Tribunal de la concurrence Competition Tribunal

VERSION PUBLIQUE
Référence : *Le commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. conc. 15
No de dossier : CT1998002
No de document du Greffe : 192d

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.*

E N T R E :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Supérieur Propane Inc.
Propane ICG Inc.
(défenderesses)

Dates de l'audience :	19990923, 24, 27-29; 19991004-08, 13-15, 18-21, 25-29; 19991101-03, 23, 25, 29, 30; 19991201-03, 06-09, 13, 14; 20000119, 24, 31; 20000201-04, 07-09
Membres :	M. le juge Nadon (président); M. L.R. Bolton (du 19990923 au 19991103); M. C. Lloyd (du 19991129 au 20000209); M. L.P. Schwartz
Date de l'ordonnance :	20000830
Ordonnance signée par :	M. le juge Nadon

MOTIFS ET ORDONNANCE

TABLE DES MATIÈRES **Paragraphe**

I. INTRODUCTION ……. [1]

II. INDUSTRIE DU PROPANE …… [9]

III. DÉFINITION DU MARCHÉ …… [22]

A. MARCHÉ DU PRODUIT …….. [22]
1) Position du commissaire …… [24]
2) Position des défenderesses ……. [39]
3) Analyse …….. [46]
4) Segmentation …… [70]
5) Comptes nationaux …… [73]

B. MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE ……[83]
1) Marchés locaux …….. [83]
2) Comptes nationaux …… [107]

IV. EMPÊCHEMENT OU DIMINUTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE ……. [108]

A. PARTS DE MARCHÉ ET CONCENTRATION ……. [110]

B. ENTRAVES À L'ACCÈS ……. [127]
1) Contrats ……. [131]
a) Durée d'un contrat et exclusivité ……. [132]
b) Renouvellement automatique …….. [140]
c) Droit de premier refus ……. [141]
d) Propriété des réservoirs …….. [144]
e) Engagements volontaires …… [148]
f) Conclusion sur la question des contrats …….. [150]
2) Réaction des entreprises en place à l'entrée de concurrents …… [151]
3) Réputation …… [154]
4) Développement avancé du marché …….. [158]
5) Accès à l'approvisionnement en propane …… [161]
6) Besoins en capital, coûts irrécupérables et temps nécessaire pour devenir rentable …… [167]
a) Entrée ou expansion : ampleur des activités ……... [167]
b) Coûts irrécupérables …… [172]
7) Éléments de preuve concernant l'accès au marché …….. [176]
a) Tendances de base (1988-1998) ……. [178]
b) Profils de succursales pour 1998 …… [183]
c) Volumes réels en 1998 …….. [187]
d) Autres sources faisant état d'une part de marché combinée de 70 p. 100 ……. [196]
e) Conclusion sur les parts de marché …… [206]

C. DISPARITION D'UN CONCURRENT DYNAMIQUE ET EFFICACE …….. [212]

D. CONCURRENCE ÉTRANGÈRE …… [220]

E. CONCURRENCE RÉELLE RESTANTE ……. [224]

F. EMPÊCHEMENT DE LA CONCURRENCE ……... [240]

G. ÉLÉMENTS DE PREUVE DE NATURE STATISTIQUE ET ÉCONOMÉTRIQUE …….. [247]
1) Éléments de preuve du témoin expert du commissaire ……. [247]
2) Éléments de preuve des témoins experts des défenderesses ……. [262]
a) Effet de limitation qu'a la concurrence …… [263]
b) Acquisition de Premier …… [280]
c) Acquisition et perte de clients ……. [282]
d) Marge bénéficiaire brute ……. [286]
e) Bénéfices avant intérêts, impôts, provisions et amortissements (BAIIPA) …….. [289]

H. CONCLUSION ……. [298]

V. MESURE DE REDRESSEMENT …….[314]

VI. GAINS D'EFFICIENCE ……[318]

A. RÉSUMÉ …….. [318]

B. VALEUR ACTUALISÉE NETTE DES GAINS D'EFFICIENCE ……. [325]

C. RÉSUMÉ ET ÉVALUATION DU TRIBUNAL ……. [326]
1) Centre administratif ……. [329]
a) Convention de gestion …… [330]
b) Achats ……. [346]
c) Coûts liés à l'exploitation d'une société ouverte …… [349]
2) Opérations régionales …….. [353]
a) Réduction du parc de véhicules et du nombre de chauffeurs …. [353]
b) Fourniture et livraison du propane ……. [364]
3) Autres points …… [367]
a) Éléments non récurrents …….…… [367]
b) Divers ……. [373]
c) Impôt foncier …….. [374]
d) Coûts d'intégration ……. [377]
4) Gains d'efficience nets …… [380]

D. ANALYSE JURIDIQUE ……. [384]
1) Article 96 de la Loi ……. [384]
2) Position des parties ……. [386]
a) Commissaire …….. [386]
b) Défenderesses …… [389]
3) Question des Lignes directrices …….. [392]
4) Exception dans les cas de gains d'efficience ……... [398]
5) Fardeau de la preuve ……... [400]
a) Commissaire …….. [400]
b) Défenderesses ……. [402]
c) Conclusion ……. [403]

6) Rôle des gains d'efficience aux termes de la Loi …….. [404]
7) Position du commissaire : non-application de l'article 96 aux fusionnements menant à un monopole ……[414]
8) Effets d'un fusionnement ……..…. [420]
a) Effets sur le plan de l'efficience et de la redistribution …… [422]
b) Critère pour l'examen d'un fusionnement …… [427]
c) Justification du critère du surplus total …… [431]
d) Autres effets ……..… [440]
e) Conclusion ……... [446]
9) Perte sèche ……. [451]
10) Analyse comparative ……. [459]

VII. OPINION DISSIDENTE (Mme CHRISTINE LLOYD) …… [470]

A. MONTANT DES GAINS D'EFFICIENCE …… [471]
1) Critique de la méthode utilisée …….. [471]
2) Évaluation hautement optimiste (qui ne tient compte d'aucun coût) ……. [480]

B. LE FUSIONNEMENT A EU OU AURA VRAISEMBLABLEMENT POUR EFFET D'ENTRAÎNER DES GAINS D'EFFICIENCE (C.-À-D. QUE DES GAINS SERONT VRAISEMBLABLEMENT RÉALISÉS APRÈS LE FUSIONNEMENT) ……[486]

C. « QUE CES GAINS NE SERAIENT VRAISEMBLABLEMENT PAS RÉALISÉS SI L'ORDONNANCE ÉTAIT RENDUE » …….[494]

D. QUESTIONS TOUCHANT L'ANALYSE COMPARATIVE ……... [501]

E. CONCLUSION …….. [515]

VIII. ORDONNANCE …… [516]

ACRONYMES

DMC	doubles moindres carrés
BAIIPA	bénéfices avant intérêts, impôts, provisions et amortissements
CPIL	Compagnie pétrolière impériale Limitée
mb/j	million de barils par jour
MCO	moindres carrés ordinaires
SMS	Superior Management Services Limited Partnership

I. INTRODUCTION

[1] En vertu de l'article 92 de la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, (la « Loi »), le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») a présenté une demande d'ordonnance visant la dissolution du fusionnement de Supérieur Propane Inc. (« Supérieur ») et Propane ICG Inc. (« ICG ») ou de toute autre mesure devant remédier à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence qui existera vraisemblablement sur le marché du propane au Canada, après la mise en oeuvre du fusionnement.

[2] La présentation de la demande découle de l'acquisition de ICG par Supérieur, le 7 décembre 1998. Avant l'acquisition, Supérieur a présenté au Bureau de la concurrence, conformément à l'article 121 de la Loi, un préavis sous forme de déclaration abrégée concernant l'acquisition proposée de la totalité des actions de la Chancellor Holdings Corporation, filiale en propriété exclusive de Petro-Canada. La Chancellor Holdings Corporation est propriétaire, à son tour, de ICG. L'enquête du commissaire sur ce fusionnement, conformément à l'article 10 de la Loi, a été entreprise le 14 août 1998. Le 6 décembre 1998, après deux jours d'audience, le Tribunal a rejeté la demande d'ordonnance ayant pour objet d'empêcher la réalisation du fusionnement durant 21 jours qu'avait déposée le commissaire le 1er décembre 1998 en vertu de l'article 100 de la Loi. En outre, le 11 décembre 1998, suivant le consentement des parties, le Tribunal a rendu une ordonnance provisoire enjoignant Supérieur et ICG de maintenir séparés leurs éléments d'actif, sauf dans les emplacements distincts situés sur des marchés où Supérieur n'exerce pas d'activités.

[3] Supérieur est une société constituée en vertu des lois du Canada dont les activités sont surtout concentrées dans la vente au détail et en gros de propane et dans la vente d'appareils et de matériel au propane ainsi que dans la fourniture de services connexes dans les 10 provinces et les territoires. La totalité des actions en circulation de Supérieur sont détenues par le Superior Income Trust Fund (le « fonds »), fonds à responsabilité limitée établi pour administrer les dettes et les actifs de Supérieur. Le fonds a mis en circulation des parts de fiducie cotées à la Bourse de Toronto.

[4] ICG est une société constituée en vertu des lois du Canada dont les activités sont la vente et la distribution du propane et la fourniture de services connexes à des clients dans toutes les provinces et dans les territoires du Canada, sauf à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve et, dans une moindre mesure, en Nouvelle-Écosse. ICG exerce ses activités par l'intermédiaire de son propre réseau d'établissements de distribution et par des vendeurs indépendants dans les endroits desservis par cette société. En 1990, Petro-Canada a acquis ICG de manière indirecte et a réuni ses propres activités de vente au détail de propane à celles de ICG.

[5] De l'avis du commissaire, le fusionnement aura pour conséquence l'établissement d'un distributeur de propane ayant une position dominante, non seulement sur le marché national, mais aussi sur plusieurs marchés locaux. Supérieur et ICG se font concurrence sur les mêmes marchés géographiques et de produit dans le cadre de leurs activités de distribution et de vente en gros de propane à des agents et vendeurs.

[6] La procédure interlocutoire dans cette affaire a été longue et a suscité des débats vigoureux. Le 11 décembre 1998, par suite d'une demande du commissaire, le Tribunal a rendu une ordonnance provisoire portant que ICG doit demeurer une entreprise distincte et viable jusqu'à ce qu'il se prononce sur la demande. Le Tribunal a également rendu diverses ordonnances portant sur la confidentialité des documents et sur l'étendue de la communication.

[7] Un membre du Tribunal, Lorne Bolton, ayant été incapable d'assister à l'audience en raison de la maladie, une ordonnance visant la reconstitution du Tribunal a été rendue le 13 décembre 1999. Cette ordonnance a donc mis fin à l'audience devant le Tribunal constitué de M. Bolton, de M. Schwartz et de M. le juge Nadon, et donné lieu à la formation d'un nouveau Tribunal composé de Mme Christine Lloyd, de M. Schwartz et de M. le juge Nadon, conformément à l'article 10 et au paragraphe 12(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. La preuve au dossier de l'instance précédente, incluant toutes les ordonnances et décisions rendues par le Tribunal, a été versée au dossier de la nouvelle instance, conformément à l'article 70 des *Règles du Tribunal de la concurrence*.

[8] L'audience de cette affaire a duré 48 jours, au cours desquels ont été entendus 91 témoins dont 17 témoins experts et de très nombreuses pièces ont été déposées.

II. INDUSTRIE DU PROPANE

[9] Le propane est un produit chimique dérivé de l'extraction du gaz naturel et du raffinage du pétrole brut. Au Canada, 85 p. 100 du propane provient du gaz naturel et est donc produit dans le bassin sédimentaire de l'Ouest canadien. Le propane tiré du pétrole brut est produit dans les raffineries qui sont généralement plus rapprochées des centres urbains où le produit est consommé (p. ex. Edmonton, sud de l'Ontario, Montréal, ville de Québec).

[10] Le propane est récupéré lors de l'extraction du gaz naturel et transporté en combinaison avec d'autres liquides de gaz naturel jusqu'aux établissements où il est fractionné en « propane pur ». Au Canada, les liquides de gaz naturel brut sont transportés par pipelines des régions productrices de l'Alberta et du nord-est de la Colombie-Britannique vers des « centres » à Edmonton et(ou) Fort Saskatchewan et à Sarnia (Ontario), où a lieu le fractionnement. Le propane pur est également dérivé par fractionnement à des usines de chevauchement établies près de pipelines et de champs de gaz en Alberta, et il est commercialisé dans l'Ouest canadien.

[11] Environ 63 p. 100 de la production de propane au Canada est exportée vers les États-Unis (affidavit du témoin expert G. Mathieson (18 août 1999) : pièce A-2073 à la page 15). D'après les données de Statistique Canada, elles-mêmes contestées, la consommation intérieure totale d'environ 77 millions de barils par jour (« mb/j ») enregistrée en 1998 est répartie ainsi : dans les segments résidentiel, commercial et agricole où le propane a été utilisé pour chauffer des locaux et de l'eau, pour cuisiner, pour faire fonctionner des appareils, pour sécher des cultures (32 mb/j) et dans le segment industriel, par exemple pour les chariots élévateurs et le chauffage (17 mb/j), qui constituent ensemble le « segment classique »; dans le segment du transport, surtout sous forme de carburant pour les véhicules automobiles (18 mb/j); dans le secteur pétrochimique où le propane sert de charge d'alimentation (10 mb/j). Dans l'industrie, la consommation de propane « au détail » s'entend de la consommation totale moins la quantité consommée sous forme de charge d'alimentation des usines pétrochimiques et la quantité consommée par les producteurs.

[12] Bien qu'il semble y avoir des écarts dans les données sur la consommation provenant de diverses sources, la consommation de propane dans les véhicules automobiles semble avoir plafonné à 23 mb/j en 1994, en conséquence de l'aide publique à la conversion des parcs de véhicules, puis diminué graduellement en raison de la conclusion des programmes d'aide financière et d'autres facteurs, tels que la plus grande efficacité des moteurs à essence.

[13] La consommation de propane pour le chauffage, qui affiche une variation saisonnière, est tombée brusquement de 39 mb/j en 1997 à 32 mb/j en 1998, en raison du temps plus doux. La consommation dans le segment industriel et comme charge d'alimentation dans l'industrie pétrochimique semble s'être

stabilisée. Au Canada, la consommation de propane est caractérisée par une demande stable ou une croissance modérée tout au plus.

[14] Il y a un certain désaccord sur le nombre de distributeurs de propane au Canada. Dans le prospectus provisoire modifié de ICG, il est dit qu'il existe environ 75 distributeurs de propane, dont Supérieur, tandis que Supérieur affirme que le nombre total de distributeurs indépendants de propane est de 189. Ces distributeurs de propane s'approvisionnent à la rampe de chargement des raffineries et auprès d'installations de stockage appartenant aux grands producteurs de propane, à des prix qui sont fondés sur les prix affichés aux centres d'Edmonton ou de Sarnia et qui varient en fonction de la distance entre ces centres et le point d'approvisionnement. Les gros distributeurs s'approvisionnent d'ordinaire dans le cadre de contrats dans lesquels sont définis les volumes et les prix ou la formule d'établissement du prix au litre. Ces acheteurs peuvent exploiter ou louer des installations de stockage situées près des lieux où ils s'approvisionnent, ce qui leur permet de conclure des « accords de maintien à sec » dans lesquels les producteurs leur fixent des prix plus avantageux. Dans un tel accord, l'acheteur doit s'approvisionner de manière suffisamment régulière pour que le producteur n'ait pas à maintenir des installations de stockage et, par conséquent, puisse consentir un prix plus faible à l'acheteur capable de respecter ses engagements.

[15] Ces acheteurs transportent le propane, par route ou par chemin de fer, jusqu'à leurs installations de stockage (première étape de la distribution). La deuxième étape est celle de la distribution aux clients depuis les installations locales de stockage, qui est habituellement effectuée par camions.

[16] Les distributeurs de propane plus petits s'approvisionnent sur les marchés au comptant, auprès des producteurs ou des gros distributeurs. Parfois, un petit distributeur joue le rôle d'agent d'un gros distributeur dans un secteur local où ce dernier n'est pas en mesure de faire la livraison. Dans ces circonstances, le contrat de vente appartient au gros distributeur qui détermine les prix. Un autre mode est celui de la « vente en vrac » où une entreprise locale achète le propane d'un gros distributeur dans le cadre d'un contrat qui définit un secteur ou territoire de vente dans lequel le vendeur local n'aura pas à soutenir la concurrence du gros fournisseur ou d'un des vendeurs en vrac de ce dernier.

[17] Les distributeurs de propane exercent généralement leurs activités à l'échelle locale ou régionale. À l'heure actuelle, Supérieur et ICG sont les deux seules entreprises qui approvisionnent des utilisateurs finals à l'échelle du Canada, de manière directe ou par l'intermédiaire d'agents ou de vendeurs. Les parties au fusionnement ont la capacité de répondre à la demande de propane de clients établis dans de multiples emplacements au pays.

[18] Les relations avec les clients sont fréquemment régies par des contrats. Presque tous les distributeurs s'engagent à livrer régulièrement du propane aux établissements de leurs clients, au prix en vigueur établi de temps à autre par le distributeur pour une période déterminée pouvant atteindre une durée de cinq années. Le client est libre de mettre fin au contrat s'il donne un avis préalable suffisant, mais, comme le contrat prévoit souvent des clauses de « garantie de prix égal ou inférieur » et(ou) de « droit de premier refus », il est possible pour le fournisseur de conserver ses relations d'affaires avec le client.

[19] En plus de livrer le propane, en particulier à des clients résidentiels, le distributeur fournit habituellement des services aux clients tels que la location de réservoirs et l'installation et l'entretien du matériel fonctionnant au propane. Il semble que la plupart des distributeurs ne remplissent pas les réservoirs de clients résidentiels, lorsque ces réservoirs n'appartiennent pas aux distributeurs.

[20] La livraison du propane est une activité réglementée dans tous les territoires géographiques. Les réservoirs de stockage de propane et les réservoirs des clients doivent être conformes à diverses normes de sécurité et les personnes qui s'occupent de la manutention du propane doivent détenir une licence.

[21] Le propane pur est un produit aux caractéristiques bien définies, mais les entreprises qui vendent le propane diffèrent généralement du point de vue de leur réputation, du nombre d'années qu'elles sont en affaire, des conditions qu'elles offrent à leurs clients, de leur capacité de répondre aux besoins des clients établis dans des emplacements multiples, et à d'autres égards. En outre, certains distributeurs se concentrent dans certains segments du marché, tandis que d'autres desservent des clients dans tous les segments. Par conséquent, le « produit » offert par un distributeur de propane est souvent différent de ceux de ses concurrents.

III. DÉFINITION DU MARCHÉ

A. MARCHÉ DU PRODUIT

[22] En ce qui concerne la définition du marché du point de vue du produit, le commissaire soutient, dans son argumentation finale, que le marché pertinent correspond à la fourniture et à la livraison de propane et de matériel fonctionnant au propane et à la fourniture de services connexes à des clients des secteurs de la vente au détail et en gros. Le commissaire soutient également que le marché pertinent du produit peut encore être décomposé en fonction des diverses utilisations finales et des différentes catégories de clients : les segments résidentiel, agricole, commercial et industriel (qui constituent ensemble le segment « classique »), le segment de l'automobile, les clients nationaux et ceux qui représentent des comptes importants. Comme il semble y avoir une grande complémentarité entre le propane et le matériel et les services qui s'y rattachent, il y a lieu de définir un marché de produit unique au lieu de tenir compte des trois éléments distincts mentionnés.

[23] Le commissaire soutient, en effet, que la vente au détail de propane constitue, en elle-même, un marché où peut s'exercer une puissance commerciale. Ce marché sera dorénavant appelé le « marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence ». Les défenderesses affirment qu'il ne s'agit pas du marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence parce qu'il existe d'autres combustibles que les consommateurs peuvent facilement utiliser et qu'ils utilisent effectivement. Elles sont d'avis que la vente au détail de propane s'inscrit dans un large marché de l'énergie et que, partant, toute tentative d'exercer une puissance commerciale dans la vente au détail du propane serait vouée à l'échec.

1) Position du commissaire

[24] Les témoins experts du commissaire, Richard Schwindt et Steven Globerman, ont présenté un rapport d'évaluation des effets sur la concurrence du fusionnement proposé des entreprises Supérieur et ICG. En ce qui concerne la définition du marché du produit, l'opinion de ces experts est que la vente au détail du propane est le marché pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence (affidavit des témoins experts R. Schwindt et S. Globerman (16 août 1999) : pièce A-2056). Ils concluent que la substitution d'autres combustibles au propane est difficile. Par exemple, au sujet des utilisations pour le chauffage résidentiel, les professeurs Schwindt et Globerman affirment, à la page 10 de leur rapport, que, même si la plupart des appareils fonctionnant au propane peuvent être facilement convertis au gaz naturel, [traduction] « la conversion peut représenter des coûts très élevés pour les ménages lorsque les conduites extérieures qui alimentent la chaudière sont d'une dimension adaptée pour le propane et non pas pour le gaz naturel ». Quant à l'électricité, ils affirment à la page 11 de leur rapport que, [traduction] « à l'heure actuelle et pour l'avenir prévisible, l'électricité est à ce point plus coûteuse que le propane, dans plusieurs régions du pays, qu'elle ne représente vraisemblablement pas un substitut ».

[25] En outre, les professeurs Schwindt et Globerman signalent que le mazout pourrait être substitué au propane, mais que ce dernier est le meilleur des deux, du point de vue de la propreté, de ses effets sur l'environnement et de l'odeur. Il n'existe pas de grande différence entre les deux combustibles sur le plan de la commodité, des exigences en matière de stockage et des coûts en capital. Cependant, les coûts

estimés que représenterait la conversion du propane au mazout d'un système de chauffage résidentiel à air pulsé, dans la région du Lower Mainland de la Colombie-Britannique, varieraient entre 4 500 $ et 5 300 $. Aux pages 12 et A-2 de leur rapport, les experts concluent qu'il faudrait une très forte hausse du prix, variant entre 50 et 60 p. 100, pour justifier le remplacement du propane par le mazout. À la page A-3, ils font état d'une analyse semblable du remplacement du propane par le mazout pour le chauffage commercial et par l'électricité dans les chariots élévateurs, et ils en viennent à la même conclusion.

[26] En ce qui concerne le propane pour véhicules automobiles, les professeurs Schwindt et Globerman notent, à la page 19 de leur rapport, que le caractère substitutif des autres combustibles, en particulier de l'essence, est déterminé par le fait qu'il s'agit de véhicules bi-carburant ou de véhicules fonctionnant au propane seulement. Ils infèrent d'un document de la Compagnie pétrolière impériale Limitée (« CPIL ») que 95 p. 100 des conversions au propane effectuées en Colombie-Britannique au début des années 90 se rapportaient à des véhicules commerciaux et que la plupart d'entre elles visaient des véhicules fonctionnant au propane seulement plutôt que des véhicules bi-carburant, ce qui laisse entendre que le caractère substitutif est faible.

[27] Le commissaire fait valoir en outre que les coûts de substitution sont élevés et « qu'ils ont un effet de contrainte sur les clients », ce qui se traduit par une faible élasticité croisée de la demande.

[28] Le commissaire prétend que la période de récupération suivant la conversion du matériel et des appareils, du propane à d'autres combustibles, peut être très longue. Il signale, par exemple, que la durée de vie du matériel et des appareils fonctionnant au mazout dans un segment classique comme celui du chauffage résidentiel varie, en moyenne, entre 15 et 25 ans. Ainsi, un client appelé à payer plus cher pour le propane aurait à tenir compte de cet aspect avant d'envisager la conversion de ce matériel.

[29] À cet égard, le commissaire cite une étude effectuée pour ICG par M. Paas Consulting Ltd. en août 1999, qui traite des emplacements et des marchés où d'autres combustibles peuvent constituer une source de concurrence pour ICG ou lui offrir des possibilités (pièce A-2099). L'étude mesure la période de récupération pour les clients qui changent de combustible (c.-à-d. le temps nécessaire pour que les économies réalisées dans l'achat de combustible de remplacement correspondent aux dépenses initiales de substitution), dans le cadre de deux scénarios : a) lorsque la durée de vie utile de l'appareil en place n'est pas écoulée, et b) lorsque le moment est venu de remplacer l'appareil. L'étude révèle que la conversion du propane à l'électricité ou au mazout, pour la plupart des sept utilisations finales analysées, suppose une période de récupération longue et souvent indéfinie, si bien qu'elle ne présente pas une solution raisonnable sur le plan économique à court ou moyen terme, lorsque sont considérés tous les coûts de conversion et non pas seulement celui du combustible.

[30] Le commissaire a également appelé un certain nombre de témoins ordinaires qui ont attesté que la nécessité de résilier les contrats d'approvisionnement et de matériel qui sont en vigueur rend difficile et inconvenante la substitution d'autres combustibles au propane. L'inconvénient découle notamment de la difficulté de coordonner le démontage du matériel en place et son remplacement rapide par celui du nouveau fournisseur (p. ex. pour éviter la fermeture de l'usine ou la perte de chauffage résidentiel), du coût d'élimination du matériel loué et de la lenteur à obtenir un remboursement pour le propane qui reste dans le réservoir. Les documents d'émission de valeurs mobilières déposés par Supérieur (pièces A-10 à la page 03890 et A-202 à la page 03899) font état de ces obstacles à la substitution pour les clients.

[31] En ce qui concerne les coûts de conversion, le commissaire a cité un témoin ordinaire, Marilyn Simons, de Renfrew, en Ontario, qui utilise le propane pour chauffer sa maison et qui a évalué les coûts de conversion de sa chaudière du propane au mazout, de remplacement de sa cuisinière au propane par une cuisinière électrique et de remplacement du foyer au propane par un foyer à bois. Les coûts totaux atteignaient environ 12 300 $. Certains témoins ont affirmé que les coûts de conversion les empêcheraient

de passer à des combustibles de substitution et d'autres ont témoigné qu'ils n'effectueraient pas de conversion à moins d'une très forte hausse du prix du propane.

[32] Le commissaire soutient que les autres combustibles ne sont pas de proches substituts du propane. En particulier, il admet que les consommateurs de propane lui substituent le gaz naturel lorsque cette possibilité de substitution existe et que, par conséquent, le gaz naturel déplace le propane au lieu de lui faire concurrence.

[33] Le commissaire présente aussi le témoignage des experts David Ryan et André Plourde dont le rapport fournit des [TRADUCTION] « données empiriques sur le rôle, l'importance et le caractère substitutif du propane comme source d'énergie au Canada » (affidavit des témoins experts D. Ryan et A. Plourde (16 août 1999) : pièce A-2076 au paragraphe 1a)). Ils ont étudié la consommation de propane, d'électricité, de gaz naturel, de produits pétroliers raffinés et de bois dans trois segments (résidentiel, industriel et commercial), dans chaque province et région, suivant les données accessibles. Ensuite, à l'aide de données de Statistique Canada et d'autres organismes publics pour la période de 1982 à 1996, dernière année pour laquelle il existe des séries de données pertinentes complètes, ils ont estimé l'élasticité-prix croisée et l'élasticité-prix de la demande de propane, à court terme et à long terme, pour les années 1990 et 1996.

[34] Au paragraphe 6.3.4a) de leur rapport, les professeurs Ryan et Plourde concluent que, dans environ 35 p. 100 des cas étudiés, l'élasticité-prix de la demande de propane est négative et importante, tandis qu'elle est positive et importante dans moins de quatre pour cent des cas. L'élasticité-prix de la demande d'un produit exprime la variation en pourcentage de la quantité consommée de ce produit qui résulte d'une augmentation d'un pour cent de son prix. Dans tous les autres cas étudiés, aucun rapport déterminant ne peut être décelé entre la quantité de propane demandée et son prix. Ils concluent que, de façon générale, une variation du prix du propane mène à une baisse moins que proportionnelle de la consommation de propane, c'est-à-dire que la demande de propane est inélastique.

[35] En ce qui concerne l'élasticité-prix croisée, la variation du prix du propane donne lieu à des observations statistiquement significatives dans environ 45 p. 100 des cas et le nombre de cas de substitution est environ deux fois celui de l'utilisation complémentaire du propane et d'un autre combustible. Cependant, sauf pour les produits pétroliers dans le segment résidentiel en Saskatchewan et dans le segment industriel au Québec en 1996, toutes les élasticités-prix croisées observées sont inférieures à un en valeur absolue. En effet, dans deux cas seulement les élasticités-prix croisées sont-elles supérieures à 0,6 en valeur absolue. Les experts concluent que la variation du prix du propane occasionne une fluctuation proportionnellement plus faible de la consommation d'autres combustibles et que, par conséquent, le propane et les autres formes d'énergie constituent des marchés distincts dans les provinces ou régions du Canada.

[36] Bien qu'il plaide en faveur d'un marché de produit « unique », le commissaire donne à penser, par le témoignage d'experts soumis, que certaines utilisations finales peuvent constituer des marchés pertinents en soi. Il y a lieu de croire, par exemple, que si une puissance commerciale peut être exercée dans le segment résidentiel, mais non pas dans d'autres segments d'utilisation finale, ce segment pourrait constituer à proprement parler un marché pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence et qu'il serait possible de calculer la consommation totale et les parts de marché dans ce segment.

[37] À la page 1 de leur rapport (pièce A-2056), les professeurs Schwindt et Globerman concluent que [traduction] « la distribution au détail du propane constitue effectivement un marché de produit pertinent », en dépit du fait qu'ils constatent une segmentation des fournisseurs et des clients, et ils font valoir que ces segments sont suffisamment distincts pour constituer des marchés de produit distincts. À la page 23 de leur rapport, ils concluent ceci :

> [TRADUCTION]
> ... Cependant, compte tenu de la quantité limitée de données accessibles sur la structure du marché géographique, des utilisations et, dans certains cas, des clients, il serait impossible de déterminer de manière distincte les effets du fusionnement sur les conditions de la concurrence sur des marchés de produit définis de manière plus étroite et plus rigoureuse. En outre, l'analyse qui suit *n'aboutirait pas à des résultats fondamentalement différents si le marché de produit était défini de manière plus précise.* (non mis en évidence dans l'original)

[38] Enfin, le commissaire soutient que les « comptes nationaux » représentent une catégorie distincte d'activité dans laquelle l'entité fusionnée sera en mesure d'exercer une puissance commerciale. Selon le commissaire, une part appréciable de la clientèle de chacune des entreprises qui fusionnent est composée des comptes nationaux et des comptes importants qui exploitent de nombreux établissements dans une ou plusieurs régions du Canada.

2) Position des défenderesses

[39] La position des défenderesses sur la question du marché pertinent du produit est qu'il y a concurrence entre le propane et les autres combustibles sur le marché des sources d'énergie et que différents combustibles peuvent être substitués au propane pour chaque utilisation finale. Elles affirment que l'interchangeabilité du propane et des autres combustibles ainsi que la preuve d'une concurrence interindustrielle et les vues des entreprises appartenant à l'industrie portent sérieusement à croire que le propane et les autres combustibles sont en concurrence sur le même marché.

[40] En ce qui concerne la substitution de produits par les clients, les défenderesses renvoient au témoignage de William Katz, un des directeurs principaux de AmeriGas Propane Inc. (« AmeriGas »), qui a témoigné que les clients choisissent le propane lorsqu'il peut être montré que la substitution leur offre des avantages économiques et ce, non pas seulement à la fin de la durée de vie utile du matériel (transcription, vol. 15 aux pages 2602-604 (19 octobre 1999)). M. Katz a signalé également que AmeriGas avait réussi à convaincre des clients de passer au propane bien avant la fin de la durée de vie utile du matériel qu'ils avaient en place.

[41] En outre, les défenderesses affirment que, chaque année, un nombre important de consommateurs de propane et d'autres combustibles remplacent leur matériel existant ou font un premier choix de combustible et choisissent par conséquent parmi « tous » les combustibles possibles. Les défenderesses signalent que les clients qui effectuent un choix pour la première fois ou qui remplacent leur matériel existant n'ont pas à supporter le coût supplémentaire de la substitution et que, par conséquent, les clients paient le même prix, que la durée de vie utile de leur matériel soit à moitié ou entièrement écoulée.

[42] Les défenderesses soutiennent que les vues de l'industrie du propane confirment le caractère substitutif des autres combustibles. Elles citent, par exemple, le témoignage de Steven Sparling, de Sparling's Propane Company Limited (« Sparling ») qui a affirmé que tout fournisseur d'une source d'énergie est considéré comme un concurrent de son entreprise, qu'il s'agisse de distributeurs d'électricité, de gaz naturel, de mazout ou de propane.

[43] Les défenderesses font aussi valoir que le Tribunal, lorsqu'il a rejeté la demande d'injonction du commissaire dans cette affaire (voir *Directeur des enquêtes et recherches c. Supérieur Propane Inc.* (6 décembre 1998), CT1998002/005, Motifs de l'Ordonnance concernant la demande d'ordonnance provisoire en vertu de l'article 100 de la Loi sur la concurrence aux pages 18, 19, [1998] D.T.C.C. no 20 (QL) (version anglaise publiée dans (1998), 85 C.P.R. (3e) 194 aux pages 207, 208), a reconnu les

déclarations faites par Supérieur et ICG au sujet de la concurrence entre le propane et les autres combustibles, dans les documents d'émission de valeurs mobilières déposés. Dans cette décision, le juge Rothstein a convenu que ces entreprises livrent concurrence sur un vaste marché de l'énergie, en affirmant que les déclarations faites dans le prospectus et le rapport annuel et dans le prospectus préliminaire de ICG « revêtent [...] une certaine importance » et qu'il y a lieu pour lui de « leur accorder une valeur probante ».

[44] Les défenderesses affirment également que la substitution de fournisseurs est possible et que la définition du marché pertinent doit tenir compte des entreprises qui peuvent facilement modifier leurs installations pour vendre du propane. Elles soutiennent qu'il faut inclure les entreprises en amont et les fournisseurs de gaz industriel ainsi que d'autres distributeurs de combustibles de substitution.

[45] Enfin, les défenderesses prétendent que, dans l'analyse effectuée par les témoins experts du commissaire, les professeurs Ryan et Plourde reconnaissent explicitement le caractère substitutif des autres combustibles et du propane pour diverses utilisations à différents endroits à divers moments.

3) Analyse

[46] Il n'y a manifestement aucun point commun entre les positions des parties devant le Tribunal, sur la question de la définition appropriée du marché de produit. Par conséquent, le Tribunal doit rendre sa décision en se fondant sur la preuve ayant la plus grande valeur probante.

[47] La définition du marché pertinent du produit a pour objet de dégager la possibilité d'exercice d'une puissance commerciale. Cet objet a été clairement énoncé dans deux décisions précédentes rendues par le Tribunal en matière de fusionnement. Dans l'affaire Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc. (2 juin 1992), CT1990001/229, Motifs et ordonnance aux pages 33, 34, 36, [1992] D.T.C.C. no 7 (QL) (version anglaise publiée dans (1992), 43 C.P.R. (3e) 161 aux pages 177, 178), le Tribunal a rappelé :

> Les questions générales entourant la définition du marché dans le cas d'un fusionnement ont été exposées dans la décision de Hillsdown Holdings (Canada) Limited. Pour les fins de l'analyse d'un fusionnement, le marché pertinent est celui sur lequel les firmes fusionnées, seules ou avec d'autres, peuvent exercer une puissance commerciale. La puissance commerciale s'entend de la capacité d'une firme, ou d'un groupe de firmes, de maintenir des prix plus élevés que le niveau concurrentiel. On peut aussi exercer une puissance commerciale en offrant, par exemple, une mauvaise qualité de services ou de produits, ou un choix limité. Dans son contexte général, le « prix » est donc la balise des actions d'une firme vues sous tous ses angles et pouvant intéresser les acheteurs...
>
> La description du marché pertinent *est un moyen d'identifier les forces importantes du marché* qui restreignent ou qui restreindront vraisemblablement la firme fusionnée...
>
> ... L'essentiel est de faire en sorte que tous les facteurs permettant d'établir si le fusionnement a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence à un certain degré ont été pris en compte. (non mis en évidence dans l'original)

[48] Bien que la définition du marché doive être aussi précise que possible, dans les limites raisonnables, de manière à fournir un cadre pour l'analyse des effets éventuels d'une opération sur la

concurrence, le Tribunal ne doit pas être préoccupé par cette définition au point de perdre de vue l'objet de l'examen en vertu de la Loi, lequel est de déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 à la page 788, il est affirmé :

> ... De façon plus générale, je remarque que le Tribunal semble avoir été préoccupé par la définition du marché pertinent. Il est possible que ses membres aient, à l'occasion, perdu de vue la question ultime, c'est-à-dire celle de savoir si l'acquisition des journaux communautaires par Southam diminuait sensiblement la concurrence.

