deal first with the nature of the issue decided by the Tribunal in this case.

(i) The nature of the issue decided by the Tribunal

[62] In holding that the meaning of the word, “effects”, in section 96 is limited to the deadweight loss resulting from an anti-competitive merger, the Tribunal was clearly interpreting the Act and was thereby deciding a question of law.

[63] This is because the Tribunal’s ruling purports to be of general application to all cases in which the efficiency defence is invoked. The Tribunal did not confine itself merely to identifying the factors to be considered or not considered in this case, nor to prescribing a methodology for determining only the “effects” of Superior’s merger with ICG. Instead, the Tribunal makes it abundantly clear in its reasons that, as a matter of interpretation, the word, “effects”, means only deadweight loss and that the efficiency defence is, in all cases, simply a codification of the total surplus standard.

[64] For instance, based on its conclusion that section 96 encapsulates the total surplus standard, the Tribunal made the following findings with respect to the meaning of “the effects” of an anti-competitive merger, at paragraphs 423, 427, 430 and 447:

The economic effects of an anti-competitive merger are the effects on real resources, that is, the changes in the way the economy deploys those resources as the result of the merger. . . .

. . .

Assessing a merger’s effects in this way is generally called the “total surplus standard”. . . transfers from

[61] Je passe donc à un examen des éléments de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, dans leur application à l’espèce. Un consensus semble s’être dégagé dans la jurisprudence: l’expertise du tribunal dont la décision est soumise au contrôle et la pertinence de cette expertise par rapport à la solution des questions en litige seront normalement les facteurs les plus importants pris en compte dans l’analyse pragmatique ou fonctionnelle en vue de déterminer la norme de contrôle: *Pushpanathan*, précité, aux pages 1006 et 1007, paragraphe 32. Je traite d’abord de la nature de la question tranchée par le Tribunal en l’espèce.

(i) La nature de la question tranchée par le Tribunal

[62] En jugeant que le sens du terme «effets» à l’article 96 est limité à la perte sèche découlant d’un fusionnement anticoncurrentiel, le Tribunal interprétait manifestement la Loi et décidait donc une question de droit.

[63] Cela tient à ce que la décision du Tribunal se veut d’application générale pour toutes les affaires dans lesquelles la défense fondée sur les gains en efficience est invoquée. Le Tribunal ne s’est pas limité à définir les facteurs à prendre en compte ou à ne pas prendre en compte en l’espèce, ni à établir une méthode pour déterminer seulement les «effets» du fusionnement de Supérieur avec ICG. Dans ses motifs, le Tribunal précise bien que, sur le plan de l’interprétation, le terme «effets» signifie seulement la perte sèche et que la défense fondée sur les gains en efficience n’est, dans tous les cas, qu’une codification du critère du surplus total.

[64] Par exemple, sur le fondement de sa position que l’article 96 exprime le critère du surplus total, le Tribunal a tiré les conclusions suivantes au sujet de la signification des «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel aux paragraphes 423, 427, 430 et 447:

Du point de vue économique, le fusionnement anticoncurrentiel a des effets sur les ressources réelles, c’est-à-dire sur la manière dont l’économie affecte ces ressources par suite du fusionnement [. . .]

[. . .]

La méthode décrite ci-dessus pour évaluer les effets d’un fusionnement est généralement appelée le «critère du surplus

consumers to shareholders are not counted as losses under the total surplus standard. The anti-competitive effect of the merger is measured solely by the deadweight loss. . . Under the total surplus standard, efficiencies need only exceed the deadweight loss to save an anti-competitive merger.

. . .

The only standard that addresses solely the effects of a merger on economic resources is the total surplus standard.

. . .

The Tribunal further believes that the only effects that can be considered under subsection 96(1) are the effects on resource allocation, as measured in principle by the deadweight loss which takes both quantitative and qualitative effects into account. Accordingly, the Tribunal believes that the total surplus standard is the correct approach for analysing the effects of a merger under subsection 96(1).

Since none of these statements was made with reference to the particular facts of the case, the Tribunal must have intended its view of the meaning of the word, “effects”, to apply whenever the section 96 efficiency defence is raised.

[65] Referring to the task of distinguishing the interpretation of a statutory standard (normally a question of law) from its application to the facts of a case (often a question of mixed fact and law), Iacobucci J. said in *Southam*, *supra* (at page 768, paragraph 37):

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.

In a similar vein (*supra*, at page 767, paragraph 36), he had characterized a question as one of law “because the point in controversy was one that might potentially arise in many cases in the future”.

total» [. . .] les transferts des consommateurs aux actionnaires ne sont pas assimilés à des pertes selon le critère du surplus total. L’effet anticoncurrentiel du fusionnement n’est mesuré que par la perte sèche [. . .] Selon le critère du surplus total, il suffit que les gains d’efficience soient supérieurs à la perte sèche pour qu’un fusionnement anticoncurrentiel soit autorisé.

[. . .]

Le seul critère qui traite uniquement des effets d’un fusionnement sur les ressources économiques est celui du surplus total.

[. . .]

Le Tribunal estime en outre que seuls les effets sur l’affectation des ressources peuvent être pris en considération aux termes du paragraphe 96(1), ces effets étant mesurés en principe par la perte sèche, qui tient compte à la fois des effets quantitatifs et des effets qualitatifs. En conséquence, le Tribunal estime que le critère du surplus total est le critère approprié pour analyser les effets d’un fusionnement en vertu du paragraphe 96(1) de la Loi.

Comme aucune de ces propositions n’est formulée par rapport aux faits particuliers de l’espèce, il faut déduire que le Tribunal estimait que son interprétation du terme «effets» devait s’appliquer chaque fois que la défense fondée sur les gains en efficience, prévue à l’article 96, était invoquée.

[65] À propos de la distinction à faire entre l’interprétation d’un critère législatif (normalement une question de droit) et son application aux faits d’une espèce (souvent une question de droit et de fait), le juge Iacobucci a dit, dans l’arrêt *Southam*, précité (à la page 768, paragraphe 37):

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.

D’une manière similaire (à la page 767, paragraphe 36), il avait qualifié une question de question de droit «parce que le point litigieux était susceptible de se présenter à nouveau dans bon nombre de cas dans le futur».

[66] Applying these observations to this case, I am of the view that, since the Tribunal's determination of what can be considered as an "effect" of the merger of Superior and ICG was intended to be of general application, it would be of "much interest to judges and lawyers", because other panels of the Tribunal will regard it as a legal proposition having considerable persuasive authority whenever they have to consider the efficiency defence under section 96. To use another of Iacobucci J.'s felicitous phrases (*Southam, supra*, at page 771, paragraph 45), the Tribunal in this case clearly "forged . . . new legal principle".

(ii) The expertise of the Tribunal

[67] Since the ultimate issue in determining the standard of review is whether the legislature should be taken to have intended the specialist administrative tribunal or the courts to bear primary responsibility for determining the question in dispute, it must be understood that "expertise" is a relative, not an absolute concept: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at page 335. In assessing the relative expertise of the Tribunal and the Court, I have had regard to the following considerations.

[68] First, the Tribunal is an adjudicative body. Just as it has done with the administration of human rights legislation, Parliament has divided responsibility for administering the *Competition Act* between the Competition Bureau, the policy-making, investigative and enforcement agency, headed now by the Commissioner, and the Tribunal, the adjudicative agency. In this respect, the Tribunal is different from multi-functional administrative agencies, such as securities commissions in many provinces, which typically have wide powers that match their regulatory mandate. The absence of broad policy development powers is a factor that limits the scope of the Tribunal's expertise: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at page 596.

[66] Si l'on applique ces observations à l'espèce, je suis d'avis que, du fait que la détermination par le Tribunal de ce qui pouvait être considéré comme un «effet» du fusionnement de Supérieur et d'ICG se voulait d'application générale, elle présenterait «beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats», parce que d'autres formations du Tribunal y verront une proposition juridique ayant une valeur persuasive considérable lorsqu'ils auront à examiner la défense fondée sur les gains en efficience, prévue à l'article 96. Pour employer une autre formulation heureuse du juge Iacobucci (arrêt *Southam*, précité, à la page 771, paragraphe 45), le Tribunal dans cette affaire a manifestement «forgé . . . [un] nouveau principe de droit».

ii) L'expertise du Tribunal

[67] Comme la question ultime à trancher lorsqu'il s'agit de déterminer la norme de contrôle est de savoir si le législateur a voulu que le tribunal administratif spécialisé ou les tribunaux judiciaires aient la responsabilité première de trancher la question en litige, il faut comprendre que l'«expertise» est une notion relative, non absolue: *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la page 335. Pour l'appréciation de l'expertise relative du Tribunal et de la Cour, j'ai tenu compte des facteurs qui suivent.

[68] D'abord, le Tribunal est un organisme juridictionnel. Tout comme il l'a fait en matière d'administration des lois sur les droits de la personne, le Parlement a partagé la responsabilité de l'administration de la *Loi sur la concurrence* entre le Bureau de la concurrence, organisme chargé de l'élaboration de la politique, des enquêtes et de l'application de la loi, maintenant dirigé par le Commissaire, et le Tribunal, organisme juridictionnel. À cet égard, le Tribunal est différent des organismes administratifs multifonctionnels, comme les commissions de valeurs mobilières dans plusieurs provinces, qui ont ordinairement de vastes pouvoirs correspondant à leur mandat de réglementation. L'absence de vastes pouvoirs d'élaboration de la politique est un facteur qui limite l'étendue de l'expertise du Tribunal: *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, à la page 596.

[69] Second, expertise may be assessed by reference to the composition of an administrative tribunal. Hearings of the Tribunal are conducted before three to five members, at least one of whom must be a judicial member and one a lay member: *Competition Tribunal Act* (CTA), subsection 10(1). This case was heard by three members: the presiding judicial member and two lay members.

[70] The judicial member is one of the maximum of four judges of the Trial Division of the Federal Court whom the Governor in Council may appoint to the Tribunal on the recommendation of the Minister of Justice: CTA, paragraph 3(2)(a). In addition to presiding at hearings of the Tribunal, the judicial member alone decides any questions of law that arise before the Tribunal: CTA, paragraph 12(1)(a).

[71] I note that in the *Hillsdown* case (*supra*, at page 337, note 21), Reed J. made it clear that the validity of the definition in the MEG of “effects” involved the interpretation of section 96, and was thus a question of law alone. Hence, the Tribunal’s reasons on this issue expressed her view as the judicial member of the Tribunal.

[72] In contrast, Nadon J. does not state that his determination of the meaning of “effects” is solely his decision. However, since the Act gives to the judicial member sole responsibility for deciding questions of law, the standard of review cannot depend on whether, in a particular case, the lay member’s participation in the decision on the legal issue extended beyond consultation.

[73] A maximum of eight lay members are also appointed to the Tribunal by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Industry: CTA, paragraph 3(2)(b). No qualifications are prescribed for lay members. However, before making a recommendation, the Minister must consult with an advisory council comprising not more than ten members, who, the CTA, subsection 3(3) provides, are appointed from those:

[69] En deuxième lieu, l’expertise peut s’apprécier en fonction de la composition du tribunal administratif. Les audiences du Tribunal sont tenues par une formation composée de trois à cinq membres, parmi lesquels il doit y avoir au moins un juge et un membre non-juge: *Loi sur le Tribunal de la concurrence* (LTC), paragraphe 10(1). En l’espèce, la formation qui a siégé était composée de trois membres, le juge président l’audience et deux membres non-juges.

[70] Le juge est l’un des quatre juges au maximum de la Section de première instance de la Cour fédérale que le gouverneur en conseil peut nommer au Tribunal sur recommandation du ministre de la Justice: LTC, alinéa 3(2)a). En plus de présider les audiences du Tribunal, le juge seul tranche les questions de droit qui peuvent se poser devant le Tribunal: LTC, alinéa 12(1)a).

[71] Je note que, dans l’affaire *Hillsdown* (précitée, à la page 337, note 21), le juge Reed a précisé que la validité de la définition des «effets» dans les lignes directrices relevait de l’interprétation de l’article 96 et constituait donc une question de droit seulement. D’où il découle que les motifs du Tribunal sur cette question exprimaient sa position en tant que juge.

[72] Par contre, le juge Nadon n’indique pas que la détermination du sens du terme «effets» est sa décision uniquement. Toutefois, puisque la Loi attribue au juge la responsabilité exclusive de trancher les questions de droit, la norme de contrôle ne peut dépendre du fait que, dans une affaire particulière, la participation des membres non-juges à la décision sur la question de droit n’a pas été d’ordre strictement consultatif.

[73] Huit membres non-juges au maximum sont nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de l’Industrie: LTC, alinéa 3(2)b). Il n’est pas exigé de qualification particulière de ces membres. Toutefois, avant de recommander la nomination d’un membre non-juge, le ministre doit demander l’avis du conseil consultatif formé d’au plus dix personnes qui, selon le paragraphe 3(3) de la LTC, sont choisies parmi les:

3. (1) . . .

(3) . . . 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.

[74] It is reasonable to infer from this provision that the Council was expected to recommend the appointment of lay members with a breadth of experience similar to that of the Advisory Council members themselves. Thus, members' fields of expertise need not be limited to economics, but may extend more broadly to public affairs. Further, their perspectives may include not only those of the business communities, including small and medium-sized business, but also of consumer groups and labour.

[75] Questions of fact, and of mixed fact and law, are decided by all of the members of the panel of the Tribunal hearing a matter: CTA, paragraph 12(1)(b). In addition, even though the judicial member alone decides questions of law, the judicial member may well make his or her rulings after discussing the issues with the lay members and benefiting from whatever contribution they are able to make to the resolution of the legal issue from their perspective and on the basis of their expertise. After all, questions of law are rarely decided in the abstract, and generally require that careful consideration be given to the likely practical consequences and implications of deciding them one way rather than another.

