

Tribunal de la concurrence



Competition Tribunal

Référence : *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16

No de dossier : CT1998002

No de document du Greffe : 238c

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, et des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/94-290, et modifications;

ET DANS L’AFFAIRE d’une enquête en vertu de l’alinéa 10(1)b) de la *Loi sur la concurrence* concernant l’acquisition éventuelle de Propane ICG Inc. par Supérieur Propane Inc.;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande présentée par le commissaire de la concurrence en vertu de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence

(demandeur)

et

Supérieur Propane Inc.

Propane ICG Inc.

(défenderesses)



Dates de l’audience : 20011009-12, 15

Membres : M. le juge Nadon (présidant l’audience), M. L.P. Schwartz et Mme C. Lloyd

Date de l’ordonnance : 20020404

Ordonnance signée par : M. le juge Nadon

**MOTIFS ET ORDONNANCE FAISANT SUITE AUX MOTIFS DU JUGEMENT DE LA
COUR D’APPEL FÉDÉRALE DU 4 AVRIL 2001**

TABLE DES MATIÈRES	Paragraphe
I. INTRODUCTION	[1]
II. LA PROCÉDURE DE RÉEXAMEN	[6]
III. LE RÔLE DU TRIBUNAL	[19]
A. COMPÉTENCE ET MANDAT DU TRIBUNAL	[22]
B. LE RÔLE DES AUTRES MEMBRES	[30]
IV. LES ORIGINES DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX FUSIONNEMENTS DE LA LOI	[37]
A. LE RAPPORT PROVISOIRE DE 1969 DU CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA	[40]
B. HISTORIQUE LÉGISLATIF DE LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES GAINS EN EFFICIENCE	[47]
C. LE COMITÉ LÉGISLATIF	[59]
D. LA LIBRE CONCURRENCE	[71]
E. LES CONCLUSIONS DU TRIBUNAL	[78]
V. LE CRITÈRE D'APPRÉCIATION DE LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES GAINS EN EFFICIENCE	[84]
A. LE CRITÈRE DU PRIX	[86]
B. LE CRITÈRE DU PRIX MODIFIÉ	[87]
C. LE CRITÈRE DU SURPLUS DU CONSOMMATEUR	[90]
D. LE CRITÈRE DU SURPLUS TOTAL	[95]
E. LA MÉTHODE DES COEFFICIENTS PONDÉRATEURS	[102]
F. SOURCES DE LA PONDÉRATION APPROPRIÉE	[110]
G. LE CRITÈRE D'ÉVALUATION DES GAINS EN EFFICIENCE AUX ÉTATS-UNIS	[114]

H.	LES DIFFÉRENCES ENTRE LES APPROCHES CANADIENNE ET AMÉRICAINES DES FUSIONNEMENTS ET DES GAINS EN EFFICIENCE	[131]
	1) Les facteurs liés à la structure du marché	[132]
	2) Gains en efficacité et effets concurrentiels	[134]
	3) L'analyse comparative	[138]
	4) La concentration industrielle	[141]
	5) La petite entreprise	[143]
	6) Le contrôle étranger	[145]
	7) Les gains en efficacité : « spécifiques au fusionnement » ou « déterminés par l'ordonnance »?	[147]
I.	COMMENTAIRES AMÉRICAINS	[150]
J.	LE CRITÈRE DU SURPLUS TOTAL ANNULE-T-IL L'EFFET DE L'ARTICLE 92	[160]
	1) Rappel des faits	[163]
	2) Les termes « surpasseront et neutraliseront »	[170]
K.	LE CRITÈRE DU SURPLUS DU CONSOMMATEUR PEUT-IL ÊTRE REMPLI EN L'ESPÈCE?	[174]
L.	LE TRANSFERT DOIT-IL ÊTRE PRIS EN COMPTE DANS SA TOTALITÉ?	[182]
	1) Le transfert à des étrangers	[192]
	2) Le cas du monopole préexistant	[199]
	3) Remarques générales	[202]
M.	LE CRITÈRE DU SURPLUS DU CONSOMMATEUR NE PEUT ÊTRE FONDÉ EN DROIT	[209]
VI.	LES EFFETS	[216]
A.	LA PERTE SÈCHE	[219]
B.	L'ACTION INTERDÉPENDANTE ET CONCERTÉE	[234]
C.	QUALITÉ DU SERVICE ET PROGRAMMES DE CLIENTÈLE	[238]
D.	LES PROVINCES DE L'ATLANTIQUE	[243]
E.	LES MARCHÉS LIÉS	[250]
F.	LA PERTE DE GAINS POTENTIELS EN EFFICIENCE DYNAMIQUE	[256]

G.	LA CRÉATION DE MONOPOLES	[259]
1)	Questions de définition	[263]
2)	Historique et contexte législatifs	[270]
3)	L'article 96 s'applique au fusionnement considéré	[276]
4)	Les effets additionnels	[283]
H.	LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	[286]
VII.	LES EFFETS DE REDISTRIBUTION (LE TRANSFERT DE RICHESSE)	[306]
A.	LA POSITION DU COMMISSAIRE	[307]
B.	LA POSITION DES DÉFENDERESSES	[314]
C.	LA DÉCISION DE LA COUR	[321]
D.	L'ANALYSE DU TRIBUNAL RELATIVE AU TRANSFERT	[325]
1)	Remarques générales	[326]
2)	L'approche du Tribunal relative aux effets de redistribution	[333]
3)	Les gains pécuniaires	[339]
4)	Les éléments de preuve statistiques du professeur Townley	[346]
5)	Effets de redistribution et marchés liés	[358]
6)	Décision du Tribunal touchant les effets de redistribution.....	[365]
VIII.	CONCLUSIONS	[369]
A.	OBSERVATIONS	[372]
IX.	OPINION CONCORDANTE (M. L. SCHWARTZ)	[378]
A.	L'ÉCOLE DE CHICAGO	[379]
B.	LA PORTÉE DU PARAGRAPHE 96(2)	[386]
C.	LA PETITE ENTREPRISE	[388]
D.	LA PERTE SÈCHE ET L'ÉLASTICITÉ DE LA DEMANDE	[393]
X.	OPINION DISSIDENTE (Mme CHRISTINE LLOYD)	[399]
A.	LA RÉDUCTION OU LA SUPPRESSION DES PROGRAMMES DE CLIENTÈLE	[403]
B.	L'EMPÊCHEMENT DE LA CONCURRENCE DANS LES PROVINCES DE L'ATLANTIQUE	[407]

C.	LES INCIDENCES SUR LES MARCHÉS LIÉS	[410]
D.	LA PERTE DE GAINS POTENTIELS EN EFFICIENCE DYNAMIQUE	[414]
E.	LES EFFETS SUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	[417]
F.	LE TRANSFERT DE SURPLUS DU CONSOMMATEUR	[421]
G.	L'OBLIGATION DE QUANTIFIER LES EFFETS	[425]
H.	CONCLUSION	[428]
	1) Observations	[431]
XI.	ORDONNANCE	[433]

I. INTRODUCTION

[1] La Cour d'appel fédérale (la « Cour ») a annulé le 4 avril 2001 notre décision du 30 août 2000 (*Commissaire de la concurrence v. Supérieur Propane Inc.* (30 août 2000), CT1998002/192, Motifs et ordonnance, [2000] D.T.C.C. no 15 (QL) (Trib.conc.). Version anglaise publiée dans (2000), 7 C.P.R. (4th) 385). Plus précisément, la Cour a conclu que nous avons commis une erreur dans l'interprétation de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (la « Loi »). En conséquence, elle nous a renvoyé l'affaire pour réexamen conforme aux motifs de son jugement (le « Jugement rendu en appel ») ([2001] 3 C.F. 185 (C.A.); 2002 CAF 104).

[2] Le 7 décembre 1998, le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») avait présenté sous le régime de l'article 92 de la Loi une demande d'ordonnance enjoignant de dissoudre le fusionnement de Supérieur Propane Inc. (« Supérieur ») et de Propane ICG Inc. (« ICG ») ou de remédier de toute autre manière à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence qui résulteraient vraisemblablement de la réalisation de ce fusionnement sur le marché du propane au Canada. Dans notre décision du 30 août 2000 (les « Motifs »), nous avons déterminé que le fusionnement de Supérieur et d'ICG empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence, nous fondant sur notre analyse des effets concurrentiels relativement à deux marchés de produit (la vente au détail de propane et les services de coordination des comptes nationaux) et à 74 marchés géographiques locaux. En outre, nous avons conclu au paragraphe 314 de nos Motifs qu'« une ordonnance de dessaisissement total, par Supérieur, de l'ensemble des actions et éléments d'actifs (y compris ceux des succursales intégrées précédemment) d'ICG [était] la seule mesure de redressement appropriée dans les circonstances ». Cependant, la majorité du Tribunal (soit le juge Nadon et M. L. Schwartz) a conclu que le dessaisissement ne devait pas être ordonné, au motif des gains en efficience qu'il entraînerait. Plus précisément, la majorité a conclu, sous le régime de l'article 96 de la Loi, que les gains en efficience découlant du fusionnement surpassaient et neutralisaient les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui lui étaient attribuables.

[3] Pour déterminer si les gains en efficience surpassaient les effets anti-concurrentiels, la majorité a appliqué le « critère du surplus total ». Selon ce critère, les gains en efficience qu'entraîne le fusionnement sont comparés aux coûts en efficience de celui-ci, représentés par la perte sèche. La Cour a statué que le Tribunal avait commis un erreur de droit en limitant les effets à prendre en compte aux effets sur l'affectation des ressources et en omettant de prendre en considération dans l'opération de comparaison prescrite par l'article 96 de la Loi l'ensemble des objectifs de celle-ci, ainsi que les circonstances particulières du fusionnement.

[4] Les présents motifs et ordonnance ont pour objet le réexamen des effets du fusionnement anti-concurrentiel susdit à la lumière de l'arrêt de la Cour. Conformément à la procédure de réexamen envisagée par la Cour et les avocats des parties en étant convenus, il n'a pas été produit d'éléments de preuve additionnels au cours des cinq jours d'audience.

[5] La procédure de réexamen soulève plusieurs questions : a) Quelle doit en être la portée? b) Lesquelles des conclusions du Tribunal devraient ou ne devraient pas être réexaminées? c) Quels sont le mandat et la compétence du Tribunal? d) Quel critère économique devrait être adopté aux fins d'application du paragraphe 96(1) de la Loi? e) Quels sont les effets du fusionnement anti-concurrentiel que le Tribunal devrait examiner en l'espèce? f) Comment doit-on analyser ces effets et

qui a la charge de la preuve? g) Quel est le résultat de l'analyse comparative à effectuer en application du paragraphe 96(1) de la Loi, compte tenu des effets retenus par le Tribunal?

II. LA PROCÉDURE DE RÉEXAMEN

[6] Dans les Reasons for Order Regarding Timing and Scope of Hearing for Reconsideration (Director of Investigation and Research c. Air Canada (1993), 51 C.P.R. (3e) 131, [1993] C.C.T.D. no 19 (QL) (Trib.conc.)), le Tribunal devait définir la nature et la portée de la procédure de réexamen prescrite par un arrêt de la Cour. En 1992, après avoir rendu une ordonnance par consentement régissant l'exploitation d'un système informatique de réservation utilisé par Air Canada et par Canadien et alors connu sous le nom de Gemini, le Tribunal a été saisi d'une demande de modification de cette ordonnance. Il a alors rendu une décision concernant l'étendue de sa compétence. Cette décision a été contestée devant la Cour, qui l'a infirmée et a renvoyé la question au Tribunal pour réexamen. Le juge Strayer, qui présidait le Tribunal dans la procédure de réexamen, a formulé les observations suivantes aux pages 135-41 :

[TRADUCTION]

... nous avons décidé que la procédure de réexamen serait axée sur l'établissement du fait que les conditions préalables à la prise d'une ordonnance sous le régime de l'article 92 de la Loi sont remplies et sur la détermination de la mesure de redressement qui convient à la situation...

Nous sommes convaincus que les moyens que nous avons choisis sont, en fait, appropriés, justes et conformes à notre interprétation de la décision de la Cour d'appel fédérale.

Le jugement de la Cour d'appel fédérale est la seule raison qui justifie que le Tribunal soit de nouveau saisi de la présente affaire. Si la Cour ne lui avait pas ordonné de réexaminer celle-ci, le Tribunal serait bel et bien dessaisi.

Malheureusement – et c'est peut-être inévitable étant donné la complexité des questions – les intentions de la Cour d'appel fédérale touchant la portée ou la nature de la procédure de réexamen [...] ne sont pas entièrement claires.

[...] *le Tribunal a un mandat limité en l'espèce, soit celui de réexaminer certaines questions conformément aux instructions de la Cour d'appel fédérale.* Nous estimons qu'une bonne partie des questions à traiter dans le réexamen coïncide en gros avec celles qui ont déjà été étudiées [...]

Suivant notre interprétation de la décision de la Cour d'appel fédérale, celle-ci ordonne au Tribunal de « réexaminer » l'« affaire » en partant du principe que se trouve remplie la condition préalable à l'exercice du pouvoir de modification de l'ordonnance. *L'« affaire » en question est la demande formée par le directeur le 5 novembre 1992 [...] La procédure qui doit commencer le 15 novembre 1993 n'est pas une « nouvelle » cause. La Cour d'appel fédérale n'ordonne pas au Tribunal d'instruire de novo, pas plus qu'elle ne l'y autorise. La seule justification qui permette au Tribunal de réexaminer cette affaire est la décision de la Cour d'appel, et il doit se conformer à cette décision.*

[...]

En outre, même si Air Canada a de nouveaux éléments de preuve à produire, la question de la restructuration possible de Canadien au moyen de la vente de ses routes internationales a déjà été examinée lors de la première procédure. Air Canada a alors eu le loisir de faire valoir tous ses moyens sur cette question. Le Tribunal a tenu compte de la preuve qui lui avait été présentée dans sa décision du 22 avril 1993 et a conclu qu'il n'était pas convaincu que Canadien resterait un concurrent intérieur viable après la vente de ses routes internationales [...] Cette conclusion faisait partie de la décision qui a été examinée en appel par la Cour d'appel fédérale. Même si nous n'en étions pas empêchés par la conclusion de celle-ci, *ce serait pour le Tribunal une mesure exceptionnelle que de réexaminer cette question qu'il a déjà décidée et de recevoir de nouveaux éléments de preuve...* (c'est nous qui soulignons.)

[7] Le Jugement rendu en appel donne au Tribunal quelques indications concernant la procédure de réexamen, indications qui se rapportent surtout a) à la portée de cette procédure, b) à la définition du concept d'effets pour l'application de l'article 96, c) aux charges respectives de persuasion du commissaire et des intimées (c'est-à-dire les défenderesses de la présente espèce) relativement à l'article 96, et d) à la nature de la mise en comparaison que cet article prescrit au Tribunal. Ainsi, la Cour déclare ce qui suit aux paragraphes 176 et 177 du Jugement rendu en appel :

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.

Le commissaire a le fardeau de preuve quant à l'ampleur des effets pertinents, tandis que les 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.

[8] Les parties ne s'entendent pas sur la portée de la procédure de réexamen. Le commissaire soutient que cette portée est définie au paragraphe 176 du Jugement rendu en appel et que les « effets » que le Tribunal doit prendre en considération sont ceux que la Cour décrit au paragraphe 112 du même jugement ainsi libellé :

Ainsi, bien que l'article 96 prescrive l'approbation d'un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficience en découlant surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels, la préférence ultime accordée à l'objectif de l'efficience 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.

[9] Les défenderesses contestent la position du commissaire, qui selon elles équivaut à essayer non seulement de remettre en litige des questions déjà décidées par le Tribunal, mais aussi de convaincre celui-ci de réexaminer ses conclusions expresses et implicites touchant la probabilité de hausses de prix à la suite du fusionnement, la taille de la perte sèche et la quantité correspondante du transfert de richesse.

[10] Le Jugement rendu en appel prescrit au Tribunal d'effectuer une évaluation générale de l'ensemble des « effets » anti-concurrentiels du fusionnement en se fondant sur un autre critère que celui du surplus total, autre critère où trouveraient leur expression tous les objectifs énumérés dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi. Les conclusions initiales du Tribunal étaient expressément liées à l'affectation des ressources et n'accordaient pas, selon la Cour, une importance suffisante à l'ensemble des objectifs susdits. Le Tribunal est maintenant tenu de prendre en considération le transfert de richesse qui résultera du fusionnement et de réexaminer ses conclusions antérieures concernant les effets qualitatifs défavorables de ce fusionnement.

[11] Une des questions connexes importantes est celle de savoir si certaines conclusions formulées par le Tribunal dans ses Motifs devraient être réexaminées. La plupart de ces conclusions n'ont pas été attaquées en appel, de sorte que la Cour n'en était pas saisie. Ces conclusions ne peuvent pour l'heure être remises en question. Cependant, plusieurs des conclusions du Tribunal étaient fondées sur son interprétation erronée du paragraphe 96(1) de la Loi. Eu égard au Jugement rendu en appel et à l'interprétation donnée par celle-ci de ce paragraphe, le Tribunal doit maintenant établir certaines conclusions additionnelles.

[12] Les défenderesses soutiennent que le principe de la chose jugée interdit au commissaire de remettre en litige les effets qualitatifs du fusionnement.

[13] Le commissaire soutient quant à lui que le Tribunal doit établir une distinction entre les « conclusions » qu'il est tenu de réexaminer pour se conformer à l'ordre de la Cour qui lui enjoint de « prendre en considération tous les effets anti-concurrentiels à la lumière de la disposition de déclaration d'objet » et les « conclusions » auxquelles il ne devrait pas « renoncer ». Selon le commissaire, la conclusion du Tribunal touchant les effets qualitatifs défavorables du fusionnement doit être remise en cause au motif que l'évaluation antérieure du Tribunal à cet égard était limitée à « l'incidence des effets qualitatifs défavorables sur l'affectation des ressources ». Il avance aussi que l'estimation à trois millions de dollars par an de la perte sèche attribuable aux hausses de prix de l'entité fusionnée ne devrait pas être réexaminée.

[14] Le commissaire affirme en outre que les principes du dessaisissement (*functus officio*) et de la chose jugée (*res judicata*) invoqués par les défenderesses ne s'appliquent pas à l'évaluation par le Tribunal de tous « effets » visés par les instructions de la Cour et qui doivent être réexaminés en fonction d'une interprétation correcte de la disposition de déclaration d'objet et de la situation particulière de la présente espèce.

[15] La majorité du Tribunal a déclaré ce qui suit au paragraphe 447 des Motifs :

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...

[16] C'est en se fondant sur cette interprétation erronée de l'article 96 que la majorité a refusé de prendre en considération le transfert de richesse et a limité son évaluation des effets qualitatifs défavorables du fusionnement à leur incidence sur l'affectation des ressources. Par suite de cette interprétation étroite de la Loi, la majorité n'a pas examiné le transfert de richesse ni aucune des autres incidences (c'est-à-dire autres que sur l'affectation des ressources) des effets qualitatifs défavorables du fusionnement.

[17] En *common law*, le principe de la chose jugée ne s'applique qu'à une décision judiciaire constituant un jugement définitif. En l'espèce, la décision du Tribunal touchant les effets anti-concurrentiels du fusionnement n'est pas définitive, puisque la Cour lui a renvoyé cette question et lui a ordonné de réexaminer les « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » en se fondant sur une interprétation correcte de la Loi. Par conséquent, le principe de la chose jugée ne s'applique pas aux conclusions que nous avons formulées par suite de notre erreur de droit. Voir G.S. Bower, A.K.Turner et K.R. Handley, *The Doctrine of Res Judicata*, 3e édition, London, Butterworths, 1996, paragraphe 19 (généralités), paragraphes 153 et 154 (sur le caractère définitif) et paragraphe 162 (touchant le cas où la décision est susceptible de réexamen par le tribunal qui l'a rendue).

[18] Qui plus est, lorsqu'un tribunal d'appel infirme les conclusions d'un tribunal inférieur sur une question donnée, la décision de ce dernier se trouve annulée *ab initio*, et l'arrêt rendu en appel reste la seule « chose jugée » entre les parties. Le commissaire, invoquant le paragraphe 60 (*ibid.*) soutient que, dans la mesure où le principe de la chose jugée s'applique à la présente espèce, il a pour effet d'interdire à Supérieur de contester les conclusions expresses de la Cour :

[TRADUCTION]

Lorsqu'un tribunal de première instance a accordé ou refusé la mesure de redressement demandée et qu'un tribunal d'appel infirme la décision (jugement ou ordonnance) rendue en première instance, cette décision, jusqu'alors concluante, se trouve annulée *ab initio* et remplacée par l'arrêt rendu en appel, qui devient la chose jugée entre les parties. Même si le pourvoi en appel est rejeté, la décision exécutoire devient celle du tribunal d'appel, qui remplace la décision de première instance comme motif de préclusion éventuelle (note omise).

III. LE RÔLE DU TRIBUNAL

[19] La Cour a formulé un certain nombre d'observations sur la compétence et le mandat du Tribunal, la sélection et le rôle des autres membres de celui-ci, et la signification qu'il convient d'attribuer à l'article 1.1 de la Loi (la « disposition de déclaration d'objet ») lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions d'application particulière de celle-ci. Il nous semble important de nous attarder sur ces observations pour éclairer les questions susénumérées.

[20] Ainsi, la Cour rappelle que le Tribunal est un organisme juridictionnel et fait remarquer qu'il n'a pas les vastes pouvoirs des organismes administratifs multifonctionnels tels que les commissions provinciales de valeurs mobilières (Jugement rendu en appel, para. 68). L'étendue de l'expertise du

Tribunal se trouve limitée par l'absence de vastes pouvoirs d'élaboration de la politique (*ibid.*, para. 68), mais comme aux autres tribunaux administratifs de réglementation, il lui incombe de protéger l'intérêt public en établissant un équilibre entre des intérêts et des objectifs contradictoires (*ibid.*, para. 118). Cependant, la composition du Tribunal indique un niveau d'expertise considérable (*ibid.*, para. 76), du fait de la procédure de nomination des autres membres et de leurs compétences (*ibid.*, para. 74).

[21] En outre, « malgré le caractère ordinairement indéterminé des dispositions de déclaration d'objet [comme celle de la Loi] et les incompatibilités qui leur sont propres », fait remarquer la Cour, « 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... (*ibid.*, para.107), et « 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 » (*ibid.*, para. 119). La Cour estime enfin que le Tribunal est en mesure d'exercer cette fonction tout autant que « 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 » (*ibid.*, para. 119).

A. COMPÉTENCE ET MANDAT DU TRIBUNAL

[22] Concernant la conclusion du Tribunal que l'expression de jugements de valeur sur les divers groupes qui composent la société et la réalisation d'une juste répartition du revenu ne figurent pas parmi les fonctions que lui assigne la Loi, la Cour déclare ce qui suit au paragraphe 118 du Jugement rendu en appel :

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 (c'est nous qui soulignons.)*

[23] C'est sur cette prémisse que semble fondée la conclusion suivante, formulée au paragraphe 136 du Jugement rendu en appel :

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 efficience 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 (c'est nous qui soulignons.)

[24] Il ne fait aucun doute que le Tribunal est un organisme juridictionnel dont les décisions sont soumises à l'examen de la Cour. Le Tribunal est un organisme quasi judiciaire ayant pour mandat d'instruire des affaires et de rendre des décisions fondées sur son interprétation de la législation (voir l'article 9 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* (la « LTC »), L.R.C. 1985 (2e supp.) c. 19)). Il est intéressant de comparer le Tribunal aux organismes administratifs multifonctionnels. Alors que ceux-ci ont souvent une fonction quasi législative, ainsi que des pouvoirs d'élaboration de la politique et d'exécution, ce n'est pas le cas du Tribunal. Le président d'un organisme de cette nature relève du Ministre ou, par l'intermédiaire de celui-ci, du corps législatif, mais pas le président du Tribunal, qui doit être un juge de la Cour fédérale du Canada. Le Tribunal ne régleme rien, si ce n'est ses propres procédures.

[25] En tant qu'organisme purement juridictionnel, le Tribunal a pour traits distinctifs son domaine spécial, à savoir le droit de la concurrence, et le fait qu'il comprend d'autres membres agissant à tous égards comme juges, à cette exception près qu'ils ne décident pas les questions de droit. La contribution que peuvent apporter les autres membres aux décisions découle de leur formation spéciale et de leur expertise, qui leur permettent de comprendre les éléments de preuve exigeant une connaissance approfondie de l'économie et du commerce qui sont ordinairement produits dans les affaires relevant du droit de la concurrence. La présence de autres membres se justifie par le fait que le droit de la concurrence est hautement spécialisé, que la formation des magistrats dans les disciplines autres que le droit est limitée et que les juges de la Cour fédérale du Canada peuvent manquer d'expérience des questions commerciales en général.

[26] Il est donc vrai que les autres membres ne possèdent pas, ni n'acquerront, la connaissance détaillée des branches de production réglementées prises individuellement. On ne peut qu'en conclure que le rôle du Tribunal diffère sous des rapports cruciaux du rôle des organismes administratifs multifonctionnels. En outre, ces derniers organismes sont entièrement privés des services de membres juges. Cette situation est conforme à la fonction quasi législative que certains, et peut-être beaucoup, de ces organismes remplissent dans leur activité de réglementation. Le Tribunal, lui, n'a qu'une fonction juridictionnelle, où les membres juges et les autres membres jouent des rôles complémentaires.

[27] Au moment du dépôt du projet de loi C-91 (Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois (1re session, 33e Parl., 1984-86) (adopté par la Chambre des communes le 5 juin 1986)), le Ministre, l'honorable Michel Côté, a expliqué dans le *Réforme de la Législation sur la concurrence : guide* (Ottawa, Consommation et Corporations, décembre 1985 aux pp. 12-13) la nécessité du tribunal proposé et son rôle dans les termes suivants :

Le Rapport provisoire sur la politique de concurrence rédigé en 1969 par le Conseil économique du Canada déclarait que le transfert d'une partie de la législation sur la concurrence du droit criminel au droit civil, devrait être accompagné par la création d'un tribunal spécialisé chargé de trancher ces

affaires. Dans le rapport qu'ils ont rédigé en 1976, Lawrence A. Skeoch et Bruce C. McDonald ont émis la même opinion en soulignant toutefois qu'il faudrait dégager cet organisme des fonctions de surveillance et d'élaboration de politiques ministérielles. Récemment, la Cour suprême du Canada a repris ce point de vue.

Dans l'affaire Southam, la Cour suprême a jugé que les fonctions d'enquête de la CPRC [Commission sur les pratiques restrictives du commerce], telles que le pouvoir de recueillir des preuves à l'aide d'audiences et d'ordonner la tenue d'enquêtes plus approfondies, altéreraient sa capacité d'agir à titre d'autorité impartiale pour autoriser les fouilles, perquisitions et saisies. Rendue en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, cette décision a fait ressortir le besoin de créer un organisme judiciaire qui serait libéré des doubles rôles (enquête et décision) que la CPRC avait joués par le passé.

Le choix de l'autorité compétente est une question qui a été très discutée au cours de la longue histoire des modifications de la Loi. Plusieurs intervenants ont proposé de confier les affaires de concurrence aux cours ordinaires en soutenant maintes fois qu'elles produisent des décisions uniformes et qu'elles offrent des droits d'appel clairs et complets. D'autres ont dit favoriser le recours à un tribunal spécialisé parce qu'il permettrait de compter sur une plus grande expertise dans les domaines des affaires et de l'économie, et bénéficierait d'une plus grande latitude pour répondre à des changements économiques ou sociaux précis. En particulier, les spécialistes du milieu sont mieux en mesure de saisir et de transmettre la réalité du monde des affaires.

Tout compte fait, le Gouvernement croit qu'il est plus approprié que ces affaires soient jugées par un tribunal spécialisé dont la structure serait hautement juridique et qui serait composé de juges et d'experts non-juristes. Néanmoins, le Gouvernement convient qu'il est très important que la Loi prévoit explicitement un système de décision qui assure impartialité, équité dans les procédures et certitude, trois composantes associées avec raison aux cours ordinaires.

[...]

Le Tribunal ne remplira que des fonctions décisionnelles. Il ne sera pas tenu de surveiller l'exercice des pouvoirs d'enquête du directeur, d'instituer des enquêtes ni de conseiller le gouvernement en matière de recherche et de politique... (les italiques sont de nous.)

[28] Les raisons données pour le remplacement de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce par le Tribunal font ressortir le rôle purement juridictionnel de celui-ci. Il s'ensuit que le Tribunal n'a pas pour mandat de rendre des décisions motivées par des « préoccupations relatives à l'intérêt public ». À notre avis, le protecteur de l'intérêt public, s'il y en a un en matière de concurrence, est le commissaire, à qui la Loi prescrit de mener des enquêtes et qu'elle investit de la faculté d'introduire des procédures civiles devant le Tribunal et d'autres instances et du pouvoir de

faire appliquer la Loi dans l'intérêt public. Rappelons que le commissaire est aussi habilité à intervenir devant les organismes administratifs pour défendre la concurrence.

[29] Comme le Tribunal n'est pas un organisme administratif tel que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, l'Office national de l'énergie, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et ainsi de suite, ses autres membres n'ont pour tâche que d'appliquer la Loi d'après leur appréciation des faits. Par exemple, sous le régime de l'article 92 de la Loi, les autres membres doivent déterminer si le fusionnement soumis à leur attention empêche ou diminue sensiblement la concurrence et contribuer à l'établissement de l'ordonnance qui sera rendue en conséquence des conclusions du Tribunal à cet égard. Ces activités d'appréciation ne mettent pas en jeu le critère de l'intérêt public. C'est pourquoi le Tribunal ne comprend pas bien l'observation suivante de la Cour, formulée au paragraphe 119 du Jugement rendu en appel (précité au para. 1) :

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... (c'est nous qui soulignons.)

B. LE RÔLE DES AUTRES MEMBRES

[30] La Cour a attiré l'attention sur la procédure de sélection des autres membres et fait observer que ceux-ci possèdent une diversité d'expérience similaire à celle des membres du conseil consultatif qui recommande leur nomination (ibid. para. 74). En conséquence, la Cour estime que le Tribunal est investi du pouvoir discrétionnaire d'agir en fonction de sa conception de l'intérêt public.

[31] Il est vrai que la LTC prévoit la possibilité de constituer un conseil consultatif chargé d'examiner les candidatures aux fonctions des autres membres et de conseiller le Ministre relativement aux nominations. Cependant, les membres du conseil consultatif, s'ils doivent être choisis parmi différents groupes de la société, ne sont pas des représentants de ces groupes. Le comité législatif qui a examiné le projet de loi C-91 en 1986 a étudié cette question de manière approfondie et modifié celui-ci afin qu'il soit bien clair que les autres membres devaient être des personnes « issues de » certains groupes, plutôt qu'ils ne devaient « représenter » ces groupes, comme le prévoyait le projet de loi. On peut lire à la page 10:37 de *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91* (Chambres des communes, fascicule no 10 (20 mai 1986)) :

M. Ouellet : Monsieur le président, je voudrais que l'alinéa 3(3) du projet de loi soit modifié en supprimant les lignes 17 à 20 et en les remplaçant par ce qui suit :

qui précède, ces personnes sont issues de la collectivité juridique, des groupes de consommateurs, du monde des affaires ou du monde du travail.

C'est la raison d'être de mon amendement. Comme l'ont souligné les témoins que nous avons entendus, si nous ne modifions pas la fin du paragraphe, les personnes appartenant à la collectivité juridique, à des groupes de consommateurs et au monde du travail pourraient croire que ceux qui conseilleront les ministres le feront au nom de ces collectivités et de ces groupes. On pourrait créer un conseil

consultatif contradictoire plutôt qu'un conseil consultatif pour aider le ministre, dans un certain sens, un conseil qui lui offrirait des recommandations authentiques et indépendantes.

Si on change un mot ici, il serait évident que ces personnes ne représentent pas ces soi-disant groupes, mais qu'elles sont choisies parmi ces groupes.

Le président suppléant (M. Cadieux) : Monsieur Domm.

M. Domm : Monsieur le président, afin que vous sachiez dans quelle mesure nous voulons bien nous entendre avec la collectivité juridique, nous remarquons également que le Barreau canadien a soulevé la question lors de sa venue au Comité, nous sommes disposés à accepter l'amendement proposé par M. Ouellet.

L'amendement est adopté.

[32] Comme les membres du conseil consultatif lui-même n'étaient pas choisis afin d'agir comme représentants des groupes dont ils étaient issus, les autres membres dont ce conseil était chargé de recommander la nomination ne devaient pas non plus être considérés comme des représentants de ces groupes. L'amendement du Comité législatif met à l'évidence que le rôle du conseil consultatif était d'examiner les candidatures aux fonctions des autres membres du Tribunal sur la seule base de l'expertise et de l'expérience des candidats, plutôt que sur le point de savoir dans quelle mesure ceux-ci représentaient les intérêts de divers groupes de la société. En fait, le Ministre s'était déjà exprimé sans ambiguïté sur cette question dans le *Réforme de la législation sur la concurrence : guide*, à la page 5 (précité au para. 27) :

Le Parlement reconnaît depuis longtemps le besoin de prévoir des pouvoirs d'enquête spéciaux afin d'appliquer efficacement la législation en matière de concurrence. Toutefois, comme le dit la décision de la Cour suprême dans l'affaire Southam, certaines garanties sont nécessaires afin d'assurer le respect des droits prévus dans la Charte canadienne des droits et libertés. En outre, il est impérieux de réévaluer la façon dont les affaires civiles de la Loi sont examinées afin que l'autorité compétente ait, dans les domaines économique et commercial, l'expertise voulue pour trancher les questions de concurrence, tout en garantissant l'équité des procédures et l'uniformité des décisions.

[33] Le Tribunal note en outre que le Ministre n'est tenu de consulter le conseil consultatif que s'il y en a un de constitué. Le Tribunal croit comprendre qu'un décret a mis fin en 1992 aux fonctions de chacun des membres du conseil consultatif constitué sous le régime du paragraphe 3(3) de la LTC. En effet, le gouvernement a annoncé dans le Budget de 1992-1993 la suppression d'un certain nombre d'organismes et de comités dans le cadre de la réduction du déficit budgétaire, et le conseil consultatif pour la nomination des autres membres du Tribunal de la concurrence figurait sur cette liste (hon. Gilles Loiselle, Président du Conseil du Trésor, *La gestion des dépenses gouvernementales*, 27 février 1992, page 39). Le document expliquait que « le régime canadien de la concurrence ayant atteint sa maturité et fonctionnant bien, il n'[était] plus nécessaire de conserver un comité [conseil] consultatif distinct du type prévu par la Loi ». La suppression du conseil consultatif nous semble indiquer qu'il

est peu probable qu'il ait été institué pour assurer la sélection de membres qui eussent partagé son point de vue sur l'intérêt public en général.

[34] Par conséquent, nous ne voyons aucun motif de conclure que le Parlement ait voulu que les autres membres du Tribunal jouent le même rôle que les membres des organismes administratifs multifonctionnels. Notamment, les autres membres du Tribunal n'exercent pas leur pouvoir d'appréciation pour déterminer où se situe l'intérêt public en présence d'objectifs contradictoires pour les raisons suivantes : a) le Tribunal n'a qu'une fonction juridictionnelle et, comme les tribunaux judiciaires, n'a pas de mandat de défense de l'intérêt public; b) l'exercice d'un pouvoir d'appréciation en vue de déterminer l'intérêt public n'est pas nécessaire pour juger; c) la Loi, qui définit elle-même l'intérêt public, formule clairement ce que le Tribunal doit faire lorsqu'un fusionnement qui diminue sensiblement la concurrence entraîne aussi des gains en efficience; et d) l'autorité chargée de défendre l'intérêt public, s'il y en a une, est le commissaire.

[35] L'idée que le Tribunal est une juridiction était aisément acceptée en 1991 par les hauts fonctionnaires du ministère fédéral de la Justice. On peut lire dans un article par R.S. Khemani et W.T. Stanbury, au chapitre 8 de *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Halifax, Institut de recherches politiques, 1991, à la page 277 :

[TRADUCTION]

Le train de modifications de 1986 a eu entre autres effets celui de faire passer les dispositions relatives aux fusionnements et aux monopoles du droit pénal au droit civil. La tâche de statuer sur les affaires relatives à ces dispositions, ainsi qu'aux pratiques qui étaient déjà sujettes à un examen au civil, a été confiée à la nouvelle instance baptisée « Tribunal de la concurrence ». Celui-ci est un tribunal hybride dont les formations réunissent des juges de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada et des non-juges possédant des connaissances spéciales en matière d'économie et de commerce.

[36] Il est à noter que ni le Ministre ni ces hauts fonctionnaires n'ont fait quelque mention que ce soit d'un rôle que le Tribunal ou ses autres membres auraient à jouer dans la défense de l'intérêt public.

IV. LES ORIGINES DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX FUSIONNEMENTS DE LA LOI

[37] Dans le Jugement rendu en appel, précitée au paragraphe 1, la Cour adopte l'historique législatif de l'article 96 exposé par Mme le juge Reed dans la décision *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillstown Holdings (Canada) Limited* (9 mars 1992), CT1991001/155, Motifs et ordonnance [1992] D.T.C.C. no 4 (QL) (version anglaise publiée dans (1992), 41 C.P.R. (3e) 289), et se réfère à l'analyse donnée par le juge Reed des versions antérieures, non adoptées, des dispositions régissant la défense fondée sur les gains en efficience, qu'on trouve dans les projets 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*, 2e sess., 30e Parl., 1976-1977 (1re lecture le 16 mars 1977)) et C-29 (*Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en ce qui a trait aux pratiques abusives*, 2e sess., 29e Parl., 1974 (1re lecture le 29 avril 1974)). Selon la Cour, au paragraphe 149

du Jugement rendu en appel, précité au paragraphe 1, ces projets de loi « n'exigeaient pas que les gains en efficience découlant d'un fusionnement anti-concurrentiel soient comparés à ses effets ».

[38] Aux paragraphes 150 et 153 du Jugement rendu en appel, la Cour poursuit son exposé de la question en ces termes :

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 efficience 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 prévoyait que la cour détermine 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 prévoient une comparaison des gains en efficience et des effets. Elles mettent plutôt l'accent sur la maximisation des ressources dans l'ensemble de l'économie de la même façon que le critère du surplus total.

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 projet 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.

[39] Il semble au Tribunal que la Cour aussi bien que le juge Reed ont décidé le sens du paragraphe 96(1) de la Loi en se fondant seulement sur ses termes et sur ceux des paragraphes correspondants des projets de loi antérieurs portant modification de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23. Or, nous pensons qu'un examen attentif et détaillé de l'historique législatif de l'article 96 est essentiel pour bien comprendre le sens véritable de cette disposition.

A. LE RAPPORT PROVISOIRE DE 1969 DU CONSEIL ÉCONOMIQUE DU CANADA

[40] Les divers projets de loi proposés par le gouvernement fédéral ont leur source dans le Rapport provisoire sur la politique de la concurrence, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1969. Ce Rapport était le deuxième d'une série de trois établis en exécution du mandat spécial donné au Conseil économique par le gouvernement fédéral le 22 juillet 1966, et formulé comme suit à la page 1 :

En conformité des objectifs économiques à long terme du gouvernement, procéder à une étude et faire des recommandations concernant les sujets suivants :

- a) les intérêts du consommateur, particulièrement dans leur relation avec les fonctions du ministère du Registraire général [...]
- b) les coalitions, les fusions, les monopoles et les pratiques restrictives du commerce;
- c) les brevets, les marques de commerce, le droit d'auteur et les dessins industriels enregistrés.

[41] Le Conseil économique faisait observer, à la page I du rapport, que le premier point de ce mandat avait été traité dans son *Rapport provisoire sur les affaires du consommateur*, publié en 1967, et que celui de l'alinéa c) ferait l'objet de son troisième rapport.

Le présent texte porte sur le deuxième point, soit « les coalitions, les fusions, les monopoles et les pratiques restrictives du commerce » ou, selon une expression qui nous plaît davantage, la politique de la concurrence.

On voit donc que le Conseil économique établissait une distinction entre la politique de la concurrence et le rôle du gouvernement fédéral dans la protection des consommateurs.

[42] Le Conseil économique décrit, aux pages 8-10, dans les termes suivants les objectifs de la politique antérieure de la concurrence :

Dans le passé, au Canada, le principal objet de la politique de concurrence a été généralement exprimé en des termes comme : « la protection de l'intérêt du public dans la libre concurrence ». Toutefois, il faut aller au-delà de cette expression et se demander à quoi était destiné le maintien de la concurrence. Il serait faux de penser que le législateur avait en vue un seul objectif simple comme, par exemple, l'efficacité économique. Très probablement d'autres facteurs entraient en ligne de compte, comme le désir de mieux répartir la puissance économique (et, par voie de conséquence, la puissance politique), l'intérêt porté au sort des petites entreprises et des petits entrepreneurs, une certaine méfiance à l'égard des grandes sociétés et le souci d'assurer une concurrence équitable.

Toutefois, dans l'ensemble, la politique canadienne de concurrence semble avoir été surtout orientée vers des fins plus proprement économiques, dont deux en particulier: une bonne répartition du revenu et l'affectation judicieuse des ressources réelles au sein de l'économie.

C'est le premier de ces objectifs, ou la répartition du revenu, qui a tenu la première place dans l'esprit populaire [...]

Quant aux économistes de profession, sans se désintéresser de la répartition des revenus, ils ont eu tendance à se soucier davantage du deuxième objectif, celui de l'affectation des ressources. Celui-ci, moins frappant peut-être, est quand même fort important pour la réalisation de certains grands objectifs économiques, comme

celui de la croissance de la productivité. Plusieurs économistes s'opposent surtout au monopole (pour prendre de nouveau un cas extrême) parce qu'ils y voient une cause de distorsions dans la manière dont les ressources humaines et matérielles rares sont utilisées et combinées en vue de la satisfaction des multiples besoins des consommateurs ou, en d'autres termes, une cause d'inefficacité. Les prix exigés par les monopoles sont trop élevés au regard des autres et, comme le mécanisme habituel de rajustement ne joue pas, ils le demeurent. En conséquence, « les prix comparatifs ne sont plus des indices valables des raretés et des besoins relatifs [...] les industries (monopolistiques) à fortes marges de profit produisent trop peu et utilisent trop peu de ressources, alors que les industries à faibles marges produisent trop et consomment trop de ressources ».

[43] Le Conseil économique concluait, aux pages 12 et 23 du rapport, que la politique de la concurrence (c'est-à-dire la politique relative aux coalitions, aux fusions, aux monopoles et aux pratiques restrictives du commerce) devrait être axée sur l'efficacité économique :

Il est un thème qui reviendra souvent dans le présent rapport : le principal objet d'une politique de concurrence au Canada doit être d'accroître l'efficacité dans l'ensemble de l'économie. La concurrence doit être considérée non pas comme une fin en elle-même, mais plutôt comme le principal moyen d'assurer l'efficacité [...] (les italiques sont de nous)

[...]