[49] De l'avis du Tribunal, les témoignages de faits et d'experts sur le caractère substitutif sont très importants. Le Tribunal fait une distinction entre la « substitution » au sens courant du terme et le caractère substitutif au sens économique; ce dernier critère est celui qui importe dans la délimitation d'un marché pertinent de produit. Il se peut, comme le prétendent les défenderesses, qu'à la fin de la durée de vie utile des appareils de chauffage ou du matériel consommant de l'énergie, les consommateurs substituent le propane à d'autres combustibles en se fondant, en partie du moins, sur l'écart entre les prix des combustibles. Cependant, ce comportement équivaut à un nouveau choix; à la fin de la durée de vie utile du matériel, ces consommateurs sont dans la même position qu'au moment où ils ont choisi un combustible la première fois. Ce comportement n'est pas une preuve du caractère substitutif, lequel est révélé quand les modes de consommation changent en réaction à une variation du prix, lorsque tous les autres facteurs déterminants de la variation, dont l'âge du matériel, demeurent les mêmes.

[50] M. Katz affirme que AmeriGas a réussi à convaincre des clients de substituer le propane à d'autres combustibles avant la fin de la durée de vie utile de leur équipement. Toutefois, il ne quantifie pas la réussite de AmeriGas à cet égard et, partant, il est difficile pour le Tribunal d'évaluer l'importance de cette réussite.

[51] Dans son témoignage, M. Sparling affirme que Sparling cherche à attirer de nouveaux consommateurs de propane dans les projets de construction résidentielle. Si l'entreprise Sparling connaît du succès, ce dernier témoignera du fait que le choix de combustible de ces clients est la conséquence de la décision de déménager. La décision de déménager peut entraîner le choix d'un nouveau combustible, mais elle n'est pas la preuve que le prix du propane a motivé le déménagement et, partant, elle n'est pas une preuve de substitution.

[52] Dans le formulaire 10-K déposé aux États-Unis auprès des autorités responsables des valeurs mobilières, AmeriGas énonce des commentaires semblables au sujet de la concurrence exercée par les autres combustibles. Cependant, en l'absence d'éléments de preuve indiquant un degré important de substitution par les clients pendant la durée de vie utile du matériel en place, le Tribunal estime que les éléments de preuve présentés par AmeriGas ne témoignent pas du caractère substitutif des autres combustibles aux fins de l'analyse de la concurrence sur le marché.

[53] Quant aux vues des entreprises appartenant à l'industrie, Sparling peut avoir raison de croire, en un certain sens, à long terme, que le propane est en concurrence avec tous les autres combustibles. Cependant, il n'y a aucune preuve que le comportement de Sparling soit déterminé par la concurrence entre les différents combustibles. Selon M. Sparling, l'entreprise s'intéresse surtout à [TRADUCTION] « la cohérence des prix » d'un client à un autre, plutôt qu'au prix du propane par rapport à celui d'autres combustibles (transcription, vol. 12 à la page 1731 (14 octobre 1999)). En outre, parmi les clients de Sparling, le gaz naturel est le seul des autres combustibles à avoir été substitué au propane (*ibid*. à la page 1733).

[54] Par conséquent, le Tribunal n’estime pas que les vues des entreprises appartenant à l’industrie confirment le caractère substitutif des autres combustibles dans l’esprit des consommateurs. Certes, les témoins envisagent pour la plupart d’utiliser un autre combustible à la fin de la durée de vie utile de leur matériel plutôt qu’avant, c’est-à-dire au cours d’une période plus courte durant laquelle une puissance commerciale peut être exercée et qui est pertinente pour l’examen des effets d’un fusionnement.

[55] Quant aux conclusions tirées par le juge Rothstein lorsqu’il a refusé l’injonction demandée par le commissaire, il suffit de préciser qu’il n’avait pas à sa disposition les très nombreux éléments de preuve et les opinions d’experts déposés au cours de l’audition de 48 jours de la demande présentée en vertu de l’article 92.

[56] Le Tribunal signale que la délimitation du marché n’est pas exigée par la Loi. Toutefois, le Tribunal admet que la délimitation du marché aux fins de l’analyse des effets sur la concurrence est un moyen de dégager les effets vraisemblables d’un fusionnement sur la concurrence et que, là où cette façon de procéder est valable, le marché doit être adapté à l’objet et aux objectifs des dispositions de la Loi relatives aux fusionnements, qui portent sur la création ou l’accroissement d’une puissance commerciale. Sous ce rapport, le Tribunal fait remarquer que la vente au détail du propane peut être incorporée dans de nombreux marchés aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. Par exemple, il est possible qu’une puissance commerciale soit exercée sur un marché de produit comprenant la vente au détail de propane, de mazout, de gaz naturel et d’électricité, ou toute sous-catégorie de cette activité. La part qu’occupe la vente au détail de propane croît à mesure que des produits sont exclus de la définition du marché. Toutefois, il n’est pas évident qu’un marché ainsi défini soit le marché pertinent aux fins de l’analyse des effets sur la concurrence.

[57] Le Tribunal croit qu’il importe d’établir des principes de base à cet égard pour éviter la définition arbitraire des marchés. Pour déterminer quel groupe de produits est pertinent aux fins de l’examen du fusionnement en vertu de la Loi, le Tribunal estime qu’il convient de suivre la démarche adoptée dans *Fusionnements, Lignes directrices pour l’application de la Loi* (« Lignes directrices ») (Consommation et Corporations Canada, directeur des enquêtes et recherches, *Fusionnements, Lignes directrices pour l’application de la Loi,* bulletin d’information no 5 (Approvisionnements et Services Canada, mars 1991)), qui vise à définir le plus petit marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence, du point de vue du nombre de produits inclus, sur lequel une puissance commerciale peut être exercée. Par conséquent, si une puissance commerciale peut être exercée sur un marché qui correspond uniquement à la vente au détail du propane, ce marché est le marché pertinent aux fins de l’analyse des effets du fusionnement sur la concurrence.

[58] Dans cette affaire, le Tribunal accepte les éléments de preuve statistiques soumis par les professeurs Ryan et Plourde. Ces éléments de preuve sur l’élasticité croisée de la demande montrent clairement qu’une substitution n’a eu lieu que dans quelques régions du pays. En outre, là où il y a eu substitution, le degré de cette dernière a été faible.

[59] L’élasticité-prix croisée de la demande est un concept fréquemment utilisé dans la définition du marché. Il permet d’établir qu’un produit est un substitut si la quantité demandée de ce produit augmente lorsque s’accroît le prix d’un autre produit. Pour toute paire de produits, soit A et B, il y a deux élasticités (la variation en pourcentage de la consommation du produit A lorsque le prix du produit B augmente d'un pour cent, et la variation en pourcentage de la consommation du produit B lorsque le prix du produit A augmente d'un pour cent). En l’absence d’éléments de preuve directs, il n’y a aucune raison de croire que les deux élasticités-prix croisées de la demande seront égales ou même toutes les deux positives; bref, il n’existe pas d’élasticité-prix croisée de la demande qui soit unique. Par conséquent, les éléments de preuve concernant l’élasticité-prix croisée, qui indiquent que B est un substitut de A, n’établissent pas que A et B peuvent être substitués l’un à l’autre et ne sont donc pas suffisants pour inclure les produits A et B

dans le même marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. Pour que l'élasticité-prix croisée de la demande soit utile à cette fin, il faudrait plus d'éléments de preuve indiquant que A est aussi un substitut de B.

[60] Le témoin expert des défenderesses, Dennis Carlton, convient dans son témoignage qu'il faut connaître les deux élasticités-prix croisées de la demande pour pouvoir inclure les deux produits dans le même marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. Le commissaire adopte implicitement cette démarche lorsqu'il affirme qu'en raison de son prix inférieur, le gaz naturel « déplace » le propane dans la région où le gaz naturel devient accessible. Cette affirmation révèle que, pour le commissaire, les utilisateurs de propane qui remplacent ce combustible par le gaz naturel ne reviennent pas au propane et, comme la substitution en sens inverse n'a pas lieu, le propane et le gaz naturel ne peuvent donc pas appartenir au même marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. Le Tribunal convient que, pour établir que le gaz naturel et le propane appartiennent au même marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence, il faut des éléments de preuve indiquant que les utilisateurs de propane passent au gaz naturel lorsque le prix du propane s'accroît et aussi que les utilisateurs de gaz naturel passent au propane lorsqu'augmente le prix du gaz naturel. En d'autres termes, il faut montrer le caractère substitutif réciproque. Faire valoir le déplacement c'est évoquer uniquement le caractère substitutif unidirectionnel du propane et du gaz naturel. Par conséquent, le Tribunal n'est pas convaincu que le gaz naturel et le propane constituent un marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence.

[61] Une limite encore plus importante à l'utilisation du concept de l'élasticité-prix croisée de la demande pour délimiter le marché est la pertinence indirecte de ce concept dans l'examen de l'exercice d'une puissance commerciale. Un marché pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence ne peut être défini simplement par l'établissement de paires de substituts particuliers. Plutôt, il importe de déterminer si, lorsqu'une entreprise hausse le prix, elle perd une part suffisamment grande de ses ventes au profit de tous les autres produits concurrents, quel que soit leur nombre ou leur nature, pour rendre la hausse de prix non rentable. Le cas échéant, il n'y aurait pas de marché pertinent et l'entreprise serait incapable d'exercer une puissance commerciale. L'estimation de l'élasticité-prix croisée peut permettre de dégager un substitut et elle peut aider à délimiter un marché, mais elle ne mesure pas directement la capacité d'une entreprise de hausser le prix.

[62] Comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'affaire Southam, à la page 760 de l'arrêt précité au paragraphe [48], les éléments de preuve concernant l'élasticité de la demande, lorsqu'ils sont accessibles et fiables, peuvent être déterminants dans la définition du marché. Pour les raisons fournies, le Tribunal croit que l'élasticité-prix de la demande du produit lui-même est celle qu'il convient d'utiliser pour définir le marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence et qu'il faut donc la préférer à l'élasticité-prix croisée de la demande.

[63] Le Tribunal accorde une plus grande importance aux éléments de preuve fournis par les professeurs Ryan et Plourde au sujet de « l'élasticité-prix de la demande du produit lui-même », puisque ce concept a directement rapport à la question de la puissance commerciale et, partant, à la délimitation du marché. Les éléments de preuve montrent que la demande de propane est inélastique par rapport aux variations du prix du propane, c'est-à-dire que les consommateurs abaissent seulement quelque peu leur consommation de propane lorsque son prix augmente. Bien que les données n'aient pas permis aux professeurs Ryan et Plourde de mesurer la demande au détail de propane par marché local, leurs résultats n'ont pas été contestés à cet égard et le Tribunal est convaincu que la demande de propane est inélastique par rapport au prix durant les périodes visées aux fins de l'application de la Loi.

[64] Partant, comme dans la démarche adoptée dans les Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], dans l'hypothèse où la vente au détail du propane fait l'objet d'un monopole, le monopoleur, sachant que la courbe de demande est inélastique et suivant la théorie classique du monopole, hausserait le prix au

moins jusqu'au point où la demande devient élastique. Lorsque la courbe de demande de propane deviendrait élastique, le monopoleur hausserait davantage le prix uniquement s'il lui serait rentable d'agir de la sorte.

[65] En conséquence, si la demande au détail de propane était à ce point sensible au prix (c.-à-d. élastique) qu'un monopoleur hypothétique qui est l'unique vendeur actuel et futur n'imposerait pas une hausse relativement importante et non transitoire du prix, la vente au détail de propane ne pourrait pas être le marché pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence et il faudrait élargir ce marché pour y inclure un autre combustible. Cependant, si la courbe de demande était suffisamment insensible (c.-à-d. inélastique) à une hausse du prix, un monopoleur pourrait alors imposer une forte hausse de prix et le marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence ne serait alors pas élargi. Donc, il existe un niveau ou « seuil » critique sous le rapport de l'élasticité-prix de la demande du produit lui-même, qui est le prix préalable au fusionnement proposé en fonction duquel l'élasticité-prix de la demande du produit visé peut être mesurée et comparée, pour déterminer si le marché pertinent a bien été délimité. (Pour une analyse générale des élasticités et de la délimitation du marché, voir G. J. Werden, « Demand Elasticities in Antitrust Analysis » (1998) 66 Antitrust L.J. aux pages 363-414.)

[66] Pour réfuter l'assertion d'une hausse du prix par un monopoleur hypothétique, il faudrait fournir des éléments de preuve montrant que le prix préalable au fusionnement est déjà supérieur au coût marginal, ce que n'ont pas fait les défenderesses.

[67] D'autres indices, tels que l'interchangeabilité fonctionnelle, la concurrence interindustrielle ainsi que les vues des entreprises appartenant à l'industrie, fournissent une mesure indirecte du caractère substitutif et servent souvent à établir les produits inclus dans le marché pertinent, en particulier lorsqu'il n'y a pas d'éléments de preuve directe portant sur les élasticités de la demande. Toutefois, il faut garder à l'esprit que le marché pertinent correspond au plus petit groupe de produits par rapport auquel une puissance commerciale peut être exercée et que ces mesures indirectes ne permettent pas d'établir ce groupe de produits aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. La définition d'un marché du point de vue de la concurrence vise expressément à mesurer la puissance commerciale, et il peut n'y avoir qu'une faible concordance entre ce marché et ceux définis par les gens d'affaires pour qui le critère déterminant est la maximisation des bénéfices.

[68] Dans leur définition du marché de produit, les défenderesses s'appuient fortement sur l'interchangeabilité fonctionnelle du propane et d'autres combustibles (critère fonctionnel) et sur les éléments de preuve liés à la concurrence interindustrielle qu'ont fournis quelques témoins, mais elles ne tiennent pas compte des éléments de preuve concernant les élasticités que la Cour suprême considère comme déterminants lorsqu'ils sont accessibles, dans l'arrêt *Southam* précité au paragraphe [48]. Bien que l'interchangeabilité fonctionnelle puisse renseigner sur la possibilité de substitution entre deux ou plusieurs produits, elle ne fournit pas d'information sur la manière dont les consommateurs réagiront réellement ou vraisemblablement à l'exercice d'une puissance commerciale.

[69] Sous ce rapport, les éléments de preuve exposant un comportement réel (les élasticités) et les opinions des témoins experts tels que les professeurs Ryan, Plourde, Schwindt et Globerman sont, pour le Tribunal, plus révélateurs des produits composant le marché pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. Par conséquent, le Tribunal conclut que le marché pertinent est celui de la « vente au détail de propane » et qu'il exclut les autres combustibles.

4) Segmentation

[70] Pour qu'il soit possible de conclure qu'il existe des marchés distincts suivant l'utilisation finale, il faudrait des éléments de preuve montrant que les consommateurs de propane paient systématiquement des

prix différents selon l'utilisation finale, et que ces différences ne sont pas justifiées par les écarts de coûts. Toutefois, cette preuve n'a pas été faite. Les professeurs Schwindt et Globerman, qui ont étudié différentes catégories d'utilisation finale, laissent entendre que, comme une puissance commerciale pourrait être exercée dans chaque segment, une entreprise ayant le monopole dans tous les segments pourrait faire une discrimination par les prix. Cette possibilité est certainement vraisemblable, mais il faut avoir la certitude que l'élasticité-prix de la demande varie systématiquement pour toutes les utilisations finales pour qu'un monopoleur puisse exploiter les différences. Or, les professeurs Schwindt et Globerman n'ont pas présenté d'éléments de preuve montrant de telles différences. Les éléments de preuve fournis par les professeurs Ryan et Plourde sont plus évocateurs à cet égard; toutefois, ces témoins ne préconisent pas des marchés définis en fonction de l'utilisation finale.

[71] En effet, à la page 36 de leur rapport (pièce A-2056), les professeurs Schwindt et Globerman laissent entendre que les consommateurs de propane ont à payer différents prix à l'intérieur d'un même segment, ce qui pourrait indiquer une parfaite discrimination par les prix. Cependant, comme il est improbable que les élasticités-prix de la demande varient beaucoup d'un consommateur à l'autre dans un même segment d'utilisation finale et sur un même marché géographique, il se peut que ces témoins aient fait ressortir une dispersion des prix qui traduit une insuffisance d'information chez les consommateurs, plutôt qu'une discrimination parfaite par les prix, selon l'utilisation finale, exercée par le vendeur ayant une puissance commerciale.

[72] Enfin, à la page 2 de leur rapport, les professeurs Schwindt et Globerman estiment que la segmentation de l'offre appuie la thèse des marchés pertinents distincts suivant l'utilisation finale. Leur argumentation, fondée sur la différentiation des produits, est confuse. Les différences entre les fournisseurs ne sont pas révélatrices de différences dans l'élasticité-prix de la demande par segment d'utilisation finale. La preuve ne convainc pas le Tribunal qu'il existe des marchés distincts suivant l'utilisation finale.

5) Comptes nationaux

[73] Le commissaire soutient que les comptes nationaux représentent une catégorie distincte d'activité dans laquelle l'entité fusionnée sera en mesure d'exercer une puissance commerciale, et que le marché géographique pertinent pour l'analyse de la concurrence dans les comptes nationaux est le Canada.

[74] Les défenderesses prétendent que les témoins experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, sont d'avis que les comptes nationaux ne constituent pas un marché de produit distinct.

[75] Le Tribunal croit comprendre qu'un compte national est un client qui consomme du propane à plusieurs emplacements au pays, ou du moins sur un nombre de marchés géographiques très dispersés, si bien qu'il convient mieux à ce client de s'approvisionner en propane auprès d'un seul distributeur ayant des activités ou des installations à l'échelle nationale, plutôt qu'auprès de plusieurs distributeurs locaux. Les témoins signalent diverses raisons pour lesquelles les clients préfèrent l'approvisionnement auprès d'un distributeur national. John Fisher, de U-Haul Ontario, affirme que l'une des raisons est la capacité de négocier un prix unique, ou une formule d'établissement du prix, qui permet à l'entreprise U-Haul de vendre le propane au même prix aux 376 emplacements exploités à l'échelle nationale. Michael Stewart, de Canadian Tire, insiste sur le besoin d'uniformité dans la livraison, la formation et la sécurité aux 96 établissements de commerce et aux 40 installations pétrolières exploitées. Carole Bluteau, de CN Rail, signale les problèmes administratifs qu'occasionnerait le recours à de multiples vendeurs locaux, compte tenu de la faible part des achats totaux de combustible du CN que représente le propane.

[76] Claude Massé, de CP Rail, explique qu'il n'est pas pratique de faire affaire avec plusieurs fournisseurs, à cause des multiples intervenants, non seulement pour les opérations de facturation et de

règlement par chèques, mais aussi pour le règlement des problèmes. Il apprécie beaucoup le fait qu'un fournisseur national offre, outre la centralisation de la facturation, la capacité de faire affaire avec un seul intervenant pour régler les problèmes à tous les emplacements, au lieu d'avoir à entrer en rapport avec le responsable à chaque emplacement. Il convient qu'il pourrait même être possible de réaliser des économies sur le plan des coûts directs d'approvisionnement en propane par le recours à plusieurs fournisseurs offrant des prix inférieurs, parce que le personnel en place s'occuperait de l'administration de la facturation (actuellement 100 factures par mois). Toutefois, le prix du propane n'est pas la raison pour laquelle il préfère un fournisseur national :

> [TRADUCTION]
> ... Mais le prix n'est pas un facteur important – il n'est pas le facteur déterminant dans la décision de faire affaire avec un seul fournisseur. C'est plutôt le produit lui-même, et le service.
>
> Je n'aimerais pas être obligé de faire affaire avec une petite entreprise dont le personnel, qui pourrait ne pas avoir les compétences et la formation nécessaires, aurait pour tâche de remplir le réservoir de propane, lequel pourrait exploser plus tard. La sécurité de notre personnel est aussi un facteur important.
>
> Transcription, vol. 10 aux pages 1506, 1507 (8 octobre 1999).

[77] Il semble au Tribunal que les clients qui constituent des comptes nationaux recherchent l'efficience en matière de gestion et d'administration que leur procure le fait de faire affaire avec un fournisseur unique. Cette efficience se rapporte à un produit qui peut être appelé « services de coordination de comptes nationaux », dont le prix est difficile à dégager parce que le produit est étroitement lié au propane lui-même.

[78] Les services de coordination de comptes nationaux sont fournis uniquement par les distributeurs de propane ayant une capacité d'approvisionnement à l'échelle nationale, plus précisément Supérieur et ICG. Plusieurs témoins affirment que, dans les appels d'offres lancés pour trouver un fournisseur national, ces deux entreprises étaient les seules invitées à soumissionner. En outre, lorsqu'un client constituant un compte national éprouve des difficultés avec un fournisseur national, il s'adresse à l'autre fournisseur.

[79] Les éléments de preuve révèlent que les entreprises qui font affaire avec un fournisseur national agissent de la sorte pour diverses raisons qui ne sont généralement pas liées au prix du propane. Bien que le recours à des fournisseurs multiples puisse offrir la possibilité de réduire les coûts du propane, il ressort de ce qu'ont affirmé plusieurs témoins qu'ils n'ont même pas pris la peine d'examiner les prix et les économies possibles; l'un d'entre eux, M. Stewart, de Canadian Tire, a témoigné ainsi :

> [traduction]
> M. MILLER : La possibilité de faire affaire avec une personne et une entreprise à l'échelle du pays est-elle précieuse pour vous?
> M. STEWART : Tout à fait.
> M. MILLER : Comment?
> M. STEWART : Tout est centralisé auprès d'une personne. Je n'ai pas à chercher la personne responsable de chaque aspect. Je peux adresser toutes mes questions à une personne qui les transmets ensuite aux personnes appropriées.
> M. MILLER : Pouvez-vous estimer la valeur de cet avantage de quelque façon?
> M. STEWART : Je ne crois pas.

LE PRÉSIDENT : Je crois comprendre que vous n'avez jamais tenté de le faire. Faut-il conclure de votre réponse que vous n'avez jamais essayé d'estimer la valeur de cet avantage?

M. STEWART : Non, nous n'avons jamais tenté de le faire.

LE PRÉSIDENT : Est-ce parce que c'est sans importance?

M. STEWART : Au moment où cela se produit, c'est sans importance.

LE PRÉSIDENT : Bien.

M. MILLER : Si le prix augmente, quelle hausse êtes-vous disposé à accepter avant de chercher ailleurs?

M. STEWART : C'est difficile à dire à ce stade parce qu'il faudrait faire une étude approfondie pour déterminer les coûts et ce qu'il en coûterait de faire affaire avec d'autres fournisseurs.

M. MILLER : Avez-vous déjà étudié la question?

M. STEWART : Non.

M. MILLER : Merci, monsieur. Je n'ai pas d'autres questions.

Transcription, vol. 11 aux pages 1572, 1573 (13 octobre 1999).

[80] Les éléments de preuve indiquent que certains grands consommateurs de propane qui exploitent des établissements dans de multiples emplacements se procurent du propane auprès de multiples fournisseurs locaux, au lieu de s'approvisionner auprès d'un fournisseur national. Ces consommateurs ont décidé d'assurer eux-mêmes les services de coordination. Le Tribunal croit qu'il ne serait pas inhabituel pour des entreprises de répondre à leurs besoins en propane de diverses manières. La coordination interne peut bien être un moyen efficient pour certaines entreprises et non pas pour d'autres. Toutefois, la question n'est pas de savoir si la coordination interne est possible en cas d'une hausse faible mais néanmoins importante du prix, mais plutôt si les clients qui constituent des comptes nationaux passeraient à des fournisseurs multiples et à la coordination interne lors de la hausse.

[81] Aucun témoin expert n'a exprimé l'opinion que les services de coordination de comptes nationaux représentent un marché pertinent de produit, mais le Tribunal est convaincu par l'ensemble de la preuve que les services de coordination de comptes nationaux constituent un produit à l'égard duquel une puissance commerciale peut être exercée.

[82] Compte tenu des remarques des deux parties au sujet des comptes nationaux, il convient de signaler qu'un marché de produit se définit en fonction du produit seulement. Par exemple, le marché de la vente au détail du propane englobe-t-il le gaz naturel, l'électricité, le bois et d'autres combustibles? On ne peut dire ni des concurrents ni des clients qu'ils sont « inclus » dans un marché de produit ou qu'il en sont « exclus ». Pour cette raison, le Tribunal désigne les « services de coordination de comptes nationaux » comme un produit et tente de déterminer si une puissance commerciale peut être exercée à son égard.

B. MARCHÉ GÉOGRAPHIQUE

1) Marchés locaux

[83] La dimension du marché géographique du produit pertinent est d'une importance capitale dans cette affaire parce que la livraison est un aspect important du produit. La définition incorrecte des limites géographiques des marchés de la vente au détail de propane aboutirait à l'évaluation incorrecte des parts de marché et, partant, de la capacité d'exercer une puissance commerciale après le fusionnement. Dans cette affaire, les deux parties soutiennent que le marché géographique est de nature locale plutôt que provinciale, nationale ou internationale, mais elles ne s'entendent pas sur les limites réelles de ces marchés. Le commissaire propose un ensemble de marchés géographiques fondé sur la méthode d'analyse

spatiale de Douglas West, qui permet de définir des régions de services communs. Les défenderesses contestent la définition de ces marchés qu'elles trouvent trop petits compte tenu du profil réel des livraisons de Supérieur.

[84] Les limites géographiques d'un marché sont établies en déterminant ce qui se produirait si un monopoleur hypothétique dans un endroit donné tentait d'imposer une hausse de prix faible mais néanmoins relativement importante et non transitoire. Si cette hausse de prix peut vraisemblablement inciter les acheteurs de cet endroit à se tourner, pour une part suffisante de leurs achats, vers des produits vendus ailleurs de manière à rendre la hausse de prix non rentable, il faut alors ajouter au marché géographique l'endroit où les clients choisissent de s'approvisionner. Le processus d'élargissement du marché se poursuit jusqu'au point où est défini un ensemble d'endroits où un monopoleur hypothétique peut imposer de manière rentable une hausse de prix faible mais néanmoins relativement importante et non transitoire. Il s'agit alors de la plus petite région où une puissance commerciale peut être exercée et elle constitue le marché géographique pertinent aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence.

[85] Il se peut que la région ne corresponde guère aux régions de service ou de commerce telles que les définissent les différents vendeurs dans la conduite de leurs activités commerciales. Ces régions de service ou de commerce peuvent être utiles pour établir les limites des marchés géographiques pertinents, mais elles ne définissent pas les régions où une puissance commerciale peut être exercée.

[86] Le professeur West affirme que Supérieur et ICG exploitaient respectivement environ 130 et 110 succursales et installations satellites en 1997. Le professeur West a groupé les emplacements en 74 marchés géographiques locaux. À son avis, ces marchés sont pertinents aux fins du calcul des parts de marché et de l'évaluation de la possibilité d'exercice d'une puissance commerciale après le fusionnement (affidavit du témoin expert D. West (17 août 1999) : pièce confidentielle CA-2051).

[87] La méthode utilisée par le professeur West, décrite aux pages 21-25 de son rapport, est fondée sur la théorie des ensembles. D'abord, il situe sur une carte toutes les succursales et installations satellites de tous les vendeurs de propane en 1997. Cette façon de procéder suppose que le produit distribué par l'entité fusionnée provient des installations de stockage locales, et elle correspond à la conception de marchés géographiques délimités, de façon générale, en fonction du point de production plutôt que du point de consommation.

[88] Pour un premier emplacement donné de Supérieur, le professeur West détermine « l'ensemble des points les plus rapprochés ». La limite entre cet emplacement et un autre emplacement exploité par Supérieur est la médiatrice de la droite joignant ces deux emplacements. Les médiatrices de tous les emplacements voisins appartenant à Supérieur définissent complètement le « polygone de marché » de ce premier emplacement. Le professeur West détermine de la même manière le polygone de marché de chaque emplacement exploité par ICG.

[89] Ensuite, à partir d'un emplacement de Supérieur, le professeur West suppose que le polygone de marché s'inscrit dans le marché pertinent desservi par la succursale établie à cet emplacement. Si le polygone inclut une succursale de ICG, le polygone de marché de la succursale de Supérieur est élargi de manière à englober celui de la succursale de ICG. Le marché correspond donc essentiellement à l'union de deux polygones. Si une succursale ou une installation satellite de Supérieur est située dans le polygone de ICG, le marché est élargi de nouveau pour englober les trois polygones. Le marché est ainsi élargi jusqu'à ce qu'aucun autre polygone ne puisse être ajouté; à ce stade, le professeur West définit un « marché local à considérer ». Il refait ensuite la même démarche pour un autre emplacement exploité par Supérieur.

[90] Le professeur West établit ensuite une zone tampon de 100 kilomètres autour de chaque marché local à considérer. Il détermine tous les vendeurs de propane exploitant des emplacements dans cette zone et, à l'aide des données existantes, il tente d'établir si ces vendeurs peuvent, par suite d'une hausse de prix effectuée après le fusionnement, vendre du propane aux clients situés sur le marché à considérer. Les succursales qui se trouvent dans la zone tampon et qui peuvent faire concurrence aux vendeurs situés sur le marché à considérer sont incluses dans le marché aux fins de l'évaluation des parts de marché.

[91] Le professeur West fait remarquer que, dans les régions densément peuplées qui comptent de nombreux vendeurs concurrents, il peut être difficile de distinguer les marchés, surtout lorsque des succursales de Supérieur ou de ICG sont situées dans la zone tampon d'un marché local à considérer. Il peut exister un « lien » entre ces marchés. Par conséquent, le professeur West réunit les marchés liés, puis il évalue de nouveau les parts de marché; il signale que les parts de marché estimées pour ces marchés plus étendus ne sont pas très différentes des estimations obtenues précédemment.

[92] À la page 3 de son rapport, le professeur West affirme ceci :

> [TRADUCTION]
> Je conclus que les marchés de la vente au détail de propane sont de nature locale sur le plan géographique. Ils s'étendent généralement à un rayon de 60 à 100 kilomètres autour des emplacements de succursales et d'installations satellites de Supérieur et de ICG, suivant les caractéristiques particulières des marchés locaux.

[93] Le commissaire soutient en outre que les documents soumis par l'entreprise Supérieur elle-même appuient la conclusion du professeur West, à savoir que le marché géographique s'étend généralement dans un rayon de 60 à 100 kilomètres.

[94] En ce qui concerne la distance de livraison économique, le rapport annuel de 1997 du Superior Propane Income Fund (pièce A-712) précise à la page 07699 :

> [TRADUCTION]
> ... Plus le propane est transporté sur une longue distance, plus le coût de livraison est élevé; par conséquent, l'étendue où l'exploitation est concurrentielle est limitée à un rayon raisonnable de 70 à 80 kilomètres autour de l'emplacement d'une succursale ou d'une installation satellite. (non mis en évidence dans l'original)

[95] Le rapport annuel de 1998 du Superior Propane Income Fund (pièce R-111, onglet 1) précise à la page 01189 :

> [TRADUCTION]
> ... Plus le propane est transporté sur une longue distance, plus le coût de livraison est élevé. Par conséquent, l'étendue où l'exploitation est concurrentielle est généralement limitée à un rayon de 100 à 400 kilomètres autour d'une succursale ou d'une installation satellite. (non mis en évidence dans l'original)

[96] Le commissaire fait également valoir que, par la suite (après la présentation du rapport annuel de 1998), les défenderesses ont prétendu, dans leur réponse à la demande présentée par le commissaire, que le rayon de livraison approprié de Supérieur variait entre 50 et 300 kilomètres.

[97] Les défenderesses ne sont pas d'accord pour fixer les marchés géographiques à un rayon de 60 à 100 kilomètres autour des succursales et des installations satellites de Supérieur-ICG. Elles prétendent que les territoires de vente de Supérieur s'étendent à des rayons de 50 à 620 kilomètres et que les

territoires de vente de certains concurrents ont un rayon encore plus grand, ce qui contredit la conclusion du professeur West selon lequel la concurrence entre les distributeurs de propane est limitée aux entreprises situées dans un rayon de 60 à 100 kilomètres autour d'une succursale ou d'une installation satellite donnée.

[98] Les défenderesses affirment aussi que le modèle du professeur West n'a jamais été utilisé pour une telle analyse de la concurrence et que le professeur n'a pas déterminé si les marchés géographiques qu'il a définis « fonctionnent comme des marchés ».

[99] Mark Schweitzer, directeur général de Supérieur, précise qu'il y a eu une réorganisation des succursales de Supérieur. Par exemple, il témoigne que 10 succursales ont été fermées et que la plupart ont été transformées en installations satellites (transcription, vol. 31 aux pages 5911, 5912 (3 décembre 1999)), si bien que des succursales peuvent maintenant desservir de plus grandes régions ayant un rayon de 100 à 400 kilomètres, comme en fait état le rapport annuel de 1998 du Superior Propane Income Fund (pièce R-111, onglet 1).

[100] Le Tribunal estime que l'analyse du professeur West, bien qu'elle ne soit pas entièrement fondée sur la critère du monopoleur hypothétique, est néanmoins comparable à cette démarche à certains égards et qu'elle peut servir à définir les marchés géographiques pertinents (transcription, vol. 22 à la page 3914 (29 octobre 1999)). En outre, les défenderesses n'ont pas établi que la méthode utilisée par le professeur West pour déterminer l'étendue présente des faiblesses importantes. Les défenderesses prétendent que l'algorithme informatique produit des résultats étranges puisque les limites de certains marchés s'étendent jusqu'à l'océan Arctique, mais ces observations critiques ne diminuent pas la valeur de la méthode du professeur West, puisque les résultats obtenus sont attribuables au processus de réalisation de cartes par ordinateur. De plus, les défenderesses contestent les estimations de certaines parts de marché faites par le professeur West.

[101] Quant à l'argument des défenderesses qui croient que les marchés définis par le professeur West peuvent ne pas fonctionner comme des marchés, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas nécessairement concordance entre un marché défini aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence et un marché défini par la direction aux fins de l'exploitation.

[102] En outre, le Tribunal fait remarquer que les défenderesses n'ont pas proposé un autre ensemble de marchés géographiques aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence. Elles ont plutôt laissé entendre que les régions de vente et de service de leurs succursales et de leurs installations satellites convenaient aux fins de l'analyse.

[103] Le Tribunal fait observer que M. Schweitzer a dit, dans son témoignage, qu'il ne connaissait aucune succursale offrant des services à des clients dans un rayon d'au plus 60 kilomètres ou de moins de 90 kilomètres, ce qui contredit les éléments de preuve présentés par Supérieur dans certains des profils de succursales pour 1998 (p. ex. Calgary, 50 kilomètres). En outre, le Tribunal ne juge pas probante l'explication donnée par M. Schweitzer, parce que de nombreuses succursales ont été transformées en installations satellites. Par conséquent, le Tribunal ne comprend pas pourquoi la conversion de succursales en installations satellites aurait pour effet de modifier les limites d'un marché géographique.

[104] Le Tribunal signale qu'aucun élément de preuve ne laisse croire que l'utilisation de la plus longue distance parcourue à partir d'une succursale constitue un moyen valable de définir le marché géographique pertinent. En outre, même si l'utilisation de la plus longue distance de livraison était un moyen convenable de définir le marché en question, le Tribunal n'aurait pas l'esprit tranquille si la méthode adoptée était fondée sur la livraison à un client qui fait exception en raison de son grand

éloignement plutôt qu'au client moyen situé à une distance comparable à la majorité des clients. Rien ne laisse croire qu'une succursale de Supérieur dont le client le plus éloigné se trouve à 620 kilomètres approvisionne tous les clients situés à l'intérieur de ce rayon. Par conséquent, même si le Tribunal accepte en principe que le territoire de vente d'une succursale puisse correspondre au marché aux fins de l'analyse des effets sur la concurrence, il ne peut toujours pas conclure que ce territoire de vente aurait un rayon de 620 kilomètres.