[76] In short, the composition of the Tribunal indicates a considerable level of expertise. This Court does not defer to decisions of the Trial Division of this Court on questions of law: *President and Fellows of Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2000] 4 F.C. 528 (C.A.), at paragraph 180. However, the fact that no more than four members of the Court may be appointed as judicial members suggests that, when sitting as the judicial member of the Tribunal and having the assistance of the lay members, a judge of the Trial Division can be expected to have a level of expertise or experience in

3. (1) [. . .]

(3) [. . .] 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.

[74] On peut logiquement déduire de cette disposition que le conseil était censé recommander la nomination de membres non-juges possédant une diversité d'expérience similaire à celle des membres du conseil consultatif eux-mêmes. Donc, le domaine d'expertise des membres n'est pas nécessairement limité à l'économie, mais peut s'étendre plus largement aux affaires publiques. En outre, les membres peuvent provenir non seulement du monde des affaires, y compris les petites et moyennes entreprises, mais aussi du monde du travail et de groupes de consommateurs.

[75] Tous les membres d'une formation ont compétence pour trancher les questions de fait ou les questions de droit et de fait: LTC, alinéa 12(1)b). En outre, même si le juge tranche seul les questions de droit, il peut rendre sa décision après avoir discuté les questions avec les membres non-juges et bénéficié de la contribution qu'ils peuvent apporter à la solution de la question juridique de leur point de vue et sur la base de leur expertise. Après tout, les questions de droit sont rarement décidées dans l'abstrait et il faut généralement considérer attentivement les conséquences pratiques vraisemblables d'une décision dans un sens plutôt que dans l'autre.

[76] Bref, la composition du Tribunal indique un niveau d'expertise considérable. La Cour ne s'en remet pas aux décisions de la Section de première instance sur les questions de droit: *President and Fellows of Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2000] 4 C.F. 528 (C.A.), au paragraphe 180. Toutefois, le fait qu'au plus quatre juges de la Cour puissent être choisis comme membres du Tribunal donne à penser que, lorsqu'il siège comme juge dans une formation du Tribunal et qu'il a l'assistance des membres non-juges de la formation, le juge de la Section de première instance est censé avoir un degré

this area of the law over and above that acquired by a judge in the ordinary course of judicial work. Nor do I disregard the importance of the understanding of the issues in dispute in this case that the Tribunal would have obtained after conducting 48 days of hearings.

[77] Indeed, on more than one occasion, the Supreme Court of Canada has recognized (*Southam, supra*, at pages 772-773, paragraph 49) that the Tribunal

. . . is especially well-suited to the task of overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic.

Iacobucci J. also noted in that case that, since the aims of the *Competition Act* are “more ‘economic’ than they are strictly ‘legal’” (*supra*, at page 772, paragraph 48), it was appropriate to conclude that “the Tribunal’s expertise lies in economics and commerce” (*supra*, at page 773, paragraph 51).

(iii) A question of law within the Tribunal’s expertise?

[78] Counsel for the respondents submitted that characterizing a question decided by an administrative tribunal as one of statutory interpretation, and therefore one of law, is not necessarily determinative of the standard of review: see *Pushpanathan, supra*, at page 1008, paragraph 34. However, it seems to me an obvious inference from the reasons for judgment of Iacobucci J. in *Southam, supra*, that, when all the factors in the pragmatic or functional mix are weighed together, the fact that the Tribunal in the case before us was deciding a question of law with a high degree of generality tips the scale in the direction of correctness as the applicable standard of review.

[79] Thus, speaking at the level of principle, Iacobucci J. said (*supra*, at page 769, paragraph 39) that, if a decision-maker fails to consider all the factors that the legislature required to be considered, “then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law”. And, turning to the Tribunal in particular, he said (*supra*, at page 769, paragraph 41): “If the Tribunal did ignore

d’expertise ou d’expérience dans ce domaine du droit supérieur à celui qu’a acquis un juge dans le cours normal de ses fonctions judiciaires. Je ne méconnaissais pas non plus l’importance de la compréhension des questions en litige dans cette affaire que le Tribunal peut avoir acquise après 48 jours d’audience.

[77] D’ailleurs, à plus d’une reprise, la Cour suprême du Canada a reconnu (arrêt *Southam*, précité, aux pages 772 et 773, paragraphe 49) que le Tribunal

[. . .] est particulièrement bien placé pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques.

Dans cet arrêt, le juge Iacobucci a également noté que, les objectifs de la *Loi sur la concurrence* étant davantage «économiques» que «juridiques» (précité, à la page 772, paragraphe 48), il fallait conclure que «le champ d’expertise du Tribunal consiste dans les questions économiques et commerciales» (précité, aux pages 773 et 774, paragraphe 51).

iii) Une question de droit relevant de l’expertise du Tribunal?

[78] Les avocats des intimées ont fait valoir que le fait de qualifier une question décidée par un tribunal administratif de question d’interprétation de la loi, et donc de question de droit, n’était pas nécessairement déterminant quant à la norme de contrôle: voir l’arrêt *Pushpanathan*, précité, à la page 1008, paragraphe 34. Toutefois, il me semble découler manifestement des motifs du juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité, que, lorsque tous les facteurs de l’approche pragmatique ou fonctionnelle sont considérés ensemble, le fait que le Tribunal en l’espèce décidait une question de droit d’un degré élevé de généralité fait pencher la balance en faveur de la norme de contrôle de la décision correcte.

[79] Ainsi, s’exprimant au plan des principes, le juge Iacobucci a dit (précité, à la page 769, paragraphe 39) que, si un décideur ne tient pas compte de tous les facteurs dont la loi exige la prise en compte, «il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit». Puis, en parlant cette fois du Tribunal en particulier, il a poursuivi (précité, à la page 769, paragraphe 41): «Si le Tribunal a effective-

evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law.”

[80] In my view, there is nothing about the word, “effects”, to exclude the general principle that, in the absence of indicators to the contrary, statutory interpretation is a question of law that is reviewable on a standard of correctness. As Bastarache J. said in *Pushpanathan* (*supra*, at page 1012, paragraph 38):

Without an implied or express legislative intent to the contrary . . . legislatures should be assumed to have left highly generalized propositions of law to courts.

[81] Thus, as a linguistic matter, the word, effects, does not suggest an implicit delegation of authority to the Tribunal to determine what factors must, and must not, be considered in determining what they are. If, as seems to be the case on the basis of the reasoning in *Southam*, *supra*, Iacobucci J. would have regarded a general proposition advanced by the Tribunal about the meaning of the word, “market”, as subject to review for correctness, the same would seem equally true of the phrase, “the effects of any prevention or lessening of competition”. Nor am I persuaded by counsel for the respondents that in *Southam* (*supra*, at pages 789-790, paragraphs 83-85) Iacobucci J. applied a standard other than correctness to the Tribunal’s determination that the test for the remedy was the restoration of the parties to the pre-merger competitive position.

[82] Moreover, an important element of the Tribunal’s reasoning was its view of the statutory objectives provision of the *Competition Act*, section 1.1, and the relationship of that section to section 96. This is an issue of statutory interpretation of a kind with which courts are accustomed to dealing in the course of their ordinary work.

[83] In short, I am not satisfied that Nadon J.’s expertise in competition law in general, and in the

ment fait abstraction d’éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit».

[80] À mon sens, il n’y a rien dans le terme «effets» qui permette d’écarter le principe général selon lequel, en l’absence d’indications contraires, l’interprétation d’une loi est une question de droit, donnant lieu au contrôle judiciaire sur la base de la décision correcte. Comme l’a dit le juge Bastarache dans l’arrêt *Pushpanathan* (précité, à la page 1012, paragraphe 38):

En l’absence d’une intention législative implicite ou expresse à l’effet contraire [. . .] on présumera que le législateur a voulu laisser aux cours de justice la compétence de formuler des énoncés de droit fortement généralisés.

[81] Ainsi, sur le plan linguistique, le terme «effets» ne suggère pas une délégation implicite au Tribunal du pouvoir de déterminer les facteurs qui peuvent, et ne peuvent pas, être pris en compte en vue de la détermination de ces effets. Il semble que, sur la base du raisonnement dans l’arrêt *Southam*, précité, le juge Iacobucci aurait considéré une proposition générale formulée par le Tribunal au sujet de la signification du terme «marché» comme soumise au contrôle judiciaire sur la base de la décision correcte, et il en irait de même de la formulation «des effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence». Je ne suis pas non plus persuadé par les avocats des intimées que, dans l’arrêt *Southam* (précité, aux pages 789 et 790, paragraphes 83 à 85), le juge Iacobucci a appliqué une norme autre que celle de la décision correcte à la décision du Tribunal portant que le critère pour déterminer la mesure de redressement était le rétablissement des parties dans la situation de concurrence dans laquelle elles se trouvaient avant le fusionnement.

[82] En outre, un élément important du raisonnement du Tribunal consistait dans son interprétation de la disposition portant sur les objets de la *Loi sur la concurrence* et figurant à l’article 1.1 et de la relation de cet article avec l’article 96. Il s’agit là d’une question d’interprétation d’une loi du type de celles que les tribunaux judiciaires ont l’habitude de traiter dans leurs travaux ordinaires.

[83] En résumé, je ne suis pas convaincu que l’expertise du juge Nadon dans le droit de la concur-

complexities of the merger of Superior and ICG in particular, gave him such a significant interpretative advantage over members of this Court as clearly to indicate Parliament's intention that the standard of review on the issue in dispute here should be that of unreasonableness. At the end of the day, the question of what counts as "the effects of any prevention or lessening of competition" must be decided within the parameters of the Act, including its stated objectives. While economic expertise undoubtedly elucidates the strengths, weaknesses and consequences of the various choices available, it cannot be determinative of which of them, if any, is compatible with the *Competition Act*.

(iv) The Tribunal's constitutive statute and the scope of judicial review

[84] Finally, the provisions of an administrative tribunal's constitutive statute respecting the grounds of judicial review, or the existence and scope of any right of appeal, may give some indication of the legislature's intention on the standard of review to be applied by a court to the tribunal's decisions.

[85] At the one extreme, a strong preclusive clause, such as the bundle of exclusive jurisdiction, finality and "no *certiorari*" clauses typically found in the statutory schemes administered by labour relations boards, is indicative of a legislative intent to keep judicial review to a minimum. Hence, patent unreasonableness is generally the standard of review applied to labour boards' interpretation of the legislation that they administer.

[86] At the other end of the spectrum are statutory rights of appeal that empower the appellate court to exercise any of the powers of the tribunal, direct the tribunal to take any action that the court considers proper and, for this purpose, to substitute its opinion for that of the tribunal. Rights of appeal from decisions of discipline committees of professional regulatory bodies are often of this kind.

rence en général et dans les complexités du fusionnement de Supérieur et d'ICG en particulier lui donnait, en matière d'interprétation, un avantage tel par rapport aux membres de notre Cour qu'il faille y voir clairement l'intention du Parlement de soumettre la question en litige à la norme de contrôle de la décision déraisonnable. En fin de compte, la question de ce qu'il faut considérer comme «les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence» doit être tranchée selon les paramètres de la Loi, y compris ses objectifs déclarés. Si l'expertise en économie aide à mieux voir les points forts, les points faibles et les conséquences des divers choix possibles, elle ne permet pas de déterminer lequel de ces choix, le cas échéant, est compatible avec la *Loi sur la concurrence*.

iv) La loi constitutive du Tribunal et la portée du contrôle judiciaire

[84] Enfin, les dispositions de la loi constitutive d'un tribunal administratif concernant les motifs de contrôle judiciaire, ou l'existence et la portée d'un droit d'appel, peuvent donner quelque indication sur l'intention du législateur au sujet de la norme de contrôle que les tribunaux judiciaires doivent appliquer aux décisions du tribunal administratif.

[85] À un extrême, une clause limitative forte, du genre des clauses prévoyant à la fois la compétence exclusive, l'irrévocabilité et l'absence de *certiorari* que l'on trouve habituellement dans les régimes législatifs administrés par les commissions des relations de travail, indique la volonté du législateur de réduire le contrôle judiciaire au minimum. La norme de la décision manifestement déraisonnable est donc la norme de contrôle appliquée à l'interprétation par les commissions des relations de travail de la loi dont l'administration leur a été confiée.

[86] À l'autre extrémité de la gamme, on trouve des droits d'appel qui confèrent au tribunal d'appel le pouvoir d'exercer tous les pouvoirs du tribunal administratif, d'ordonner à ce dernier de prendre toute mesure que le tribunal d'appel juge appropriée et, à cette fin, de substituer son opinion à celle du tribunal administratif. Les droits d'appel des décisions des comités de discipline des ordres professionnels sont souvent de ce type.

[87] There is a right of appeal from any decision of the Tribunal to this Court “as if it were a judgment of the Federal Court—Trial Division”, except that, when the appeal is on a question of fact, leave of the Federal Court of Appeal is required: CTA, subsections 13(1) and (2). Section 27 [as. am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 11; S.C. 1990, c. 8, s. 7] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, imposes no limitations on the scope of the right of appeal from final judgments of the Trial Division to the Court of Appeal.

[88] In my opinion, although expeditious decision making is undoubtedly important in the review of mergers, the existence of an unrestricted right of appeal on questions of law, and of a modified right of appeal on questions of fact, must be entered as a factor indicative of Parliament’s intention that the Tribunal’s determinations of questions of law should be reviewable on appeal on a correctness standard.