Essentiellement, nous préconisons, pour la politique de concurrence l'adoption d'un seul objectif qui consisterait à améliorer le rendement de l'économie et à éviter le gaspillage des ressources, de façon à accroître le bien-être des Canadiens [...]

Cette concentration sur un seul objectif ne signifie pas que nous mésestimons d'autres objectifs, comme une répartition plus équitable des revenus et une plus large diffusion de la puissance économique, qui ont été des objectifs reconnus de la politique de concurrence dans le passé. Cela veut dire tout simplement qu'à notre avis :

- 1) une politique de concurrence axée sur l'efficacité se prêtera probablement mieux à une application cohérente et efficace, et
- 2) il existe des moyens plus complets et plus rapides – notamment, la fiscalité et la structure des paiements de transfert – d'effectuer une redistribution systématique des revenus et la diffusion du pouvoir économique, dans la mesure où il peut sembler à propos de le faire.

[44] Le rapport, aux pages 55-56, établissait donc clairement que les effets de redistribution de la politique de la concurrence constituaient une question distincte. Le Conseil économique invitait

également à la prudence dans la transposition des politiques étrangères de la concurrence, en particulier de celle des États-Unis :

En essayant de s'inspirer de la situation à l'étranger, il faut tenir compte des différences de climat économique entre le Canada et les pays en cause. C'est un fait que nous avons maintes fois souligné dans notre étude de la politique antitrust des États-Unis. Bien que les politiques de concurrence établies au Canada et aux États-Unis, vers la fin du dix-neuvième siècle, aient été sous plusieurs rapports inspirées par des préoccupations communes, leur évolution divergente a été en partie causée par certaines différences profondes entre les deux pays [...] et le fait que l'économie canadienne est de moindre taille, plus ouverte et plus orientée vers l'exportation que l'économie américaine. *Une des grandes conséquences de cette dernière caractéristique est que l'économie canadienne est moins en mesure que l'économie américaine de se permettre une politique de concurrence pouvant, à l'occasion, sacrifier l'efficacité économique en faveur d'autres objectifs, par exemple, la préservation des petites entreprises (c'est nous qui soulignons.)*

[45] Le Conseil économique, aux pages 131-32, recommandait la création d'un tribunal qui examinerait les fusionnements pour en déterminer les effets anti-concurrentiels et les « avantages compensateurs pour le grand public ».

Dans son étude d'une fusion projetée, le tribunal devrait considérer tous les aspects du projet ayant quelque rapport important avec son mandat. Il se demanderait en particulier si la fusion peut avoir pour effet de réduire la concurrence au détriment du consommateur final et si, par ailleurs, elle peut présenter *des avantages compensateurs pour le grand public*. En outre, et sans restreindre la généralité de ce qui précède, il devrait considérer les questions suivantes dans la mesure où elles pourraient sembler d'une importance économique appréciable dans un cas particulier :

[...]

8. la probabilité que la fusion devienne la source d'importantes « économies sociales », c'est-à-dire d'économies dans l'utilisation des ressources (y compris les ressources affectées à des fins telles que la recherche et le développement), considérées du point de vue de l'ensemble de l'économie canadienne (les italiques sont de nous.)

[46] Étant donné que le Conseil économique se préoccupait d'abord et avant tout d'efficacité et estimait que les questions de distribution ne faisaient pas partie de la politique de la concurrence, il est certain que le Tribunal, selon lui, n'allait pas devoir s'occuper des effets de redistribution d'un fusionnement anti-concurrentiel lorsqu'il examinerait le point 8 parce que ces effets n'étaient pas des pertes de ressources mais plutôt des redistributions de revenus et, à ce titre, ne constituaient pas des pertes pour la société si on les considérait du point de vue de l'économie canadienne dans son ensemble. Par conséquent, les effets de redistribution ne pouvaient entrer dans la définition des «

avantages compensateurs pour le grand public ». Cependant, le Conseil économique, à la page 132 de son rapport, a parlé de l'établissement d'un « bilan » :

... Pour ce qui est du numéro 8 – les économies sociales – [le directeur] s'en remettrait au tribunal qui, dans bien des cas, se verrait dans l'obligation d'établir *le bilan des préjudices éventuels, du point de vue de la concurrence, et des avantages possibles sous forme d'économies sociales*. Il y a lieu de noter à ce sujet que ce qui apparaît comme des réductions de coût pour une entreprise particulière n'est pas nécessairement une « économie sociale », c'est-à-dire une économie pour l'ensemble de l'économie. Ainsi, une entreprise qui s'est agrandie par l'acquisition d'une autre entreprise peut sans doute obtenir certaines fournitures à meilleur compte du seul fait qu'elle possède un plus grand pouvoir de marchandage. De là peuvent découler plusieurs possibilités pour ce qui est des projets et des prix, mais il n'y a pas d'économie quant aux ressources réelles (la quantité de travail, de capitaux, etc.) requises pour la production et le transport des fournitures en question. Aucune ressource n'est libérée à d'autres fins économiques... (les italiques sont de nous.)

On voit donc que le « bilan » dont parlait le Conseil économique se rapportait non pas aux effets de redistribution défavorables pour les consommateurs, mais aux effets préjudiciables du fusionnement sur la concurrence. Le Conseil économique insistait sur la nécessité de distinguer, pour l'établissement de ce bilan, les économies réelles des économies pécuniaires.

B. HISTORIQUE LÉGISLATIF DE LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES GAINS EN EFFICIENCE

[47] Le premier effort gouvernemental de modification de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions après la publication du rapport a pris la forme du projet de loi C-256 (*Loi encourageant la concurrence, prévoyant la réglementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, 3e sess., 28e Parl., 1970-1971 (1re lecture le 29 juin 1971)). Le gouvernement ne partageait pas alors le point de vue du Conseil économique comme quoi l'efficacité économique devrait être le seul objectif de la politique de la concurrence, ainsi qu'en témoigne le préambule de ce projet de loi :

Attendu que la concurrence dans le secteur privé est généralement le meilleur moyen de répartir les ressources, d'accroître l'efficacité en matière de production et de distribution des biens et services et de transmettre les avantages de l'efficacité au public et qu'elle favorise aussi l'entreprise individuelle en décentralisant le pouvoir économique et en réduisant la nécessité pour le gouvernement d'intervenir dans la réalisation d'objectifs économiques;

Attendu qu'il est donc souhaitable d'encourager activement la concurrence et d'éliminer également les obstacles qui s'y opposent dans tout le Canada, qu'ils soient causés par des coalitions, des fusions, des monopoles ou d'autres

situations ou pratiques et que ces objectifs ne peuvent être réalisés que par la reconnaissance, l'encouragement et le respect du rôle de la concurrence, en tant que politique nationale;

Attendu qu'il est également reconnu qu'il peut être nécessaire, lorsque le marché est trop étroit pour permettre l'existence d'un nombre suffisant d'entreprises indépendantes de taille assez importante pour encourager une concurrence effective, de trouver d'autres moyens pour atteindre l'efficacité maximale, *mais que, si on choisit ces autres moyens, il est nécessaire de s'assurer qu'une partie importante des avantages qui en découlent sera transmise dans un délai raisonnable au public et que celui-ci sera à l'abri des abus que ces autres moyens de favoriser l'efficacité maximale peuvent faciliter;*

Et attendu qu'il est nécessaire et souhaitable, pour atteindre l'efficacité en matière de production et de distribution et pour réaliser la transmission des avantages qui en découlent au public, de favoriser l'honnêteté et la loyauté sur le marché;

En conséquence... (c'est nous qui soulignons.)

[48] Ce préambule attire expressément l'attention sur la puissance économique et sur le bien-être des consommateurs dans le cas où il se révélerait nécessaire, du fait de la petite taille du marché, de s'écarter de l'objectif de la concurrence pour atteindre celui de l'efficacité. Les dispositions relatives aux fusions du projet de loi C-256 au para. 34(3), précité au paragraphe 47, prévoyaient pour ce cas une défense fondée sur les gains en efficacité dont la validité était subordonnée à une « transmission » des avantages :

Une fusion ne doit pas être interdite ou annulée par ordonnance du Tribunal si celui-ci est convaincu

a) qu'aucune des parties n'aurait pu raisonnablement commencer ou continuer à exploiter indépendamment son entreprise sur le marché en question; ou

b) que

i) la fusion a amené, amène ou amènera probablement une amélioration appréciable de l'efficacité en sus de celle que n'importe laquelle des parties à la fusion aurait pu réaliser en commençant ou en continuant à exploiter indépendamment son entreprise ou de toute autre manière qui aurait conduit à une restriction de la concurrence moindre que celle qui a résulté ou aurait probablement résulté de la fusion, et

ii) qu'une partie importante des avantages retirés ou à retirer de cette amélioration de l'efficacité est transmise ou sera probablement, en

raison des conditions du marché ou de celles imposées par le Tribunal, transmise au public dans un délai raisonnable, sous la forme d'une diminution des prix ou d'une amélioration des produits.

[49] Le projet de loi C-256, précité au paragraphe 47, visait manifestement à ce que les effets de redistribution des fusions anti-concurrentiels autorisés au motif des gains en efficacité ne nuisent pas aux consommateurs au-delà d'un délai raisonnable. Cette préoccupation est progressivement passée à l'arrière-plan dans les projets de loi ultérieurs.

[50] On pouvait ainsi lire à l'article premier du projet de loi C-42, précité au paragraphe 37, le préambule suivant :

[...]

« Loi portant réglementation générale du commerce en encourageant la concurrence et la régularité du marché, et créant la Commission de la concurrence et la fonction de l'Administrateur de la politique de la concurrence.

CONSIDÉRANT QUE l'un des objectifs essentiels des pouvoirs publics du Canada est de promouvoir l'intérêt national et celui des citoyens par l'instauration de conditions économiques qui favorisent l'affectation et l'utilisation efficaces des ressources de la société, stimulent l'innovation dans le domaine de la technologie et de l'organisation, assurent le développement des marchés tant intérieur qu'extérieur et *favorisent la répartition équitable des fruits de cette politique entre toutes les couches de la population;*

CONSIDÉRANT QUE, pour parvenir à ces fins, il est indispensable de créer les conditions d'une économie canadienne flexible et dynamique qui facilite la mobilité des compétences et des ressources en fonction des incitations émanant du marché, réduit ou élimine les entraves à cette mobilité, *sauf lorsqu'elles peuvent entraîner des économies d'échelle ou permettent de réaliser d'autres économies de ressources,* et protège la liberté et la libre entreprise en décourageant la concentration inutile et les abus du pouvoir économique et en rendant moins nécessaire une réglementation détaillée des activités économiques;

ET CONSIDÉRANT QUE, pour assurer le bon fonctionnement d'une telle économie de marché, les pouvoirs publics doivent reconnaître et encourager le rôle de la concurrence en adoptant des lois générales applicables à tout le pays d'une manière cohérente et uniforme; (c'est nous qui soulignons.)

[...]

[51] Le préambule du projet de loi C-42 exprime un souci général d'efficacité et d'équité et pose que la réalisation d'économies de ressources pourrait justifier qu'on s'écarte de l'objectif de la concurrence. Cependant, contrairement au projet de loi précédent, le projet de loi C-42, au paragraphe 31.71(5) limitait l'application de la défense fondée sur les gains en efficacité et ne faisait pas mention de la condition de « transmission » des avantages :

La Commission ne doit pas rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (3) lorsque les parties à une fusion réalisée ou projetée et visée par le présent article, établissent à sa satisfaction que l'opération a accru ou peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité en réalisant pour l'économie canadienne des économies de ressources qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens.

[...]

(7) Lorsque la Commission conclut

a) que le paragraphe (5) s'applique à une fusion réalisée ou projetée, visée par le présent article, et

b) que la fusion réalisée ou projetée donnera vraisemblablement aux participants le contrôle presque total sur un produit à l'intérieur d'un marché,

elle doit, nonobstant le paragraphe (5), rendre l'ordonnance visée au paragraphe (3)...

[52] La nouvelle approche de l'équité dans l'examen des fusionnements consistait donc à ne pas exiger une « transmission » aux consommateurs des avantages des gains en efficience, mais plutôt à empêcher l'application de la défense fondée sur les gains en efficience lorsque le fusionnement devait donner lieu au contrôle pratiquement total d'un produit sur un marché. Cependant, en cas d'applicabilité de la défense fondée sur les gains en efficience, les dispositions relatives aux fusionnements ne prévoyaient pas de mesures pour protéger les consommateurs des effets d'un fusionnement anti-concurrentiel.

[53] Le préambule et les dispositions pertinentes du projet de loi C-13 (*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*, 3e sess., 30e Parl., 1977 (1re lecture le 18 novembre 1977)) étaient à peu près identiques aux dispositions citées ci-dessus du projet de loi C-42, précité au paragraphe 37, quoique les dispositions relatives à la défense fondée sur les gains en efficience du paragraphe 31.71 (5) exigeaient maintenant que le fusionnement pût « vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité entraînant une épargne de ressources pour l'économie canadienne ». La restriction à l'application de la défense fondée sur les gains en efficience était maintenue.

[54] L'article 31.73 du 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*, 2e sess., 32e Parl., 1983-1984 (1re lecture le 2 avril 1984)) différait des précédents à plusieurs égards. Il ne contenait ni préambule ni disposition de déclaration d'objet et ne faisait donc pas mention d'objectifs, a fortiori de celui d'équité. Il assignait l'examen des fusionnements aux tribunaux et prévoyait une défense fondée sur les gains en efficience :

La Cour ne doit pas rendre une ordonnance en vertu de l'article 31.72

[...]

c) lorsqu'elle conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, a accru ou accroîtra vraisemblablement l'efficacité d'une façon telle qu'il en résultera une épargne nette réelle et sensible de ressources pour l'économie canadienne et que la réalisation de l'accroissement en efficacité ne pourrait pas raisonnablement être envisagée si l'ordonnance était rendue.

Comme les projets de loi C-42 et C-13, le C-29 ne prévoyait pas d'obligation de « transmission » des avantages; cependant, contrairement à ces projets de loi, il ne fixait pas de limite à l'application de la défense fondée sur les gains en efficience.

[55] En décembre 1985, le Ministre a déposé le projet de loi C-91 (*Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 1re sess., 33e Parl., 1984-1985 (1re lecture le 17 décembre 1985)), lequel contenait une disposition de déclaration d'objet et prévoyait une défense fondée sur les gains en efficience qui ont survécu aux examens parlementaires ultérieures et ont été intégrés dans la Loi.

[56] Dans la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe 37, le juge Reed a conclu que le paragraphe 96(1) de la Loi diffère des dispositions relatives à la défense fondée sur les gains en efficience des projets de loi C-42 et C-29 seulement en ce qu'il exige la comparaison des gains en efficience et des effets du fusionnement, comparaison que ces projets de loi ne prescrivait apparemment pas. Cependant, il ne semble pas que le juge Reed ait remarqué

a) que les préambules des projets de loi C-256, C-42 et C-13 faisaient expressément état d'un souci d'équité dans la distribution, alors qu'il n'en a plus été question dans les projets de loi C-29 et C-91 ni dans la Loi;

b) que la condition de « transmission » des avantages à laquelle était subordonnée la défense fondée sur les gains en efficience du projet de loi C-256 a été omise dans le projet de loi C-42, ainsi que dans tous les projets de loi ultérieurs et dans la Loi;

c) que la limite assignée à l'application de la défense fondée sur les gains en efficience par les projets de loi C-42 et C-13 a été supprimée dans les projets de loi C-29 et C-91, tout comme dans la Loi.

[57] Selon le Tribunal, le projet de loi C-29, en posant la nécessité d'« une épargne nette réelle et sensible », prescrivait en fait la comparaison des gains en efficience attribuables au fusionnement et des effets réduisant les économies qui s'ensuivaient. Cette formulation indique que les gains en efficience et les effets devaient être exprimés en unités homogènes, sans quoi le calcul d'une quantité nette eût été impossible. On voit mal par exemple comment des effets de redistribution défavorables qui ne sont pas des pertes d'économies réelles pourraient être soustraites d'économies réelles. Qui plus est, le projet de loi C-29 ne contenait ni préambule ni disposition de déclaration d'objet et ne faisait pas mention de l'équité.

[58] Si, contrairement aux projets de loi C-256, C-42 et C-13, le C-91 ne faisait pas mention de l'équité, la question de l'équité envers les consommateurs a été soulevée devant le comité législatif chargé de l'examiner.

C. LE COMITÉ LÉGISLATIF

[59] On peut lire ce qui suit aux paragraphes 120-22 du Jugement rendu en appel :

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 [...] 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.

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 (1984) : 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.

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* [...] les formulations différentes de la défense fondée sur les gains en efficacité dans les versions antérieures au projet de loi C-91, qui n'ont pas été adoptées, vont dans le même sens...

[60] Le passage de la page 4 du document *Réforme de la législation sur la concurrence : guide*, précité au paragraphe 27, que cite la Cour, est extrait de la déclaration du Ministre dont il a été question plus haut et, selon le Tribunal, mérite examen. Ce passage s'inscrit dans le contexte suivant :

L'exiguïté relative du marché canadien et l'importance générale du commerce international pour notre économie exigent que certains secteurs soient concentrés pour permettre la réalisation d'économies

d'échelle ou autres gains d'efficience dont les entreprises ont besoin pour être concurrentielles sur les marchés mondiaux. Cependant, la tendance vers l'augmentation de la concentration a toujours été une préoccupation, et beaucoup de nos industries sont protégées contre la concurrence par de fortes barrières économiques et institutionnelles à l'entrée, comme les tarifs élevés. Le projet de loi constitue un ajustement aux réalités économiques actuelles car il permet à la loi de mieux tenir compte des répercussions sur l'industrie canadienne de la concurrence étrangère, tant sur les marchés canadiens que sur les marchés mondiaux.

Les consommateurs et les petites entreprises sont au nombre des premiers bénéficiaires d'une politique de concurrence efficace. La loi actuelle ne protège pas très bien ces deux groupes contre la conduite anti-concurrentielle des grandes entreprises dominantes. En renforçant la Loi et en la rendant plus efficace, le projet de loi assurera *l'équité sur le marché*, ce qui profitera aux consommateurs et favorisera le dynamisme et l'esprit d'initiative du secteur de la petite entreprise qui offre le plus grand potentiel au niveau de la création d'emplois (c'est nous qui soulignons.)

Il apparaît à l'évidence à la lecture de ce contexte que la création d'entreprises dominantes capables de soutenir la concurrence est l'objectif de la politique, et que les consommateurs et les petites entreprises seront mieux protégés contre les agissements anti-concurrentiels de ces entreprises dominantes. Considéré dans son contexte, le passage cité par la Cour ne confirme pas que les procédures civiles prévues par la Loi soient principalement des mesures de protection des consommateurs, quoique ceux-ci et les petites entreprises seraient « au nombre des premiers bénéficiaires » non seulement du renforcement de la protection, mais aussi de l'accroissement de la capacité à soutenir la concurrence.

[61] Lorsqu'elle cite le document *Modifications de 1984 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions : documentation de base et notes explicatives*, Ottawa, Consommation et Corporations Canada, 1984, la Cour renvoie non pas au projet de loi C-91 mais au C-29. Comme nous l'avons vu plus haut, le projet de loi C-29 différait de ceux qui l'avaient précédé en ce qu'il ne faisait nulle mention de l'équité. En outre, il n'était pas question, dans ses dispositions relatives à la défense fondée sur les gains en efficience, des effets de redistribution dont il était tenu compte dans les projets de loi antérieurs : les rédacteurs du projet de loi C-29 en avaient exclu la condition de « transmission » prévue dans le projet de loi C-256, ainsi que la limite assignée à la défense fondée sur les gains en efficience par les projets C-42 et C-13. Le terme « équité » de la phrase citée par la Cour ne se rapporte pas à l'équité sociale, mais plutôt aux chances équitables assurées par un marché concurrentiel; il n'y a pas lieu de présumer que la distribution du revenu et de la richesse qui résultera d'une économie fondée sur la concurrence sera nécessairement juste et équitable. En fait, il peut arriver qu'un marché concurrentiel ait pour effet une distribution inéquitable du revenu et de la richesse.

[62] Du point de vue du Tribunal, le Parlement comprenait clairement que la protection des consommateurs n'était pas le but principal des modifications proposées à la Loi et en particulier des dispositions relatives aux fusionnements. Le comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-91 a

examiné deux propositions d'amendement de la disposition de déclaration d'objet qui auraient confirmé la primauté de la protection des consommateurs, mais il ne les a pas adoptées et ne les a pas soumises à la Chambre des communes. Aux pages 10:59-10:62 du fascicule no 10, précité au paragraphe 31 :

M. Ouellet : Mon amendement, monsieur le président, se rapporte à l'objet que l'on retrouve à la page 7. Je voudrais remplacer les lignes 13 à 26 par le libellé suivant :

La présente loi a pour objet d'abord et avant tout d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits mais aussi d'assurer à la petite et à la moyenne entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de préserver et 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 en tout temps en tenant compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada.

Le but de mon amendement est de replacer en priorité l'intérêt du consommateur. Si vous remarquez, monsieur le président, pas un mot n'est différent de ce qu'on retrouve dans l'article 1.1.

[...]

M. Ouellet : La raison de l'amendement est de remettre en priorité des prix compétitifs et un choix dans les produits pour le consommateur. Une loi sur la concurrence est d'abord et avant tout une loi qui doit protéger les consommateurs. L'objectif premier d'un ministre de la Consommation et des Corporations devrait être la protection des consommateurs. Or, la façon dont les objectifs de la loi sont présentés laisse croire que la protection des consommateurs est le dernier des soucis du ministre. Et je ne pense pas que ce soit le cas. Je veux donc établir l'ordre normal pour parler des consommateurs d'abord, de la concurrence sur les marchés mondiaux et de l'économie canadienne en dernier lieu.

[...]

M. Domm : Oui. Je suis heureux d'avoir la possibilité de signaler que le but de l'article en question est d'encourager la concurrence, et surtout la participation aux marchés mondiaux. Le but n'est pas de négliger les consommateurs. Cependant, j'estime que le but de l'article est de préciser l'objet de la loi. La concurrence en soi n'est pas un objectif, mais c'est la façon la plus efficace d'encourager l'efficacité et la productivité de la croissance industrielle canadienne. Je crois qu'il faut tenir compte de l'efficacité, de la compétitivité internationale et de la justice.

Les consommateurs profiteraient directement d'une concurrence accrue, car elle entraîne des prix plus bas, un plus grand choix et une meilleure qualité. Je crois qu'il y a d'autres facteurs dont il faut tenir compte également, comme par exemple la Constitution. Je voudrais demander aux fonctionnaires du ministère de la Justice de nous parler de cela maintenant.

[...]

M. Rosenberg : Ce matin, monsieur Ouellet, vous avez soulevé la question de la constitutionnalité de la juridiction de ce tribunal. Votre amendement me préoccupe un peu du fait qu'il conçoit l'objectif du projet de loi comme avant tout de fournir aux consommateurs des prix et des produits compétitifs; or il semble que cela veuille dire qu'on songe avant tout aux contrats individuels entre les consommateurs et aux prix qu'ils paient, plutôt qu'à la concurrence en général.

Je suis donc assez préoccupé lorsque vous concevez la vocation du gouvernement fédéral comme de s'occuper de contrats de consommateurs individuels, car vous empiétez sur une compétence provinciale, j'entends par là les contrats ou les droits liés à la propriété et les droits civils. Il me paraît important de préciser que l'objectif de la loi en question est de favoriser la concurrence.

Cet objectif aura pour effet d'abaisser les prix à la consommation et de permettre un meilleur choix de produits. Quoi qu'il en soit, il me paraît important de ne pas oublier qu'il s'agit avant tout de favoriser la concurrence en général partout au pays et pas seulement certaines choses qui préoccupent les consommateurs. Rappelons-nous aussi que les provinces ont adopté des lois protégeant les consommateurs.

M. Domm : Merci beaucoup. Il convient également de rappeler les positions prises par certaines organisations comme la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, qui à la page 312 de son mémoire, a fait part de sa satisfaction de voir les petites entreprises comprises dans la disposition relative aux objectifs de la loi. L'Association des manufacturiers canadiens, elle aussi, dans son mémoire, à la page 301, se dit heureuse du libellé proposé au paragraphe 1.1, qui reconnaît pleinement le caractère international autant que national de la concurrence à notre époque, cela à la page 1. Quant à la Chambre de commerce, elle nous dit, au paragraphe 2 de la page 316 de son mémoire, qu'elle voit d'un bon œil l'adoption d'une loi-cadre comme le projet de loi C-91, parce qu'il se prête à une interprétation dynamique. Il y a donc là d'autres encouragements à favoriser de façon délibérée la concurrence au Canada.

M. Cadieux : Monsieur le président, j'aimerais seulement ajouter que lorsqu'on lit le titre de ce projet de loi, en anglais ou en français, puis son objectif même, peut-être là en anglais, étant donné que cette version est plus explicite, on

se rend compte que cette mesure législative cherche avant tout à offrir aux consommateurs des prix compétitifs. J'ai donc tendance à me ranger à l'avis des spécialistes juridiques, d'après lesquels nous sommes peut-être en train de créer quelque chose de tout à fait différent. Bien sûr, lorsqu'on cherche à favoriser la concurrence, cela entraîne nécessairement des prix plus avantageux pour le consommateur. Cependant, à cause de cela, je devrais voter contre l'amendement.

La motion est rejetée par 3 voix contre 2.

Le président : Passons maintenant à l'amendement de M. Orlikow, qui porte sur le même article.

M. Orlikow : Monsieur le président, j'aimerais proposer l'amendement suivant à l'article 19. Je propose que l'on substitue ce qui suit aux lignes 14 à 26 :

1.1 L'objectif de cette loi est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but d'assurer à tous les consommateurs canadiens des prix compétitifs et un choix dans les biens et services, tout en veillant aussi à ce que la petite et moyenne entreprise ait toutes les chances de participer à l'économie de marché.

Le président : Est-ce que M. Cappe ou M. Domm désirent intervenir? Monsieur Cappe.

M. Cappe : Monsieur le président, je n'ai pas de remarques à faire au sujet de la nouvelle hiérarchie des objectifs. Je dirai toutefois que le fait qu'on ne mentionne plus les efforts à déployer afin de rendre l'économie canadienne plus efficace et plus souple ne me paraît pas sans importance car cela a des répercussions sur les consommateurs.

L'amendement est rejeté par 3 voix contre 2.

[63] Le Tribunal fait observer, pour éviter toute ambiguïté, que MM. Mel Cappe et Morris Rosenberg ont comparu devant le Comité législatif en qualité de sous-ministre adjoint à la Coordination des politiques et d'avocat général, respectivement, du ministère de la Consommation et des Corporations, et qu'ils étaient les corédacteurs du projet de loi C-91.

[64] Les observations du Ministre touchant le projet de loi C-91 que la Cour invoque se rapportent manifestement aux avantages de la concurrence en général pour les consommateurs. Comme l'a souligné le Comité législatif, le principal objet du projet de modification de la Loi n'était pas la protection directe des consommateurs parce que, entre autres choses, on eût ainsi empiété sur la compétence des provinces et entravé la réalisation d'autres objectifs, y compris l'efficacité, qui profitent aussi aux consommateurs.

[65] Il est certes exact que le projet de loi C-91 a reçu le soutien de l'Association des consommateurs canadiens, mais seulement dans la mesure où il était conforme à sa conception du bien-être des consommateurs. En fait, l'Association a exprimé des réserves à propos de la défense fondée sur les gains en efficience. À la page 6:11 du *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, Chambre des communes, fascicule no 6 (8 mai 1986), un représentant de l'Association a ainsi fait la déclaration suivante devant le Comité législatif:

M. Thompson : ... Je voudrais maintenant résumer notre position, en disant que le projet de loi C-91 nous paraît être une amélioration nette de notre législation actuelle. C'est donc un progrès, cela ne fait aucun doute. C'est sans doute un commentaire que le Comité aura entendu maintenant bien des fois. Cependant, du point de vue des consommateurs, nous pensons que c'est encore bien insuffisant [...]

Nous avons donc ici une courte liste de propositions, qui représenterait – soyons justes – un progrès [...] amélioration des dispositions portant sur les pouvoirs du tribunal, possibilité pour les consommateurs de comparaître, suppression du terme « indûment » de l'article portant sur les complots, suppression de l'échappatoire du but ou de l'intention dans les dispositions portant sur l'abus de position dominante, révision de la notion d'efficience à propos des fusionnements, et révision à la baisse des seuils pour le préavis.

Voilà des propositions qui permettraient d'améliorer les conditions de prix et de choix offertes aux consommateurs dans notre économie...

[66] L'Association des consommateurs canadiens n'a pas été la seule à critiquer la défense fondée sur les gains en efficience du projet de loi C-91 devant le Comité législatif. Nous aimerions attirer une attention particulière sur les observations du professeur William Stanbury, qui faisait remarquer que le projet de disposition était vague parce qu'il impliquait, selon lui, la nécessité de comparer « deux choses qui ne sont pas comparables, car l'une exige une redistribution de revenu et l'autre des réelles économies en ce qui concerne les ressources » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, fascicule no 3 (29 avril 1986) à la p. 3:7).

[67] M. Daniel O'Hagan, témoignant en qualité de représentant du Congrès du travail du Canada, a déclaré souscrire à la position de l'Association des consommateurs canadiens touchant la défense fondée sur les gains en efficience et a insisté (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, fascicule no 9 (15 mai 1986) aux pp. 9:12 et 9:13) sur le fait que cette défense est acceptable uniquement si :

... le tribunal est autorisé à imposer des conditions structurelles pour s'assurer que les gains en efficacité seront répercutés sur les consommateurs sous forme de prix plus bas, de qualité améliorée, répercutés sur les travailleurs sous forme d'emplois plus stables, de meilleurs revenus et de meilleures conditions de travail et, enfin, répercutés sur d'autres groupes de la communauté de la façon qui leur convient...

[68] Cependant, M. Lawson Hunter, ancien directeur des enquêtes et recherches et corédacteur du projet de loi C-91, a déclaré, aux pp. 7:27 et 7:28 (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, fascicule no 7 (12 mai 1986)), ce qui suit devant le Comité législatif :

La notion de rendement économique qui figure dans la partie consacrée aux fusions, et qui est un moyen de défense également, repose sur deux principes fondamentaux. Premièrement, nous désirons que la loi permette au gouvernement d'empêcher toute fusion qui entraverait la concurrence, quelle que soit l'acception de ce terme. Le projet de loi a recours au mot « sensiblement ». Cependant, nous voulons également établir le fait que certaines fusions peuvent entraîner des gains de rentabilité. Elles peuvent entraîner une baisse des coûts. Ces économies sont importantes pour la conjoncture et les consommateurs.

On a pensé pendant longtemps, et je vous renvoie au rapport de 1969 du Conseil économique du Canada, qu'il fallait trouver de quel côté penche la balance. Nous voulons, d'une part, examiner l'effet que ces fusions auront sur la concurrence et la gravité de cet effet et, d'autre part, quelles économies ou quels gains pourraient découler des fusions. Nous pensons que si ces gains de rentabilité sont supérieurs aux effets concurrentiels négatifs, la fusion devrait être autorisée.

Pour ce qui est de la signification donnée au critère de rentabilité, je crois que les économistes vous diront qu'elle est très précise. Des économies d'échelle à long terme constituent l'objectif à atteindre. En fusionnant, les entreprises augmentent leur ligne de produits, ce qui a pour effet de diminuer les coûts unitaires. Voilà un gain de rentabilité. D'autres gains peuvent être réalisés de par la nature dynamique de l'entreprise en question et de par son degré d'innovation et des recherches qu'elle entreprend.

[69] Enfin, le Comité législatif a examiné de manière approfondie un amendement tendant à retrancher la défense fondée sur l'efficacité des dispositions relatives aux fusionnements du projet de loi C-91 (*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, fascicule no 11 (21 mai 1986) aux pp. 11:38 à 11:42.) :

M. Ouellet : [...]

Cet amendement a pour but de supprimer du projet de loi l'exception qui permet à l'industrie de demander au tribunal d'approuver le fusionnement lorsque celui-ci aurait pour effet d'entraîner des gains en efficacité.

Je pense que l'ampleur de cette exception est telle qu'elle pourrait effectivement empêcher le tribunal d'interdire certains fusionnements. Dans presque chaque cas de fusionnement, avec de bons économistes, comptables et autres spécialistes, il serait possible de démontrer qu'il y aurait des gains en efficacité

[...]

M. Domm : Nous nous opposons à cette proposition d'amendement. Je peux vous exposer nos raisons en détail, mais en gros, si nous nous opposons, c'est que le but de cette politique est essentiellement de promouvoir l'efficacité. Il ne s'agit pas d'une exception absolue, mais plutôt d'un élément de défense qui permet un certain équilibre entre les avantages et les coûts. C'est pourquoi nous préférons que l'article 68 demeure intact.

[...]

M. Orlikow : Oui monsieur le président, je me prononce en faveur de l'amendement de M. Ouellet. Je ne vais pas faire un long discours à ce moment-ci. La question a déjà été débattue, et des témoins ont fait ressortir que, dans une large mesure, les fusions n'entraînaient pas de véritables gains en efficacité, ne permettaient aucune réduction réelle des prix et ne favorisaient certainement pas la concurrence. Nous avons eu toute une série de fusions. *Imasco a absorbé Canada Trust, Brascan Housing* a fait mainmise sur des compagnies papeteries, et des compagnies minières s'intéressent à *Trilon*. Je pense que c'est dans le *Financial Post* ou le *New York Times* d'aujourd'hui qu'on en parle. Les actifs seraient d'environ 60 ou 90 milliards de dollars, ce qui veut dire une puissance économique supérieure à celle des grandes banques. *Power Corporation* s'est emparé de toutes sortes d'entreprises, et s'amène maintenant dans la haute finance.

Rien n'indique que ces mainmises et ces fusions ont apporté quoi que ce soit aux Canadiens, ou même créé plus d'emplois. Si nous faisons les études approfondies que nous devrions faire sur ces sociétés, nous verrions qu'il y a moins d'emplois qu'il n'y en avait avant les fusions, que les prix n'ont pas baissé et que les entreprises n'ont pas consacré plus d'argent à la recherche et au développement.

À mon avis, et je l'ai déjà dit, cet article du projet de loi est une invitation au fusionnement. Ce genre d'article d'exception donne une défense aux personnes et aux compagnies qui participent à des fusions, lesquelles, si elles sont accusées en application des dispositions du projet de loi, peuvent invoquer des gains en efficacité pour justifier leur action. Je pense que le tribunal, tout comme les cours aux termes de l'ancienne loi, pourra très difficilement prendre des mesures efficaces. C'est pourquoi j'appuie l'amendement de M. Ouellet.

M. Domm : Pour répondre à M. Orlikow, j'aimerais le renvoyer à la page 7 du projet de loi où, au paragraphe 19.1.1, l'objet de la loi est clairement énoncé : favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne et d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux.

Quant à la préoccupation qu'il vient d'exprimer, selon laquelle il n'y a aucune obligation de passer les gains aux consommateurs, je pense qu'il serait très difficile de mesurer ou de contrôler cela objectivement, et, à moins que la diminution de la concurrence soit vraiment très marquée, la concurrence profitera aux consommateurs. C'est pourquoi je n'appuie pas la motion qui a été proposée.

M. Orlikow : Aux fins du compte rendu, monsieur le président, je tiens à rappeler à M. Domm et aux membres du Comité que des témoins, notamment le professeur Stanbury, ont beaucoup insisté sur le fait que, si le tribunal ne peut traiter des fusionnements, le projet de loi ne saurait atteindre les objectifs énoncés.

M. Ouellet : J'ai une question à poser au secrétaire parlementaire. Comme le professeur Stanbury l'a mentionné, l'article 68 ménage un compromis entre les gains en efficience et la diminution de la concurrence. D'après le gouvernement, qu'est-ce qui est le plus important?

M. Domm : Je répéterai ce que j'ai dit en réponse à votre première motion. Nous recherchons un équilibre. Il n'est pas question de déterminer quel élément est le plus important; il faut plutôt chercher un équilibre entre les avantages et les coûts.

M. Ouellet : Êtes-vous d'accord pour dire que, comme le professeur Stanbury l'a fait ressortir, les questions que le tribunal sera appelé à considérer, en application de cet article, ne se comparent pas, étant donné qu'il s'agit, d'une part, de redistribution du revenu et, d'autre part, de gain réel et d'économie de ressources? Parce que le Parlement ne semble pas donner de lignes de conduite au tribunal, ni énoncer de priorités ou de critères concernant la diminution de la concurrence et les gains en efficience, le tribunal pourra très difficilement trancher. Il semble évident que toute mainmise ou tout fusionnement puisse entraîner certains gains en efficience. Cela a-t-il plus d'importance pour le gouvernement que la diminution de la concurrence?

M. Domm : La disposition que nous proposons dit : « une simple redistribution de revenu ne doit pas être considérée comme un gain en efficience ».

[...]

M. Ouellet : Cela répond à mes questions. Merci, monsieur Cappe, mais je maintiens toujours que ces exceptions représentent un gros échappatoire qui ne devrait pas être dans la loi. Si nous tenons à avoir une loi pour traiter efficacement des fusionnements qui sont susceptibles de diminuer la concurrence, nous ne devrions pas accepter ces exceptions relatives aux gains en efficience.

L'amendement est rejeté par quatre voix contre deux.

[70] Le Tribunal note que le Comité législatif n'a pas souscrit à la défense absolue fondée sur le « rendement concurrentiel supérieur » figurant parmi les dispositions relatives à l'abus de position

dominante du projet de loi C-91, précité au paragraphe 55. Ce moyen de défense était prévu dans les termes suivants au paragraphe 51(4) :

Une ordonnance ne peut être rendue aux termes du présent article si, à l'égard d'un marché, le Tribunal conclut que la concurrence a été ou est sensiblement empêchée ou diminuée, ou le sera vraisemblablement, en raison du rendement concurrentiel supérieur de la ou des personnes visées par la demande d'ordonnance.

Le Comité législatif, aux pages 11:33-11:35 des *procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, précités au paragraphe 69, a rejeté cette défense absolue et a plutôt décidé que le « rendement concurrentiel supérieur » devrait être un facteur que le Tribunal serait tenu de prendre en considération lorsqu'il s'agirait de déterminer si une pratique donnée empêchait ou diminuait sensiblement la concurrence sur un marché donné. Ce facteur fait maintenant l'objet du paragraphe 79(4) de la Loi.

D. LA LIBRE CONCURRENCE

[71] Dans sa plaidoirie aussi bien qu'aux paragraphes 91-92 de son mémoire soumis en réplique, le commissaire se réfère à l'analyse donnée par la Cour du transfert de richesse et à la reconnaissance par celle-ci de l'objectif de « protection des consommateurs » de la Loi que confirme, selon lui, une longue tradition jurisprudentielle canadienne. Le commissaire met l'accent sur [TRADUCTION] « la protection de l'intérêt public dans la libre concurrence » et fait valoir que le transfert de richesse aux dépens des consommateurs par l'exercice d'une puissance commerciale constitue une atteinte à l'intérêt public que la Cour suprême du Canada a condamnée dès 1912 dans l'arrêt *Weidman v. Shragge*, (1912) 46 R.C.S. 1 à la page 4.

[72] Le commissaire attire aussi l'attention sur l'arrêt de 1992 de la Cour suprême du Canada R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, où les appelants avaient été mis en accusation sous deux chefs de complot pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence, en contravention de l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le commissaire cite le passage suivant de la décision du juge Gonthier, à la page 653:

... Comme notre Cour l'a toujours déclaré dans ses arrêts, le but de la Loi est de faire en sorte que le public canadien bénéficie de la libre concurrence. La puissance commerciale excessive va à l'encontre des objectifs de la Loi...

[73] Le Tribunal note que cette citation omet la phrase suivante de cet alinéa, où le juge Gonthier précise :

Si elle se manifeste par un complot en vue de restreindre la concurrence, l'al. 32(1)c) sera applicable...

Il va sans dire que le juge Gonthier faisait référence à l'infraction de complot, et non aux dispositions relatives aux fusionnements, y compris celles prévoyant la défense fondée sur les gains en efficience, du régime de droit civil introduit en 1986.

[74] Le Tribunal rappelle par parenthèse que la Cour suprême du Canada a refusé de se fonder sur la doctrine de la « libre concurrence » dans les arrêts *La Reine c. K.C. Irving Ltd.* [1978] 1 R.C.S. 408 (portant sur des accusations de monopolisation aussi bien que de fusionnement) et *Atlantic Sugar et autres c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644. Dans l'arrêt *Aetna Insce. Co. c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731, la majorité n'a examiné cette doctrine que dans le contexte de la signification du terme « indûment », et il semble que la Cour suprême, dans l'arrêt *Proc. gén. Can. c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307, ait écarté ce concept afin d'approuver l'exemption des activités réglementées.

[75] L'insuffisance d'une approche fondée sur le droit pénal par rapport à l'objectif central d'efficacité économique a été notée en 1991 aux pages 258-259 de *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, précité au paragraphe 35, par deux hauts fonctionnaires du ministère de la Justice qui, s'appuyant sur les thèses de Bruce McDonald, se sont exprimés sur ce sujet dans les termes suivants :

[TRADUCTION]

Si le droit pénal a pu servir de refuge constitutionnel sûr pendant presque trois quarts de siècle, on a commencé dans les années 1960 à exprimer la crainte qu'une législation relative à la concurrence fondée sur une telle base ne soit pas efficace. C'est ainsi que Bruce McDonald écrivait ce qui suit en 1965 :

Les exigences de 1889 ne sont plus celles des années 1960, et les affaires relatives aux coalitions sont autant d'exemples des acrobaties que les tribunaux doivent faire pour s'adapter à l'évolution en l'absence d'une révision fondamentale de la loi applicable. L'objet de celle-ci a changé, et il est maintenant admis que le renforcement du contrôle des coalitions est un problème complexe nécessitant l'analyse de données économiques. Or, les tribunaux canadiens, conscients de ne pas posséder toute la formation nécessaire pour ce genre d'évaluation, s'opposent autant que possible à tout examen de données économiques ou débat de théorie économique. Les facteurs qui, en 1889, ont amené le législateur à conférer un caractère pénal à la législation sur les coalitions n'ont plus cours. Les raisons qui incitent maintenant à rejeter les coalitions ne sont plus pour l'essentiel morales, et la Loi ne peut disposer spécifiquement de manière à ranger les infractions relatives aux coalitions dans l'autre catégorie générale relevant de l'élément moral [...] Nous ne voulons pas dire que les coalitions devraient être rangées dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, mais seulement que, si elles ne le sont pas, le recours au droit pénal comme instrument de contrôle doit être sérieusement mis en question.