[105] Les défenderesses prétendent que certaines entreprises indépendantes fournissent des services à des clients sur le territoire de vente de nombreuses succursales de Supérieur et que la distance de livraison est plus longue en raison du plus petit nombre de succursales exploitées par ces entreprises. Cependant, il n'a pas été établi que ces entreprises desservent la totalité du territoire de vente de diverses succursales de Supérieur. De plus, le fait de desservir des zones voisines des territoires de vente de Supérieur ne signifie pas nécessairement que ces entreprises indépendantes parcourent de plus longues distances que Supérieur pour livrer le propane. En outre, si les affirmations des défenderesses sont justes, il reste à établir si ces entreprises indépendantes approvisionnent de nombreux clients très éloignés; autrement dit, les territoires de vente de ces entreprises ne peuvent pas être définis par la plus longue distance parcourue.

[106] Comme nous l'avons déjà signalé, le Tribunal n'est pas d'avis que les marchés où peut s'exercer une puissance commerciale concordent nécessairement avec des territoires de vente ou de service existants, comme ceux de Supérieur. Par conséquent, le Tribunal conclut que les « marchés locaux à considérer », définis suivant la méthode du professeur West, sont raisonnables et appropriés aux fins de la définition des marchés géographiques pertinents en vue de déterminer si l'entité fusionnée sera en mesure d'exercer une puissance commerciale.

2) Comptes nationaux

[107] En ce qui concerne le marché géographique pertinent pour l'analyse des comptes nationaux, le commissaire soutient que ce marché est le Canada. Les défenderesses n'ont pas traité du marché géographique pertinent des comptes nationaux.

IV. EMPÊCHEMENT OU DIMINUTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE

[108] Le commissaire est d'avis que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur de nombreux marchés locaux de vente au détail de propane, de diminuer sensiblement la concurrence dans les comptes nationaux et d'empêcher la concurrence dans les provinces de l'Atlantique. Le commissaire soutient également qu'il y aura vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence en raison de l'acquisition ou de l'accroissement d'une puissance commerciale par l'entité fusionnée, ce qu'il tente d'établir à l'aide de témoins experts et de témoins ordinaires. Il prétend qu'il est possible de conclure à l'exercice d'une puissance commerciale d'après divers facteurs dont les fortes parts de marché et la concentration, les entraves à l'accès, l'élimination de ICG comme concurrent dynamique, l'absence de concurrence étrangère et le fait qu'il n'y aura plus de concurrence réelle.

[109] D'après les défenderesses, il est peu vraisemblable que le fusionnement ait pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Elles soutiennent que l'expression « vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence » est synonyme de « hausse de prix vraisemblable » et que le commissaire n'a pas montré qu'il y aurait vraisemblablement une hausse de prix après le fusionnement. Elles contestent les définitions des marchés géographiques et des marchés de produit du commissaire, se fondent sur la croissance de la part de marché des entreprises indépendantes, et affirment que ICG n'est pas un concurrent dynamique et efficace et que les entraves à l'accès à la vente au détail de propane sont faibles.

A. PARTS DE MARCHÉ ET CONCENTRATION

[110] Comme nous l'avons signalé précédemment, le professeur West, témoin expert du commissaire, a étudié les parts de marché combinées de Supérieur et de ICG sur 74 marchés locaux en 1997. Il conclut à la page 29 de son rapport (pièce confidentielle CA-2051) que la part combinée varie entre 95 et 100 p. 100 sur 17 marchés, qu'elle est supérieure à 80 p. 100 sur 32 marchés, qu'elle atteint 70 p. 100 sur 46 marchés et qu'elle est supérieure à 60 p. 100 sur 66 marchés. Pour parvenir à ces résultats, le professeur West se fonde sur une série de questionnaires portant sur l'année 1997 que le commissaire a reçus de vendeurs de propane répondants (enquête auprès des concurrents) et aussi, entre autres, sur des plans d'entreprise internes ainsi que des données sur le volume des ventes et les parts de marché de Supérieur et de ICG. Le professeur West précise qu'il s'est fondé sur les données de Supérieur en raison de l'insuffisance des données fournies par les concurrents.

[111] Les défenderesses contestent les parts de marché estimées par le professeur West parce qu'il utilise des données sur les volumes pour 1997 et sur l'emplacement des succursales de Supérieur et de ICG pour 1998. Le commissaire fait observer toutefois que le professeur West n'a pas utilisé les emplacements en 1998 et les volumes pour 1997 et il se reporte à la page 21 du rapport du professeur pour montrer que ce dernier s'est fondé sur l'emplacement de toutes les succursales et installations satellites de Supérieur, de ICG et des autres vendeurs de propane en exploitation en 1997.

[112] En outre, durant le contre-interrogatoire, les défenderesses font remarquer au professeur West qu'il aurait dû vérifier la « concordance avec la réalité » en combinant la consommation totale sur les 74 marchés locaux à considérer qu'il a définis pour 1997 et d'autres mesures de la consommation totale pour la même année. Elles affirment enfin qu'il existait 200 concurrents, dont 67 seulement ont répondu à l'enquête de 1997 auprès des concurrents. Elles ajoutent que les volumes affichés en 1998 par les quelque 140 concurrents qui n'ont pas répondu représenteraient vraisemblablement une bonne estimation des volumes de ces entreprises en 1997 et que ces données auraient dû être utilisées. Le commissaire signale que l'enquête visait à obtenir des réponses de 118 concurrents désignés et que le nombre de 200 est celui estimé par Supérieur, lequel inclut les agents de Supérieur et de ICG que le professeur West a précisément cherché à exclure. En outre, le Tribunal a reçu des éléments de preuve indiquant que les volumes enregistrés en 1998 étaient inférieurs à ceux de 1997 en raison du temps plus doux; partant, il n'y a pas de raison de supposer que les volumes des entreprises non répondantes seraient restés les mêmes en 1998.

[113] Les défenderesses contestent aussi les estimations du professeur West parce que le total des volumes par marché pour 1997 est différent des données de Statistique Canada sur la demande totale de propane au détail. Durant le contre-interrogatoire du professeur West, les défenderesses signalent que le volume global calculé dans son analyse des marchés est différent de celui fourni par Statistique Canada, dont fait état M. Mathieson, témoin expert appelé par le commissaire. Cependant, le commissaire fait remarquer que les 74 marchés définis par le professeur West ne couvrent pas la totalité du pays. Par exemple, ces marchés excluent une importante partie des Maritimes, le nord du Manitoba et les territoires. En outre, M. Mathieson fait observer qu'en raison d'erreurs dans les données de Statistique Canada, ces dernières devraient servir uniquement d'indication des tendances dans l'évolution de la demande de propane, plutôt que d'estimations exactes de la consommation annuelle par utilisation finale.

[114] Les témoins experts des défenderesses, Dennis W. Carlton et Gustavo E. Bamberger, contestent les estimations des parts de marché en 1997 du professeur West parce qu'ils les considèrent moins fiables que les renseignements que leur a fournis Supérieur. À cela le professeur West répond que les parts de marché estimées par Supérieur et indiquées dans les profils de succursales pour 1998 sont tirées d'une enquête interne effectuée, après le début de l'instance, par des gestionnaires de succursales qui n'avaient pas de données sur le volume réel des ventes des entreprises indépendantes pour l'année en question

(affidavit du témoin expert soumis en réplique par D. West (20 septembre 1999) : pièce confidentielle CA-2052 à la page 2).

[115] Les défenderesses soutiennent que le professeur West ne répartit pas la totalité du volume de propane vendu par les différentes entreprises indépendantes entre les marchés géographiques pertinents qu'il a définis, et que la répartition est arbitraire. Le professeur West explique qu'il a utilisé les estimations des parts de marché fournies par Supérieur lorsqu'il n'avait pas de données sur le volume des ventes des concurrents indépendants (transcription, vol. 22 à la page 3931 (29 octobre 1999)) et qu'il a réduit de plusieurs points de pourcentage la part combinée de Supérieur et de ICG sur certains marchés géographiques, pour tenir compte du volume des ventes de plusieurs petits concurrents pour lesquels il n'avait pas de données précises. Le commissaire fait valoir qu'en l'absence de données appropriées sur les volumes pour calculer une part de marché, le professeur West n'a pas établi arbitrairement cette part afin d'attribuer des volumes à un marché.

[116] Les résultats obtenus par le professeur West, énoncés à la page 29 de son rapport (pièce confidentielle CA-2051), sont très comparables à ceux d'une distribution statistique des parts de marché de Supérieur et de ICG estimée par Supérieur, estimation apparemment fondée sur les territoires de vente de ses succursales. Par exemple, l'analyse faite par Supérieur montre que 15 des 116 succursales ont une part de marché variant entre 95 et 100 p. 100. Bien que les méthodes utilisées dans les deux études soient différentes, les résultats sont comparables et ils persuadent encore plus le Tribunal d'avoir confiance en l'analyse du professeur West.

[117] En outre, le Tribunal a examiné les critiques formulées par les défenderesses, pour chacun des marchés, au sujet des parts de marché estimées par le professeur West. Après avoir examiné attentivement les explications et la méthode du professeur West (et les caractéristiques détaillées de certains marchés), le Tribunal considère que la démarche du professeur West convient à l'analyse des effets sur la concurrence dans cette affaire et que ses inférences et conclusions au sujet des parts de marché sont raisonnables compte tenu des données accessibles et des limites de ces dernières qu'il a précisées. Le Tribunal est d'avis qu'il peut se fier à ces résultats et conclusions pour déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

[118] Dans leur rapport (pièce A-2056 aux pages 27-41), les témoins experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, classent les marchés en fonction de la part de marché après le fusionnement. En se fondant sur les marchés géographiques pertinents et les parts de marché estimées du professeur West, ils ont défini 16 marchés locaux sur lesquels l'entité fusionnée aurait une part de marché combinée d'au moins 95 p. 100, marchés qu'ils ont qualifiés de « marchés de monopole découlant du fusionnement ». À la page 28 de leur rapport, ils affirment que le fusionnement augmentera sensiblement la probabilité d'une hausse unilatérale de prix sur ces marchés.

[119] Ils définissent en outre huit marchés (« catégorie 1 »), sur lesquels Supérieur ou ICG occupe une part de marché relativement faible avant le fusionnement. Il se peut que, sur ces marchés, le fusionnement ait des effets minimes sur la concurrence entre Supérieur et des concurrents de moindre importance, de sorte que l'aspect le plus préoccupant est l'élimination de ICG comme concurrent futur possible (*ibid.* à la page 37). Sur ces marchés, le fusionnement éliminerait aussi les concurrents pouvant attirer les acheteurs de propane qui préfèrent faire affaire avec l'une des grandes entreprises.

[120] Un troisième ensemble de marchés (« catégorie 3 ») regroupe 16 marchés où ICG occupe une part de marché importante avant le fusionnement et où existent au moins trois concurrents dont Supérieur et ICG. Sur ces marchés, les professeurs Schwindt et Globerman s'attendent à ce que l'élimination de ICG ait vraisemblablement pour effet d'accentuer l'interdépendance et de réduire la concurrence (*ibid*. aux pages 38, 40).

[121] Le dernier ensemble de marchés (« catégorie 2 ») est composé de 33 marchés locaux où se trouve un groupe relativement fragmenté d'entreprises faisant concurrence à Supérieur et ICG et où les parties au fusionnement sont les deux principaux vendeurs (*ibid*. à la page 40). Les auteurs affirment qu'il y a une forte probabilité que le fusionnement ait pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur ces marchés parce qu'il aboutira à la création d'une entreprise dominante et à l'accroissement de l'interdépendance.

[122] Les défenderesses contestent l'analyse des effets anticoncurrentiels du fusionnement effectuée par les professeurs Schwindt et Globerman. Premièrement, elles soutiennent que les professeurs Schwindt et Globerman ne se prononcent d'aucune façon sur la vraisemblance d'une hausse de prix sur aucun des marchés. Deuxièmement, elles soutiennent que les professeurs Schwindt et Globerman sont très peu préoccupés par les effets anticoncurrentiels du fusionnement sur les marchés des catégories 1 et 2. Troisièmement, elles font valoir que les concurrents existants continueront de livrer une concurrence vigoureuse sur les marchés de la catégorie 3. Enfin, elles affirment que l'entrée d'entreprises empêchera l'entité fusionnée d'imposer une hausse de prix unilatérale sur les marchés de monopole découlant du fusionnement.

[123] De plus, les témoins experts des défenderesses, à savoir le professeur Carlton et M. Bamberger, affirment à la page 4 de leur rapport que les professeurs Schwindt et Globerman reconnaissent que l'importante présence de détaillants indépendants peut limiter la capacité de l'entité fusionnée de hausser le prix au détail du propane (affidavit des témoins experts soumis en réplique par D.W. Carlton et G.E. Bamberger (14 septembre 1999) : pièce confidentielle CR-121). De l'avis du Tribunal, il s'agit d'une interprétation inexacte de l'opinion des professeurs Schwindt et Globerman.

[124] Le Tribunal croit que les défenderesses n'ont pas tenu compte de tous les aspects du témoignage d'opinion des professeurs Schwindt et Globerman, et il estime que, même s'ils ne se sont pas prononcés avec assurance sur la vraisemblance ou l'importance d'une hausse de prix, leurs conclusions au sujet des effets anticoncurrentiels du fusionnement sont importantes et significatives pour ce qui est d'établir la vraisemblance d'une diminution sensible de la concurrence. Le Tribunal examinera plus loin la question de l'accès, sous la rubrique « Éléments de preuve concernant l'accès au marché ».

[125] Une des principales questions dans cette affaire est celle de l'évaluation de la part de marché après fusionnement de l'entité fusionnée, sur chaque marché. Les défenderesses soutiennent énergiquement que les parts de marché après fusionnement ont fléchi à l'échelle nationale et qu'elles peuvent même se situer entre 50 et 60 p. 100 en 1998. Ces parts du marché national ont été présentées pour montrer l'importante expansion des distributeurs indépendants de propane durant la période de 1990 à 1998. Le Tribunal croit que, comme les marchés géographiques pertinents sont de nature locale, les éléments de preuve montrant des parts de marché élevées sur le plan local ne peuvent pas être infirmés par une tendance observée dans les parts de marché national donnant à penser que l'entrée de concurrents peut compenser la diminution sensible de la concurrence.

[126] L'information sur les parts de marché élevées est donc pertinente, mais non pas déterminante lorsqu'il s'agit d'établir si un fusionnement peut vraisemblablement avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Cependant, le Tribunal fait observer que ces parts de marché doivent être mesurées en fonction des marchés de produit et marchés géographiques pertinents. En l'espèce, comme il n'y a eu aucun élément de preuve établissant l'existence d'un marché national de vente au détail de propane, les données sur les parts de marché à l'échelle du Canada ne renseignent pas sur l'exercice d'une puissance commerciale sur les marchés locaux.

B. ENTRAVES À L'ACCÈS

[127] Comme l'a dit le Tribunal dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings (Canada) Limited* (9 mars 1992), CT1991001/155, Motifs et ordonnance à la page 72, [1992] D.T.C.C. no 4 (QL) (version anglaise publiée dans (1992), 41 C.P.R. (3e) 289 à la page 324) :

> S'il n'y a pas d'obstacles importants à l'entrée dans le marché, il est peu vraisemblable qu'une firme fusionnée, qu'elle que soit sa part du marché ou la concentration du marché, puisse maintenir des prix supraconcurrentiels pendant une période quelconque. Toute tentative dans ce sens inciterait des concurrents à entrer dans le marché et l'augmentation de l'offre que cela entraînerait ramènerait les prix à un niveau concurrentiel.

[128] Cet énoncé fait ressortir l'effet économique de l'entrée. Les éléments de preuve indiquant l'entrée en exploitation ne sont pas, en eux-mêmes, suffisants pour établir l'effet de limitation que peut avoir la concurrence sur l'imposition d'un prix supraconcurrentiel ou l'exercice vraisemblable d'une puissance commerciale. En outre, si l'effet sur le prix est retardé pour un temps plus long que le délai raisonnable, il n'y a pas eu d'entrée sur le marché aux fins de la Loi, même si de nouvelles entreprises sont entrées en exploitation. Le délai raisonnable pour l'évaluation des effets de l'entrée est une question de point de vue; toutefois, le Tribunal signale que les Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], font état d'une période de deux ans.

[129] Le commissaire soutient qu'il existe des entraves importantes à l'accès à la distribution du propane. Ces entraves comprennent la nature et l'existence de contrats avec les clients et la propriété des réservoirs, les coûts de substitution, la taille minimale requise, la réputation, le stade de développement avancé du marché, la réaction des entreprises en place à l'entrée de concurrents sur le marché (dont la menace de poursuite), l'accès à l'approvisionnement en propane, les besoins en capital, les coûts irrécupérables et le temps nécessaire pour que l'entreprise devienne rentable.

[130] Les défenderesses contestent l'existence et(ou) l'importance de ces entraves, surtout en invoquant les éléments de preuve qu'elles ont présentés au sujet de l'entrée et de l'expansion présumées de distributeurs indépendants de propane au détail.

1) Contrats

[131] Le témoin expert du commissaire, Michael D. Whinston, a analysé les contrats avec les clients que concluent Supérieur et ICG ainsi que les effets vraisemblables du fusionnement sur la concurrence (affidavit du témoin expert M.D. Whinston (18 août 1999) : pièce A-2063). Le professeur Whinston a examiné les contrats types offerts par Supérieur et ICG et a dégagé plusieurs clauses pouvant limiter l'entrée et(ou) l'expansion. Ces clauses portent notamment sur l'exclusivité à long terme, le renouvellement automatique, les frais de résiliation, le droit de premier refus (Supérieur seulement) et la propriété des réservoirs.

a) Durée d'un contrat et exclusivité

[132] Il est admis qu'une proportion élevée des clients prennent livraison du propane en vertu de contrats. Par exemple, Supérieur estime qu'entre 90 et 95 p. 100 de ses clients sont liés par des contrats types et les 5 à 10 p. 100 qui restent, par des contrats particuliers négociés (pièce confidentielle CA-701 à la page 06976). Le témoin expert du commissaire, le professeur Whinston, indique les mêmes proportions pour ICG. D'après M. Schweitzer, 70 p. 100 des clients de Supérieur sont liés par des contrats de cinq années : [traduction] « Les contrats types dont nous avons traité plus tôt aujourd'hui sont d'une durée de

cinq ans. Je crois savoir que 70 p. 100 de nos clients, environ, ont signé des contrats types. » (transcription, vol. 31 à la page 5894 (3 décembre 1999)).

[133] Le professeur Whinston fait observer que les contrats d'exclusivité de longue durée peuvent avoir pour double effet d'améliorer l'efficience et de diminuer la concurrence. Dans les contrats d'approvisionnement en propane, la durée peut atteindre cinq ans, ce qui peut restreindre la possibilité pour les clients de changer de fournisseur et permettre au fournisseur actuel de fixer des prix moins concurrentiels qu'il n'offrirait en l'absence d'une clause d'exclusivité. Même si les consommateurs avertis peuvent tenir compte des effets de l'exclusivité et insister sur une indemnisation pour la restriction du choix pendant la durée du contrat, le professeur Whinston donne à penser que la plupart des clients résidentiels peuvent ne pas saisir la limitation du choix et les effets de la perte de concurrence pour leur clientèle.

[134] Le professeur Whinston s'inquiète davantage de l'effet de dissuasion qu'ont les contrats d'exclusivité de longue durée sur l'entrée de fournisseurs de propane. Il fait remarquer que la livraison du propane est une activité caractérisée par des économies d'échelle et laisse entendre qu'un nouvel arrivant doit attirer suffisamment de clients pour atteindre la taille minimale efficiente d'exploitation, sinon il sera désavantagé sur le plan des coûts par rapport aux fournisseurs en place. Vu la nature exclusive des contrats d'approvisionnement en propane, un nouvel arrivant cherchera à attirer des clients dont les contrats avec les fournisseurs en place tirent à leur fin, mais la longue durée peut, au cours d'une année donnée, limiter les « clients libres » à un nombre non rentable pour le nouvel arrivant. Il signale que le problème s'accentue lorsque les dates d'expiration sont échelonnées et que la durée des contrats est plus longue.

[135] Des préoccupations semblables sont soulevées pour les petites entreprises en place qui souhaitent investir pour abaisser leurs coûts d'exploitation, pour accroître leur capacité de production ou pour en améliorer la qualité. Le nombre de « clients libres » peut ne pas être suffisant pour justifier l'investissement.

[136] Pour montrer, de manière générale, les effets de l'exclusivité de longue durée sur la rentabilité de l'entrée de nouveaux arrivants et de l'expansion d'entreprises établies, le professeur Whinston reprend l'affirmation du témoin expert du commissaire, Terry Kemp, à savoir que la taille minimale efficiente que doit avoir un distributeur de propane correspond à trois millions de litres par année. Si la durée moyenne des contrats en vigueur est de quatre années, c'est dire que 25 p. 100 du volume visé par contrat se libère chaque année. Si un nouvel arrivant peut accaparer la totalité du volume libéré et s'il doit respecter la taille minimale efficiente pour entrer sur le marché, il faut que le marché représente une consommation annuelle totale de 12 millions de litres. Le professeur Whinston constate par exemple que la consommation sur 12 des 71 marchés définis par le professeur West est inférieure à 12 million de litres et que l'entrée est difficile dans ces circonstances.

[137] Les défenderesses affirment que l'exclusivité n'est pas une entrave importante à l'accès dans le cadre de ce fusionnement parce que sur cinq marchés seulement le volume sera-t-il inférieur aux 2,25 millions de litres nécessaires pour permettre l'entrée d'un nouvel arrivant. Toutefois, ce résultat repose sur des hypothèses que le professeur Whinston considère comme irréalistes.

[138] Le professeur Whinston calcule de nouveau le nombre de marchés présentant le volume minimal requis en supposant qu'un nouvel arrivant n'aura accès au volume décroissant de propane pour véhicules automobiles sur aucun marché défini par le professeur West, que la taille minimale efficiente correspond à six millions de litres par année et que tous les clients sont liés par des contrats d'une durée de quatre années. Ainsi, il conclut que 37 des 73 « marchés tels que définis par le professeur West » n'auront pas

suffisamment d'envergure pour soutenir un nouvel arrivant, même si la substitution n'est pas dissuadée par la clause du droit de premier refus et d'autres dispositions contractuelles.

[139] Le Tribunal est d'avis que les observations des défenderesses ne concordent pas avec l'opinion du professeur Whinston. D'après les estimations du professeur Whinston, l'entrée et l'expansion d'entreprises ayant la taille minimale efficiente sont peu vraisemblables sur de nombreux marchés tels que définis par le professeur West.

b) Renouvellement automatique

[140] En ce qui concerne le renouvellement automatique, le professeur Whinston signale que cette caractéristique des contrats d'approvisionnement en propane des clients a pour effet de prolonger la durée réelle de ces contrats, parce que les périodes d'avis prévues sont longues. Par exemple, l'accord d'approvisionnement en combustible et en matériel de ICG *(Fuel Supply and Equipment Agreement)* prévoit que le client doit informer l'entreprise de la résiliation 180 jours avant l'échéance du contrat, sans quoi le contrat sera renouvelé pour une durée pouvant correspondre à la période initiale de cinq ans. Par conséquent, si un nouvel arrivant réussit à attirer un client lié par contrat à ICG, ce nouvel arrivant doit attendre six mois avant de commencer à approvisionner ce client.

c) Droit de premier refus

[141] La clause prévoyant le droit de premier refus que renferment les contrats de Supérieur a aussi pour effet de dissuader les nouveaux arrivants, de l'avis du professeur Whinston. En vertu de cette clause, Supérieur a le droit d'offrir le même prix qu'un fournisseur concurrent et le client est obligé de fournir le nom du concurrent et le prix qu'il offre. Ainsi, Supérieur peut très bien connaître tout concurrent qui cherche à attirer ses clients et est mieux en mesure d'exercer des représailles sélectives.

[142] La clause énonçant le droit de premier refus rend nettement moins rentable l'entrée de nouvelles entreprises et l'expansion des entreprises établies. Comme Supérieur peut garder ses clients en offrant le même prix réduit qu'offre un nouvel arrivant (même si ce dernier offre un service de meilleure qualité), le concurrent devra offrir un prix inférieur au coût de Supérieur pour qu'il ne soit pas rentable pour Supérieur d'offrir un prix réduit. Par conséquent, un concurrent ayant des coûts plus élevés et offrant une meilleure qualité peut trouver un client intéressé à s'approvisionner auprès de lui, mais ce concurrent ne peut pas se permettre d'abaisser son prix à un niveau que Supérieur ne pourrait pas égaler.

[143] Les défenderesses ne contestent pas l'opinion du professeur Whinston à ce sujet. Par conséquent, le Tribunal accepte l'opinion du professeur Whinston selon lequel la clause énonçant le droit de premier refus rend l'entrée et l'expansion moins rentables.

d) Propriété des réservoirs

[144] Le professeur Whinston attire l'attention sur les dispositions des contrats de Supérieur et de ICG qui permettent à ces entreprises de conserver la propriété du réservoir de propane installé chez le client. Ces dispositions figurent dans tous les contrats, sauf l'accord conclu par Supérieur avec ses clients industriels *(Industrial Agreement)*, et elles sont incluses dans les contrats offerts par presque tous les distributeurs de propane. Il conclut que cette pratique consistant à ne pas vendre les réservoirs accroît beaucoup le coût de changement de fournisseur pour un client. La probabilité qu'un client change de fournisseur est beaucoup moins grande lorsque ce client doit louer le réservoir plutôt que d'en être propriétaire. Le professeur Whinston conclut que l'obligation de louer le matériel a pour effet d'accroître la durée des contrats d'exclusivité de longue durée et qu'elle abaisse aussi la vraisemblance d'accès de nouveaux arrivants ou d'expansion des entreprises établies.

[145] Il ressort donc des éléments de preuve soumis que le changement de fournisseur de propane est habituellement assorti de coûts directs et de coûts indirects. Les coûts directs comprennent le coût de reconstitution des stocks, estimé par Supérieur à 15 p. 100 de la valeur totale du propane dans le réservoir enlevé. Les coûts indirects comprennent l'importante perte de temps entre le moment où le fournisseur actuel reprend son réservoir et celui où le nouveau fournisseur installe son matériel. Pour les clients commerciaux, industriels ou agricoles, il peut être nécessaire de réduire leurs activités ou de les interrompre durant la période de réinstallation. De façon générale, les clients résidentiels ne voudront pas courir le risque de ne pas avoir de chauffage, surtout durant les mois d'hiver.

[146] Les défenderesses prétendent que la propriété des réservoirs par le distributeur est un moyen de garantir l'inspection et l'entretien appropriés des réservoirs et le respect des normes de sécurité. Elles prétendent aussi que la propriété ne limite pas l'accès de nouveaux fournisseurs indépendants ou l'expansion de ceux qui sont établis, puisque les entreprises indépendantes grandissent au détriment de Supérieur et de ICG.

[147] Le Tribunal fait observer qu'aucun élément de preuve n'indique un rapport entre l'inspection, l'entretien et le respect des normes de sécurité, et la propriété des réservoirs. Ces services peuvent être fournis à un client qui est propriétaire du réservoir. Par conséquent, le Tribunal estime que la propriété des réservoirs par le fournisseur de propane rend le changement de fournisseur plus difficile et plus coûteux pour le client, et qu'elle constitue une entrave à l'accès et à l'expansion. Quant à l'accès de nouveaux arrivants et à l'expansion de fournisseurs concurrents, le Tribunal traitera de cet aspect plus loin.

e) Engagements volontaires

[148] Enfin, le professeur Whinston signale que Supérieur a laissé entendre que, si le fusionnement est approuvé, elle n'imposera pas une durée dans les contrats types d'approvisionnement en propane qui sont en vigueur, qu'elle fixera à 30 jours la période d'avis dans les contrats types avec les clients et qu'elle renoncera aux dommages-intérêts convenus ainsi qu'aux clauses concernant le droit de premier refus. Le professeur croit que ces engagements volontaires ne sont pas suffisants pour dissiper ses inquiétudes au sujet des effets de diminution de la concurrence des contrats de Supérieur et de ICG avec leurs clients. Aux paragraphes 97 à 104 de son rapport (pièce A-2063), il signale par exemple que Supérieur ne s'est pas engagée à informer ses clients de ces changements.

[149] Les défenderesses soutiennent que Supérieur et ICG ne prennent pas de mesures pour faire respecter les clauses des contrats types. Les défenderesses soutiennent en outre que quelques lettres seulement ont été envoyées à des clients et à des concurrents au cours des sept dernières années pour faire valoir les droits légaux de Supérieur et de ICG, mais que ni l'une ni l'autre de ces entreprises n'a entrepris de poursuites concernant les questions soulevées dans ces lettres.

f) Conclusion sur la question des contrats

[150] Le Tribunal reconnaît que les dispositions des contrats, dont celles qui se rapportent à l'exclusivité de longue durée, au renouvellement automatique, aux frais de résiliation, au droit de premier refus (Supérieur seulement) et à la propriété des réservoirs, ont pour effet de hausser fortement le coût d'entrée et d'expansion, et il conclut donc qu'elles constituent une entrave à l'accès.

2) Réaction des entreprises en place à l'entrée de concurrents

[151] L'évaluation de la vraisemblance d'une réaction de la part des entreprises en place est une importante dimension de la décision d'entrer sur un marché. Le commissaire a présenté des éléments de

preuve pour montrer, comme il le soutient, que les représailles sont un moyen dont use Supérieur contre les concurrents ayant attiré certains de ses clients. Cette réaction prend généralement la forme d'une intense concurrence par les prix exercée à l'égard du nouvel arrivant, et elle vise à réduire sa capacité de soutenir la concurrence sur le marché.

[152] L'expérience qu'a connue la Compagnie pétrolière impériale Limitée (« CPIL ») montre que même les entreprises les plus grandes et les plus développées peuvent être incapables d'entrer dans la distribution du propane et d'y exercer des activités rentables. En 1990, CPIL, la plus importante productrice de propane au Canada (par suite du fusionnement avec Texaco), a tenté d'étendre ses activités à la distribution du propane. Le responsable du projet, Meredith Milne, a témoigné que la tentative de CPIL d'entrer sur le marché du propane a suscité une très vive réaction de la part des entreprises concurrentes en place. CPIL a observé que les marges étaient inférieures de 30 p. 100 à ce qui avait été prévu et représentaient 45 p. 100 de moins qu'en 1991. CPIL a constaté que les distributeurs en place ont commencé à exiger des clients qui changeaient de distributeur qu'ils paient des frais pour l'enlèvement des réservoirs et à supprimer les frais de location de réservoirs.

[153] CPIL a également constaté, outre les mesures touchant les prix, qu'il lui était difficile de convaincre les clients de changer de distributeur en raison de l'existence de contrats pluriannuels et du droit qu'avaient les entreprises en place de prendre connaissance des offres. Tous ces facteurs ont concouru à faire croître les coûts pour CPIL ou ont rendu plus difficile l'acquisition de nouveaux clients, si bien que CPIL a décidé d'abandonner le marché (transcription, vol. 13 à la page 1976 (15 octobre 1999)). En se fondant sur la preuve, le Tribunal fait observer qu'aucune autre entreprise de taille ou d'importance comparable n'a tenté d'entrer dans cette industrie.

3) Réputation

[154] L'absence d'une réputation acquise pour la sûreté de l'approvisionnement et du service peut entraver l'accès au marché. La réputation peut jouer un rôle déterminant dans l'acquisition de nouveaux clients, surtout lorsque le service est une dimension importante du produit.

[155] Le commissaire présente des éléments de preuve indiquant que la réputation constitue une entrave à l'accès au marché de l'offre et de la livraison de propane. De plus, le témoin expert du commissaire, le professeur Globerman, a affirmé que les entreprises en place étaient avantagées par leur réputation, ce qui signifie qu'il faudra vraisemblablement plus de temps à un nouvel arrivant pour atteindre la masse critique du point de vue de la demande. Dans l'étude du marché canadien (Canadian Market Research Study) effectuée à la demande de Supérieur en octobre 1997 (pièce confidentielle CA-1485), à la page 17416, il est affirmé notamment :

> [TRADUCTION]
> ... Les clients commerciaux et résidentiels se révèlent très peu renseignés sur les autres fournisseurs possibles.

À la page 17437, il est également affirmé :

> [TRADUCTION]
> À l'heure actuelle, quatre clients (commerciaux) de Supérieur sur dix (soit 39 p. 100) ne peuvent pas nommer spontanément un autre fournisseur possible de propane [...] ICG est le plus redoutable concurrent en Ontario et au Québec [...] La marque Supérieur est spontanément reconnue par 64 p. 100 des clients de distributeurs concurrents et, pour 29 p. 100, Supérieur est l'autre fournisseur avec lequel ils sont le plus familiers.

Et à la page 17527 :

> [TRADUCTION]
> Chez les utilisateurs résidentiels de propane, on peut aussi observer une ignorance des autres fournisseurs possibles, laquelle est plus prononcée que chez les clients commerciaux...
>
> À court terme, les concurrents peuvent présenter une menace limitée. À l'heure actuelle, 58 p. 100 des clients de Supérieur ne peuvent pas nommer spontanément un autre fournisseur de propane et 74 p. 100 affirment qu'ils ne sont pas au courant d'un autre fournisseur.

[156] Les défenderesses soutiennent qu'une « réputation établie » , comme celle qu'ont acquise Supérieur et ICG, est non pas une entrave à la concurrence, mais une conséquence naturelle de celle-ci.

[157] La fidélité est une dimension connexe. Le commissaire a appelé à témoigner des représentants de coopératives et d'organismes de crédit dont les membres vendent du propane et offrent à leurs clients des primes en fonction des achats. Ces clients sont incités à rester fidèles à leur fournisseur de propane. D'après les éléments de preuve présentés par les témoins ordinaires, le Tribunal reconnaît que la réputation des fournisseurs de propane est un important aspect auquel les clients attachent une valeur. Cela semble vrai en particulier parmi les clients importants dont des représentants ont témoigné que la réputation des fournisseurs de propane est un important facteur dans leur décision d'achat. Le Tribunal souligne que le temps nécessaire pour acquérir une réputation peut rendre plus difficile, pour un nouvel arrivant, l'entrée sur le marché et l'exercice d'activités rentables, ce qui peut donc retarder les effets sur la concurrence de cette entrée.

4) Développement avancé du marché

[158] Le commissaire a appelé des témoins qui ont affirmé que le marché avait atteint un stade de développement avancé et que la demande y était atone (voir le témoignage de John A. Osland de Mutual Propane, transcription, vol. 6 à la page 833 (4 octobre 1999) et le témoignage de Luc Sicotte de Gaz Métropolitain Inc., transcription, vol. 18 à la page 3148 (25 octobre 1999)). M. Schweitzer a témoigné que le stade de développement du marché était relativement avancé (transcription, vol. 31 à la page 5920 (3 décembre 1999)).

[159] À la page 48 de leur rapport (pièce A-2056), les témoins experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, ont expliqué ainsi la dynamique de la concurrence sur ce marché au développement avancé :

> [TRADUCTION]
> ... L'industrie a atteint un stade de développement avancé et la demande y fléchit lentement ces dernières années. Comme en font état les Lignes directrices, il est moins difficile de s'implanter sur des marchés naissants ou en croissance que sur des marchés parvenus à maturité et il faut moins de temps pour le faire.

[160] Compte tenu de la preuve, le Tribunal conclut que le marché classique de la vente au détail du propane peut être qualifié de marché pleinement développé.