(v) Conclusion

[89] After weighing the factors to be considered in the pragmatic or functional analysis, and carefully examining the reasons for judgment in *Southam*, *supra*, I have concluded that it is the Court’s function to determine whether the Tribunal was correct to decide that the effects of an anti-competitive merger that may be considered under section 96 are limited to the loss of resources to the economy as a whole resulting from the merger, to the exclusion of effects that relate to other statutory objectives, such as the wealth transfer from consumers to producers as a result of price increases, and the impact on competing small and medium-sized businesses. A proposition of such generality is, to my mind, clearly a question of law.

[90] I am not persuaded that, on an appeal to this Court, either the expertise of the Tribunal, or the degree of indeterminacy inherent in the word, “effects”, indicates that the Court should review the Tribunal’s decision on this issue on a standard other than that of correctness.

[87] Il existe un droit d’appel devant la Cour d’appel fédérale à l’encontre de toutes les décisions du Tribunal «comme s’il s’agissait de jugements de la Section de première instance de cette Cour», sauf que, pour un appel sur une question de fait, il faut l’autorisation de la Cour d’appel fédérale: LTC, paragraphes 13(1) et (2). L’article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 11; L.C. 1990, ch. 8, art. 7] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, n’impose pas de limitations à la portée du droit d’appel devant la Cour d’appel des décisions définitives de la Section de première instance.

[88] À mon avis, bien qu’il soit sans aucun doute important que les décisions se prennent rapidement dans l’examen des fusions, l’existence d’un droit d’appel absolu sur les questions de droit et d’un droit d’appel limité sur les questions de fait doit être vue comme un facteur indiquant l’intention du législateur que les décisions du Tribunal sur les questions de droit soient soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte.

v) Conclusion

[89] Après avoir soupesé les facteurs à prendre en compte dans l’analyse pragmatique ou fonctionnelle et examiné attentivement les motifs de l’arrêt *Southam*, précité, j’en suis venu à la conclusion que c’est la fonction de la Cour de déterminer si c’est à bon droit que le Tribunal a décidé que les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel qui peuvent être pris en compte dans le cadre de l’article 96 sont limités à la perte de ressources pour l’économie dans son ensemble, à l’exclusion des effets qui se rattachent aux autres objectifs de la Loi, comme le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs par suite des hausses de prix et l’impact sur les petites et moyennes entreprises concurrentes. Une proposition aussi générale est, à mon sens, clairement une question de droit.

[90] Je ne suis pas persuadé que, en appel devant la Cour, l’expertise du Tribunal ou le degré d’indétermination du terme «effets» indique que la Cour devrait contrôler la décision du Tribunal sur ce point en fonction d’une norme autre que celle de la décision correcte.

[91] As Iacobucci J. noted in *Southam*, (*supra*, at pages 774-775, paragraph 53) with respect to the statutory requirement for, and to the role of, a judicial member of the Tribunal:

Clearly it was Parliament's view that questions of competition law are not altogether beyond the ken of judges.

This comment seems applicable also to the judges of this Court.

[92] The composition of the Tribunal, and the rights of appeal from its decisions, reflect a carefully constructed compromise between assigning competition law exclusively to the domain of the judiciary, and entrusting it to a "non-judicial" regulatory agency, such as the Federal Trade Commission of the United States, which would operate subject to minimal judicial supervision: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557 (C.A.), at page 604 (*per* Robertson J.A.).

Issue 2: The Meaning of Effects in Section 96

[93] The issue here is whether the Tribunal was correct in its interpretation of the phrase, "the effects of any prevention or lessening of competition", when it limited the relevant effects of the anti-competitive merger to those determined by the application of the total surplus standard. In my view, by so limiting the factors to be considered as "effects", the Tribunal erred in law because it failed to ensure that all the objectives of the *Competition Act*, and the particular circumstances of each merger, could be considered in the balancing exercise mandated by section 96.

[94] With respect, I do not agree with the Tribunal's view that the list of objectives in section 1.1 of the *Competition Act* is merely a legislative rationale for the statutory purpose of maintaining and encouraging competition or that, if it is more than that, it should be read subject to the specific and contrary provisions of section 96. My reasons for these conclusions are as follows.

[91] Ainsi que l'a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Southam* (précité, aux pages 774 et 775, paragraphe 53) à propos de la disposition concernant la présence d'un juge au sein d'une formation du Tribunal et son rôle au sein de celle-ci:

De toute évidence, le Parlement a estimé que les questions de droit de la concurrence ne sont pas tout à fait hors de la portée des juges.

Cette observation semble pouvoir s'appliquer également aux juges de notre Cour.

[92] La composition du Tribunal et les droits d'appel à l'encontre de ses décisions reflètent un compromis élaboré avec soin entre deux partis: attribuer le droit de la concurrence exclusivement aux tribunaux et le confier à un organisme de réglementation «non judiciaire», telle la Federal Trade Commission des États-Unis, soumis à un contrôle judiciaire minimal: *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557 (C.A.), à la page 604 (le juge Robertson, J.C.A.).

Question 2: La signification des effets à l'article 96

[93] La question en litige est celle de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal, dans son interprétation de la formulation «les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence», a limité les effets pertinents du fusionnement anticoncurrentiel à ceux qui sont déterminés par application du critère du surplus total. À mon avis, en limitant ainsi les facteurs à prendre en compte comme «effets», le Tribunal a commis une erreur en droit, parce qu'il n'a pas fait en sorte que tous les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et les circonstances particulières de chaque fusionnement puissent être pris en compte dans l'exercice de pondération prescrit par l'article 96.

[94] Je ne puis souscrire à la position du Tribunal que la liste des objectifs donnée à l'article 1.1 de la *Loi sur la concurrence* n'est que la justification législative de l'objet de la Loi qui est de préserver et de favoriser la concurrence ou que, si elle ne se réduit pas à cela, elle devrait être interprétée comme étant subordonnée aux dispositions particulières et contraires de l'article 96. Ces conclusions sont fondées sur les motifs qui suivent.

(i) The statutory text

(a) subsection 96(1)

[95] Subsection 96(1) directs the Tribunal to consider whether the efficiencies produced by an anti-competitive merger are greater than, and offset, its anti-competitive effects. This is, in substance, a balancing test that weighs efficiencies on one hand, against anti-competitive effects on the other.

[96] Writing of another provision in the *Competition Act* that called for the balancing of various factors, namely the determination of the scope of the relevant market, Iacobucci J. said in *Southam* (*supra*, at page 770, paragraph 43):

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. . . . A test would be stilted and impossible of application if it purported to assign fixed weights to certain factors.

Hence, since the efficiency defence requires the Tribunal to balance competing objectives, its operation should remain flexible and not stilted by an overarching and restrictive interpretation. . . .

[97] In referring to “the effects of any prevention or lessening of competition”, subsection 96(1) does not stipulate what effects must or may be considered. When used in non-statutory contexts, the word, “effects”, is broad enough to encompass anything caused by an event. Indeed, even though it does not consider the redistribution of wealth itself to be an “effect” for the purpose of section 96, the Tribunal recognizes, as all commentators do, that one of the *de facto* effects of the merger is a redistribution of wealth: paragraph 446.

[98] In addition, part 5.5 of the MEG explicitly recognises that a merger may have more than one effect:

Where a merger results in a price increase, it brings both a neutral redistribution effect and a negative resource alloca-

i) Le texte législatif

a) Le paragraphe 96(1)

[95] Le paragraphe 96(1) prescrit au Tribunal d'examiner si les gains en efficience produits par un fusionnement anticoncurrentiel surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels. Il s'agit, en substance, d'un critère de pondération qui met en balance les gains en efficience d'un côté et les effets anticoncurrentiels de l'autre.

[96] À propos d'une autre disposition de la *Loi sur la concurrence* qui prescrivait la pondération de divers facteurs, à savoir la détermination de l'étendue du marché pertinent, le juge Iacobucci a écrit dans l'arrêt *Southam* (précité, à la page 770, paragraphe 43):

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 [. . .] Un critère serait artificiel et impossible à appliquer s'il prétendait accorder un poids fixe à certains facteurs.

D'où il découle que, la défense fondée sur les gains en efficience demandant au Tribunal de pondérer des objectifs qui sont en concurrence, son fonctionnement doit rester souple et ne pas être rendu mécanique par une interprétation contraignante et restrictive.

[97] Le paragraphe 96(1), lorsqu'il mentionne «les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence», n'indique pas les effets qui doivent ou peuvent être pris en compte. Lorsqu'il est employé dans des contextes non législatifs, le terme «effets» est suffisamment large pour embrasser tout ce qui peut être causé par un événement. En fait, même s'il ne considère pas la redistribution de richesse en soi comme un «effet» pour l'application de l'article 96, le Tribunal reconnaît, comme tous ceux qui ont commenté le texte, que l'un des effets de fait du fusionnement est une redistribution de la richesse: paragraphe 446.

[98] En outre, la partie 5.5 des Lignes directrices reconnaît explicitement qu'un fusionnement peut avoir plus d'un effet:

Lorsqu'un fusionnement donne lieu à une augmentation de prix, il entraîne à la fois un effet de redistribution neutre et

tion effect on the sum of producer and consumer surplus (total surplus) within Canada.

The MEG concluded, however, that:

The efficiency gains described above are balanced against the latter effect, i.e., the deadweight loss to the Canadian economy.

[99] Thus, it is not doubted that the redistribution of resources is an effect of an anti-competitive merger, in the sense that it is caused by the exercise of market power created by the merger. Nevertheless, the Tribunal's interpretation of the word, "effects", as it is used in section 96, narrows it to a single effect, namely the loss or inefficient allocation of resources in the economy as a whole as measured by the deadweight loss.

[100] Moreover, the statutory requirement that, for the section 96 defence to succeed, the efficiency gains must be greater than, and offset, the effects of a lessening of competition suggests a more judgmental assessment than is called for by the largely quantitative calculation of deadweight loss that the Tribunal held was statutorily mandated.

[101] Of course, the precise meaning to be given to a word when it appears in a statute, especially if it is commonly used in everyday speech, must be determined by reference to its context. Hence, it was not necessarily an error of law for the Tribunal in this case to give to the word, "effects", a narrower meaning than would normally be ascribed to it in other contexts. The pertinent enquiry is whether, in the context of the *Competition Act*, the Tribunal was correct to narrow its meaning to the single effect of deadweight loss.

(b) subsection 96(3)

[102] I attach some weight to subsection 96(3) of the *Competition Act*, which provides that the Tribunal shall not find that a merger or a proposed merger "is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons." Hence, subsection 96(3) expressly limits the

un effet négatif sur la répartition des ressources sur la somme des surplus du producteur et du consommateur (surplus total) au Canada.

Cependant, les lignes directrices concluent:

Les gains en efficacité décrits ci-dessus sont comparés au dernier de ces effets, c'est-à-dire à la perte sèche pour l'économie canadienne.

[99] Donc, il n'y a pas de doute que la redistribution des ressources est un effet d'un fusionnement anticoncurrentiel, au sens qu'elle est causée par l'exercice de la puissance commerciale créée par le fusionnement. Néanmoins, l'interprétation donnée par le Tribunal au terme «effets», tel qu'il est employé à l'article 96, restreint son sens à un effet unique, à savoir la perte de ressources ou leur répartition inefficace dans l'ensemble de l'économie, mesurée par la perte sèche.

[100] En outre, l'exigence posée par la Loi que les gains en efficacité, pour que la défense fondée sur l'article 96 soit accueillie, doivent surpasser et neutraliser les effets de la diminution de la concurrence suggère une appréciation faisant plus appel au jugement que le calcul largement quantitatif de la perte sèche qui serait prescrit par la Loi selon l'interprétation du Tribunal.

[101] Il va de soi que le sens précis qu'il faut donner à un terme lorsqu'il est employé dans une loi, surtout s'il est employé couramment dans le langage ordinaire, doit être déterminé en fonction du contexte. Ce n'était donc pas nécessairement une erreur de droit pour le Tribunal de donner au terme «effets», en l'espèce, un sens plus étroit que celui qu'on lui attribue normalement dans d'autres contextes. La question qu'il faut se poser, c'est si, dans le contexte de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal a eu raison de restreindre son sens au seul effet de la perte sèche.

b) Le paragraphe 96(3)

[102] J'attache un certain poids au paragraphe 96(3) de la *Loi sur la concurrence*, qui dispose que le Tribunal ne doit pas conclure «en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en

weight accorded to redistribution in assessing the efficiencies generated by a merger.

[103] No similar limitation is imposed by the Act on the effects side of the balance. If Parliament had intended redistribution of income to be excluded altogether from the “effects” of an anti-competitive merger, as the Tribunal held, the drafter might well have been expected to have made an express provision, similar to that contained in subsection 96(3) with respect to the efficiencies side of the balance. The absence of such a provision suggests that, contrary to the Tribunal’s conclusion, Parliament did not intend to impose such a limitation on the “effects” side.

(ii) Statutory purposes and objectives

(a) section 1.1

[104] I turn now to section 1.1 of the *Competition Act* which, for convenience’s sake, I set out again.

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.

[105] I see nothing in the wording of this provision to indicate that it is anything other than a typical statutory purposes clause, and should be construed accordingly. As is not uncommon in such clauses, not all of the stated purposes or objectives can be served at the same time, nor are all necessarily consistent.

[106] For instance, the objective of expanding “opportunities for Canadian participation in world markets” may be irrelevant when the merged entity is unlikely to compete abroad. Further, as is the case here, there may be a conflict between the aim of promoting “the efficiency and adaptability of the

efficience». Donc, le paragraphe 96(3) limite expressément le poids à accorder à la redistribution dans l’appréciation des gains en efficience produits par un fusionnement.