Ce thème a été repris en 1969 par le Conseil économique du Canada dans son *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*. Le gouvernement canadien avait confié en 1966 au Conseil un mandat formulé en partie comme suit : « En conformité des objectifs économiques à long terme du gouvernement, procéder à une étude et faire des recommandations concernant [...] les coalitions, les fusions, les monopoles et les pratiques restrictives du commerce [...] » Le Conseil a conclu que le but principal de la politique de la concurrence devrait être de favoriser l'efficacité économique, d'où s'ensuivrait, de son point de vue, la nécessité d'échapper aux restrictions inhérentes au droit pénal pour passer à un cadre plus souple reposant sur le droit civil :

Les raisons fondamentales de transférer une partie de la politique de la concurrence du gouvernement fédéral au droit civil sont qu'on pourrait ainsi rendre cette politique plus pertinente par rapport aux objectifs économiques, accroître son efficacité et la faire mieux accepter par les citoyens. La plus grande souplesse que permet le droit civil est particulièrement souhaitable dans les domaines de la politique de la concurrence qui se prêtent mal à des interdictions relativement inconditionnelles et qui peuvent en outre nécessiter dans une certaine mesure un examen au cas par cas des effets économiques probables de structures ou de pratiques commerciales déterminées.

[76] Du point de vue du Tribunal, l'historique législatif et, en particulier, l'introduction du régime de droit civil relativement aux fusionnements dans les modifications apportées en 1986 à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, montrent qu'on aurait tort d'examiner les fusionnements en se fondant sur la doctrine de la « libre concurrence » appliquée par les tribunaux à diverses affaires de complot relevant du droit pénal.

[77] Le passage du droit pénal au droit civil dans l'examen des fusionnements indique en outre la justesse de l'application intégrale de la règle de raison, que le juge Gonthier, dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précitée au paragraphe 72, a distinguée de l'application partielle que prescrivaient selon lui les dispositions relatives aux complots. Exception faite des cas de refus de vendre relevant de l'article 75 de la Loi, qui ne prévoit pas la condition d'une diminution sensible de la concurrence, le Tribunal a décidé toutes les affaires dont il a été saisi, y compris celles de fusionnement, en se fondant sur une application intégrale de la règle de raison. En conséquence, il lui est loisible d'examiner l'ensemble des effets d'un fusionnement anti-concurrentiel lorsqu'est invoquée la défense fondée sur les gains en efficience de l'article 96.

E. LES CONCLUSIONS DU TRIBUNAL

[78] La Cour écrit ce qui suit au paragraphe 129 du Jugement rendu en appel :

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 efficience et des effets anticoncurrentiels.

[79] Se fondant sur l'historique législatif, l'examen détaillé et systématique du projet de loi C-91 par le Comité législatif, et le refus de celui-ci de supprimer la défense fondée sur les gains en efficience ou d'amender la disposition de déclaration d'objet de manière à faire de la protection des consommateurs l'objectif principal de la législation, le Tribunal ne peut que conclure que le Comité législatif était tout à fait conscient du fait que les modifications proposées en 1986 à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* avaient en vue des objectifs différents des objectifs traditionnels de la législation canadienne sur la concurrence. Les dispositions antérieures relatives aux fusionnements ne prévoyaient évidemment pas de défense fondée sur les gains en efficience en cas de fusionnement anti-concurrentiel. L'introduction de l'article 96 lui-même montre que les buts des modifications de 1986 différaient des buts traditionnels.

[80] Le fait que le Comité législatif ait supprimé la défense absolue fondée sur le « rendement concurrentiel supérieur » des dispositions proposées relativement à l'abus de position dominante, mais ait accepté telle quelle la défense fondée sur les gains en efficience à l'égard des fusionnements, montre à l'évidence qu'il comprenait entièrement le concept d'efficience et les conséquences d'une disposition prévoyant ce moyen de défense dans l'examen des fusionnements. Il est évident pour le Tribunal que le Comité législatif souscrivait à la thèse selon laquelle l'efficience était le premier objectif des dispositions relatives aux fusionnements de la Loi. Or, il est difficile de concilier ces observations avec la conclusion de la Cour que le Parlement ne voulait pas ou ne comprenait pas les conséquences de cette thèse, ou qu'il avait une autre intention – en particulier si l'on se reporte aux divers préambules et dispositions de déclaration d'objet proposés après le projet de loi C-13, qui ne faisaient plus du tout mention de l'équité comme but de la législation.

[81] Lorsqu'il a présenté le projet de loi C-91 à la deuxième lecture, le Ministre a déclaré à la Chambre des communes (*Débats de la Chambre des communes* (7 avril 1986) p. 11926) que ce texte était destiné à devenir une « loi-cadre à caractère économique » :

Le rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada a souligné l'importance du commerce international pour l'économie canadienne en ces termes : Dans la mesure du possible, le Canada devrait utiliser le commerce international pour assurer le maintien d'une concurrence dynamique sur le marché intérieur.

Monsieur le Président, les lois-cadres à caractère économique comme les lois sur la concurrence, la loi sur la faillite, les sociétés, le droit d'auteur et les marques de commerce nous fournissent les instruments essentiels au bon fonctionnement du commerce car elles établissent les règles fondamentales pour qu'une économie de marché soit concurrentielle et équitable. Or pour la plupart ces instruments sont vieux, inopérants et inadaptés. Nos règles sont désuètes, inadéquates et dans certains cas même entravent beaucoup plus qu'elles ne favorisent la productivité. Les entreprises canadiennes pourront difficilement relever le défi de prendre leur juste part des marchés internationaux tout en ayant à réagir à l'impact de la concurrence internationale sur le marché domestique, si elles sont paralysées par des lois inadéquates. Et partant si nos entreprises sont désavantagées, tous les Canadiens conséquemment en souffriront.

Je suis donc d'avis, monsieur le Président, que les députés de la Chambre ont une responsabilité claire et pressante. Ils doivent mettre ces lois à jour, éliminer de semblables obstacles à la croissance et à la prospérité économique tout en faisant en sorte qu'entreprises et consommateurs soient traités équitablement sur le marché.

Si le gouvernement se préoccupait bien évidemment de l'équité « sur le marché », la raison première qui l'incitait à modifier la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en 1986 était la nécessité de renforcer l'entreprise canadienne et de stimuler la productivité dans le contexte d'une vive concurrence internationale qu'il avait avalisée et qui profiterait en fin de compte aux consommateurs. Les lois relatives aux faillites, aux sociétés, au droit d'auteur et aux marques de commerce font une

place à l'équité, mais celle-ci n'est pas leur objet; leur but principal est de promouvoir le développement économique national. De même, la Loi est un élément essentiel du cadre fondamental mis en place pour le développement économique. Du point de vue du Tribunal, les passages du discours du Ministre cités par la Cour, aux paragraphes 109 et 111 du Jugement rendu en appel, concordent en fait avec les observations ci-dessus de celui-ci.

[82] Le Tribunal a conclu au paragraphe 413 de ses Motifs que la défense fondée sur les gains en efficacité est l'objectif premier des dispositions relatives aux fusionnements de la Loi, et la Cour, au paragraphe 110 du Jugement rendu en appel, a souscrit à cette conclusion :

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.

Mais la Cour a ajouté, au paragraphe 112, que cette conclusion ne limitait pas la définition des effets à prendre en considération :

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.

[83] La Cour a ordonné au Tribunal de prendre en considération les effets de redistribution, mais elle n'a pas précisé la méthode par laquelle le Tribunal devait remplir cette tâche. Le Tribunal doit s'acquitter de celle-ci en tenant compte de l'historique législatif, qui indique clairement que le contenu des dispositions relatives aux fusionnements n'a pas été déterminé par les intérêts des consommateurs. Le Tribunal conclut que l'adoption d'une approche qui ne permettrait les fusionnements producteurs de gains en efficacité que dans de rares cas ne peut être que mal fondée en droit.

V. LE CRITÈRE D'APPRÉCIATION DE LA DÉFENSE FONDÉE SUR LES GAINS EN EFFICACITÉ

[84] Le commissaire soutient que la totalité du revenu redistribué par le fusionnement doit être prise en compte dans l'évaluation des « effets ». De leur côté, les défenderesses affirment, entre autres choses, qu'une fois effectuée l'analyse appropriée des effets de redistribution (c'est-à-dire du transfert de revenu ou de richesse), les gains en efficacité s'avèrent suffisants pour que soit autorisé le fusionnement considéré.

[85] Du point de vue du Tribunal, le critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer si les gains en efficience sont suffisants par rapport aux effets d'un fusionnement anti-concurrentiel forme sans aucun doute la question centrale de la présente affaire. Les divers critères possibles ont été examinés par le témoin expert du commissaire, le professeur P. Townley, dans son affidavit ((16 août 1999): pièce A-2081) et dans son témoignage. Le Tribunal, ayant retenu le critère du surplus total, n'avait qu'effleuré les autres critères possibles. Il convient maintenant, eu égard à la décision de la Cour, d'examiner de manière plus approfondie les divers critères envisageables.

A. LE CRITÈRE DU PRIX

[86] Selon le critère du prix pur et simple, un fusionnement ne peut être approuvé que s'il n'entraîne pas un accroissement de puissance commerciale. Ce critère ne permet pas la prise en considération des gains en efficience, même si l'on peut montrer que ceux-ci déterminent une baisse de prix.

B. LE CRITÈRE DU PRIX MODIFIÉ

[87] Le professeur Townley envisage un critère qu'il appelle aussi « critère du prix », mais qui prévoit la possibilité de prendre en considération les gains en efficience du fusionnement. Selon sa définition de ce critère, *ibid.* à la page 28, les gains en efficience sont considérés comme un facteur positif dans l'examen d'un fusionnement, mais seulement lorsque le prix n'augmente pas à la suite de celui-ci :

[TRADUCTION]

Dans le cas où les entreprises décident de fusionner et où le fusionnement aurait pour effet une baisse du prix du produit en question, les consommateurs aussi bien que les entreprises se trouveraient dans une situation meilleure qu'avant le fusionnement. C'est-à-dire que l'accroissement de la puissance commerciale exerce une pression à la hausse sur le prix, tandis que la diminution des coûts marginaux détermine une pression à la baisse : si la seconde est plus forte que la première, se trouve créée la possibilité d'une baisse nette du prix, ce dont profitent les consommateurs.

[88] Pour éviter toute confusion avec le critère du prix défini au paragraphe 86, dont il est très proche, le Tribunal désignera « critère du prix modifié » le critère défini au paragraphe 87. Le critère du prix modifié, étant fondé sur le principe que les gains en efficience doivent être tels que le prix soit plus bas qu'avant le fusionnement par suite de celui-ci, pose en fait qu'au moins une partie des économies réalisées doit être transmise aux consommateurs sous la forme d'une baisse de prix. Cependant, si l'on applique le critère du prix modifié, on n'est pas fondé à attaquer un fusionnement au simple motif des gains en efficience qui peuvent lui être attribués.

[89] Le professeur Townley fait observer que ce critère est conforme au critère de Pareto et peut donc être adopté du point de vue de l'économie de bien-être. Il note cependant que ce critère assigne, sur le plan de la distribution, une pondération de zéro aux parties aux fusionnements (c'est-à-dire aux gains qui découlent de celui-ci pour leurs actionnaires) et une pondération infinie aux consommateurs. Il fait en outre remarquer ce qui suit aux pp. 28-29:

[TRADUCTION]

Le problème est que l'application de ce critère mènerait à l'interdiction de certains fusionnements potentiellement producteurs de bien-être.

Comme nous le disions ci-dessus, la stricte application du critère de Pareto exclurait l'exécution de certains projets ou politiques qu'une personne raisonnable approuverait. Par exemple, une politique qui améliorerait le sort de la plupart mais empirerait celui d'une seule personne ne remplirait pas ce critère. De même, il ne semblerait pas raisonnable de se prononcer contre un fusionnement qui entraînerait une diminution considérable des coûts et seulement une légère hausse de prix.

En conséquence, le professeur Townley ne préconise pas l'adoption du critère du prix modifié.

C. LE CRITÈRE DU SURPLUS DU CONSOMMATEUR

[90] Le professeur Townley, *ibid.* à la p. 29, considère le critère du surplus du consommateur comme applicable au cas d'un fusionnement produisant à la fois une hausse de prix et des gains en efficacité. Selon ce critère, le fusionnement serait approuvé dans le cas où les gains en efficacité excéderaient la perte totale de surplus du consommateur (c'est-à-dire la somme de la perte sèche – ou perte en efficacité – et de la partie du surplus du consommateur qui passerait aux actionnaires sous forme de superbénéfices).

[91] Suivant l'interprétation du professeur Townley, le critère du surplus du consommateur n'exige pas que le prix postérieur au fusionnement soit identique ou inférieur au prix antérieur. L'application de ce critère pourrait entraîner l'autorisation du fusionnement même s'il devait s'ensuivre une hausse de prix.

[92] Le professeur Townley adopte la notation suivante pour décrire les effets d'un fusionnement :

[TRADUCTION]

- a) la part du surplus du consommateur transférée aux actionnaires (B);
- b) l'augmentation correspondante des bénéfices des actionnaires attribuable à la hausse de prix (B);
- c) la diminution des coûts (les gains en efficacité) qu'entraîne le fusionnement (A);
- d) la perte en efficacité ou perte sèche (la partie restante de la perte de surplus du consommateur) à mettre au compte du fusionnement (C).

En principe du moins, les variables définies par le professeur Townley sont quantifiables et rendent entièrement compte de tous les effets du fusionnement sur l'efficacité économique et sur le bien-être des consommateurs. Le fusionnement est approuvé si les gains en efficacité excèdent la perte totale de surplus du consommateur, c'est-à-dire si $A > B + C$. Dans les cas où ces variables ne sont pas entièrement quantifiées, la question à laquelle doit répondre l'évaluation reste néanmoins la même : les gains en efficacité dépassent-ils l'ensemble des effets du fusionnement sur l'efficacité et sur les consommateurs? Le Tribunal note qu'aux termes du paragraphe 96(1) les gains en efficacité doivent surpasser et neutraliser l'ensemble des effets de l'empêchement ou de la diminution de la

concurrence. On ne peut toujours établir clairement si les partisans du critère du surplus du consommateur considèrent ce critère comme suffisant pour remplir la condition de la neutralisation.

[93] Le professeur trouve à redire au critère du surplus du consommateur. Ce critère, fait-il remarquer, [TRADUCTION] « n'est pas conforme à aucun critère traditionnel de bien-être (que je sache en tout cas) », *ibid.* aux pages 29 et 30. En outre, *ibid.* aux pages 31 et 32, comme il implique la prise en compte de la totalité de la perte de surplus du consommateur subie par l'ensemble des consommateurs, ce critère assigne le même poids à chacun de ceux-ci et les protège tous, même dans les cas où certains d'entre eux sont plus fortunés que les actionnaires de l'entité fusionnée :

[TRADUCTION]

Du point de vue du bien-être, on peut être fondé à assigner des coefficients de distribution suivant le critère du surplus du consommateur si les consommateurs du produit en question sont relativement pauvres. Mais qu'en est-il du cas où les consommateurs du produit des parties à la fusion seraient relativement riches, c'est-à-dire si le produit en cause était une marchandise de luxe produite par des entreprises dont les propriétaires sont relativement pauvres? (Cette question est analogue à celle de savoir s'il faut contrôler les loyers des appartements de luxe lorsque les locataires sont plus riches que les propriétaires.) Je ne sais dans quelle mesure il est probable que cette situation se présente, mais le critère du surplus du consommateur ne donne pas la latitude nécessaire pour régler les questions de cette nature.

On voit donc que le professeur Townley reproche au critère du surplus du consommateur de ne pas établir de distinctions entre les consommateurs, c'est-à-dire entre ceux qui sont relativement pauvres et ceux qui sont relativement riches.

[94] Suivant le critère du surplus du consommateur, la part du surplus du consommateur transférée aux actionnaires égale les superbénéfices réalisés par ceux-ci. Cependant, la perte de surplus est considérée comme importante, alors que l'augmentation correspondante des bénéfices ne la compense en rien. Comme le critère du prix modifié, le critère du surplus du consommateur attribue un coefficient nul aux bénéfices des actionnaires, même quand ils sont socialement avantageux. Comme il a en vue la maximisation du bien-être social, le professeur Townley n'écarte pas la possibilité que les gains pour les actionnaires soient socialement positifs et, par suite, il ne préconise pas non plus l'adoption du critère du surplus du consommateur.

D. LE CRITÈRE DU SURPLUS TOTAL

[95] Selon le professeur Townley, le critère du surplus total, tout comme celui du surplus du consommateur, est applicable à un fusionnement qui entraîne à la fois une hausse de prix et une baisse des coûts. Suivant le critère du surplus total, le fusionnement est approuvé si l'augmentation de surplus du producteur excède la perte de surplus du consommateur, c'est-à-dire, suivant sa notation, si $(A + B) > (B + C)$.

[96] Selon cette formulation, la perte de revenu subie par les consommateurs (B) égale les superbénéfices correspondants réalisés par les actionnaires du fait de la hausse de prix (B).

Contrairement au critère du surplus du consommateur, celui du surplus total postule que les gains des actionnaires et les pertes des consommateurs se compensent exactement, de sorte qu'il se réduit au point de savoir si $A > C$. Donc, le surplus total augmente si la diminution des coûts excède la perte sèche ou perte en efficience.

[97] Le professeur Townley fait observer, *ibid* à la page 18, que le critère du surplus total est compatible avec le critère de l'amélioration possible de Pareto, c'est-à-dire que les actionnaires pourraient dédommager intégralement les consommateurs et gagner encore au fusionnement. Il note que le critère de Pareto est rempli même si le dédommagement ne se matérialise pas et il inscrit au débit du critère du surplus total le fait qu'il postule une compensation complète des gains des actionnaires et des pertes des consommateurs :

[TRADUCTION]

Par conséquent, pas plus qu'une variation compensatoire globale ou une variation équivalente globale, une variation positive (négative) de la mesure du surplus total ne dénote nécessairement un accroissement (une diminution) du bien-être lorsque des questions de distribution du revenu se posent mais qu'il n'en est pas tenu compte dans l'analyse. La méthode du surplus total attribue des coefficients de bien-être égaux aux personnes physiques et aux entreprises, ce qui n'est peut-être pas approprié. C'est-à-dire que si les prix augmentent mais que le critère du surplus total se trouve rempli dans un contexte où les consommateurs sont relativement moins fortunés que les producteurs, le bien-être économique global peut diminuer en dépit d'une augmentation du surplus total.

[98] La principale objection du professeur Townley au critère du surplus total est qu'il n'établit pas de distinction entre les actionnaires de l'entité fusionnée et les consommateurs du produit de celle-ci. Si les actionnaires sont uniformément plus fortunés que les consommateurs, la redistribution du revenu découlant du fusionnement peut être de ce fait inéquitable pour ces derniers, et donc socialement défavorable.

[99] Cependant, dans le cas (qu'il avait envisagé plus tôt à propos des produits de luxe) où les consommateurs seraient plus fortunés que les actionnaires, le professeur Townley ne trouverait vraisemblablement rien à redire à l'approbation d'un fusionnement fondée sur le critère du surplus total. Dans ce cas, la redistribution de revenu ne serait pas inéquitable pour les consommateurs parce qu'il est posé en hypothèse qu'ils constituent le groupe le plus aisé. Le fusionnement, en transférant du revenu aux actionnaires, accroîtrait l'efficience en même temps qu'il favoriserait l'équité dans la distribution de la richesse. Un tel effet de redistribution serait socialement positif.

[100] Le Tribunal note que dans le cas où le groupe des consommateurs et celui des actionnaires se caractériseraient tous deux par la variabilité du revenu et de la richesse de leurs membres, il pourrait se révéler difficile de définir la redistribution du revenu découlant d'un fusionnement comme étant inéquitable pour l'un ou l'autre groupe.

[101] Ce critère suscite chez le professeur Townley des réserves du même ordre que son objection au critère du surplus du consommateur. Selon lui, ce dernier est critiquable parce qu'il met tous les consommateurs sur le même plan, protégeant ainsi les consommateurs les plus aisés d'un transfert de

revenu au profit d'actionnaires censés être pareillement fortunés. Son objection au critère du surplus total est qu'il met les consommateurs et les actionnaires sur le même plan même quand ils sont différents. En fait, le dénominateur commun de ses objections aux deux critères est qu'ils prévoient une pondération fixe et pourraient donc occulter l'effet réducteur de bien-être de certains fusionnements.

E. LA MÉTHODE DES COEFFICIENTS PONDÉRATEURS

[102] On voit donc que le point clé pour le professeur Townley est celui de savoir si les questions de distribution peuvent être réglées correctement en attribuant des poids égaux au groupe des producteurs/actionnaires et au groupe des consommateurs. Il a déclaré ne pouvoir lui-même, en sa qualité de spécialiste et d'universitaire, déterminer les poids appropriés; cependant, a-t-il ajouté, le Tribunal a la capacité de le faire.

[103] Dans l'exposé de sa méthode des coefficients pondérateurs, le professeur Townley invite le Tribunal à attribuer un coefficient de un à l'ensemble des gains découlant du fusionnement pour les producteurs. Il propose en outre, *ibid.* à la page 33, [TRADUCTION] « ... étant donné qu'on ne dispose pas d'informations sur les consommateurs touchés pris individuellement... », l'affectation aux consommateurs d'un coefficient global (w), tel que le surplus pondéré soit de zéro. On a donc :

$$1 (A + B) - w (B + C) = 0$$

où A, B et C sont les estimations quantitatives connues de tous les effets du fusionnement. En résolvant cette équation pour w , le coefficient pondérateur, on obtient le poids à attribuer aux consommateurs considérés dans leur ensemble pour que la perte des consommateurs et les gains des producteurs se compensent exactement.

[104] Le commissaire pose que dans le fusionnement qui nous occupe, A égale 29,2 millions de dollars, B égale 40,5 millions, et C égale trois millions. D'après le commissaire, au paragraphe 113 de son mémoire concernant la procédure de réexamen, le coefficient pondérateur correspondant à ces chiffres est de 1,6. À partir de là, le Tribunal aurait à décider si le coefficient pondérateur est raisonnable [TRADUCTION] « ... en se fondant sur tous renseignements quantitatifs et qualitatifs disponibles touchant les incidences du fusionnement sur la distribution du revenu », précité au paragraphe 85.

[105] Le commissaire, au paragraphe 117 de son mémoire, insiste sur le fait que, en appliquant la méthode du professeur Townley au fusionnement visé en l'espèce, le Tribunal devrait prendre en considération tous les effets qualitatifs pertinents, et non pas seulement les renseignements qualitatifs disponibles touchant les effets de distribution :

[TRADUCTION]

Le professeur a fait observer que le coefficient pondérateur calculé ne rend compte que de facteurs qui peuvent être quantifiés et devrait être « apprécié en tenant compte des facteurs qualitatifs ». Les autres effets qualitatifs pertinents du fusionnement devraient aussi être pris en considération à cette étape de l'analyse, notamment ceux, extrêmement importants, que nous décrivons de manière plus

détaillée à la section III du présent mémoire et aux paragraphes 90 et 91 ci-dessus (note de bas de page omise).

[106] Dans sa plaidoirie, l'avocat du commissaire a soutenu que la légitimité du coefficient pondérateur devrait être appréciée par rapport à l'ensemble de la preuve et des dispositions applicables :

[TRADUCTION]

Mme STREKAF : Alors, pour déterminer si ces chiffres sont trop élevés ou trop bas, ce qu'il faut faire selon la méthode du professeur Townley, c'est d'examiner l'ensemble de la preuve. Il faut aussi tenir compte de l'article 1.1 et des autres indications que contient la Loi pour établir si, en fait, le fusionnement doit être autorisé ou interdit.

Transcription, vol. 2 à la page 270 (10 octobre 2001).

[107] Le Tribunal ne comprend pas tout à fait où le commissaire veut en venir par là. Nous notons en particulier que le professeur Townley, à la page 33 de son rapport, précité au paragraphe 85, n'a pas dit que le coefficient pondérateur calculé devrait être évalué en tenant compte de renseignements qui ne seraient pas liés à la question de l'équité entre les consommateurs et les actionnaires.

[108] En outre, le professeur Townley préconise l'attribution du même poids à l'ensemble des consommateurs seulement à cause de l'absence de renseignements sur les consommateurs pris individuellement. Comme le professeur Townley se soucie du point de savoir si les fusionnements ont ou non un effet de maximisation du bien-être, il voudrait vraisemblablement prendre de tels renseignements en considération dans les cas où ils seraient disponibles et refléteraient des différences notables entre les consommateurs.

[109] S'il applique la méthode des coefficients pondérateurs à l'appréciation des questions de distribution dans la présente espèce, le Tribunal doit être amené à conclure que le poids qui rend fidèlement compte de la perte pour les consommateurs est supérieur d'au moins 60 p. 100 au poids à attribuer aux gains des actionnaires, en supposant ici encore que les consommateurs et les actionnaires forment deux groupes distincts et raisonnablement homogènes. Si telle est sa conclusion, celle-ci milite contre le fusionnement et doit être prise en considération avec tous les autres facteurs qui doivent l'être. En fait, si les estimations de A, B et C rendaient compte exactement de tous les effets d'un fusionnement, le caractère approprié du coefficient pondérateur aurait valeur déterminante. Par conséquent, si le Tribunal connaissait, ou pouvait calculer, le poids approprié, il serait en mesure de déterminer s'il excède ou non le coefficient pondérateur.

F. SOURCES DE LA PONDÉRATION APPROPRIÉE

[110] Selon le Tribunal, le poids approprié devrait être établi par la société ou exprimer les attitudes sociales à l'égard de l'équité entre les catégories de revenus. Il y a plusieurs sources dont on peut déduire la pondération appropriée; l'une d'elles est le régime fiscal, qui est explicitement, encore que pas uniquement, axé sur l'équité. Il est certain que le système d'imposition en vigueur au Canada exprime un consensus social touchant le rapport à établir entre le fardeau fiscal et la classe de

revenus. Si les taux d'imposition sont progressifs par rapport au revenu, c'est que la société a décidé que le dollar marginal de revenu vaut moins pour le contribuable à revenu élevé que pour son homologue à faible revenu. Si, par exemple, le taux d'imposition le plus bas est de 20 p. 100 et le plus élevé de 50 p. 100, il est manifeste que les contribuables à faible revenu sont favorisés par rapport aux contribuables à revenu élevé; dans ce cas, si l'on attribue un poids de 1,0 à ce dernier groupe, le poids correspondant pour le premier serait de 2,5.

[111] Les professeurs R. Boadway et H. Kitchen tirent la conclusion suivante, à la page 45, de l'étude documentaire qu'ils ont récemment effectuée pour l'Association canadienne d'études fiscales (*Canadian Tax Policy*, étude no 103, 3e édition, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1999) :

[TRADUCTION]

Considéré dans son ensemble, le régime fiscal semble prévoir des contributions en gros proportionnelles aux revenus. Cela ne veut pas dire que la politique des pouvoirs publics, envisagée d'un point de vue plus général, soit défavorable à la redistribution. Une grande partie des dépenses budgétaires paraît en effet motivée par des objectifs de redistribution, et il semble qu'une part substantielle de la redistribution soit en fait effectuée par le moyen des programmes de dépenses – constatation qui milite elle aussi contre l'établissement d'une structure hautement progressive de l'impôt sur le revenu.

[112] Il semble au Tribunal que si le poids approprié doit être déduit du seul régime fiscal, il est peu probable qu'il atteigne 1,6, étant donné la proportionnalité générale des taux d'imposition réels. Cependant, le Tribunal s'attendrait à ce qu'on lui présente une opinion d'expert sur un sujet aussi spécialisé.

[113] Compte tenu à la fois du régime fiscal et de la structure des dépenses publiques au Canada, il semble y avoir lieu d'attribuer un poids plus grand aux classes de revenus qui pourraient être dites pauvres ou indigentes qu'aux actionnaires, en supposant que ceux-ci ne sont ni l'un ni l'autre. Le rapport du professeur Townley propose à cet égard certaines statistiques que le Tribunal examine plus loin.

G. LE CRITÈRE D'ÉVALUATION DES GAINS EN EFFICIENCE AUX ÉTATS-UNIS

[114] La Cour, aux paragraphes 154-157 du Jugement rendu en appel, écrit ce qui suit à propos du critère du surplus total :

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.

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 [...]

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.

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...

[115] Il apparaît à l'évidence que la Cour donne du poids à la façon dont les gains en efficience sont considérés en droit antitrust américain et en fait sa valeur de référence pour apprécier les conclusions tirées par le Tribunal sous le régime de la Loi. Or, selon le Tribunal, il y a entre les approches américaine et canadienne des gains en efficience et de l'examen des fusionnements des différences considérables, dont on ne peut prendre la mesure sans une certaine connaissance de l'histoire du droit antitrust américain. (Le Tribunal s'appuie dans la présente analyse de la conception américaine des gains en efficience sur deux publications de la Section du droit antitrust de l'American Bar Association : Monograph 12, *Horizontal Mergers: Law and Policy*, Chicago, 1986 et Robert S. Schlossberg et Clifford H. Aronson, (dir.) *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*, Chicago, 2000.

[116] Le critère du prix a guidé les tribunaux américains au cours de la plus grande partie du siècle dernier et a créé une prévention judiciaire contre les éléments de preuve et arguments fondés sur l'efficience. Dans la décision *United States v. Brown Shoe Co.*, 179 F. Supp. 721, conf. 370 U.S. 294 [1962], la cour de district a souscrit à l'opinion du gouvernement selon laquelle certains avantages découlant pour Brown Shoe Co. de l'acquisition auraient bel et bien pour effet de faire baisser le prix ou d'améliorer la qualité du produit; cependant, le détaillant indépendant serait moins à même de soutenir la concurrence avec l'entité fusionnée, plus efficiente.

[117] En pourvoi devant la Cour suprême des États-Unis, *Brown Shoe Co.* a vigoureusement nié que le fusionnement entraînerait une quelconque réduction de coûts, tandis que le gouvernement, convaincu du contraire, a attaqué les gains en efficacité allégués au motif qu'ils permettraient à *Brown Shoe Co.* de baisser ses prix. La Cour suprême a reconnu que les consommateurs pourraient gagner au fusionnement et a en outre noté que la loi protégeait la concurrence et non les concurrents. Néanmoins, son critère principal était que le droit antitrust américain protégeait les petites entreprises locales viables et, parmi les facteurs contradictoires à prendre en considération, faisait pencher la balance en faveur de la « décentralisation » (*Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 [1962], à la page 344).

[118] Dans l'affaire *United States v. Philadelphia National Bank et al.*, 374 U.S. 321 [1963], les défendeurs ont essayé de justifier le fusionnement en faisant valoir, entre autres arguments, que la nouvelle entreprise serait mieux à même de soutenir la concurrence des grandes banques de l'extérieur de l'État et que sa création profiterait à l'économie de la collectivité locale. La Cour suprême des États-Unis n'a pas contesté l'exactitude de ces affirmations, mais elle a déclaré ce qui suit à la page 371 :

[TRADUCTION]

Il est néanmoins clair pour nous qu'un fusionnement dont l'effet « peut être de diminuer sensiblement la concurrence » n'est pas protégé par le fait qu'il puisse être considéré comme avantageux sous l'angle de quelque règlement final des comptes économiques ou sociaux...

Dans l'arrêt *FTC v. Proctor and Gamble Co.*, 386 U.S. 568, à la page 580 [1967]), la Cour suprême formule l'observation suivante :

[TRADUCTION]

Les économies possibles ne peuvent être utilisées comme moyen de défense contre une accusation d'illégalité. Le Congrès était conscient du fait que certains fusionnements qui diminuent la concurrence peuvent aussi entraîner des économies, mais il a accordé la primauté à la protection de la concurrence.

Dans l'affaire *F.T.C. v. Foremost Dairies*, 60 F.T.C. 944 [1962], la Federal Trade Commission des États-Unis a statué que les gains en efficacité notables qui résulteraient du fusionnement en question se traduiraient par un grave désavantage concurrentiel pour les entreprises rivales plus petites.

[119] Ces décisions illustrent la prévention américaine contre les gains en efficacité. Suivant le critère du prix, les gains en efficacité découlant d'un fusionnement ne pouvaient être invoqués comme moyen de défense, mais pouvaient au contraire aider le gouvernement à obtenir l'interdiction du fusionnement.

[120] La prévention judiciaire contre les gains en efficacité s'est exprimée dans les *Merger Guidelines* publiées en 1968 par le département américain de la Justice, qui permettaient d'invoquer les gains en efficacité pour justifier un fusionnement par ailleurs attaqué que « dans des cas exceptionnels ». De même, les *Merger Guidelines* de 1982 ne permettaient la prise en considération des gains en efficacité que « dans des circonstances extraordinaires ».

[121] À notre avis, ce parti pris défavorable aux gains en efficience s'est fait jour aux États-Unis non pas parce que les lois antitrust condamnaient l'efficience en soi, mais plutôt parce que ces lois étaient avant tout axées sur la « décentralisation », c'est-à-dire la prévention de la concentration industrielle. Dans l'affaire *Brown Shoe*, la Cour suprême des États-Unis craignait que, puisque l'entité fusionnée acquerrait une part de marché supérieure à 5 p. 100, l'approbation du fusionnement n'eût pour conséquence qu'on ne pourrait empêcher la réalisation de fusionnements semblables par les concurrents de Brown Shoe Co. Dans l'affaire *Philadelphia National Bank*, la Cour suprême se préoccupait de la relation entre la puissance commerciale et la structure du marché, mesurée par la part de marché conformément aux thèses des économistes de l'époque. Elle posait en principe qu'une transaction qui donnerait aux parties au fusionnement une part de marché de 30 p. 100 était illégale par présomption et ne pouvait être justifiée par d'autres aspects favorables tels que les gains en efficience. La « doctrine de la prévention de la concentration » (*incipiency doctrine*) qui se dégage de l'affaire *Brown Shoe* et la « présomption fondée sur la structure du marché » établie par l'arrêt *Philadelphia National Bank* constituent peut-être les principaux résultats de la politique relative aux gains en efficience qu'implique le critère du prix.

[122] Il semble au Tribunal que les organismes chargés de veiller à l'application de la législation américaine se soient détournés du critère du prix pour adopter soit le critère du prix modifié, soit le critère du surplus du consommateur. À la suite des modifications apportées en 1984 et 1992 à l'analyse des gains en efficience dans les *Merger Guidelines*, la version en vigueur de celles-ci a été adoptée en 1992 et clarifiée en 1997 par le département américain de la Justice et Federal Trade Commission (*Horizontal Merger Guidelines*, section 4 dans sa forme révisée, Washington, D.C., 1997) (« Lignes directrices américaines ») :

[TRADUCTION]

L'autorité compétente ne contestera pas un fusionnement dont les gains en efficience recevables sont d'une nature et d'une quantité telles que ce fusionnement ne risque de se révéler anticoncurrentiel sur aucun marché pertinent. Pour établir la détermination nécessaire, l'autorité compétente se pose la question de savoir si les gains en efficience recevables seraient vraisemblablement suffisants pour annuler le dommage potentiel pour les consommateurs sur le marché pertinent, par exemple en empêchant des hausses de prix sur ce marché.

[123] Si les autorités compétentes prescrivent que les gains en efficience prouvés doivent empêcher des hausses de prix pour annuler le dommage potentiel pour les consommateurs, le critère applicable est le critère du prix modifié. Cependant, à l'examen de la formulation, il semble que la prévention d'une hausse des prix soit suffisante, mais non nécessaire, pour annuler le dommage pour les consommateurs. Il se pourrait donc que le critère retenu par les autorités compétentes soit celui du surplus du consommateur. Mais quel que soit le critère, il apparaît à l'évidence que l'incidence sur les consommateurs est le facteur principal dont on tient compte lorsqu'on évalue les gains en efficience dans l'examen d'un fusionnement aux États-Unis.

[124] S'il est vrai que la législation antitrust américaine ne prévoit pas de défense fondée sur les gains en efficience, les organismes chargés de son application usent de leur pouvoir d'appréciation quand ils doivent décider s'il y a lieu d'attaquer un fusionnement et prennent en considération les

gains en efficacité dans le cadre de leur évaluation des effets du fusionnement sur la concurrence. Ainsi, si elles constatent que les gains en efficacité recevables sont si élevés que le fusionnement ne puisse plus être considéré comme dommageable pour les consommateurs, les autorités compétentes sont disposées à l'avaliser. Dans ce sens, la transaction doit être « purgée » par les gains en efficacité pour éviter d'être attaquée.

[125] Il apparaît que les seules affaires portées devant les tribunaux américains où des fusionnements attaqués aient été autorisés pour cause de gains en efficacité mettaient en jeu l'union d'établissements hospitaliers sans but lucratif (*FTC v. Butterworth Health Corp.*, 946 F. Supp. 1285 W.D. Michigan 1996, *conf.*, 121 F.3d 708 6th Cir. 1997 (*par la Cour*) (décision sans audience); et *United States v. Long Island Jewish Medical Center*, 983 F. Supp. 121 E.D.N.Y. 1997). Dans ces affaires, l'absence de but lucratif des parties aux fusionnements a joué un rôle important dans la conclusion des tribunaux que les gains en efficacité profiteraient en fin de compte aux consommateurs.

[126] Exception faite des fusionnements d'établissements hospitaliers sans but lucratif, il n'a pas été porté devant les tribunaux américains d'affaires où les gains en efficacité recevables eussent été jugés suffisants pour justifier l'autorisation d'un fusionnement par ailleurs anti-concurrentiel. Le passage du critère du prix au critère du prix modifié ou à celui du surplus du consommateur dans l'activité des organismes gouvernementaux chargés de l'application de la législation américaine a eu pour effet pratique de maintenir la prévention traditionnelle contre les gains d'efficacité (voir D. Garza, « The New Efficiencies Guidelines: The Same Old Wine in a More Transparent Bottle », *Antitrust*, été 1997, aux pp. 6 à 10).

[127] Rappelons, pour illustrer cette prévention, que la Federal Trade Commission a invoqué dernièrement dans *Federal Trade Commission v. H.J. Heinz Company*, no 00-5362 (D.C. Circuit), mémoire soumis en réplique présenté au nom de la Federal Trade Commission, défendeur-appelant, le 29 novembre 2000, à la page 43, note 20, dans les termes suivants deux affaires récentes mettant en jeu des gains en efficacité :

[TRADUCTION]

Il a été statué dans les décisions *Cardinal Health* aussi bien que *Staples* que, même si une défense fondée sur les gains en efficacité peut être mise en oeuvre, les défendeurs doivent démontrer que les gains en efficacité « prouvés » seront transmis et qu'ils l'emportent sur tous effets anticoncurrentiels possibles du fusionnement.

[128] Le directeur actuel de la Federal Trade Commission, dans Timothy J. Muris, « The Government and Merger Efficiencies: Still Hostile After All These Years », *Geo. Mason Law. Rev.*, (1999) 729, à la page 751, après un examen des affaires récemment plaidées où les organismes chargés de l'application de la législation avaient obtenu le rejet d'allégations plausibles de gains en efficacité, concluait en 1999 à la persistance des attitudes traditionnelles à l'égard de tels gains :

[TRADUCTION]

Premièrement, l'attitude du gouvernement à l'égard des gains en efficacité attribuables aux fusionnements a évolué dans le sens d'une réception plus favorable.

Nous n'en sommes plus depuis longtemps à l'époque où l'on contestait un fusionnement au motif qu'il ferait diminuer les coûts. En outre, dans leurs lignes directrices à tout le moins, les organismes chargés de l'application de la législation n'arguent plus du caractère non spécifique au fusionnement de la diminution des coûts en invoquant un autre moyen hypothétique, mais de mise en oeuvre peu probable, d'obtenir les gains en efficience. De même, on ne se fonde plus sur la condition de la « transmission » des avantages pour rejeter quasi automatiquement les allégations de diminution des coûts.

Deuxièmement, certains problèmes subsistent néanmoins [...] Étant donné que les parties au fusionnement sont tenues de démontrer que celui-ci fera vraisemblablement diminuer les coûts, le préjugé du gouvernement à l'encontre de certains gains en efficience ne se justifie pas. Cette prévention témoigne d'une répugnance de longue date à accepter pleinement l'idée du potentiel de réduction des coûts des fusionnements.

Troisièmement, l'attitude des organismes chargés de veiller à l'application de la législation reste caractérisée par une hostilité implacable à l'égard des allégations de diminution des coûts [...]

Il se peut que ces affaires portées devant les tribunaux n'expriment pas fidèlement l'attitude du gouvernement. Les affaires de fusionnement sont rarement soumises aux tribunaux de nos jours, et ce serait peut-être trop demander aux organismes compétents que de s'abstenir d'argumenter. Néanmoins, ces affaires témoignent de l'absence de changement dans les attitudes gouvernementales. Les auteurs d'études antérieures ont constaté que la prévention excessive contre les gains en efficience des fusionnements était très répandue dans les organismes chargés d'exécuter la législation, et ces affaires récentes confirment tout à fait ces conclusions.

[129] Le Tribunal conclut qu'il n'existe pas en fait aux États-Unis de défense fondée sur les gains en efficience relativement aux fusionnements anti-concurrentiels, sauf dans des cas exceptionnels comme les fusionnements d'établissements hospitaliers sans but lucratif. Les tribunaux et les organismes chargés de veiller à l'application de la législation ont adopté la position voulant qu'aucun dommage pour les consommateurs ne puisse être toléré sous le régime antitrust et que, par conséquent, les gains en efficience ne puissent justifier un fusionnement anticoncurrentiel.

[130] Cependant, le Tribunal ne peut s'empêcher de remarquer que, comme il ressort à l'évidence des observations de M. Muris, le régime antitrust américain est le théâtre d'un vif débat touchant l'attitude à adopter à l'égard des gains en efficience dans l'examen des fusionnements.

H. LES DIFFÉRENCES ENTRE LES APPROCHES CANADIENNE ET AMÉRICAINE DES FUSIONNEMENTS ET DES GAINS EN EFFICIENCE

[131] Il ne fait aucun doute que la Cour a donné un certain poids à la conception américaine de l'action antitrust et aux opinions des commentateurs américains qui, conformément à cette conception, s'opposent à l'application du critère du surplus total. Ce faisant, la Cour ne semble pas

tenir compte de la prévention historique et toujours présente dont les gains en efficacité font l'objet dans le contexte de l'examen des fusions en droit antitrust américain, ni des raisons de cette prévention, et elle n'a peut-être pas pris toute la mesure des différences multiples, subtiles peut-être mais cruciales, qui séparent les dispositions relatives aux fusions de la Loi canadienne de celles des lois antitrust américaines, considérées en soi et du point de vue de l'histoire de leur application judiciaire.

1) Les facteurs liés à la structure du marché

[132] Premièrement, le paragraphe 92(2) de la Loi dispose que des éléments de preuve touchant seulement la part du marché ou la concentration ne suffisent pas à étayer la conclusion qu'un fusionnement empêchera ou diminuera sensiblement la concurrence. Cette disposition est une réaction à la doctrine de la prévention de la concentration adoptée par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Brown Shoe* et à la présomption fondée sur la structure du marché découlant de l'arrêt *Philadelphia National Bank*, précité au paragraphe 118. Il ne faut pas oublier que, jusqu'aux années 60 inclusivement, l'examen des fusions aux États-Unis était axé presque exclusivement sur le point de savoir si la part de marché postérieure au fusionnement était suffisamment grande pour étayer une conclusion d'illégalité. Ce n'est qu'avec l'arrêt *U.S. v. General Dynamics Corp.* 415 U.S. 486 (1974), que la Cour suprême des États-Unis s'est écartée de l'application stricte du seul critère des parts de marché calculées pour prendre en considération d'autres facteurs pertinents.