5) Accès à l'approvisionnement en propane

[161] Le commissaire renvoie à l'opinion exprimée par de nombreux concurrents sur [traduction] « l'entrave déterminante à l'entrée ou à l'expansion » qu'est l'accès à un approvisionnement en propane. Les éléments de preuve présentés à cet égard portent sur les désavantages que subissent les entreprises indépendantes et que n'ont pas Supérieur et ICG lorsqu'il s'agit de s'approvisionner. Les défenderesses ont conclu des arrangements pour l'approvisionnement et ont investi dans des installations de stockage et de transport qui les avantagent sur le plan des coûts, par rapport à leurs concurrents qui peuvent n'avoir d'autre choix que de s'approvisionner localement à la rampe de chargement de la raffinerie. Ces conditions d'exploitation semblent présenter un avantage précieux, lorsqu'il s'agit d'approvisionner des succursales particulièrement éloignées des raffineries. Supérieur et ICG affichent aussi une « demande de propane élevée » qui leur procure un avantage par rapport aux modes d'approvisionnement classiques.

[162] Un des témoins experts du commissaire, Terry S. Kemp, énonce l'observation suivante aux pages 15 et 16 de son rapport (affidavit du témoin expert T.S. Kemp (18 août 1999) : pièce A-2070) :

> [TRADUCTION]
> L'entité fusionnée Supérieur-ICG pourra s'approvisionner auprès de presque toutes les installations de production au pays, sauf pour quelques raffineries. L'entité fusionnée bénéficiera donc implicitement d'un avantage et d'une souplesse en matière d'approvisionnement que n'aura aucun autre détaillant concurrent de propane.
>
> L'entité fusionnée Supérieur-ICG sera en mesure de choisir les sources d'approvisionnement les plus avantageuses et d'abandonner les autres, et, ainsi, de tirer le meilleur parti des arrangements en matière d'approvisionnement. L'entité fusionnée Supérieur-ICG sera aussi en mesure d'exploiter le plus avantageusement possible les approvisionnements qui se trouvent aux différents emplacements en fonction des ventes et des échanges, ce qui lui permettra essentiellement de créer un accès préférentiel à l'approvisionnement et de réorganiser les lieux d'approvisionnement. Ces avantages peuvent être exploités de diverses manières, par exemple, pour :
>
> - faire pression sur les fournisseurs pour obtenir des arrangements sur les prix en fonction des emplacements;
> - exploiter des avantages concurrentiels lors de la présentation de soumissions pour de nouveaux contrats;
> - assurer le service lié aux comptes nationaux;
> - négocier des taux de transport en vrac plus avantageux (ristournes) avec les entreprises de transport par camions et par chemin de fer.

[163] Le témoin expert du commissaire, M. Mathieson, souligne que les défenderesses ont accès à du propane à des prix plus avantageux que le prix affiché ou le prix à la rampe de chargement. **[passage confidentiel supprimé]** M. Kemp signale que les producteurs de propane préfèrent généralement faire affaire avec les acheteurs capables de prendre livraison du produit à intervalles réguliers. Un nouvel arrivant qui n'a pas cette capacité à son entrée sur le marché serait désavantagé par rapport aux défenderesses. Le témoin du commissaire, Peter Renton, de Gulf Midstream Services Ltd., a confirmé que son entreprise privilégie les clients qui sont d'importants acheteurs plutôt que les clients n'achetant pas chaque année une part appréciable de la production de Gulf qui réduit ses ventes à ces derniers et qui exige d'eux le prix fixé à la rampe de chargement.

[164] Le commissaire fait état du Plan stratégique quinquennal de Supérieur pour la région de l'Ontario (pièce confidentielle CA-299) duquel il ressort que Supérieur estime créer des entraves en « resserrant l'offre », en particulier par son accord d'approvisionnement de 10 ans avec Shell. Les défenderesses font valoir que le distributeur indépendant AutoGas a conclu un accord de 10 ans avec CPIL.

[165] À la page 15 de son rapport (pièce A-2070), M. Kemp signale que le stockage du propane dans des cavernes permet à Supérieur d'acheter des quantités au comptant à de faibles prix et M. Mathieson est préoccupé par le fait que les coûts de transport de Supérieur sont les plus faibles dans l'industrie.

[166] Les affirmations révèlent qu'en périodes de demande serrée, les producteurs attribuent sélectivement les quantités offertes et privilégient les gros acheteurs, de sorte que certains acheteurs indépendants se voient obligés de faire affaire avec des courtiers. Toutefois, aucune entreprise indépendante n'a affirmé qu'elle avait été incapable de s'approvisionner en propane. Les éléments de preuve présentés par les témoins experts indiquent que l'entité fusionnée aura des avantages que n'auront pas les petits concurrents lorsqu'il s'agit de s'approvisionner en propane. Le Tribunal reconnaît que les nouveaux arrivants ainsi que les petites entreprises souhaitant accroître leurs activités doivent engager des dépenses que n'ont pas à supporter les entreprises en place, pour acquérir une réputation auprès des fournisseurs de propane, et qu'à cet égard, ils se heurtent à des entraves à l'accès. Cependant, ces dépenses ne sont pas occasionnées par le fusionnement ni haussées par ce dernier. Les autres avantages qui abaissent les coûts d'acquisition de propane (par exemple l'achat à prix plus faibles en basse saison et le stockage) pour les défenderesses et l'entité fusionnée traduisent des gains d'efficience et ne constituent pas des entraves à l'achat de propane. Le Tribunal n'est pas convaincu que les nouveaux arrivants et les entreprises souhaitant accroître leurs activités se heurtent à des entraves importantes lorsqu'ils veulent s'approvisionner en propane.

6) Besoins en capital, coûts irrécupérables et temps nécessaire pour devenir rentable

a) Entrée ou expansion : ampleur des activités

[167] Plusieurs des témoins experts du commissaire (les professeurs Globerman et Schwindt, MM. Kemp et Mathieson) affirment dans leurs rapports qu'il est coûteux d'entrer dans l'industrie du propane. M. Kemp avance par exemple, à la page 7 de son rapport (pièce A-2070), que les coûts en capital pour le démarrage d'une entreprise de vente au détail de propane varient entre 675 000 $ et 920 000 $, pour des ventes initiales de deux millions de litres par année, ce qu'il considère comme un investissement minimal pour la réussite. À la page 9 de son rapport, il estime que les coûts d'exploitation seraient d'environ 300 000 $ par année. Plusieurs témoins ordinaires ont mentionné les coûts élevés associés à l'achat de réservoirs pour le stockage, de camions pour le transport et la livraison et de réservoirs pour les clients, surtout lorsque des clients veulent stocker le propane sur place.

[168] Les défenderesses prétendent, dans leur réponse modifiée, qu'un investissement total variant entre 120 000 $ et 300 000 $ est suffisant pour entrer sur le marché de la distribution du propane. Le commissaire soutient que, même si un tel investissement rendait l'entrée sur le marché possible à certains endroits, les défenderesses sous-estiment néanmoins les coûts de façon générale. Selon le commissaire, un nouvel arrivant ayant cette petite taille ne serait pas suffisamment solide pour parvenir à restreindre la puissance commerciale de l'entité fusionnée Supérieur-ICG.

[169] Le commissaire considère donc que les coûts en capital élevés constituent une entrave à l'accès, vraisemblablement parce que peu de gens ont les ressources financières voulues pour entrer dans l'industrie. Des représentants d'entreprises concurrentes dans l'industrie ont témoigné que les coûts d'entrée peuvent varier. **[passage confidentiel supprimé]** Donald J. Edwards a dépensé 935 000 $ pour construire les installations de EDPRO Energy Group Inc., à London, en Ontario, sans compter le prix

d’achat de réservoirs destinés à être utilisés par les clients (transcription, vol. 6 aux pages 1072, 1073 (6 octobre 1999)). Des éléments de preuve présentés donnent aussi à penser que les coûts d’entrée à un degré d’activité important peuvent varier en fonction du segment d’utilisation finale.

[170] Le Tribunal ne croit pas que les coûts en capital élevés constituent en soi une entrave à l’accès. Si un nouvel arrivant éventuel n’a pas de ressources financières suffisantes pour couvrir les coûts en capital associés à l’acquisition de la taille minimale efficiente nécessaire pour entrer sur le marché, il peut obtenir les sommes manquantes sur les marchés des capitaux, pourvu que les prêteurs soient persuadés de la viabilité du projet. Si les prêteurs refusent de consentir du crédit par manque de confiance dans le projet, ce refus ne signifie pas que les capitaux sont inaccessibles. En réponse à une question du Tribunal, le professeur Schwindt affirme que les coûts élevés ne sont pas en soi une entrave à l’accès.

[171] À ce sujet, le commissaire affirme que les coûts élevés en capital, en dollars absolus, ne sont pas un facteur déterminant dans l’entrée, mais que les coûts pertinents sont plutôt les coûts irrécupérables, parce qu’ils représentent ce que perdra le nouvel arrivant en cas d’échec.

b) Coûts irrécupérables

[172] Il est généralement convenu que la part des coûts ne pouvant être récupérée si le nouvel arrivant doit se retirer du marché (coûts irrécupérables) peut, si cette part est importante, constituer une entrave à l’accès au marché. Le commissaire avance que l’entrée sur le marché de la vente au détail de propane suppose des coûts irrécupérables considérables. Le commissaire et les défenderesses ne sont pas d’accord sur la proportion des coûts pouvant être qualifiée d’irrécupérable. L’importance de ces coûts est tributaire de divers facteurs.

[173] Dans l’industrie du propane, les coûts irrécupérables comprennent les coûts occasionnés par le développement du marché, la préparation du site et les sommes perdues par rapport au prix d’achat lors de la vente d’éléments d’actif. M. Milne, de CPIL, estime que 50 p. 100 des dépenses engagées par CPIL pour s’implanter sur le marché de Camrose n’ont pas pu être récupérées. M. Katz, de AmeriGas, avance qu’entre 30 et 80 p. 100 des sommes investies pour l’implantation dans l’industrie du propane sont irrécupérables. Les dépenses au poste des salaires et autres coûts d’exploitation jusqu’au moment où l’entreprise quitte le marché ne sont pas récupérables non plus. Les témoins experts des défenderesses, Cole Valuation Partners Limited et A.T. Kearney (affidavit des témoins experts C. O’Leary et E. Fergin (17 août 1999) : pièce confidentielle CR-112), reconnaissent, à la page 202 de leur rapport, que certains coûts sont irrécupérables. Ils affirment par exemple que le coût de fermeture d’installations est de 50 000 $ par emplacement et que ces coûts sont irrécupérables.

[174] Les témoins experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, font valoir que des coûts irrécupérables sont aussi associés au temps que met un nouvel arrivant à acquérir la réputation d’un fournisseur sûr et à obtenir les permis requis pour la mise en place des installations de stockage. À la page 49 de leur rapport (pièce A-2056), ils affirment que les pertes découlant de l’exploitation à une capacité inférieure à la taille minimale efficiente sont également des coûts irrécupérables.

[175] Le Tribunal est convaincu de l’importance des coûts irrécupérables dans l’industrie et du fait qu’ils constituent une entrave importante pour un nouvel arrivant.

7) Éléments de preuve concernant l’accès au marché

[176] Les défenderesses cherchent à montrer que les entraves à l’accès au marché sont faibles par des éléments de preuve fournissant des exemples concrets de l’entrée d’entreprises indépendantes sur le marché au fil des années. Les défenderesses ont choisi de s’en tenir surtout à des éléments de preuve

indiquant la croissance des parts de marché d'entreprises indépendantes, au lieu de présenter des éléments de preuve pour réfuter chacune des affirmations du commissaire concernant les entraves à l'accès.

[177] Le commissaire soutient qu'il existe de fortes entraves à l'accès et qu'il n'est pas inhabituel pour une entreprise d'entrer sur le marché à petite échelle, mais que l'entrée à échelle relativement petite et l'expansion des nouveaux arrivants semble être à la fois modeste et lente. À la page 53 de leur rapport (pièce A-2056), les professeurs Schwindt et Globerman soutiennent que des entreprises sont effectivement entrées sur le marché à petite échelle et qu'il y a un « roulement considérable » de ces nouveaux arrivants. À l'appui, ils font état de la liste des membres de l'Association canadienne du gaz propane qui révèle 41 nouveaux membres entre 1994 et mai 1999. Ils constatent également qu'au milieu de 1999, 22 de ces nouveaux arrivants n'étaient plus membres de l'association. D'autres éléments de preuve présentés par Supérieur donnent aussi à penser que le nombre de petites entreprises qui entrent sur le marché et en sortent est élevé. Supérieur affirme que 45 nouvelles entreprises se sont implantées sur le marché depuis 1996. Toutefois, il n'y a qu'un seul exemple d'entrée sur le marché d'une grande entreprise, à savoir la tentative d'implantation de CPIL dans les segments agricole, commercial, industriel et automobile, dans l'Ouest canadien. Comme nous l'avons déjà signalé, cette tentative a échoué.

a) Tendances de base (1988-1998)

[178] Les défenderesses prétendent que 45 nouvelles entreprises sont entrées sur le marché à l'échelle nationale, au cours des trois dernières années, qu'il n'y a pas de preuve d'échec de ces implantations et que le volume des ventes de ICG a fléchi de 26 p. 100 pour des raisons d'inefficience, durant la période de huit ans pendant laquelle la demande nationale de propane s'est accrue et les entreprises indépendantes ont doublé leurs ventes. Les défenderesses prétendent en outre, en s'appuyant sur les meilleures estimations de Supérieur, que les entreprises indépendantes ont accru leurs parts des ventes au détail de propane, lesquelles sont passées de 17 p. 100 en 1989 à 42 p. 100 en 1998 (pièce R-111, onglet 5). Elles soutiennent aussi que les entreprises indépendantes ont affiché un accroissement, de 24 p. 100 en 1990 à 46 p. 100 en 1998, d'après les données de Statistique Canada.

[179] Durant l'audience, les défenderesses ont présenté de nombreuses estimations de la part de marché combinée de Supérieur et de ICG, ainsi qu'un graphique, soumis en dernier lieu, *(Comparison of SPI Estimates Over Time with Statistics Canada Estimates Over Time)* où sont comparées les estimations de la part de marché fondées sur les données de Supérieur et les estimations reposant sur les données de Statistique Canada pour la période de 1988 à 1998. Ce graphique révèle que Supérieur et ICG avaient une part de marché combinée de 81 p. 100 en 1988. Cette estimation est tirée de celles qui figurent dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de Norcen Energy Resources Limited, tenue le 11 octobre 1988 (pièce R-88), où les parts indiquées étaient de 41 p. 100 pour Supérieur, de 33,1 p. 100 pour ICG et de 6,6 p. 100 pour Premier Propane Inc. (« Premier »). Les défenderesses soutiennent que la part de marché combinée de Supérieur et de ICG est tombée à 60 p. 100 en 1998, d'après les estimations contenues dans les profils de succursales pour 1998 (pièce R-111, onglet 2).

[180] En réponse, le commissaire signale que la part de 81 p. 100 déclarée pour 1988 comprend le volume vendu par Premier, en dépit du fait que Supérieur n'a pas acquis Premier avant 1993. Le Tribunal ne comprend pas bien pourquoi le volume vendu par Premier a été inclus par les défenderesses dans l'estimation de la part de marché combinée pour 1988, puisque ce volume n'aurait pas concouru à la puissance commerciale combinée de Supérieur et de ICG durant l'année en question. Lorsque ce volume est exclu, la part combinée de Supérieur et de ICG est d'environ 74 p. 100 en 1988.

[181] En ce qui concerne la part de 60 p. 100 estimée pour 1998, le commissaire soutient que cette estimation est inexacte. Le commissaire fait observer que, pour obtenir cette estimation, les défenderesses ont calculé le volume total vendu sur le territoire de vente de chaque succursale, à l'aide de l'estimation

de la part de marché de Supérieur établie par le gestionnaire de chaque succursale et des volumes réels vendus par chaque succursale d'après les profils de succursales pour 1998. Pour déterminer les parts de marché de ICG et des entreprises indépendantes, les défenderesses ont calculé les volumes vendus par ICG et par les entreprises indépendantes à l'aide du volume total vendu et des volumes des entreprises indépendantes estimés par les gestionnaires de succursales.

[182] Selon le commissaire, pour corriger à nouveau l'estimation de 60 p. 100, les défenderesses ont ajouté 133 millions de litres, volume correspondant à la différence entre les volumes totaux signalés par les entreprises indépendantes dans l'enquête de 1997 effectuée auprès des concurrents par le commissaire et les estimations des volumes des entreprises indépendantes faites par Supérieur en 1998. L'ajout de ces 133 millions de litres aux volumes totaux estimés par les gestionnaires de succursales a ramené à 58 p. 100 la part combinée de Supérieur et de ICG en 1998. Dans ce rajustement de l'estimation, il est supposé que les entreprises indépendantes ont vendu la même quantité en 1998 qu'en 1997 et ce, en dépit du temps plus doux et d'autres facteurs qui ont vraisemblablement abaissé les volumes vendus dans l'ensemble de l'industrie.

b) Profils de succursales pour 1998

[183] Le commissaire soutient que les données figurant dans les profils de succursales pour 1998 sur lesquelles s'appuie la part estimée d'environ 58 p. 100 sont inexactes et ne concordent pas avec la position adoptée dans le passé et à l'heure actuelle par Supérieur et ICG, dans leurs exposés de divulgation publics, ni avec les pratiques courantes dans l'industrie ou avec d'autres données présentées au Tribunal.

[184] Le commissaire soutient que les profils de succursales pour 1998 sont inexacts pour diverses raisons. Le Tribunal fait observer qu'on ne sait pas si la part de marché estimée par Supérieur pour une succursale comprend les volumes vendus à des agents. À l'audience, M. Schweitzer n'a pas pu confirmer comment les gestionnaires de succursales avaient préparé les profils; il a dit que les directeurs de succursales de Supérieur avaient procédé de diverses manières. Il a ajouté qu'à son avis, les estimations avaient été revues au siège social de Supérieur et que [traduction] « les incohérences avaient donné lieu à des vérifications (transcription, vol. 32 à la page 6109 (6 décembre 1999)). Cette étape du processus n'est pas claire non plus.

[185] En outre, M. Schweitzer a témoigné que les gestionnaires de succursales avaient sans doute estimé les volumes vendus par les concurrents en examinant le matériel de livraison de ces entreprises qu'ils pouvaient observer de la route bordant les sites de ces concurrents et en estimant le nombre de litres « habituellement » livrés au cours d'une année par le genre de véhicules observés (transcription, vol. 35 aux pages 7000-7002 (9 décembre 1999)). Les volumes ainsi estimés étaient apparemment utilisés ensuite pour estimer les parts de marché des concurrents.

[186] Le Tribunal est d'avis que la capacité que paraissent avoir les concurrents ne fournit pas une estimation appropriée des volumes vendus lorsque les conditions changent. Par exemple, un fournisseur concurrent pouvant approvisionner par camions 15 p. 100 du marché ne s'empresserait pas nécessairement de réduire sa capacité si le temps devient plus doux ou si les volumes vendus diminuent. Aucun élément de preuve ne laisse croire qu'il existe une corrélation directe entre le matériel que peut posséder un concurrent et le volume réel de propane vendu par ce concurrent sur le marché. De plus, le fait d'observer le matériel ne fournit pas de renseignements sur l'intensité avec laquelle le matériel est utilisé. Il ne permet pas de déterminer la quantité de propane contenue dans un camion, ni le nombre de fois qu'un camion est rempli durant une semaine donnée.

c) Volumes réels en 1998

[187] Le commissaire signale que, selon lui, les volumes réellement vendus par Supérieur et ICG en 1998 s'élevaient à environ 1,23 milliard de litres et 0,92 milliard de litres, respectivement, pour un total combiné de 2,15 milliards de litres. D'après des documents internes de Supérieur, la direction de l'entreprise croyait que sa part de marché n'avait pas varié et se situait à 40 p. 100 en 1996. Suivant la méthode qu'elle dit avoir utilisé, la direction de Supérieur aurait estimé à 3,08 milliards de litres (soit 1,23/0,4) la demande totale de propane en 1998, si bien que la part de marché combinée de Supérieur et de ICG aurait été de 70 p. 100 (soit 2,15/3,08). Les documents de Supérieur révèlent qu'il s'agit effectivement du niveau auquel la direction de Supérieur croyait que se situait la part de marché combinée, lorsqu'elle envisageait l'acquisition de ICG.

[188] Toutefois, par suite de l'examen des profils de succursales pour 1999, la direction de Supérieur a conclu qu'il y avait eu fléchissement de la part de marché combinée pour 1998. Pour la première fois, semble-t-il, la direction de Supérieur a conclu que la demande totale telle qu'estimée par Statistique Canada, à savoir 3,95 milliards de litres en 1998, était la base appropriée pour l'estimation de la part de marché combinée de Supérieur et de ICG qui, en utilisant les volumes réels, se situait ainsi à 54 p. 100 (soit 2,15/3,95).

[189] Le commissaire attribue la baisse de volume observée en 1998 à des facteurs qui ont eu des répercussions sur l'ensemble de l'industrie. En effet, le rapport annuel de 1998 du Superior Propane Income Fund (pièce R-111, onglet 1) indique, à la page 01194 :

> [TRADUCTION]
> Les bénéfices bruts de 203,5 millions de dollars réalisés en 1998 (16,6 cents le litre de propane vendu) représentent une baisse de trois pour cent par rapport à ceux de 1997. En 1998, le volume de propane vendu a diminué de 14 p. 100, en conséquence d'une baisse de la demande de propane pour le chauffage résultant d'un réchauffement de 12 p. 100, en moyenne, par rapport aux températures enregistrées en 1997, d'une baisse de la demande de propane pour véhicules automobiles résultant d'une diminution du nombre de véhicules au propane, d'un ralentissement de l'activité dans les champs pétrolifères causé par le fléchissement frappant des prix du pétrole au début de 1998, et d'une baisse du volume de propane utilisé pour le séchage des cultures en 1998, en raison du temps sec et de la diminution des prix des cultures.

Par conséquent, le commissaire conteste ce qu'avancent les défenderesses qui affirment que la baisse des volumes vendus en 1998 était attribuable à une diminution de la part de marché combinée.

[190] En outre, d'après l'estimation du témoin expert du commissaire, M. Mathieson, la demande au détail s'élevait à trois milliards de litres en 1998, même si l'estimation de Statistique Canada était de 3,95 milliards de litres. M. Mathieson signale que les données de Statistique Canada pouvaient servir à établir le sens de l'évolution de la demande dans l'industrie, mais que les données indiquant la consommation annuelle étaient faussées en raison du double compte. Avant que la direction de Supérieur n'examine les profils de succursales pour 1998 en 1999, elle n'acceptait pas les données de Statistique Canada et elle croyait que la part de marché combinée était d'environ 70 p. 100. De plus, au printemps de 1999, la direction de Supérieur croyait que la part de marché de l'entreprise était supérieure à 40 p. 100 du marché canadien de vente au détail de propane et que rien ne donnait à penser, à l'époque, que la part de marché de Supérieur diminuait au profit des entreprises indépendantes (voir le témoignage de M. Schweitzer, transcription, vol. 31 aux pages 5861-84 (3 décembre 1999)).

[191] Le commissaire soutient que les défenderesses ont manipulé diverses données pour faire croire que les parts de marché respectives de Supérieur et de ICG fléchissent depuis 1989. Le commissaire fait observer que Supérieur n'a pas signalé cette importante baisse de sa part de marché à ses investisseurs, dans ses rapports trimestriels. En effet, de l'avis du commissaire, d'autres sources d'information sur l'année 1997, dont l'enquête auprès des concurrents, l'analyse de rentabilisation et les données préparées par les défenderesses en vue de l'acquisition de ICG par Supérieur, donnent à penser qu'il en est autrement.

[192] Le commissaire conteste le fait que Supérieur ait ajouté 133 millions de litres à l'estimation des volumes vendus par les entreprises indépendantes en 1998, dans le résumé des profils de succursales pour 1998. Le commissaire soutient qu'une juste estimation devrait tenir compte de la baisse de la demande observée dans l'ensemble de l'industrie en 1998, phénomène connu en 1999 lors de la préparation et de l'analyse des profils. Le commissaire soutient que, comme les volumes vendus par Supérieur et ICG avaient diminué d'environ 14 p. 100 en 1998, il aurait fallu réduire d'un même pourcentage les estimations des volumes vendus par les entreprises indépendantes.

[193] Le commissaire signale que les gestionnaires de succursales ont estimé les volumes vendus par les concurrents et leurs parts de marché en 1998 en observant la capacité de ces concurrents (p. ex. le nombre et la taille des camions) en 1999, ce qui a vraisemblablement mené à une surestimation des volumes vendus en 1998. Il affirme qu'en dépit d'une baisse générale de la demande de propane, la capacité n'a probablement pas diminué.

[194] Les défenderesses, qui se fondent sur les données annuelles de Statistique Canada concernant les volumes et révélant une baisse de 511 millions de litres de la demande en 1998, répondent que les volumes globaux vendus par les entreprises indépendantes ont diminué de six pour cent seulement. De plus, ces changements ont pour effet de hausser de trois points de pourcentage la part de marché globale des entreprises indépendantes, hausse équivalente à la baisse de la part de marché combinée de Supérieur et de ICG.
[195] Le Tribunal accepte les éléments de preuve du témoin expert, M. Mathieson, suivant lequel les données de Statistique Canada ne correspondent pas à la demande réelle durant une année donnée, et il doute donc que la demande de propane ait fléchi de 511 millions de litres en 1998. Par conséquent, le Tribunal n'est pas persuadé par les données présentées par les défenderesses que la part de marché globale des entreprises indépendantes s'est accrue de trois points de pourcentage en 1998, ni que la part de marché combinée de Supérieur et de ICG a fléchi de trois points de pourcentage.

d) Autres sources faisant état d'une part de marché combinée de 70 p. 100

[196] Diverses sources indiquent que Supérieur et ICG détenaient une part de marché combinée de 70 p. 100, que le marché canadien de la vente au détail de propane représentait au total 3,5 milliards de litres par année et qu'il s'est plus ou moins maintenu au cours des 10 dernières années.

[197] En 1996, Petro-Canada, avec l'aide d'un expert-conseil, Arthur D. Little, a évalué les activités de ICG. Il est conclu à la page 21997 de l'étude intitulée Petro-Canada - ICG Business Valuation (pièce confidentielle CA-1019), en date du 19 septembre 1996, que le volume de base de propane est de 2,4 milliards de litres (Supérieur, 45 p. 100; ICG, 29 p. 100; entreprises régionales, 16 p. 100; entreprises indépendantes, 10 p. 100), et que celui du propane pour véhicules automobiles est de 1,2 milliard de litres (Supérieur; 45 p. 100; ICG, 29 p. 100; entreprises régionales, 16 p. 100; entreprises indépendantes, 10 p. 100).

[198] En 1998, le prospectus et la circulaire d'information font tous les deux état du maintien à environ 30 p. 100 de la part de marché de ICG (pièce R-47, onglet 65, à la page 04373) :

> [TRADUCTION]
> 4.2 Qui sont vos principaux concurrents sur le marché où vous exercez vos activités?
>
> Supérieur Propane Inc., la plus importante entreprise de propane au Canada, occupe environ *40 p. 100 du marché*. Ensemble, *ICG et Supérieur détiennent environ 70 p. 100 du marché*. Dans la plupart des endroits, *ICG détient une part de marché de 35 à 40 p. 100* ou même plus, sauf en Ontario, où ICG occupe une part de l'ordre de 15 p. 100, et dans les Maritimes, où ICG joue un petit rôle. Le reste du marché est réparti entre 10 fournisseurs régionaux et 60 petits concurrents indépendants. Le secteur de l'industrie occupé par les petites entreprises est très dynamique et caractérisé par des prises de contrôle, des démarrages et des sorties qui s'opèrent régulièrement; toutefois, *la part de marché combinée de ICG et de Supérieur n'a sensiblement pas varié au cours des cinq dernières années.* (non mis en évidence dans l'original)

[199] En ce qui concerne les estimations de Supérieur, le Tribunal fait observer que Supérieur a effectué une analyse détaillée du marché du propane en 1995-1996 (*SPI Market Assessment 1995/96 :* pièce A-10). Dans cette étude de chaque marché et de chaque utilisation finale dans l'ensemble du pays, il est conclu que Supérieur occupe 43 p. 100 du marché canadien de la vente au détail du propane, ICG, 29 p. 100, et les autres, 28 p. 100. Il est aussi affirmé au paragraphe 2, à la page 00251 :

> [TRADUCTION]
> ... La somme de ces estimations, qui correspond en principe à la *demande canadienne totale de propane au détail, s'élève à 3,45 milliards de litres, soit 13 p. 100 de moins que les 3,95 milliards de litres qui sont la plus récente estimation de Statistique Canada.* (non mis en évidence dans l'original)

[200] En 1996, M. Schweitzer a participé au processus d'analyse de la diligence raisonnable qui a mené au rapport annuel de 1996 du Superior Propane Income Fund. Dans le prospectus, daté du 25 septembre 1996 (pièce A-202), il est affirmé ce qui suit à la page 03899 :

> [TRADUCTION]
> ... Supérieur exerce ses activités dans les dix provinces et dans un territoire et l'entreprise est le plus important distributeur de propane au Canada et la seule à pratiquer ses activités à l'échelle nationale; *les volumes totaux vendus représentent plus de 40 p. 100 du marché global estimé de vente au détail de propane au Canada.* La demande varie selon les segments de marché, *mais la demande globale de propane est stable, et la taille de Supérieur et l'ampleur de ses activités lui ont permis dans le passé de maintenir les volumes vendus.* (non mis en évidence dans l'original)

[201] Le rapport annuel de 1997 du Superior Propane Income Fund (pièce A-712), rendu public au printemps de 1998, confirme, à la page 07697, que [traduction] « les volumes vendus [par Supérieur] représentent plus de 40 p. 100 du marché global estimé de la vente au détail de propane au Canada ».

[202] Peter Jones, ancien vice-président de Supérieur responsable de l'exploitation dans l'Ouest, a préparé un document exposant l'analyse de rentabilisation (pièce confidentielle CA-193), lorsqu'il était en fonction à Supérieur en mai 1998, après la publication du prospectus de ICG. Aux pages 03374 et 03380 du document, il est affirmé que Supérieur occupe 41 p. 100 du marché et ICG, 32 p. 100, parts établies en fonction d'un volume national de 3,321 milliards de litres de propane en 1997.

[203] À la page 01693 du rapport annuel de 1998 du Superior Propane Income Fund (pièce R-5, onglet 161), il est aussi indiqué que [traduction] « ensemble, Supérieur et ICG comptent environ 300 000 clients et 250 succursales et installations satellites, qui représentent *environ 70 p. 100 du marché canadien de la vente au détail de propane »* (non mis en évidence dans l'original).

[204] Le Tribunal fait observer que même le rapport trimestriel, du 27 octobre 1999, du Superior Propane Income Fund (pièce A-3126), publié après que M. Schweitzer ait appris la baisse présumée de la part de marché de Supérieur par suite de l'examen des profils de succursales pour 1998, ne fait état d'aucun changement à cet égard ni d'aucune correction à l'estimation précédemment présentée pour 1998. En effet, à la page 1 de ce rapport, il est affirmé :

> [traduction]
> ... Les résultats des activités de Supérieur et de ICG sont demeurées atones au cours de ce trimestre, en raison surtout du *fléchissement global de la demande de propane* enregistré au cours du troisième trimestre et des pressions à la baisse s'exerçant sur les marges, pendant que continuaient de croître les coûts de la vente en gros de propane sous l'effet d'un essor des prix du pétrole brut. Un affaiblissement des résultats au cours des deuxième et troisième trimestres n'est pas inhabituel dans l'industrie du propane. Plus de 60 p. 100 des mouvements de trésorerie ont habituellement lieu durant l'hiver, et sont attribuables au chauffage durant la période d'octobre à mars. Vu l'amélioration récente des prix du pétrole brut et des conditions économiques, *les perspectives pour 1999 restent les mêmes.* (non mis en évidence dans l'original)

[205] Il semble donc au Tribunal que Supérieur a choisi de ne pas révéler à ses investisseurs, par voie de ses rapports trimestriels, la baisse présumée de la part de 70 p. 100 habituellement occupée par Supérieur et ICG sur le marché national du propane.

e) Conclusion sur les parts de marché

[206] Les éléments de preuve donnent à penser que la demande de propane au détail correspondait à environ 3,5 milliards de litres par année jusqu'à la fin de 1997. De même, tous les éléments de preuve, sauf le résumé des profils de succursales de Supérieur pour 1998, indiquent que les parts de marché de Supérieur et de ICG étaient d'environ 40 p. 100 et 30 p. 100, respectivement, jusqu'à la fin de 1998. Par contraste avec les éléments de preuve précités concernant les parts de marché de Supérieur et de ICG, les estimations fondées sur les profils de succursales pour 1998 portent à croire que Supérieur et ICG occupaient des parts respectives de 34 p. 100 et 26 p. 100 en 1998. Cette estimation semble avoir incité la direction de Supérieur à conclure que la baisse des volumes vendus en 1998 résultait de l'accroissement des parts de marché des fournisseurs indépendants plutôt que du temps plus doux observé durant l'année.

[207] Le Tribunal doute sérieusement de l'exactitude et de la validité de l'information contenue dans les profils de succursales pour 1998 et, partant, dans le résumé de ces profils. Le Tribunal estime que la méthode de collecte et de dépouillement des données n'est pas valable. Par exemple, les erreurs des gestionnaires de succursales ont abouti au double compte des volumes de propane vendus par les agents. En outre, les estimations des parts de marché occupées par les concurrents, faites par ces gestionnaires, ont été rajustées au siège social de Supérieur pour les faire concorder avec la taille du marché global estimée par Supérieur. Il semble que les profils de succursales et le résumé de ceux-ci soient erronés. Certains gestionnaires de succursales ont commis des erreurs en répondant mal aux questions; la méthode utilisée pour déduire les volumes vendus par les concurrents et leurs parts de marché, d'après la capacité observée, aboutit vraisemblablement à une surestimation des volumes et des ventes. Le Tribunal s'étonne que les gestionnaires de succursales de Supérieur n'aient appris que récemment l'important accroissement

des parts de marché des entreprises indépendantes au cours de 10 années, mais qu'ils aient été capables d'estimer avec exactitude les volumes vendus par ces concurrents en 1998. Enfin, le Tribunal est d'avis que la direction de Supérieur a mal conçu les questionnaires ou mal recueilli les données ou encore qu'elle n'a pas veillé à vérifier suffisamment la fiabilité des données. Par conséquent, le Tribunal n'accorde aucune valeur probante aux éléments de preuve concernant les parts de marché qu'ont présentés les défenderesses dans les profils de succursales.

[208] Le Tribunal est également préoccupé par l'ajout de 133 millions de litres au volume global des concurrents en 1998, dans le résumé des profils de succursales. Cette quantité semble avoir été ajoutée pour compenser la sous-estimation, dans le résumé des profils de succursales, des volumes des concurrents en 1998 par rapport à ceux de 1997. Le Tribunal croit que ce rajustement n'est pas approprié, vu la baisse des volumes vendus dans l'ensemble de l'industrie en 1998.

[209] Comme nous l'avons signalé plus haut, la baisse semble attribuable au temps plus doux et au ralentissement de l'activité économique dans certains segments d'utilisation finale du propane. Vu son inquiétude au sujet des profils de succursales, le Tribunal ne peut attribuer la baisse des volumes vendus par Supérieur et ICG à l'augmentation présumée des parts de marché des entreprises indépendantes. Il n'y a certes aucun élément de preuve, outre les profils de succursales pour 1998, qui étaie l'accroissement des parts de marché, comme le prétendent les défenderesses. Les éléments de preuve présentés pour la période de 1988 à 1998, et même pour 1999, laissent croire que la part de marché combinée de Supérieur et de ICG s'est maintenue.

[210] Comme nous l'avons signalé précédemment, le Tribunal admet que les marchés géographiques pertinents sont de nature locale. Par conséquent, les éléments de preuve indiquant des parts de marché élevées à l'échelle locale peuvent uniquement être réfutés par des éléments de preuve montrant que l'entrée sur le marché local peut empêcher l'exercice d'une puissance commerciale. Aucune élément de preuve de cette nature n'a été fourni en l'espèce. Les défenderesses invoquent plutôt la tendance présumée à la baisse de la part de marché combinée des parties au fusionnement pour faire la preuve de l'accès et de l'expansion.