[103] La Loi n’impose pas de limitation semblable du côté des effets. Si le Parlement avait voulu que la redistribution du revenu soit complètement exclue des «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel, ainsi qu’a statué le Tribunal, on s’attendrait à trouver une disposition explicite, similaire à celle du paragraphe 96(3) qui porte sur les gains en efficience. L’absence d’une telle disposition laisse penser que, contrairement à la conclusion du Tribunal, le Parlement n’entendait pas imposer une telle limitation du côté des «effets».

ii) L’objet et les objectifs de la Loi

a) L’article 1.1

[104] J’en viens maintenant à l’article 1.1 de la *Loi sur la concurrence*, que je reproduis à nouveau, par souci de commodité:

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’efficience 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.

[105] Je ne vois rien dans le texte de cette disposition qui indique qu’il s’agirait d’autre chose que d’une disposition ordinaire déclarant l’objet de la loi, qu’il faut interpréter comme telle. Ainsi qu’il arrive assez souvent dans ces dispositions, il n’est pas possible de répondre à tous les objectifs en même temps et ceux-ci ne sont pas forcément compatibles.

[106] Par exemple, l’objectif d’«améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux» peut être non pertinent lorsqu’il est probable que l’entité fusionnée n’affrontera pas la concurrence à l’étranger. De plus, comme c’est le cas en l’espèce, il peut y avoir un conflit entre l’objectif de

Canadian economy” and providing consumers with “competitive prices and product choices”. In addition, of course, the wording of a particular provision in a statute may be so clear and precise that it must be regarded as overriding an ambiguous purpose clause.

[107] Nonetheless, despite the typically indeterminate quality and inherent inconsistencies of purpose or objectives clauses, including section 1.1, statutory provisions containing general statements of legislative purpose are integral to the statute and can carry as much weight as its other sections: Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Butterworths, 1994), pages 263-268. Thus, a purpose clause serves as a guide to the court or tribunal in its interpretation of other statutory provisions: *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at page 765, and may establish the parameters within which it must interpret the provisions of the statute: *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd*, [1989] 2 S.C.R. 983, at page 1028.

[108] In my view, section 1.1 suggests that an interpretation of “effects” should not focus exclusively on one of the objectives of promoting competition, namely, promoting the efficiency and adaptability of the economy. Rather, the “effects” to be considered under section 96 should also include the other statutory objectives to be served by the encouragement of competition that an anti-competitive merger may frustrate, such as the ability of medium and small businesses to participate in the economy, and the availability to consumers of a choice of goods at competitive prices.

[109] Indeed, in moving the second reading of Bill C-91, *An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, 1st Session, 33rd Parliament, 1984-85-86, which became the *Competition Act* and *Competition Tribunal Act*, the Minister of Consumer and Corporate Affairs and Canada Post noted (*House of Commons Debates*

«stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne» et celui d’«assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits». Il va également de soi que la formulation d’une disposition particulière dans une loi peut être si claire et si précise qu’il faut y voir une dérogation à une disposition ambiguë déclarant l’objet de la loi.

[107] Néanmoins, malgré le caractère ordinairement indéterminé des dispositions déclarant l’objet de la loi, comme l’article 1.1, et les incompatibilités qui leur sont propres, les dispositions contenant un exposé général de l’objet de la loi font partie intégrante de la loi et peuvent avoir autant de poids que les autres articles d’une loi: Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Butterworths, 1994), pages 263 à 268. Ainsi, une telle disposition peut servir de guide aux tribunaux judiciaires ou administratifs dans l’interprétation d’autres dispositions de la loi: *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, à la page 765, et peut établir les paramètres en fonction desquels ils doivent interpréter les dispositions de la loi: *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la page 1028.

[108] À mon avis, l’article 1.1 donne à penser que l’interprétation des «effets» ne devrait pas se concentrer exclusivement sur l’un des objectifs de la promotion de la concurrence, soit de stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne. Les «effets» à prendre en compte dans le cadre de l’article 96 devraient également comprendre les autres objectifs auxquels répond l’encouragement de la concurrence susceptible d’être empêchée par un fusionnement anticoncurrentiel, comme la capacité de la petite et moyenne entreprise de participer à l’économie et la disponibilité pour les consommateurs d’un choix de marchandises à des prix compétitifs.

[109] En fait, en proposant la seconde lecture du projet de loi C-91, *Loi constituant le Tribunal de la concurrence, modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, 1^{re} session, 33^e législature, 1984-85-86, qui est devenu la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, le ministre de la Consommation et des

(April 7, 1986) at page 11927):

The fourth but not the least objective is to provide consumers with competitive prices and product choices. As such, this objective becomes the common denominator in what we are trying to achieve. This is the ultimate objective of the Bill. [Emphasis added.]

[110] In spite of the existence of the multiple and ultimately inconsistent objectives set out in section 1.1, in certain instances the Act clearly prefers one objective over another. Thus, section 96 gives primacy to the statutory objective of economic efficiency, because it provides that, if efficiency gains exceed, and offset, the effects of an anti-competitive merger, the merger must be permitted to proceed, even though it would otherwise be prohibited by section 92. In this sense, the Tribunal was correct to state that section 96 gives paramountcy to the statutory objective of economic efficiency.

[111] However, it does not follow from this that the only effects to be weighed against efficiency gains are limited to potential losses to the economy as a whole. Indeed, in the same Parliamentary speech referred to above, the Minister indicated (Debates, *supra*, at page 11928) that the question posed to the Tribunal is:

Would a particular merger result in efficiency gains which would offset any negative effects on competition? [Emphasis added.]

[112] Thus, although section 96 requires the approval of an anti-competitive merger where the efficiencies generated are greater than, and offset, its anti-competitive effects, the ultimate preference for the objective of efficiency in no way restricts the countervailing “effects” to deadweight loss. Instead, the word, “effects”, should be interpreted to include all the anti-competitive effects to which a merger found to fall within section 92 in fact gives rise, having regard to all of the statutory purposes set out in section 1.1.

(b) “economic” purposes

[113] In support of the position that the only effects of a merger that can be considered under section 96

Affaires Commerciales et de Postes Canada a déclaré (*Débats de la Chambre des Communes* (7 avril 1986), à la page 11927):

La mesure a pour quatrième objectif, et non le moindre, d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Cet objectif constitue en fait le dénominateur commun de nos initiatives. Voilà l’objectif ultime de ce projet de loi. [Non souligné dans l’original.]

[110] Malgré l’existence des objectifs multiples et finalement incompatibles énumérés à l’article 1.1, dans certains cas la Loi privilégie manifestement un objectif par rapport à l’autre. Ainsi, l’article 96 donne la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique, parce qu’il dispose que, si les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel, il faut permettre le fusionnement, malgré le fait qu’il serait autrement interdit par l’article 92. Dans ce sens, le Tribunal avait raison de dire que l’article 96 accorde la primauté à l’objectif législatif de l’efficacité économique.

[111] Toutefois, il ne s’ensuit pas que les seuls effets à comparer aux gains en efficacité se limitent aux pertes potentielles pour l’économie dans son ensemble. En effet, dans le discours à la Chambre des communes cité ci-dessus, le ministre a indiqué (*Débats*, précité, à la page 11928) que la question posée au Tribunal était la suivante:

Un fusionnement en particulier permettrait-il des gains d’efficacité qui compenseraient les effets négatifs sur la concurrence? [Non souligné dans l’original.]

[112] Ainsi, bien que l’article 96 prescrive l’approbation d’un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficacité en découlant surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels, la préférence ultime accordée à l’objectif de l’efficacité ne restreint d’aucune façon les «effets» à prendre en compte à la seule perte sèche. Il faut plutôt interpréter le terme «effets» de manière à comprendre tous les effets anticoncurrentiels qu’entraîne effectivement un fusionnement auquel s’applique l’article 92, compte tenu de tous les objectifs de la loi énumérés à l’article 1.1.

b) Les objectifs «économiques»

[113] À l’appui de leur position que les seuls effets d’un fusionnement qui peuvent être pris en compte

are the resources lost to the economy as a whole, the respondents argued that the Supreme Court of Canada in *Southam* (*supra*, at page 772, paragraphs 48 and 49) authoritatively characterized the aims and objectives of the *Competition Act* as “more ‘economic’ than the are strictly ‘legal’” and as “peculiarly economic”. In my opinion, however, these statements are not dispositive of the issue under consideration here, namely, whether the Tribunal’s interpretation of “effects” was correct.

[114] First, while these statements were clearly directed to the purposes of the *Competition Act* administered by the Tribunal, they were made in the context of the pragmatic or functional analysis conducted to determine the appropriate standard of review. When he used the words quoted above, Iacobucci J. was characterizing the purpose of the Act in order to delineate the areas of expertise of the Court and the Tribunal respectively. Hence, they are not decisive in the context of the issue at stake here, namely, determining which effects of an anti-competitive merger may be considered as “effects” under section 96.

[115] Second, a characterization of the objectives of the *Competition Act* as economic does not necessarily lead to the conclusion that it is only permissible to consider as “effects” under section 96 the resources likely to be lost to the economy as a whole. I would have thought that the extent to which a merger is likely to result in the elimination of small and medium-sized businesses from a market, or to cause consumers to pay more than competitive prices, are sufficiently “economic” to fall within Iacobucci J.’s characterization of the aims and objectives of the Act.

[116] Third, I have already noted the inclusion of persons with a wide range of backgrounds on the Advisory Council that the Minister of Industry must consult before making recommendations to the Governor in Council on the appointment of lay members to the Tribunal. The statutory inclusion of Council

dans le cadre de l’article 96 sont les ressources perdues pour l’économie dans son ensemble, les intimées font valoir que, selon la position établie par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Southam* (précité, à la page 772, paragraphes 48 et 49) et qui fait jurisprudence, les objectifs de la *Loi sur la concurrence* sont davantage «“économiques” que strictement “juridiques”» et sont «singulièrement économiques». À mon avis, cette prise de position ne tranche pas la question examinée ici, à savoir si l’interprétation donnée par le Tribunal au terme «effets» était correcte.

[114] En premier lieu, ces prises de position visaient manifestement l’objet de la *Loi sur la concurrence* administrée par le Tribunal, mais elles sont intervenues dans le contexte de l’analyse pragmatique ou fonctionnelle appliquée en vue de déterminer la norme de contrôle appropriée. Lorsqu’il a utilisé les termes cités ci-dessus, le juge Iacobucci visait à qualifier l’objet de la Loi en vue de définir les domaines d’expertise respectifs de la Cour et du Tribunal. Ces prises de position ne sont donc pas déterminantes dans le contexte de la question en litige en l’espèce, à savoir lesquels parmi les effets d’un fusionnement anticoncurrentiel peuvent être considérés comme des «effets» dans le cadre de l’article 96.

[115] Deuxièmement, même si l’on qualifie d’économiques les objectifs de la *Loi sur la concurrence*, il n’en résulte pas qu’on ne peut considérer comme des «effets» dans le cadre de l’article 96 que les ressources qui seront vraisemblablement perdues pour l’économie dans son ensemble. J’aurais pensé que la mesure dans laquelle un fusionnement entraînera vraisemblablement l’élimination du marché de petites et moyennes entreprises ou aura pour conséquence que les consommateurs paieront des prix supérieurs aux prix concurrentiels est suffisamment «économique» pour entrer dans la qualification de l’objet et des objectifs de la Loi qu’a donnée le juge Iacobucci.

[116] Troisièmement, j’ai déjà noté la présence de personnes provenant d’un large éventail de milieux professionnels dans le conseil consultatif que le ministre de l’Industrie doit consulter avant de faire des recommandations au gouverneur en conseil sur la nomination de membres non-juges au Tribunal. Le fait

members from a wide range of backgrounds, including consumer groups and labour, suggests that the perspectives of those appointed are likely to extend beyond general welfare economics. This, in turn, is an indication that the Act itself is not concerned with “economics” so narrowly conceived as to exclude from consideration under section 96 the redistributive effects of higher prices that consumers will have to pay as a result of the merger, or its impact on small and medium-sized businesses.

[117] The Tribunal stated that taking into account a broader range of anti-competitive effects of a merger than the deadweight loss would license members of the Tribunal “to advance their views on the social merit of various groups in society” or “to achieve the proper distribution of income in society”. These “political” tasks, the Tribunal stated, cannot be regarded as mandated by the Act, because they are not within the expertise of the members of the Tribunal, who “are selected for their expertise and experience in order to evaluate evidence that is economic and commercial in nature”: paragraph 431.

[118] In my view, this conclusion gives insufficient weight to the range of experience and perspectives that the Act contemplates that the members of the Tribunal may possess, and overstates the degree of “social engineering” involved in considering a broad range of anti-competitive effects under section 96. Like other regulatory administrative tribunals, the Tribunal is charged with the responsibility of protecting the public interest, which it does by striking a balance among conflicting interests and objectives in a manner that respects the text and purposes of the legislation, is informed both by technical expertise and by the judgment that comes from its members’ varied experiences, and is responsive to the particularities of the case.

[119] Of course, balancing competing objectives in order to determine where the public interest lies in a given case requires the exercise of discretion. However, the procedure and composition of the Tribunal

que la Loi prévoit que les membres du conseil proviennent d’un large éventail de milieux professionnels, y compris de groupes de consommateurs et du monde du travail, donne à penser que les perspectives des membres nommés s’étendent vraisemblablement au-delà de l’économie générale du bien-être. Cela indique que la Loi ne s’intéresse pas à l’«économie» conçue de façon si étroite qu’il faille, dans le cadre de l’article 96, ne pas considérer les effets de redistribution des prix plus élevés que les consommateurs devront payer par suite du fusionnement, ou l’impact du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises.