[133] Alors que les arrêts *Brown Shoe* et *Philadelphia National Bank* reflétaient les connaissances économiques de l'époque, les rédacteurs des modifications apportées à la Loi canadienne en 1986 ont voulu s'inspirer des travaux plus récents qui jetaient un doute considérable sur la relation entre la puissance commerciale et la part de marché. Par conséquent, même dans le cas extrême d'un fusionnement menant à un monopole, si l'on entend par « monopole » la situation caractérisée par un producteur unique, on ne peut automatiquement conclure que la transaction diminuerait sensiblement la concurrence sous le régime de l'article 92 au seul motif que l'entité fusionnée acquerrait une part de marché de 100 p. 100.

2) Gains en efficacité et effets concurrentiels

[134] Deuxièmement, comme nous l'avons vu ci-dessus, les Lignes directrices américaines, précitée au paragraphe 122, régissant l'action des organismes américains chargés de l'application de la législation prescrivent que les gains en efficacité doivent « purger » le fusionnement de ses effets dommageables. L'analyse des gains en efficacité se trouve ainsi directement liée à l'analyse des effets concurrentiels sur les consommateurs. Ce n'est que lorsqu'ils seront convaincus que les effets défavorables ont été supprimés que les organismes compétents s'abstiendront d'attaquer le fusionnement.

[135] La prescription selon laquelle les gains en efficacité prouvés doivent « purger » le fusionnement anti-concurrentiel découle aux États-Unis de l'absence d'un moyen de défense explicitement prévu par la loi qui autoriserait la réalisation d'un fusionnement anti-concurrentiel. Le défunt professeur P. Areeda, l'expert peut-être le plus en vue du droit antitrust américain, a analysé brièvement cette question dans *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Applications*, Vol. IVA, éd. rév., New York, Aspen Law Business, 1998, à la p. 28 :

[TRADUCTION]

Nous avons certes parlé d'une « défense » fondée sur les économies, mais il faut bien voir que ce n'est pas une défense contre une conclusion définitive que le fusionnement « diminue la concurrence » ou est « illégal ». Ce terme se rapporte plutôt à la réfutation d'une conclusion du premier ordre tirée d'une partie de la preuve (concernant par exemple les parts de marché), conclusion selon laquelle le fusionnement peut être dit par présomption diminuer la concurrence et violer la loi applicable. C'est-à-dire qu'il s'agit d'une défense contre une prétention fondée de prime abord...

[136] La conception des gains en efficience qu'exprime le paragraphe 96(1) de la Loi est très différente. La Loi, ainsi que le Tribunal l'a conclu au paragraphe 449 de ses Motifs, n'exige pas que les gains en efficience empêchent de se produire les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Si tel était le cas, les gains en efficience seraient considérés comme un facteur dans l'examen prévu à l'article 92. En fait, les défenderesses ont fait valoir cet argument dans la phase relative à la responsabilité, où elles ont essayé de montrer que les économies à attendre du fusionnement visé en l'espèce étaient si considérables qu'elles feraient bel et bien baisser les prix, et que par conséquent le fusionnement ne serait pas anti-concurrentiel. Le Tribunal a rejeté intégralement cet argument lorsqu'il a conclu dans ses Motifs au paragraphe 258, précités au paragraphe 2, que l'article 92 avait pour objet la puissance commerciale ou l'aptitude à influencer les prix, plutôt que le point de savoir si les prix, effectivement ou vraisemblablement, augmenteraient ou baisseraient par suite du fusionnement.

[137] C'est manifestement l'intention du Parlement que, dans l'examen des fusionnements, les gains en efficience ne soient pris en considération que par rapport à l'article 96 et non relativement à l'article 92. Par suite, l'étude des gains en efficience ne doit pas être intégrée dans l'analyse des effets concurrentiels du fusionnement. L'article 96 est libellé en conséquence; il exige en effet que les gains en efficience « surpasse[nt] et neutralise[nt] » les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, et non pas qu'ils empêchent ces effets de se produire. Il s'ensuit que la Loi n'exige pas que le fusionnement soit « purgé » de ces effets; en fait, les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence peuvent subsister même quand le critère de l'article 96 se trouve rempli.

3) L'analyse comparative

[138] Troisièmement, comme il est spécifié dans les Lignes directrices américaines, les gains en efficience sont examinés au niveau du marché pertinent pris isolément. Par conséquent, s'agissant d'un fusionnement à propos duquel on a défini plusieurs marchés pertinents – marchés de produit ou géographiques, ou les deux –, les gains en efficience doivent annuler le dommage sur chacun de ces marchés. D'où il suit que l'insuffisance de ces gains ne serait-ce que sur un seul marché pertinent peut amener les organismes chargés de l'exécution de la législation à écarter la totalité des gains en efficience produits par le fusionnement.

[139] À une exception près, les Lignes directrices américaines ne permettent aucune analyse comparative selon laquelle, par exemple, les gains en efficience obtenus dans une région du pays contrebalanceraient les effets anti-concurrentiels produits dans une autre région. Selon les Lignes

directrices américaines, section 4, note 36, la raison en est à chercher dans le *Clayton Act* (15 U.S.C. § (1993) :

[TRADUCTION]

L'article 7 du *Clayton Act* interdit les fusionnements susceptibles de diminuer sensiblement la concurrence « dans toute branche du commerce [...] dans toute partie du pays ». En conséquence, l'organisme examine normalement la concurrence sur les marchés pertinents pris isolément et attaquera en principe le fusionnement s'il doit vraisemblablement avoir des effets anticoncurrentiels sur l'un quelconque de ces marchés. Dans certains cas cependant, l'organisme, en vertu de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre, tiendra compte de gains en efficience non produits rigoureusement sur le marché pertinent, mais si inextricablement liés à celui-ci qu'un dessaisissement partiel ou une autre mesure de redressement ne pourrait concrètement supprimer l'effet anticoncurrentiel sur le marché pertinent sans annuler les gains en efficience sur le ou les autres marchés. Les gains en efficience inextricablement liés au marché pertinent jouent rarement un rôle notable dans les déterminations de l'organisme concluant à l'inopportunité d'attaquer un fusionnement. C'est quand ils sont considérables et que l'effet anticoncurrentiel sur le ou les marchés pertinents est faible qu'il y a le plus de chances de les voir jouer un tel rôle.

On voit donc que c'est seulement lorsque les gains en efficience sont inextricablement liés au marché pertinent que les compensations réciproques entre marchés peuvent être prises en considération, mais que même cette exception est rarement appliquée et que son application est subordonnée à l'insuffisance de la mesure de redressement.

[140] En revanche, l'article 96 de la Loi s'applique à l'intégralité de la transaction. Il ne dispose pas que les gains en efficience obtenus sur un marché ou dans une région donnée doivent surpasser et neutraliser les effets sur ce marché ou dans cette région. Les critères du surpassement et de la neutralisation prévus par l'article 96 exigent une comparaison de l'ensemble des gains en efficience et de l'ensemble des effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, sur les marchés et dans les régions considérés globalement. Il est donc manifeste que la Loi envisage la possibilité que les gains en efficience excèdent les effets anti-concurrentiels sur certains marchés ou dans certaines régions, mais pas sur d'autres marchés ou dans d'autres régions.

4) La concentration industrielle

[141] La Cour constate que les lois antitrust américaines ne prévoient pas explicitement de défense fondée sur les gains en efficience, mais n'en explique pas la raison profonde. Étant donné le souci traditionnel aux États-Unis d'empêcher l'accroissement de la concentration industrielle et de prévenir les effets politiques à craindre d'une association de la puissance économique et du pouvoir politique, ou y est beaucoup moins préoccupé de l'efficience. Mais il n'en va pas de même au Canada. Comme la concentration industrielle était déjà considérable dans certains secteurs et étant donné l'ouverture accrue de l'économie canadienne à la concurrence étrangère, le législateur canadien accordait moins d'importance à la poursuite du mouvement de concentration intérieure qu'aux gains en efficience économique à en escompter, à la condition qu'ils soient prouvés. Rappelons en outre que le souci explicite de l'association des pouvoirs économique et politique exprimé en 1971 dans le projet de loi

C-256, précité au paragraphe 47, ne l'a plus été dans les projets ultérieurs de modification de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

[142] Les commentateurs de l'avant-dernier projet de modification de la Loi, tout en attirant l'attention sur les fusionnements qui accroissent la concentration dans l'économie canadienne, de petite taille, écrivent dans B. Dunlop, D. McQueen et M. Trebilcock, *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Book Inc., 1987, à la page 186, ce qui suit :

[TRADUCTION]

En revanche, de la petite taille du marché découle aussi une plus forte probabilité de non-matérialisation des économies possibles, d'échelle par exemple. C'est pourquoi il nous paraît essentiel que, lorsqu'un fusionnement canadien est attaqué, il soit ménagé aux parties tout loisir d'invoquer comme moyen de défense la matérialisation des économies. Il faut cependant ajouter que la possibilité d'invoquer ce moyen de défense doit être subordonnée à la condition que les économies touchent l'utilisation de ressources réelles, et non le simple usage de la puissance commerciale nouvellement conférée par l'augmentation de taille pour obtenir des gains dits « pécuniaires » aux dépens des marges bénéficiaires des fournisseurs en amont, ou des transformateurs et des distributeurs en aval.

Étant donné la taille de l'économie américaine et l'objet historique des lois antitrust aux États-Unis, il n'est pas étonnant qu'on ne s'y soit pas beaucoup soucié du risque de sacrifier des économies d'échelle; en fait, suivant le critère du prix, de telles économies militaient contre l'autorisation des fusionnements.

5) La petite entreprise

[143] Comme nous le disions plus haut, la petite entreprise a fait traditionnellement l'objet d'une attention spéciale aux États-Unis. La survie des petites entreprises sous contrôle local formait un des principaux objets des lois antitrust et, comme nous l'avons vu aussi, les justifications fondées sur l'efficacité des fusionnements créant des concurrents de grande taille à la petite entreprise étaient vues d'un oeil défavorable. Mais si l'importance accordée par la législation antitrust américaine à la protection des petites entreprises contre la concurrence des grandes a diminué très sensiblement, la prévention contre les arguments d'efficacité est restée intacte.

[144] Le point de vue sur les petites entreprises dont témoigne la Loi canadienne est là encore très différent. Comme le Tribunal l'a fait remarquer, la disposition de déclaration d'objet de la Loi ne protège pas les petites entreprises contre les concurrents de grande taille; elle vise plutôt à assurer à la petite entreprise, dans le contexte de la concurrence, une « chance honnête » de participer à l'activité économique. Par conséquent, la Loi ne trouve rien à redire à la situation où, du fait d'une plus grande efficacité, une entité fusionnée s'assure un avantage concurrentiel sur des concurrents plus petits et moins efficaces. Si par ailleurs le fusionnement est anti-concurrentiel, il n'en est pas moins autorisé à condition que soit rempli le critère prévu à l'article 96.

6) Le contrôle étranger

[145] Une autre différence importante entre les deux pays est le souci implicite du Canada de conserver la propriété de ses entreprises et le contrôle de son économie. Étant donné le degré de concentration industrielle qui existe au Canada, les fusions de grandes entreprises canadiennes de la même branche de production seraient fréquemment interdites en l'absence d'un moyen de défense reconnu par la législation. Cette interdiction fréquente aurait entre autres conséquences que les grandes entreprises canadiennes pourraient plus facilement fusionner avec des sociétés étrangères, puisque l'entité qui en résulterait dépasserait moins souvent le seuil du caractère anti-concurrentiel au Canada.

[146] Il faut se rappeler que la Loi a été modifiée, et que la défense fondée sur les gains en efficacité y a été incorporée, en même temps qu'on débattait le libre-échange avec les États-Unis et que s'accroissait la tendance à la privatisation. Dans un contexte mondial caractérisé par la libéralisation du commerce et de l'investissement internationaux, la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'article 96 ménage la possibilité que les fusions d'entreprises canadiennes importantes produisent des entités capables de mieux soutenir la concurrence avec les grandes entreprises étrangères sur le marché intérieur et à l'étranger.

7) Les gains en efficacité : « spécifiques au fusionnement » ou « déterminés par l'ordonnance »?

[147] Les Lignes directrices américaines, précitées au paragraphe 122, stipulent que les gains en efficacité doivent être « spécifiques au fusionnement ». Si ces Lignes directrices ne donnent pas plus de précisions, cette prescription semble signifier qu'un gain en efficacité allégué n'est pas recevable dans le cas où il pourrait être obtenu par un autre moyen, moins anti-concurrentiel veut-on sans doute dire.

[148] Dans ses Motifs au paragraphe 462, le Tribunal a conclu que les gains en efficacité, en l'espèce, ne seraient pas obtenus en l'absence du fusionnement (c'est-à-dire si était rendue une ordonnance l'interdisant) et pouvaient donc être pris en considération pour l'application du critère du paragraphe 96(1) de la Loi. Cette prescription n'est pas la même que celle qu'appliquent les organismes chargés de veiller à l'application de la législation américaine. Ayant déterminé que les deux approches n'étaient pas identiques, le Tribunal a noté que la même distinction avait été examinée dans la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe 37, qui souscrivait à la thèse selon laquelle la Loi n'exigeait pas que les gains en efficacité allégués ne puissent être obtenus par un autre moyen, moins anti-concurrentiel, bien que ce fût là la condition prévue dans les *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Fusionnements, Consommation et Corporations Canada*, directeur des enquêtes et recherches, bulletin d'information no 5, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, mars 1991 (« Lignes directrices canadiennes »).

[149] Le commissaire peut exiger que les gains en efficacité soient spécifiques au fusionnement au moment de décider s'il y a lieu d'attaquer celui-ci. Cependant, une fois qu'il a formé une demande sous le régime de la Loi, les gains en efficacité pris en compte sont « déterminés par l'ordonnance » plutôt que « spécifiques au fusionnement ». Comme le Tribunal formule son ordonnance en se fondant sur les conclusions auxquelles il est arrivé sous le régime de l'article 92 de la Loi, les gains

en efficience sont évalués en fonction de l'ordonnance. Par conséquent, les gains en efficience ne peuvent avoir aucune influence sur l'ordonnance rendue par le Tribunal.

I. COMMENTAIRES AMÉRICAINS

[150] Au paragraphe 157 du Jugement rendu en appel, la Cour cite favorablement des auteurs américains qui mettent explicitement la protection des consommateurs au premier rang des objectifs de la législation antitrust américaine. Or, les dispositions relatives aux fusionnements de la Loi canadienne ne sont pas axées sur la protection des consommateurs. Il semble au Tribunal que les commentateurs américains ne s'en soient pas en général rendu compte. Ils se sont plutôt empressés d'attaquer l'article 96 de la Loi canadienne, et toujours au motif qu'il exprime une conception différente de celle de la législation antitrust américaine. En cela, ils ont entièrement raison, mais ils oublient de tenir compte des conditions et préoccupations économiques du Canada, en particulier de la taille relativement petite de son économie.

[151] Le professeur S. Ross, par exemple, soutient dans son analyse de la Loi dans « Afterword – Did the Canadian Parliament Really Permit Mergers That Exploit Canadian Consumers So That the World Can Be More Efficient? », (1996) 65 *Antitrust* . L. J. 641), que les termes « l'empêchement ou [...] la diminution de la concurrence » du paragraphe 96(1) devraient être interprétés de la même façon que le membre de phrase « restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu » de l'article 45 (il veut sans doute parler de l'alinéa 45(1)d) et donc interdire la redistribution de richesse attribuable aux fusionnements anti-concurrentiels, comme le Parlement a voulu le faire pour les complots. Le Tribunal ne peut souscrire à cette opinion. Le Parlement aurait repris la formulation de l'alinéa 45(1)d dans l'article 96 lorsqu'il l'a ajouté à la Loi en 1986 s'il avait eu l'intention d'y reporter la signification correspondante.

[152] Deuxièmement, le professeur Ross relève dans son analyse, *ibid.* à la page 647, la crainte que le critère du surplus du consommateur n'ait pour effet de [TRADUCTION] « retrancher en pratique de la *Loi sur la concurrence* la défense fondée sur les gains en efficience ». Se reportant aux remarques incidentes du juge Reed dans la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe 37, il conclut, à la page 648 de son analyse, que ce critère autoriserait les fusionnements dans les cas où les gains en efficience sont [TRADUCTION] « presque certains » et « la diminution sensible de la concurrence seulement vraisemblable ». Cependant, aucune disposition de la Loi n'étaye cette thèse; selon le Tribunal, la prescription comme quoi les gains en efficience doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités s'applique également à tous effets allégués.

[153] Le professeur Ross a peut-être raison de conclure, à la page 648 de son analyse, que le paragraphe 96(2) est incompatible avec le critère du surplus total, mais il est aussi incompatible avec le critère du surplus du consommateur et le critère du surplus modifié.

[154] Aux pages 643 et 644 de son analyse, le professeur Ross critique le « modèle du bien-être canadien total » qu'il définit, au prétexte que lorsqu'il amène à interdire un fusionnement en excluant les gains en efficience et les effets produits hors du Canada, il entraîne un manquement aux engagements de non-discrimination découlant des traités et accords internationaux. Selon l'interprétation du Tribunal, le « modèle du bien-être canadien total » défini par le professeur Ross tient compte de la perte sèche pour l'économie canadienne et des pertes attribuables au transfert de

revenu des consommateurs canadiens aux actionnaires étrangers. Il s'agit par conséquent d'une version du critère du surplus du consommateur où ne sont pris en compte que les effets produits au Canada. Comme nous le verrons plus loin, le Tribunal ne souscrit pas aux conclusions du professeur Ross touchant les obligations internationales du Canada ni à son interprétation de la disposition de déclaration d'objet de la Loi.

[155] Il semble au Tribunal que le professeur Ross soit hostile à toute approche qui différerait de celle adoptée aux États-Unis. En fait, bien qu'elle ne soit pas entièrement claire, sa position nous semble être qu'on ne devrait tolérer aucun effet nuisible d'un fusionnement anti-concurrentiel, quels que soient les gains en efficacité prouvés. Il parle d'un critère du bien-être des consommateurs, mais il semble développer en fait le concept du critère du prix modifié, critiqué par le professeur Townley à la première audience.

[156] La Cour invoque – étrangement – un article du professeur Joseph F. Brodley, « The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress » (1987) 62 N.Y.U. L. Rev. 1020, où il n'est pas du tout question du droit canadien. Cet auteur ne cite ni la Loi ni les Lignes directrices canadiennes et n'exprime aucun étonnement devant l'interprétation de l'article 96 adoptée dans celles-ci. Se situant plutôt par rapport au débat en cours dans le domaine du droit antitrust américain, il écrit qu'une façon de concilier l'efficacité et le bien-être des consommateurs serait de cesser de tenir compte de l'intérêt des consommateurs. Mais il juge cette solution inacceptable, étant donné la position du Congrès et la jurisprudence, *ibid.*, aux pages 1035 et 1036.

[157] Le professeur Brodley insiste sur le fait que la protection des consommateurs est le but de la législation antitrust américaine. Touchant les buts économiques, à la page 1053 de son article, il conclut ce qui suit :

[TRADUCTION]

On peut atteindre ces objectifs économiques en accordant une plus grande importance à la stabilité et à la prévisibilité des dispositions antitrust, en empêchant les pratiques d'exclusion qui menacent l'efficacité de la production, et en prévoyant une défense restreinte fondée sur les gains en efficacité pour les cas où des pratiques par ailleurs limitatives auraient pour effet d'accroître l'efficacité dans la production ou l'innovation.

L'article du professeur Brodley a pour utilité de rappeler le débat dont le droit antitrust américain est le théâtre en ce moment où, un siècle après l'adoption des premières lois antitrust, il essaie de s'adapter à la nouvelle donne économique. Il n'examine pas du tout l'approche canadienne.

[158] Le Tribunal ne critique pas le régime antitrust américain, mais il note qu'il est le résultat de conditions, de politiques et d'une interprétation judiciaire des lois applicables qui appartiennent en propre aux États-Unis. Les opinions des auteurs américains sur la Loi canadienne, qu'elles soient citées par la Cour ou par le commissaire, doivent être considérées dans le contexte de la prévention contre l'argument d'efficacité dans l'examen des fusionnements qui est traditionnelle et toujours présente aux États-Unis.

[159] Selon le Tribunal, le parti pris défavorable aux gains en efficience qui caractérise le droit antitrust américain s'explique par le fait que ce régime est avant tout axé sur la protection des consommateurs. L'adoption de l'approche américaine des gains en efficience dans l'application de la Loi entraînerait aussi sans aucun doute l'adoption de ce parti pris défavorable. Or, comme nous l'avons fait observer plus haut, les modifications apportées en 1986 aux dispositions concernant les fusionnements de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* étaient principalement orientées vers l'efficience économique.

J. LE CRITÈRE DU SURPLUS TOTAL ANNULE-T-IL L'EFFET DE L'ARTICLE 92?

[160] Le Tribunal a insisté, au paragraphe 437 de ses Motifs, sur le fait que le critère du surplus du consommateur ne peut être fondé en droit parce qu'il va à l'encontre de la réalisation de l'objectif d'efficience, qui était l'objectif premier du Parlement lorsqu'il a adopté les dispositions relatives aux fusionnements de la Loi.

[161] Le commissaire conteste maintenant cette conclusion et soutient que l'adoption du critère du surplus total conduit à la situation contraire, où les fusionnements anti-concurrentiels seraient couramment autorisés parce qu'il suffirait de prouver l'existence de gains en efficience relativement peu importants pour qu'ils l'emportent sur la perte sèche (transcription, vol. 5 aux pp. 809-15 (15 octobre 2001).

[162] Le Tribunal estime que l'analyse de ces questions est extrêmement importante pour une interprétation correcte des dispositions relatives aux fusionnements de la Loi.

1) Rappel des faits

[163] Le Tribunal a relevé, aux paragraphes 434-36 de ses Motifs, à propos du critère du surplus du consommateur, l'observation des professeurs M. Trebilcock et R. Winter selon laquelle la perte sèche attribuable à une hausse de prix est en général très faible, observation qu'il a confirmée en calculant, à partir de données concernant le fusionnement qui nous occupe et du tableau 8 de l'affidavit du témoin expert, professeur M.R. Ward, ((30 août 1999) : pièce A-2059, à la page 34), la perte sèche qui découlerait d'une hausse de prix hypothétique de 15 p. 100.

[164] Dans son analyse des effets d'un fusionnement anti-concurrentiel, au paragraphe 422 de ses Motifs, le Tribunal a distingué les effets d'efficience et les effets de redistribution, se fondant sur l'hypothèse que la concurrence s'exerçait normalement avant ce fusionnement. Selon le Tribunal, c'est là la manière classique d'appliquer la théorie économique; par conséquent, lorsque cette théorie est appliquée correctement, la perte sèche se révèle généralement faible.

[165] Le Tribunal note que dans les cas où le marché n'est pas concurrentiel avant le fusionnement, la perte sèche découlant d'un fusionnement anti-concurrentiel peut être beaucoup plus importante. Dans son argumentation finale à la première audience, le commissaire a étudié cette éventualité de manière approfondie et a proposé d'autres estimations possibles de la perte sèche (Exposé des faits et du droit du commissaire, paragraphes 744-56). Le commissaire concluait son analyse en ces termes :

[TRADUCTION]

Nous soutenons donc que, pour appliquer correctement le critère du surplus total, il faut mesurer la perte sèche à opposer aux gains en efficience sans être limité par l'hypothèse de l'existence d'un prix parfaitement concurrentiel avant le fusionnement. La preuve produite en l'espèce étaye solidement le point de vue selon lequel il existe au moins un certain degré de puissance commerciale sur le marché, de telle sorte que les entreprises, avant le fusionnement, ne fixent pas des prix exactement égaux aux coûts variables ou aux coûts marginaux moyens et que, étant donné cette marge commerciale, la véritable mesure de la perte sèche est celle qui figure au tableau T3.

[166] Dans ses conclusions finales, le commissaire a produit un tableau supplémentaire (R3) pour corriger une erreur constatée au tableau T3. Le Tribunal n'a pas tenu compte du tableau R3 ni de certaines autres estimations de la perte sèche, au motif qu'ils étaient fondés sur des données à propos desquelles il avait besoin d'une opinion d'expert. Comme le commissaire n'avait pas produit de preuve d'expert à cet égard, les défenderesses n'avaient pas eu la possibilité de se faire entendre sur la question soulevée par le tableau R3 (Motifs, paragraphe 451).

[167] Le Tribunal note que la perte sèche estimée au tableau R3 s'élevait à 54,89 millions de dollars en supposant une hausse de prix de 9 p. 100, et à 23,44 millions de dollars dans l'hypothèse d'une hausse de prix de 4 p. 100. Ayant exclu de la preuve le tableau R3 et les autres estimations de la perte sèche fondées sur l'existence de distorsions de prix avant le fusionnement, le Tribunal n'a pas examiné dans ses Motifs la thèse du commissaire selon laquelle il conviendrait de tenir compte de telles distorsions dans la mesure de la perte sèche.

[168] Cependant, les deux estimations de la perte sèche proposées au tableau R3 étaient considérablement supérieures au chiffre des trois millions de dollars, fondé sur l'hypothèse d'une hausse du prix moyen de 8 p. 100, que retient maintenant le commissaire. Si ces estimations avaient été dûment produites et avaient résisté au contre-interrogatoire, le Tribunal aurait peut-être conclu, suivant le critère du surplus total qu'il avait adopté, que les gains en efficience estimés de 29,2 millions de dollars ne surpassaient ni ne neutralisaient les effets ainsi calculés de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence.

[169] Mais le Tribunal ne peut ni ne veut réexaminer sa décision. Néanmoins, il nous semble que l'analyse classique des effets, fondée sur l'hypothèse d'une situation concurrentielle avant le fusionnement, n'était peut-être pas appropriée à la présente espèce et que la perte sèche pourrait être beaucoup plus forte que l'estimation que retient maintenant le commissaire. On ne peut donc dire que le critère du surplus total aurait nécessairement amené le Tribunal à approuver le fusionnement considéré si la perte sèche avait été mesurée correctement.

2) Les termes « surpasseront et neutraliseront »

[170] Le commissaire avance l'argument que, suivant le critère du surplus total, un fusionnement anti-concurrentiel pourrait être protégé par une faible diminution des coûts :

[TRADUCTION]

Selon nous, c'est là en fait l'intention dans laquelle la Loi a été adoptée, c'est-à-dire pour les cas où des gains en efficience considérables découleraient du fusionnement. La défense fondée sur les gains en efficience est faite pour s'appliquer à ces cas, et non pour autoriser les fusionnements qui réduisent la concurrence et font augmenter les prix, au seul prétexte qu'ils permettent d'économiser les traitements d'un président et d'un vice-président.

Transcription, vol. 5 à la p. 815 (15 octobre 2001)

[171] Du point de vue du Tribunal, cette affirmation est fondée sur l'hypothèse classique de l'existence de conditions de concurrence avant le fusionnement anti-concurrentiel, d'où il suit que la perte sèche qui résulte de celui-ci doit être relativement faible. Le Tribunal a appliqué la même approche dans ses Motifs, au paragraphe 422, lorsqu'il expliquait et analysait les effets du cas typique; mais ce faisant, il ne rendait pas compte de la totalité des conditions prévues par la Loi. Le Tribunal est d'accord pour dire que dans de tels cas, il suffira de gains en efficience relativement peu élevés pour l'emporter sur la perte sèche, généralement faible, mais le paragraphe 96 de la Loi exige plus que cela.

[172] En effet, comme le Tribunal l'a fait observer dans ses Motifs aux paragraphes 449, 450 et 468, il ressort à l'évidence du paragraphe 96(1) que la défense fondée sur les gains en efficience n'est pas applicable au cas où les gains en efficience ne font que dépasser les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Pour qu'elle soit applicable, ces gains doivent aussi neutraliser les effets, et l'on ne saurait affirmer que le Tribunal conclurait que des gains en efficience (élevés ou non) qui dépasseraient de peu les effets (importants ou non) neutraliseraient aussi ces effets. On ne peut en particulier soutenir qu'un fusionnement anti-concurrentiel serait approuvé en vertu de l'article 96 dans le cas où les seules économies qu'il produirait seraient les traitements de deux cadres supérieurs.

[173] En l'espèce, le Tribunal a constaté que les gains en efficience prouvés étaient substantiels en comparaison des pertes en efficience mesurées par la perte sèche, d'où il a conclu que la condition de la neutralisation prévue par la Loi avait aussi été remplie (Motifs, paragraphe 468). Selon le Tribunal, l'application du critère du surplus total dans l'examen des fusionnements sous le régime de la Loi n'entraîne pas automatiquement l'autorisation d'un fusionnement anti-concurrentiel, même dans les cas où le contexte antérieur à ce fusionnement peut à bon droit être dit concurrentiel. Comme nous le faisons observer ci-dessus, lorsque la preuve montre que le marché antérieur au fusionnement n'est pas concurrentiel, on ne peut conclure que la perte sèche serait nécessairement si faible que des gains en efficience minimales suffiraient à la surpasser et à la neutraliser suivant le critère du surplus total.

K. LE CRITÈRE DU SURPLUS DU CONSOMMATEUR PEUT-IL ÊTRE REMPLI EN L'ESPÈCE?

[174] Le commissaire, au paragraphe 93 de son mémoire soutient ce qui suit :

[TRADUCTION]

... Par suite, une fois quantifié par le commissaire, le montant estimé du transfert représente un « effet mesuré » pertinent qui devrait être additionné aux autres effets mesurés aux fins de la détermination de l'ensemble des effets, mesurés et qualitatifs, à moins que les défenderesses ne démontrent au moyen d'éléments de preuve appropriés que, du fait des circonstances de l'espèce, un autre traitement du transfert s'impose dans l'analyse comparative...

Lorsqu'il affirme, au paragraphe 102 de son mémoire soumis en réplique, que le transfert mesuré de revenu (c'est-à-dire l'effet mesuré de redistribution) devrait être additionné dans sa totalité à la perte sèche mesurée et ajouté aux effets qualitatifs qui sont eux-mêmes des effets d'efficience ou des effets de redistribution sur les consommateurs, le commissaire préconise en fait l'application du critère du surplus du consommateur. De plus, le commissaire déclare souscrire à [TRADUCTION] « l'approche pragmatique consistant à ajouter le transfert de revenu aux pertes en efficience de l'affectation des ressources pour l'application de la défense prévue à l'article 96 », approche mise de l'avant par les auteurs américains A. Fisher, R. Lande et S. Ross.

[175] Prenant en considération les seuls effets mesurés, le commissaire soutient que le fusionnement visé en l'espèce pourrait être autorisé si les gains en efficience annuels prouvés faisaient au moins 7,5 p. 100 du chiffre annuel des ventes (transcription, vol. 5 aux pp. 814 et 815 (15 octobre 2001). En supposant des ventes annuelles de 585 millions de dollars, des gains en efficience prouvés d'au moins 7,5 p. 100 de ce chiffre dépasseraient le total de la perte sèche et du transfert de revenu calculé par le commissaire (43,5 millions de dollars).

[176] Le Tribunal note que, en l'espèce, les gains en efficience prouvés s'élèvent à 29,2 millions de dollars par an sur dix ans et font 5 p. 100 du chiffre annuel des ventes, de sorte qu'ils sont insuffisants pour dépasser la perte totale de surplus du consommateur mesurée par le commissaire.

[177] Le Tribunal ne peut souscrire à la thèse du commissaire : si le fusionnement considéré avait produit des gains en efficience prouvés égaux à 7,5 p. 100 des ventes, ces gains seraient encore inférieurs à la perte mesurée de surplus du consommateur; par conséquent, le critère du surplus du consommateur, appliqué seulement à la perte sèche mesurée et au transfert de revenu, ne serait pas rempli. La perte totale de surplus calculée par le commissaire est fondée sur des hausses de prix dont la moyenne sur tous les segments du marché fait 8 p. 100, ainsi que sur une élasticité de la demande de -1,5; se référant au tableau 8 de l'affidavit du professeur Ward, précité au paragraphe 163, le commissaire conclut que, dans ces conditions, les deux éléments de la perte de surplus, soit la perte sèche et le transfert, font respectivement 0,5 et 7,0 p. 100 des ventes.

[178] Cependant la preuve en l'espèce montre que la demande de propane est inélastique; par conséquent, l'élasticité de la demande ne pourrait pas être inférieure à -1,0. En fait, comme le Tribunal l'a rappelé dans ses Motifs, au paragraphe 456, les défenderesses avaient fait valoir que la perte sèche mesurée était surévaluée parce qu'elle était fondée sur une élasticité de la demande de -1,5, ce qui, faisaient-elles remarquer, ne cadrerait pas avec l'estimation des hausses de prix en fonction d'une élasticité de la demande de -1,0 que le commissaire avait effectuée en adoptant et arrondissant au chiffre inférieur les hausses de prix estimées figurant au tableau 2 de l'affidavit du professeur

Ward en réponse à l'affidavit de réfutation de MM. Dennis W. Carlton et Gustavo E. Bamberger (19 septembre 1999) : pièce A-2060.

[179] Le commissaire a reconnu, au paragraphe 22 de son mémoire, que la somme de la perte sèche et de l'effet de redistribution est plus élevée lorsqu'elle est calculée en fonction d'une élasticité de la demande de -1,0 que lorsqu'elle est fondée sur l'hypothèse d'une élasticité de la demande de -1,5 :

[TRADUCTION]

Deuxièmement, la majorité a noté que les défenderesses avaient fait observer que la perte sèche estimée eût été moins élevée si elle avait été calculée en fonction d'une élasticité de la demande de -1,0. Comme il a été dit au cours de la procédure orale, le tableau 8 du professeur Ward démontre que, dans la mesure où la demande devient plus inélastique, la perte sèche correspondant à une hausse de prix déterminée devient plus faible, mais le transfert augmente d'une quantité qui accroît d'autant la somme de la perte sèche et du transfert. Par suite, si le tableau de l'annexe A avait été fondé sur une élasticité de -1,0 au lieu de -1,5, la perte sèche aurait été plus faible, le transfert aurait été plus élevé, et la somme de la perte sèche et du transfert aurait aussi été plus élevée.

[180] S'il n'y a rien dans la preuve touchant la perte sèche et le transfert estimés en fonction d'une élasticité de la demande de -1,0, il est évident que dans cette hypothèse la perte de surplus dépasserait 7,5 p. 100 des ventes. Par conséquent, le commissaire a tort d'affirmer que des gains en efficience prouvés de 7,5 p. 100 des ventes seraient nécessaires pour remplir le critère du surplus du consommateur.

[181] Selon le Tribunal, le fait que des gains en efficience de 5 p. 100 des ventes ne puissent remplir le critère du surplus du consommateur en l'espèce et l'insuffisance à la même fin de gains de 7,5 p. 100 montrent à l'évidence l'improbabilité que puisse être atteint suivant ce critère le niveau nécessaire des gains en efficience prouvés, si ce n'est dans de très rares cas. À notre avis, la défense prévue au paragraphe 96(1) ne serait en réalité jamais accueillie si l'on appliquait ce critère.

L. LE TRANSFERT DOIT-IL ÊTRE PRIS EN COMPTE DANS SA TOTALITÉ?

[182] Selon le commissaire, le Jugement rendu en appel par la Cour rend inutiles les éléments de preuve statistiques et autres qui éclairent l'appréciation des effets de redistribution défavorables. Il soutient que la redistribution de revenu et de richesse mesurée par le transfert de 40,5 millions de dollars constitue l'effet à prendre en compte, et qu'il doit l'être dans sa totalité, sans se poser de questions sur ses aspects défavorables. En outre, la méthode des coefficients pondérateurs n'est selon lui qu'un outil pour aider le Tribunal.

[183] Cependant, si le commissaire a raison d'affirmer que la totalité des 40,5 millions de dollars doit être prise en compte, la méthode des coefficients pondérateurs n'est plus nécessaire puisqu'elle n'ajoute rien à la décision que le Tribunal doit rendre.

[184] La thèse du commissaire est que l'effet de redistribution mesuré doit être intégralement pris en compte, même dans les cas où consommateurs et actionnaires sont les mêmes personnes. Au paragraphe 29 de son mémoire on peut lire :

[TRADUCTION]

Le commissaire soutient que le fusionnement réduit manifestement la compétitivité des prix du propane et que cet « effet » du fusionnement réduit l'avantage que représente pour les consommateurs canadiens de propane la compétitivité des prix de ce produit d'une quantité au moins égale au transfert de surplus du consommateur. Si l'on peut admettre que les actionnaires de Supérieur, considérés individuellement, sont eux-mêmes en un sens des consommateurs de propane, c'est la compétitivité des prix du propane pour les consommateurs en tant que consommateurs du produit pertinent et touchés par la hausse de prix qui est ici en question. Certes, comme tous les producteurs sont en un sens des consommateurs, les prix concurrentiels qui profitent aux consommateurs profiteront aussi à tous les producteurs. Le point important est que le transfert de surplus du consommateur est le résultat immédiat du fusionnement anticoncurrentiel. Il n'est pas question de préférence pour telle ou telle catégorie de consommateurs, mais simplement d'une décision d'intérêt public prescrite par la Loi, qui exige que soit affectée d'un coefficient négatif la probabilité que les consommateurs soient privés de l'avantage de prix plus compétitifs (transfert de surplus du consommateur) par suite d'un fusionnement anticoncurrentiel. Étant donné que, dans tous les cas, la compétitivité des prix profite aux consommateurs du produit, mais pas aux producteurs de celui-ci, le fait d'inclure parmi les objectifs de la Loi celui d'« assurer aux consommateurs des prix compétitifs » revient en pratique à faire un choix politique en faveur des consommateurs.

[185] En reconnaissant que les actionnaires sont aussi des consommateurs, le commissaire attire l'attention sur le caractère simultanément favorable et défavorable des effets de redistribution sur ces personnes. Pourtant, il affirme que la prise en compte d'effets de redistribution favorables ne se justifie pas même dans ce cas. À notre avis, il serait plus raisonnable de juger cette situation socialement neutre dans l'analyse des effets sous le régime de l'article 96 de la Loi.

[186] Du point de vue du Tribunal, les dispositions relatives aux fusionnements de la Loi n'expriment pas un choix politique en faveur des consommateurs. Le Tribunal a conclu que l'efficience était l'objectif premier de ces dispositions, et la Cour a souscrit à cette conclusion, tout en ordonnant de prendre le transfert en compte pour l'application du paragraphe 96(1). On trouve l'expression d'un choix politique semblable en faveur de l'efficience à l'article 86 de la Loi, qui permet l'augmentation des prix pour les consommateurs dans les cas où les gains en efficience sont suffisamment importants pour justifier l'accord de spécialisation.

[187] Une deuxième raison de rejeter la nécessité de prendre en compte la totalité du transfert est qu'en l'acceptant on annulerait l'effet de la défense fondée sur les gains en efficience que prévoit la Loi. Dans un article de 1983 faisant autorité sur le droit antitrust américain, A. Fisher & R. Lande, « Efficiency Considerations in Merger Enforcement » (1983 71 Cal. L. Rev. 1582 aux pages 1644 et 1645. MM. Fisher et Lande formulaient les observations suivantes :

[TRADUCTION]

S'agissant des transferts de richesse à prendre en considération dans l'analyse comparative, le premier problème qui se pose est que l'historique législatif ne nous donne pas d'indications touchant les poids relatifs précis de ces transferts et des effets d'efficience. L'attribution de quelque coefficient que ce soit à la redistribution influencerait considérablement sur l'appréciation de l'effet de bien-être, étant donné que l'effet de redistribution (surface S du diagramme IV-1) est en général de nombreuses fois plus élevé que la perte sèche (surface D du même diagramme) [...] À mesure que le pourcentage de la hausse de prix ou l'élasticité de la demande décroît, l'effet de redistribution l'emporte de manière de plus en plus spectaculaire sur la perte sèche. *Comme l'élasticité de la demande et le pourcentage probable de la hausse de prix sont liés, l'effet de redistribution, dans la plupart des fusionnements remplissant les conditions de Williamson, sera vraisemblablement de quatre à quarante fois environ supérieur à la perte sèche* (c'est nous qui soulignons.)

[188] Selon l'analyse de MM. Fisher et Lande, *ibid.* tableau IV-4, à la page 1645, si l'on suppose que l'élasticité-prix de la demande est de -1,0 et que la hausse de prix correspondante est de 10 p. 100, le transfert de richesse sera 20 fois plus élevé que la perte sèche (l'élasticité de la demande étant supposée constante). Par suite, les gains en efficience prouvés seraient insuffisants à moins d'être au moins 21 fois plus élevés que la perte sèche. Pour une demande linéaire dans les mêmes conditions, le transfert de richesse sera de 22 fois supérieur à la perte sèche. Il s'ensuit que les gains en efficience prouvés seraient insuffisants à moins de faire au moins 23 fois la perte sèche.

[189] Or, les gains en efficience prouvés du fusionnement qui nous occupe (29,2 millions de dollars) sont approximativement dix fois plus élevés que la perte sèche mesurée. On voit donc que, même lorsque la perte sèche est relativement faible et que les gains en efficience prouvés sont substantiels en comparaison, ceux-ci seraient presque toujours insuffisants s'il fallait prendre en compte la totalité du transfert. Selon le Tribunal, les calculs de MM. Fisher et Lande démontrent que la prise en compte de la totalité du transfert aurait pour conséquence de ne permettre que dans de rares cas l'application de la défense fondée sur les gains en efficience de l'article 96.

[190] Un ancien fonctionnaire du Bureau de la politique de la concurrence (P. S. Crampton, « The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal » (1993) 21 Can. Bus. L. J. = *Revue canadienne du droit de commerce*, à la page 386) est arrivé à la même conclusion en 1993 :

[TRADUCTION]

Si les termes « les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » ne se limitent pas à la perte sèche résultant du fusionnement [...] mais sont interprétés comme s'appliquant aussi au transfert de richesse lié à toute hausse de prix qu'on prévoit que le fusionnement entraînera [...], les parties au fusionnement ne pourront que très rarement, voire jamais, remplir les conditions prévues à l'article 96. Les effets additionnés de la perte sèche et du transfert de richesse neutre résultant d'une hausse de prix dépassent en général de beaucoup, du point de vue quantitatif, tous gains d'efficience que pourrait produire le fusionnement. Le directeur des enquêtes et recherches a

récemment déclaré ne pouvoir citer aucun fusionnement qui aurait produit des gains en efficience suffisants pour contrebalancer la somme du transfert de richesse et de la perte sèche qui en découleraient vraisemblablement, et ne pas croire à la probabilité qu'il s'en trouve à l'avenir.