[211] Par conséquent, le Tribunal ne peut accepter les affirmations des défenderesses concernant l'entrée et l'expansion. Le Tribunal est d'avis que les parts de marché de Supérieur et de ICG n'affichent aucune variation importante laissant croire à un accroissement des parts des entreprises indépendantes.

C. DISPARITION D'UN CONCURRENT DYNAMIQUE ET EFFICACE

[212] Le commissaire soutient que le fusionnement entraînera la disparition d'un concurrent dynamique et efficace sur le marché. Le commissaire signale que, de l'avis même de Supérieur, ICG est un important concurrent. Dans des documents internes, Supérieur qualifie ICG de son « plus important » concurrent, fait état des faibles prix de ICG et de ses faibles coûts, signale le fait que ICG abaisse ses prix pour attirer de nouveaux clients, et formule d'autres observations. En outre, le commissaire mentionne l'affidavit souscrit par M. Jones concernant la demande présentée en vertu de l'article 100, dans lequel M. Jones affirme que, sous sa direction, ICG demeurerait un vigoureux concurrent de Supérieur. Dans son témoignage, M. Schweitzer a aussi affirmé que ICG était le concurrent le plus fréquent de Supérieur (transcription, vol. 35 aux pages 6925, 6926 (9 décembre 1999)).

[213] Le commissaire fait également état du prospectus du 25 septembre 1996 associé au Superior Propane Income Fund de 1996 (pièce A-202), dans lequel il est affirmé à la page 03897 :

> [TRADUCTION]
> Outre Supérieur, Propane ICG Inc. (« ICG »), filiale en propriété exclusive de Petro-Canada, est le seul distributeur au détail de propane exerçant des activités interprovinciales. Supérieur et ICG se partagent les trois quarts environ du marché canadien de la vente au détail, le reste étant occupé par des distributeurs locaux et régionaux.

[214] Enfin, le commissaire soutient qu'aucun autre concurrent n'offre de programmes innovateurs, comme les programmes Cap-It et Golf-Max. Le commissaire fait valoir que le programme Cap-It a avantagé ICG par rapport à ses concurrents, dont Supérieur.

[215] Les défenderesses prétendent que ICG est un concurrent inefficace et inefficient. Elles invoquent à l'appui le témoignage de M. Sparling qui a affirmé que [traduction] « sur les marchés où nous exerçons des activités, nous ne considérons pas [ICG] comme un concurrent efficace » (transcription confidentielle, vol. 6 à la page 122 (14 octobre 1999)). Elles s'appuient également sur les éléments de preuve fournis par M. Jones, qui a décrit l'inefficience de ICG à l'aide de diverses mesures exprimées en cents le litre et liées aux volumes décroissants de ICG, dont les coûts d'exploitation en général et les coûts d'administration, du parc de véhicules et de livraison en particulier (transcription, vol. 35 aux pages 7056-67 (9 décembre 1999)). Elles font aussi état des éléments de preuve fournis par les experts, le professeur Carlton et M. Bamberger, qui ont témoigné que leurs travaux de recherche confirmaient les éléments de preuve montrant que ce sont les entreprises indépendantes, et non pas ICG, qui empêchent Supérieur de hausser ses prix.

[216] Le Tribunal n'est pas persuadé que ICG est un concurrent inefficace. Premièrement, au tableau 2 du rapport d'analyse (affidavit du témoin expert D. Carlton (17 août 1999) : pièce confidentielle CR-120) des marges brutes et des bénéfices avant intérêts, impôts, provisions et amortissements (« BAIIPA »), le professeur Carlton montre que, durant la période de 1994 à 1998, ICG affichait une marge brute moyenne de 44,7 p. 100, en proportion des recettes totales, comparativement à 44,5 p. 100 pour Supérieur. De même, le tableau 3 de ce rapport montre que ICG avait des BAIIPA moyens de 11,2 p. 100, en proportion des recettes totales, comparativement à 12,9 p. 100 pour Supérieur, durant la même période. Ces données peuvent indiquer que les résultats financiers de Supérieur étaient légèrement meilleurs que ceux de ICG, mais ils ne montrent pas que ICG était un concurrent inefficace.

[217] Deuxièmement, à la page 12 du rapport produit en réfutation (affidavit de réfutation des témoins experts R. Schwindt et S. Globerman (15 septembre 1999) : pièce confidentielle CA-2078), les experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, ont examiné l'analyse des clients attirés et perdus, faite par le professeur Carlton, laquelle laisse entendre que, de façon générale, Supérieur perd plus de clients au profit des entreprises indépendantes que de ICG et qu'elle attire plus de clients aux dépens de ces entreprises que de ICG. Ils contestent cette conclusion en invoquant l'exemple de Bromont, au Québec, où le volume moyen représenté par un compte que dispute ICG est trois fois plus élevé que celui d'un compte que cherche à s'attirer une entreprise indépendante. Par conséquent, bien que ICG rivalise moins fréquemment avec Supérieur que ne le font les entreprises indépendantes, elle est un concurrent solide et vigoureux pour les comptes représentant de gros volumes. Partant, ce qui peut paraître à Supérieur une faible concurrence de la part de ICG peut n'être que la stratégie utilisée par ICG afin de livrer une plus vive concurrence pour les comptes importants, moins nombreux que les comptes représentant un plus petit volume.

[218] Troisièmement, le Tribunal a examiné la réponse donnée par ICG conformément à l'engagement no 150 pris au cours de l'interrogatoire préalable. Il y figure une liste de 18 services offerts par ICG, dont les programmes Cap-It, Golf-Max, Auto-fill et SOS Cylinder Delivery, ainsi que le programme d'aquaculture. Cette liste présente aussi, par région, les concurrents qui offrent ou n'offrent pas des

services semblables. Le Tribunal conclut que ICG est un concurrent important et vigoureux qui cherche à attirer des clients en leur offrant ces services spécialisés.

[219] Il semble au Tribunal que l'argument des défenderesses traite plutôt des résultats financiers présumés de ICG que de son rôle de concurrent efficace sur le marché. Les éléments de preuve fournis au Tribunal révèlent que ICG cherche activement à attirer des clients parmi les plus gros consommateurs et au moyen de programmes spécialisés, que les consommateurs dans les divers segments d'utilisation finale considèrent ICG comme un autre fournisseur possible, que les consommateurs évoquent la possibilité de faire affaire avec ICG dans les négociations de prix avec Supérieur, et que la part de marché de ICG se maintient à environ 30 p. 100, comme nous l'avons signalé précédemment. Ces éléments de preuve ne fournissent pas de raisons de conclure que ICG est un concurrent inefficace. Le reste des éléments de preuve présentés par le professeur Carlton à ce sujet sera examiné plus bas.

D. CONCURRENCE ÉTRANGÈRE

[220] Le commissaire soutient que les entreprises étrangères n'opposent pas une concurrence réelle. Le témoin expert des défenderesses, le professeur Carlton, prétend, au paragraphe 21 de son rapport (pièce confidentielle CR-120), que les distributeurs de propane établis dans les États frontaliers pourraient entrer sur le marché canadien s'il y avait une hausse de prix après le fusionnement et que les 10 plus importants détaillants de propane aux États-Unis comptent plus de 1 500 points de vente au détail dans les États en bordure de la frontière canado-américaine. Toutefois, comme le signale le commissaire, il n'y a eu, pour ainsi dire, aucun exemple d'entrée sur le marché canadien par des distributeurs américains de propane.

[221] Un distributeur de propane des États-Unis peut entrer sur le marché canadien du propane de trois façons, à savoir qu'il peut : 1) approvisionner les installations près de la frontière depuis des centres de stockage situés aux États-Unis; 2) établir des succursales au Canada; 3) acquérir un distributeur canadien de propane. Le seul exemple sous une de ces formes est celui mentionné par le professeur West, c'est-à-dire l'entreprise américaine, Lake Gas, située à International Falls, au Minnesota, qui vend directement un petit volume (50 000 litres de propane) à Fort Frances, en Ontario.

[222] Il n'y aucun élément de preuve montrant qu'un distributeur américain a établi une succursale au Canada. Au début de 1998, la société Gaz Métropolitain Inc. a témoigné un intérêt pour l'acquisition de ICG avec l'aide d'un partenaire, la société AmeriGas qui est l'un des plus importants distributeurs de propane aux États-Unis. L'acquisition n'a pas eu lieu, et il n'y a aucun élément de preuve montrant une entrée réussie par la voie d'une acquisition par un distributeur américain de propane.

[223] Compte tenu des diverses entraves à l'accès analysées plus haut, et pour diverses raisons, dont les différences sur le plan de la facturation, de la monnaie, de la langue et des systèmes de mesure, le Tribunal estime qu'il est peu vraisemblable que des entreprises américaines opposent une concurrence efficace à l'entité fusionnée sur le marché canadien de la vente au détail du propane.

E. CONCURRENCE RÉELLE RESTANTE

[224] Le commissaire soutient que le fusionnement proposé aura pour effet de rendre la concurrence plus faible et inefficace. Le commissaire invoque en particulier les éléments de preuve montrant que Supérieur et ICG fixent les prix sur lesquels s'alignent habituellement les entreprises indépendantes. La disparition de ICG éliminerait donc le seul important obstacle à une hausse des prix par Supérieur.

[225] Sur la question de l'efficacité des concurrents indépendants et de l'effet de limitation de ICG, les défenderesses présentent le témoignage et le rapport d'un expert, le professeur Carlton, dont nous traiterons plus loin. D'autres éléments de preuve laissent croire que l'inquiétude du commissaire au sujet

de la concurrence réelle restante est bien fondée. Par exemple, l'entité fusionnée sera la seule entreprise au Canada capable de fournir aux clients nationaux un niveau de service égal à celui qu'offre actuellement Supérieur ou ICG. Aucune des autres entreprises ne peut fournir efficacement de tels services, de sorte qu'elles n'opposeront pas une concurrence efficace à l'entité fusionnée sur le plan des comptes nationaux.

[226] D'après Supérieur, il existe jusqu'à 200 entreprises indépendantes. Le commissaire signale que bon nombre de ces entreprises sont des agents des parties au fusionnement ou sont associées à ces entreprises en qualité de « vendeurs en vrac ». Un vendeur en vrac achète le propane, en devient propriétaire et convient avec ICG ou Supérieur de vendre ce produit sur des territoires bien définis. Quant aux vendeurs en vrac associés à ICG, ils s'en remettent à elle pour l'établissement des prix, l'administration des contrats et la facturation directe des clients. Le Tribunal n'estime pas que ces agents et vendeurs en vrac sont de solides concurrents des parties au fusionnement, notamment par rapport aux clients existants.

[227] Le commissaire soutient qu'il existe des concurrents de moindre importance ou des concurrents régionaux sur certains marchés locaux du propane, mais qu'il n'y a de concurrence soutenue ou importante qu'entre les parties au fusionnement. Cette affirmation est étayée par le fait que les distributeurs indépendants de propane sont des preneurs de prix, qu'ils sont souvent inconnus des consommateurs sur leurs propres marchés, qu'ils différencient leurs produits et leurs installations pour éviter la concurrence directe avec les parties au fusionnement et qu'ils rivalisent surtout entre eux. Cette dernière observation amène les professeurs Schwindt et Globerman à parler de « roulement ». Par exemple, M. Sparling affirme que son entreprise ne cherche pas activement à attirer des clients de rivaux, en particulier de Supérieur. À ce sujet, il a témoigné ainsi :

> [TRADUCTION]
> M. MILLER : Cherchez-vous activement à attirer des clients de vos rivaux?
> M. SPARLING : Non.
> M. MILLER : Recommandez-vous une façon de procéder pour représenter...
> M. SPARLING : Nous déconseillons à nos agents d'agir de la sorte. C'est ce que nous appelons le démarchage non sollicité. Je ne dis pas que cette pratique n'existe pas dans l'industrie, mais elle est certainement déconseillée dans notre entreprise; nous appelons ainsi le fait pour un agent de se promener dans une rue et, chaque fois qu'il voit un réservoir, de s'arrêter pour rendre visite au client à l'improviste. Nous déconseillons à nos agents d'adopter cette pratique.
>
> Transcription, vol. 12 à la page 1731 (14 octobre 1999).

[228] M. Sparling a également affirmé que son entreprise ne cherche pas à être un décideur de prix; elle met plutôt l'accent sur la « cohérence des prix » entre les différents clients (transcription, vol. 12 à la page 1728 (14 octobre 1999)). De l'avis du Tribunal, cette remarque peut traduire un comportement délibérément comparable qui caractérise certains marchés oligopolistiques; elle témoigne peut-être simplement du fait que Supérieur et Sparling appliquent des stratégies de commercialisation tout à fait différentes et que ces entreprises ne sont donc pas en concurrence directe. Dans l'un cas comme dans l'autre, cette remarque donne à penser que l'entreprise Sparling ne peut être considérée comme un concurrent efficace de Supérieur ou de l'entité fusionnée.

[229] D'autres éléments de preuve laissant croire à un affaiblissement de la concurrence restante sont fournis par M. Edwards, de EDPRO Energy Group Inc. (« EDPRO »), qui a établi son entreprise en juin 1997. M. Edwards affirme qu'il a établi son entreprise à London, en Ontario, en raison de la proximité de cette ville à une source d'approvisionnement en propane à Sarnia et pour éviter d'avoir à faire

concurrence sur un marché où une entreprise occupe une place prédominante. D'après l'expérience qu'il a acquise dans les Maritimes, M. Edwards estime que son entreprise avait peu de chance de réussir si elle entrait en concurrence avec un distributeur de propane occupant une position prédominante. En outre, M. Edwards explique qu'après deux ans dans le domaine, EDPRO compte trois principaux clients qui représentent 75 p. 100 du volume total vendu par son entreprise.

[230] De plus, la nature de l'organisation de EDPRO, qui est exploitée comme une franchise, indique que les vendeurs associés sont essentiellement des vendeurs en vrac plutôt que des concurrents. Les vendeurs associés achètent le propane auprès de EDPRO et exercent leurs activités sous l'enseigne EDPRO dans des territoires de vente exclusifs définis dans le cadre d'accords avec EDPRO.

[231] Il semble au Tribunal que les clients résidentiels soient mal renseignés sur l'existence dans leurs régions de distributeurs de propane autres que les parties au fusionnement. Par exemple, un des témoins ordinaires du commissaire, Mme Simons, était incapable de nommer des distributeurs qui livrent du propane à Renfrew, en Ontario. Au cours du contre-interrogatoire par les défenderesses, elle a affirmé que, lors de la construction de sa maison à Renfrew, Supérieur et ICG étaient les deux seuls distributeurs dont elle était au courant et qu'elle a choisi ICG en fonction du prix. Elle a témoigné qu'aucun autre fournisseur de propane ne lui avait offert des services et qu'elle était au courant d'un seul autre fournisseur, Rainbow Propane, qui offrait des réservoirs de 100 livres pour maisons de campagne (transcription, vol. 19 à la page 3304 (26 octobre 1999)).

[232] Des éléments de preuve soumis au Tribunal indiquent aussi que les clients résidentiels sont informés des concurrents par leurs voisins, par le bouche à oreille. Le Tribunal conclut de ce manque d'information sur les concurrents que les entreprises indépendantes ne font pas une publicité aussi vigoureuse de leurs services que ne le fait ICG ou Supérieur, et que les clients sont peu sensibilisés, comme le soutient le commissaire.

[233] Les défenderesses prétendent que certaines entreprises pourraient facilement se lancer dans la vente au détail de propane et, par deux fois, elles citent un extrait de la section 3.2.2.7 des Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], lesquelles prévoient, dans certaines conditions, l'inclusion des concurrents possibles au stade de la délimitation du marché pertinent. Partant, les défenderesses préconisent l'inclusion dans le marché pertinent des producteurs de propane situés en amont, des fournisseurs éloignés et des fournisseurs d'autres combustibles, et elles nomment des entreprises en exemple. L'extrait de la section 3.2.2.7 des Lignes directrices que citent les défenderesses prévoit en partie ceci :

> ... Lorsqu'il peut être établi qu'un tel vendeur adapterait vraisemblablement ses installations existantes pour produire le produit pertinent en quantités suffisantes pour limiter une augmentation de prix relativement importante et non transitoire sur le marché pertinent, cette source de concurrence sera généralement incluse dans le marché pertinent.

[234] Le Tribunal fait observer que les défenderesses n'ont pas fourni d'information sur les ventes au détail de propane que les concurrents possibles nommés pourraient raisonnablement réaliser et que, par conséquent, elles n'ont pas établi que ces ventes pourraient avoir pour effet de limiter une augmentation des prix des produits vendus sur le marché pertinent.

[235] Les défenderesses s'appuient sur la note de bas de page 22 des Lignes directrices pour soutenir en outre que, même si des parts de marché ne peuvent pas raisonnablement être déterminées pour ces concurrents possibles, l'existence de ces entreprises suppose que les parts de marché des détaillants réels exagèrent leur position relative sur le marché. En fait, les défenderesses demandent au Tribunal

d’accorder moins de poids aux parts de marché estimées de Supérieur, de ICG et vraisemblablement des entreprises indépendantes en raison de l’existence de concurrents possibles.

[236] À ce sujet, le Tribunal signale le caractère incomplet de la citation des défenderesses tirée des Lignes directrices qui prévoient aussi, immédiatement après l’extrait cité :

> ... Cependant, la concurrence potentielle émanant de vendeurs qui pourraient produire le produit pertinent en adaptant des installations qui produisent en fait d'autres produits ne sera pas évaluée au stade de la définition du marché pertinent lors de l'analyse d'un fusionnement :
>
> > i) lorsqu’un vendeur potentiel se heurterait vraisemblablement à des difficultés relativement importantes dans la distribution ou la commercialisation du produit pertinent, ou
> >
> > ii) lorsque de nouvelles installations de production ou de distribution seraient nécessaires pour produire et vendre à une échelle importante.
>
> Dans ces circonstances, cette source de concurrence sera plutôt étudiée après la délimitation du marché pertinent, lors de l’évaluation de la probabilité d’une implantation ultérieure dans le marché pertinent conformément aux dispositions du paragraphe 93d) de la Loi.

[237] Les éléments de preuve soumis en l’espèce en ce qui concerne, entre autres, les contrats des clients et les économies d’échelle amènent le Tribunal à croire que la production des nouveaux arrivants possibles mentionnés par les défenderesses serait exclue du marché pertinent si les Lignes directrices étaient appliquées. Par conséquent, il n’y a aucun motif de croire que les parts de marché des concurrents réels exagèrent leur position relative sur le marché.

[238] Le Tribunal estime que les éléments de preuve soumis sont insuffisants pour montrer qu’il restera une concurrence réelle pouvant limiter l’exercice d’une puissance commerciale par l’entité fusionnée.
[239] Le principal élément de preuve soumis par les défenderesses sous ce rapport est l’analyse statistique de la marge de Supérieur effectuée par le professeur Carlton. Il conclut que la capacité qu’a Supérieur d’établir les prix, même si elle n’est pas limitée par l’importante place occupée sur son marché par ICG, est néanmoins restreinte par la part globale que détiennent les entreprises indépendantes établies sur ce marché. Le Tribunal examinera ce témoignage d’opinion plus loin.

F. EMPÊCHEMENT DE LA CONCURRENCE

[240] Le commissaire soutient que le fusionnement proposé, en plus d’occasionner vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence aux termes des articles 92 et 93 de la Loi, aura aussi pour important effet d’empêcher la concurrence dans les Maritimes.

[241] ICG approvisionne les Maritimes depuis sa succursale à Moncton, au Nouveau-Brunswick. Le commissaire signale qu’avant son acquisition par Supérieur, ICG avait prévu une importante expansion de ses activités dans les Maritimes, par l’établissement d’une succursale à Sydney, en Nouvelle-Écosse.

[242] Le commissaire soutient que Irving Oil Limited et Supérieur sont les deux autres concurrents principaux dans la région et que le fusionnement met fin à la concurrence que peut exercer ICG dans les provinces de l’Atlantique. Il affirme que Supérieur et Irving Oil exerçaient un duopole dans les Maritimes. Le commissaire affirme que ICG a développé et exercé une concurrence dans les Maritimes,

que l’entreprise possède manifestement les moyens nécessaires et qu’elle prévoyait accroître ses activités pour accentuer la concurrence dans les Maritimes. Il expose le projet élaboré par ICG pour attirer la clientèle de Canadian Tire, projet dans lequel ICG indique clairement son intention d’investir 200 000 $ dans une semi-remorque réservée à l’approvisionnement du réseau de succursales de Canadian Tire dans les provinces de l’Atlantique (pièce A-851 à la page 10980). Le commissaire soutient que l’acquisition de ICG par Supérieur aura pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans les provinces de l’Atlantique.

[243] Les défenderesses n’ont pas soumis d’éléments de preuve ni fait d’observations contestant l’allégation du commissaire au sujet de l’empêchement sensible de la concurrence qui se produira vraisemblablement dans les provinces de l’Atlantique.

[244] Le Tribunal reconnaît que le concept d’empêchement de la concurrence est rarement traité dans la jurisprudence canadienne. Dans l’affaire *Howard Smith Paper Mills, Ltd. et al. v. The Queen* (1957), 8 D.L.R. (2e) 449 (C.S.C.), la Cour suprême du Canada a étudié la signification du terme « empêcher » par rapport à « indûment » et a conclu que, lorsque ces termes sont utilisés ensemble, le terme « empêcher » signifie [TRADUCTION] « faire obstacle ou entraver » plutôt qu’éliminer complètement.

[245] L’expression « empêcher la concurrence » est expliquée à la section 2.3 des Lignes directrices, précitées au paragraphe [57] :

> De la même manière, la concurrence peut être empêchée par une conduite unilatérale ou interdépendante. La concurrence peut être empêchée par un comportement unilatéral si un fusionnement permet à une seule entreprise de maintenir des prix plus élevés que ceux qui auraient vraisemblablement cours en l'absence du fusionnement, en freinant ou en empêchant le développement d'une concurrence accrue. Par exemple, l'acquisition d'un concurrent de plus en plus vigoureux ou d'une entreprise susceptible de pénétrer sur le marché pourrait vraisemblablement gêner l'accentuation de la concurrence sur le marché pertinent. Les situations dans lesquelles une entreprise chef de file sur un marché achète une autre entreprise pour en empêcher l'acquisition par un autre concurrent ou dans lesquelles une entreprise susceptible de s'implanter sur le marché achète une entreprise existante au lieu d'établir de nouvelles installations peuvent aboutir à un résultat semblable.
>
> La concurrence peut aussi être empêchée dans le cas où un fusionnement enrayera le développement d'une plus grande rivalité sur un marché déjà caractérisé par un comportement d'interdépendance. Cela peut se produire, par exemple, à la suite de l'acquisition d'une entreprise susceptible de pénétrer ultérieurement sur le marché ou d'une entreprise déjà en place qui devient de plus en plus vigoureuse sur un marché qui présente un grand degré de stabilité.

[246] Compte tenu du fait que ICG prévoyait d’accroître fortement ses activités dans les provinces de l’Atlantique et en l’absence d’éléments de preuve à l’encontre, le Tribunal est d’avis que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher la concurrence dans les provinces de l’Atlantique.

G. ÉLÉMENTS DE PREUVE DE NATURE STATISTIQUE ET ÉCONOMÉTRIQUE

1) Éléments de preuve du témoin expert du commissaire

[247] Michael R. Ward, l'un des témoins experts du commissaire, fournit des éléments de preuve économétriques concernant les effets vraisemblables du fusionnement sur la capacité qu'aura Supérieur d'exercer une puissance commerciale. Il a utilisé une méthode bien établie de « simulation de fusionnement » mise au point précisément pour l'analyse des effets sur la concurrence d'un fusionnement, dans des industries aux produits différenciés. Dans ces industries, il existe une forte possibilité de hausse unilatérale des prix lorsque la capacité des parties au fusionnement d'exercer une concurrence est limitée du fait du degré élevé de substituabilité de leurs produits avant le fusionnement. Avant que les entreprises ne fusionnent, une hausse unilatérale des prix par une entreprise peut occasionner une perte de ventes pour ses plus proches concurrents. Cependant, une hausse unilatérale des prix après le fusionnement de proches concurrents peut occasionner une moins grande perte de ventes lorsque les produits des entreprises fusionnées sont de plus proches substituts les uns des autres que ne le sont les produits d'autres entreprises appartenant à l'industrie (voir, de façon générale, la pièce R-108, J.A. Hausman et G.K. Leonard, « Economic Analysis of Differentiated Products Mergers Using Real World Data » (1997) 5:3 George Mason L. Rev. 321).

[248] Dans la première partie de son rapport (affidavit du témoin expert M.R. Ward (30 août 1999) : pièce A-2059), le professeur Ward évalue la structure de la demande de propane. Il utilise ensuite les estimations obtenues pour simuler les effets vraisemblables du fusionnement visé en l'espèce. Pour déterminer le degré de substituabilité des produits des parties au fusionnement, le professeur Ward a recueilli des données sur les succursales de ICG et de Supérieur dans 46 des 74 marchés géographiques définis par le professeur West, pour une période de 54 mois se terminant en 1998 pour laquelle des données sont accessibles. Il a utilisé les données de Supérieur sur les prix, les ventes et les groupes de produits, et celles de ICG sur le nombre de litres vendus, sur les ventes en dollars, sur les bénéfices bruts et sur les groupes de produits, afin de déterminer les volumes vendus et les prix pour chaque entreprise dans quatre segments : résidentiel, industriel, propane pour véhicules automobiles et « autres utilisations finales » qui comprend la construction, le segment commercial, les pouvoirs publics et l'agriculture.

[249] À l'aide de cet ensemble de données, le professeur Ward évalue dans quelle mesure les consommateurs substituent entre eux les produits de ICG et de Supérieur, par une approximation linéaire du régime de demande quasi idéale, méthode d'estimation de la demande largement reconnue. Il constate qu'une hausse des prix de ICG donne lieu à une hausse statistiquement significative de la part de marché occupée par Supérieur dans les segments résidentiel et industriel, et qu'une augmentation de prix par Supérieur entraîne une baisse appréciable de sa part de marché dans ces segments. Le professeur Ward considère que ces résultats témoignent du fait que les consommateurs substituent entre eux les produits de ICG et de Supérieur; en d'autres termes, les entreprises sont en concurrence directe et leurs produits sont de proches substituts les uns des autres dans l'esprit des consommateurs. À la page 21 de son rapport, il affirme que les résultats obtenus pour le segment du propane pour véhicules automobiles affichent les signes attendus, mais qu'ils ne sont pas statistiquement significatifs; les résultats pour le segment des « autres utilisations finales » ne sont pas signalés parce qu'ils ne sont pas significatifs ou qu'ils supposent des courbes de demande à pente positive.

[250] À la page 26 de son rapport, le professeur Ward montre également que Supérieur réagit de manière stratégique lorsque ICG change ses prix. Il constate que, lorsqu'une augmentation des coûts uniques de ICG mène à une hausse d'un pour cent des prix, Supérieur hausse son prix d'environ deux tiers d'un pour cent dans les segments résidentiel et industriel et dans celui du propane pour véhicules automobiles. Il suppose que ICG réagirait à une hausse de prix par Supérieur, mais il n'a pas les données nécessaires pour estimer le lien stratégique. Dans les analyses de simulation, il suppose que la réaction de ICG à une hausse de prix par Supérieur serait la même que la réaction de Supérieur à un changement de prix par ICG, tel qu'il le signale à la page 27 de son rapport.

[251] À l'aide des résultats statistiques obtenus pour le régime de demande quasi idéale, le professeur Ward estime l'élasticité-prix et l'élasticité-prix croisée de la demande, pour mesurer les effets du fusionnement sur les prix des produits, étape dite de simulation. Comme il ne connaît pas l'élasticité-prix de la demande de propane, il estime l'élasticité au niveau des entreprises en fonction de trois hypothèses différentes. Au tableau 6 de la page 29 de son rapport, il conclut, par exemple, que si l'élasticité-prix de la demande de propane est de -1,5, l'élasticité-prix de la demande de propane de ICG est alors de -2,40 dans le segment résidentiel et elle est de -1,97 pour Supérieur, si l'on suppose l'existence de vendeurs régionaux et de vendeurs à rabais sur le marché. Il suppose que le degré de substituabilité des produits entre les parties au fusionnement et les entreprises indépendantes correspond exactement à la moitié de celui qui existe entre ICG et Supérieur.

[252] Par la combinaison des données sur les élasticités-prix au niveau des entreprises et des éléments de preuve concernant l'établissement stratégique des prix (qui ne pourrait plus avoir lieu après le fusionnement), le professeur Ward estime la variation de prix attribuable au fusionnement, en supposant qu'il n'y a pas de variation des coûts marginaux, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de gains d'efficience, ni d'entrée ou de substitution de fournisseurs par segment de produits. La hausse moyenne estimée des prix varie entre 1,4 p. 100 et 15,1 p. 100, selon l'élasticité supposée de la demande de propane, selon la présence ou l'absence de vendeurs régionaux et de vendeurs à rabais sur le marché et selon le segment de produits. Le tableau 7 à la page 30 de son rapport révèle que, pour une élasticité de la demande de propane de -1,5, la hausse moyenne de prix est de 8 p. 100 dans le segment résidentiel, de 8,9 p. 100 dans le segment industriel et de 7,7 p. 100 dans le segment automobile, lorsqu'existent des vendeurs régionaux et des vendeurs à rabais. À la page 36, il conclut ceci :

> [TRADUCTION]
> ... Cinquièmement, si l'on ne tient pas compte d'une baisse des prix pouvant découler de gains d'efficience résultant du fusionnement, de l'entrée ou de la substitution de fournisseurs, la simulation d'un fusionnement fondée sur ces estimations donne à penser que le fusionnement occasionnera une hausse de prix. L'importance de cette hausse dépend principalement de la demande de propane. En particulier, si la demande de propane est relativement inélastique, le fusionnement mènera vraisemblablement à une hausse d'au moins huit pour cent des prix moyens.

[253] Lorsqu'il a fait son analyse, le professeur Ward n'avait pas les résultats statistiques de l'étude de l'élasticité-prix de la demande de propane effectuée par les professeurs Ryan et Plourde. Lorsque cette information lui a été accessible, il a réévalué les effets du fusionnement sur les prix en fonction d'une élasticité de la demande de propane de -1,0, d'après les résultats de ces professeurs qui ont conclu que la demande de propane est inélastique par rapport au prix. Dans ses calculs, il a atténué son hypothèse en posant que le degré de substituabilité des produits entre les parties au fusionnement et les entreprises indépendantes correspond non plus à la moitié de celui qui existe entre ICG et Supérieur, mais plutôt que la substituabilité était la même. Le tableau 2 à la page 8 du rapport soumis en réplique (affidavit du témoin expert soumis en réplique par M.R. Ward (4 octobre 1999) : pièce confidentielle CA-2060) montre que les estimations de la hausse moyenne de prix dans les segments résidentiel, industriel et automobile sont de 11,7 p. 100, 7,7 p. 100 et 8,7 p. 100 respectivement, lorsqu'il existe des entreprises indépendantes sur le marché.

[254] Dans leur rapport de réfutation (affidavit de réfutation des témoins experts D.W. Carlton et G.E. Bamberger (27 septembre 1999) : pièce confidentielle CR-123), les témoins experts des défenderesses, le professeur Carlton et M. Bamberger, soutiennent que les hausses de prix estimées par le professeur Ward sont trop élevées parce qu'il ne tient pas compte dans son analyse des effets des gains d'efficience, ni de ceux de l'entrée ou de la substitution de fournisseurs. Ils reprochent également au professeur Ward de ne pas justifier ses hypothèses à cet égard. Ils estiment aussi que le professeur Ward n'a pas bien tenu

compte des limites que les entreprises indépendantes pouvaient imposer à la hausse des prix par Supérieur et ICG. Les défenderesses insistent fortement sur le fait que le professeur Ward ne s'est pas prononcé sur l'importance que peut avoir une hausse vraisemblable de prix résultant du fusionnement et qu'il n'y a donc pas lieu de conclure à une diminution sensible de la concurrence.

[255] Le Tribunal, qui rappelle ses remarques antérieures sur les éléments de preuve concernant l'entrée sur le marché et la substitution de fournisseurs, n'accepte pas les critiques formulées par le professeur Carlton et M. Bamberger à ces sujets.

[256] En réponse à ces critiques, le professeur Ward a estimé de nouveau les effets sur les prix, notamment les effets des gains d'efficience, et les résultats qu'il a obtenus montrent des hausses de prix presque identiques aux estimations antérieures pour tout gain d'efficience correspondant à une valeur s'élevant jusqu'à 40 millions de dollars par année, comme l'indiquent les tableaux 3 à 5, aux pages 10 à 12 du rapport soumis en réplique (pièce confidentielle CA-2060). Dans de nouveaux calculs effectués à la demande des défenderesses, suivant la façon de traiter la réduction des coûts décrite par Hausman et Leonard et précitée au paragraphe [247], le professeur Ward constate que les gains d'efficience ont une incidence plus prononcée, mais qu'ils occasionnent une baisse de prix de -0,9 p. 100 dans le segment résidentiel, de -1,1 p. 100 dans le segment industriel et de -1,9 p. 100 dans le segment automobile et ce, seulement pour des gains d'efficience correspondant à une valeur de 40 millions de dollars et seulement si la totalité (100 p. 100) des gains d'efficience donnait lieu à des économies au chapitre des coûts variables (engagement de M. Ward (16 novembre 1999) : pièce A-2079, tableaux 3 à 5). Comme nous le verrons plus loin, personne, ni même les témoins experts des défenderesses sur la question des gains d'efficience, n'a avancé que ce fusionnement permettrait d'économiser 40 millions de dollars par année au chapitre des coûts variables.

[257] De l'avis du Tribunal, l'analyse du professeur Ward, même si elle ne tient pas compte des gains d'efficience, est très probante lorsqu'il s'agit de déterminer la vraisemblance d'une diminution sensible de la concurrence.

[258] Le Tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une hausse réelle ou vraisemblable des prix pour conclure à une diminution sensible de la concurrence. Il faut plutôt montrer qu'un fusionnement aura pour effet de conférer ou d'accentuer une puissance commerciale qui, d'après la section 2.1 des Lignes directrices précitées au paragraphe [57], désigne « la capacité [...] d'exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l'innovation et les autres dimensions de la concurrence ». La Loi n'exige pas de conclure que l'entité fusionnée haussera vraisemblablement le prix (ou réduira la qualité ou le service). Le Tribunal a pour devoir, en vertu de l'article 92, de déterminer uniquement si l'entité fusionnée a la capacité d'agir de la sorte.

[259] Pour cette raison, les simulations du professeur Ward, aussi bien dans le rapport qu'il a soumis en réplique que dans celui qu'il s'est engagé à fournir et qui tient compte des gains d'efficience comme l'exigeaient les défenderesses, ne sont pas pertinentes. Le Tribunal est persuadé par les résultats des autres simulations du professeur Ward que l'entité fusionnée aurait la capacité de hausser le prix du propane.

[260] Quant à ce que prétendent les défenderesses, à savoir que le professeur Ward n'a pas formulé d'opinion sur l'importance et la vraisemblance d'une hausse de prix, le Tribunal signale que les résultats des simulations initiales du professeur, figurant au tableau 7 de la page 30 de son rapport (pièce A-2059), fournissent six séries d'estimations obtenues d'après trois valeurs hypothétiques de l'élasticité-prix de la demande de propane et dans le cadre de deux scénarios supposant l'existence de vendeurs régionaux et de vendeurs à rabais sur le marché, ou leur absence. Le professeur a conclu que le fusionnement serait suivi d'une hausse de prix dans toutes les conditions posées. Lorsqu'il a refait les estimations présentées au

tableau 2 de la page 8 du rapport soumis en réplique (pièce confidentielle CA-2060), le professeur Ward a modifié ses hypothèses et obtenus des résultats semblables.