[117] Le Tribunal a indiqué que la prise en compte d’effets anticoncurrentiels d’un fusionnement autres que la perte sèche autoriserait les membres du Tribunal à «exprimer leur opinion sur la valeur sociale des divers groupes de la société» ou à «favoriser une juste répartition du revenu dans la société». Selon le Tribunal, on ne peut penser que ces fonctions «politiques» ont été prévues par la Loi, parce qu’elles ne font pas partie de l’expertise des membres du Tribunal, lesquels «y sont nommés à cause de leur expertise et de leur expérience pour évaluer des éléments de preuve de nature économique ou commerciale»: paragraphe 431.

[118] À mon avis, cette conclusion ne tient pas suffisamment compte du vaste éventail d’expérience et de perspectives que la Loi prévoit chez les membres du Tribunal et exagère le degré d’«ingénierie sociale» que suppose la considération d’un vaste éventail d’effets anticoncurrentiels dans le cadre de l’article 96. Comme d’autres tribunaux administratifs de réglementation, le Tribunal est chargé de la responsabilité de protéger l’intérêt public, ce qui suppose qu’il établit un équilibre entre des intérêts et des objectifs contradictoires d’une manière qui respecte le texte et l’objet de la loi, qui est éclairée à la fois par l’expertise technique et par le jugement provenant de l’expérience diversifiée de ses membres et qui tient compte des particularités de l’espèce.

[119] Il va de soi que le fait de pondérer des objectifs en concurrence pour déterminer où se situe l’intérêt public dans un cas donné nécessite l’exercice d’un pouvoir d’appréciation. Toutefois, la procédure et

equip it for this task no less well than those of other independent, specialized, administrative tribunals that are required to perform similar balancing exercises in the discharge of their regulatory functions.

[120] Finally, I also find it difficult to accept the Tribunal's interpretation of the Act for the following two reasons. First, when Bill C-91 was introduced in Parliament it was widely regarded as a consumer protection measure. Thus, the Minister responsible stated in the House of Commons (Debates, *supra*, at page 11927) that the Consumers' Association of Canada saw the Bill as promising "real progress for consumers". Indeed, the guidebook introduced when the legislation was first tabled states (Consumer and Corporate Affairs Canada, *Competition Law Amendments: A Guide* (December 1985), page 4):

Consumers and small business are among the prime beneficiaries of an effective competition policy.

[121] In addition, the background document released when the amendments were previously tabled (Consumer and Corporate Affairs Canada, *Combines Investigation Act Amendments: Background Information and Explanatory Notes* (April 1984), page 2), states that:

. . . the Bill is concerned with fairness in the functioning of markets—fairness between producers and consumers, fairness between businesses and their suppliers, and suppliers and their customers.

[122] It thus seems to me unlikely that Parliament either intended or understood that the efficiency defence would allow an anti-competitive merger to proceed, regardless of how much the merged entity might raise prices, provided only that the efficiencies achieved by the merger exceeded the resulting loss of resources in the economy at large. As Reed J. noted in the *Hillsdown* case, *supra*, at pages 337-338, differences in the drafting of the efficiency defence in the precursors to Bill C-91, which were not enacted, point in the same direction, and are considered in para-

la composition du Tribunal lui permettent d'exercer cette fonction tout autant que celles d'autres tribunaux administratifs spécialisés, indépendants, qui doivent aussi se livrer à de tels exercices de pondération dans l'exercice de leurs fonctions de réglementation.

[120] Enfin, j'ai de la difficulté à accepter l'interprétation de la Loi donnée par le Tribunal pour les deux raisons suivantes. D'abord, lorsque le projet de loi C-91 a été présenté au Parlement, nombreux étaient ceux qui y voyaient une mesure de protection des consommateurs. Ainsi, le ministre responsable de l'application de la Loi a rappelé à la Chambre des communes (Débats, précité, à la page 11927) que l'Association des consommateurs canadiens considérait la nouvelle Loi comme «prometteuse pour les consommateurs». Le guide publié lorsque le projet de loi a été présenté en première lecture déclarait (Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence: guide* (décembre 1985), page 4):

Les consommateurs et les petites entreprises sont au nombre des premiers bénéficiaires d'une politique de concurrence efficace.

[121] En outre, le document d'information publié au moment du dépôt antérieur des modifications (Consommation et Corporations Canada, *Modifications de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: documentation de base et notes explicatives* (avril 1984), page 2), indique que l'un des principes inspirant le projet de loi est de:

[. . .] veiller à ce que l'équité soit respectée sur les marchés, entre producteurs et consommateurs, entre fournisseurs et clients, et entre grands et petits producteurs.

[122] Il me semble donc peu vraisemblable que le Parlement ait voulu dire ou compris que la défense fondée sur les gains en efficacité permettrait la réalisation d'un fusionnement anticoncurrentiel, abstraction faite des hausses de prix que pourrait imposer l'entité fusionnée, à condition seulement que les gains en efficacité découlant du fusionnement surpassent la perte de ressources en découlant pour l'économie dans son ensemble. Ainsi que le juge Reed l'a fait observer dans l'affaire *Hillsdown*, précitée, aux pages 337 et 338, les formulations différentes de la

graphs 149-151, *infra*.

[123] Second, the result of applying the total surplus standard has some consequences that are so paradoxical in light of the consumer protection objectives of the Act that Parliament should not be regarded as having intended to limit the “effects” of the merger for the purpose of section 96 to deadweight loss. For example, use of the total surplus standard for calculating the anti-competitive effects of a merger makes it easier to justify a merger between suppliers of goods for which demand is relatively inelastic than of goods for which demand is relatively elastic.

[124] This is because, where the demand for particular goods is inelastic, as it is for propane, the goods cannot be substituted as cost-effectively as where the demand is elastic. Hence, price increases that result from the exercise of market power are tolerated more by purchasers of goods for which the demand is inelastic than by purchasers of those where the demand is elastic. Thus, since purchasers of goods for which demand is inelastic are relatively insensitive to price, fewer will purchase substitute goods despite increases in price. Therefore, a significant price increase will result in a smaller deadweight loss in a product where demand is inelastic than where it is elastic.

[125] Thus, on the Tribunal’s interpretation of section 96, the more inelastic the demand for the goods produced by the merged entity, the smaller will be the efficiencies required from the merger in order to offset its anti-competitive effects. It follows on this reasoning that, for the purpose of balancing efficiencies and effects, a potentially large wealth transfer from consumers of goods for which demand is inelastic to producers is to be ignored.

[126] It is certainly not obvious how an interpretation of “effects” that creates a differential treatment of

défense fondée sur les gains en efficience dans les versions antérieures au projet de loi C-91, qui n’ont pas été adoptées, vont dans le même sens; elles sont traitées aux paragraphes 149 à 151, ci-après.

[123] En second lieu, l’application du critère du surplus total entraîne certaines conséquences si paradoxales par rapport aux objectifs de protection du consommateur de la Loi qu’on ne peut penser que le Parlement a voulu limiter les «effets» du fusionnement, dans le cadre de l’article 96, à la perte sèche. Par exemple, l’utilisation du critère du surplus total pour le calcul des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement justifie plus facilement un fusionnement entre des fournisseurs de produits dont la demande est relativement inélastique qu’entre des fournisseurs de produits dont la demande est relativement élastique.

[124] Cela tient à ce que, lorsque la demande de produits particuliers est inélastique, comme c’est le cas pour le propane, les produits ne peuvent être substitués d’une manière aussi efficiente que lorsque la demande est élastique. Il en résulte que les hausses de prix résultant de l’exercice de la puissance commerciale sont tolérées davantage par les acheteurs de produits dont la demande est inélastique que par les acheteurs de produits dont la demande est élastique. Ainsi, les acheteurs de produits dont la demande est inélastique étant relativement insensibles aux variations de prix, ils seront moins nombreux à acheter des produits de substitution par suite de hausses de prix. Donc, une hausse de prix importante entraînera une perte sèche moindre sur un produit dont la demande est inélastique que sur un produit dont la demande est élastique.

[125] Ainsi, selon l’interprétation que donne le Tribunal de l’article 96, plus la demande des produits de l’entité fusionnée est inélastique, moins les gains en efficience nécessaires pour compenser les effets anticoncurrentiels du fusionnement seront élevés. Il découle de ce raisonnement que, pour compenser les gains en efficience et les effets, il ne faut pas tenir compte d’un transfert de richesse potentiellement important des consommateurs aux producteurs dans le cas de produits dont la demande est inélastique.

[126] Il est certainement très difficile de voir de quelle façon une interprétation des «effets» qui crée

mergers by reference to the elasticity of demand for the goods produced by the merged entity is rationally related to any of the statutory aims of the *Competition Act*.

[127] Another consequence of limiting the anti-competitive “effects” of a merger to deadweight loss is that it is irrelevant that the merger results in the creation of a monopoly in one or more of the merged entity’s markets. According to the Tribunal, the fact that the merged entity of Superior and ICG will eliminate all consumer choice, and remove all competition, in the propane supply market, as it is likely to do in Atlantic Canada, for example, is not an “effect” that legally can be weighed under section 96 against the efficiency gains from the merger.

[128] Again, such a conclusion seems to me so at odds with the stated purpose of the Act, namely “to maintain and encourage competition”, and the statutory objectives to be achieved thereby, as to cast serious doubt on the correctness of the Tribunal’s interpretation of section 96.

[129] Given the purposes historically pursued by competition legislation and, in particular, the expressly stated purpose and objectives of the *Competition Act*, it is reasonable to infer from Parliament’s failure to state expressly that only deadweight loss is to be considered as an “effect” of a merger for the purpose of section 96, that other effects related to the statutory purpose and objectives, including the interests of the consumers of the merged entity’s products, must also be taken into account when the trade-off is made between efficiencies and anti-competitive effects.

(iii) Predictability

[130] It was strenuously argued by counsel for the respondents that, since one of the objectives of the *Competition Act* set out in section 1.1 is to “promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy”, it was important for business people to be able

une disparité de traitement entre les fusions en fonction de l’élasticité de la demande des produits fabriqués par l’entité fusionnée peut se rattacher rationnellement à l’un des objectifs de la *Loi sur la concurrence*.

[127] Une autre conséquence de la limitation des «effets» anticoncurrentiels d’un fusionnement à la perte sèche est qu’il importe peu que le fusionnement entraîne un monopole sur un ou plusieurs des marchés de l’entité fusionnée. Selon le Tribunal, le fait que l’entité formée par le fusionnement de Supérieur et d’ICG éliminera tout choix des consommateurs et supprimera toute concurrence sur le marché de la fourniture du propane, comme ce sera vraisemblablement le cas dans les provinces de l’Atlantique, par exemple, n’est pas un «effet» qui peut légalement être comparé, dans le cadre de l’article 96, aux gains en efficacité découlant du fusionnement.

[128] Encore ici, une telle conclusion me semble en contradiction si nette avec l’objet déclaré de la Loi, à savoir «de préserver et de favoriser la concurrence», et avec les objectifs à atteindre par ce moyen, que cela suscite un doute grave sur le bien-fondé de l’interprétation de l’article 96 donnée par le Tribunal.

[129] Étant donné l’objet historique de la législation en matière de concurrence et, en particulier, l’objet et les objectifs expressément déclarés de la *Loi sur la concurrence*, on peut raisonnablement déduire du fait que le Parlement n’a pas expressément disposé que seule la perte sèche doit être prise en compte comme «effet» d’un fusionnement dans le cadre de l’article 96, que les autres effets liés à l’objet et aux objectifs de la Loi, notamment les intérêts des consommateurs des produits de l’entité fusionnée, doivent également être pris en compte dans l’analyse comparative des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels.

iii) Prévisibilité

[130] Les avocats des intimées ont soutenu vigoureusement que, l’un des objectifs de la *Loi sur la concurrence* exposés à l’article 1.1 étant de «stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne», il était important pour les chefs d’entreprise

to predict whether or not a proposed merger was likely to receive regulatory approval. Otherwise, they might be deterred from entering into a merger that would violate section 92 by substantially lessening competition, but would increase wealth in the Canadian economy as a whole by producing substantial efficiency gains.

[131] Hence, it was argued, it is consistent with the purpose of section 96 to interpret the efficiency defence as requiring the use of the total surplus standard to determine the anti-competitive effects of a merger, because the use of this standard makes the result of the section 96 balancing exercise much more predictable. While far from self-applying, the total surplus standard will generally make it much easier than the balancing weights approach favoured by the Commissioner to predict what will be the “effects” of a merger.

[132] While not without some attraction, this argument when considered alone is far from dispositive in a regulatory context. And, when assessed with the stronger arguments pointing in the opposite direction, it does not in my view significantly buttress the Tribunal’s interpretation of section 96.

[133] First, discretionary decision making in the regulation of economic activity is commonplace and predictability of outcome is a matter of degree. Indeed, since discretion is essential to the efficacy of most regulatory regimes, the interest of individuals in being able to arrange their affairs in the more or less certain knowledge of how they will be regarded by agencies of the state is not so highly valued as in other areas (such as taxation or criminal law) where the state impinges on individual conduct.

[134] Hence, even if true, the submission that the total surplus standard may make the result of the balancing exercise more predictable than the balancing

d’être en mesure de prévoir si un fusionnement proposé recevrait vraisemblablement l’approbation réglementaire. Autrement, ils pourraient être dissuadés de conclure un fusionnement qui contreviendrait à l’article 92 du fait qu’il diminue sensiblement la concurrence, mais qui augmenterait la richesse dans l’ensemble de l’économie en produisant des gains en efficience importants.