Ainsi, une deuxième raison – proprement juridique – de ne pas exiger la prise en considération intégrale du transfert est qu'il deviendrait ainsi impossible d'invoquer la défense fondée sur les gains en efficience de l'article 96 sauf dans de rares cas et que serait en conséquence annulé l'effet d'une disposition dont l'objectif premier est l'efficience économique.

[191] Quoique soutenant que le chiffre intégral du transfert devrait être inclus dans les effets mesurés, l'avocat du commissaire évoque deux cas où le transfert pourrait être considéré comme neutre, ou être réduit et ne pas être pris en compte entièrement. Le premier cas est celui de superbénéfices découlant de ventes à des non-résidents, qui devraient être exclus. Le second cas est celui d'un monopsonne préexistant.

1) Le transfert à des étrangers

[192] Bien qu'il soutienne que le montant intégral du revenu redistribué devrait être pris en compte en tant qu'effet aux fins de l'analyse prescrite par le paragraphe 96(1), l'avocat du commissaire laisse entendre, en réponse à une question du Tribunal (transcription, vol.1 à la p. 68 (9 octobre 2001)) qu'il pourrait y avoir des cas où le Tribunal devrait exercer son pouvoir de faire autrement. L'un de ces cas est celui d'un fusionnement d'exportateurs canadiens entraînant une hausse de prix absorbée dans une très grande mesure par des consommateurs étrangers. Dans ce cas, soutient l'avocat, la partie intérieure du transfert de richesse peut être restreinte, et l'on pourrait ne pas tenir compte de la perte considérable subie par les consommateurs étrangers. Le Tribunal devrait exercer son pouvoir d'appréciation de manière à ne pas prendre celle-ci en considération et attribuer par conséquent un poids inférieur au transfert total de richesse; ainsi, l'importance de gains en efficience au regard de la perte d'efficience (c'est-à-dire la faible perte sèche) et des autres effets pourrait bien justifier la réalisation du fusionnement anti-concurrentiel (transcription, vol. 1 aux pp. 72 et 73 (9 octobre 2001)).

[193] Les défenderesses font valoir, au paragraphe 136 de leur mémoire concernant la procédure de réexamen, dans ce même contexte, qu'un bon nombre des plus gros clients de Supérieur sont des entreprises sous contrôle étranger et que l'effet du transfert sur ces actionnaires étrangers n'est pas un effet défavorable qui devrait être pris en considération.

[194] Le Tribunal note que la question des aspects internationaux de l'application de l'article 96 avait déjà été soulevée avant la présente espèce, notamment par Mme le juge Reed, dans les remarques incidentes qu'elle a inscrites en marge de la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe 37. Le juge Reed s'est posé la question de savoir si la Loi prescrivait l'attribution d'un facteur à la redistribution du revenu découlant d'un fusionnement anti-concurrentiel d'entreprises sous contrôle étranger situées au Canada, étant donné que les superbénéfices réalisés à partir des ventes aux consommateurs canadiens seraient dévolus aux actionnaires étrangers. Il semble que le cas hypothétique envisagé par l'avocat du commissaire soit l'inverse de la situation définie par le juge Reed.

[195] Les aspects internationaux de l'application de l'article 96 ont été étudiés par un auteur américain, le professeur Ross, dont l'article est cité favorablement par la Cour. Il analyse, aux pages 643-644 de son article, précité au paragraphe 151, l'exemple de l'acquisition, anti-concurrentielle selon la Loi canadienne, d'une entreprise sous contrôle canadien par une entreprise sous contrôle américain, qui donne lieu à des gains en efficience considérables, mais dont on ne profite qu'aux États-Unis; toutefois, les consommateurs paient des prix plus élevés, il y a des licenciements importants au Canada, et la perte sèche est faible. Il conclut que, suivant [TRADUCTION] « *le critère du bien-être mondial total* », ce fusionnement serait autorisé, mais que suivant « *le modèle du surplus du consommateur* (grosso modo appliqué aux États-Unis) », il serait interdit. Il conclut en outre que selon, [TRADUCTION] « *le modèle du bien-être canadien total* », on pourrait interdire le fusionnement en ne prenant pas en considération les gains en efficience réalisés aux États-Unis, mais que cette possibilité soulève de graves questions de discrimination, compte tenu des obligations internationales découlant pour le Canada de son adhésion à l'ALENA et au GATT. C'est pourquoi, et aussi parce qu'il souscrit en général au point de vue américain sur les gains en efficience, le professeur Ross doute que le Parlement canadien ait prévu l'application d'un autre critère que celui du surplus du consommateur.

[196] Aux termes de la disposition de déclaration d'objet de la Loi, celle-ci a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but, entre autres, de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne. Par conséquent, selon le Tribunal, les gains en efficience et la perte sèche (c'est-à-dire les pertes en efficience) qu'entraînerait sur les marchés étrangers un fusionnement anti-concurrentiel réalisé au Canada doivent être exclus du champ d'application de l'article 96. La Loi est explicite là-dessus, et le Tribunal ne dispose à cet égard d'aucun pouvoir discrétionnaire. Or, si la perte sèche qui se matérialise sur les marchés étrangers est un effet exclu, il en va de même de tous les autres effets produits sur les marchés étrangers. Du point de vue du Tribunal, la Loi ne permet pas l'application du critère du « *bien-être mondial total* ».

[197] Le critère du « *bien-être canadien total* » défini par le professeur Ross peut être ou ne pas être discriminatoire relativement aux obligations internationales du Canada, mais la Loi, elle, ne l'est pas. Selon l'interprétation du Tribunal, ces obligations prescrivent le « traitement national » dans l'application des lois canadiennes. Cela veut dire que si l'on exclut les gains en efficience et les effets produits sur les marchés étrangers de l'examen du fusionnement anti-concurrentiel de deux entreprises sous contrôle canadien au Canada, la même exclusion doit être appliquée lorsque les parties au fusionnement appartiennent à des non-résidents. Dans le cas hypothétique évoqué par le professeur Ross, le fusionnement anti-concurrentiel d'une entreprise sous contrôle américain et d'une entreprise sous contrôle canadien serait empêché suivant le critère du surplus total (même en ne tenant pas compte des licenciements) parce qu'il n'en découlerait pas de gains en efficience au Canada.

[198] En conséquence, le Tribunal est d'accord avec l'avocat du commissaire pour dire que la partie du transfert qui touche les consommateurs étrangers doit être exclue de l'analyse prévue à l'article 96. Cependant, le Tribunal ne souscrit pas à l'idée que cette question relèverait de son pouvoir discrétionnaire.

2) Le cas du monopsonne préexistant

[199] L'avocat du commissaire soutient que le Tribunal pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire sous le régime du paragraphe 96(1) dans un deuxième cas, à savoir celui d'un fusionnement anti-concurrentiel propre à contrebalancer un monopsonne préexistant. Lorsque les consommateurs se sont concertés pour obtenir un prix infraconcurrentiel des producteurs d'une branche donnée, le gain de surplus du consommateur n'est pas un gain pour la société parce qu'il entraîne une perte correspondante de bénéfices pour les producteurs. On pourrait, au motif des gains en efficience, autoriser un fusionnement postérieur à la constitution du monopsonne qui conférerait une puissance commerciale aux producteurs, en ne tenant pas compte de la perte de la partie du surplus du consommateur attribuable à ce monopsonne; seule la partie du transfert de richesse résultant de la hausse des prix au-delà du seuil concurrentiel serait prise en considération (transcription, vol. 5 aux pp. 825 et 826 (15 octobre 2001)).

[200] Le Tribunal admet que, s'il doit évaluer les effets de redistribution suivant un autre critère que celui du surplus total, il ne devrait pas automatiquement porter au débit du fusionnement la perte de la partie du surplus du consommateur attribuable au pouvoir monopsonistique préexistant, dans le cas où l'article 96 serait invoqué. Le traitement approprié des divers effets de redistribution dépend des éléments de preuve produits, et il se pourrait que cette partie du transfert de richesse des consommateurs aux producteurs ne soit pas un effet défavorable du fusionnement.

[201] Bien qu'il souscrive à la thèse de l'avocat du commissaire, le Tribunal note qu'une politique des fusionnements qui favoriserait les consommateurs au détriment des producteurs et des actionnaires s'opposerait à la perte d'avantages monopsonistiques préexistants, de sorte que, dans le scénario proposé par l'avocat, la perte pour les consommateurs de leurs avantages monopsonistiques serait portée au débit d'un fusionnement qui offrirait une puissance commerciale compensatrice aux producteurs. Mais ce n'est pas là l'approche proposée par l'avocat du commissaire, vraisemblablement parce que ce n'est pas celle que prescrit la Loi. Comme nous l'avons déjà dit, le Tribunal est arrivé à la conclusion, à laquelle a souscrit la Cour, que l'objectif premier des dispositions relatives aux fusionnements de la Loi est l'efficience.

3) Remarques générales

[202] Par conséquent, le Tribunal ne voit pas bien pourquoi il ne devrait prendre en considération qu'une fraction du transfert sous le régime du paragraphe 96(1) seulement dans les deux cas définis par l'avocat du commissaire. Étant donné les préoccupations formulées par Mme le juge Reed et le professeur Townley et le fait que la Cour donne du poids aux unes aussi bien qu'aux autres, et compte tenu de l'approche adoptée par les conseillers du commissaire par suite de l'insatisfaction exprimée par celui-ci à l'égard de la démarche prévue par les Lignes directrices canadiennes de 1992, il est évident pour le Tribunal qu'il lui incombe de prendre systématiquement en considération les aspects favorables, défavorables et neutres de l'ensemble des effets.

[203] Selon le Tribunal, le cas du monopsonne soulève une question d'importance cruciale. Pourquoi les dispositions relatives aux fusionnements de la Loi devraient-elles interdire d'avantager le consommateur dans ce cas? Il doit y avoir une raison pour laquelle la politique des fusionnements se préoccupe de la compétitivité des prix, même lorsque la réalisation de cet objectif nuit aux consommateurs en les privant de gains monopsonistiques.

[204] La réponse à cette question, qui n'a été étudiée à aucune étape de l'examen du fusionnement visé en l'espèce, est manifestement l'efficacité économique elle-même. Les prix compétitifs sont souhaitables, non parce qu'ils sont bas ou équitables pour les consommateurs – ils peuvent en fait être tout le contraire –, mais plutôt parce que, dans toutes sortes de cas, ils stimulent l'efficacité économique de manière tout à fait générale. S'il en était autrement, il n'y aurait aucune raison particulière de favoriser les marchés concurrentiels. Il y a certes des moyens plus efficaces d'assurer la fixation de prix peu élevés et équitables pour les consommateurs dans l'ensemble de l'économie qu'une politique de préservation et de stimulation de la concurrence au Canada, mais ces autres moyens présentent le risque d'une bureaucratisation et d'une inefficacité considérables et étendues, ainsi que d'un ralentissement de la croissance économique et d'une baisse du niveau de vie, et leur mise en œuvre ne serait pas longtemps tolérée par les Canadiens.

[205] Certes, il se trouvera des fusionnements qui entraîneront une redistribution défavorable du revenu. S'il n'était pas possible de remédier plus efficacement par d'autres moyens à ces pertes de bien-être dues à la redistribution, il y aurait de bonnes raisons de les prendre en considération dans la politique relative aux fusionnements. Mais comme il l'a déclaré dans ses Motifs, au paragraphe 438, le Tribunal estimait, ainsi d'ailleurs que les auteurs du rapport du Conseil économique du Canada, qu'il valait mieux régler les questions de redistribution par d'autres moyens que le droit de la concurrence. On pourrait citer comme exemple de ce fait le cas défini par Mme le juge Reed dans la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe 37, à savoir le fusionnement de deux sociétés pharmaceutiques où le produit pertinent est un médicament d'importance vitale.

[206] Le Tribunal rappelle que le Parlement a institué le 7 décembre 1987 un organisme indépendant quasi judiciaire dénommé Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (« CEPMB »). Le CEPMB a pour fonction de protéger les intérêts des consommateurs en réglementant les prix maximaux demandés par les fabricants de médicaments brevetés afin qu'ils n'atteignent pas un niveau excessif. Le mandat du CEPMB s'applique à tous les médicaments brevetés – délivrés sur ordonnance ou en vente libre – qui sont vendus au Canada pour usage humain ou vétérinaire. (Le lecteur trouvera une description générale de cet organisme à l'adresse www.pmprb-cepmb.gc.ca.)

[207] Il apparaît donc que le Parlement avait déjà examiné intégralement la question soulevée par Mme le juge Reed lorsqu'il a institué le CEPMB, l'a pourvu de dirigeants experts et d'un personnel de spécialistes et lui a attribué explicitement le mandat de veiller à ce que les prix des médicaments n'atteignent pas un niveau excessif. Le Tribunal n'est fondé à jouer aucun rôle relativement à cet aspect des fusionnements de compagnies pharmaceutiques parce qu'il empiéterait sur les fonctions du CEPMB, lequel, contrairement au Tribunal, dispose de l'expertise et des pouvoirs nécessaires pour réglementer les prix des médicaments dans l'intérêt des consommateurs. En outre, les titulaires de brevet ont des droits qui outrepassent la compétence du Tribunal.

[208] La réglementation des prix de détail du propane est une possibilité qui s'offre au gouvernement. Il ne fait aucun doute que le Parlement n'hésite pas à utiliser tous les moyens dont il dispose pour accroître le bien-être de l'ensemble des Canadiens. Le rôle véritable du Tribunal, étant donné en particulier qu'il ne traite que des affaires civiles sous le régime de la Loi, est de veiller à la matérialisation des avantages d'une économie concurrentielle dans les limites prévues par la législation.

M. LE CRITÈRE DU SURPLUS DU CONSOMMATEUR NE PEUT ÊTRE FONDÉ EN DROIT

[209] Dans son exposé sur le critère du surplus du consommateur, au paragraphe 42 du Jugement rendu en appel, précité au paragraphe 1, la Cour n'a pas expressément souscrit à celui-ci, pas plus qu'elle ne l'a rejeté. Elle s'est plutôt exprimée à ce sujet dans les termes suivants :

Selon le « critère du surplus du consommateur », un fusionnement ne devrait être permis que si les gains en efficience 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 efficience.

[210] Si la Cour a conclu, *ibid.* aux paragraphes 159-62, que le Tribunal avait commis une erreur de droit en adoptant le critère du surplus total, elle s'est refusée à prescrire la méthode correcte :

... Cette tâche est au-delà des limites de sa compétence [la Cour].

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.

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.

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.

[211] Il est certain cependant que le témoin expert du commissaire en matière d'économie du bien-être, le professeur Townley, a rejeté le critère du surplus du consommateur, au motif qu'il ne permet pas d'établir une distinction entre les consommateurs pour lesquels l'incidence du fusionnement serait socialement défavorable et ceux pour lesquels elle ne le serait pas (c'est-à-dire que ce critère suppose « l'attribution a priori d'un poids fixe »).

[212] Il apparaît que, en appel, les intimées (les défenderesses aux fins de la présente procédure) ont soutenu que la méthode des coefficients pondérateurs annulerait l'effet de la défense fondée sur les gains en efficience du paragraphe 96(1). La Cour n'a pas souscrit à cette thèse, mais la réponse

qu'elle y donne au paragraphe 162 du Jugement rendu en appel indique qu'il lui importait que l'effet de l'article 96 ne fût pas annulé du fait du critère qu'adopterait le Tribunal.

[213] Le Tribunal accepte, comme il le doit, la conclusion de la Cour selon laquelle la méthode des coefficients pondérateurs n'annule pas l'effet de la défense fondée sur les gains en efficience. Également conscient de la préoccupation de la Cour dont témoigne cette conclusion, le Tribunal se considère en outre comme tenu en droit de ne pas adopter un critère qui annulerait l'effet de l'article 96.

[214] Le Tribunal conclut que le critère du surplus du consommateur, selon lequel le montant intégral du transfert doit être additionné à la perte sèche pour l'établissement des effets d'un fusionnement anti-concurrentiel, est si restrictif que son adoption dans tous les cas serait contraire à la conclusion de la Cour, exclurait l'analyse que le professeur Townley estime nécessaire pour évaluer les effets de bien-être du fusionnement, et rendrait en général impossible l'application de la défense fondée sur les gains en efficience que prévoit la Loi, de sorte que ce critère ne peut être fondé en droit parce qu'il annulerait l'effet du paragraphe 96(1).

[215] Le fait que, en l'espèce, des gains en efficience prouvés s'élevant à 7,5 p. 100 des ventes ne satisferaient pas au critère du surplus du consommateur suffit à démontrer que celui-ci place la barre si haut qu'il ne saurait être rempli que dans de rares cas, si même il pourrait jamais l'être. Se fondant sur son analyse de l'historique législatif de la Loi et sur l'examen par le Parlement des modifications de 1986, le Tribunal conclut que la défense fondée sur les gains en efficience (compte tenu de la suppression des restrictions dont elle faisait l'objet dans les projets de loi précédents) n'a pas été intégrée dans la Loi pour un usage si limité, et qu'elle était plutôt conçue pour former une partie essentielle de la politique canadienne relative aux fusionnements, qui met l'accent sur l'efficience économique.

VI. LES EFFETS

[216] Le commissaire admet, comme il le doit, l'estimation du Tribunal selon laquelle les gains en efficience s'élèvent à 29,2 millions de dollars par an sur dix ans, mais il maintient que l'évaluation à trois millions de dollars par an sur dix ans de la perte sèche mesurée est juste en dépit des efforts déployés par le Tribunal pour quantifier certains effets qualitatifs. Le commissaire soutient que le montant intégral du transfert de revenu estimé – 40,5 millions de dollars par an – devrait être pris en compte et énumère plusieurs effets que le Tribunal devrait évaluer qualitativement eu égard à la disposition de déclaration d'objet de la Loi et à l'arrêt de la Cour. Il affirme enfin que, de quelque manière que le Tribunal effectue l'analyse prévue par l'article 96 de la Loi, il constatera que les défenderesses ne se sont pas acquittées de leur charge de prouver que les gains en efficience surpassent aussi bien qu'ils neutralisent les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence.

[217] Les défenderesses soutiennent de leur côté que le Tribunal doit formuler des conclusions spécifiques touchant la perte sèche parce qu'il ne l'a pas fait dans ses Motifs, à la suite de la première audience. De plus, le Tribunal devrait selon elles tenir compte du fait que le rapport du professeur Ward témoigne de l'absence de hausses de prix sur certains segments du marché, et par conséquent réviser à la baisse ou écarter les estimations proposées par le commissaire de la perte sèche et du

transfert relativement à ces segments. Touchant les effets qualitatifs et certaines autres questions, le Tribunal, affirment les défenderesses, est dessaisi et ne peut réexaminer ses conclusions; en outre, le commissaire ne peut produire de nouveaux éléments de preuve dans la présente audience et se trouve donc empêché d'établir certains effets.

[218] Les défenderesses affirment de plus que, le commissaire préconisant maintenant l'application du critère du surplus du consommateur, seule la partie défavorable du transfert de revenu peut être prise en considération. Étant donné que les dépenses en propane représentent une part relativement faible des dépenses totales de l'ensemble des consommateurs, l'effet de la hausse de prix prévue est faible, tout comme l'incidence du transfert. Les consommateurs de propane, poursuivent les défenderesses, ne sont en général ni pauvres ni indigents, de sorte que la totalité du transfert de revenu devrait être considérée comme neutre. Pour ces raisons, le Tribunal devrait autoriser la réalisation du fusionnement.

A. LA PERTE SÈCHE

[219] Le commissaire soutient que l'effet de mauvaise affectation des ressources (la perte en efficacité) découlant du fusionnement était correctement mesuré par la perte sèche de trois millions de dollars par an et ne devrait pas être réexaminé par le Tribunal. Réagissant à la conclusion formulée par le Tribunal dans ses Motifs, selon laquelle la perte sèche mesurée avait probablement été surévaluée, le commissaire déclare, aux paragraphes 19 et 20 de son mémoire, estimer de minimus toute surévaluation attribuable à un calcul fondé sur la totalité des ventes plutôt que sur les ventes additionnées des parties sur les marchés chevauchants.

[220] À propos de la conclusion du Tribunal que la perte sèche mesurée était surévaluée parce qu'elle avait été calculée incorrectement en fonction d'une élasticité de la demande de -1,5 plutôt que de -1,0, le commissaire, au paragraphe 22 de son mémoire, renvoie au tableau 8 de l'affidavit du témoin expert du professeur Ward, précité au paragraphe 163, qui démontre que la perte sèche correspondant à une hausse de prix donnée diminue à mesure que la demande perd de son élasticité et que, s'il est vrai que la perte sèche aurait effectivement été plus faible si elle avait été calculée en fonction d'une élasticité de la demande de -1,0, l'effet de redistribution aurait été plus grand, et la somme de la perte sèche et du transfert aurait aussi été supérieure. Voir le paragraphe 178 ci-dessus. Cependant, le commissaire ne soutient pas que ce raisonnement devrait inciter le Tribunal à réexaminer sa conclusion touchant la surévaluation de la perte sèche.

[221] Le commissaire fait valoir, aux paragraphes 23 et 24 de son mémoire, que l'évaluation à trois millions de dollars de la perte sèche mesurée était fondée seulement sur la hausse de prix à attendre de l'entité fusionnée et ne tenait pas compte de l'effet de mauvaise affectation des ressources (c'est-à-dire de la perte sèche) attribuable à la fixation de prix en interdépendance par des concurrents sur certains marchés.

[222] Le commissaire fait observer, au paragraphe 40, que la perte sèche estimée n'inclut pas la mauvaise affectation des ressources attribuable à la suppression prévisible de certains programmes et services par l'entité fusionnée. Il rappelle que le Tribunal a conclu que l'incidence de cette suppression serait faible et, très probablement, ne dépasserait pas en quantité la perte sèche estimée,

l'effet maximum équivalant donc à celui d'une hausse de prix de l'ordre de 7 à 11 p. 100. Il apparaît que le commissaire ne souhaite pas remettre en cause la conclusion du Tribunal.

[223] Rappelant que le Tribunal a seulement conclu que la limite supérieure de la perte sèche s'établissait à six millions de dollars, les défenderesses soutiennent que celui-ci n'a pas formulé de conclusion précise sur la taille de la perte sèche et qu'il devrait le faire maintenant. Elles font observer en outre, aux paragraphes 21 et 25 de leur mémoire, que le Tribunal n'a pas conclu à la probabilité d'une hausse de prix déterminée lorsqu'il s'est prononcé sur les effets anti-concurrentiels et que les déclarations du professeur Ward ne lui ont pas permis de conclure qu'il y aurait hausse de prix selon la prépondérance des probabilités. Elles font aussi valoir, au paragraphe 26 du même document, que seuls les chiffres des ventes sur les marchés chevauchants peuvent être pris en compte dans l'estimation de la perte sèche et de l'effet de redistribution, et seulement sur les segments résidentiel et industriel, étant donné que le professeur Ward n'a pas proposé d'estimations des hausses de prix sur le segment qu'il désigne « autres » et que son estimation relative au propane carburant s'est avérée statistiquement non significative. Aux paragraphes 61 à 64, elles proposent des calculs selon lesquels la perte sèche s'élèverait à 1,8 million de dollars, et le transfert de revenu à 23,7 millions, chiffres qu'elles jugent eux-mêmes supérieurs à la réalité.

[224] Les défenderesses soutiennent qu'une estimation correcte de la perte sèche exclurait les ventes de Supérieur dans les provinces de l'Atlantique parce qu'il ne s'agit pas là d'un marché chevauchant, qu'elle exclurait les ventes sur les marchés de la « catégorie 1 » étant donné qu'il n'y a pas de diminution sensible de la concurrence sur ces marchés, et tiendrait compte de ventes moindres sur le marché automobile, en raison notamment de l'absence d'éléments statistiquement significatifs tendant à établir la probabilité d'une hausse de prix. Les nouvelles estimations de la perte sèche et du transfert avancées par les défenderesses sont considérablement moins élevées; le commissaire a soumis une réplique à cet égard.

[225] Les défenderesses affirment aux paragraphes 66-67, 74 et 76 de leur mémoire que, le Tribunal ayant examiné la perte sèche sur le marché des provinces de l'Atlantique dans ses Motifs, il est dessaisi de cette question. Elles soutiennent de plus que toute perte sèche découlant d'une fixation interdépendante et concertée des prix avait déjà été prise en considération par le Tribunal lorsqu'il a souscrit à l'estimation établissant la perte sèche mesurée à trois millions de dollars. Elles avancent en outre que le Tribunal a intégralement examiné les conséquences sur la perte sèche des effets qualitatifs défavorables du fusionnement, les a jugées minimales et se trouve dessaisi de cette question.

[226] La présente procédure de réexamen a pour objet l'étude des effets qui n'ont pas été pris en considération dans les Motifs ayant fait suite à la première audience. Le Tribunal y a formulé certaines conclusions touchant la perte sèche, et la Cour ne les a pas remises en question. Ces conclusions ne seront donc pas réexaminées.

[227] Dans ses Motifs, le Tribunal n'a pas examiné séparément la perte sèche résultant de la fixation interdépendante et concertée de prix par les concurrents de l'entité fusionnée parce que le commissaire n'a pas demandé la prise en considération de cet effet. Le commissaire a plutôt avancé que cette fixation interdépendante et concertée de prix était elle-même l'effet à prendre en considération, ce que le Tribunal a refusé d'admettre au paragraphe 465 de ses Motifs. Comme le commissaire n'a pas demandé l'examen de la perte sèche attribuable à la fixation interdépendante et

concertée de prix par les concurrents de l'entité fusionnée à la première audience, le Tribunal n'a pas formulé de conclusion particulière sur cette question. Il a plutôt conclu, vu l'ensemble de la preuve, que la perte sèche mesurée (ou estimée) s'élevait au total à trois millions de dollars.

[228] Quoi qu'il en soit, le Tribunal note que le dossier ne contient aucun élément de preuve touchant la perte sèche attribuable à la fixation interdépendante et concertée de prix. Le professeur Ward n'a pas du tout examiné cette question dans son rapport d'expert; et dans son témoignage, invoqué par le commissaire au paragraphe 24 de son mémoire, il a seulement déclaré à ce sujet : [TRADUCTION] «[...] Il pourrait y avoir deux effets différents [...] ». Il apparaît au Tribunal que le professeur Ward n'a pas examiné ces effets ni proposé d'opinion sur ceux-ci. Par conséquent, le Tribunal ne peut formuler de conclusion touchant la perte sèche attribuable à la fixation interdépendante et concertée de prix par les concurrents.

[229] Le Tribunal est d'accord avec les défenderesses pour dire qu'il n'a pas posé de hausse de prix déterminée aux fins de l'évaluation de la perte sèche. Il a plutôt accepté l'estimation de celle-ci proposée par le commissaire, qui s'établissait à trois millions de dollars, et il a augmenté ce chiffre en évaluant la perte sèche maximale qui pourrait être attribuée à la modification de sa gamme de produits par l'entité fusionnée. Il a conclu de ces calculs que la perte sèche ne dépasserait pas six millions de dollars.

[230] Le Tribunal souscrit à l'observation des défenderesses selon laquelle il n'a pas formulé de conclusion précise sur la perte sèche, au motif que ce n'était pas nécessaire étant donné son chiffre négligeable en comparaison des gains en efficacité prouvés. Le Tribunal a cependant admis que la perte sèche estimée à trois millions de dollars par le commissaire était l'effet de la hausse de prix à prévoir de la part de l'entité fusionnée. Le Tribunal estime qu'il y a du bon dans certains des arguments avancés par les défenderesses pour démontrer le caractère excessif de cette estimation, mais pas dans tous. Le paragraphe 96(1) exige la prise en considération de tous les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence au Canada. Par conséquent, rien ne justifie l'exclusion des ventes dans les provinces de l'Atlantique au prétexte qu'elles ne constituent pas un marché chevauchant. De même, il n'y a aucune raison d'exclure les ventes sur les marchés de la catégorie 1 simplement parce que l'examen prévu par l'article 92 n'y a pas révélé de diminution sensible de la concurrence. Par ailleurs, les défenderesses sont peut-être fondées à soutenir qu'on ne devrait pas prendre en considération le marché du propane carburant dans l'évaluation de la perte sèche, au motif que la hausse de prix estimée par le professeur Ward sur ce marché n'était pas statistiquement significative et que ses calculs constituaient le seul élément de preuve statistique produit devant le Tribunal concernant l'importance des hausses de prix probables.

[231] Étant donné l'objet explicite de la présente procédure de réexamen, le Tribunal ne réexaminera pas sa conclusion suivant laquelle le professeur Ward a bel et bien formulé une opinion touchant les hausses de prix en général et sur certains segments du marché tels que celui du propane carburant. En conséquence, le Tribunal ne réexaminera pas non plus ses conclusions comme quoi l'estimation de la perte sèche à trois millions de dollars proposée par le commissaire est probablement supérieure à la réalité et que la perte sèche totale, très vraisemblablement, ne dépasse pas six millions de dollars.

[232] Le commissaire cite en outre, au paragraphe 103 de son mémoire soumis en réplique, les auteurs américains évoqués ci-dessus qui montrent que les effets de redistribution peuvent avoir des répercussions négatives additionnelles sur l'efficacité. S'appuyant sur des articles de R. Posner et de R. Lande, ces auteurs soutiennent que le revenu redistribué finira pas se transformer en pertes d'efficacité parce que l'entité fusionnée risque de relâcher sa vigilance et de laisser ses coûts augmenter. Cette intéressante observation donne à penser au Tribunal que l'estimation de la perte sèche attribuable au fusionnement visé en l'espèce pourrait être trop basse. Cependant, rien au dossier n'étaye ces conclusions, de sorte que le Tribunal ne les examinera pas plus avant.

[233] Du point de vue du Tribunal, la disposition du paragraphe 96(1) selon laquelle les gains en efficacité doivent « surpasser » les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence indique l'opportunité de quantifier, dans la mesure du possible, les gains en efficacité et les effets à prendre en considération. Le fait qu'un effet donné ne puisse, même en principe, être quantifié, ne dispense pas le Tribunal d'évaluer cet effet suivant le critère du « surpassement ». Par conséquent, dans les cas où il est possible de donner une estimation quantitative, même grossière, de tels effets, par exemple en établissant des limites comme le Tribunal l'a fait à propos de certains effets qualitatifs, il est souhaitable d'en donner une dans la mesure où la preuve le permet. Par ailleurs, les effets qui sont en principe mesurables doivent être estimés; leur non-estimation ne conduira pas le Tribunal à les considérer comme qualitatifs.

B. L'ACTION INTERDÉPENDANTE ET CONCERTÉE

[234] Le commissaire soutient maintenant que la redistribution de revenu résultant de la fixation concertée de prix par les concurrents devrait être considérée comme un effet qualitatif par le Tribunal.

[235] Le commissaire n'a pas demandé la prise en compte de cet effet à la première audience.

[TRADUCTION]

M. SCHWARTZ : Mis à part le témoignage de M. Ward, que je ne veux pas minimiser, je ne me souviens pas que le commissaire ait soutenu à la première audience que ce soient là des sources de perte sèche et de transfert qu'il faille prendre en considération. Le commissaire a plutôt dit, si je l'ai bien compris, que l'interdépendance et la concertation étaient elles-mêmes, je suppose, si importantes qu'il fallait en faire l'objet d'un examen qualitatif en dehors de toute question de perte sèche ou de transfert.

Me trompé-je en disant que le commissaire n'a pas demandé la prise en considération de la perte sèche et du transfert résultant des effets de concertation?

Mme STREKAF : Eh bien, je pense que – je crois qu'il y a deux réponses à cette question.

Premièrement, nous n'avons pas proposé dans la première procédure de calculs touchant ce que seraient la perte sèche et le transfert relativement aux marchés

de catégories 2 et 3. Je pense que la deuxième réponse, et cela se rapporte à – une partie de la tâche à remplir dans la présente procédure consiste à concentrer l’attention de manière très précise conformément aux instructions de la Cour d’appel fédérale et à examiner les effets dans leur totalité. Et dans l’examen –

[...]

Mme STREKAF : Dans le présent contexte, nous ne – nous n’avions pas proposé de chiffre précis touchant ce que cette perte sèche et ces transferts pourraient être. Mais si nous nous reportons au témoignage du professeur Ward à l’audience, nous voyons qu’il a fait observer qu’il y aurait une perte sèche additionnelle et un transfert, et dans l’examen plus précis que nous proposons des effets de concertation plus loin dans les conclusions écrites, nous essayons de cerner un peu ce que ces chiffres pourraient être pour vous donner une idée de l’ordre de grandeur en cause, de la façon dont vous pourriez considérer la chose d’un point de vue qualitatif, plutôt que d’essayer de quantifier ces effets.

M. SCHWARTZ : Merci beaucoup.

Transcription, vol. 1 aux pp. 116, 118 (9 octobre 2001).

[236] Selon le Tribunal, la même question relative à la preuve qui se pose à propos de l’allégation de perte sèche attribuable à l’action interdépendante et concertée se pose à propos de l’allégation concernant l’effet de redistribution : il n’y a pas d’éléments de preuve à ce sujet au dossier. Le professeur Ward n’a pas non plus examiné cet effet de redistribution dans son rapport d’expert. Quant à son témoignage oral, comme nous le disions plus haut, il est conjectural. En fait, la partie de son témoignage oral invoquée par le commissaire au paragraphe 24 de son mémoire, se rapporte à la possibilité de la perte de surplus du producteur pour les concurrents indépendants, et non à la perte possible de surplus du consommateur pour les clients changeant de fournisseur.

[237] Comme il avait adopté le critère du surplus total, le Tribunal n’aurait pas pris en considération l’effet de redistribution de l’action interdépendante et concertée des concurrents si on le lui avait demandé à la première audience. Mais eu égard au Jugement rendu en appel, le Tribunal s’estimerait maintenant tenu d’examiner les thèses des parties sur cette question. Cependant, comme il ne dispose pas d’éléments de preuve à partir desquels il pourrait évaluer l’effet de redistribution de l’action interdépendante et concertée, le Tribunal rejette la thèse du commissaire.

C. QUALITÉ DU SERVICE ET PROGRAMMES DE CLIENTÈLE

[238] Le commissaire soutient, aux paragraphes 34 à 41 de son mémoire, que le Tribunal, ayant pris en considération l’effet de perte sèche de la suppression ou de la réduction des services et des accords de prix offerts par ICG, devrait maintenant tenir compte de la redistribution de revenu liée à cet exercice de puissance commerciale. Le Tribunal devrait aussi, selon le commissaire, prendre en considération les incidences qualitatives de la suppression ou de la réduction du choix du consommateur, par exemple sur le marché de produit des services de coordination des comptes nationaux.

[239] Les défenderesses, aux paragraphes 68 à 73 de leur mémoire, rappellent que le Tribunal a déclaré dans ses Motifs qu'il n'avait pas été produit d'éléments de preuve touchant l'ampleur de toute suppression de programmes ou réduction des services. De plus, elles soutiennent que le commissaire n'a pas expliqué pourquoi les consommateurs accorderaient de l'importance au choix en soi, c'est-à-dire indépendamment de son effet sur le prix ou la qualité du service, questions qui ont déjà été examinées par le Tribunal.

[240] Le Tribunal a constaté qu'ICG avait établi certains services et conclu certains accords de prix que n'offraient pas Supérieur ni d'autres marchands de propane. (Le commissaire fait cependant remarquer que Supérieur offre dans l'Ouest canadien un programme semblable au programme « Cap-It » d'ICG.) Selon le Tribunal, le programme GolfMax et les accords semblables sont des arrangements de commercialisation spécialisés et constituent des moyens par lesquels ICG a essayé de se distinguer de ses concurrents sur le marché de la vente au détail de propane. La suppression de certains arrangements de commercialisation spécialisés par l'entité fusionnée aurait pour conséquence que l'acheteur pour qui un tel arrangement était le moyen d'acquisition préféré de propane devrait choisir un autre arrangement moins intéressant pour lui. Comme dans le cas d'un changement de fournisseur provoqué par une hausse directe de prix, ce changement d'arrangement entraînerait une perte d'efficacité, mesurable – du moins en principe – par la perte sèche, et un transfert de revenu de l'acheteur au vendeur. Si l'on pouvait estimer ces effets, les incidences de la réduction du choix pourraient être calculées de la manière classique. Si l'on ne pouvait pas effectuer de telles estimations, les incidences devraient être établies d'une autre manière dans le cadre de la preuve.

[241] Vu les éléments prouvant le caractère inélastique de la demande de propane, le Tribunal a conclu que la consommation de ce produit ne diminuerait pas sensiblement en cas de suppression de ces arrangements de commercialisation. Le Tribunal, aux paragraphes 466 et 467 de ses Motifs, a aussi conclu de la preuve que, dans le cas où certains arrangements de commercialisation seraient supprimés, les effets de perte sèche attribuables à cette suppression seraient « minimes » et « ...qu'il était très improbable que ces effets excéderaient la perte sèche estimée... » (soit trois millions de dollars). Le Tribunal s'est ainsi fondé sur les éléments de preuve produits pour établir la limite supérieure de l'effet sur l'efficacité de la réduction ou de la suppression de certains arrangements de commercialisation, présenté par le commissaire comme un facteur qualitatif.

[242] La Cour a ordonné au Tribunal de prendre en considération les effets de redistribution dont il n'avait pas tenu compte au départ. Le Tribunal note cependant que le commissaire n'a pas produit d'éléments de preuve sur ce sujet à la première audience. Il s'est plutôt contenté de soutenir que la suppression ou la réduction des programmes et des services, ou les deux, devraient être considérées comme des effets qualitatifs (défavorables). Le commissaire n'a présenté aucune thèse, ni donc aucun élément de preuve, touchant l'effet de redistribution de cette suppression ou de cette réduction, ou les deux.

D. LES PROVINCES DE L'ATLANTIQUE

[243] Le commissaire soutient que l'empêchement de la concurrence dans les provinces de l'Atlantique que le Tribunal a constaté sous le régime de l'article 92 de la Loi est un effet à considérer du point de vue qualitatif sous le régime de l'article 96. Selon les défenderesses, il n'y a pas suffisamment de renseignements au dossier pour évaluer l'effet de cet empêchement de la

concurrence, et le Tribunal est dessaisi de la question des effets de l'empêchement dans les provinces de l'Atlantique, sauf pour ce qui concerne les effets de redistribution.

[244] Le Tribunal a admis que le fusionnement empêchait l'exécution des projets de développement d'ICG dans les provinces de l'Atlantique. Par suite, le prix du propane y sera vraisemblablement plus élevé qu'il ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu fusionnement. Par conséquent, les effets possibles de cet empêchement de la concurrence dans les provinces de l'Atlantique seraient les gains en efficacité et la réduction des superbénéfices qu'aurait entraînés la concurrence additionnelle que le fusionnement empêche.

[245] Ayant constaté et admis le fait de l'empêchement de la concurrence dans les provinces de l'Atlantique, le Tribunal doit évaluer les effets de cet empêchement. L'empêchement en soit peut être distingué de ses effets, de la même manière que le commissaire a distingué ci-dessus la fixation interdépendante des prix de ses effets. Le dossier ne contient aucun élément relatif à l'importance de la baisse de prix du propane qu'aurait entraînée le développement d'ICG, de sorte que les gains en efficacité et effets de redistribution possibles que le fusionnement empêche dans les provinces de l'Atlantique ne sont pas directement mesurés.

[246] Pour ce qui concerne les gains en efficacité empêchés, le Tribunal note que le commissaire a tenu compte des ventes de Supérieur dans les provinces de l'Atlantique dans son calcul de la perte sèche (estimée à trois millions de dollars). C'est là une manière indirecte de prendre en compte les gains en efficacité empêchés dans les provinces de l'Atlantique. Cette estimation pourrait bien ne pas être très exacte, mais elle n'a pas été contestée en tant que telle, si bien que le Tribunal ne voit aucune raison ou nécessité de réexaminer l'effet de perte sèche d'un point de vue qualitatif. Le Tribunal s'estime donc dessaisi de la question de la perte sèche dans les provinces de l'Atlantique.

[247] Touchant la redistribution de revenu sous la forme d'une réduction des superbénéfices des fournisseurs titulaires, le Tribunal est d'accord avec les défenderesses pour constater l'absence d'éléments de preuve qui l'aiderait à établir de cet effet une évaluation qualitative ou quantitative.

[248] La Cour déclare, au paragraphe 127 de son Jugement rendu en appel, que, selon le Tribunal, le fait que l'entité fusionnée 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 puisse être pris en compte sous le régime de l'article 96.

[249] Il semble au Tribunal que, soit dit en toute déférence, la Cour a peut-être confondu l'empêchement de la concurrence et du choix avec la diminution de la concurrence et du choix. Aucun élément de preuve ne donne à penser que le fusionnement considéré supprimera toute concurrence dans les provinces de l'Atlantique. Qui plus est, le Tribunal n'a pas conclu que le fusionnement supprimerait, ou aurait vraisemblablement pour effet de supprimer, toute concurrence sur le marché de la fourniture de propane dans les provinces de l'Atlantique. Enfin, si la déclaration de la Cour concernant l'élimination du choix des consommateurs se rapporte aux provinces de l'Atlantique, le Tribunal note qu'il n'a pas conclu que le fusionnement éliminerait, ou aurait vraisemblablement pour effet d'éliminer, tout choix des consommateurs sur ce marché.

E. LES MARCHÉS LIÉS

[250] S'appuyant sur le Jugement rendu en appel, le commissaire soutient, aux paragraphes 30 à 33 de son mémoire, que le fusionnement entraînera des pertes en efficience (c'est-à-dire une perte sèche) et une redistribution de revenu supplémentaires sur les marchés liés. Le commissaire rappelle que seulement 10,7 p. 100 des volumes additionnés de propane vendus par Supérieur et ICG en 1998 étaient destinés à l'utilisation finale sur le marché résidentiel, et que le propane sert d'intrant intermédiaire dans toutes sortes de branches d'activité et d'entreprises.

[251] Le commissaire avance en outre ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'augmentation du prix du propane pour ces consommateurs risque de faire augmenter le coût de revient de leurs produits et de leurs services. Dans les cas où une hausse de prix du propane entraînera une hausse des prix de ces autres produits, il y aura des effets de mauvaise affectation des ressources (perte sèche) et de transfert qui s'ajouteront à ceux relevés ci-dessus. Ces effets supplémentaires sont aussi attribuables au fusionnement. S'il n'est pas possible de quantifier ces effets, ils n'en doivent pas moins être pris en considération lorsque, comme dans la présente espèce, le produit en question représente un intrant important d'autres produits...

[252] Les défenderesses font valoir que le commissaire n'a produit aucun élément de preuve touchant les effets du fusionnement sur les marchés liés.

[253] Du point de vue du Tribunal, la question pertinente en l'espèce est de savoir si l'acheteur intermédiaire de propane absorbera la hausse du prix de celui-ci ou la répercutera d'une manière ou d'une autre, et non pas si la hausse est considérable ou minime, ou si le propane est un intrant important ou non.