[261] Puisque le professeur Ward a simulé les effets du fusionnement dans diverses conditions posées par hypothèse et qu'il est parvenu à la même conclusion, le Tribunal accorde plus de foi à son opinion qu'il ne l'aurait fait si le professeur s'en était tenu, dans ses simulations, à une série plus limitée d'hypothèses. Le Tribunal estime que le professeur Ward énonce une opinion valide lorsqu'il conclut dans son rapport initial que les prix moyens augmenteraient d'au moins huit pour cent par suite du fusionnement, si la demande de propane est relativement inélastique, compte tenu surtout des résultats d'autres simulations qu'il a communiqués en réplique.

2) Éléments de preuve des témoins experts des défenderesses

[262] Les témoins experts des défenderesses, le professeur Carlton et M. Bamberger, ont été chargés d'évaluer l'affirmation du commissaire qui soutient que l'acquisition proposée de ICG par Supérieur aura pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché du propane au Canada. Ils concluent qu'il n'y a pas d'éléments de preuve systématiques montrant que le fusionnement proposé aura cet effet. Ils étudient l'effet de limitation qu'a la concurrence sur Supérieur, l'acquisition et la perte de clients, la marge bénéficiaire brute et les bénéfices avant intérêts, impôts, provisions et amortissements (BAIIPA).

a) Effet de limitation qu'a la concurrence

[263] Le professeur Carlton présente des éléments de preuve économétriques indiquant que ICG ne limite pas, par la concurrence qu'elle exerce, la capacité de Supérieur de fixer ses prix, mais que cette effet de limitation est plutôt exercé par l'ensemble des vendeurs indépendants de propane. Ces éléments de preuve sont contraires à l'affirmation du commissaire selon lequel la concurrence qui peut s'exercer de façon importante dans l'industrie du propane existe surtout entre ICG et Supérieur. Si ce que soutient le professeur Carlton est exact, il ne devrait pas être possible pour Supérieur de hausser ses prix après le fusionnement, lorsque ICG ne sera plus un concurrent.

[264] Dans ses modèles économétriques, le professeur Carlton énonce le principe d'une relation entre la marge bénéficiaire brute de Supérieur et la « présence importante » de ICG et de l'ensemble des autres entreprises. L'importance de la présence est mesurée de quatre manières. Dans le premier scénario, il est supposé que la présence de ICG et de l'ensemble des autres entreprises est importante si leurs parts de marché respectives sont d'au moins 15 p. 100. Dans les trois autres scénarios, la présence est importante si la part de marché est d'au moins 20 p. 100, 25 p. 100 et 30 p. 100, respectivement.

[265] Le professeur Carlton mesure ces relations dont il fait l'hypothèse en effectuant une analyse de régression par les moindres carrés ordinaires (« MCO ») fondée sur les données mensuelles de 1998 portant sur les prix, les coûts, les marges et les volumes des succursales de Supérieur, de sorte que les données chronologiques et les données transversales sont groupées. Les données ainsi que les variables de remplacement des coûts de distribution secondaire sont tirées des dossiers internes de Supérieur. Les prix des autres combustibles proviennent des bases de données de Statistique Canada. Les données sur les parts de marché en 1998 qui servent à définir les variables dichotomiques exprimant la présence importante sont tirées des profils de succursales de Supérieur préparés par les gestionnaires de ces succursales en 1999. Le professeur Carlton tient compte de l'effet de diverses autres variables exogènes et il effectue d'autres analyses de régression par les MCO pour 1997 (d'après les parts de marché en 1998), aussi en fonction des marges bénéficiaires selon diverses utilisations finales. Ces dernières analyses par la méthode des MCO semblent utiliser les mêmes scénarios et définitions de variables que les analyses

précédentes et les résultats obtenus semblent appuyer les résultats pour 1998; par conséquent, l'examen du Tribunal sera axé sur les résultats de l'analyse par la méthode des MCO pour 1998.

[266] Le professeur Carlton constate que la marge bénéficiaire brute de Supérieur est plus élevée lorsque la présence de ICG est importante. Dans le premier modèle, par exemple, la marge de Supérieur atteint 1,47 cent le litre de plus aux emplacements où la présence de ICG est importante (part de marché d'au moins 15 p. 100) que là où elle ne l'est pas. Dans les quatre scénarios, l'effet sur la marge est positif et statistiquement significatif.

[267] Les résultats obtenus pour les entreprises indépendantes montrent que la marge de Supérieur s'affaiblit lorsque la présence de toutes ces entreprises est importante. Lorsque la part de marché globale des autres entreprises est de 15 p. 100 ou plus, Supérieur affiche une marge moins élevée de 0,80 cent le litre que lorsque la part de marché globale de ces entreprises est inférieure à 15 p. 100. De même, lorsque les autres entreprises occupent une part de marché globale de 30 p. 100 ou plus, la marge de Supérieur est moins élevée de 0,56 cent le litre que lorsque leur part globale est inférieure à 30 p. 100. Dans les quatre scénarios, l'effet sur la marge est négatif et statistiquement significatif.

[268] Compte tenu des résultats obtenus dans ces analyses économétriques, le professeur Carlton conclut que la présence de ICG n'influe pas sur les prix que fixe Supérieur et que le fusionnement n'accroîtra pas la capacité de Supérieur de hausser les prix, en raison surtout de la contrainte exercée par les entreprises indépendantes. Dans la note de bas de page 31, à la page 15 de son rapport (pièce confidentielle CR-120), le professeur Carlton prétend que les résultats qu'il a obtenus concordent avec l'hypothèse à propos de l'« inefficience » de ICG (c.-à-d. sa mauvaise gestion).

[269] Le Tribunal fait observer que la conclusion du professeur Carlton, à savoir que la marge brute de Supérieur est plus élevée là où la présence de ICG est importante, est inattendue et étrange et qu'il s'agit sans doute de l'observation qui importe le plus. Plusieurs remarques critiques ont été formulées, le Tribunal se prononcera sur celles qui semblent être les plus importantes.

[270] Le commissaire soutient que les variables représentant l'importance de la présence peuvent servir à mesurer la concentration du marché. Dans ce cas, les résultats obtenus par le professeur Carlton laisseraient entendre que la marge bénéficiaire brute de Supérieur est plus élevée là où la concentration est plus grande, et non pas que ICG est un faible concurrent. En dépit de la réplique donnée par le professeur Carlton et M. Bamberger à ce sujet, la combinaison de ces observations et de divers rapports internes de Supérieur faisant état de la conduite concurrentielle de ICG amène le Tribunal à croire qu'il est plus juste d'interpréter les résultats du professeur Carlton comme une mesure de la concentration.

[271] La manière dont est définie l'importance de la présence des entreprises indépendantes est aussi mise en question. Le professeur Carlton regroupe en une seule part de marché les volumes vendus par toutes les entreprises indépendantes. Ainsi, comme le signalent les professeurs Schwindt et Globerman à la page 9 de leur affidavit de réfutation (pièce confidentielle CA-2078), les résultats statistiques seraient les mêmes que la variable représentant l'importance de la présence soit la combinaison des parts de marché de nombreuses entreprises indépendantes ou qu'elle exprime la part de marché d'une seule grande entreprise indépendante. Le Tribunal s'attendrait à ce que les effets sous le rapport de la concurrence soient différents selon qu'il s'agit de nombreuses entreprises indépendantes occupant ensemble une part de marché donnée ou d'une seule entreprise indépendante détenant cette même part. Par conséquent, il se peut que la variable utilisée par le professeur Carlton pour représenter l'importance de la présence ne mesure pas convenablement l'effet de la concurrence exercée par les entreprises indépendantes.

[272] Dans ses modèles, le professeur Carlton suppose que l'importance de la présence de ICG et des entreprises indépendantes influe sur la marge de Supérieur. Le commissaire avance qu'il peut aussi

exister une relation en sens inverse et il reproche aux résultats statistiques du professeur Carlton de ne pas tenir compte de cette relation inverse entre les bénéfices de Supérieur et les variables exprimant l'importance de la présence. Il est reconnu que cette relation en sens inverse peut fausser les estimations statistiques dans une analyse par la méthode des MCO.

[273] En réponse à une critique semblable des résultats de son analyse par MCO de la part du professeur Ward (affidavit de réfutation du témoin expert M.R. Ward (14 septembre 1999) : pièce A-2080), le professeur Carlton refait son analyse suivant la méthode des doubles moindres carrés (« DMC ») pour tenir compte de la relation en sens inverse. Le Tribunal conclut de cette nouvelle analyse que le professeur Carlton prête foi à cette critique. Dans la note de bas de page 15 à la page 12 du rapport soumis en réplique (affidavit des témoins experts soumis en réplique par D.W. Carlton et B.E. Bamberger (19 septembre 1999) : pièce confidentielle CR-122), il est affirmé que les résultats de cette nouvelle analyse :

> [TRADUCTION]
> ... ne confirment pas de manière systématique que, comme l'affirme le commissaire, ICG limite sensiblement la capacité qu'a Supérieur de fixer des prix de vente au détail du propane. Les résultats complets de la régression sont présentés à l'annexe G.

[274] Il est utile de comparer les résultats de l'analyse par DMC du professeur Carlton à ceux de son analyse par MCO. Dans les quatre modèles fondés sur les MCO, la marge bénéficiaire de Supérieur est plus élevée là où la présence de ICG est importante et la relation est positive et statistiquement significative. Dans l'analyse par les DMC, les résultats obtenus dans un scénario affichent un coefficient positif pour la variable exprimant la présence importante de ICG, tandis que, dans les trois autres scénarios, le coefficient est négatif, et aucun de ces quatre coefficients n'est statistiquement significatif. Compte tenu de ces différences, le Tribunal est amené à croire que les résultats de l'analyse par les MCO du professeur Carlton sont statistiquement faussés et non fiables.

[275] Par exemple, si la présence importante correspond, par définition, à une part de marché de 15 p. 100, les résultats de l'analyse par les MCO effectuée par le professeur Carlton indiquent que la marge de Supérieur est plus élevée de 1,47 cent le litre lorsque la présence de ICG est importante que lorsqu'elle est faible, et la relation est statistiquement significative. Toutefois, les résultats de l'analyse par les DMC indiquent que la marge de Supérieure est moins élevée de 1,60 cent le litre lorsque la présence de ICG est importante que lorsqu'elle ne l'est pas, et que la relation n'est pas statistiquement significative.

[276] Par conséquent, le professeur Carlton a raison de prétendre que les résultats de l'analyse par les DMC ne confirment pas systématiquement l'affirmation du commissaire, mais il semble aussi qu'elles n'appuient pas non plus ses propres conclusions. En particulier, les résultats de l'analyse par les DMC ne permettent pas de conclure que Supérieur réalise de meilleurs bénéfices là où la présence de ICG est importante, ni de prétendre que ICG est un concurrent inefficace. Au contraire, le fait que l'importante présence de ICG ne soit pas statistiquement significative indique qu'aucune relation n'a été constatée.

[277] Quant à la présence des entreprises indépendantes, les résultats de l'analyse par les DMC obtenus par le professeur Carlton en ce qui concerne l'effet global diffèrent également des résultats de son analyse par les MCO. Dans les quatre modèles, l'importante présence des entreprises indépendantes a un effet statistiquement significatif beaucoup plus marqué sur la marge de Supérieur que ne l'indiquent les résultats de l'analyse par les MCO. Par exemple, pour une présence importante correspondant par définition à une part de 15 p. 100, l'effet de la présence des entreprises indépendantes se traduit par une baisse de -0,80 cent le litre dans l'analyse par les MCO et de -3,49 cents le litre dans l'analyse par les DMC. D'autres divergences semblables s'observent dans les quatre modèles.

[278] Le Tribunal signale que l'importance de la présence globale des entreprises indépendantes est mesurée d'après les données sur les parts de marché contenues dans les profils de succursales de Supérieur, profils dont les faiblesses ont déjà été mentionnées. En d'autres termes, le Tribunal est d'avis que l'importance de la présence des entreprises indépendantes a été mal mesurée et que les coefficients estimés, autant par la méthode des MCO que par celle des DMC, ne sont pas fiables.

[279] Le Tribunal estime que les critiques du professeur Ward concernant la relation en sens inverse sont justes, de sorte qu'il accorde plus de poids aux résultats que le professeur Carlton a obtenus par la méthode des DMC. Le Tribunal rejette les résultats obtenus par les MCO et ce qu'en déduit le professeur Carlton. En outre, comme les résultats que le professeur Carlton a obtenu par les DMC ne renseignent pas sur la relation entre la marge de Supérieur et l'importance de la présence de ICG, le Tribunal doit conclure que les résultats de l'analyse économétrique de ce professeur ne sont pas utiles en l'espèce.

b) Acquisition de Premier

[280] Pour déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de permettre une hausse de prix, le professeur Carlton a examiné les effets sur les prix de l'acquisition par Supérieur de l'entreprise Premier, conclue en 1994. Premier exerçait une concurrence soutenue en Colombie-Britannique et en Alberta. L'examen des prix fixés par Supérieur dans ces provinces, avant et après l'acquisition, mène le professeur Carlton à conclure, au paragraphe 47 de son rapport (pièce confidentielle CR-120), que la marge moyenne de Supérieur est statistiquement plus faible après l'acquisition et que les marges par utilisation finale sont nettement plus faibles dans trois segments : agents, véhicules automobiles et résidentiel.

[281] À la page 14 de leur rapport de réfutation (pièce confidentielle CA-2078), les professeurs Schwindt et Globerman, qui critiquent les éléments de preuve du professeur Carlton sur le plan de la statistique et de leur interprétation, signalent aussi que les ventes de Premier étaient plus fortement concentrées dans le segment du propane pour véhicules automobiles que ne l'étaient celles de Supérieur et ils avancent que c'est la raison du fléchissement de la marge moyenne après le fusionnement. Il est étonnant que l'acquisition de Premier ait eu pour effet d'abaisser la marge bénéficiaire de Supérieur. Étant donné les circonstances particulières du fusionnement visé en l'espèce et le fait que le professeur Carlton n'ait pas répliqué aux critiques des professeurs Schwindt et Globerman, le Tribunal estime que l'analyse du fusionnement avec Premier présentée par le professeur Carlton ne permet pas de bien évaluer les effets vraisemblables du fusionnement visé en l'espèce.

c) Acquisition et perte de clients

[282] Au paragraphe 42 et au tableau 12 de son rapport (pièce confidentielle CR-120), le professeur Carlton donne les résultats de son analyse des gains et des pertes de Supérieur du point de vue des clients. Les données sur le nombre de clients révèlent qu'en 1996, Supérieur a enregistré une perte nette de 149 clients au profit de ICG et de 1 862 clients au profit d'entreprises indépendantes. En 1997, Supérieur a affiché un gain net de 157 clients aux dépens de ICG, mais une perte nette de 2 435 clients au profit d'entreprises indépendantes. En 1998, Supérieur a aussi enregistré un gain net de 448 clients aux dépens de ICG et une perte nette de 995 clients au profit des entreprises indépendantes. Il conclut que [traduction] « Supérieur perd systématiquement plus de clients au profit des entreprises indépendantes que de ICG, et elle en attire moins de ces entreprises que de ICG. Ces résultats sont compatibles avec ceux de l'analyse de régression qui indiquent que ce sont les entreprises indépendantes, et non pas ICG, qui limitent la capacité de Supérieur de hausser les prix du propane » (*ibid.* au paragraphe 42).

[283] Le Tribunal considère que les conclusions du professeur Carlton sont difficiles à comprendre. Il n'est pas juste d'affirmer que Supérieur a attiré moins de clients des entreprises indépendantes que de

ICG. Les données de son étude montrent que, pour chacune des trois années, Supérieur a attiré plus de clients des entreprises indépendantes que de ICG (1 298 clients des entreprise indépendantes contre 793 de ICG en 1996; 1 201 contre 1 115 en 1997; 1 207 contre 1 116 en 1998). En définitive, Supérieur a attiré plus de clients de ICG qu'elle n'en a perdu au profit de cette dernière durant deux des années étudiées et, durant une année, elle a perdu plus de clients en faveur de ICG qu'elle n'en a attiré de cette dernière. Le Tribunal ne sait trop quelles conclusions systématiques il faut tirer de ces chiffres.

[284] À la page 12 de leur rapport de réfutation (pièce confidentielle CA-2078), les professeurs Schwindt et Globerman signalent que le compte du nombre réel de clients attirés ou perdus ne fournit pas de mesure du nombre de clients que ICG a cherché à attirer. Ils font valoir aussi que le fait de compter les clients ne renseigne pas sur leur taille ou sur les volumes que représentent les clients attirés ou perdus. Par exemple, il se peut que la stratégie commerciale de ICG soit axée davantage sur les clients représentant de gros volumes et, partant, que ICG ne rivalise pas pour de nombreux clients à petits volumes que les distributeurs indépendants cherchent vraisemblablement à attirer. Au sujet de l'expérience de ICG à Bromont, au Québec, ils affirment qu'il serait trompeur de s'en tenir à compter les clients attirés ou perdus.

[285] Comme le professeur Carlton ne réplique pas à ces critiques dans le rapport soumis en réplique (pièce confidentielle CR-121), le Tribunal est d'avis que le fait de compter le nombre de clients réellement attirés ou perdus ne permet pas de conclure que ICG oppose une concurrence inefficace à Supérieur.

d) Marge bénéficiaire brute

[286] De l'avis du professeur Carlton, énoncé au paragraphe 12 de son rapport (pièce confidentielle CR-120), le commissaire soutient que les prix de vente au détail du propane dépendent du nombre de fournisseurs nationaux dans un pays. Le professeur prétend que, si le commissaire dit vrai, les marges bénéficiaires brutes des vendeurs devraient être plus élevées au Canada, où la concentration est plus grande, qu'aux États-Unis, où un marché local compte un plus grand nombre de « fournisseurs nationaux de propane au détail ». Il présente des éléments de preuve pour la période de 1994-1998 qui indiquent que Supérieur et ICG ont enregistré des marges bénéficiaires brutes moyennes (c.-à-d. les bénéfices bruts en pourcentage des recettes), de 44,5 p. 100 et 44,7 p. 100 respectivement, qui sont plus faibles que celle (47,9 p. 100) d'un échantillon composé des sept principaux vendeurs de propane aux États-Unis, établis sur de nombreux marchés, pour lesquels il pouvait recueillir les données nécessaires. Il prétend que ces éléments de preuve laissent entendre que la rentabilité n'est pas fonction de la concentration sectorielle, si bien que le fusionnement de ICG et de Supérieur ne doit pas susciter d'inquiétude quant à ses effets sur la concurrence.

[287] Les experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, contestent ces résultats statistiques parce qu'ils ne tiennent pas compte des différences dans l'éventail des activités. Dans l'ensemble, les marges brutes des vendeurs de propane peuvent varier parce que la rentabilité n'est pas la même pour toutes les utilisations finales. Pour cette raison, ils soutiennent que les marges bénéficiaires brutes plus faibles de ICG et de Supérieur témoignent du fait que, contrairement à leurs homologues américaines, ces entreprises concentrent une plus importante part de leurs activités dans l'approvisionnement en propane pour véhicules automobiles, où les marges sont plus faibles, que dans l'approvisionnement du segment résidentiel. Lorsque les marges brutes sont rajustées pour tenir compte des différences dans l'éventail d'activités, les marges réalisées par ICG et Supérieur sont supérieures à celles des vendeurs aux États-Unis.

[288] À la page 2 du rapport soumis en réplique (pièce confidentielle CR-122), le professeur Carlton présente les résultats d'un nouveau calcul de la marge brute de Supérieur en 1998, dans lequel il suppose

que l'éventail des activités est le même que celui de chacun des trois vendeurs de propane aux États-Unis. La marge bénéficiaire moyenne ainsi obtenue est plus élevée que la marge de Supérieur pour l'année en question, ce qui tend à confirmer les observations des professeurs Schwindt et Globerman. Le professeur Carlton ne présente pas de résultats de calculs semblables pour ICG. De l'avis du Tribunal, le professeur Carlton n'a pas établi que le commissaire a fait erreur en soulevant la question de l'éventail d'activités.

e) Bénéfices avant intérêts, impôts, provisions et amortissements (BAIIPA)

[289] Au tableau 3 de son rapport (pièce confidentielle CR-120), le professeur Carlton affirme que les BAIIPA, en pourcentage des recettes, sont plus faibles pour ICG (11,2 p. 100) et Supérieur (12,9 p, 100) que pour les vendeurs américains composant son échantillon (15,6 p. 100), pour la période de 1994 à 1998. À son avis, ces données montrent là encore que, comme il l'affirme, la rentabilité n'est pas liée à la concentration dans l'industrie.

[290] Dans l'industrie du propane, les BAIIPA sont les bénéfices bruts dont sont soustraits les coûts de distribution secondaire et d'autres frais d'administration, et ils sont donc une mesure du flux de trésorerie attribuable à l'exploitation. Cette mesure des bénéfices a l'avantage de ne pas être faussée par le traitement arbitraire de l'amortissement suivant les règles comptables généralement admises, par le choix de structure du capital qui influe sur les frais d'intérêts ou par les possibilités de planification fiscale. Pour ces raisons, les BAIIPA peuvent être préférables aux autres mesures de la rentabilité (comme les recettes nettes) qui comportent ces distorsions et auxquelles on ne peut pas se fier pour comparer des entreprises.

[291] Le commissaire n'est pas d'accord avec l'interprétation du professeur Carlton; il affirme que les différences dans les BAIIPA peuvent être attribuables à des différences dans la « marge nette » suivant les applications. Il fait valoir, par exemple, que les marges nettes peuvent varier en raison de différences dans l'investissement en capital, lesquelles donnent lieu à leur tour à des différences dans l'amortissement suivant les utilisations finales. Cet argument est semblable à celui portant sur l'éventail des activités qui a été invoqué plus haut en ce qui concerne la divergence des marges bénéficiaires brutes entre les entreprises.

[292] En fait, Supérieur a estimé que ses marges nettes en 1996 était de 0,1118 cent le litre dans le segment résidentiel et de -0,0032 cent le litre dans celui du propane pour véhicules automobiles. En 1995, ces marges nettes étaient respectivement de 0,1065 cent le litre et de 0,0044 cent le litre (pièce confidentielle CA-16 à la page 00923). Le commissaire semble laisser entendre que ces divergences dans les marges nettes représentent les différences au poste des BAIIPA et(ou) des recettes entre les vendeurs de propane canadiens et ceux des États-Unis, puisque la vente de propane pour véhicules automobiles est plus importante chez les vendeurs canadiens que parmi les vendeurs américains.

[293] Toutefois, la marge nette n'est pas clairement définie. Si, comme il le semble, elle tient compte de l'amortissement et d'autres coûts, tels que ceux qui sont rattachés au siège social, aux intérêts et aux impôts, qui ne sont pas établis en fonction des utilisations finales, alors toute tentative de répartir ces dépenses en fonction des utilisations finales composant les activités des vendeurs de propane supposera des règles de répartition qui seront arbitraires, sinon dépourvues de sens. Par exemple, comment l'amortissement d'un camion de livraison servant à approvisionner des clients agricoles ainsi que des clients résidentiels peut-il être réparti entre ces utilisations finales? Faudrait-il le répartir en proportion des litres livrés ou en fonction du nombre de clients, de la distance, du temps nécessaire? Toutes les méthodes de répartition ont la même valeur et toutes sont aussi arbitraires les unes que les autres. En outre, la manière de mesurer le phénomène de dépréciation n'est pas claire non plus. De toute évidence, le traitement comptable de la dépréciation ne tente pas de mesurer « l'usure et la détérioration » qui a lieu; les règles comptables ont simplement pour objet d'échelonner le prix d'achat d'un élément d'actif sur une

période de temps, afin de rapprocher le coût de l'élément d'actif et les recettes qu'il permet de réaliser durant une période donnée, comme le prévoient les principes comptables.

[294] La méthode de répartition adoptée par Supérieur illustre le problème. Les coûts indirects ont été répartis entre les segments de marché et les marchés géographiques en fonction des volumes, et les coûts d'exploitation en fonction du nombre de livraisons. Supérieur a justifié cette façon de procéder en affirmant [TRADUCTION] qu'« elle semble produire les meilleurs résultats » (pièce confidentielle CA-16 à la page 00923).

[295] Au paragraphe 9 du rapport soumis en réplique (pièce confidentielle CR-122), le professeur Carlton prétend que, bien que les marges brutes varient suivant l'éventail des activités, elles traduisent les différences dans les coûts de distribution secondaire suivant les utilisations finales. Il veut sans doute dire que la marge bénéficiaire brute d'une entreprise doit être plus élevée pour une utilisation finale représentant des coûts de distribution secondaire plus élevés que pour une utilisation finale où ces coûts sont plus faibles, afin que l'exploitation de l'entreprise soit rentable. Cependant, il ne présente aucun élément de preuve montrant qu'il en est ainsi dans l'industrie du propane; il se contente d'affirmer [TRADUCTION] qu'« il n'y a aucune raison de croire à l'existence d'une différence appréciable entre les prix dans le segment résidentiel et ceux dans le segment du propane pour véhicules automobiles, lorsqu'il a été tenu compte de tous les coûts (et non pas seulement ceux de la distribution primaire) ».

[296] Les éléments de preuve concernant les marges nettes de Supérieur, exposés plus haut, semblent fournir une raison de croire qu'il en est ainsi. Toutefois, la méthode de répartition adoptée influe de façon déterminante sur le calcul des marges nettes.

[297] Le Tribunal n'est pas tenu d'accepter la méthode de répartition utilisée par Supérieur, et il n'a pas la certitude que d'autres méthodes tout aussi raisonnables n'aboutiraient pas à des marges nettes très différentes. Le Tribunal estime qu'il ne peut attribuer les différences dans les BAIIPA à des différences dans les marges suivant les utilisations finales, comme le propose le commissaire. Toutefois, il ne peut admettre, sans élément de preuve à l'appui, que les bénéfices bruts traduisent des coûts de distribution secondaire plus élevés suivant les utilisations finales, comme le professeur Carlton le prétend. Il se peut que, comme c'est le cas pour les marges bénéficiaires brutes, les différences dans l'éventail des activités et les coûts de distribution secondaire expliquent une partie, peut-être importante, des différences dans les BAIIPA entre les vendeurs canadiens et ceux des États-Unis. Par conséquent, le Tribunal n'est pas disposé à accepter la conclusion du professeur Carlton, à savoir que ICG et Supérieur enregistrent des bénéfices moins élevés que les importants vendeurs américains de propane qui composent son échantillon.

H. CONCLUSION

[298] Le commissaire soutient que ce fusionnement diminuera sensiblement la concurrence sur certains marchés locaux – exception faite des marchés classés par les professeurs Schwindt et Globerman dans la « catégorie 1 », du marché lié no 1 (marchés nos 3, 4, 6, 9, et 7, 27, 40, 50, et 53, tels que définis par le professeur West) et du marché de Sechelt-Powell River en Colombie-Britannique – et qu'il empêchera éventuellement la concurrence dans les Maritimes. Le commissaire soutient en outre que les comptes nationaux représentent une catégorie distincte d'activité dans laquelle l'entité fusionnée sera à même d'exercer une puissance commerciale. Pour étayer sa position, le commissaire invoque, outre la large part de marché que détiendrait l'entité fusionnée et les entraves à l'accès au marché, les témoignages d'experts des professeurs Schwindt, Globerman et Ward concernant les effets du fusionnement sur la structure du marché et la capacité de l'entité fusionnée d'augmenter unilatéralement les prix.

[299] Les défenderesses font valoir que le fusionnement aura un effet minime sur la structure du marché parce que ICG n'est pas un grand concurrent de Supérieur. Elles fondent cette affirmation, entre autres, sur le témoignage d'expert du professeur Carlton. Celui-ci prétend, sur la base de l'analyse statistique qu'il a lui-même effectuée, que ICG n'a pas empêché Supérieur de modifier ses prix sur les marchés où les deux entreprises se trouvent en concurrence. Les défenderesses prétendent donc que la disparition de ICG par suite du fusionnement n'aura pas d'effet notable sur la concurrence.

[300] Sous le régime de l'article 92, ce qu'il faut déterminer, c'est si le fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet.

[301] Dans l'affaire *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], à la page 51 (à la page 314 dans la version anglaise publiée), le Tribunal a statué que pour pouvoir conclure à une diminution sensible de la concurrence, il faut que l'opération engendre une puissance commerciale accrue :

> ... Lorsqu'on évalue les effets vraisemblables d'un fusionnement, on détermine si la firme fusionnée sera capable d'exercer une puissance commerciale plus grande que celle qu'elle aurait pu exercer si le fusionnement n'avait pas eu lieu. Un fusionnement diminuera la concurrence s'il augmente la capacité des parties qui ont fusionné d'exercer une « puissance commerciale » en préservant, en ajoutant ou en créant le pouvoir de hausser des prix au-dessus des niveaux concurrentiels pendant une longue période. On détermine l'envergure de toute augmentation vraisemblable et si, compte tenu des faits particuliers du cas, cette augmentation devrait être qualifiée de sensible.

[302] Le Tribunal est en grande partie d'accord avec cet énoncé; toutefois, il ne croit pas qu'il y a lieu de conclure à une diminution de la concurrence lorsqu'un fusionnement a pour seul effet le maintien d'un pouvoir existant sur les prix. Le but de l'examen du fusionnement est de déterminer si la puissance commerciale sera accrue à la marge.

[303] Dans l'affaire *Southam*, précitée au paragraphe [47], à la page 275 (à la page 285 dans la version anglaise publiée), le Tribunal pose la question suivante :

> ... Autrement dit, est-ce que les annonceurs seront vraisemblablement, pour une période importante, mis en présence d'une hausse considérable des prix ou d'un choix moins important que ce n'aurait vraisemblablement été le cas en l'absence des acquisitions? (non mis en évidence dans l'original)

[304] Le paragraphe 92(2) de la Loi est très clair : la part de marché ou la concentration ne sont pas des motifs suffisants pour conclure qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Ce paragraphe est ainsi rédigé :

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

[305] Bien qu'une preuve de l'importante part de marché ou du haut degré de concentration ne puisse justifier à elle seule la conclusion qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il faut néanmoins en tenir compte. Une telle preuve s'avérera particulièrement utile pour distinguer les fusionnements pouvant accroître la possibilité d'agissements interdépendants de la part des entreprises encore sur le marché.

[306] Au vu de la preuve, le Tribunal est d'avis que ce fusionnement aura vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence sur de nombreux marchés locaux. Le Tribunal souscrit à l'opinion des professeurs Schwindt et Globerman au sujet des 16 marchés locaux où l'entité fusionnée détiendra une part de marché combinée d'au moins 95 p. 100, lesquels ont été qualifiés par les professeurs de marchés « de monopole découlant du fusionnement ». L'inquiétude du Tribunal à l'égard de ces marchés est le fait que l'entité fusionnée puisse exercer une puissance commerciale, c'est-à-dire augmenter les prix unilatéralement.

[307] Le Tribunal admet la conclusion tirée par le commissaire à l'égard des huit marchés dits de la « catégorie 1 », compte tenu des effets minimes que devrait avoir ce fusionnement sur la concurrence entre Supérieur et ses concurrents de moindre importance.

[308] Le Tribunal estime aussi que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de réduire sensiblement la concurrence dans un ensemble de marchés dits de la « catégorie 3 », qui regroupe 16 marchés où ICG détenait une importante part avant le fusionnement et où existaient au moins trois concurrents dont Supérieur et ICG. Sur ces marchés, le Tribunal estime que l'élimination de ICG se traduira par une plus grande interdépendance et qu'elle réduira la concurrence.

[309] Enfin, le Tribunal conclut que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence en créant une entreprise dominante sur les 33 marchés locaux dits de la « catégorie 2 ». Sur ces marchés, le Tribunal s'inquiète des effets de l'interdépendance accrue qui découlera vraisemblablement du fusionnement.

[310] De l'avis du Tribunal, le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans le domaine des services de coordination offerts aux clients qui constituent des comptes nationaux, car il est admis que les parties au fusionnement sont les seules à offrir ces services au Canada. Le fusionnement fera en sorte qu'une seule entreprise offrira désormais de tels services au Canada, et rien n'indique qu'une entreprise en mesure d'offrir des services de coordination à l'échelle du pays ne s'engagera dans une telle activité. Le Tribunal reconnaît que les clients constituant des comptes nationaux n'ont pas tous recours aux services de coordination offerts par ces deux entreprises. Toutefois, il s'agit ici de déterminer si l'entreprise fusionnée sera capable, eu égard aux clients constituant des comptes nationaux, d'exercer une puissance commerciale en augmentant ses prix unilatéralement. Le Tribunal est d'avis que cette capacité existera, puisque certains témoins ont signalé leur volonté de dépenser davantage pour ces services afin d'éviter les coûts encore plus élevés que suppose la coordination de ces services à l'interne.

[311] Pour conclure que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal a examiné la preuve relative à la part de marché et à la concentration présentée par les professeurs West, Schwindt et Globerman ainsi que la preuve économétrique soumise par le professeur Ward relativement à la capacité de l'entité fusionnée d'augmenter unilatéralement les prix.

[312] De plus, le Tribunal estime, d'après la preuve fournie par le professeur Whinston et plusieurs témoins ordinaires, que les entraves à l'accès au marché de la vente au détail de propane sont considérables. Le Tribunal signale que de nouvelles entreprises se sont implantées sur le marché par le passé, mais que rien ne porte à croire que d'autres en feraient autant dans un délai raisonnable, de façon à écarter la possibilité que l'entité fusionnée exerce une puissance commerciale. Le Tribunal est d'avis que les parts de marché respectives de Supérieur et de ICG n'ont à peu près pas varié depuis 10 ans. Ainsi, le Tribunal établit à environ 70 p. 100 du marché national la part combinée de Supérieur et de ICG, malgré l'arrivée de concurrents relativement petits.

[313] Le Tribunal conclut en outre que le fusionnement empêchera vraisemblablement la concurrence dans les provinces de l'Atlantique. Cette conclusion du Tribunal s'appuie sur les projets de ICG d'accroître fortement ses activités dans cette région. Sous ce rapport, le Tribunal a aussi pris en considération les éléments de preuve concernant la large part de marché et les importantes entraves à l'accès au marché, ainsi que l'absence de preuve de l'arrivée de nouvelles entreprises sur ce marché par le passé.

V. MESURE DE REDRESSEMENT

[314] Ayant conclu, en application de l'article 92 de la Loi, que le fusionnement diminuera sensiblement la concurrence sur de nombreux marchés locaux ainsi que pour les clients qui constituent des comptes nationaux, et qu'il empêchera vraisemblablement la concurrence dans les provinces de l'Atlantique, le Tribunal est d'avis qu'une ordonnance de dessaisissement total, par Supérieur, de l'ensemble des actions et éléments d'actif (y compris ceux des succursales intégrées précédemment) de ICG est la seule mesure de redressement appropriée dans les circonstances.

[315] À ce propos, nous nous reportons à la mise au point faite par la Cour suprême dans l'arrêt Southam, précité au paragraphe [48], aux pages 789 et 790, concernant la mesure de redressement qui s'impose :

> Le mal auquel s'attaquaient les rédacteurs de la *Loi sur la concurrence* est la diminution sensible de la concurrence. Voir la *Loi sur la concurrence*, par. 92(1). Il n'est guère besoin de démontrer que la mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement.

La Cour suprême précise à la page 791 :

> ... S'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable, et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre un niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Une mesure de redressement doit à tout le moins être efficace. Si la moins attentatoire des mesures de redressement efficaces possibles va au-delà de ce qui est nécessaire, c'est peut-être malheureux mais, d'un point de vue juridique, une telle mesure n'est pas défectueuse.

[316] De l'avis du Tribunal, puisque le fusionnement entre Supérieur et ICG aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur de nombreux marchés locaux au Canada, seule une ordonnance de dessaisissement total est indiquée dans les circonstances. En fait, le Tribunal estime que toute ordonnance de dessaisissement partiel, bien que moins attentatoire, ne permettrait pas de rétablir, sur ces marchés, la concurrence à un niveau auquel il ne serait plus possible de dire qu'elle est inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement.

[317] Le Tribunal examinera maintenant les arguments présentés par les défenderesses en vertu de l'article 96 de la Loi, afin de déterminer si une ordonnance de dessaisissement total peut être rendue.