[131] D’où, a-t-on plaidé, il découle qu’il est conforme à l’objet de l’article 96 d’interpréter la défense fondée sur les gains en efficience d’une manière qui impose le critère du surplus total pour la détermination des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement, parce que l’application de ce critère rend l’exercice de pondération effectué selon l’article 96 beaucoup plus prévisible. Bien que loin d’être d’application automatique, le critère du surplus total permettra généralement beaucoup plus facilement de prévoir quels seront les «effets» d’un fusionnement que la méthode des coefficients pondérateurs privilégiée par le commissaire.

[132] Bien qu’il ne soit pas dépourvu d’attrait, cet argument, considéré en lui-même, est loin d’être déterminant dans le contexte de la réglementation. Et, lorsqu’on l’apprécie par rapport aux arguments plus forts en sens opposé, il n’étaye guère, à mon avis, l’interprétation que le Tribunal donne de l’article 96.

[133] D’abord, les pouvoirs discrétionnaires sont chose courante dans la réglementation de l’activité économique et la prévisibilité du résultat est une question de degré. En fait, comme le pouvoir discrétionnaire est essentiel à l’efficacité de la plupart des régimes de réglementation, l’intérêt pour l’individu de pouvoir organiser ses affaires en connaissant de façon plus ou moins certaine la façon dont elles seront appréciées par les organismes de l’État n’est pas aussi grand que dans d’autres domaines (comme la fiscalité ou le droit pénal) où l’État affecte la conduite individuelle.

[134] Donc, à supposer qu’elle soit vraie, l’affirmation que le critère du surplus total peut rendre le résultat de l’exercice de pondération plus prévisible

weights approach must be assessed in the context of the administration of a public programme of economic regulation.

[135] Second, one should not exaggerate the differences in the degrees of predictability inherent in the total surplus and balancing weights standards for determining the “effects” of an anti-competitive merger. Given the difficulties of, for example, assessing both the relative elasticity of demand for the goods produced or supplied by a merged entity, and the qualitative aspect of deadweight loss, the application of the total surplus standard is far from mechanical. Indeed, while Part 5.5 of the MEG has adopted the total surplus standard, it also states that the “calculation of the likely anticompetitive effects of mergers is generally very difficult to make”. See also Roy M. Davidson, “When Merger Guidelines Fail to Guide” (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, at pages 46-47.

[136] Conversely, it is in my view far from a fatal objection to the balancing weights approach that its proponent at the hearing before the Tribunal, Professor Townley, testified that, as an economist, he was unable to determine what were the effects of the merger of Superior and ICG and whether the efficiencies likely to be produced thereby were greater than, and offset, them. I take his point simply to have been that he was called as a witness expert in economics and that the balancing exercise called for by section 96 required broader public policy judgments that were outside his area of expertise, but were for the Tribunal to make as it thought would best advance the public interest within the parameters of the Act.

[137] Third, there are various tools available to administrative agencies that enable them to give more precision, and hence predictability of application, to the discretionary statutory standards that they must apply to particular fact situations: speeches by members of the administrative agency detailing agency thinking on an issue, and more formal published

que la méthode des coefficients de pondération doit s’apprécier dans le contexte de l’administration d’un programme public de réglementation économique.

[135] Deuxièmement, il ne faut pas exagérer les différences de degré de prévisibilité entre le critère du surplus total et la méthode des coefficients pondérateurs en vue de déterminer les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel. Étant donné les difficultés, par exemple, que pose l’appréciation tant de l’élasticité relative de la demande de produits fabriqués ou vendus par l’entité fusionnée que de l’aspect qualitatif de la perte sèche, l’application du critère du surplus total est loin d’être mécanique. Et même si la partie 5.5 des Lignes directrices adopte le critère du surplus total, elle indique également que «[l]e calcul des effets anticoncurrentiels vraisemblables des fusionnements est généralement très difficile à effectuer». Voir également Roy M. Davidson, «When Merger Guidelines Fail to Guide» (1991), 12:4 *Canadian Competition Policy Record* 44, aux pages 46 et 47.

[136] Inversement, à mon avis, c’est loin d’être une objection fatale à la méthode des coefficients pondérateurs si celui qui l’a proposée à l’audience devant le Tribunal, le professeur Townley, a témoigné que, en qualité d’économiste, il était incapable de déterminer quels étaient les effets du fusionnement de Supérieur et d’ICG et si les gains en efficacité qui en découleront vraisemblablement surpasseront et neutraliseront ces effets. Je pense qu’il a simplement voulu dire qu’il a été cité comme témoin expert en économie et que l’exercice de pondération prévu par l’article 96 exigeait des jugements plus larges de politique gouvernementale qui n’entraient pas dans son domaine d’expertise, mais qu’il incombait au Tribunal de porter de la façon qu’il jugeait la plus conforme à l’intérêt public à l’intérieur des paramètres de la Loi.

[137] Troisièmement, il existe divers instruments à la disposition des organismes administratifs pour leur permettre de donner plus de précision, et donc une plus grande prévisibilité d’application, aux critères législatifs discrétionnaires qu’ils doivent appliquer à des situations de fait: des discours des membres de l’organisme administratif exposant les positions de

policy guidelines that can be elaborated and tailored from time to time to take account of agency experience with administering the regulatory scheme, for example. I discuss below the MEG issued by the Commissioner, in so far as they deal with the Competition Bureau's view of the interpretation of section 96.

[138] In addition, parties contemplating a merger may submit details to the Commissioner at an early stage of the process in order to obtain an initial indication of whether approval is likely to be forthcoming and, if the Commissioner thinks that there may be problems, what they are and how they may be addressed. Administrative adjudication is only the rarely seen, though important, tip of the regulatory process iceberg.

[139] Hence, even if the total surplus standard provides more predictability to prospective merging parties, when compared, for instance, to the balancing weights approach, the predictability argument is not sufficiently compelling to persuade me that it is the methodology mandated by section 96 for determining the "effects" of an anti-competitive merger in all cases.

(iv) Merger Enforcement Guidelines

[140] Both the Tribunal and, on appeal, counsel for the respondents, gave considerable weight to the MEG, issued in 1991 by the Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy.

[141] Part 5.5 of the MEG state that efficiency gains are to be balanced only against "a negative resource allocation effect on the sum of producer and consumer surplus (total surplus) within Canada"; in other words, "the deadweight loss to the Canadian economy". It also states that the redistribution of wealth as a result of price increases stemming from the merger is "neutral", noting in footnote 57 that:

l'organisme sur une question, et des lignes directrices publiées, plus officielles, qui peuvent être élaborées et adaptées pour tenir compte de l'expérience de l'organisme dans l'administration du régime de réglementation, par exemple. Je traite ci-après des Lignes directrices établies par le commissaire, dans la mesure où elles touchent la position du Bureau de la concurrence sur l'interprétation de l'article 96.

[138] En outre, les parties qui envisagent un fusionnement peuvent présenter des renseignements au commissaire dès le début du processus pour savoir au départ si une approbation serait probable et, dans le cas où le commissaire pense qu'il peut se poser des problèmes, quels sont ces problèmes et quelle réponse leur apporter. La décision de l'organisme administratif n'est que la pointe, rarement aperçue mais essentielle, de l'iceberg que constitue le processus de réglementation.

[139] Donc, même si le critère du surplus total donne une plus grande prévisibilité aux parties qui projettent un fusionnement, par comparaison, par exemple, à la méthode des coefficients pondérateurs, l'argument de la prévisibilité n'est pas suffisamment convaincant pour me persuader que ce critère constitue la méthode prescrite par l'article 96 pour déterminer, dans tous les cas, les «effets» d'un fusionnement anticoncurrentiel.

iv) Lignes directrices pour l'application de la Loi

[140] Tant le Tribunal que, en appel, les avocats des intimées ont accordé un poids considérable aux Lignes directrices, établies en 1991 par le directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence.

[141] La partie 5.5 des Lignes directrices indique que les gains en efficacité doivent être comparés à «un effet négatif sur la répartition des ressources sur la somme des surplus du producteur et du consommateur (surplus total) au Canada»; en d'autres termes, «à la perte sèche pour l'économie canadienne». Elle indique également que la redistribution de la richesse par suite des hausses de prix découlant du fusionnement est «neutre», et la note de bas de page 57 fait observer:

When a dollar is transferred from a buyer to a seller, it cannot be determined *a priori* who is more deserving or in whose hands it has a greater value.

[142] In a speech given in Toronto on June 8, 1992 to the Canadian Institute, the then Director of Investigation and Research responded to the doubts expressed by Reed J., as the judicial member of the Tribunal that decided the *Hillsdown* case, *supra*, about whether the MEG were consistent with the *Competition Act* to the extent that they adopted total surplus standard as the basis for determining the “effects” of an anti-competitive merger. The Director saw no need to amend the MEG at that time, since economists advocated that wealth transfers to producers from consumers should be treated as a neutral effect of a merger, Reed J.’s expressions of doubt were only *obiter* and the Tribunal endorsed no other methodology for determining the “effects” to be taken into account under section 96.

[143] In 1998, the approach to the determination of the anti-competitive effects of a merger adopted in the MEG was essentially endorsed in the Competition Bureau’s publication, *The Merger Enforcement Guidelines as Applied to a Bank Merger*.

[144] The simple answer to the respondents’ reliance on the MEG is that they are not law because they are not made under a grant of statutory authority, and cannot determine the meaning of the Act. Indeed, to the extent that they are inconsistent with the Act, they should be ignored. Further, the limited nature and intent of the MEG is clearly set out at the beginning of the document under the heading “Interpretation”:

This document is intended solely to provide enforcement guidelines. As such, it sets forth the general approach that is taken to merger review, and is not a binding statement of how discretion will be exercised in a particular situation. Specific guidance regarding a specific merger may be requested from the Bureau through its program advisory opinions. The Guidelines are not intended to be a substitute

Lorsqu’un dollar est transféré d’un acheteur à un vendeur, on ne peut pas déterminer à priori qui le mérite plus, ou entre les mains de qui il a le plus de valeur.

[142] Dans un discours prononcé à Toronto le 8 juin 1992 devant l’Institut canadien, le directeur des enquêtes et recherches de l’époque a répondu aux doutes exprimés par M^{me} le juge Reed, en tant que juge membre de la formation du Tribunal qui a décidé l’affaire *Hillsdown*, précitée, au sujet de la conformité des Lignes directrices à la *Loi sur la concurrence* dans la mesure où elles adoptaient le critère du surplus total comme fondement pour déterminer les «effets» d’un fusionnement anticoncurrentiel. Le directeur ne voyait pas le besoin de modifier les Lignes directrices pour le moment, puisque les économistes privilégiaient le traitement neutre des transferts de richesse des consommateurs aux producteurs, que la partie de la décision dans laquelle le juge Reed exprimait ses doutes était *obiter dictum* et que le Tribunal n’avait pas approuvé d’autres méthodes pour déterminer les «effets» à prendre en compte dans le cadre de l’article 96.

[143] En 1998, la méthode adoptée dans les Lignes directrices pour la détermination des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement a été reprise pour l’essentiel dans la publication du Bureau de la concurrence *Lignes directrices pour l’application de la Loi: Fusionnement de banques*.

[144] La réponse simple aux intimées qui s’appuient sur les Lignes directrices est que celles-ci n’ont pas valeur de loi, parce qu’elles ne sont pas établies en vertu d’une autorisation législative, et ne peuvent décider de la signification de la Loi. En fait, dans la mesure où elles sont incompatibles avec la Loi, il ne faut pas en tenir compte. De plus, la nature et la portée limitées des Lignes directrices sont clairement indiquées au début du document sous l’intitulé «Interprétation»:

Ce document a uniquement pour but de fournir les Lignes directrices pour l’application de la Loi. À ce titre, il expose la démarche générale suivie dans l’examen des fusionnements; il ne restreint aucunement la discrétion qui pourra être exercée dans un cas donné. Des conseils particuliers à l’égard d’un fusionnement précis peuvent être demandés au Bureau dans le cadre du programme des avis consultatifs.

for the advice of merger counsellors. They do not represent a significant change in enforcement policy or restate the law. Final interpretation of the law is the responsibility of the Competition Tribunal and the courts. [Emphasis added.]

[145] Of course, it may do little to inspire public confidence in the administration of the *Competition Act* that, in the context of the merger of Superior and ICG, the present Commissioner has apparently disavowed the interpretation of section 96 advanced in the MEG, which have still not been replaced. However, there was no allegation by the respondents that they had relied to their detriment on the MEG when they agreed to merge. While there was no evidence in the record about any discussions that may have taken place between the merging parties and the Bureau, it would not be surprising if such discussions had occurred and it had been indicated to the respondents that the Commissioner no longer thought that dead-weight loss, measured both quantitatively and qualitatively, was the only “effect” that could ever be taken into account under section 96.

[146] In addition, the possibility that a reviewing court may not agree with an agency’s view of the law is an inevitable risk associated with the administrative practice of issuing non-binding guidelines and other policy documents to shed light on agency thinking and to assist those subject to the regulatory regime that it administers. This risk should deter neither the courts from deciding what the law is, nor agencies from engaging in the often useful exercise of administrative rule making.

(v) The authorities

[147] Finally, I consider whether existing authorities demonstrate the correctness of the Tribunal’s interpretation of section 96. I turn, first, to the only other judicial pronouncement on the issue, namely, the decision of Reed J. in the *Hillsdown* case, *supra*. I agree with the respondents’ position that what Reed J. said in that case is not dispositive of this case: not only is it, like the case before us, a decision of the

Les Lignes directrices ne remplacent pas les avis des conseillers spécialisés en matière de fusionnement. Elles ne représentent pas un changement important de politique d’application et ne reformulent pas la Loi. L’interprétation de la Loi relève en dernier ressort du Tribunal de la concurrence et des autres tribunaux. [Non souligné dans l’original.]