[254] Aux termes de l'article 96, il s'agit d'établir «... les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement...». Du point de vue du Tribunal, le fait que selon le commissaire la hausse de prix « risque de faire augmenter le coût de revient [des] produits » ne suffit pas pour conclure à la réalité ou à la vraisemblance des effets ou pour en estimer l'ordre de grandeur, même approximativement. Le Tribunal constate que le commissaire a fait allusion à ces effets, mais ne les a pas établis, et par conséquent se range à l'avis des défenderesses. Le Tribunal formule plus loin d'autres observations sur cette question.

[255] Cependant, le Tribunal est d'accord pour dire que les effets produits sur les marchés liés, dans les cas où il est démontré qu'ils découlent de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, constituent des facteurs importants à prendre en considération sous le régime de la Loi, et il constate que le libellé du paragraphe 96(1) prévoit leur prise en compte. Notons en particulier qu'il est important d'identifier les marchés liés où les effets se produisent afin d'établir si le transfert de revenu s'opère des consommateurs aux actionnaires ou entre actionnaires d'entreprises différentes.

F. LA PERTE DE GAINS POTENTIELS EN EFFICIENCE DYNAMIQUE

[256] Le commissaire soutient que le fusionnement entraînera la perte des gains en efficacité dynamique qu'aurait produits le « projet de transformation » d'ICG. S'il est difficile de calculer ces gains sacrifiés, avance le commissaire, leur examen qualitatif se justifie par le fait que cette question se rapporte à l'objectif d'efficacité et d'adaptabilité énoncé dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi. Les défenderesses soutiennent quant à elles que le Tribunal est dessaisi de la question des gains en efficacité dynamique.

[257] Le Tribunal note qu'ICG avait adopté un nouveau modèle d'activité commerciale et était en train de mettre en place diverses technologies nouvelles au moment du fusionnement. Le commissaire fait observer à ce propos, au paragraphe 78 de son mémoire, ce qui suit :

[TRADUCTION]

... La question de savoir si c'est le modèle d'ICG ou celui de Supérieur qui se serait révélé en fin de compte le plus efficace reste sans réponse; on peut cependant dire que ce qui a été perdu par suite du fusionnement, ce sont les gains en efficacité dynamique ou l'intensification de la concurrence qui auraient pu résulter sur la durée de l'adoption par ICG d'une approche de la distribution du propane axée sur la technologie...

[258] Pour accueillir favorablement la thèse du commissaire, le Tribunal devrait admettre que le projet de transformation d'ICG produirait effectivement des gains en efficacité dynamique et des économies. S'il y a des éléments tendant à prouver qu'ICG prévoyait de mettre en place certaines technologies nouvelles, on ne trouve rien au dossier concernant les gains ou les économies à en attendre; par exemple, aucun témoin expert n'a proposé d'observations sur la probabilité de matérialisation de ces gains, sur leur caractère « dynamique » ou sur leur quantité, de sorte que la perte de tels gains se révèle conjecturale – même, semble-t-il, pour le commissaire. En conséquence, le Tribunal rejette la thèse de celui-ci.

G. LA CRÉATION DE MONOPOLES

[259] Le commissaire affirme, aux paragraphes 67 à 73 de son mémoire, que la création de monopoles sur 16 marchés géographiques de la vente au détail de propane et la constitution d'un monopole sur le marché des « services de coordination des comptes nationaux » constituent des effets qualitatifs qui doivent être pris en considération dans l'examen prévu à l'article 96 si l'on veut se conformer à la disposition de déclaration d'objet de la Loi.

[260] Dans sa plaidoirie, le commissaire définit le fusionnement visé en l'espèce comme la création d'un monopole, non seulement par rapport à ces 16 marchés géographiques, mais relativement aussi au nombre beaucoup plus grand de marchés géographiques où sera engendrée ou accrue une puissance commerciale qui entraînera la fixation concertée de prix par les autres fournisseurs de propane sur ces marchés (transcription, vol. 1 aux pp. 92 et 94 (9 octobre 2001)).

[261] Les défenderesses soutiennent que, étant donné que l'article 96 concerne les « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence », il incombe au commissaire de démontrer

l'existence d'autres effets monopolistiques que ceux qui ont déjà été pris en compte dans le calcul de la perte sèche et de la redistribution de revenu, et qu'il n'a pas produit de tels éléments de preuve additionnels. Elles avancent en outre que le jugement de la Cour ne prescrit la prise en considération du facteur monopolistique sous le régime de l'article 96 que dans l'hypothèse où l'entité fusionnée détiendra une part de marché de 100 p. 100, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Enfin, les défenderesses proposent des calculs visant à démontrer le caractère restreint des effets (perte sèche et redistribution de revenu) allégués par le commissaire sur les marchés monopolistiques.

[262] Aux paragraphes 127 et 128 de son Jugement rendu en appel, la Cour s'est exprimée dans les termes suivants au sujet de la création de monopoles :

Autre conséquence de la limitation des « effets » anticoncurrentiels d'un fusionnement à la perte sèche, le fait que le fusionnement entraîne un monopole sur un ou plusieurs des marchés de l'entité fusionnée cesse d'être pertinent. 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.

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.

1) Questions de définition

[263] Le Tribunal n'a pas conclu que l'entité formée par le fusionnement de Supérieur et d'ICG éliminerait tout choix des consommateurs et supprimerait toute concurrence sur le marché de la fourniture du propane, et il n'a pas conclu qu'il en irait vraisemblablement ainsi dans le cas particulier des provinces de l'Atlantique.

[264] Même sur les 16 marchés définis par les experts du commissaire comme des « marchés monopolistiques ou quasi monopolistiques », de nombreux consommateurs auront la possibilité d'acheter d'autres produits. Le Tribunal a admis que, aux fins de l'examen prévu par l'article 92, le marché de produit se limitait à la « vente au détail de propane » et qu'en étaient donc exclus les autres combustibles conformément au critère de définition du marché qu'il avait adopté (à savoir la hausse de prix de 5 p. 100 du critère du « monopoleur hypothétique »). Cette approche entraîne l'exclusion d'autres possibilités qui existent mais qui ne seront vraisemblablement pas retenues par les consommateurs. Donc, s'il est vrai que d'autres possibilités s'offraient, il a semblé au Tribunal qu'elles ne seraient pas retenues en quantité suffisante pour remplir le critère qu'il avait adopté, de sorte qu'il a exclu ces autres possibilités du marché de produit.

[265] Pour éclairer les questions de définition du marché, le Tribunal renvoie le lecteur à sa conclusion, aux paragraphes 73 à 82 de ses Motifs, que les « services de coordination des comptes

nationaux » constituent un marché de produit distinct et le fusionnement visé en l'espèce réunit les deux seules entreprises qui fournissent actuellement ce service au Canada. Au sens où il ne subsistera plus après le fusionnement qu'un seul fournisseur, il peut être considéré comme créant un monopole dans les « services de coordination des comptes nationaux ».

[266] Néanmoins, il n'est pas évident que l'acheteur ayant besoin de propane en de nombreux endroits n'aura « pas le choix ». Comme les défenderesses l'ont fait valoir, ces entreprises pourront se procurer du propane chez des fournisseurs régionaux et locaux et le paieront même moins cher, la différence de prix couvrant le coût supplémentaire de personnel apparemment faible que devrait supporter l'acheteur national. Qui plus est, ainsi que le Tribunal l'a rappelé dans ses Motifs, certains acheteurs nationaux de propane achètent en fait du propane de cette façon. Le commissaire n'a pas contesté ces éléments de preuve à la première audience.

[267] Cependant, le Tribunal a fondé sa décision de définir un marché de produit distinct pour les services de coordination des comptes nationaux sur les déclarations de témoins indiquant que certains acheteurs nationaux préféreraient subir une hausse notable du prix du propane de la part de l'entité fusionnée plutôt que de s'adresser à ces fournisseurs régionaux et locaux, en dépit des économies pécuniaires apparentes. On ne peut donc dire que le fusionnement supprime tout choix pour ces acheteurs, mais seulement que les possibilités qui subsisteront après le fusionnement seront si peu intéressantes pour certains acheteurs nationaux qu'ils ne les retiendront pas malgré l'avantage économique qu'ils auraient apparemment à le faire. Le Tribunal était donc fondé à définir un marché de produit distinct aux fins de son examen sous le régime de l'article 92. Le Tribunal n'a pas conclu que le fusionnement créait un monopole sur le marché des « services de coordination des comptes nationaux ».

[268] Le Tribunal estime qu'on devrait employer le terme « monopole » en tenant compte dans une certaine mesure des questions de définition. La difficulté de définir ce terme en dehors de la théorie économique pure a été soulignée par les professeurs Trebilcock et Winter dans un article (M. Trebilcock et R. Winter, « The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy » (hiver 1999-2000) vol. 19, no 4 *Can. Comp. Rec.*, à la p. 108.) cité par le Tribunal au paragraphe 427 de ses Motifs :

[TRADUCTION]

... pour le profane ou l'étudiant débutant en science économique, le terme « monopole » désigne une entreprise qui vend sans aucune contrainte de concurrence un produit dépourvu de substituts. Or, le monopole ainsi défini est une fiction. Tout produit a des substituts, ne serait-ce que parce que le consommateur peut garder son argent pour acheter d'autres marchandises et services. La puissance commerciale est affaire de degré, de sorte que le terme « monopole » ne se définit pas en termes absolus...

[269] Le professeur R. Ware a formulé des observations analogues dans un article (R. Ware, « Efficiencies and the Propane Case » (hiver-printemps 2000) vol. 3, no 3 *Inter'l Antitrust Bull.* aux pp. 17 et 18.) :

[TRADUCTION]

Les monopoles occupent le devant de la scène médiatique au Canada en ce début de siècle. On observe dans la presse un chœur cacophonique d'allégations de « monopolisation », peut-être déterminé par l'affaire du propane et le fusionnement d'Air Canada et de Canadien. Il semble s'ensuivre qu'il suffit d'étiqueter ainsi une association ou une réorganisation projetées pour attirer sur elles les foudres mérités du droit de la concurrence.

Si le terme « monopole » évoque une notion précise et occupe une place importante dans toute initiation à l'économique, beaucoup seraient étonnés d'apprendre que, du point de vue conceptuel, ce terme est très trompeur et presque vide de sens [...]

Le fait que la notion de monopole ne soit pas un solide concept de la science économique ne signifie pas que la politique de la concurrence et l'économique antitrust soient mal conçues. En fait, elles ont raison de se préoccuper de la recherche de la puissance économique et de l'abus de celle-ci, mais non des monopoles ou même de la « monopolisation ». S'il s'inscrit dans le contexte de la recherche de puissance commerciale, le terme « monopole » peut s'interpréter plus justement comme le produit d'un effort de définition d'un marché antitrust. Dans ce sens, l'expression « fusionnement menant à un monopole » signifierait que, à l'égard de certains produits, les parties à un fusionnement projeté acquerraient après sa réalisation une puissance commerciale suffisante pour augmenter avec profit les prix de 5 p. 100 (tous les autres prix étant supposés constants et abstraction faite de plusieurs facteurs [...]). La définition ou délimitation du marché, telle qu'elle est prévue dans les lignes directrices canadiennes (et américaines) relatives aux fusionnements ne consiste pas à circonscrire un « monopole » ou même une pure puissance économique. C'est une opération juridique et procédurale conçue comme une étape seulement – encore que ce soit une étape importante – dans une suite d'examens prévue pour déterminer s'il est ou non possible que le fusionnement entraîne un accroissement de puissance commerciale. Il est à noter que cette opération, en cas de détermination positive, ne donne *pas* lieu à la conclusion qu'il n'y a pas de substituts aux produits considérés (de telle manière que le fusionnement créerait en fait un monopole au sens de la science économique), mais plutôt que le fusionnement risque de créer un degré minimum de puissance commerciale. Je dis « risque de créer » parce qu'il faudra aux étapes ultérieures de l'analyse prendre en considération la probabilité de l'entrée en lice de nouveaux concurrents dans un délai suffisant, l'effet des contraintes de capacité, le point de savoir si la puissance commerciale pourrait être contrebalancée par le pouvoir des acheteurs, les conséquences du fusionnement sur le plan de l'innovation, etc.

On voit donc que le concept de monopole est dans le meilleur des cas difficile à cerner. Le Tribunal et le Bureau de la concurrence ont jusqu'ici admis en général que de tels qualificatifs structurels ne sont que des outils dans l'évaluation de la puissance commerciale et de ses conséquences sur l'efficacité économique...

2) Historique et contexte législatifs

[270] Si la Loi ne contient pas de définition du terme « monopole », le texte qui l'a précédée en donnait une. L'article 33 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* était ainsi libellé :

Quiconque est partie intéressée ou contribue, ou sciemment aide, à une fusion ou un monopole, ou à la formation d'une fusion ou d'un monopole, est coupable d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement de deux ans...

L'article 2 de la même loi définissait ainsi le terme « monopole » :

« monopole » signifie une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent, pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelque'une de ses régions, la catégorie ou l'espèce d'entreprise à laquelle se livrent ces personnes, et ont exploité ou semblent devoir exploiter cette entreprise au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes, mais une situation n'est pas réputée un monopole selon la présente définition du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets* ou de toute autre loi du Parlement du Canada.

[271] Depuis les modifications apportées en 1986 à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le fusionnement relève du droit civil plutôt que du droit pénal. Étant donné que la définition du terme « monopole » donnée à l'article 2 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'a pas été reprise dans la nouvelle Loi, le Tribunal ne peut que présumer que cette définition n'était pas destinée à être utilisée. En fait, l'absence de toute définition du terme « monopole » dans la Loi indique seulement que le Parlement a estimé qu'il n'était pas nécessaire de définir ce terme sous le nouveau régime.

[272] Pour l'application de l'article 92, le Tribunal doit déterminer si le fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence et, selon le paragraphe 92(2), il ne peut établir cette détermination en raison seulement de la concentration ou de la part de marché. Par conséquent, même un fusionnement entraînant l'appropriation d'une part de marché de 100 p. 100 n'enfreint pas automatiquement l'article 92. Ce n'est qu'après avoir pris en considération l'entrée éventuelle de nouveaux concurrents et d'autres facteurs que le Tribunal peut conclure qu'un tel fusionnement empêchera ou diminuera sensiblement la concurrence. Le fait de dire qu'un tel fusionnement entraîne la création d'un « monopole » n'ajoute ni n'enlève rien à la question à laquelle le Tribunal doit répondre, qui concerne la capacité à exercer une puissance commerciale. Le Tribunal estime que la question de la création de monopoles n'est pas pertinente par rapport à la tâche que lui prescrivent les dispositions relatives aux fusionnements de la Loi.

[273] Il est à noter que la « monopolisation », délit sanctionné par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, a été dépenalisée en 1986. Les dispositions applicables, une fois modifiées, ont été reportées à l'article 79 de la Loi dans sa version modifiée, sous la rubrique « Abus de position dominante ». Par conséquent, en supposant que le terme « monopole » puisse être adéquatement défini, la création d'un monopole ne constitue pas une infraction sous le régime de cet article; en fait, les agissements anti-concurrentiels de la part d'une telle entité n'y sont pas interdits. Le commissaire

est plutôt tenu de démontrer l'existence d'une position dominante, ainsi que d'agissements anti-concurrentiels, et le fait qu'il résulte de ceux-ci un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence.

[274] Pour montrer encore plus clairement que les dispositions civiles de la Loi ne témoignent pas d'une prévention contre la création de monopoles en soi, le Tribunal renvoie le lecteur à l'article 86 de la Loi, qui l'autorise à ordonner l'inscription au registre d'un accord de spécialisation et par conséquent à permettre la création d'un monopole ou d'éléments d'un monopole lorsque les gains en efficience sont suffisamment importants, c'est-à-dire dans les cas où, selon le paragraphe 86(1)a) :

... la mise en oeuvre de l'accord entraînera vraisemblablement des gains en efficience qui surpasseront et neutraliseront les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement de l'accord et que ces gains en efficience ne seraient vraisemblablement par réalisés si l'accord n'était pas mis en oeuvre;

Donc, un accord qui pourrait être autrement annulé en tant que complot peut être inscrit au registre lorsqu'il est démontré que les gains en efficience qui en résulteront remplissent pour l'essentiel le même critère que celui qui est appliqué aux fusionnements au paragraphe 96(1).

[275] Si la Cour avait voulu que la création d'un monopole soit un facteur à prendre en considération dans l'examen à effectuer sous le régime du paragraphe 96(1), ce point de vue devrait aussi s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux accords de spécialisation, puisque le critère d'efficience est le même. Or, l'article 86 autorise expressément la création d'un monopole ou d'éléments d'un monopole par le moyen d'accords de spécialisation. Il ne serait pas logique d'ordonner au Tribunal de considérer la création d'un monopole comme un effet négatif d'un accord de spécialisation alors que la législation permet, voire présente comme souhaitable, la création d'un monopole sous cette forme.

3) L'article 96 s'applique au fusionnement considéré

[276] Au paragraphe 15 du Jugement rendu en appel, le juge Létourneau, J.C.A., fait observer ce qui suit dans son opinion partiellement dissidente :

... 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.

[277] Si, comme il semble, le juge Létourneau veut dire que la défense fondée sur les gains en efficience ne devrait pas pouvoir être invoquée dans les cas où le fusionnement entraîne la création d'un monopole structurel, soit dit en toute déférence, il se trompe certainement. Ayant défini la création d'un monopole comme l'appropriation d'une part de marché de 100 p. 100, le commissaire a soutenu à la première audience que l'article 96 ne pouvait être invoqué en droit pour défendre les fusionnements ayant cet effet, encore que les fusionnements donnant lieu à l'appropriation d'une part

de marché de 96 p. 100 dussent être analysés de manière différente. Pour les raisons données dans ses Motifs, aux paragraphes 418 et 419, le Tribunal en a conclu autrement, et la Cour n'a pas remis cette conclusion en question : elle a plutôt dit que le Tribunal devrait tenir compte de la disposition de déclaration d'objet de la Loi dans l'analyse des effets sous le régime de l'article 96. C'est pourquoi le commissaire ne soutient plus la thèse qu'il avait adoptée à la première audience.

[278] Comme nous l'avons vu précédemment, les projets de loi C-42 et C-13, précités aux paragraphes 37 et 53 respectivement, rendaient la défense fondée sur les gains en efficience inapplicable aux cas où le fusionnement devait entraîner la prise de contrôle pratiquement complète d'un produit sur un marché. Or, cette disposition n'a pas été reprise dans les projets de loi C-29 ou C-91, précités, ni dans la Loi.

[279] Si le juge Létourneau veut parler de la transaction visée en l'espèce, il est certain, soit dit en toute déférence, qu'il se trompe en grande partie sur ses effets. Le fusionnement considéré, s'il empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ne supprime pas toute concurrence, pas plus qu'il n'empêche les petites et moyennes entreprises d'entrer sur le marché ou d'y survivre. Néanmoins, c'est un fusionnement anti-concurrentiel, et il prive effectivement les consommateurs de prix concurrentiels.

[280] Il s'ensuit que, du point de vue de l'examen prévu par l'article 96, la détermination de l'existence d'un monopole, de quelque manière qu'on définisse ce terme, n'est pas pertinente. Si la création d'un prétendu monopole ne suffit pas en soi à justifier une détermination concluant à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence sous le régime de l'article 92 de la Loi, cette création ne peut faire obstacle à l'application de l'article 96. La Cour n'a pas remis en question la décision du Tribunal selon laquelle le moyen de défense prévu à l'article 96 peut être appliqué au fusionnement visé en l'espèce. Comme l'article 96 prévoit la comparaison des gains en efficience avec « les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement », la Cour doit avoir voulu dire qu'il y avait au dossier des effets de la diminution sensible de la concurrence que le Tribunal n'avait pas pris en considération.

[281] Comme la législation ne définit pas le terme « monopole », le Tribunal conclut que, aux fins d'application de la Loi, ce terme ne peut que désigner une entité disposant d'un degré élevé de puissance commerciale. En fait, en évoquant les marchés qui ne sont pas considérés comme « monopolistiques ou quasi monopolistiques », le commissaire a soutenu cette thèse dans sa plaidoirie. Par conséquent, les effets de la création d'un monopole aux fins d'application de l'article 96 de la Loi sont les effets d'efficience et de redistribution liés à toute autre forme d'exercice de la puissance commerciale; s'il y a d'autres effets liés au concept de monopole, ils doivent être prouvés. De quelque façon qu'on définisse le terme « monopole », un fusionnement menant à un monopole n'est pas plus condamnable selon la Loi que les autres cas d'empêchement ou de diminution sensible de la concurrence, à moins que ne soit démontrée l'existence d'effets additionnels.

[282] Selon le Tribunal, le problème de définition traduit des différences d'opinion touchant le rapport entre l'article 96 et la disposition de déclaration d'objet. Comme il l'a expliqué dans ses Motifs, le Tribunal estime que l'article 96 dispose clairement que la concurrence n'a pas à être préservée ou favorisée comme le prescrit par ailleurs la disposition de déclaration d'objet. De ce point

de vue, la tâche du Tribunal est claire; il n'y a pas de contradiction entre les effets de ces deux importantes dispositions.

4) Les effets additionnels

[283] L'histoire du droit antitrust américain montre à l'évidence l'importance qu'y occupent les inquiétudes relatives à la convergence de la puissance économique et du pouvoir politique. Le droit antitrust américain, par la protection absolue qu'il accorde aux petites entreprises, défend traditionnellement aussi d'autres valeurs, notamment la prévention de la perte d'emplois, la santé économique des collectivités locales et la décentralisation. Les effets de cette nature seraient manifestement à examiner d'un point de vue qualitatif s'ils étaient considérés comme des effets au sens de l'article 96. Mais à l'exception de l'effet sur les petites et moyennes entreprises, de tels effets n'ont pas été réputés découler du fusionnement visé en l'espèce.

[284] D'un point de vue plus général, la plupart de ces préoccupations ne sont liées à aucun des objectifs de la politique canadienne de la concurrence, de sorte qu'il sera difficile de les intégrer à l'examen prévu par l'article 96. Par exemple, le Tribunal a fait observer, aux paragraphes 443 et 444 de ses Motifs, que les pertes d'emplois résultant d'un fusionnement anti-concurrentiel ne constituent pas un effet de la diminution de la concurrence pour l'application de l'article 96 parce que de telles pertes résultent aussi de fusionnements qui ne sont pas anti-concurrentiels, lesquels le commissaire ne peut attaquer sous le régime de la Loi.

[285] Le Tribunal souscrit à la thèse des défenderesses au paragraphe 87 de leur mémoire, comme quoi, une fois qu'on a pris en considération toutes les questions soulevées par le commissaire (c'est-à-dire la perte sèche, la fixation interdépendante de prix, la qualité du service, etc.), regarder en outre la création de monopole, considérée en soi, comme un facteur qualitatif pour l'application de l'article 96 reviendrait à compter ces effets deux. Par conséquent, le commissaire doit démontrer l'existence d'effets monopolistiques qui n'ont pas encore été pris en considération; or, il n'a établi l'existence d'aucun effet de cette nature.

H. LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

[286] S'appuyant sur le Jugement rendu en appel, le commissaire avance que, dans l'examen à effectuer en application de l'article 96, le Tribunal devrait tenir compte de l'incidence du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises, étant donné la mention qui est faite de celles-ci dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi.

[287] Le commissaire invoque, aux paragraphes 56, 58-64 de son mémoire, les éléments suivants :

- le dire d'expert selon lequel la puissance commerciale que le fusionnement confère à Supérieur lui permettra d'exercer une contrainte sur ses concurrents en baissant sélectivement ses prix et en évinçant des entreprises rivales de certains marchés;
- un document interne où un directeur de succursale de Supérieur écrit qu'ICG et Irving ont chacune enlevé un client du segment commercial à Supérieur et que celle-ci usera de représailles si cette « tendance » se maintient;

- un document interne d'ICG où un employé de cette entreprise en Alberta rapporte qu'ICG a usé de représailles contre Canwest et Cal-Gas et que celle-ci fixe maintenant « des prix plus sérieux »;
- le témoignage de M. Edwards selon lequel il ne souhaitait pas s'implanter sur un marché où il n'aurait qu'un concurrent important;
- des éléments de preuve selon lesquels Supérieur a riposté à la tentative d'implantation de la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée sur le marché;
- la déposition d'un témoin se disant préoccupé par la fixation de prix abusifs et la déclaration confidentielle d'un autre comme quoi les prix sont parfois si bas qu'il trouve difficile de survivre sur le marché;
- le dire d'expert selon lequel l'acquisition d'ICG accroît le risque que Supérieur exerce une contrainte sur ses concurrents pratiquant une réduction agressive des prix en offrant des prix identiques.

Le commissaire affirme aussi, aux paragraphes 56 à 66 du même document, mais sans le démontrer, que le fusionnement accroît la capacité de Supérieur à dissuader efficacement les petits et moyens fournisseurs de propane de se développer ou d'entrer sur le marché par des pratiques restrictives dont elle sait qu'elles accroissent leurs coûts de revient ou diminuent leurs produits d'exploitation.

[288] Les défenderesses soutiennent, aux paragraphes 79 à 85 de leur mémoire, que les petites entreprises concurrentes gagneront au fusionnement dans la mesure où elles augmenteront leurs prix parallèlement à l'entité fusionnée, de sorte qu'elles ne subiront pas de dommage. Elles avancent également que le Tribunal est dessaisi des questions de l'effet dissuasif sur l'entrée ou le développement, de l'exercice d'une contrainte sur les concurrents et des effets qualitatifs découlant de la restriction de l'entrée.

[289] Le Tribunal prend au sérieux les témoignages alléguant la fixation de prix abusifs, mais estime que les déclarations des deux concurrents invoquées par le commissaire ne suffisent pas à établir l'existence d'une politique de prix de cette nature. La Loi manifeste le souci de réprimer la fixation de prix abusifs, mais rien n'indique que l'une ou l'autre de ces entreprises se soit plainte au commissaire du comportement en matière de prix de Supérieur ou d'ICG avant le fusionnement. Qui plus est, l'allégation de fixation de prix abusifs est formulée par deux concurrents qui restent actifs sur le marché. Il faut plus d'éléments de preuve qu'il ne nous en est présenté en l'espèce pour distinguer la fixation de prix abusifs d'une stratégie offensive de concurrence. Une partie des témoignages invoqués à cet égard est confidentielle. Après examen de la transcription des déclarations confidentielles, le Tribunal conclut au caractère conjectural de ces éléments de preuve, qui ne suffisent pas à étayer l'existence ou la probabilité d'une politique de prix abusifs.

[290] Le Tribunal a accueilli favorablement les éléments de preuve selon lesquels les nouveaux venus ou les petites entreprises souhaitant se développer trouvent difficile de disputer des clients à Supérieur et à ICG, en partie du fait de la pratique de ces dernières consistant à passer avec leurs clients des contrats portant certaines stipulations anti-concurrentielles; en effet, de 90 à 95 p. 100 des

clients des défenderesses leur sont liés par des contrats types (Motifs, paragraphe 132). Comme le Tribunal l'a noté, certains éléments donnaient à penser que Supérieur envisageait d'assouplir certaines de ces stipulations en cas de réalisation du fusionnement, et la question de savoir si les projets de Supérieur à cet égard seraient exécutés a été examinée. Quoi qu'il en soit, rien ne prouve que l'accès au marché serait plus difficile sous ce rapport après le fusionnement.

[291] Les exemples de contrainte exercée sur ses concurrents par Supérieur que donne le commissaire n'établissent pas que celle-ci ait exercé une contrainte sur ses concurrents de petite taille : ICG, K.C. Irving et la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée ne sont certainement pas de petites ou moyennes entreprises. Et le fait qu'ICG ait apparemment exercé une contrainte sur des entreprises régionales ne prouve pas que Supérieur ait fait de même.

[292] Le commissaire invoque l'expérience de M. D.J. Edwards, qui a choisi d'implanter sa nouvelle entreprise de distribution de propane près de London en Ontario. M. Edwards, qui a été président de Supérieur, a déclaré qu'il avait établi son entreprise près de London pour des raisons aussi bien personnelles que commerciales. Nous reproduisons ci-dessous l'intégralité de ses déclarations à ce sujet.

[TRADUCTION]

M. EDWARDS : Une de mes raisons était d'ordre personnel. J'avais quitté Toronto pour m'installer à London en vue de faire autre chose et ça n'avait pas marché, alors quand j'ai décidé de retravailler dans cette branche, je me trouvais à London. En outre, London est très proche de l'infrastructure de Sarnia, qui est le principal point d'approvisionnement en Amérique du Nord. L'économie de la région située entre Windsor et Toronto est très stable – les marchés y sont souvent actifs et restent fermes. Il y avait – je ne voulais pas me retrouver sur un marché où je n'aurais qu'un seul concurrent.

M. MILLER : Pourquoi?

M. EDWARDS : Eh bien, j'avais déjà fait cette expérience dans les provinces de l'Atlantique. Je m'y étais trouvé en concurrence frontale avec les Irving. Si vous allez vous installer dans les provinces de l'Atlantique pour faire concurrence aux Irving – je pense que vous avez une idée de ce que serait la concurrence frontale avec les Irving. Elle serait agressive, dans le meilleur des cas.

J'ai choisi London parce qu'il s'y trouve divers concurrents approvisionnant divers marchés, alors j'ai pensé que si j'allais rentrer dans cette branche, il valait mieux le faire de cette façon.

M. MILLER : Parce que la présence d'une multiplicité de petites entreprises indépendantes offre une plus grande marge de manoeuvre?

M. EDWARDS : Si vous vous attaquez de front à un seul concurrent de grande taille, je pense – mon expérience avec les Irving m'avait appris qu'un nouveau venu peut se faire malmener passablement dans ce cas.

J'ai pensé que si je me positionnais parmi une multiplicité de concurrents, je pourrais arriver progressivement à soutenir la concurrence, en avançant un peu par ci un peu par là.

Transcription, vol. 8 aux pp. 1070 et 1071 (6 octobre 1999).

[293] M. Edwards a été président-directeur général de Supérieur jusqu'en mai 1996, et il a constitué en société son entreprise de distribution de propane à London en juin 1997 (transcription, vol. 8 à la p. 1063 (6 octobre 1999)). Par conséquent, son expérience avec K.C. Irving Ltd. a dû avoir lieu pendant la durée de ses fonctions à Supérieur. Il s'ensuit que son témoignage doit être interprété comme signifiant que Supérieur a trouvé difficile de soutenir la concurrence de K.C. Irving dans les provinces de l'Atlantique, et non que K.C. Irving a « malmené » ses concurrents de petite et de moyenne tailles (encore que ce puisse être le cas).

[294] Le commissaire invoque les dépositions faites à titre d'experts par les professeurs R. Schwindt et S. Globerman, qui ont déclaré qu'en éliminant ICG en tant que concurrent, le fusionnement inciterait dans une plus grande mesure Supérieur à aligner ses prix sur ceux des entreprises indépendantes pratiquant une stratégie de concurrence axée sur les prix, étant donné qu'elle n'aurait pas à partager avec ICG les fruits éventuels de l'exercice de cette contrainte. Ainsi, les entreprises indépendantes (c'est-à-dire, vraisemblablement, les petites et moyennes entreprises) seraient moins disposées à suivre une stratégie de concurrence axée sur les prix. Ces déclarations d'experts n'ont pas été contestées par les défenderesses à la première audience, et le Tribunal a accueilli favorablement ces éléments attestant la structure probable de nombreux marchés géographiques aux fins de sa détermination suivant laquelle le fusionnement diminuerait sensiblement la concurrence.

[295] Les défenderesses soutiennent que le Tribunal est dessaisi relativement aux éléments de preuve qui touchent la dissuasion à l'égard de l'entrée et du développement, la contrainte exercée sur les concurrents et les effets qualitatifs de la restriction de l'accès au marché. Le Tribunal a pris en considération les éléments de preuve relatifs à ces questions dans le contexte de l'examen prévu à l'article 92 de la Loi. Il ne peut donc réexaminer ses conclusions ou accueillir de nouveaux éléments de preuve à ce sujet. Cependant, le Jugement rendu en appel oblige le Tribunal à examiner maintenant sous le régime de l'article 96, en se fondant sur les éléments figurant déjà au dossier, les effets du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises dont il n'a pas tenu compte dans ses Motifs.

[296] Selon le Tribunal, si le commissaire n'a pas démontré que Supérieur ait eu un comportement agressif à l'égard de ses concurrents de petite et de moyenne tailles, il a avancé des motifs raisonnables de croire que ce fusionnement entraînera vraisemblablement une fixation concertée de prix de la part de ces concurrents. Le commissaire n'a pas contesté la thèse des défenderesses selon laquelle ces concurrents augmenteront probablement leurs marges et leurs bénéfices par suite du fusionnement; il soutient plutôt que la structure de marché qui en résultera va à l'encontre de l'objectif de la concurrence défini dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi, et que l'incidence à prévoir sur les concurrents de petite et de moyenne tailles est incompatible avec le but, également explicite dans cette disposition, consistant à assurer à ces entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne.

[297] Selon la Cour, l'incidence d'un fusionnement anti-concurrentiel sur les petites et moyennes entreprises est l'un des effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence à prendre en considération sous le régime du paragraphe 96(1) de la Loi. La Cour exprime cette préoccupation plusieurs fois dans le Jugement rendu en appel. Elle donne ainsi à entendre au paragraphe 24 de celui-ci que « l'élimination du marché des petits concurrents » est un effet qui devrait être pris en considération.

[298] Le Tribunal fait observer qu'il n'y a en l'espèce aucun élément qui prouve que le fusionnement éliminerait les petits concurrents du marché, et le commissaire ne soutient pas cette thèse. Il semble plutôt au Tribunal que le commissaire craint que les concurrents de petite taille ne décident de fixer leur prix en interdépendance plutôt que de faire concurrence sous ce rapport à l'entité fusionnée. La crainte exprimée par les professeurs Schwindt et Globerman n'était pas de voir l'entité fusionnée fixer des prix abusifs; ils ont plutôt employé les termes « représailles » et « compression » pour indiquer le danger d'interdépendance. Il n'est pas fait mention ne serait-ce qu'une seule fois de la fixation de prix abusifs dans leur rapport (affidavit des témoins experts R. Schwindt et S. Globerman (16 août 1999) : pièce A-2056, aux pp. 25 à 41).

[299] La Cour conclut au paragraphe 89 de son Jugement rendu en appel que la détermination des effets à prendre en considération sous le régime de l'article 96, notamment « l'impact sur les petites et moyennes entreprises concurrentes », est une question de droit. Au paragraphe 108, la Cour déclare que ces effets 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...

[300] Selon la disposition de déclaration d'objet de la Loi, lorsque la concurrence est préservée et favorisée, une chance honnête de participer à l'activité économique est assurée à la petite et à la moyenne entreprise. Si le Tribunal doit prendre en considération l'effet d'un fusionnement anti-concurrentiel sur les petites et moyennes entreprises sous le régime du paragraphe 96(1) de la Loi, il lui faut établir si ce fusionnement prive ces entreprises d'une telle chance.

[301] Dans les cas où ces entreprises sont des concurrents de l'entité fusionnée, il ne suffit pas d'établir que le fusionnement aura une incidence défavorable sur elles. De nombreux fusionnements qui ne sont pas anti-concurrentiels ont un effet défavorable sur les concurrents de petite taille et peuvent en fait les obliger à se repositionner ou à sortir du marché, mais de tels fusionnements ne privent pas les concurrents de petite taille d'une chance honnête de participer à l'activité économique. Ce qu'il faut montrer, c'est que l'effet exercé sur les petites et moyennes entreprises est un effet de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Le fait que les concurrents de petite taille commenceront à fixer leurs prix de manière interdépendante ou concertée sur de nombreux marchés pertinents constitue une diminution de la concurrence. S'il est vrai que peuvent être ainsi produits des effets de perte sèche et de redistribution, le dossier, comme nous le disions précédemment, ne contient aucun élément de preuve à ce sujet.

[302] Les petites et moyennes entreprises peuvent aussi être des clients de l'entité fusionnée. Le commissaire soutient au paragraphe 76 de son mémoire soumis en réplique que la possibilité de demander des prix anti-concurrentiels est incompatible avec l'un des objectifs énumérés dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi, consistant à assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne :

[TRADUCTION]

Le paragraphe cité dit en fait le contraire de ce que les défenderesses voudraient lui faire dire. Il dit que le Tribunal ne devrait pas s'attacher à un effet du fusionnement à l'exclusion des autres; il ne dit pas que n'importe quel effet favorable à la petite entreprise doit être considéré comme un effet positif. *Ce paragraphe renvoie au texte de la Loi, selon lequel il s'agit d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne. Cela n'implique pas la possibilité de demander des prix anticoncurrentiels.* En fait, la Cour se réfère aussi à l'objectif consistant à assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits, ce qui est le contraire de l'effet « favorable », invoqué par les défenderesses, que constituent une hausse de prix résultant d'un fusionnement anticoncurrentiel et une concertation ultérieure des fournisseurs de propane pour exploiter cette hausse (les italiques sont de nous.)

[303] Du point de vue du Tribunal, la proposition en italiques ne peut être exacte. Si la disposition de déclaration d'objet conférerait aux petites et moyennes entreprises le droit absolu à des prix compétitifs, il y aurait une contradiction insoluble entre cette disposition et l'article 96, étant donné que celui-ci permet la réalisation d'un fusionnement anti-concurrentiel lorsque ses conditions sont remplies. Le Tribunal pense que la disposition de déclaration d'objet ne confère pas de droits absolus; même l'objectif de l'efficacité et de l'adaptabilité n'a pas valeur absolue, mais est plutôt fondé sur le résultat d'une analyse comparative. L'article 96 ne donne la priorité à l'efficacité sur les autres objectifs dans l'examen des fusionnements que lorsque ses conditions sont remplies. Par conséquent, les petites et moyennes entreprises, en tant que clients, ne sont pas privées d'une chance honnête de participer à l'activité économique lorsque le fusionnement anti-concurrentiel et la hausse de prix sont autorisés par l'article 96. De même, il peut arriver que les petites entreprises qui sont les clients d'une partie à un accord de spécialisation inscrit au registre paient aussi des prix supracompétitifs, et pourtant la Loi permet la conclusion de tels accords lorsque sont remplies les conditions de l'article 86. Une chance honnête de participer à l'économie n'est pas un droit absolu à des prix compétitifs qui serait conféré par la disposition de déclaration d'objet de la Loi.

[304] D'un point de vue plus général, étant donné que l'article 96 de la Loi autorise explicitement la réalisation d'un fusionnement anti-concurrentiel sous réserve que certaines conditions soient remplies, il est illogique et contradictoire d'exiger que ces conditions comprennent l'obtention de résultats que permettrait la concurrence. Il est certain qu'une telle interprétation annule l'effet de l'article 96. Comme ce ne peut être là ce que la Cour a voulu dire, le Tribunal doit être fondé à concentrer son attention sur la possibilité que les petites et moyennes entreprises soient privées d'une chance honnête de participer à l'activité économique.

[305] La détermination d'une telle privation est subordonnée à la démonstration du fait qu'une action anti-concurrentielle sanctionnée par la Loi (c'est-à-dire par l'article 79 ou l'article 50) est exercée ou le sera vraisemblablement. Or, la preuve produite en l'espèce ne permet pas au Tribunal de conclure que les petites et moyennes entreprises, aussi bien en tant que concurrents que comme clients, seraient privées d'une chance honnête de participer à l'activité économique.

VII. LES EFFETS DE REDISTRIBUTION (LE TRANSFERT DE RICHESSE)

[306] Le Tribunal a admis les effets de redistribution du fusionnement considéré mais les a envisagés sous l'angle de la compensation parce qu'il avait conclu à l'applicabilité du critère du surplus total; son analyse l'a ainsi conduit à juger les effets de redistribution, tout compte fait, socialement neutres. Or, la Cour a statué au paragraphe 159 de son Jugement rendu en appel que le Tribunal avait :

... 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 du fusionnement anticoncurrentiel que les effets identifiés par le critère du surplus total...

Par conséquent, les effets de redistribution comptent parmi les effets que le Tribunal doit prendre en considération en se fondant sur les éléments de preuve qui figurent au dossier.

A. LA POSITION DU COMMISSAIRE

[307] Le commissaire affirme aux paragraphes 92 et 93 de son mémoire que la hausse de prix qui résultera du fusionnement aura pour effet de transférer annuellement 40,5 millions de dollars des consommateurs de propane aux actionnaires de l'entité fusionnée. Du point de vue du commissaire, c'est là un « effet mesuré » du fusionnement qui devrait être ajouté aux autres effets mesurés aux fins de l'évaluation de l'ensemble des effets du fusionnement. Le commissaire soutient aussi que l'estimation quantitative de la taille du transfert suffit à l'acquitter de sa charge et qu'il incombe aux défenderesses de produire des éléments propres à démontrer qu'un autre traitement du transfert serait approprié.

[308] Le commissaire soutient aux paragraphes 26 à 29 de ce même document qu'il est important de distinguer les producteurs (c'est-à-dire les actionnaires de l'entité fusionnée) des consommateurs de propane, même si ceux-là consomment aussi ce produit. La disposition de déclaration d'objet de la Loi, fait-il valoir, en formulant le but qui consiste à assurer aux consommateurs des prix compétitifs, prescrit la prise en considération de l'effet de redistribution dans son intégralité.

[309] Le commissaire invoque pour étayer sa thèse, au paragraphe 92 de son mémoire soumis en réplique, des décisions rendues dans des affaires pénales sous le régime de la Loi et des textes qui l'ont précédée, décisions dont il ressort que l'objectif du droit de la concurrence est la libre concurrence pour l'ensemble de la société et que le tort fait à la société par des prix supracompétitifs ne peut être justifié. Par conséquent, [TRADUCTION] « [un] transfert de richesse découlant de l'exercice direct de puissance commerciale et d'une hausse des prix est de prime abord contraire à l'objet et aux objectifs de la Loi ».

[310] Le commissaire fait observer, au paragraphe 102 de son mémoire, qu'une autre analyse possible du transfert est proposée dans l'opinion dissidente du membre du Tribunal Mme Christine Lloyd, qui a conclu que le transfert de richesse devrait être envisagé sous l'angle qualitatif. Lui-même, cependant, ne préconise pas ce type d'analyse.

[311] Une troisième approche du transfert de richesse expliquée au paragraphe 110 du mémoire du commissaire est celle proposée par le professeur Townley, qui consisterait à établir si la méthode des coefficients pondérateurs est indiquée en se fondant sur les éléments de preuve relatifs aux aspects de distribution du fusionnement. Cependant, rappelle le commissaire, l'approche du professeur Townley se trouve périmée du fait que la Cour admet dans son Jugement rendu en appel l'importance du transfert en soi. S'il est vrai que, comme il stipule au paragraphe 100 de son mémoire soumis en réplique, l'adoption de l'approche du professeur Townley conduirait le Tribunal à désapprouver le fusionnement, le commissaire n'invoque pas cette approche.