VI. GAINS D'EFFICIENCE

A. RÉSUMÉ

[318] Les défenderesses font valoir que Supérieur réalisera d'importants gains d'efficience grâce à ce fusionnement, citant à l'appui l'opinion formulée par la société Cole Valuation Partners Limited (« la société Cole »), selon laquelle, sur 10 ans, ces gains (« valeur des gains d'efficience ») se situeront au total entre 381 et 421 millions de dollars, en dollars constants. La société Cole a également exprimé l'avis que ces gains d'efficience ne peuvent être réalisés par d'autres moyens courants dans ce secteur (affidavit des témoins experts C. O'Leary et E. Fergin (17 août 1999) : pièce confidentielle CR-112 à la page 2).

[319] Le rapport de la société Cole, qui a pour titre *Quantification of the Efficiency Value Resulting from the Merger of Superior Propane and ICG Propane*, constitue la pièce A. L'appendice 1 du rapport de la société Cole est en fait un autre rapport, établi celui-là par A.T. Kearney Ltd., société de conseil en gestion spécialisée, entre autres, dans la gestion des opérations et la logistique. Ces deux rapports et les opinions qu'ils renferment forment le « rapport Cole-Kearney ».

[320] Le rapport Cole-Kearney est long et détaillé, mais ses conclusions portent essentiellement sur les gains d'efficience dans les trois principaux secteurs d'activité de l'entreprise, à savoir le centre administratif, le soutien à la clientèle et les opérations régionales. Le centre administratif englobe les fonctions de gestion de l'entreprise, ainsi que les activités se rapportant notamment à la gestion, au personnel et aux installations du siège social, à la technologie des systèmes d'information, ainsi qu'au commerce et à l'achat de propane au niveau de gros. Selon le rapport Cole-Kearney, l'entité fusionnée aura besoin de 44 employés de moins que les deux entreprises distinctes pour s'acquitter des fonctions normalement rattachées au siège social, et elle réalisera des économies aux postes du loyer du siège social, de la commercialisation, des frais d'ordre juridique et des coûts liés à l'exploitation d'une société ouverte. Ce rapport estime à 15,4 millions de dollars les économies annualisées qui découleront de l'élimination de tout double emploi et prévoit que, sur 10 ans, ces économies totaliseront 141,5 millions de dollars, en tenant compte des gains uniques (attribuables par exemple à la liquidation des éléments d'actif) et des frais (comme les indemnités de départ) associés à la réalisation de ces économies (*ibid*. aux pages 9-12 et appendice 1, section A).

[321] Le soutien à la clientèle englobe diverses fonctions, dont la gestion de l'équipe de vente et certaines autres activités liées à la gestion, au service à la clientèle, à l'administration, à la réglementation et à la sécurité. Le rapport Cole-Kearney prévoit des économies liées au fait que l'entité fusionnée se départira d'installations et de personnel faisant double emploi là où les deux entreprises qui fusionnent sont présentes, et qu'elle adoptera le « modèle d'entreprise » décentralisé de Supérieur, selon lequel les succursales bénéficient du soutien des services centraux et régionaux d'appui aux succursales. Les cinq centres de service à la clientèle de ICG seront fermés. Les économies annualisées prévues se chiffrent à 7,2 millions de dollars et devraient totaliser 65,7 millions de dollars sur 10 ans, en tenant compte des éléments non récurrents (*ibid*. aux pages 13-16 et appendice 1, section B). Le rapport Cole-Kearney précise que cette estimation des économies sur le plan des coûts ne tient pas compte de celles qui sont attendues des mesures de restructuration déjà prévues par Supérieur et ICG indépendamment du fusionnement (*ibid*. appendice 1, onglet B1 aux pages 135, 136).

[322] Les opérations régionales englobent l'ensemble des activités exercées dans les divers emplacements, succursales et usines et rattachées au parc de véhicules de livraison et de service, aux stocks de propane, aux réservoirs, à l'approvisionnement et au transport. Des économies sont prévues à ce chapitre en conséquence de l'élimination du chevauchement de certains marchés géographiques et de l'accroissement des livraisons dans chaque territoire de vente qui permettront à l'entité fusionnée de réduire ses coûts d'approvisionnement et de transport. Par exemple, le rapport Cole-Kearney prévoit la suppression de 157 postes, de même que l'élimination de 17 694 réservoirs et de 5,9 millions de litres de propane en stock, d'où des économies annualisées de 16,7 millions de dollars, pour un total de 193,6 millions de dollars sur 10 ans, en tenant compte des éléments non récurrents (*ibid*. aux pages 17-20 et appendice 1, section C).

[323] Selon le rapport Cole-Kearney, les économies globales s'élèveraient à 400,8 millions de dollars (plus ou moins 20 millions de dollars environ) sur 10 ans, et le gain d'efficience prévu, à 40,08 millions de dollars (plus ou moins 2 millions de dollars environ) par an. Le rapport Cole-Kearney est très optimiste au sujet de la réalisation de ces gains, en partie parce que : *a*) des économies de 13 à 21 millions de dollars qui seraient vraisemblablement réalisées en l'absence du fusionnement ont été exclues; *b*) les gains d'efficience attribués au fusionnement ont été pris en compte uniquement si leur réalisation était très probable; *c*) les gains d'efficience se fondent sur des économies réputées plus réalisables que des gains provenant de recettes éventuelles, qui sont plus incertains.

[324] Pour éviter toute confusion, le Tribunal précise la distinction entre les « économies annualisées » mentionnées dans le rapport Cole-Kearney et les « économies annuelles ». Dans le premier cas, il s'agit du montant des économies réalisées durant une période d'un an pour un élément donné, d'après les mouvements de trésorerie pour cet élément calculés chaque année sur une période de 10 ans et avant la prise en compte des mouvements de trésorerie uniques (correspondant par exemple à des indemnités de départ ou à la cession d'éléments d'actif). En conséquence, les économies réalisées à l'égard de cet élément sur une période de 10 ans ne correspondent pas nécessairement aux économies annualisées multipliées par 10. Si l'on additionne les économies annualisées pour les trois secteurs d'activité susmentionnés, on obtient des économies annualisées d'un montant arrondi à une décimale de 39,3 millions de dollars. La seconde expression désigne la totalité des mouvements de trésorerie; par exemple, si les économies totales sur 10 ans s'établissent à 400,8 millions de dollars, les économies annuelles sont donc de 40,08 millions de dollars.

B. VALEUR ACTUALISÉE NETTE DES GAINS D'EFFICIENCE

[325] Le rapport Cole-Kearney fournit en outre une estimation de la « valeur actualisée nette des gains d'efficience », qui se situe entre 291 et 308 millions de dollars (*ibid*. à la page 24). Ce calcul est fonction du taux d'actualisation choisi et des mouvements de trésorerie particuliers pris en compte (*ibid*., appendice 4 à la page 318). La société Cole adopte le point milieu de 300 millions de dollars pour son estimation ponctuelle de la valeur actualisée nette des gains d'efficience.

C. RÉSUMÉ ET ÉVALUATION DU TRIBUNAL

[326] Le commissaire fait valoir, en se fondant sur un rapport de réfutation des professeurs Schwindt et Globerman et de M. Kemp (affidavit de réfutation des témoins experts R. Schwindt, S. Globerman et T. Kemp (15 septembre 1999) : pièce confidentielle CA-3131), que les économies annuelles présumées de 38,51 millions de dollars surestiment ce que peut engendrer le fusionnement et qu'il convient seulement de retenir 21,2 millions de dollars. Le commissaire prétend qu'en bonne part, les gains d'efficience présumés sont des économies de nature financière et qu'il y a donc lieu d'en faire abstraction parce qu'ils ne représentent pas des économies sous forme de ressources économiques réelles qui peuvent être redistribuées par d'autres secteurs de l'économie. De même, le commissaire soutient que certains coûts économiques réels ont été considérés de nature financière et par conséquent ignorés, alors qu'ils auraient dû être déduits des gains d'efficience présumés.

[327] Le commissaire fait également valoir que certaines économies prises en compte à juste titre sont cependant surestimées, et que les coûts résultant du fusionnement ont été incorrectement traités.

[328] En réplique, les défenderesses contestent plusieurs critiques formulées par le commissaire et soutiennent qu'il faudrait en faire abstraction. Comme bon nombre des affirmations du commissaire ne sont pas mises en doute (par exemple, l'élimination du « programme de bien-être » comme économie de nature financière), le Tribunal ne s'intéresse qu'aux points sur lesquels les parties sont en désaccord.

1) Centre administratif

[329] Le commissaire soutient que les économies présumées au chapitre des coûts relatifs au centre administratif sont surévaluées d'environ 11,9 millions de dollars par année. Les défenderesses expliquent la manière dont elles ont traité les coûts associés à l'application de la convention de gestion, aux achats et à l'exploitation d'une société ouverte, lesquels s'élèvent à 11,4 millions de dollars par année, et justifient une part du montant dont le commissaire voudrait réduire les économies liées au centre administratif.

a) Convention de gestion

[330] La gestion de Supérieur relève de Superior Management Services Limited Partnership (« SMS ») qui a acquis en mai 1998 les obligations et avantages (« convention de gestion ») en la matière de l'ancien gestionnaire, Union Pacific Resources Inc., pour la somme de 5 millions de dollars (compendium du rapport Cole-Kearney : pièce confidentielle CR-114, onglet A1, appendice B). La société Superior Incentive Trust (« Incentive Trust »), porteuse des parts de fiducie de catégorie A de SMS, touche les distributions en espèces afférentes sur les frais de gestion payés à SMS par Supérieur conformément à la convention de gestion. Le groupe de gestion de Supérieur (Grant Billing, Mark Schweitzer et Geoff Mackey) détient 28 p. 100 des parts de fiducie de Incentive Trust, ce qui lui donne droit à 28 p. 100 des distributions accordées par cette dernière. Un autre groupe d'investisseurs, en l'occurrence Enterprise Capital Management Inc. (« investisseurs du groupe de gestion Enterprise »), est propriétaire des 72 p. 100 restants des parts de fiducie de Incentive Trust.

[331] Le commissaire affirme que le barème de frais de gestion établi dans la convention de gestion est de nature à inciter SMS à augmenter *a*) la rentabilité de Supérieur, et *b*) les distributions en espèces (« distributions en espèces ») aux porteurs de parts du Superior Propane Income Fund, propriétaire de Supérieur. Selon le barème, SMS n'a droit à aucun paiement lorsque la distribution en espèces est inférieure à 1,27 $ la part. Lorsque la distribution en espèces varie entre 1,27 $ et 1,45 $ la part, SMS a droit à un montant égal à 15 p. 100 de la distribution en espèces, proportion qui passe à 25 p. 100 lorsque la distribution en espèces se situe entre 1,45 $ et 1,89 $ la part. Au-delà de 1,89 $ la part, SMS reçoit un montant équivalant à la moitié de la distribution en espèces.

[332] En conséquence, si le groupe de gestion pouvait réaliser des gains d'efficience donnant lieu à des distributions en espèces plus importantes, SMS aurait droit aux frais de gestion relatifs à ces distributions en espèces fondées sur les gains d'efficience réalisés. Si le groupe de gestion réalisait les gains d'efficience de 40 millions de dollars présumés dans le rapport Cole-Kearney, le commissaire estime que SMS recevrait alors un montant approximatif de 7,5 millions de dollars par année en frais de gestion. Ce montant constitue une moyenne basée sur diverses hypothèses concernant la situation fiscale future de Supérieur, étant donné que les frais de gestion sont déductibles du revenu imposable.

[333] Bref, le commissaire affirme que les frais de gestion rattachés aux gains d'efficience découlant du fusionnement visé en l'espèce constituent les paiements versés à SMS pour avoir fourni les services de gestion additionnels nécessaires à la réalisation des gains d'efficience. Dans cette optique, ces frais représentent un coût de réalisation des gains d'efficience et ils devraient donc être déduits des gains d'efficience de l'ordre de 40 millions de dollars par année que les défenderesses prétendent réaliser. Le commissaire soutient qu'il faut déduire le montant total de ces frais, et non pas seulement les 28 p. 100 distribuables au groupe de gestion, parce que les investisseurs du groupe de gestion Enterprise ont des responsabilités de gestion et des intérêts représentés au conseil d'administration de Supérieur ou de ICG.

[334] Les défenderesses soulèvent plusieurs objections (affidavit des témoins experts soumis en réplique par S. Cole, C. O'Leary, J.P. Tuttle, et E. Fergin (5 octobre 1999) : pièce confidentielle CR-113 aux pages 9-13), la principale étant que les frais ne supposent pas des efforts additionnels de la part du

groupe de gestion parce que les gestionnaires exerçaient déjà pleinement cette activité avant le fusionnement et que le niveau de service assuré par les gestionnaires ne changera pas vraiment; il n'y aura donc aucune augmentation des coûts économiques (*ibid*. à la page 10). Par conséquent, les défenderesses font valoir qu'il n'y a pas lieu de déduire les frais des gains d'efficience présumés.

[335] Les défenderesses expliquent que les gestionnaires ont obtenu des prêts sans intérêt et sans recours des investisseurs du groupe de gestion Enterprise, afin de faciliter l'achat de leur participation de 28 p. 100 dans la convention de gestion (pièce confidentielle CR-113, appendice B à la page 56).

[336] Il semble au Tribunal que la position des défenderesses est que les gestionnaires sont rétribués davantage pour offrir le même niveau de services de gestion et que, par conséquent, les montants qu'ils touchent sous forme de distributions en espèces versées par Incentive Trust sont de nature financière seulement. En termes plus simples, la convention de gestion redistribue aux gestionnaires une part des bénéfices réalisés par Supérieur, aux dépens des propriétaires de Supérieur, puisqu'aucun effort de gestion additionnel n'est fourni. Si ce que prétendent les défenderesses est exact, le Tribunal estime qu'il est étrange d'invoquer un tel argument, puisque cela revient à dire qu'en réalité le groupe de gestion est surpayé pour ses services.

[337] Les défenderesses font également valoir que la convention de gestion constitue un placement fait et payé par les gestionnaires et que les sommes reçues de Incentive Trust correspondent à une répartition des bénéfices plutôt qu'une rétribution de services de gestion. Elles font remarquer que les titulaires de la convention de gestion ont le droit de vendre leur participation. Elles ajoutent que, puisque cette convention a été conclue avant le fusionnement et qu'elle n'a pas été modifiée en conséquence, le niveau des services de gestion à rendre n'a pas changé depuis 1996, date à laquelle les dispositions de la convention ont été définies. Par conséquent, les défenderesses soutiennent que toute modification du paiement doit être assimilée à un transfert en espèces (pièce confidentielle CR-113 aux pages 11, 12).

[338] Le Tribunal ne souscrit pas à l'opinion suivant laquelle la convention de gestion représente seulement un placement, bien qu'elle puisse en présenter certains aspects. Étant donné que les frais de gestion payés à SMS conformément à la convention de gestion représentent des dépenses déductibles pour Supérieur, on ne peut parler ici de répartition de bénéfices après impôt. Bien que les gestionnaires aient acquis une participation dans cette convention de gestion, en partie avec l'aide de prêts sans intérêt et sans recours, le Tribunal estime que le prix qu'ils ont payé n'est pour eux qu'une incitation de plus à fournir des services additionnels faisant croître leur rémunération. En outre, il semble au Tribunal que la capacité des gestionnaires de transférer leur participation dans la convention de gestion est grandement circonscrite par l'article 6.1 de l'entente liant les porteurs de parts (pièce confidentielle CR-113, appendice G, onglet 3).

[339] Le Tribunal constate que les gestionnaires d'entreprises à but lucratif reçoivent souvent une rétribution sous forme de placements ou de moyens de placement, comme des actions de la société gérée, l'option d'achat d'actions de l'entreprise, des prêts à faible intérêt pour acquérir des actions de la société gérée. Bien que les paiements provenant de ces placements puissent prendre la forme de dividendes ou de gains en capital, ces formes de rémunération des cadres n'en demeurent pas moins des moyens pour améliorer la qualité et le niveau de l'effort de gestion. En particulier, ces méthodes visent à faire correspondre les intérêts des gestionnaires et ceux des propriétaires pour que les décisions en matière de gestion bénéficient à ces derniers. Par conséquent, même lorsque les paiements incitatifs prennent la forme de distributions de titres de l'entreprise détenus par les gestionnaires, ces paiements ont pour objet d'inciter ces gestionnaires à atteindre les objectifs de l'entreprise et ils sont considérés à juste titre comme une rémunération de l'effort.

[340] Le Tribunal abonde dans le sens du commissaire, lorsque celui-ci affirme qu'à tous points de vue la convention de gestion apporte une rémunération supplémentaire aux gestionnaires pour cet effort de gestion additionnel. Par conséquent, ces frais de gestion additionnels représentent un coût économique réel des gains d'efficience que les défenderesses prétendent réaliser, et il convient de les déduire des gains en question.

[341] Cela dit, le Tribunal est en désaccord avec le commissaire sur le montant qu'il convient de déduire. Le montant approprié correspond à la rétribution des gestionnaires pour les efforts additionnels et doit donc être inférieur aux frais totaux payés à SMS conformément à la convention de gestion parce que 72 p. 100 de ce montant revient aux investisseurs du groupe de gestion Enterprise. Rien ne prouve que les investisseurs du groupe de gestion Enterprise, ou le représentant de ce groupe au conseil, participent ou participeront activement à la gestion ou à la réalisation des gains d'efficience présumés. En conséquence, ils bénéficient des efforts additionnels fournis par le groupe de gestion mais n'en fournissent pas eux-mêmes.

[342] Le Tribunal considère les distributions des parts de catégorie A de SMS par Incentive Trust aux investisseurs du groupe de gestion Enterprise comme une redistribution en espèces des bénéfices avant impôt réalisés par les propriétaires de Supérieur, surtout parce que ces propriétaires ne reçoivent rien des investisseurs du groupe Enterprise lors de la cession de la convention de gestion.

[343] Les défenderesses calculent les paiements aux gestionnaires, conformément à la convention de gestion, suivant différentes hypothèses au sujet de la situation fiscale future de Supérieur, et elles concluent que les gestionnaires toucheront entre 1,5 et 2,8 millions de dollars par année si les gains d'efficience présumés de 40 millions de dollars sont effectivement réalisés. Suivant l'approche du commissaire à cet égard, le Tribunal adopte la moyenne, soit 2,2 millions de dollars, comme montant à déduire des gains d'efficience présumés (pièce confidentielle CR-113 à la page 13 et appendice B à la page B1).

[344] Le Tribunal signale que le montant de 7,5 millions de dollars à déduire, selon le commissaire, correspond à l'estimation faite par ce dernier des frais de gestion payables à SMS relativement à ce fusionnement, lorsque les gains d'efficience sont de l'ordre de 40 millions de dollars par année. Puisque le commissaire affirme que ce montant est lui-même surestimé pour diverses raisons, le montant des frais de gestion et de toute déduction s'y rapportant doit nécessairement être moindre, si l'affirmation du commissaire est juste.

[345] Le Tribunal signale également que l'estimation des frais de gestion avancée par le commissaire, soit 7,5 millions de dollars en moyenne, représente 18,75 p. 100 des 40 millions de dollars de gains d'efficience présumés. Les frais moyens de 2,2 millions de dollars résultant des calculs des défenderesses équivalent à 5,5 p. 100 de ces gains. Puisque le Tribunal est d'accord avec les défenderesses pour ce qui est d'exclure les montants reçus par les investisseurs du groupe Enterprise, le Tribunal utilisera ce dernier pourcentage pour déterminer le montant qu'il convient de déduire lorsque les gains d'efficience sont inférieurs à 40 millions de dollars.

b) Achats

[346] Le rapport Cole-Kearney indique que les fournisseurs de l'entreprise fusionnée réaliseront des économies au poste des coûts lorsque les activités d'achat seront regroupées en une entreprise au lieu de deux. L'entreprise fusionnée sera à même de montrer ces économies et de négocier des remises sur les tarifs de transport par camion et par chemin de fer, par exemple (pièce confidentielle CR-112, onglet A9 à la page 115). Le rapport Cole-Kearney fait état d'économies de l'ordre d'environ 2,84 millions de dollars par année pour l'entreprise fusionnée, mais cette estimation a été portée à 3,28 millions de dollars par

année en réplique au rapport de réfutation préparé par les experts du commissaire, afin d'inclure les économies réalisées par la société de transport affiliée de Supérieur, Energy Transportation Incorporated (pièce confidentielle CR-114, onglet 6).

[347] Le commissaire prétend que les économies annuelles de 3,28 millions de dollars au poste des achats sont largement de nature financière et qu'elles ne sont pas bien étayées. En fait, dans le rapport de réfutation qu'ils ont déposé, les experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman et M. Kemp, précisent que ces estimations se fondent uniquement sur l'expérience de A.T. Kearney dans la négociation de contrats de transport pour d'autres clients (pièce confidentielle CA-3131 à la page 19).

[348] Le Tribunal conclut à l'insuffisance de la preuve à l'appui des économies présumées dans le rapport Cole-Kearney. Le Tribunal accepte les critiques du commissaire et en conclut qu'aucune économie n'a été établie.

c) Coûts liés à l'exploitation d'une société ouverte

[349] Les défenderesses soutiennent que le fusionnement fera économiser 660 000 $ annuellement en frais liés à l'exploitation d'une société ouverte (droits d'admission à la cote, coût liés aux administrateurs externes, honoraires du fiduciaire, droits de dépôt réglementaire, honoraires d'avocat ou de vérificateur) et que, en l'absence du fusionnement, ICG aurait fait un premier appel public à l'épargne et aurait donc supporté ces coûts (pièce confidentielle CR-112, onglet A-8 à la page 111).

[350] Les témoins experts du commissaire mettent en doute ces économies en soutenant que ICG aurait pu vraisemblablement passer aux mains d'une autre société et, donc, n'aurait pas eu à supporter ces coûts. En conséquence, les témoins experts du commissaire soutiennent qu'il n'est pas approprié d'attribuer ces économies au fusionnement visé en l'espèce (pièce confidentielle CA-3131 à la page 18).

[351] Selon la déclaration du témoin Henry Roberts, vice-président de Petro-Canada, lorsque Supérieur a offert d'acquérir ICG, des dispositions avaient déjà été prises pour transformer ICG en société ouverte par l'émission de parts de fiducie. ICG avait déjà publié un prospectus provisoire et elle faisait la promotion de l'émission dans des tournées de présentation. Selon M. Roberts, Petro-Canada entretenait des discussions avec quelques acheteurs possibles qui avaient manifesté de l'intérêt pour ICG, mais aucun d'entre eux n'a fait une offre ferme d'achat.

[352] Quoiqu'il en soit, la question est de savoir si les économies en question se concrétiseront si le Tribunal ordonne un dessaisissement total. À l'heure actuelle, le Tribunal n'est pas en mesure de dire comment s'exécuterait l'ordonnance de dessaisissement. Cependant, comme Supérieur assimile ces économies à des gains d'efficience, il lui incombe de montrer, à la satisfaction du Tribunal, que ces économies sont prises en considération dans l'analyse aux termes du paragraphe 96(1). Donc, Supérieur doit prouver qu'elle transformerait vraisemblablement ICG en société ouverte si une ordonnance de dessaisissement total devait être rendue. Or, elle ne l'a pas fait et le Tribunal rejette l'argument de l'efficience.

2) Opérations régionales

a) Réduction du parc de véhicules et du nombre de chauffeurs

[353] Le rapport Cole-Kearney prévoit que l'entité fusionnée aura besoin d'un moins grand nombre de camions pour couvrir les territoires de vente communs aux deux entreprises, de sorte qu'il sera possible d'éliminer un certain nombre de véhicules et de supprimer des postes de chauffeur pour ces territoires. Les

gains d’efficience seraient réalisés grâce à l’annulation de certains projets d’achat de véhicules, à l’élimination des coûts qui seraient associés aux véhicules s'ils n'étaient pas retirés de la circulation, au produit de la vente de certains véhicules de livraison (pièce confidentielle CR-112, section C, onglet C4) et aux économies réalisées au chapitre de la rémunération des chauffeurs (*ibid.*, onglet C-5).

[354] Le rapport Cole-Kearney utilise des méthodes de régression statistique (lesquelles ont été exposées au cours de l’audience, dans la pièce confidentielle CR-113, annexe G, onglet 5) pour déterminer le rapport entre le nombre d’heures d’exploitation par camion de transport en vrac et trois déterminants de cette variable, à savoir une mesure substitutive de la distance parcourue par territoire de vente, le volume des livraisons et le nombre de visites. Selon cette analyse statistique (*Predictive Regression Model Results* : pièce A-3122 à la page 2), il est possible de réduire de 13,27 p. 100 le nombre d’heures d’exploitation. Le rapport conclut que l’entité fusionnée aura besoin de 661 camions (toutes catégories confondues) pour ses activités et que l’on pourra soustraire 80 camions (75 camions de transport en vrac et 5 camions de transport de bouteilles) du parc des véhicules, à cause du chevauchement des territoires de vente des parties au fusionnement (pièce confidentielle CR-112, onglet C4 aux pages 236, 237). En conséquence, 80 postes de chauffeur pourront être supprimés (ibid., onglet C5 à la page 244).

[355] Par suite de cette analyse, le rapport Cole-Kearney établit à 2,6 millions de dollars le montant annualisé des économies (33,4 millions de dollars sur 10 ans) engendrées par l’élimination des 80 camions et à 3,9 millions de dollars le montant annualisé des économies (36,3 millions de dollars sur 10 ans) engendrées par la suppression de 80 postes de chauffeur (pièce confidentielle CR-112 à la page 18). Ces réductions de coûts expliquent environ 17 p. 100 du total des gains d’efficience sur 10 ans présumés dans le rapport Cole-Kearney.

[356] Les témoins experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, critiquent la méthode utilisée dans le rapport Cole-Kearney pour estimer la réduction du nombre de véhicules et du nombre de postes de chauffeur, ainsi que les résultats de cette analyse (*Evaluation of Appendix D of the Cole/Kearney Reply* : pièce A-3132). Ils signalent que la variable clé pour mesurer les économies est la distance moyenne entre les clients; or, dans le rapport Cole-Kearney, la mesure substitutive de la distance parcourue par territoire de vente ne rend pas compte de cette variable. En outre, les témoins experts du commissaire soulignent que le rapport Cole-Kearney détermine, pour un échantillon donné, la relation entre le nombre d’heures d’exploitation par camion de transport en vrac et trois déterminants de cette variable, dont le volume des livraisons, mais que ce volume est en fait le volume total pour les succursales (y compris les quantités livrées par camion de transport de bouteilles) et non seulement le volume livré exclusivement par camion de transport en vrac. À cela s’ajoute l’observation d’une mesure statistique de la « qualité de l’ajustement » qui laisse à désirer, mais que les témoins experts du commissaire ont réussi à améliorer en se servant d’un autre modèle.

[357] Les témoins experts du commissaire ont refait l’analyse de Cole-Kearney avec les bonnes données et ils établissent à 3,62 p. 100 – comparativement à 13,27 p. 100 dans le rapport Cole-Kearney – la réduction du nombre d’heures d’exploitation (pièce A-3132, tableau A-4). En conséquence, ce sont 30 camions (28 véhicules de transport en vrac et deux véhicules de transport de bouteilles) – et non 80 comme dans le rapport Cole-Kearney – qu'il serait possible d'éliminer. Compte tenu de ces résultats, le commissaire soutient que les réductions de coûts seront, à chaque année, de 1,69 million de dollars inférieures aux estimations annualisées établies dans le rapport Cole-Kearney.

[358] Les professeurs Schwindt et Globerman et M. Kemp font remarquer que puisque l’estimation de la réduction du nombre de camions établie dans le rapport Cole-Kearney est excessive, il en va de même pour l’estimation de la réduction du nombre de postes de chauffeur (pièce confidentielle A-3131 à la page 7). Si les économies sont de 48 500 $ par chauffeur éliminé (pièce confidentielle CR-112 à la page 246) et

si la réduction du nombre de camions est surestimée de 50 unités, on peut abaisser de 2,43 millions de dollars (c.-à-d. 50 x 48 500 $) le montant annualisé des réductions de coûts découlant de la suppression de postes de chauffeur qui a été estimé dans le rapport Cole-Kearney. Le Tribunal précise que le commissaire omet de tenir compte du fait que les indemnités de départ, qui sont des coûts ponctuels, seront moins élevées si moins de chauffeurs sont congédiés.

[359] En réponse, les défenderesses soulignent que les témoins experts du commissaire, les professeurs Schwindt et Globerman, ne connaissent pas l'industrie du propane et n'ont jamais eu à remanier des itinéraires de livraison ou à mettre en oeuvre un fusionnement de ce genre.

[360] L'élimination estimée de 28 camions de transport en vrac dans les territoires communs aux deux entreprises que supposent les témoins experts du commissaire représente une réduction du parc des véhicules de transport en vrac (qui sont au nombre de 481) de 5,8 p. 100 seulement sur 10 ans, comparativement à une réduction de 15,6 p. 100 dans le rapport Cole-Kearney. De même, l'élimination estimée de deux camions de transport de bouteilles dans les territoires communs aux deux entreprises que supposent les mêmes témoins experts représente une réduction du parc de ces véhicules (qui sont au nombre de 45) de 4,4 p. 100 sur 10 ans, comparativement à 11,1 p. 100 dans le rapport Cole-Kearney.

[361] Le Tribunal ne peut souscrire aux estimations des témoins experts du commissaire concernant la réduction du nombre de camions. Bien qu'ils aient démontré que la sérieuse faiblesse de la méthode d'estimation décrite dans le rapport Cole-Kearney, en raison des données utilisées, le Tribunal reconnaît que la réduction du nombre de camions pourrait vraisemblablement donner lieu à des gains d'efficience, compte tenu surtout du chevauchement des itinéraires des parties au fusionnement. De l'avis du Tribunal, les estimations faites par les témoins experts du commissaire représentent au mieux la plus petite réduction possible. Par conséquent, le Tribunal estime que le commissaire exagère vraisemblablement lorsqu'il préconise de réduire de 1,69 million de dollars le montant estimé des économies pouvant découler de la réduction du parc de véhicules, qui a été établi dans le rapport Cole-Kearney.

[362] Le Tribunal croit qu'un montant d'un million de dollars est une estimation plus réaliste des économies pouvant découler de la réduction du nombre de camions de transport en vrac que ne l'est celle (770 000 $) établie par les témoins experts du commissaire; de même, 150 000 $ est une somme réaliste pour chiffrer approximativement les économies annuelles pouvant découler de la réduction du nombre de camions de transport de bouteilles. Étant donné des économies annuelles totales estimées de 1,15 million de dollars, le Tribunal croit qu'il faudrait abaisser le montant annualisé des économies établi dans le rapport Cole-Kearney de 1,43 million de dollars et non de 1,69 million de dollars comme le propose le commissaire.

[363] Si la même correction est apportée aux économies générées par le congédiement de chauffeurs, le Tribunal estime ces économies à 1,9 million de dollars et non à 1,46 million de dollars comme le propose le commissaire. En conséquence, il faudrait abaisser de 1,98 million de dollars, et non de 2,43 millions comme l'affirme le commissaire, le montant estimé des économies annuelles établi dans le rapport Cole-Kearney, qui est de 3,88 millions de dollars.

b) Fourniture et livraison du propane

[364] Le commissaire soutient que le montant des réductions de coûts annuelles calculé dans le rapport Cole-Kearney au chapitre de la fourniture et de la livraison, soit 1,39 million de dollars, est surestimé. Selon le commissaire, les économies découlant de la mise en service du matériel non utilisé au lieu du recours continue aux services de camionneurs indépendants sont de nature financière (c.-à-d. du transfert de la capacité inexploitée de l'entité fusionnée aux camionneurs privés dont on utilisait auparavant les

services). Le commissaire fait également remarquer que les économies découlant de la réduction du parc de wagons de réserve n’ont pas été établies.

[365] Les défenderesses ne contestent pas les prétentions du commissaire, sauf qu’elles prennent soin de signaler une divergence apparente entre les montants figurant à la page 222 du mémoire du commissaire et les données correspondantes dans le tableau E2. Selon le commissaire, il s’agit d’une erreur typographique et les données du tableau E2 sont exactes.

[366] En conséquence, le Tribunal accepte les critiques du commissaire au sujet des réductions de coûts que fait valoir le rapport Cole-Kearney.

3) Autres points

a) Éléments non récurrents

[367] Le commissaire affirme que le montant de 38,51 millions de dollars avancé dans le rapport Cole-Kearney pour exprimer les économies annuelles est excessivement optimiste, irréaliste et exagéré. Selon le commissaire, il faudrait réduire ce montant de 17,3 millions de dollars de manière à abaisser les économies annuelles à 21,21 millions de dollars, montant qui serait encore trop élevé, vu l’absence d’un facteur d’imprévisibilité.

[368] Le rapport Cole-Kearney fait valoir des réductions de coûts de 400,8 millions de dollars sur 10 ans compte tenu d’un facteur d’imprévisibilité d’environ cinq pour cent, ce qui donne une fourchette de 381 millions à 421 millions de dollars. Sur une base annuelle, les réductions de coûts s’élèvent donc à 40 millions de dollars environ – soit le point médian de la fourchette de 38 millions à 42 millions – pour une période de 10 ans.

[369] Le Tribunal croit remarquer que le tableau E2 du mémoire du commissaire présente les montants annualisés des économies estimés dans le rapport Cole-Kearney et la somme de ces montants, lesquels sont arrondis à deux décimales; donc, le montant de 38,51 millions de dollars par année qualifié par le commissaire d'irréaliste et d'exagéré ne tient pas compte des dépenses et des recettes non récurrentes. Par conséquent, l’estimation établie par le commissaire pour les réductions de coûts annuelles découlant du fusionnement (21,21 millions de dollars) ne tient pas compte des coûts et des revenus non récurrents qui résultent de la réalisation des gains d’efficience.

[370] En dernier lieu, le commissaire a justifié cette omission dans le tableau E2 en faisant valoir qu’il serait arbitraire de répartir sur 10 ans des coûts ou des revenus non récurrents pour les ajouter aux montants récurrents. De fait, il serait tout aussi arbitraire de répartir ces montants sur n’importe quelle autre période de temps. Le Tribunal convient qu’il est arbitraire de répartir un coût ou un revenu non récurrent sur 10 ans, mais il ne croit pas que l’omission des montants non récurrents soit la bonne solution.

[371] De l'avis du Tribunal, la façon appropriée de mesurer tous les coûts et les revenus pouvant découler du fusionnement, qu’ils soient récurrents ou non, est d’actualiser à un taux convenable les montants qui seront reçus ou versés ultérieurement. C’est ainsi qu'a été établie, dans le rapport Cole-Kearney, la valeur actualisée nette des gains d’efficience, dont il a été question plus haut. Le commissaire n’a pas mis en doute la méthode utilisée ni les résultats obtenus et il n’a pas non plus présenté des résultats issus de ses propres calculs. Par ailleurs, il semble au Tribunal que les défenderesses aient renoncé à cette démarche avant que ne commence l’audition :

[TRADUCTION]

M. SCHWARTZ : Non. Je croyais que vous aviez eu recours à l'actualisation dans votre rapport.

M. COLE : C'est juste. Dans le rapport initial, les montants de 40 millions de dollars, ou de 39 millions, et de 400 millions sont exprimés en dollars d'origine, et c'est en ces termes que nous avons répondu dans tous nos échanges avec vous. Ici, à Calgary, il n'a pas été question de montants actualisés ni de valeur actualisée nette.

Il en a été question, au besoin, dans notre rapport initial, mais pas avec vous aujourd'hui ni hier.

Transcription, vol. 34 aux pages 6863, 6864 (8 décembre 1999).