[145] Sans doute, le fait que, dans le contexte du fusionnement de Supérieur et d’ICG, le commissaire actuel ait apparemment désavoué l’interprétation de l’article 96 présentée dans les Lignes directrices, qui n’ont pas encore été remplacées, ne contribuera guère à inspirer confiance au public dans l’administration de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, les intimées n’ont pas allégué avoir subi un préjudice du fait qu’elles se sont appuyées sur les Lignes directrices lorsqu’elles ont convenu de fusionner. On ne trouve pas dans le dossier de mention de discussions entre les parties au fusionnement et le Bureau, mais il ne serait pas surprenant que de telles discussions aient eu lieu et qu’on ait indiqué aux intimées que le commissaire n’était plus d’avis que la perte sèche, mesurée à la fois quantitativement et qualitativement, constituait le seul «effet» qui pouvait être pris en compte dans le cadre de l’article 96.

[146] En outre, la possibilité qu’une cour siégeant en révision puisse ne pas souscrire à l’interprétation de la loi donnée par un organisme constitue un risque inévitable lié à la pratique administrative d’établir des lignes directrices sans caractère obligatoire et d’autres documents de politique pour faire connaître les positions de l’organisme et aider ceux qui sont assujettis au régime de réglementation qu’il administre. Ce risque ne doit empêcher ni les tribunaux judiciaires de décider ce qui a valeur de loi, ni les organismes de s’acquitter de la fonction, souvent utile, d’établir des règles administratives.

v) La jurisprudence et la doctrine

[147] Enfin, j’en viens à la question de savoir si la jurisprudence et la doctrine établissent le bien-fondé de l’interprétation de l’article 96 donnée par le Tribunal. Je commence par la seule autre prise de position judiciaire sur la question, à savoir la décision de M^{me} le juge Reed dans l’affaire *Hillsdown*, précitée. Je conviens avec les intimées que les observations du juge Reed dans cette affaire ne sont pas déterminantes

Tribunal, but Reed J.'s statements did not form part of the *ratio* and, in some respects at least, she expressed herself more in the form of a doubt than of a definitive assertion that the interpretation in the MEG of "effects" was wrong in law.

[148] Nonetheless, I find myself largely in agreement with the reasons given by Reed J. for querying whether the Tribunal was permitted to look only at deadweight loss when determining the effects to be balanced against any efficiency gains that, without the merger, were unlikely to be achieved.

[149] In particular, I adopt her analysis of the legislative history of section 96: *Hillsdown, supra*, at pages 337-339. She observed that, unlike the present section 96, the previous, unenacted versions of the efficiency defence contained in both Bill C-42, *An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, 2nd Session, 30th Parliament, 1976-77, and in Bill C-29, *An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, 2nd Session, 32nd Parliament, 1983-84, did not require that the efficiencies gained from an anti-competitive merger be balanced against its effects.

[150] Thus, Bill C-42 would have permitted an anti-competitive merger to proceed, provided only that substantial efficiency gains could be proved "by way of savings of resources for the Canadian economy" that would not otherwise have been attained: subsection 31.71(5). Bill C-29 called for a determination of whether the "gains in efficiency would result in a substantial real net saving for the Canadian economy": paragraph 31.73(c). Neither of these provisions calls for a balancing of efficiencies against effects. Instead they focus on resource maximization in the economy as a whole in the same way as the total surplus standard.

pour la présente instance: non seulement il s'agit, comme dans l'affaire dont nous sommes saisis, d'une décision du Tribunal, mais les observations du juge Reed ne font pas partie de la *ratio* du jugement et, à certains égards, elle a plutôt exprimé des doutes que l'interprétation des «effets» donnée dans les Lignes directrices était mal fondée en droit.

[148] Néanmoins, je suis largement d'accord avec les motifs donnés par le juge Reed quant à la question de savoir si le Tribunal pouvait effectivement ne prendre en compte que la perte sèche pour déterminer les effets à comparer aux gains en efficacité qui, sans le fusionnement, ne seraient vraisemblablement pas réalisés.

[149] En particulier, j'adopte son analyse de l'historique législatif de l'article 96: affaire Hillsdown, précitée, aux pages 337 à 339. Elle a relevé que, contrairement à l'article 96 actuel, les versions antérieures, non adoptées, de la défense fondée sur les gains en efficacité contenues dans le projet de loi C-42, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois*, 2^e session, 30^e législature, 1976-77 et dans le projet de loi C-29, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 2^e session, 32^e législature, 1983-84, n'exigeaient pas que les gains en efficacité découlant d'un fusionnement anticoncurrentiel soient comparés à ses effets.

[150] Ainsi, le projet de loi C-42 aurait permis la réalisation d'un fusionnement anticoncurrentiel, à la seule condition qu'on puisse établir que l'opération entraîne des gains en efficacité sensibles «en réalisant pour l'économie canadienne des économies de ressources qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens»: paragraphe 31.71(5). Le projet de loi C-29 exigeait que l'on décide si le fusionnement accroîtra «l'efficacité d'une façon telle qu'il en résultera une épargne nette et réelle de ressources pour l'économie canadienne»: alinéa 31.73(c). Ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne prévoit une comparaison des gains en efficacité et des effets. Elles mettent plutôt l'accent sur la maximisation des ressources dans

[151] I agree with Reed J.'s conclusion that, seen against this background, the more open-ended direction given to decision makers by section 96, namely to balance the efficiency gains against the "effects" of an anti-competitive merger, should not be interpreted in substantially the same manner as the above clauses, which explicitly permitted anti-competitive mergers when the resulting efficiency gains produced net savings of resources for the Canadian economy. While the earlier Bills seem clearly to have encapsulated the total surplus standard in the efficiency defences, section 96 does not.

[152] I note, too, that, even though she may not have been entitled as a lay member of the Tribunal to express a view on an issue that I have held to be a question of law alone, Ms. Lloyd did not agree that "effects" were confined to deadweight loss to the exclusion of effects relating to the other objectives of the Act: paragraph 506.

[153] In a word, views expressed by Tribunal members who have considered the issue are about evenly split. I draw some comfort from the existence of this division of opinion both between the judicial members who have considered the issue (Reed J. and Nadon J.), and between the lay members of the Tribunal in this case, if, as I understand it, Dr. Schwartz agreed with Nadon J. Thus, in disagreeing with the Tribunal's interpretation of section 96, I cannot be said to have gone against the unanimous view of those more expert than I in this area of the law.

[154] Finally, it was suggested in argument that the Tribunal's interpretation had the support of all economists who had studied the issue. I do not dispute that an impressive array of economists, and law and economics specialists, both in Canada and the United States, have argued that the total surplus standard is the appropriate basis for determining whether an anti-competitive merger that produces efficiency gains should be permitted.

l'ensemble de l'économie de la même façon que le critère du surplus total.

[151] Je souscris à la conclusion du juge Reed: compte tenu de cet historique, la directive plus ouverte donnée aux décideurs par l'article 96, soit de comparer les gains en efficience aux «effets» du fusionnement anticoncurrentiel, ne doit pas s'interpréter de la même manière, pour l'essentiel, que les dispositions citées ci-dessus, qui permettent expressément les fusionnements anticoncurrentiels lorsque les gains en efficience en découlant produisent une épargne nette et réelle de ressources pour l'économie canadienne. Si les projets de loi antérieurs semblent manifestement incorporer le critère du surplus total dans la défense fondée sur les gains en efficience, ce n'est pas le cas de l'article 96.

[152] Je note également que, bien qu'elle n'ait pas été qualifiée, en tant que membre non-juge du Tribunal, pour exprimer une opinion sur une question que j'ai jugée être une question de droit exclusivement, M^{me} Lloyd n'a pas accepté la position que les «effets» se limitaient à la perte sèche, à l'exclusion des effets liés aux autres objectifs de la Loi: paragraphe 506.

[153] En résumé, les membres du Tribunal qui ont examiné la question sont partagés de façon à peu près égale. Je trouve quelque réconfort dans ce partage tant entre les juges du Tribunal qui ont examiné la question (les juges Reed et Nadon) qu'entre les membres non-juges du Tribunal dans la présente affaire si, comme je crois comprendre, M. Schwartz était d'accord avec le juge Nadon. Donc, bien que je sois en désaccord avec l'interprétation de l'article 96 donnée par le Tribunal, on ne peut dire que j'aie à l'encontre de l'opinion unanime de ceux qui possèdent plus d'expertise que moi dans ce domaine du droit.

[154] Enfin, on a laissé entendre, au cours des débats, que l'interprétation du Tribunal avait l'appui de tous les économistes qui ont étudié la question. Je ne conteste pas qu'un nombre impressionnant d'économistes et de spécialistes en droit et en économie, tant au Canada qu'aux États-Unis, ont soutenu que le critère du surplus total est le fondement approprié pour déterminer s'il y a lieu d'autoriser un fusionnement anticoncurrentiel qui produit des gains en efficience.

[155] Nonetheless, the *Horizontal Merger Guidelines*, *supra*, in the United States continue to treat the exercise of market power leading to an increase in price above the competitive level as the most important anti-competitive effect of a merger, and the resulting wealth transfer from the consumers to the producers, as a misallocation of resources: see P. T. Denis, “Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects”, (1993), 38 *Antitrust Bull.*, at pages 479-515.

[156] Of course, as I have already noted, since there is no specific efficiency defence in the United States’ legislation, the approach of the Federal Trade Commission to efficiency gains when considering the approval of anti-competitive mergers has limited relevance to the problem before us. Nonetheless, it is interesting to note that efficiency gains are generally most likely to make a difference in merger review when the likely adverse effects of the merger are not great, and will almost never justify a merger to monopoly or near monopoly: *Horizontal Merger Guidelines*, *supra*, at page 150.

[157] In addition, some commentators in the United States have expressed surprise at the interpretation of section 96 adopted in the MEG. See, for example, J. F. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020, at 1035-36; S. F. Ross, “Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?” (1997), 65 *Antitrust L.J.* 641. Thus, Ross writes (*supra*, at 652, note 41):

As Professor Brodley has observed, the logical extension of competition policy based solely on societal wealth maximization would be to prefer a monopolist that was able to perfectly price discriminate (charge each consumer the maximum amount each consumer was willing to pay) to the typical Canadian industry with a relatively few number of firms, which would not produce at a single competitive

[155] Néanmoins, aux États-Unis, le texte *Horizontal Merger Guidelines*, précité, considère toujours l’exercice de la puissance commerciale conduisant à une hausse des prix au-dessus du niveau concurrentiel comme l’effet anticoncurrentiel le plus important d’un fusionnement, et le transfert de richesse qui en résulte des consommateurs aux producteurs comme une mauvaise affectation des ressources: voir P. T. Denis, «Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects», (1993), 38 *Antitrust Bull.*, aux pages 479 à 515.

[156] Évidemment, ainsi que je l’ai déjà relevé, comme il n’existe pas de défense particulière fondée sur les gains en efficience dans la législation américaine, la méthode suivie par la Federal Trade Commission à l’égard des gains en efficience lorsqu’elle examine s’il y a lieu d’approuver des fusionnements anticoncurrentiels n’a qu’une pertinence restreinte par rapport à la question que nous devons trancher. Néanmoins, il est intéressant de noter que, de façon générale, les gains en efficience auront probablement le plus d’importance dans l’examen d’un fusionnement lorsque les effets négatifs vraisemblables ne sont pas considérables et qu’ils ne justifieront presque jamais un fusionnement menant à un monopole ou à un quasi-monopole: *Horizontal Merger Guidelines*, précité, à la page 150.

[157] En outre, certains auteurs aux États-Unis ont exprimé leur surprise devant l’interprétation de l’article 96 adoptée dans les Lignes directrices. Voir, par exemple, J. F. Brodley, «The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress», (1987), 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020, aux pages 1035 et 1036; S. F. Ross, «Afterword—Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers that Exploit Canadian Consumers so the World can be More Efficient?» (1997), 65 *Antitrust Law Journal* 641. Ainsi, Ross écrit (précité, à la page 652, note 41):

[TRADUCTION] Comme le professeur Brodley l’a fait observer, le prolongement logique d’une politique de la concurrence fondée seulement sur la maximisation de la richesse pour la société serait de préférer un monopoliste capable d’effectuer une discrimination parfaite par les prix (c’est-à-dire à faire payer à chaque consommateur le prix maximal qu’il est prêt à payer) à l’industrie canadienne

price.

[158] Hence, it is clear that there is more than one view among commentators on whether competition policy should disregard *a priori* transfers of wealth and other “effects” of anti-competitive mergers, and consider only whether the merger has the effect of increasing or decreasing the resources in the economy as a whole. Nonetheless, when the issue arises in the legal context of a section 92 proceeding instituted by the Commissioner, it must be answered by reference to the *Competition Act*, and Parliament’s stated purpose and objectives in enacting it. In my view, the narrow reading that the Tribunal gave to the word, “effects”, in section 96 cannot be justified by reference to the views of lawyer-economists in the United States, no matter how eminent.

(vi) Conclusions

[159] Having concluded for the above reasons that the Tribunal erred in law when it interpreted section 96 as mandating that, in all cases, the only effects of an anti-competitive merger that may be balanced against the efficiencies created by the merger are those identified by the total surplus standard, this Court should not prescribe the “correct” methodology for determining the extent of the anti-competitive effects of a merger. Such a task is beyond the limits of the Court’s competence.