[312] Le commissaire avance en outre, aux paragraphes 116 et 119 de son mémoire, que la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le professeur Townley est [TRADUCTION] « simplement un outil dont le Tribunal dispose pour l'aider dans l'analyse comparative ») et que ce sont les défenderesses qui ont la charge ultime de la preuve pour l'application de l'article 96. Selon le commissaire, il n'est pas nécessaire de prendre en considération l'effet disproportionné exercé sur les ménages à revenu relativement faible et les petites entreprises rurales que le professeur Townley décrit dans son rapport.

[313] Le commissaire déclare au paragraphe 99 de son mémoire soumis en réplique que, à la lumière du Jugement rendu en appel par la Cour, la nouvelle approche de l'évaluation du transfert adoptée par ses conseillers supérieurs après qu'il eut rejeté le critère du surplus total dans les Lignes directrices canadiennes peut aussi être dite découler d'une interprétation erronée et excessivement étroite de la Loi. Par conséquent, le commissaire ne se fonde plus sur cette approche, qu'il avait mise en avant à la première audience.

B. LA POSITION DES DÉFENDERESSES

[314] Aux paragraphes 100 et 101 de leur mémoire, les défenderesses rappellent que la Cour, dans le Jugement rendu en appel, n'a pas prescrit la méthode appropriée à suivre pour évaluer les effets du fusionnement sous le régime du paragraphe 96(1). Par conséquent, et eu égard au Jugement rendu en appel, le Tribunal doit selon elles évaluer intégralement les faits particuliers de l'espèce et ne tenir compte que de la partie du transfert de richesse dont le commissaire a montré qu'elle avait un effet de distribution défavorable et qui est quantitativement importante.

[315] Les défenderesses font valoir en outre, aux paragraphes 106 à 108 du même document, que la position en droit du commissaire lui-même à la première audience était celle formulée par M. G. Allen, sous-commissaire adjoint de la concurrence au Bureau de la concurrence, et que cette approche est axée sur la détermination des effets de redistribution défavorables importants du transfert. Cette approche est compatible avec celle du professeur Townley, si bien que selon ces deux experts, l'intégralité du transfert de revenu ne peut être automatiquement portée au débit du fusionnement.

[316] Aux paragraphes 122 et 125 de leur mémoire, les défenderesses rappellent que le commissaire a maintenant adopté le critère du surplus du consommateur et font remarquer que le professeur Townley a déclaré dans son témoignage que ce critère suppose l'attribution a priori d'un poids fixe et est incompatible avec l'économie de bien-être traditionnelle.

[317] Les défenderesses continuent en invoquant, aux paragraphes 130 et 131 de leur mémoire, les témoignages indiquant que le propane ne représente qu'une petite partie des dépenses totales de l'acheteur et qu'une hausse de prix de 8 p. 100 a pour effet un transfert de moins de 1 p. 100 du revenu annuel dudit acheteur. Tout en niant qu'il y ait des preuves que les prix augmenteraient en moyenne de 8 p. 100, les défenderesses font valoir que le transfert de revenu qui en résulterait serait négligeable.

[318] Les défenderesses affirment, aux paragraphes 133 à 136 de leur mémoire, que l'effet de redistribution du fusionnement n'est pas défavorable. Elles font valoir que le transfert de revenu se produira en partie entre les actionnaires de l'entité fusionnée et les actionnaires des grandes entreprises du secteur public qui achètent du propane, et qu'il peut même s'agir dans certains cas des mêmes personnes. Qui plus est, un bon nombre des plus gros clients de Supérieur sont sous le contrôle d'investisseurs étrangers de grande taille dont les intérêts ne sont pas protégés par la Loi, en particulier par sa disposition de déclaration d'objet.

[319] Les défenderesses avancent en outre que les consommateurs de propane ne sont pas en général pauvres ou indigents et qu'aucun élément de preuve n'indique qu'ils le soient. Bon nombre de consommateurs de ce produit sont de grandes entreprises industrielles ou agricoles et des personnes physiques fortunées. Les défenderesses renvoient le Tribunal à l'affidavit du professeur Townley, précité au paragraphe 85, qui fait état des résultats d'une enquête sur les consommateurs de propane effectuée en 1997 par Canadian Market Research Ltd. (« étude de CMR »), selon laquelle 10 p. 100 des consommateurs résidentiels enquêtés utilisaient le propane pour chauffer leurs piscines. Elles font aussi observer que l'étude de CMR est de portée restreinte, et elles se demandent pourquoi un transfert de revenu au détriment de personnes qui se servent de propane pour chauffer leurs résidences secondaires, leurs villas ou leurs chalets de ski devrait être considéré comme un effet défavorable. Elles soutiennent, paragraphes 138 à 147, qu'il incombe au commissaire de justifier la validité d'une telle analyse.

[320] Les défenderesses font valoir en outre qu'il n'a pas été produit d'éléments de preuve touchant l'importance de l'effet de redistribution de revenu sur les exploitations agricoles et les consommateurs de propane carburant. Elles concluent, aux paragraphes 148 à 150, qu'il n'y a pas d'éléments prouvant que l'effet de redistribution du fusionnement serait défavorable, et que l'application des approches de M. Allen et du professeur Townley conduit à considérer le transfert de richesse comme neutre.

C. LA DÉCISION DE LA COUR

[321] Au paragraphe 94 de son Jugement rendu en appel, la Cour déclare ne pouvoir souscrire à l'interprétation donnée par le Tribunal de la disposition de déclaration d'objet de la Loi et fait observer que cette disposition ne doit pas être interprétée comme subordonnée aux dispositions

particulières et contraires de l'article 96. Au paragraphe 95, la Cour définit comme un « critère de pondération » le critère à appliquer sous le régime du paragraphe 96(1). Au paragraphe 97, Cour déclare ce qui suit :

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...

[322] La Cour, aux paragraphes 151-52, 155-158 de son Jugement rendu en appel, se référant aux remarques incidentes formulées par le juge Reed dans la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe 37, à l'opinion dissidente de Mme Lloyd (Motifs, paragraphe 470) et à l'analyse du transfert de richesse donnée dans les Lignes directrices américaines, précitées au paragraphe 122, souscrivant aux observations de certains auteurs américains touchant l'interprétation de l'article 96 adoptée dans les Lignes directrices canadiennes, précitées au paragraphe 148, et contestant les opinions des « avocats-économistes » américains conclut, au paragraphe 159, 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...

[323] La Cour, au paragraphe 159, conclut également qu'elle n'a pas à prescrire la méthode correcte, cette tâche étant au-delà des limites de sa compétence. Elle ajoute ce qui suit au paragraphe 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.

[324] Au paragraphe 161, la Cour donne ensuite à entendre que la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley remplit ces conditions générales :

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.

D. L'ANALYSE DU TRIBUNAL RELATIVE AU TRANSFERT

[325] En conséquence de ce qui précède, le Tribunal doit maintenant établir comment analyser l'effet de redistribution (c'est-à-dire le transfert de richesse), eu égard aux instructions de la Cour et aux thèses des parties.

1) Remarques générales

[326] Il y a d'abord lieu de régler une question de terminologie. Le Tribunal ne considère pas comme un « effet anti-concurrentiel » la redistribution de revenu qui résulte d'un fusionnement anti-concurrentiel. Eu égard à l'arrêt de la Cour et aux termes du paragraphe 96(1), les effets de redistribution comptent plutôt parmi les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. La redistribution de revenu ou de richesse, ou les deux, se fait de nombreuses manières dans la société et n'a souvent rien à voir avec la politique de la concurrence. Par exemple, l'État peut redistribuer le revenu par le moyen de la fiscalité ou des dépenses publiques, sans procéder à un transfert anti-concurrentiel.

[327] Le Tribunal note cette distinction pour éviter tout malentendu parce qu'elle n'est pas établie par la Cour. La Cour stipule au paragraphe 155 de son Jugement rendu en appel :

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...

Dans certains passages du Jugement rendu en appel, la Cour semble parler de l'effet de redistribution comme d'un effet anti-concurrentiel, mais il peut s'agir là d'une manière commode de s'exprimer plutôt que de l'énoncé d'une interprétation judiciaire. Conformément à l'analyse économique classique, le Tribunal ne considère pas le transfert de richesse comme un effet anti-concurrentiel ou comme une mauvaise affectation de ressources. Un effet anti-concurrentiel est une mauvaise affectation de ressources qui réduit l'ensemble de la richesse et du revenu réels de la société. Quant au transfert, il redistribue le revenu et la richesse dans la société, mais ne les réduit pas.

[328] Quelles que soient la pratique suivie ou la terminologie employée aux États-Unis, le Tribunal tient à distinguer ces deux ensembles d'effets. Le Tribunal a établi dans ses Motifs, aux paragraphes 422 à 425, une distinction entre les effets d'affectation des ressources et les effets de redistribution d'un fusionnement anti-concurrentiel. Il a précisé, au paragraphe 446, qu'il ne tenait pas les effets de redistribution d'un fusionnement pour anti-concurrentiels, ce qui n'empêche pas de les prendre en considération.

[329] Suivant l'analyse la plus élémentaire, la redistribution de revenu résultant d'un fusionnement anti-concurrentiel de producteurs a un effet défavorable sur les consommateurs (perte de surplus du consommateur) et un effet favorable correspondant sur les actionnaires (superbénéfices). Le point de savoir si ces deux effets se compensent entièrement ou en partie seulement relève d'une décision

sociale qui, comme dit le professeur Townley, nécessite un jugement de valeur et dépendra des caractéristiques des consommateurs et des actionnaires en question. Dans certains cas, la société peut se préoccuper du sort d'un groupe plutôt que de l'autre; la redistribution de revenu ne sera alors pas neutre pour elle, mais plutôt considérée comme un coût social ou un gain social du fusionnement. Mais on peut rarement établir avec une telle certitude qui bénéficie ou pâtit des effets de redistribution et de quelle manière. Comme M. O. Williamson le fait observer dans un article, « Economies as an Antitrust Defense Revisited », U. Pa. L. Rev., 1977, vol. 125, no 4, 699, à la page 711 :

[TRADUCTION]

Dans le cas de certains produits, cependant, on peut être fondé à attribuer un plus grand poids aux intérêts des utilisateurs qu'à ceux des vendeurs; pour d'autres produits, par exemple ceux qui sont produits par des minorités défavorisées et vendus à des consommateurs très riches, l'inverse pourrait être justifié. Mais il n'est pas facile de prouver que, en général, les intérêts des utilisateurs l'emportent de beaucoup sur ceux des vendeurs, et il se peut qu'on soit amené à soutenir cette thèse pour ne pas s'être rendu compte que les bénéfices se diffusent dans le système sous des formes – impôts, dividendes, bénéfices non répartis – propres à nuancer considérablement l'idée que les intérêts des producteurs forment un bloc monolithique et sont favorisés...

Considérés sous cet angle, les effets de distribution sont en général difficiles à délimiter exactement, et leur définition exige de multiples décisions sociales. Étant donné la somme d'information que nécessitent de telles déterminations, le postulat de neutralité pourrait être indiqué dans de nombreux cas.

[330] La Cour prête une oreille favorable aux remarques incidentes formulées par Mme le juge Reed dans la décision *Hillsdown*, précitée. Examinant le critère du surplus total, le juge Reed s'est demandé dans cette décision si les effets de redistribution se compensent toujours et sont donc socialement neutres. À propos de son exemple du médicament d'importance vitale, elle a déclaré douter que la société ne pâtisse pas de la redistribution défavorisant les consommateurs malades au profit des actionnaires du producteur lorsqu'il exerce sa puissance commerciale et augmente le prix du médicament. On voit donc que le juge Reed semble avoir exprimé l'idée que les effets de redistribution pourraient ne pas être toujours socialement neutres; mais elle n'a pas affirmé qu'ils ne le sont jamais, de sorte que le postulat de neutralité pourrait être justifié, vraisemblablement, dans des situations moins graves.

[331] Dans son affidavit, précité au paragraphe 85, dans le passage où il critique le critère du surplus du consommateur, le professeur Townley évoque le cas où les actionnaires du producteur d'un bien de luxe seraient moins fortunés que les acheteurs de ce bien. Dans ce cas, l'exercice de puissance commerciale se traduirait pas des superbénéfices pour le groupe le moins fortuné et serait donc considéré comme socialement favorable plutôt que neutre. Cette hypothèse n'est pas nécessairement tirée par les cheveux : les fusionnements de compagnies aériennes peuvent avantager des voyageurs susceptibles d'être, en moyenne, plus à l'aise que les actionnaires de ces compagnies; que l'on songe de même aux fusionnements de propriétaires de taxis ou de stations de ski.

[332] La Cour fait observer ce qui suit au paragraphe 47 de son Jugement rendu en appel :

... 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 socio-économiques des consommateurs et des actionnaires des producteurs, il est impossible d'apprécier si ces effets de redistribution du transfert de richesse opéré par suite de la hausse des prix demandés par l'entité fusionnée seraient justes et équitables...

Le Tribunal ne peut que convenir que de telles données sont nécessaires pour juger de l'équité de la redistribution de revenu suivant un critère autre que celui du surplus total.

2) L'approche du Tribunal relative aux effets de redistribution

[333] Étant donné les remarques incidentes formulées par Mme le juge Reed dans la décision *Hillsdown*, précitée, et l'opinion favorable à leur contenu exprimée par la Cour, le Tribunal est tenu d'admettre que les effets de redistribution peuvent être légitimement considérés comme neutres dans certains cas, mais pas dans d'autres. On ne peut juger de la justice et de l'équité qu'à partir de données complètes sur les profils socio-économiques des consommateurs et des actionnaires des producteurs, permettant d'établir si les effets de redistribution sont socialement neutres, favorables ou défavorables. Il peut ne jamais se révéler possible de réunir des données complètes, mais le Tribunal doit néanmoins être en mesure d'établir à partir de la preuve les effets socialement défavorables du transfert.

[334] Il est exact, comme le fait observer le commissaire, que la disposition de déclaration d'objet de la Loi n'établit pas de discrimination contre certains groupes de consommateurs. Cependant, le Tribunal ne peut conclure que la redistribution de revenu soit un effet nécessairement toujours ou entièrement défavorable du point de vue de la société. Conclure dans ce sens reviendrait à adopter le principe de l'« attribution a priori d'un poids fixe », que le professeur Townley récuse en se fondant sur son expertise en économie de bien-être. De plus, cette approche relève du critère du surplus du consommateur, lequel, selon le Tribunal, annule l'effet de la défense fondée sur les gains en efficience prévue à l'article 96 de la Loi, de sorte qu'il n'est pas disposé à l'adopter.

[335] Compte tenu du fait que la Cour a formulé des réserves touchant certains critères d'analyse des gains en efficience mais a exprimé son approbation générale de la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley, le Tribunal estime, conformément à l'opinion avancée par cet expert dans son rapport, qu'il devrait prendre en considération les données qualitatives ou quantitatives disponibles propres à lui permettre d'évaluer les effets de redistribution. Il rejette donc la thèse du commissaire suivant laquelle le transfert de revenu doit nécessairement être pris en compte dans sa totalité une fois que ce dernier en a estimé la taille et l'a quantifié comme effet mesuré à ajouter aux autres effets mesurés dans l'évaluation de l'ensemble des effets du fusionnement sous le régime du paragraphe 96(1). En effet, selon le Tribunal, cette approche en grande partie quantitative du commissaire est contraire aux instructions données par la Cour.

[336] Les autres approches possibles envisagées par le commissaire sont : i) l'approche qualitative préconisée par Mme Lloyd dans son opinion dissidente; ii) la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley; et iii) – à la première audience – l'évaluation des effets de redistribution défavorables au cas par cas décrite par le conseiller supérieur du commissaire, M. Allen. Il apparaît au Tribunal que le commissaire ne préconise plus l'approche i), qu'il soutient que l'arrêt de la Cour rend l'approche iii) erronée en droit, et qu'il estime l'approche ii) incomplète, utile seulement en tant qu'outil pour aider le Tribunal dans un examen de portée plus générale.

[337] Le nouveau point de vue du commissaire sur la méthode des coefficients pondérateurs a de quoi étonner, puisque la Cour s'y est déclarée favorable, quoique en ajoutant qu'il faudra l'élaborer et la raffiner pour l'appliquer aux faits d'espèces particulières. L'abandon par le commissaire de l'idée d'évaluer au cas par cas les effets de redistribution défavorables qu'il avait avancée à la première audience est surprenant aussi, étant donné qu'une telle approche permettrait l'élaboration et le raffinement nécessaires pour l'application aux faits d'espèces particulières de la méthode des coefficients pondérateurs.

[338] Le Tribunal adopterait, conformément aux instructions de la Cour, la méthode des coefficients pondérateurs, s'il y avait au dossier suffisamment d'éléments pour établir si le coefficient pondérateur estimé de 1,6 est valable compte tenu des différences socio-économiques entre les consommateurs et les actionnaires, pris collectivement et individuellement. Notons en outre qu'il n'a été proposé au Tribunal aucun autre coefficient possible, ni aucune autre manière dont il pourrait évaluer la plausibilité du coefficient pondérateur estimé de 1,6 comme mesure des effets de redistribution. Si le commissaire n'adopte pas la méthode des coefficients pondérateurs, il soutient que, vu l'ensemble du dossier, rien ne permet de conclure qu'un coefficient de 1,6 ou moins soit valable. Le dossier contient cependant une quantité restreinte d'information dont le Tribunal peut se servir pour arriver à une conclusion sur les effets de redistribution.

3) Les gains pécuniaires

[339] Avant d'examiner cette information, le Tribunal prend acte des remarques de la Cour concernant le paragraphe 96(3), qui, si elles sont exactes, ont des conséquences considérables sur l'interprétation des dispositions de la Loi relatives aux fusionnements. Conformément à l'interprétation adoptée dans les Lignes directrices canadiennes, le Tribunal estimait que le paragraphe 96(3) interdisait de considérer les gains pécuniaires comme des « gains en efficience ». Supposons par exemple qu'un fusionnement d'acheteurs leur permette d'obtenir des prix plus bas des vendeurs par l'exercice d'un pouvoir de négociation : le Tribunal considérerait ces économies comme un transfert de revenu pécuniaire des vendeurs aux acheteurs, et non comme une augmentation du revenu social réel attribuable à une meilleure utilisation des ressources rendue possible par le fusionnement. Par conséquent, le Tribunal posait que ces économies ne devaient pas être considérées comme des gains en efficience, même si elles se traduisaient par des prix plus bas pour les acheteurs. Autre exemple de gains pécuniaires : les économies d'impôt permises par le fusionnement; ces économies représentent un transfert des contribuables pris dans leur ensemble aux actionnaires de l'entité fusionnée.

[340] Ainsi donc, le Tribunal voyait dans le paragraphe 96(3) un rappel du fait qu'un gain en efficience ne peut être constaté que s'il y a gain pour la société, plutôt que gain pour un groupe aux

dépens d'un autre, c'est-à-dire que seuls peuvent être pris en considération les économies résultant d'une meilleure affectation des ressources. Du point de vue du Tribunal, cette disposition n'a pas de conséquences sur l'analyse des effets, opinion qui paraît partagée par l'ensemble des commentateurs de cette partie de la Loi.

[341] Les remarques de la Cour concernant le paragraphe 96(3), aux paragraphes 102-103 du Jugement rendu en appel, sont libellées comme suit :

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 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.

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 ».

[342] Si la Cour a raison, le gain pécuniaire pour les consommateurs de l'exemple ci-dessus, quoique ne constituant par un gain en efficience, serait à compter parmi les effets du fusionnement puisque, apparemment, on n'a pas imposé de limitation du côté des « effets ».

[343] Le Tribunal estime très douteux que le Parlement ait entendu que les gains pécuniaires – qu'ils soient tels pour les acheteurs ou pour les vendeurs – fussent pris en considération dans l'examen des fusionnements sous le régime de l'article 96. Il n'y a certainement rien dans l'histoire ou la révision de la législation qui le donne à penser. En fait, comme la Cour l'a fait observer, l'efficience est explicitement l'objectif premier de l'article 96.

[344] Si la Cour a confirmé, au paragraphe 112 de son Jugement rendu en appel, la conclusion du Tribunal, elle a exigé l'application d'une conception plus large des « effets » :

Ainsi, bien que l'article 96 prescrive l'approbation d'un fusionnement anticoncurrentiel lorsque les gains en efficience en découlant surpassent et neutralisent ses effets anticoncurrentiels, la préférence ultime accordée à l'objectif de l'efficience 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.

[345] Le Tribunal estime que l'ordre qui lui est donné par la Cour de prendre en compte tous les effets pertinents, y compris les effets de redistribution, ne lui enjoint pas de considérer les gains pécuniaires comme un effet sous le régime du paragraphe 96(1).

4) Les éléments de preuve statistiques du professeur Townley

[346] À la page 37 de l'affidavit du professeur Townley, précité au paragraphe 85, le tableau 2 présente des données sur la consommation de « propane en bouteille » par quintile de revenu de ménage, tirées du bulletin de Statistique Canada intitulé *Dépenses des familles au Canada, 1996*. Selon ce tableau, le propane en bouteille représente 0,23 p. 100 des dépenses totales des ménages, ce qui est une proportion très faible.

[347] Le professeur Townley, à la page 36 de son affidavit, attire l'attention sur une configuration qui se dégage du tableau 2, selon laquelle la part du propane dans les dépenses diminue parallèlement à l'augmentation du revenu et des dépenses totales des ménages. Par exemple, les dépenses en propane forment 1,68 p. 100 des dépenses totales des 20 p. 100 de ménages au revenu le plus bas (c'est-à-dire du quintile de revenu le plus bas). Pour le quintile de revenu le plus élevé, les dépenses en propane ne constituent que 0,07 p. 100 des dépenses totales. Le professeur Townley fait remarquer que si les dépenses en chiffres absolus ne suivent pas cette configuration, le fait que la part du propane dans les dépenses totales diminue parallèlement à l'augmentation du revenu lui donne à penser qu'une hausse de prix du propane aurait une incidence d'autant plus forte sur les ménages que leur revenu est plus bas.

[348] Le professeur Townley fait aussi observer que, à l'échelle du pays, les dépenses moyennes en propane des ménages ne font que 0,23 p. 100 de leurs dépenses totales. Cependant, il exprime, à la page 36 de son affidavit, la crainte que l'enquête de Statistique Canada, étant donné qu'elle ne rend pas compte des différences d'usage du propane (qui peut servir à chauffer l'habitation aussi bien que, par exemple, à faire fonctionner un barbecue), ne rende pas compte de l'incidence d'une hausse de prix sur les ménages qui s'en servent pour chauffer leur habitation. À la page 38, il considère les données sur les dépenses des ménages de cette enquête de Statistique Canada comme sensiblement désaxées vers les consommateurs de faibles quantités de propane.

[349] Le professeur Townley, à la page 38 de son affidavit, se réfère à un rapport de 1998 de l'Association canadienne du gaz propane, lequel cite une estimation de Statistique Canada selon laquelle 102 000 ménages canadiens « utilisent le propane comme combustible ». La signification de cette expression n'est pas absolument certaine, et le Tribunal ne peut conclure qu'elle se rapporte exclusivement au chauffage de l'habitation.

[350] Mettant de côté les données sur les dépenses des ménages, qui pourraient être biaisées selon le professeur Townley, le Tribunal note que, d'après les données de Statistique Canada reproduites au tableau 2 de l'affidavit du professeur Townley, 4,7 p. 100 des ménages du quintile de revenu le plus bas et 29,1 p. 100 de ceux du quintile de revenu le plus élevé consomment du propane en bouteille. Par conséquent, la consommation de propane en bouteille ne se limite pas aux groupes à faible revenu.

[351] Bien que les 4,7 p. 100 des ménages du quintile de revenu le plus bas ne représentent que 102 465 des 10 900 500 ménages que compte le Canada, ainsi qu'il est précisé au tableau 2, le Tribunal estime qu'il y a lieu d'en tenir compte. Cependant, comme le professeur Townley le fait remarquer, l'enquête de Statistique Canada rend compte aussi des usages non essentiels du propane chez les ménages de ce quintile de revenu. Le dossier ne contient à cet égard aucun élément qui nous aiderait à établir dans quelle mesure le transfert de revenu à partir de ce groupe est défavorable.

[352] La Cour, au paragraphe 31 de son Jugement rendu en appel, fait allusion à la possibilité d'établir une distinction entre les usages essentiels et non essentiels :

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.

[353] Il apparaît au Tribunal que si de nombreux consommateurs (y compris les entreprises) peuvent en fait choisir d'autres produits que le propane, ces autres possibilités peuvent, pour diverses raisons, ne pas être intéressantes et, par conséquent, ne seraient vraisemblablement pas retenues. Vu la preuve dont nous disposons, il ne fait aucun doute que de nombreux consommateurs n'ont pas d'autres possibilités viables. Pourtant, si le caractère essentiel ou non de l'usage est une variable pertinente, il sera difficile de tirer de ladite preuve des conclusions fermes sur l'effet défavorable de la redistribution de revenu.

[354] L'étude de CMR, selon la description du professeur Townley à la page 39 de son affidavit, est une enquête effectuée en 1997 auprès des clients commerciaux et résidentiels de Supérieur dans les provinces de l'Atlantique, en Ontario et au Québec. Il ressort de cette enquête que les clients commerciaux de Supérieur tendent à être de petites entreprises rurales, et que ses clients résidentiels tendent à être des ruraux à faible revenu et plus âgés que la moyenne. Les observations suivantes s'appliquent aux clients résidentiels de l'Est canadien :

[TRADUCTION]

... Quinze pour cent des clients de Supérieur gagnaient, par an, moins de 25 000 dollars; 11 p. 100, de 25 000 à 35 000; 12 p. 100, de 35 000 à 45 000; 11 p. 100, de 55 000 à 75 000; et 9 p. 100, plus de 75 000. (32 p. cent des enquêtés n'ont pas déclaré leur revenu annuel.)

[355] L'étude de CMR sur les consommateurs de l'Est canadien tend à confirmer l'impression qui se dégage des données de Statistique Canada concernant les consommateurs résidentiels de propane. À la page 39, cette étude rend compte de la consommation selon l'usage final résidentiel, et donc selon le caractère essentiel ou non de cet usage; par exemple, 53 p. 100 des clients résidentiels de Supérieur utilisent le propane pour le chauffage de leur habitation, et 10 p. 100 pour le chauffage de leur piscine.

[356] Le Tribunal ne peut s'empêcher de conclure que l'effet de redistribution du fusionnement sur les ménages à faible revenu consommateurs de propane sera socialement défavorable. Cependant, comme nous l'avons laissé entendre ci-dessus, le nombre de ces ménages est très restreint, et il se pourrait qu'un nombre indéterminé d'entre eux n'utilisent pas le propane à des fins essentielles.

[357] Le Tribunal attache moins d'importance à l'effet de redistribution sur les ménages qui, comme le font remarquer les défenderesses, utilisent le propane pour faire fonctionner des barbecues et chauffer des piscines, des résidences secondaires, des villas et des chalets de ski. Il y a lieu de penser qu'un bon nombre de ces ménages, quoique pas tous nécessairement, appartiennent aux groupes jouissant des revenus les plus élevés. Le dossier ne nous apprend rien à ce sujet.

5) Effets de redistribution et marchés liés

[358] Le Tribunal a relevé plus haut l'observation du commissaire selon laquelle l'utilisation finale par les ménages ne représentera qu'un peu plus de 10 p. 100 des ventes de propane de l'entité fusionnée et que les 90 p. 100 restants seront à mettre au compte d'entreprises qui consomment le propane comme intrant intermédiaire dans leur processus de production. Eu égard à la préoccupation exprimée par la Cour touchant les marchés liés et vu les déclarations de témoins recueillies à la première audience, le Tribunal peut seulement conclure que ce propane sera acheté par des sociétés de grande taille, prospères, bien connues et dans certains cas à grand nombre d'actionnaires, aussi bien que par de petites et moyennes entreprises dont on sait peu de chose.

[359] Le Tribunal déduit des témoignages de certains propriétaires de petites et moyennes entreprises, ainsi que de l'étude de CMR sur les clients commerciaux de Supérieur dans l'Est canadien, que le propane est utilisé par certaines entreprises dont les propriétaires pâtiront de la réduction de leurs bénéfices qui résultera de l'augmentation des coûts de propane, dans la mesure où ils ne pourront répercuter sur leurs clients la hausse du prix de cet intrant. Par exemple, les propriétaires de restaurants locaux qui ont témoigné pour le commissaire pourraient être en mesure de hausser leurs prix pour compenser l'augmentation de leurs coûts. Mais il apparaît aussi qu'un nombre non précisé d'exploitations agricoles familiales utilisent le propane pour le séchage de leurs récoltes, et ces entreprises pourraient ne pas avoir d'autres moyens, ou peut-être seulement des moyens désavantageux, de remplir cette fonction, et se trouver dans l'impossibilité d'augmenter leurs prix.

[360] Au paragraphe 32 de son mémoire, le commissaire invoque les témoignages suivant lesquels le propane est [TRADUCTION] « un intrant important pour les agriculteurs dans le séchage des céréales ». Se fondant aussi sur les témoignages, les défenderesses font observer, aux paragraphes 129 130 de leur mémoire, que le coût brut du propane au détail représente de 2 à 3 p. 100 du coût du séchage des récoltes et que l'augmentation prévue de ces coûts du fait du fusionnement représenterait un effet qui serait considéré comme négligeable selon la méthode récemment adoptée par le commissaire pour évaluer les effets de redistribution.

[361] Fait plus important du point de vue du Tribunal, aucun élément du dossier ne nous permet de conclure que les propriétaires d'entreprises agricoles soient pauvres; en fait, selon les témoignages de certains propriétaires d'exploitations agricoles concernant la taille de leurs entreprises, ils pourraient bien être relativement fortunés. Faute d'éléments de preuve plus concluants à ce sujet, il est impossible d'établir si le transfert de bénéfices des entreprises agricoles aux actionnaires de l'entité

fusionnée est socialement défavorable et dans quelle mesure, le cas échéant, il le serait. Nous manquons également d'information de cette nature sur les autres petites et moyennes entreprises dont le commissaire fait mention.

[362] Le Tribunal note en outre que puisque les entreprises représenteront 90 p. 100 des ventes de l'entité fusionnée, l'effet de la hausse de prix s'exercera sur les produits de ces entreprises et sera, par l'intermédiaire des marchés liés, supporté en fin de compte par les propriétaires d'entreprises et les ménages acheteurs à l'échelle de l'ensemble de l'économie, dans la mesure où cette hausse ne se traduira pas par une diminution des bénéfices des propriétaires des entreprises qui achèteront le propane directement à l'entité fusionnée. La question de savoir dans quelle mesure et comment la charge de la hausse de prix sera en fin de compte répartie entre les propriétaires d'entreprises des marchés liés et les ménages est à la fois importante et difficile. Il est en tout cas certain que les actionnaires de l'entité fusionnée n'échapperont pas aux hausses de prix.

[363] Cependant, pour ce qui concerne les éléments examinés ci-dessus qui tendent à prouver la dégressivité de la hausse de prix par rapport aux consommateurs de « propane en bouteille », rien ne nous permet de supposer que cet effet s'exerce généralement. La hausse de prix peut avoir un effet défavorable disproportionné sur les groupes aux revenus les plus élevés, selon leurs habitudes de consommation et la mesure dans laquelle le propane sert à la production des biens et services qu'ils consomment. Il n'y a pas d'éléments de preuve dont on puisse conclure à une incidence dégressive de la hausse de prix relativement à 90 p. 100 des ventes initiales de propane.

[364] Il se pourrait bien que certaines petites et moyennes entreprises touchées n'aient qu'une rentabilité marginale et soient aussi incapables de répercuter la hausse de prix sur leur clientèle. Cependant, le dossier ne contient pas de renseignements qui permettraient au Tribunal d'évaluer le nombre de telles entreprises et de les distinguer de celles qui sont peut-être très prospères. Dans le cas des entreprises peu rentables, le transfert de bénéfices aux actionnaires de l'entité fusionnée pourrait ne pas être socialement neutre; mais peut-être le serait-il dans le cas des autres.

6) Décision du Tribunal touchant les effets de redistribution

[365] Vu la preuve, le Tribunal ne peut souscrire à la thèse des défenderesses selon laquelle les effets de redistribution seraient complètement neutres. Nous pensons que les gains et les pertes ne se compensent pas entièrement, et qu'il y a une perte sociale qui doit être prise en considération.

[366] Cependant, la preuve produite ne permet pas au Tribunal de conclure que le transfert de 40,5 millions de dollars par an estimé par le commissaire mesure la perte sociale, étant donné que celui-ci n'a pas démontré que ce chiffre représente l'effet socialement défavorable. Il y a de très bonnes raisons de penser qu'une fraction, et une fraction peut-être considérable, du transfert mesuré par le commissaire est une redistribution de bénéfices entre actionnaires que la société considérerait comme neutre.

[367] La preuve tend à étayer l'idée que les ménages à faible revenu qui utilisent le propane à des fins essentielles et n'ont pas d'autres possibilités intéressantes subissent des effets de redistribution socialement défavorables, mais le nombre de ces ménages paraît être restreint. Si l'on applique la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley, il faudrait attribuer aux intérêts de ces

ménages un coefficient plus élevé qu'aux intérêts des actionnaires de l'entité fusionnée, mais le dossier ne permet pas de déterminer ce coefficient plus élevé. Selon le Tribunal, les intérêts des autres ménages et des propriétaires d'entreprises devraient être en l'espèce affectés d'un coefficient égal à celui des actionnaires de l'entité fusionnée, étant donné en particulier que, comme le commissaire l'a fait observer, tous les producteurs sont en un sens aussi des consommateurs.

[368] Le Tribunal constate qu'il est possible de quantifier les effets de redistribution défavorables du transfert sur les ménages consommateurs de propane en bouteille du quintile de revenu le plus bas, en se fondant sur les éléments produits par les professeurs Townley et Ward. Comme il y a environ 102 465 ménages consommateurs dans ce groupe et que les dépenses moyennes par ménage s'y élèvent à 277 dollars par an (tableau 2 de l'affidavit du professeur Townley, précité au paragraphe 85), le chiffre total des ventes à ce groupe fait approximativement 28,4 millions de dollars par an. Comme la perte sèche mesurée par le commissaire suppose une élasticité de la demande de -1,5 et une hausse de prix de 11 p. 100 pour les consommateurs résidentiels en général (mémoire du commissaire, annexe A), le transfert est égal à 9,2 p. 100 des ventes (tableau 8 de l'affidavit du professeur Ward, précité au paragraphe 163). Par conséquent, d'après les éléments de preuve produits par le commissaire, l'effet de redistribution défavorable mesuré qui s'exerce sur ce groupe équivaut à environ 2,6 millions de dollars. Cette estimation est fondée sur l'hypothèse que la totalité du propane consommé par les ménages de ce groupe l'est à des fins essentielles.

VIII. CONCLUSIONS

[369] Il nous paraît évident que la Cour ne nous a pas ordonné de considérer la totalité du transfert de richesse comme un « effet » de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Elle nous a plutôt prescrit de prendre en considération l'ensemble des « effets » à la lumière des objectifs énumérés dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi. Si elle avait estimé que la totalité du transfert de richesse constituait un « effet » pour l'application du paragraphe 96(1), elle l'aurait sans aucun doute dit en termes exprès. Elle n'a ni établi ni prétendu établir de détermination touchant les « effets » qui résulteront de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence relativement au fusionnement considéré. La Cour n'a pas entrepris d'établir une telle détermination parce que celle-ci entre manifestement dans le champ d'expertise du Tribunal, ce qu'elle a constaté au paragraphe 159 du Jugement rendu en appel :

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 [la Cour].

[370] Après avoir évalué quantitativement l'effet de redistribution défavorable en se fondant sur la preuve, il reste au Tribunal à décider comment l'ajouter à la perte sèche mesurée de trois millions de dollars et à la perte sèche maximale, également de trois millions, attribuable à la modification de la gamme de produits par l'entité fusionnée. Si l'on attribuait des coefficients égaux aux effets de

redistribution et aux pertes en efficience, les trois effets s'additionneraient pour donner un effet total maximum d'environ 8,6 millions de dollars.

[371] Cependant, aucune disposition de la Loi (ni d'ailleurs de la législation antitrust américaine) n'étaye la validité d'une telle attribution de coefficients égaux; peut-être devrait-on affecter aux effets de redistribution défavorables un coefficient deux fois plus élevé qu'aux pertes en efficience, auquel cas le total des trois effets pondérés ne dépasserait pas 11,2 millions de dollars. Ou encore, étant donné que les préoccupations d'efficience occupent la première place dans l'examen des fusionnements, peut-être devrait-on affecter les effets de redistribution d'un coefficient deux fois moins élevé que les pertes sèches. En l'espèce, il ressort à l'évidence de la preuve que les effets de redistribution défavorables sont très faibles. Par conséquent, le Tribunal estime que, suivant n'importe quel principe de pondération raisonnable, les gains en efficience – de 29,2 millions de dollars – surpassent et neutralisent l'ensemble des effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence attribuables au fusionnement considéré.

A. OBSERVATIONS

[372] Selon le Tribunal, la démonstration de l'existence d'effets de redistribution défavorables d'importance notable dans l'examen des fusionnements n'est pas, dans la plupart des cas, une tâche facile. Cela explique peut-être pourquoi le commissaire a soutenu si vigoureusement la nécessité de prendre en compte la totalité du transfert sans y regarder de plus près. Dans Décisions et faits nouveau : La loi et la politique sur la concurrence, une allocution adressée à l'Institut canadien par M. Howard I. Wetston, c.r., alors directeur des enquêtes et recherches au Bureau de la politique de la concurrence, Toronto, le 8 juin 1992, et citée par les défenderesses, M. Wetston a examiné la question de la preuve à propos de la décision *Hillsdown* :

L'article lui-même est rédigé en termes généraux et, à ce titre, on peut faire valoir qu'il donne lieu à diverses interprétations. Les économistes se sont prononcés en faveur d'un traitement neutre du transfert de richesse en raison de la difficulté d'accorder une cote de pondération au détenteur de la richesse. Même s'il était possible d'établir un système d'appréciation, les difficultés pratiques n'en demeureraient pas moins insurmontables -- par exemple qui perd et qui bénéficie du transfert? Les actions des sociétés sont souvent réparties dans de nombreuses mains. Les actionnaires d'une société de caisse de retraite sont-ils plus ou moins méritants que les clients de cette société? Et qui sont les clients? Dans le cas de produits intermédiaires, s'agit-il des actionnaires des sociétés consommatrices ou de leurs clients?

On peut résoudre ce dilemme en adoptant la méthode américaine d'examen des efficience, à savoir que les économies doivent être transmises aux consommateurs. En effet, si le souhait du Parlement avait été d'empêcher toute répercussion des prix sur les consommateurs en s'intéressant avant tout aux effets de transfert de richesse d'un fusionnement, ceci aurait pu être précisé dans la formulation de l'article.

Dans une telle situation, je demeure respectueusement convaincu que dans une perspective d'application de la loi, il est préférable de ne pas s'attacher pour l'instant à la méthode préconisée dans *Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la Loi*. Par ailleurs, quelle que soit l'interprétation, il est clair que le nombre de cas tombant dans cette catégorie ne sera pas élevé.

[373] Le Tribunal estime d'une grande importance les observations de M. Wetston. Premièrement, il constate qu'il pourrait bien être impossible de mesurer avec une exactitude suffisante les effets de redistribution de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, étant donné la difficulté des problèmes à résoudre pour ce faire. Deuxièmement, après avoir fait remarquer que l'approche américaine n'exige pas un tel effort, il constate l'absence d'indications dans la Loi ou ailleurs que le Parlement ait voulu l'application de cette approche. Qui plus est, la défense fondée sur les gains en efficacité explicitement prévue au paragraphe 96(1) de la Loi montre à l'évidence que le Parlement avait l'intention de ne pas appliquer l'approche américaine des gains en efficacité.

[374] L'établissement de la présente décision s'est révélé être une opération très difficile. La difficulté gît pour une grande part dans le libellé du paragraphe 96(1) de la Loi, qui exige que le Tribunal compare les gains en efficacité aux « effets » de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. À ce propos, le point de vue exprimé par le professeur W.T. Stanbury devant le comité législatif chargé d'examiner le projet de loi C-91 nous semble on ne peut plus pertinent. Aux pages 3:6, 3:7 et 3:16 du procès-verbal, précité au paragraphe 66, on peut lire :

J'aimerais maintenant discuter de la défense basée sur les gains en efficacité. Il est clair que l'article 68 du projet de loi C-91 [qui est devenu l'article 96 de la Loi] permet l'établissement d'un compromis entre les gains en efficacité et la diminution de la concurrence, compromis qui soulève de nombreuses questions épineuses. Le plus important problème est celui de l'incommensurabilité, c'est-à-dire le fait que le tribunal sera appelé à se prononcer sur une diminution de la concurrence, d'une part, qui pourrait entraîner une augmentation des prix, et des gains en efficacité, d'autre part, qui représentent des économies réelles pour la société. Ces deux choses ne sont pas comparables, car l'une exige une redistribution de revenu et l'autre de réelles économies en ce qui concerne les ressources.

Deuxièmement, pour appliquer l'article 68, le tribunal de la concurrence devra inévitablement porter un jugement de valeur. Malheureusement, le Parlement n'a pas indiqué au tribunal quelles sont ses priorités et il ne lui a pas indiqué comment établir un équilibre entre la diminution de la concurrence [les effets] et les gains en efficacité.

[...]

En ce qui concerne la défense par invocation de l'argument de l'efficacité, il ne s'agit pas tant de préciser la définition mais d'indiquer au tribunal quelle priorité le Parlement attribue à l'efficacité, par opposition

à la réduction de la concurrence. *C'est affaire de jugement*. Il n'existe aucun seuil technique que l'on puisse prescrire. Mais le Parlement pourrait dire [...]

Prenons un exemple puisé dans le passé. Dans le Projet de loi C-256, l'argument de l'efficience ne pouvait être invoqué que si les entreprises en question pouvaient établir que les gains en efficience seraient au moins partiellement répercutés sur le prix de vente au détail. Rien de tel ici. Il me semble que le Parlement indique ici ses priorités, qu'il y a là une différence de priorité. Je ne dis pas qu'il faille adopter cela, *je dis que le Parlement devrait décider et donner des instructions au tribunal quant aux valeurs qu'il souhaite lui voir adopter. Le tribunal ne peut manquer d'adopter une valeur – il ne peut l'éviter – en interprétant le projet d'article 68 du projet de loi* (c'est nous qui soulignons).

Le Tribunal avait d'abord pensé, en adoptant le critère du surplus total, que la Loi ne posait pas les problèmes dont parle ici le professeur Stanbury. Cependant, étant donné le Jugement rendu en appel, nous estimons maintenant que, comme le professeur Stanbury le faisait observer au comité législatif, le paragraphe 96(1) oblige le Tribunal à comparer des choses qui ne peuvent pas se comparer facilement, voire pas du tout. D'un côté, nous avons les gains en efficience, qui constituent des économies réelles pour la société, et de l'autre, les effets de redistribution découlant d'une hausse de prix. Nous avons essayé de rendre l'incomparable « comparable » en quantifiant les effets dans la mesure du possible. Nous n'y sommes pas entièrement parvenus, mais nous sommes arrivés à la conclusion que le chiffre de 29,2 millions de dollars auquel nous estimons les gains en efficience découlant du fusionnement surpasse et neutralise les « effets » de la diminution de la concurrence.

[375] Mme Lloyd, dans son opinion dissidente, dont nous avons eu l'avantage de lire le projet, a adopté un point de vue différent sur cette question. Il est clair que, selon elle, même si l'entité fusionnée avait pu faire état de gains en efficience – mettons – de 100 millions de dollars par an, cela n'aurait pas suffi à neutraliser les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence.

[376] Mme Lloyd a adopté ce que nous appellerions l'« approche qualitative ». Nous sommes convaincus que, suivant cette approche, rares sont les fusionnements qui pourraient satisfaire au critère de l'article 96. Notre examen de l'historique législatif des dispositions relatives aux fusionnements, et en particulier de l'article 96 de la Loi, nous amène à conclure que ce ne peut avoir été là l'intention du Parlement.

[377] Le Tribunal conclut donc que la demande du commissaire doit être rejetée.

IX. OPINION CONCORDANTE (M. L. SCHWARTZ)

[378] Tout en souscrivant à la décision du Tribunal, j'aimerais présenter quelques observations sur certaines questions accessoires que soulève la présente espèce. La Cour et le juge Létourneau, J.C.A., ont en effet soulevé des questions économiques qui exigent à mon sens un plus ample examen.

A. L'ÉCOLE DE CHICAGO

[379] Au paragraphe 31 du Jugement rendu en appel, le juge Létourneau, J.C.A., donne à entendre que les partisans de « l'école de Chicago en matière antitrust » souscriraient à la décision antérieure du Tribunal dans la présente affaire de fusionnement. Or, j'ai du mal à définir l'attitude de l'école de Chicago relativement à l'analyse appropriée de l'efficience dans l'examen des fusionnements. Par exemple, le juge Nadon, au paragraphe 426 des Motifs, cite en déclarant y souscrire un passage de M. Robert Bork. On peut cependant lire ce qui suit dans un ouvrage du juge R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, à la p. 22 :

[TRADUCTION]

... Le problème, comme nous le verrons, est qu'il est très difficile de mesurer les conséquences sur le plan de l'efficience d'une pratique attaquée; c'est pourquoi, tout au long de cet ouvrage, nous essaierons continuellement de trouver des manières d'éviter la prohibition de pratiques efficaces quoique anticoncurrentielles sans avoir à comparer directement les gains et les pertes attribuables à une pratique attaquée...

Du point de vue du juge Posner, la mesure des gains et des pertes en efficience est si difficile qu'il convient de l'éviter. À mon avis, les partisans de l'école de Chicago ne s'accordent pas sur le traitement approprié des gains en efficience dans l'examen des fusionnements horizontaux sous le régime antitrust américain.

[380] Selon mon interprétation, l'école de Chicago considère toutes les questions antitrust sous l'angle de la théorie des prix appliquée. De ce point de vue, je doute que la définition d'un marché de produit distinct pour les « services de coordination des comptes nationaux » pourrait se justifier eu égard à la preuve non contestée produite par les défenderesses. Cependant, se fondant sur les déclarations orales des témoins du commissaire, le Tribunal n'a pas adopté la conception des entreprises découlant de la théorie des prix appliquée; on pourrait plutôt dire que le Tribunal a adopté un point de vue fondé sur les « coûts d'opération ».

[381] Si la théorie et l'analyse économiques ont une pertinence sous le régime de la Loi, pratiquement toutes les décisions du Tribunal témoigneront forcément dans une certaine mesure de l'approche fondée sur la « théorie des prix appliquée » de l'école de Chicago. À mon sens, cependant, la présente décision du Tribunal et ses décisions antérieures en l'espèce ne peuvent être dites entièrement conformes aux thèses de cette école de pensée antitrust.

[382] Le juge Létourneau, J.C.A., dans son opinion dissidente, au paragraphe 5 du Jugement rendu en appel, estime que l'article 96 de la Loi est vague :

... Faut-il prendre en 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?

[383] Jusqu'à ce que la Cour publie son Jugement rendu en appel en l'espèce, je ne considérerais pas l'article 96 de la Loi comme vague, compte tenu de la recommandation formulée par le Conseil

économique du Canada dans son rapport de 1969, du fait que les modifications de 1986 n'aient pas repris les objectifs de redistribution formulés dans les projets de loi antérieurs, de la procédure parlementaire d'examen, de diverses déclarations ministérielles et, en particulier, de la primauté de l'objectif d'efficacité économique pour l'application dudit article, primauté confirmée par la Cour. Cela dit, si la Loi est vague, je pense que la préférence manifestement accordée à l'approche américaine dans certains milieux ne sera pas d'un grand secours pour la réalisation des objectifs énumérés dans sa disposition de déclaration d'objet.

[384] Comme le Tribunal l'a rappelé au paragraphe 187 ci-dessus, MM. Lande et Fisher ont constaté l'absence d'indications dans l'historique législatif américain touchant les poids relatifs à attribuer aux transferts de richesse et aux effets liés à l'efficacité. Ces deux auteurs, qui sont en général critiques à l'égard de l'école de pensée antitrust de Chicago, semblent avoir adopté la même position que le juge Posner. Ils concluent, à la page 1650 de leur article, que l'appréciation comparative au cas par cas des gains en efficacité et des effets est elle-même si « impraticable », même dans le cadre du critère du surplus du consommateur, qu'il convient d'éviter toute analyse de cette nature dans l'examen des fusionnements. Ils recommandent, à la page 1691, l'approche consistant à évaluer tous les fusionnements suivant des critères rigoureusement liés à la part de marché, à quelques rares exceptions près, dont aucune, bien sûr, n'est liée à l'efficacité. Cependant, la Loi exige expressément une appréciation au cas par cas des gains en efficacité et des effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence et elle exclut le recours au seul critère de la part de marché.

[385] À mon avis, l'opinion accordant à l'intérêt des consommateurs la primauté aux États-Unis est loin de supporter invariablement l'épreuve des faits. Le différend toujours renaissant entre le Canada et son voisin à propos du bois d'oeuvre résineux montre on ne peut mieux comment les intérêts des producteurs de bois d'oeuvre américains l'emportent sur ceux de leurs compatriotes consommateurs (en particulier ceux qui veulent accéder à la propriété), et ces producteurs n'ont pas même à prouver l'existence de gains en efficacité pour obtenir les restrictions commerciales qu'ils demandent. Quand on parle du régime antitrust américain, il faut se rappeler qu'il est souvent limité par d'autres politiques qui n'accordent pas la première place à l'intérêt des consommateurs.

B. LA PORTÉE DU PARAGRAPHE 96(2)

[386] Certains soutiennent que la défense fondée sur les gains en efficacité du paragraphe 96(1) ne peut être invoquée que lorsque les facteurs spécifiés au paragraphe 96(2) sont directement en jeu. Ce n'est pas là mon interprétation et, répondant à une question directe du Tribunal, le commissaire a déclaré que ce n'était pas sa position non plus (transcription, vol. 1 à la p. 85 (9 octobre 2001)). S'il est vrai que le paragraphe 96(2) prescrit d'accorder une attention spéciale aux exportations et aux importations le cas échéant, le paragraphe 96(1) s'applique aux fusionnements en général, même à ceux qui ne relèvent pas du commerce international des biens ou des services.

[387] Si j'ai bien compris l'historique législatif, les modifications de 1986, y compris l'article 96, ont été motivées en grande partie par les pressions qu'exerçait sur l'entreprise canadienne l'accroissement du commerce et de l'investissement internationaux et par la nécessité d'inciter celle-ci à se restructurer afin de pouvoir prospérer dans un contexte plus concurrentiel qui profite en fin de compte aux consommateurs canadiens. Cependant, je n'en conclus pas pour ma part que la défense

fondée sur les gains en efficience du paragraphe 96(1) n'ait été prévue que pour les fusionnements mettant directement en jeu les facteurs spécifiés au paragraphe 96(2). C'est plutôt que celui-ci permet d'accorder une attention particulière aux entreprises canadiennes qui deviennent plus efficaces par suite de fusionnements ayant pour effet de stimuler les exportations et de réduire les importations.

C. LA PETITE ENTREPRISE

[388] La Cour, se fondant sur la disposition de déclaration d'objet, affirme qu'il faut prendre en considération les effets d'un fusionnement anti-concurrentiel sur les petites entreprises lorsque l'article 96 est invoqué. Étant donné l'importance que la Cour attache à la disposition de déclaration d'objet, il est curieux que ces effets ne doivent être pris en considération que pour l'application de l'article 96. Si la Cour évalue correctement l'importance à accorder aux petites et moyennes entreprises sous le régime de la Loi, on s'attendrait certainement à ce que cette préoccupation soit tout aussi pertinente, voire plus, aux fins d'application de l'article 92.

[389] L'article 93 de la Loi énumère certains facteurs dont le Tribunal peut tenir compte pour déterminer si un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence pour l'application de l'article 92. Or, ni l'efficience ni les effets sur la petite entreprise ne figurent parmi ces facteurs, absence dont je déduis que ce n'était pas l'intention du Parlement que de permettre au Tribunal de prendre ces deux facteurs en considération dans l'examen prévu à l'article 92.

[390] Il est vrai que l'alinéa *h*) de l'article 93 de la Loi permet au Tribunal de tenir compte de tout autre facteur pertinent non spécifié. Cependant, étant donné leur présence explicite dans la disposition de déclaration d'objet, les objectifs liés à l'efficience et à la petite entreprise se présentaient naturellement à l'esprit; pour dire les choses carrément, ils sautaient aux yeux. Par conséquent, si le Parlement avait voulu permettre au Tribunal de tenir compte de ces facteurs pour l'application de l'article 92, il ne se serait pas contenté de les faire figurer implicitement à l'alinéa *h*) de l'article 93. Au paragraphe 258 de ses Motifs, le Tribunal a refusé de prendre en considération l'incidence des gains en efficience sur les prix dans l'analyse qu'il a effectuée sous le régime de l'article 92, et la Cour n'a pas remis en cause la conclusion du Tribunal qu'il ne peut être tenu compte des gains en efficience pour l'application de l'article 92, même dans le cas où la preuve indiquerait indubitablement que ces gains dussent entraîner une baisse de prix.

[391] De même, s'il est vrai qu'un fusionnement peut avoir d'importantes conséquences pour les petites entreprises, ce n'est pas là un facteur que le Tribunal puisse prendre en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si ce fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Par conséquent, si les parties à un fusionnement n'invoquaient pas l'article 96, le Tribunal n'aurait aucun motif valable de tenir compte si peu que ce soit des incidences sur les petites entreprises.

[392] La disposition de déclaration d'objet s'applique à l'intégralité de la Loi. J'estime en conséquence préférable de penser que, puisque l'incidence d'un fusionnement sur la petite entreprise n'est pas, selon la Loi, un facteur à prendre en considération pour l'application de l'article 92 ou de l'article 93, ce serait peut-être manquer de cohérence que d'attacher une importance plus grande à cette incidence sous le régime de l'article 96.

D. LA PERTE SÈCHE ET L'ÉLASTICITÉ DE LA DEMANDE

[393] Au paragraphe 123 du Jugement rendu en appel, la Cour soutient que l'application du critère du surplus total entraîne des conséquences « paradoxales » par rapport aux objectifs de protection du consommateur de la Loi. Notamment, l'application de ce critère :

... 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.

La Cour poursuit son raisonnement, aux paragraphes 124-126, en ces termes :

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.

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 efficacité nécessaires pour compenser les effets anticoncurrentiels du fusionnement seront élevés. Il découle de ce raisonnement que, pour compenser les gains en efficacité 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.

Il est certainement très difficile de voir de quelle façon une interprétation des « effets » qui crée une disparité de traitement entre les fusionnements 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* (c'est nous qui soulignons.)

[394] Il me semble que la Cour a donné un certain poids à ses conclusions sur ces questions. Soit dit en toute déférence, je crois que l'opinion de la Cour est fondée sur une erreur d'interprétation du rapport entre la perte sèche et l'élasticité de la demande.

[395] Ce qu'on peut dire est que, pour une élasticité donnée de la demande et un chiffre donné de ventes avant le fusionnement, la perte sèche calculée sera d'autant plus forte que sera forte la hausse de prix. Cette conclusion découle de l'examen de la formule de calcul approximatif de la perte sèche lorsque le marché antérieur au fusionnement est concurrentiel :

$$\text{perte sèche} \approx (\text{hausse de prix en pourcentage})^2 \times \text{élasticité de la demande} \times \text{ventes} / 2$$

De même, plus l'élasticité de la demande est grande, plus forte est la perte sèche, les autres variables, y compris la hausse de prix, étant supposées constantes. Certaines questions peuvent être éclairées par l'application de cette formule et de l'hypothèse *ceteris paribus* (Motifs, aux paragraphes 435 et 436). Cependant, dans les décisions relatives aux prix, l'hypothèse *ceteris paribus* n'est pas applicable parce que la hausse de prix y dépend de l'élasticité de la demande. Une entreprise pourvue de puissance commerciale impose une hausse de prix plus forte lorsque la demande est inélastique que lorsque la demande est élastique, car dans ce dernier cas la clientèle se tourne plus facilement vers les produits de substitution. Donc, dans les cas où la demande est élastique, la hausse de prix – et par conséquent la perte sèche – est relativement faible. Inversement, là où la demande est inélastique, la hausse de prix – et donc la perte sèche – est relativement forte. Il n'est par conséquent pas justifié de supposer qu'une entreprise pourvue de puissance commerciale imposerait la même « hausse de prix importante » que la demande soit élastique ou inélastique. Il ne s'ensuit donc pas que la perte sèche serait nécessairement plus faible dans le premier cas que dans le second; or, c'est pourtant là l'opinion de la Cour.

[396] L'affidavit d'expert présenté en l'espèce par le professeur Ward, précité au paragraphe 163, illustre la relation entre la perte sèche et l'élasticité de la demande. Établi à partir des hausses moyennes de prix de Supérieur et d'ICG dans un contexte de concurrence avec les entreprises régionales et de vente au rabais (chiffres tirés du tableau 7 de ce document); le tableau 8 du professeur Ward révèle la configuration suivante, les pourcentages de perte sèche par rapport aux ventes figurant entre parenthèses :

[TRADUCTION]

	Élasticité de la demande de propane		
	-1,5	-2,0	-2,5
Hausse de prix sur le segment résidentiel	8,0 %	4,1 %	2,1 %
perte sèche	(0,5 %)	(0,2 %)	(0,1 %)
Hausse de prix sur le segment industriel	8,9 %	5,4 %	3,3 %
perte sèche	(0,6 %)	(0,3 %)	(0,1 %)
Hausse de prix sur le segment automobile	7,7 %	4,5 %	2,7 %
perte sèche	(0,5 %)	(0,3 %)	(0,1 %)

[397] Lorsque, par exemple, la demande est relativement élastique (-2,5), la perte sèche sur le segment résidentiel représente 0,1 p. 100 des ventes sur ce segment. Cependant, si l'on suppose une demande relativement inélastique (-1,5), la perte sèche est plus forte (0,5 p. 100 des ventes), parce que la hausse de prix est beaucoup plus importante. On observe la même configuration pour les

segments industriel et automobile. On voit donc que, contrairement à l'opinion de la Cour, la perte sèche est plus forte lorsque la demande est inélastique que lorsqu'elle est élastique.

[398] Ces distinctions et la possibilité d'erreur correspondante ont été signalées pour la première fois, que je sache, par W.M. Landes et R.A. Posner dans un article bien connu (« Market Power in Antitrust Cases », 94 Harv. L. Rev. (1981) 937, aux pp. 991 à 996), où ils critiquent le professeur Scherer pour avoir commis apparemment une erreur semblable. Dans un article de 1983, cité par le Tribunal au paragraphe 188 ci-dessus, MM. Fisher et Lande ont aussi fait observer que la hausse de prix probable en pourcentage et l'élasticité de la demande sont liées. La relation entre la perte sèche et l'élasticité de la demande est à mon avis une question très complexe, et je ne veux critiquer personne. Cependant, le Tribunal ne s'est pas trompé dans son appréciation de cette relation et de ses conséquences, de sorte que, soit dit en toute déférence, je me trouve en désaccord avec la Cour sur ses constatations à ce sujet et les conclusions qu'elle en a tirées.

X. OPINION DISSIDENTE (Mme CHRISTINE LLOYD)

[399] Le Tribunal, à la majorité, a établi une nouvelle détermination des effets du fusionnement anti-concurrentiel visé en l'espèce pour l'application de la défense fondée sur les gains en efficience prévue à l'article 96 de la Loi, à la lumière du Jugement rendu en appel en date du 4 avril 2001. J'admets que les gains en efficience sont spécialement pris en compte à l'article 96 de la Loi et peuvent constituer un moyen de défense relativement à un fusionnement par ailleurs anti-concurrentiel. L'article 96 exige une analyse comparative et, comme le déclare la Cour, doit être considéré conformément à l'objet et aux buts de la Loi. Cet objet est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada de manière à ce que soient atteints les buts de la Loi. Ces buts sont les suivants : stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, 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.

[400] Ma dissidence concerne l'appréciation et l'analyse de certains effets données par la majorité et les conclusions qu'elle en a tirées. Je suis également préoccupée par la question de la charge de la preuve, eu égard à la complexité et à l'importance quantitative des éléments que la majorité soutient que le commissaire aurait dû produire pour prouver certains effets du fusionnement. Par exemple, est-il obligatoire que chacun des effets du fusionnement soit *quantifié* par le commissaire pour pouvoir être pris en considération dans l'analyse? Lesquels des effets devraient être examinés d'un point de vue qualitatif dans le cadre de l'analyse prescrite par l'article 96 de la Loi? Enfin, motif non moins important, je ne puis souscrire à l'opinion de la majorité selon laquelle le Tribunal ne devrait tenir compte que de la fraction « socialement défavorable » du transfert de surplus du consommateur pour l'application de l'article 96. En fait, je ne vois rien dans la Loi ou ailleurs qui justifie un tel traitement du transfert de richesse du consommateur.

[401] La majorité conclut qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération certains des effets invoqués par le commissaire, à savoir : la réduction ou la suppression de programmes de clientèle, l'empêchement de la concurrence dans les provinces de l'Atlantique, les incidences sur les marchés liés, la perte de gains potentiels en efficience dynamique et les effets exercés sur les petites et moyennes entreprises. J'estime pour ma part que ces effets devraient être pris en compte. Pour ce qui

concerne le transfert de surplus du consommateur, la majorité a décidé de ne tenir compte que de sa fraction réputée « socialement défavorable ». Je ne souscris pas à cette conclusion. J'estime plutôt qu'il faudrait tenir compte du transfert dans sa totalité aux fins de l'analyse comparative.

[402] Par conséquent, aux fins de l'analyse comparative prescrite par l'article 96, j'ai tenu compte de certains effets écartés par la majorité, et je conclus que les gains en efficience ne surpassent ni ne « neutralisent » les effets défavorables de ce fusionnement anti-concurrentiel dans le cadre défini par la Loi.

A. LA RÉDUCTION OU LA SUPPRESSION DES PROGRAMMES DE CLIENTÈLE

[403] La majorité, conformément à ses prémisses, n'a tenu compte que de l'incidence du fusionnement sur l'« affectation des ressources » dans son analyse des effets qualitatifs défavorables de celui-ci. Elle a conclu que cet effet était minime et que sa quantité mesurée en dollars ne dépasserait vraisemblablement pas la perte sèche estimée. Le commissaire fait observer dans sa plaidoirie que la majorité n'a cependant pas tenu compte des effets de transfert qui seraient liés à une réduction de la production réelle et à la création d'une perte sèche. Dans le présent exposé de motifs, la majorité a décidé de ne pas tenir compte de l'effet de redistribution correspondant à la suppression ou à la réduction de programmes et de services parce que le commissaire n'avait pas produit d'éléments de preuve sur cette question. Par conséquent, la majorité a décidé de ne pas réexaminer sa première conclusion à ce sujet. Si je suis d'accord avec la majorité pour dire qu'il n'a pas été produit d'éléments de preuve touchant la quantité mesurée en dollars des effets de transfert liés à une réduction de la production réelle et à la création d'une perte sèche, je tiens néanmoins que les effets liés à la suppression ou à la réduction du choix des consommateurs devraient être examinés d'un point de vue qualitatif.

[404] En l'absence du concurrent dynamique que représentait ICG, Supérieur, à mon avis, ne se trouvera ni contrainte ni incitée par la concurrence à maintenir après les fusionnements les programmes innovants mis en place par ICG. L'un des buts énumérés dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi est d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Le fait d'associer le propane à des compléments de service est un moyen de différencier son produit – qui autrement ne s'en distingue pas – du propane vendu par les autres. La valeur qui est ainsi ajoutée au produit le distingue de ceux des concurrents, et cet avantage concurrentiel conféré à l'entreprise profite en un second temps aux consommateurs.

[405] Il est certain que le fusionnement aura une notable incidence négative sur les programmes de clientèle, les services et le choix dans les produits, du fait de la disparition d'ICG comme concurrent, de sorte que Supérieur n'aura plus à soutenir la concurrence quant à ces services. Or, la valeur de ces services est très difficile à calculer et n'est donc pas quantifiée; j'estime néanmoins qu'il faudrait en tenir compte, en les considérant d'un point de vue qualitatif.

[406] En l'espèce, les consommateurs qui préfèrent avoir un gros fournisseur national de propane ou qui ont besoin de « services de coordination des comptes nationaux » seront privés de tout choix quant aux fournisseurs. En fait, Supérieur ne se trouvera pas incitée à offrir à ses clients nationaux d'autres services à valeur ajoutée qu'une fonction de facturation centrale. Cette perte potentielle de services à valeur ajoutée attribuable à l'élimination d'ICG prive le consommateur de choix dans les

produits, et s'il est vrai qu'elle ne peut être quantifiée, il faut en tenir compte et lui attribuer un poids qualitatif dans l'analyse comparative.

B. L'EMPÊCHEMENT DE LA CONCURRENCE DANS LES PROVINCES DE L'ATLANTIQUE

[407] La majorité admet au paragraphe 244 ci-dessus que le fusionnement empêche l'exécution des projets de développement d'ICG dans les provinces de l'Atlantique et que, par suite, le prix du propane y sera probablement plus élevé qu'il ne l'aurait été en l'absence du fusionnement. Elle en conclut que les effets de cet empêchement de la concurrence dans les provinces de l'Atlantique auraient dû être quantifiés sous la forme des gains en efficience et de la diminution des superbénéfices pour les fournisseurs titulaires qu'eût entraînés la concurrence additionnelle qu'empêche le fusionnement. Or, elle constate que le dossier ne contient pas d'éléments de preuve touchant l'importance quantitative de ces effets de l'empêchement de la concurrence.

[408] Il est de fait que Supérieur et K.C. Irving dominant le marché considéré dans les provinces de l'Atlantique. ICG comptait implanter une succursale à Sydney en Nouvelle-Écosse, en association avec l'agence de Petro-Canada. Cette nouvelle concurrence dans la région aurait pu, entre autres résultats, rendre les prix plus compétitifs et accroître le choix dans les produits. Mais le fusionnement empêche maintenant la matérialisation de tous avantages qui auraient pu résulter de la concurrence qu'ICG eût créée.

[409] En conséquence, je souscris à la thèse du commissaire que la perte des avantages attribuables à la concurrence qui aurait pu en l'absence du fusionnement s'établir dans les provinces de l'Atlantique du fait de l'activité d'ICG est un effet qualitatif pertinent qui aurait dû être pris en considération. Qu'il soit difficile d'établir ce qui se serait passé en l'absence du fusionnement ne signifie pas qu'il faille exclure de l'analyse l'effet réel d'empêchement du développement de la concurrence dans les provinces de l'Atlantique qui est à mettre au compte de ce fusionnement.

C. LES INCIDENCES SUR LES MARCHÉS LIÉS

[410] La majorité estime non pertinente l'éventualité d'une hausse du prix du propane susceptible de faire augmenter le coût de revient des biens ou des services fournis par les entreprises consommatrices (c'est-à-dire d'une hausse du prix d'un intrant important). Elle déclare au paragraphe 253 ci-dessus que la question pertinente en l'espèce est de savoir si l'acheteur intermédiaire de propane absorbera la hausse de prix ou la répercutera d'une manière ou d'une autre sur sa clientèle, et non pas si la hausse est considérable ou minime, ou si le propane est un intrant important ou non.

[411] Je m'élève fermement contre cette opinion, eu égard en particulier, au paragraphe 172 du Jugement rendu en appel de la Cour, qui admet que « l'impact du fusionnement sur les entreprises interreliées » est l'un des effets qui peuvent se révéler pertinents par rapport à la défense fondée sur les gains en efficience.

[412] Pour ce qui concerne les effets du fusionnement sur les entreprises liées (ou « interreliées » selon la terminologie de la Cour), la preuve montre que la part de loin la plus importante (89,3 p. 100) du propane vendu en 1998 par Supérieur et ICG l'a été à des agents de groupage et en vue de

l'utilisation finale sur les segments commercial, agricole, industriel et automobile. L'utilisation résidentielle ne représentait que 10, 7 p. 100. En outre, le dossier contient des éléments révélateurs propres à convaincre que le propane constituait un intrant important des produits et services en question sous le rapport des coûts de revient. Ces éléments sont consignés aux paragraphes 30 et 32 du mémoire du commissaire concernant la procédure de réexamen.

[413] J'infère de ces éléments de preuve que les effets défavorables d'une hausse de prix toucheraient les entreprises consommatrices, étant donné que cette hausse ferait augmenter le coût de revient de leurs produits ou services. Étant donné que le propane est un intrant de toutes sortes de produits et de services dans l'économie canadienne, il n'est pas possible de quantifier l'affectation de ressources additionnelles (la perte sèche) ou les effets de transfert pour chaque produit ou service touché par cette « augmentation du coût de revient ». Cet effet est néanmoins important, et il convient à mon avis de le prendre en considération et de lui donner un poids approprié dans l'analyse comparative.

D. LA PERTE DE GAINS POTENTIELS EN EFFICIENCE DYNAMIQUE

[414] La majorité rejette la thèse du commissaire selon laquelle le fusionnement entraînera la perte de gains en efficacité dynamique qui auraient été produits par la transformation d'ICG. Elle déclare au paragraphe 258 ci-dessus qu'il n'a pas été produit d'éléments de preuve touchant ces gains et note qu'aucun témoin expert n'a proposé d'observations sur la probabilité de la matérialisation de ces gains, « sur leur caractère "dynamique" ou sur leur quantité, de sorte que la perte de tels gains se révèle conjecturale ».

[415] Je ne puis m'empêcher d'exprimer ici (sous forme de remarque incidente) mon étonnement devant l'observation formulée par la majorité sur la nécessité de produire des éléments de preuve relativement à la « probabilité de matérialisation de ces gains [d'efficacité] ». À mon humble avis, il n'a pas été produit d'éléments de preuve relativement à la « probabilité de matérialisation » des gains en efficacité de 29,2 millions de dollars censés résulter du fusionnement. J'ai exprimé en détail dans mon opinion dissidente précédente mes préoccupations concernant la probabilité que se concrétisent les gains en efficacité allégués par les défenderesses (Motifs, paragraphes 486 à 493).

[416] La preuve établit qu'ICG avait subi avant le fusionnement, dans un environnement concurrentiel, une restructuration visant à accroître son efficacité et sa productivité. L'adoption de nouvelles technologies était l'un des moyens qu'elle avait choisis pour atteindre ce but. Elle avait mis en place des systèmes informatisés pour mieux gérer son activité et avait acquis un avantage concurrentiel sur le marché du propane. Cette restructuration n'était pas achevée au moment de l'acquisition d'ICG par Supérieur, et les innovations en question seront maintenant laissées de côté. J'estime donc que le fusionnement entraîne la disparition d'une entreprise de vente de propane disposée à restructurer son mode d'exploitation et à innover en vue d'accroître son efficacité et sa compétitivité.

E. LES EFFETS SUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

[417] La majorité exprime, aux paragraphes 286 à 305 ci-dessus, l'opinion que le commissaire n'a pas démontré que Supérieur se fût comportée agressivement envers ses petits et moyens concurrents.

Elle ajoute que, bien qu'elle prenne au sérieux les allégations de fixation de prix abusifs formulées par les témoins, les éléments de preuve produits ne suffisent pas à établir l'existence d'une telle politique.

[418] La majorité arrive à la conclusion que, pour que le Tribunal prît en considération les effets de l'accroissement de puissance commerciale de Supérieur et la possibilité qui en résulte pour elle de recourir à des « méthodes déloyales » pour empêcher l'entrée en lice ou le développement de concurrents, ou pour exercer une contrainte sur les petites et moyennes entreprises, le commissaire aurait dû faire valoir l'existence d'une politique de fixation de prix abusifs. J'admets qu'une stratégie dynamique de fixation des prix relève d'une saine concurrence et peut ne pas enfreindre les dispositions de la Loi. Cependant, j'estime aussi que les éléments de preuve relatifs au comportement antérieur d'une entreprise peuvent constituer un facteur pertinent à prendre en considération. L'effet que l'entité fusionnée pourrait avoir à l'avenir sur les petites et moyennes entreprises et sur la chance honnête de participer à la concurrence qui leur est due devient ainsi une question dont il faut tenir compte.

[419] Or, la preuve montre bel et bien que les pratiques de Supérieur sont conçues soit pour accroître les coûts de revient de ses concurrents, soit pour faire diminuer leurs produits d'exploitation. Les documents internes de Supérieur indiquent qu'elle use de « représailles » envers tout concurrent qui lui prend ou essaie de lui prendre des clients. Ces éléments de preuve sont invoqués aux paragraphes 56 à 66 du mémoire du commissaire. Il est évident que la puissance commerciale accrue de Supérieur lui confère *la capacité* d'« exercer une contrainte » sur ses concurrents. Les représailles dont use Supérieur dépassent les limites des pratiques concurrentielles normales. La réduction massive des marges bénéficiaires, la passation de contrats de vente d'une durée de plusieurs années, l'imposition de frais d'enlèvement, la mise à disposition gratuite des réservoirs (qui sont normalement loués) et le « droit de dernier regard » sur les soumissions forment autant d'exemples des mesures de rétorsion prises par Supérieur. En faisant échec au projet d'entrée sur le marché de la vente au détail de propane de la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée, Supérieur a donné un exemple de l'agressivité de ses réactions et de sa propension à recourir à des mesures qui découragent l'entrée en lice ou le développement de concurrents ou exercent une contrainte sur eux. Si je reconnais que la Compagnie Pétrolière Impériale Limitée n'entre pas dans la catégorie des « petites et moyennes entreprises », j'estime que l'éviction de cette société montre comment le comportement de Supérieur pourrait avoir une incidence défavorable sur les petites et moyennes entreprises. En outre, je ne vois pas pourquoi Supérieur en userait différemment à l'égard d'une entreprise considérée comme petite ou moyenne.

[420] La Loi confère aux petites et moyennes entreprises le droit à une chance honnête de participer à l'économie. L'accroissement de la capacité susdite à décourager le développement et l'entrée de concurrents et à exercer une contrainte sur eux est une possibilité réelle, attestée par le comportement antérieur de Supérieur. C'est un effet qui va à l'encontre du but de la Loi consistant à « assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne » et auquel il convient par conséquent de donner tout son poids dans l'analyse comparative.

F. LE TRANSFERT DE SURPLUS DU CONSOMMATEUR

[421] Un effet important du fusionnement considéré est le transfert de richesse des consommateurs à Supérieur. (c'est-à-dire le transfert de surplus du consommateur), que le commissaire évalue au chiffre considérable de 40,5 millions de dollars par an. Ce transfert de richesse est attribuable aux prix de marché supracompétitifs que Supérieur demanderait vraisemblablement du fait de sa puissance commerciale. Du point de vue de la Cour, la Loi n'exprime pas en soi une conception de la « science économique » si étroite qu'elle exclurait de l'examen prescrit par l'article 96 ces effets de redistribution, auxquels le Tribunal doit donc donner tout leur poids dans son analyse comparative.

[422] Dans ses Motifs précédent, la majorité a constaté l'existence des effets de redistribution du fusionnement visé en l'espèce, mais ayant conclu que la Loi lui prescrivait l'application du critère du surplus total, elle a considéré qu'ils se compensaient réciproquement et qu'ils étaient donc, tout compte fait, socialement neutres. Dans le présent exposé de motifs, la majorité se demande comme il convient d'analyser le transfert de surplus du consommateur eu égard aux instructions de la Cour et à partir des thèses des parties. La majorité conclut que la redistribution de revenu résultant d'un fusionnement anti-concurrentiel de producteurs a un effet défavorable sur les consommateurs (perte de surplus du consommateur) et un effet favorable correspondant sur les actionnaires (superbénéfices) et déclare que la question de savoir si ces deux effets se compensent entièrement ou en partie seulement relève d'une *décision sociale*. De plus, la majorité admet au paragraphe 333 du présent exposé de motifs que les effets de redistribution peuvent être légitimement considérés comme neutres dans certains cas, mais pas dans d'autres. Elle ajoute qu'« [i] peut ne jamais se révéler possible de réunir des données complètes, mais [que] le Tribunal doit néanmoins être en mesure d'établir à partir de la preuve les effets socialement défavorables du transfert ». La majorité conclut que les effets de redistribution ne sont pas entièrement neutres en l'espèce, mais refuse de prendre en considération l'intégralité du transfert mesuré par le commissaire (40,5 millions de dollars par an) au motif que celui-ci n'a pas démontré que *ce chiffre représente l'effet socialement défavorable*. Elle estime qu'il convient en l'espèce de donner le même poids aux intérêts des ménages et des propriétaires d'entreprises consommatrices qu'aux intérêts des actionnaires de l'entité fusionnée, étant donné en particulier que, comme le commissaire l'a fait remarquer, tous les producteurs sont aussi en un sens des consommateurs.

[423] Le fusionnement rend les prix du propane moins compétitifs, et cet effet réduit l'avantage que constituent des prix compétitifs pour *l'ensemble* des consommateurs canadiens de propane d'une quantité au moins égale au transfert de surplus du consommateur. S'il est vrai que les actionnaires de Supérieur pris individuellement peuvent fort bien être des consommateurs de propane, la question fondamentale qui doit nous occuper est celle de la compétitivité des prix du propane pour *l'ensemble des consommateurs canadiens*, quelle que soit leur catégorie démographique ou leur utilisation finale du produit. Le point important est que le propane devrait être offert à des prix compétitifs à tous les consommateurs de ce produit, puisqu'ils sont tous touchés par la hausse des prix. Par conséquent, le transfert de surplus du consommateur est un effet immédiat du fusionnement anti-concurrentiel. Il ne devrait pas selon moi y avoir de préférence pour une catégorie de consommateurs au détriment d'une autre. En fait, la disposition de déclaration d'objet de la Loi pose explicitement le but consistant à assurer aux consommateurs des « prix compétitifs ». Qui plus est, l'approche du transfert dont se réclame la majorité exigerait des données complètes sur les profils socio-économiques des consommateurs et des actionnaires des producteurs. Si l'on appliquait cette approche, il serait impossible d'établir si les effets de redistribution sur la richesse transférée par suite de la hausse des prix demandés par l'entité fusionnée sont justes et équitables.

[424] Le fait que le fusionnement entraînera vraisemblablement un transfert estimé à 40,5 millions de dollars par an du fait de la capacité acquise par Supérieur d'exercer sa puissance commerciale sous la forme d'une hausse des prix est un facteur important à prendre en considération, étant donné le Jugement rendu en appel et le libellé de la clause de déclaration d'objet de la Loi. Par conséquent, je suis arrivée à la conclusion que, compte tenu de la disposition de déclaration d'objet, le transfert de revenu de 40,5 millions de dollars par an devrait être intégralement pris en compte dans l'analyse comparative prescrite par l'article 96.

G. L'OBLIGATION DE QUANTIFIER LES EFFETS

[425] Comme je le disais précédemment au paragraphe 400, je suis préoccupée par la position de la majorité suivant laquelle le commissaire devrait produire des éléments de preuve de nature quantitative touchant les effets du fusionnement anti-concurrentiel aux fins de l'analyse prévue à l'article 96. À mon avis, c'est là imposer au commissaire une charge de présentation titanesque. En fait, comme le note le commissaire, certains des effets dont il s'agit sont de nature plutôt qualitative, et certains sont dans bien des cas impossibles à quantifier. Par exemple, la majorité écarte les effets produits sur les marchés liés au motif que, à son avis, le commissaire n'en a pas établi l'ordre de grandeur. Elle laisse entendre au paragraphe 254 qu'il eût fallu mesurer cet effet en calculant les effets de perte sèche et de transfert produits par une hausse de prix sur chacun des marchés touchés par le fusionnement. Le propane étant un produit de base, consommé par un très grand nombre d'entreprises au Canada, ce calcul serait d'une extrême complexité. Suivant une telle approche, le commissaire devrait non seulement établir le nombre d'entreprises touchées, mais aussi produire des éléments attestant l'existence d'une perte sèche dans chaque branche d'activité (c'est-à-dire sur chaque marché lié). Ce serait ainsi une tâche énorme que de prouver l'existence *ne serait-ce que d'un seul* effet spécifique au fusionnement.

[426] Enfin, bien qu'elle ait reconnu au paragraphe 372, touchant l'effet de transfert, que la démonstration de l'existence d'effets de redistribution d'importance notable dans l'examen des fusionnements n'est pas, dans la plupart des cas, « une tâche facile », la majorité n'en maintient pas moins que ce serait là le traitement approprié du transfert. Comme je l'ai dit plus haut, je ne vois rien dans la Loi qui justifie la réduction du transfert à sa part « socialement défavorable ». La disposition de déclaration d'objet de la Loi pose expressément le but consistant à assurer des « prix compétitifs » à l'ensemble des consommateurs canadiens. Je crains que l'approche du transfert adoptée par la majorité ne se révèle impossible à appliquer, étant donné la complexité des questions qu'elle soulèverait.

[427] Si l'obligation faite au commissaire par suite de la présente décision était celle de quantifier chacun des effets d'un fusionnement anti-concurrentiel et d'établir l'effet de redistribution (la fraction du transfert de surplus du consommateur) socialement défavorable, j'estime que les dispositions relatives aux fusionnements de la Loi en deviendraient à tout le moins difficiles, voire impossibles, à appliquer.

H. CONCLUSION

[428] Je conclus de l'analyse comparative effectuée sous le régime de l'article 96 en tenant compte de mes motifs dissidents que les gains en efficacité de 29,2 millions de dollars par an ne surpassent

pas la somme des effets mesurés (43,5 millions de dollars par an) et les sérieux effets qualitatifs que j'ai exposés ci-dessus. Il s'ensuit que le fusionnement ne remplit pas l'aspect « surpassement » du critère.

[429] J'estime en outre que les gains en efficience de 29,2 millions de dollars par an ne « compensent pas suffisamment la société », ne « neutralisent » pas dans le cadre défini par la Loi les effets défavorables de ce fusionnement, c'est-à-dire le transfert total de surplus du consommateur évalué à 40,5 millions de dollars, la perte sèche estimée à trois millions de dollars par an et les effets qualitatifs défavorables que j'ai recensés. Enfin, pas plus que dans mon opinion dissidente précédente, je ne puis aujourd'hui trouver, sous le rapport de l'efficience dynamique, de compensation appréciable ou de gains réels qui seraient susceptibles d'influer sur les conclusions de mon analyse. En fait, les défenderesses n'ont produit aucun élément tendant à prouver que les gains en efficience allégués *compenseraient* les effets préjudiciables du fusionnement. Elles auraient pu faire valoir par exemple que le fusionnement entraînerait vraisemblablement des gains en efficience dynamique attribuables à l'innovation qui profiteraient à l'économie canadienne. De tels gains en efficience qualitatifs auraient pu être mis en balance dans l'analyse comparative avec les effets préjudiciables du fusionnement sur l'ensemble de l'économie. Or, les défenderesses n'ont pas même essayé d'établir un quelconque effet avantageux du fusionnement pour l'économie.

[430] Enfin, comme je le faisais observer au paragraphe 425 ci-dessus, la présente espèce est à mon avis propre à inspirer de sérieuses inquiétudes pour ce qui concerne la charge de présentation dont doit s'acquitter le commissaire pour assurer l'application des dispositions relatives aux fusionnements de la Loi. Comme je l'ai déjà dit, je m'inscris en faux contre l'opinion de la majorité selon laquelle chaque effet d'un fusionnement anti-concurrentiel devrait être quantifié pour être pris en considération sous le régime de l'article 96 de la Loi. Une telle tâche serait extrêmement difficile à remplir avec tant soit peu de précision.

1) Observations

[431] J'ai été particulièrement frappée en l'espèce de constater le nombre astronomique d'estimations qui entraînent dans les calculs proposés dans le cadre de la considérable preuve économique produite relativement à la défense fondée sur les gains en efficience. Par exemple, les données nécessaires pour établir les estimations de la perte sèche et du transfert comprenaient des estimations composées des volumes, ainsi que des prix par litre et des hausses de prix prévues selon l'utilisation finale. Je ne veux pas dire par là qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à un critère arithmétique; cependant, un tel critère devrait être à mon sens utilisé comme un outil ou un guide pour la décision et ne devrait pas être considéré comme assurant une précision telle qu'il y ait lieu d'en faire une fin en soi. Les données qualitatives sont à mon avis absolument nécessaires dans l'analyse des effets d'un fusionnement anti-concurrentiel.

[432] Se fonder sur des estimations et des calculs pour obtenir ce qui semble être un chiffre précis donne un faux sentiment de sécurité dans l'interprétation de ce chiffre. De plus, en procédant ainsi, on exclut, ou l'on réduit à tout le moins, l'exercice du pouvoir d'appréciation que la Cour a reconnu au Tribunal dans l'analyse comparative. « Étant donné les difficultés, par exemple, que pose l'appréciation tant de l'élasticité relative de la demande des produits fabriqués ou vendus par l'entité fusionnée que de l'aspect qualitatif de la perte sèche, écrit la Cour, l'application du critère du surplus

total est loin d'être mécanique. » Ce disant, la Cour reconnaît implicitement à mon sens que les résultats de toute analyse de fusionnement peuvent être imprécis et comporter une marge d'erreur. L'analyse qualitative et l'exercice d'un jugement éclairé sont donc essentiels.

XI. ORDONNANCE

[433] Le Tribunal ordonne par les présentes que la demande d'ordonnance présentée par le commissaire en vertu de l'article 92 est rejetée.

FAIT à Ottawa, ce 4e jour d'avril 2002.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président l'audience.

(s) Marc Nadon

PERSONNES AYANT COMPARU

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

John F. Rook, c.r.
William J. Miller
Jo'Anne Streckf
Steven T. Robertson
Christopher P. Naudie
Donna Blois

Pour les défenderesses :

Supérieur Propane Inc.
Propane ICG Inc.

Neil Finkelstein
Jeff Galway
Brian Facey
Martha Cook
Charlotte Kanya-Forstner