[160] Whatever standard is selected (and, for all I know, the same standard may not be equally apposite for all mergers) must be more reflective than the total surplus standard of the different objectives of the *Competition Act*. It should also be sufficiently flexible in its application to enable the Tribunal fully to assess the particular fact situation before it.

[161] It seems to me that the balancing weights approach proposed by Professor Townley, and adopted by the Commissioner, meets these broad requirements. Of course, this approach will no doubt require considerable elaboration and refinement when it comes to be applied to the facts of particular cases.

typique comportant un nombre relativement petit d’entreprises, qui ne produiraient pas à un prix concurrentiel unique.

[158] Il est donc manifeste que les auteurs ne sont pas tous du même avis sur la question de savoir si la politique de la concurrence ne doit pas tenir compte *a priori* des transferts de richesse et des autres «effets» des fusionnements anticoncurrentiels et ne prendre en compte que l’effet d’augmentation ou de diminution des ressources dans l’ensemble de l’économie. Néanmoins, lorsque la question se pose dans le contexte juridique d’une procédure engagée par le commissaire en vertu de l’article 92, il faut y répondre en fonction de la *Loi sur la concurrence* et de l’objet et des objectifs déclarés par le législateur au moment de son adoption. À mon sens, l’interprétation étroite que le Tribunal a donnée du terme «effets», à l’article 96, ne peut se justifier sur la base des opinions des avocats-économistes des États-Unis, si éminents soient-ils.

(vi) Conclusions

[159] Une fois qu’elle a conclu, pour les motifs exposés précédemment, que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant l’article 96 de manière à imposer, dans tous les cas, de ne comparer aux gains en efficience découlant d’un fusionnement anticoncurrentiel que les effets identifiés par le critère du surplus total, la Cour n’a pas à prescrire la méthode «correcte» pour déterminer l’étendue des effets anticoncurrentiels d’un fusionnement. Cette tâche va au-delà des limites de sa compétence.

[160] Quel que soit le critère choisi (et, pour ce que j’en sais, il se peut que le même critère ne convienne pas également pour tous les fusionnements), il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. Il doit également être d’application suffisamment souple pour permettre au Tribunal d’apprécier pleinement la situation de fait particulière qui lui est présentée.

[161] Il me semble que la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le professeur Townley, et adoptée par le commissaire, satisfait à ces exigences générales. Il va de soi qu’il faudra sans doute élaborer et raffiner considérablement cette méthode pour l’appliquer aux faits d’espèces particulières.

[162] Further, while the adoption of the balancing weights approach is likely to expand the anti-competitive effects to be considered, and hence to narrow the scope of the defence, I see no reason why it should, as the respondents submitted, practically write section 96 out of the Act.

Issue 3: The Burden of Proof

[163] The Tribunal held (at paragraph 403) that, since section 96 constitutes a defence to an infringement of section 92, the merging parties bear the burden of proving each of its elements on the balance of probabilities, except the existence or scale of the effects that must be balanced against the efficiency gains.

[164] The Commissioner submitted that the Tribunal had erred in law in holding that he had the legal onus of proving anything at all under section 96. While the evidential burden may shift as a case unfolds, the legal burden throughout, counsel for the Commissioner argued, remains with the respondents.

[165] Apart from setting out the parties' contentions, the Tribunal gave little clue about the reasons for its conclusion on the burden of proof issue. One obvious possibility is that the Tribunal endorsed the submissions made by the party in whose favour it decided particular issues. Thus, the Tribunal stated that the respondents had submitted that the Commissioner bears the burden of proving the scale of the "effects" of an anti-competitive merger (that is, on the Tribunal's interpretation of section 96, the deadweight loss), because the Commissioner's investigative powers put him in a better position than the respondents to obtain the necessary information from third parties.

[166] On the hearing of the appeal, counsel for the respondents added that, if merging parties were to attempt to obtain the kind of information required to establish the effects of the merger for the purpose of section 96, including information on competitors' pricing and costs, they would run the risk of being accused of conspiring to restrain competition contrary to section 45 of the Act.

[162] Enfin, s'il est vraisemblable que l'adoption de la méthode des coefficients pondérateurs entraîne un élargissement des effets anticoncurrentiels à prendre en compte, et donc réduise la portée de la défense, je ne vois pas en quoi, ainsi que l'ont plaidé les intimées, cela reviendrait en pratique à retirer l'article 96 de la Loi.

Question 3: La charge de la preuve

[163] Le Tribunal a statué (au paragraphe 403) que, l'article 96 constituant une défense à une violation de l'article 92, les parties au fusionnement ont la charge d'en prouver, selon la plus forte probabilité, chacun des éléments, sauf l'existence ou l'ampleur des effets qui doivent être comparés aux gains en efficience.

[164] Le commissaire a soutenu que le Tribunal avait erré en droit en statuant qu'il avait le fardeau de tout prouver dans le cadre de l'article 96. Si le fardeau de preuve peut se déplacer au cours du déroulement de l'affaire, le fardeau de persuasion, a plaidé l'avocat du commissaire, incombe aux intimées du début à la fin.

[165] Si ce n'est du fait d'exposer les prétentions des parties, le Tribunal n'a guère donné d'indications au sujet des motifs de sa conclusion sur la charge de la preuve. Il est évidemment possible que le Tribunal ait retenu les observations présentées par la partie en faveur de laquelle il a tranché les questions particulières. Ainsi, le Tribunal a rappelé que les intimées ont soutenu que le commissaire a la charge de prouver l'ampleur des «effets» d'un fusionnement anticoncurrentiel (c'est-à-dire, selon l'interprétation de l'article 96 donnée par le Tribunal, la perte sèche), parce que, du fait de ses pouvoirs d'enquête, il est mieux en mesure d'obtenir des renseignements de tiers.

[166] En appel, les avocats des intimées ont ajouté que, si les parties au fusionnement tentaient d'obtenir le genre de renseignements nécessaires pour établir les effets du fusionnement dans le cadre de l'article 96, notamment les renseignements sur les prix et les coûts des concurrents, elles risqueraient d'être accusées de conspirer en vue de restreindre la concurrence, en contravention à l'article 45 de la Loi.

[167] Counsel for the Commissioner, on the other hand, relied on statements made by officials of the Ministry of Consumer and Corporate Affairs, when appearing before the Legislative Committee on Bill-91. They advised the Committee that, once the Commissioner had proved a substantial lessening of competition under section 92, the burden of proving any defence was borne by the merging parties.

[168] On the facts, the burden of proof did not have to be decided when the present case was before the Tribunal. However, since the effects that must be considered by the Tribunal include facts not taken into account when it first made the decision under appeal, it is necessary for the Court to determine the issue, which is largely one of first impression.

[169] It seems clear that deciding which party bears the burden of proving what elements of the efficiency defence is a pure question of law that is not confined to the particularities of this case. For the reasons given earlier, I am of the view that the standard of review of the Tribunal's conclusion on this issue is correctness.

[170] Two general principles would seem to support the Commissioner's position. First, the party who asserts, must prove the assertion. Since it is the respondents who assert that the efficiency gains of the merger are likely to exceed, and to offset, its anti-competitive effects, this principle indicates that the respondents should be required to prove each and every aspect of the assertion. The second general principle is that the burden of proving a defence generally rests with the defendant.

[171] However, the principle that the party who asserts must prove is not absolute: Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd edition, (Butterworths, 1999), page 89. In addition, in the absence of authority, considerations of fairness, probability and policy would seem to be important determinants of the legal burden of proof: Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at pages 86-90.

[167] L'avocat du commissaire, de son côté, a invoqué les déclarations faites par les fonctionnaires du ministère de la Consommation et des Corporations, lorsqu'ils ont comparu devant le Comité législatif sur le projet de loi C-91. Ils ont déclaré au Comité que, une fois que le commissaire avait prouvé une réduction sensible de la concurrence dans le cadre de l'article 92, le fardeau de prouver tout moyen de défense incombait aux parties au fusionnement.

[168] Étant donné les faits, il n'était pas nécessaire de statuer sur la charge de la preuve au moment de l'audience devant le Tribunal. Toutefois, puisque les effets que le Tribunal doit prendre en compte comprennent des faits qu'il n'a pas pris en compte au moment de la décision attaquée en appel, la Cour doit décider la question, largement nouvelle.

[169] Il semble évident que décider à quelle partie incombe la charge de prouver les divers éléments de la défense fondée sur les gains en efficience est une pure question de droit, qui n'est pas limitée aux particularités de la présente espèce. Pour les motifs indiqués antérieurement, je suis d'avis que la norme de contrôle de la décision du Tribunal sur ce point est celle de la décision correcte.

[170] Deux principes généraux semblent appuyer la position du commissaire. En premier lieu, il incombe au plaideur qui allègue de prouver son allégation. Puisque ce sont les intimées qui allèguent que les gains en efficience découlant du fusionnement surpasseront et neutraliseront vraisemblablement ses effets anticoncurrentiels, ce principe indique qu'il devrait leur incomber de prouver chaque élément de leur allégation. Le second principe général est qu'il incombe généralement au défendeur de prouver une défense.

[171] Toutefois, le principe qu'il incombe au plaideur de prouver son allégation n'est pas absolu: Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e édition, (Butterworths, 1999), à la page 89. En outre, en l'absence de jurisprudence, les considérations d'équité, de probabilité et de politique sembleraient constituer des facteurs importants pour la détermination du fardeau de preuve: Sopinka, Lederman et Bryant, précité, aux pages 86 à 90.

[172] It would be somewhat odd, as counsel for the respondents argued, to place the legal onus of proving the anti-competitive effects of a merger on the party whose interest it is to deny that they exist or to minimize them. In addition, in the process of establishing a substantial lessening of competition, the Commissioner will often have gathered evidence on the effects of the merger that will also be relevant to the section 96 defence, including evidence on likely price increases following the merger and the impact of the merger on inter-related businesses.

[173] These are matters on which the Commissioner is in a better position than the respondents to gather evidence by virtue of the investigative powers conferred on him by statute. Indeed, as Sopinka, Lederman and Bryant note (*supra*, at page 89), if “one party is peculiarly situated to prove a fact” a court may reverse the burden and place it on that party.

[174] Accordingly, I have concluded that the Tribunal was correct to distribute the legal onus of proof as it did, so that the respondents bear the onus of proving every aspect of the section 96 defence, save for the anti-competitive effects of the merger.

F. CONCLUSIONS

[175] In summary, I would allow the appeal, set aside the decision of the Tribunal with respect to the interpretation of section 96 of the *Competition Act* and remit the matter to the Tribunal for redetermination in a manner consistent with these reasons.

[176] The Tribunal need only identify and assess “the effects of any prevention or lessening of competition” for the purpose of section 96 and decide whether the efficiencies that the Tribunal has already found to have been proved by the respondents are likely to be greater than, and to offset, those effects.

[177] The Commissioner has the legal burden of proving the extent of the relevant effects, while the

[172] Il serait quelque peu étrange, comme l’ont plaidé les avocats des intimées, d’imposer le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement à la partie ayant intérêt à nier leur existence ou à les minimiser. En outre, dans le processus visant à établir une diminution sensible de la concurrence, le commissaire aura souvent recueilli des éléments de preuve sur les effets du fusionnement qui seront également pertinents par rapport à la défense prévue à l’article 96, notamment au sujet des hausses de prix vraisemblables à la suite du fusionnement et de l’impact du fusionnement sur les entreprises inter-reliées.

[173] Ce sont là des questions sur lesquelles le commissaire est mieux placé que les intimées pour recueillir des éléments de preuve du fait des pouvoirs d’enquête qui lui sont conférés par la Loi. À vrai dire, comme le notent Sopinka, Lederman et Bryant (précité, à la page 89), si [TRADUCTION] «une partie est particulièrement bien placée pour prouver un fait», le tribunal peut renverser la charge de la preuve et la transférer à cette partie.

[174] Je conclus donc que c’est à bon droit que le Tribunal a réparti le fardeau de preuve comme il l’a fait, de façon que les intimées aient la charge de prouver tous les aspects de la défense prévue à l’article 96, excepté les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

F. CONCLUSIONS

[175] En résumé, j’accueille l’appel, j’annule la décision du Tribunal en ce qui a trait à l’interprétation de l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* et je renvoie l’affaire au Tribunal en vue d’un réexamen conforme aux présents motifs.

[176] Le Tribunal n’a qu’à identifier et à apprécier «les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence» pour les besoins de l’application de l’article 96 et à décider si les gains en efficience que le Tribunal a déjà jugés établis par les intimées surpasseront et neutraliseront vraisemblablement ces effets.

[177] Le commissaire a le fardeau de preuve quant à l’ampleur des effets pertinents, tandis que les

respondents have the burden, not only of proving the scale of the efficiency gains that would not have occurred but for the merger, but also of persuading the Tribunal on the ultimate issue, namely, that the efficiency gains are likely to be greater than, and to offset, the effects.

[178] The appellant should have his costs, but because the respondents were successful on the burden of proof issue, I would reduce the costs awarded by 20% of those otherwise allowable.

STONE J.A.: I agree.

intimées ont le fardeau, non seulement de prouver l'étendue des gains en efficience qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés sans le fusionnement, mais aussi de persuader le Tribunal sur le point litigieux fondamental, à savoir que les gains en efficience surpasseront et neutraliseront vraisemblablement les effets.

[178] J'adjudge les dépens à l'appelant, mais, étant donné que les intimées ont gain de cause sur la question de la charge de la preuve, je réduis de 20 % le montant des dépens auxquels l'appelant aurait normalement droit.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.