[372] Faute d'actualisation, le Tribunal retient comme montant des réductions de coûts sur 10 ans l'estimation établie par les défenderesses, à savoir 400,8 millions de dollars ou 40 millions par année, plutôt que le montant des réductions annualisé de 38,51 millions de dollars, et ce, pour tenir compte des coûts et des revenus non récurrents. Néanmoins, le Tribunal sait très bien qu'un revenu non récurrent aura une valeur d'autant plus grande qu'il sera perçu tôt, tandis qu'une dépense non récurrente aura une valeur d'autant plus faible que le décaissement correspondant s'effectuera tardivement.

b) Divers

[373] Le commissaire soutient que les réductions de coûts annuelles établies dans le rapport Cole-Kearney à plusieurs autres égards sont, au total, surestimées d'environ 620 000 $. Les défenderesses ne contestent pas les assertions du commissaire. En conséquence, le Tribunal accepte les affirmations du commissaire à ce sujet.

c) Impôt foncier

[374] Les défenderesses affirment que l'impôt foncier économisé par suite du fusionnement sont des économies pour l'utilisateur-payeur, qui n'aura plus à payer pour des services municipaux qui ne seront plus requis après le fusionnement, ce qui représente des économies réelles pour les municipalités. Selon les défenderesses, l'impôt foncier municipal se distingue de l'impôt sur le revenu à cet égard. Toutefois, les défenderesses semblent reconnaître en même temps qu'il n'y aura pas de diminution de tous les services municipaux financés par l'impôt foncier; elles soutiennent qu'en l'absence d'une méthode permettant de déterminer quelles ressources seront économisées, le montant total de l'impôt foncier économisé doit être assimilé à des gains d'efficience.

[375] Les Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], définissent les économies d'impôt découlant d'un fusionnement comme une redistribution de revenu des contribuables aux entreprises; par conséquent, les économies d'impôt sont des gains de nature financière plutôt que de véritables réductions de coûts. Dans la section 5.3 des Lignes directrices, on ne fait pas de distinction entre l'impôt sur le revenu et les autres impôts. Au niveau municipal, de nombreux services financés par le produit de l'impôt foncier continueront d'être offerts après le fusionnement (p. ex. services d'éducation, de santé et d'assistance sociale; entretien des routes; rémunération des conseillers municipaux).

[376] Durant l'audience, le Tribunal a proposé une méthode pour distinguer les gains financiers des économies réelles en ce qui concerne l'impôt et les services municipaux. Si l'entreprise initiale reçoit une facture pour des produits ou des services fournis par l'administration locale (p. ex. taxe d'eau municipale) et que l'entité fusionnée utilise ces produits ou services dans une proportion moindre, on peut considérer à juste titre les économies correspondantes comme des économies de ressources. Lorsqu'il ne peut être déterminer si les économies d'impôt foncier sont des économies réelles de ressources ou une

redistribution financière, le Tribunal convient avec le commissaire qu'il n'y a pas lieu de reconnaître l'existence de gains d'efficience. Toutefois, comme le montant demandé ici par les défenderesses est relativement modeste, le commissaire ne cherche pas à défalquer ce montant des gains d'efficience.

d) Coûts d'intégration

[377] Le commissaire soutient qu'il faut défalquer le coût du rapport Cole-Kearney – tout comme les coûts de gestion associés à la planification du fusionnement – du montant présumé des gains d'efficience. Les défenderesses contestent cette assertion en faisant valoir qu'elles ont dû recourir aux services d'experts-conseils pour répondre aux exigences du commissaire.

[378] Le Tribunal est d'avis qu'il ne faut pas défalquer le coût du rapport Cole-Kearney, ni les coûts de gestion associés à la planification du fusionnement du montant présumé des gains d'efficience, parce que ces coûts ont déjà été supportés et qu'ils ne dépendent pas de ce que le fusionnement soit autorisé ou non ni de ce que les gains d'efficience soient réalisés ou non. Ce sont des coûts irrécupérables qui, par leur nature, diffèrent des coûts (p. ex. indemnités de départ) qui seront supportés uniquement si le fusionnement est mis en oeuvre. Par conséquent, d'un point de vue strictement économique, il serait acceptable de défalquer les honoraires des experts-conseils uniquement si, par exemple, ces frais dépendaient des conclusions de l'audience de l'enquête, auquel cas il ne s'agirait pas de coûts irrécupérables.

[379] En tout état de cause, les éléments de preuve qui nous sont présentés indiquent que les défenderesses n'ont retenu les services des experts-conseils (Cole-Kearney) qu'après le fusionnement de décembre 1998. Par conséquent, on ne peut affirmer que les coûts du rapport Cole-Kearney sont des coûts de gestion qui se rapportent à la planification du fusionnement.

4) Gains d'efficience nets

[380] Comme il est mentionné au paragraphe [372], le Tribunal tient compte des éléments non récurrents dans son analyse et il accepte donc le montant de 40 millions de dollars par an comme point de départ pour l'évaluation du montant présumé des gains d'efficience. Après avoir examiné les critiques formulées par le commissaire à l'égard du rapport Cole-Kearney, nous en venons à conclure que les gains d'efficience, et les montants à défalquer, sont les suivants :

TABLEAU 1 : Gains d'efficience et montants à défalquer

	Montants demandés par le commissaire	Montants autorisés par le Tribunal
	(en millions $/an)	
Montants à défalquer		
i) éléments non récurrents	1,50 $	0,00 $
ii) achats 3,28 $ 3,28 $		
iii) coûts liés à l'exploitation d'une société ouverte	0,66 $	0,66 $
iv) parc de véhicules de livraison	1,69 $	1,43 $
v) chauffeurs	2,43 $	1,98 $

	vi) fourniture du propane	1,12 $	1,12 $
	vii) autres (à l'exclusion des frais de gestion)	0,62 $	0,62 $
a)	Total des montants (avant frais de gestion)	11,30 $	9,09 $
b)	Gains d'efficience bruts présumés par les défenderesses	40,00$	40,00 $
c)	Gains d'efficience nets (avant frais de gestion) (b - a)	28,70$	30,91 $
d)	Montant à défalquer pour les frais de gestion	7,50 $	1,70* $
e)	Gains d'efficience nets (c - d)	21,20 $	29,21 $

* 5,5 % de 30,91.

[381] En dehors de l'ajustement particulier du montant des gains d'efficience présumé dans le rapport Cole-Kearney, le commissaire soutient que même une fois ce montant ramené à 21,2 millions de dollars, il demeure excessivement élevé, à cause notamment de l'absence d'un facteur d'imprévisibilité. Le commissaire incite le Tribunal à prendre en considération cet aspect de la question lorsqu'il comparera le montant présumé des gains d'efficience et les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

[382] Le rapport Cole-Kearney ne prévoit pas un montant à déduire du montant présumé des gains d'efficience dans l'éventualité de non-réalisation de ces gains. En ce sens, il est juste de dire qu'il n'y a pas de facteur d'imprévisibilité. Or, M. Cole a affirmé que le montant total estimé des gains d'efficience était une estimation prudente pour laquelle la marge d'erreur était de cinq pour cent environ. Il a aussi affirmé, comme le rapporte l'étude de Cole-Kearney (pièce confidentielle CR-112, annexe 5), qu'un montant de 12 à 21 millions de dollars de gains d'efficience sur 10 ans avait été supprimé, parce que leur valeur ne pouvait être établie avec exactitude (transcription, vol. 33 aux pages 6365-67 (7 décembre 1999)). Le Tribunal est persuadé que le montant estimé des gains d'efficience a été calculé avec une marge d'erreur raisonnable et, par conséquent, il est d'avis que l'absence d'un facteur d'imprévisibilité est sans importance.

[383] Sur cette question, le commissaire a choisi de ne pas produire de preuve concernant les gains d'efficience et il s'est donc limité à réfuter l'avis des experts contenu dans le rapport Cole-Kearney. Selon la preuve qui lui a été présentée relativement aux gains d'efficience des défenderesses, le Tribunal est persuadé que le fusionnement suscitera vraisemblablement des gains d'efficience de 29,2 millions de dollars par année.

D. ANALYSE JURIDIQUE

1) Article 96 de la Loi

[384] L'article 96 est ainsi rédigé :

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

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficience visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :
a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;
b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

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

[385] L'article 96 dispose, en termes non équivoques, que le Tribunal ne doit pas rendre l'ordonnance prévue à l'article 92 si les gains d'efficience surpassent et neutralisent les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les défenderesses soutiennent que ce fusionnement entraînera des gains d'efficience importants. Or, le commissaire conteste le montant de ces gains et fait valoir que les défenderesses ne peuvent se prévaloir de l'article 96 en l'espèce.

2) Position des parties

a) Commissaire

[386] Le commissaire affirme que l'article 96 ne peut être invoqué lorsqu'un fusionnement élimine la concurrence et entraîne la création d'un monopole sur un marché pertinent. Le commissaire avance en outre que, lorsque le Tribunal effectue l'analyse comparative prévue à l'article 96, il est tenue par la loi d'exercer son jugement quant au poids à attribuer au transfert des consommateurs vers les producteurs, c'est-à-dire que l'application d'une méthode fondée sur un coefficient préétabli (fixe) est contraire à l'article 96.

[387] Le commissaire soutient que l'utilisation de coefficients pondérateurs, tel que le propose son expert, Peter G.C. Townley, s'accorde avec une interprétation juste de l'article 96. Il affirme que les gains d'efficience ne neutralisent pas les effets anticoncurrentiels du fusionnement en question sur l'économie en général.

[388] Le commissaire affirme en outre qu'il incombe aux défenderesses de faire la preuve de tous les éléments composant la défense fondée sur les gains d'efficience qui sont énumérés à l'article 96.

b) Défenderesses

[389] Les défenderesses prétendent que le fusionnement de Supérieur et de ICG occasionnera des gains d'efficience importants, de l'ordre de 40 millions de dollars par année. Elles soutiennent que ce qu'il faut montrer sous le régime de l'article 96, c'est que les gains d'efficience neutralisent tous les effets d'une diminution sensible de la concurrence. Elles ajoutent qu'une telle diminution est tolérée, pourvu qu'elle soit compensée par les gains d'efficience qui découlent du fusionnement. Elles affirment aussi que les effets d'une diminution sensible de la concurrence se mesurent par la perte sèche pour l'économie et qu'ils excluent les transferts de richesse entre les producteurs et les consommateurs, qui n'ont aucun effet sur l'économie.

[390] En outre, les défenderesses prétendent que le commissaire s'écarte des Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], en s'appuyant sur la démarche fondée sur des « coefficients de répartition » décrite par son expert, le professeur Townley. Les défenderesses soutiennent que les gains d'efficience ne seront pas réalisés s'il n'y a pas de fusionnement et qu'il n'y a pas d'élément de preuve d'une autre

proposition pouvant raisonnablement occasionner ces gains d'efficience si une ordonnance de dessaisissement est rendue en vertu de l'article 92.

[391] En ce qui a trait au fardeau de la preuve, les défenderesses soutiennent que le commissaire n'est pas parvenu à montrer les effets d'une diminution sensible de la concurrence, ni à prouver que les gains d'efficience peuvent être réalisés d'une autre manière.

3) Question des Lignes directrices

[392] Les parties ont fait état des Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], dans leurs mémoires et leur plaidoirie.

[393] Bien que le Tribunal et la Cour d'appel fédérale aient statué dans Directeur des enquêtes et recherches c. Télé-Direct (26 février 1997), CT1994003/204, Motifs et ordonnance à la page 41, [1997] D.T.C.C. no 8 (QL) (Trib. conc.) (version anglaise publiée dans (1997), 73 C.P.R. (3e) 1 à la page 37), ainsi que dans *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.* [1995] 3 C.F. 557 aux pp. 607-608 (C.A) que les Lignes directrices ne constituent pas une oeuvre intouchable et ne sont pas non plus juridiquement contraignantes, le Tribunal reconnaît en elles d'importants principes d'application qui reflètent le point de vue du commissaire sur la façon dont la Loi doit être interprétée. Les Lignes directrices, publiées en 1991, ont été rédigées pour renseigner les entreprises et le public sur la manière dont le Bureau de la concurrence analyse l'effet des fusionnements sur l'exercice de la concurrence, y compris la façon dont il conçoit les gains d'efficience.

[394] Le Tribunal signale que les dispositions relatives à l'interprétation de l'article 96 n'ont pas été modifiées depuis l'adoption des Lignes directrices en 1991. De fait, même après la publication de la décision dans l'affaire *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], dans laquelle le juge Reed s'interrogeait sur la pertinence de considérer le transfert de richesse comme un facteur neutre, le commissaire a continué d'appliquer les Lignes directrices sans revoir sa position. Howard Wetston, alors directeur des enquêtes et recherches, avait déclaré qu'il ne voyait pas le nécessité de réviser les Lignes directrices étant donné que le commentaire du juge Reed dans la décision Hillsdown était une remarque incidente.

[395] Le 14 juillet 1998, le Bureau de la concurrence publiait *Lignes directrices pour l'application de la Loi : Fusionnements de banques*, dans lequel il réitérait au paragraphe 109 le critère du surplus total (version en ligne : Industrie Canada < http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct01280f.html >, dernière modification: 5 juillet 1998) :

> Lorsqu'un fusionnement donne lieu à une augmentation des prix, il crée à la fois un effet de redistribution neutre et un effet négatif, du point de vue de la répartition des ressources, sur le surplus total (surplus du producteur et surplus du consommateur) au Canada. D'habitude, le directeur mesure les gains en efficience décrits ci-dessus au dernier de ces effets, c'est-à-dire à la perte sèche pour l'économie canadienne. (renvoi omis)

[396] Ce n'est qu'après avoir décidé d'introduire une demande d'ordonnance contre les défenderesses dans cette affaire que des changements dans la position du commissaire se sont révélés. En effet, deux allocutions récentes de Gwillym Allen, sous-commissaire adjoint de la concurrence, Économie et affaires internationales, révèlent un changement dans l'interprétation que fait le commissaire de l'exception dans les cas de gains d'efficience. Dans ces allocutions, M. Allen laisse entendre que, dans certains cas, « il serait plus judicieux pour le Tribunal de la concurrence de déterminer si le fusionnement donne lieu à une augmentation du bien-être global ou non » (« Le traitement des gains en efficience dans l'analyse des fusionnements »: allocution devant le forum Meet the Competition Bureau, à Toronto, le 3 mai 1999) et que « selon les éléments de preuve relatifs à un fusionnement donné, le surplus total peut ne pas permettre

de mesurer complètement les effets anticoncurrentiels pouvant vraisemblablement résulter du fusionnement [...] Par conséquent, il faudra effectuer d'autres comparaisons qualitatives et quantitatives subjectives afin d'établir si les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels. » (« L'exception pour gains en efficience dans l'application des dispositions relatives aux fusionnement au Canada »: allocution devant le Groupe du droit de la concurrence, Stikeman Elliott, avocats et procureurs, à Toronto, le 25 juin 1999).

[397] Ce changement de position est très étonnant. Il faut se rappeler que le point de vue exprimé dans les Lignes directrices représente l'opinion mûrement réfléchie du commissaire, c'est-à-dire du fonctionnaire nommé par le gouverneur en conseil pour administrer et faire respecter la Loi. Cette opinion, il va sans dire, est celle qu'a pu se former le commissaire après avoir accueilli les observations judicieuses de ses conseillers juridiques et économiques sur le sens des diverses dispositions de la Loi. Bien que le commissaire et ce Tribunal ne soient pas liés par les Lignes directrices, celui-ci doit leur accorder une attention très sérieuse. Bien sûr, le Tribunal pourra, et devra même, ne pas être d'accord avec les Lignes directrices s'il est d'avis que l'interprétation qui y est proposée est erronée. Toutefois, en ce qui concerne les Lignes directrices, il convient de garder à l'esprit les commentaires faits en avant-propos par Howard Wetston, qui était directeur des enquêtes et recherches au moment de la publication. M. Wetston écrivait que ces Lignes directrices avaient pour objectifs de mieux faire comprendre la politique du directeur en matière d'application de la loi dans le domaine des fusionnements et de faciliter la planification des entreprises. Il soulignait aussi l'important processus de consultation dans lequel le Bureau de la politique de concurrence s'était engagé pendant la préparation des Lignes directrices.

4) Exception dans les cas de gains d'efficience

[398] Le commissaire soutient que l'article 96 fournit aux défenderesses un moyen de défense qui légitime un fusionnement qui serait autrement anticoncurrentiel, pourvu qu'elles puissent montrer que les gains d'efficience découlant du fusionnement surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront du fusionnement. De leur côté, les défenderesses prétendent que l'article 96 limite la capacité du Tribunal de rendre l'ordonnance prévue à l'article 92.

[399] Dans l'affaire *Director of Investigation and Research v. Canadian Pacific Ltd.* (1997), 74 C.P.R. (3e) 55 à la page 63, [1997] C.C.T.D. no 7 (QL), le Tribunal a conclu que l'article 96 constituait un moyen de défense dont pouvaient se prévaloir les défenderesses. Il a statué en outre qu'il leur incombait d'alléguer et de prouver les faits pertinents qui constituent le fondement de leur défense :

> [TRADUCTION]
> À mon avis, la demande de précisions de la part du directeur est raisonnable. Selon la Loi, l'existence de gains d'efficience est essentiellement un moyen de défense contre la demande du directeur. Tout comme le directeur serait mal avisé de faire des allégations en l'air, sans exposer les faits substantiels sur lesquels il s'appuie, de même les défenderesses se doivent de présenter les faits substantiels qui sous-tendent une « défense » fondée sur les gains d'efficience. (non mis en évidence dans l'original)

Le Tribunal ne voit aucune raison de ne pas souscrire à cet énoncé.

5) Fardeau de la preuve

a) Commissaire

[400] Le commissaire prétend qu'il incombe aux défenderesses de prouver, selon la prépondérance des probabilités, tous les éléments qui constituent la défense fondée sur les gains d'efficience, et que si une diminution sensible de la concurrence est établie suivant les dispositions de l'article 92, le Tribunal doit rendre l'ordonnance qui s'impose, à moins que les défenderesses n'aient présenté une argumentation convaincante au regard de l'article 96. Le commissaire estime que les défenderesses ont la charge de prouver tous les éléments, parce qu'elles connaissent le mieux les stratégies qui s'offrent à elles pour créer les gains d'efficience qu'elles allèguent et savent quelles sont, le cas échéant, les solutions de rechange qui existent pour réaliser ces gains. De plus, le commissaire soutient que les pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de l'article 11 de la Loi ne lui permettent pas pour autant de connaître les stratégies d'entreprise des défenderesses. À l'appui de son argumentation, le commissaire cite deux décisions du Tribunal : *Canadian Pacific*, précitée au paragraphe [399], à la page 63, et *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], aux pages 89-96 (aux pages 332-34 dans la version anglaise publiée), dans lesquelles le Tribunal reconnaît que les défenderesses ont la charge de prouver les éléments de la « défense fondée sur les gains d'efficience. »

[401] Le commissaire soutient en outre que les défenderesses doivent faire la preuve non seulement des gains d'efficience vraisemblables, mais aussi de l'étendue et de l'importance des effets anticoncurrentiels du fusionnement, à défaut de quoi le Tribunal ne sera pas en mesure de déterminer si les gains d'efficience surpassent et neutralisent ces effets et si la « défense » a été établie.

b) Défenderesses

[402] S'appuyant sur la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], les défenderesses affirment qu'il leur incombe de prouver l'existence des gains d'efficience présumés ou leur vraisemblance dans le cas où le fusionnement n'est pas réalisé. Elles soutiennent que le commissaire a la charge de montrer les effets d'une diminution sensible de la concurrence (c.-à-d. la perte sèche) et de prouver que les gains d'efficience peuvent être réalisés d'une autre manière (p. ex. vente à un tiers). Enfin, les défenderesses estiment que, de par les pouvoirs d'enquête que lui confère l'article 11 de la Loi, le commissaire est bien en mesure d'obtenir des renseignements relatifs à un tiers.

c) Conclusion

[403] Le Tribunal est d'avis qu'il incombe aux défenderesses de montrer, selon la prépondérance des probabilités, tous les éléments de l'article 96, à l'exception des « effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence », dont la preuve incombe au commissaire.

6) Rôle des gains d'efficience aux termes de la Loi

[404] Le commissaire rappelle que l'article 1.1 de la Loi dispose que celle-ci a pour objet de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada » et que la concurrence ne doit pas être vue comme une fin en soi, mais plutôt comme un moyen de réaliser les quatre objectifs énoncés dans l'article 1.1. Le commissaire affirme en outre que ces objectifs « potentiellement contradictoires » ne sont pas organisés par ordre d'importance et il soutient que la lecture parallèle des articles 1.1 et 96 fait clairement ressortir qu'une défense aux termes de l'article 96 ne sera valable que si le fusionnement concourt davantage à la réalisation qu'à l'affaiblissement des objectifs de la politique de la concurrence. Le commissaire estime que le Tribunal doit décider si le fusionnement est plus avantageux ou moins avantageux pour les Canadiens et l'économie canadienne.

[405] Les défenderesses soutiennent que l'interprétation que fait le commissaire de l'article 96 est erronée, puisque cet article n'est pas subordonné à la disposition de déclaration d'objet de l'article 1.1. En

outre, les défenderesses estiment que lorsqu'il y a divergence entre une disposition de déclaration d'objet et une disposition de fond, la seconde l'emporte.

[406] Les parties ont des opinions très divergentes quant à l'interprétation qu'il faut faire des articles 1.1 (objet) et 96 (exception dans les cas de gains en efficience) de la Loi. Bon nombre des questions soulevées sont débattues depuis longtemps, en partie parce que les cas de fusionnement litigieux se font très rares au Canada depuis la modification de la Loi. En particulier, la question des gains d'efficience n'est ressortie dans aucune des décisions statuant sur des fusionnements litigieux et il semble donc au Tribunal qu'il existe beaucoup de confusion au sujet de la signification de certains termes clés. Avant d'examiner la position des parties, le Tribunal énoncera son interprétation des articles pertinents de la Loi.

[407] La Loi vise à procurer aux Canadiens les avantages d'une économie concurrentielle. Comme on peut le lire dans la disposition énonçant l'objet, ces avantages, que nous avons qualifié d'objectifs de la politique de concurrence, sont l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, l'accroissement des chances de participation canadienne aux marchés mondiaux et l'ouverture à la concurrence étrangère au Canada, la possibilité réelle pour la petite entreprise de participer à l'économie canadienne, ainsi que des prix compétitifs et un choix dans les produits pour les consommateurs. Selon la disposition de déclaration d'objet, la Loi vise à réaliser ces objectifs en préservant et en favorisant la concurrence. À cette fin, le Tribunal peut, suivant les dispositions de l'article 92 de la Loi, rendre une ordonnance de dessaisissement s'il conclut qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence.

[408] Au cours de l'audience, il a été question de l'importance à attribuer aux objectifs énoncés; on s'est demandé notamment si l'ordre dans lequel sont énoncés les objectifs pouvait être utile d'une quelconque manière pour interpréter la Loi. La question n'est pas là; le véritable objet de la Loi est, comme l'indique la disposition de déclaration d'objet, de préserver et de favoriser la concurrence. Il convient de noter que la Loi ne confère pas au Tribunal le pouvoir d'atteindre individuellement chacun des objectifs.

[409] Par exemple, la Loi ne protège pas la petite entreprise. La disposition de déclaration d'objet dispose seulement que le fait de préserver et de favoriser la concurrence aura pour conséquence d'assurer à la petite entreprise une chance de participer à l'activité économique. Donc, le Tribunal n'a pas besoin d'autres pouvoirs pour faciliter la réalisation de cet objectif.

[410] En conséquence, l'énumération des objectifs de la politique de concurrence ne fait qu'exposer le pourquoi du maintien et de l'encouragement de la concurrence. Les objectifs ne sont pas énumérés par ordre d'importance, et par conséquent, il ne faut pas attribuer une signification quelconque à l'ordre dans lequel les objectifs de la politique de concurrence apparaissent dans la disposition de déclaration d'objet. Suivant cette disposition, tous les objectifs dérivent de la concurrence.

[411] D'autres objectifs pourraient bien sûr être fixés, par exemple la juste répartition du revenu et de la richesse dans la société. Or, il est clair qu'une politique visant à préserver et à favoriser la concurrence peut mener à une répartition du revenu et de la richesse qui n'est pas celle souhaitée, selon l'orientation politique ou sociale. Il semble que le Parlement ait reconnu cela en évitant d'inclure la juste répartition du revenu et de la richesse parmi les objectifs énoncés dans la disposition de déclaration d'objet. En effet, si la répartition du revenu avait été un sujet de préoccupation, le Parlement aurait pu croire nécessaire de restreindre la concurrence afin de favoriser une juste répartition du revenu et de la richesse dans la société. Or, cette restriction aurait pour effet de rendre la politique de concurrence contradictoire.

[412] En ce qui a trait à l'article 96 (exception dans les cas de gains en efficience), le Tribunal signale qu'il s'agit du seul article dans la Loi qui limite la recherche de la concurrence. Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'article 1.1 dispose que la concurrence doit à elle seule stimuler l'efficience; normalement, les moyens prévus par la loi (favoriser la concurrence) n'entrent pas en contradiction avec

la fin recherchée (efficience). Toutefois, l'existence de l'article 96 montre clairement que si, à l'examen d'un fusionnement, il y a incompatibilité entre la concurrence et l'efficience, celle-ci l'emportera. Par conséquent, un fusionnement anticoncurrentiel qui crée ou accentue la puissance commerciale, mais qui accroît en même temps l'efficience, pourrait être approuvé. À ce propos, les Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], disposent ceci à la section 5.1 :

> La Loi prévoit une de ces circonstances à l'article 96, où il est reconnu que certains fusionnements peuvent à la fois être anticoncurrentiels et améliorer l'efficience. Lorsqu'une comparaison des effets anticoncurrentiels et des gains en efficience que pourrait vraisemblablement entraîner un fusionnement démontre que l'économie canadienne dans son ensemble profiterait du fusionnement, le paragraphe 96(1) tranche explicitement le conflit entre les objectifs de concurrence et d'efficience en faveur de l'efficience.

Le Tribunal ne peut que souscrire à cette interprétation de l'article 96.

[413] L'existence de l'article 96 révèle l'importance qu'attache le Parlement à l'efficience dans l'économie canadienne. En effet, de l'avis du Tribunal, l'article 96 place l'efficience en tête des objectifs visés par les dispositions de la Loi relatives aux fusionnements et cette primauté signifie que d'autres objectifs ne peuvent l'emporter sur l'exception pour gains d'efficience surtout si ces objectifs ne sont pas énoncés dans la disposition de déclaration d'objet. Autrement dit, si, aux termes de la disposition de déclaration d'objet, la recherche de la concurrence n'est pas restreinte par des considérations touchant la répartition du revenu, la réalisation de l'efficience ne peut, tant d'un point de vue logique que juridique, être restreinte s'il y a incompatibilité entre la concurrence et l'efficience.

7) Position du commissaire : non-application de l'article 96 aux fusionnements menant à un monopole

[414] Le commissaire soutient que l'article 96 ne s'applique pas dans le cas d'un fusionnement menant à un monopole. Il s'appuie sur l'objet fondamental de la Loi énoncé dans l'article 1.1, qui est de « préserver et de favoriser la concurrence ». Il affirme que lorsqu'un fusionnement mène à la création d'un monopole pur, la concurrence disparaît, ce qui va à l'encontre de l'objet fondamental de la Loi. Le commissaire affirme en outre que lorsqu'un fusionnement a pour effet, entre autres, de créer un monopole, ce monopole ne peut jamais être contrebalancé ou « neutralisé » par des gains d'efficience, aussi considérables soient-ils. Le commissaire estime aussi que si l'article 96 avait eu pour objet de permettre des fusionnements qui éliminent la concurrence, le législateur aurait été très explicite à ce sujet.

[415] Le commissaire prétend qu'il faut établir une distinction entre les articles 92 et 96 de la Loi. Le paragraphe 92(2) dispose que l'on ne peut conclure qu'un fusionnement, par exemple, diminue sensiblement la concurrence du simple fait qu'il mène à la création d'un monopole. Ce paragraphe est ainsi rédigé :

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

[416] Selon le commissaire, le paragraphe 92(2) est de portée très restreinte et il s'applique uniquement aux fins de cet article de la Loi, de telle sorte qu'une diminution sensible de la concurrence menant à l'établissement d'un monopole (part de marché de 100 p. 100) correspond à une élimination de la concurrence à laquelle ne s'étend pas l'article 96. Autrement dit, si un fusionnement a pour effet

d’éliminer la concurrence, les gains d'efficience ne peuvent servir de moyen de défense aux termes de l’article 96.

[417] Le commissaire a admis à l’audience que la partie défenderesse pouvait invoquer l’exception prévue à l’article 96, pourvu que sa part de marché n’atteigne pas 100 p. 100 :

> [TRADUCTION]
> Mme STREKAF : Nous sommes d’avis que l’article 96 de la Loi, tel que nous l'interprétons, prévoit un critère différent, dans les cas où la part de marché est de 100 p. 100, qui ne serait pas applicable dans votre exemple lorsque la part est de 96 p. 100.
> Si la part de marché était de 96 p. 100, les défenderesses auraient, selon nous, beaucoup de difficulté à montrer qu'il est possible de neutraliser les effets de l’existence d’une telle part de marché. Mais cette question nous amène à reconnaître néanmoins la nécessité, dans des cas comme celui-ci, d’effectuer l'analyse comparative prévue à l’article 96. Notre position est différente pour les cas où la part de marché est de 100 p. 100.
> LE PRÉSIDENT : La différence entre une part de marché de 98 p. 100 et une part de 100 p. 100 peut être toute théorique. Dans la pratique, elle peut être sans importance pour les consommateurs.
> Mais vous dites bien que dans le cas d’une part de marché de 98 p. 100, les défenderesses pourraient à tout le moins invoquer l’article 96?
> Mme STREKAF : C’est exact.
> LE PRÉSIDENT : Et vous dites que si leur part de marché est de 100 p. 100, elles devraient renoncer à recourir à l’article 96?
> Mme STREKAF : C’est cela.
>
> Transcription, vol. 41 aux pages 8234, 8235 (1er février 2000).

[418] L’argumentation du commissaire ne peut être juste. Un fusionnement qui mène à la création d’un monopole (c.-à-d. lorsque la part de marché de l’entité fusionnée est de 100 p. 100) n’est pas, à proprement parler un fusionnement à l’égard duquel le Tribunal peut rendre une ordonnance en vertu de l’article 92. Le paragraphe 92(2) suppose en effet que le commissaire doit fournir des éléments de preuve additionnels pour montrer que le fusionnement en question empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou qu’il aura vraisemblablement cet effet.

[419] Si le Tribunal conclut que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, il peut rendre une ordonnance en vertu de l’article 92, sous réserve des dispositions des articles 94 à 96. L’article 96 dispose clairement que le Tribunal ne doit pas rendre l’ordonnance prévue à l’article 92 si les gains d’efficience découlant du fusionnement surpassent et neutralisent les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence. L’article 96 ne fait pas de distinction entre « élimination de la concurrence » et « diminution sensible de la concurrence ». Il s’applique à tout fusionnement à l’égard duquel le Tribunal peut rendre une ordonnance en vertu de l’article 92. Les fusionnements qui mènent à la création d’un monopole et qui, selon les conclusions du Tribunal, entraîneront une diminution sensible de la concurrence sont sans aucun doute des fusionnements auxquels s’applique l’article 96.

8) Effets d'un fusionnement

[420] Pour que le Tribunal puisse déterminer, en vertu de l’article 96 de la Loi, si les gains d’efficience surpassent ou neutralisent les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence, le commissaire propose que le Tribunal applique la méthode des coefficients pondérateurs décrite par son

expert, le professeur Townley. Selon le commissaire, le fait d'attribuer au transfert des coefficients préétablis est contraire à l'article 96 : par l'application de coefficients préétablis, le Tribunal renoncerait à la responsabilité que lui confère la loi de rendre un jugement. Le professeur Townley a expliqué pourquoi les diverses méthodes (critère du prix, critère du surplus du consommateur et critère du surplus total) ne sont pas compatibles avec une interprétation juste de l'article 96. Selon le commissaire, seule la méthode des coefficients pondérateurs s'accorde avec une interprétation juste de l'article 96.

[421] Les défenderesses affirment que le surplus total, dont il est question dans les Lignes directrices précitées au paragraphe [57], est le bon critère. Elles signalent que la décision rendue par le Tribunal le 9 mars 1992 dans l'affaire *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], où le juge Reed, dans son opinion incidente, remettait en question la pertinence du critère du surplus total, n'a amené aucune modification des Lignes directrices. De fait, devant l'argument des deux parties selon lequel le transfert de richesse des consommateurs vers les producteurs est un facteur neutre, le juge Reed se demande, à la page 111 (à la page 343 dans la version anglaise publiée), si ce transfert est toujours neutre et évoque la pertinence de faire intervenir des considérations de redistribution de richesse dans l'analyse prévue au paragraphe 96(1) :

> Il y a une autre considération qui touche aux arguments relatifs à la défense reposant sur les gains en efficience. Les deux parties invoquent l'idée que le transfert de richesses est neutre. Pendant les arguments, on a posé la question (qui est répétée ici), à savoir s'il en est toujours ainsi. Si, par exemple, les parties qui ont fusionné étaient des sociétés pharmaceutiques et que le marché du produit pertinent avait trait à un médicament d'importance vitale, les économistes diraient-ils que le transfert de richesses est neutre? Le Tribunal se contente ici de soulever la question. En voici une autre à propos de la prétendue neutralité du transfert de richesses : si la firme dominante qui impose des prix supraconcurrentiels est une société appartenant à des intérêts étrangers, et donc que la totalité des richesses transférées quitte le pays, le transfert devrait-il être jugé comme neutre?

a) Effets sur le plan de l'efficience et de la redistribution

[422] Le fusionnement horizontal anticoncurrentiel est une opération qui confère à l'entité fusionnée une puissance commerciale ou qui accentue cette dernière; l'entité peut offrir ainsi le même bien à un prix plus élevé ou un bien de qualité moindre au même prix. Si la concurrence s'exerçait normalement avant le fusionnement, l'exercice de cette puissance commerciale aura plusieurs effets sur le marché.

[423] Du point de vue économique, le fusionnement anticoncurrentiel a des effets sur les ressources réelles, c'est-à-dire sur la manière dont l'économie affecte ces ressources par suite du fusionnement. Lorsque l'exercice de la puissance commerciale a pour conséquence l'accroissement du prix d'un produit, l'affectation des ressources n'est plus optimale, car les consommateurs achètent moins de ce produit et se tournent vers des produits de substitution meilleur marché. L'efficience technique et l'efficience de la production se trouvent réduites, car, la consommation du produit étant moindre, la production industrielle diminue et les ressources économiques sont réorientées vers la production de biens de substitution plus coûteux. Le fusionnement anticoncurrentiel peut aussi avoir pour effet d'atténuer l'efficience dynamique, tel que le définissent les Lignes directrices.

[424] Étant donné que les consommateurs paient plus cher pour la même quantité de produit, ils perdent une partie du surplus dont ils bénéficiaient lorsqu'ils payaient le prix concurrentiel. Une partie de cette perte des consommateurs est transférée à l'entreprise et à ses actionnaires sous forme de bénéfices accrus. Il s'agit non pas d'une perte au sens social, mais plutôt d'une redistribution des gains découlant du fusionnement. Ce transfert de revenu n'a aucune incidence sur l'affectation des ressources réelles.

[425] Toutefois, l’autre partie de la perte du surplus du consommateur (la première ayant été transformée en gain pour les actionnaires sous la forme de bénéfices accrus) est une perte sociale qui est souvent désignée par le terme « perte sèche », parce qu’elle n’est compensée par aucun gain. Le manque à produire et à consommer lié à la perte sèche mesure la perte d’efficience dans l’affectation des ressources et la perte d’efficience technique découlant de l’exercice de la puissance commerciale, et il représente les effets économiques du fusionnement.

[426] Comme nous l’avons déjà mentionné, le Tribunal est d’avis que rien dans la Loi ne permet de croire qu'il faut prendre en considération la question de la distribution du revenu dans l'analyse des fusionnements. Si le législateur avait voulu que l’analyse tienne compte de cette question, il aurait sûrement rédigé le texte de loi en d’autres termes. Dans son ouvrage qui fait école, *The Anti-Trust Paradox* (New York, The Free Press, 1993), qui se limite toutefois au contexte américain, Robert H. Bork avance que la distribution du revenu et ses effets ne doivent pas être pris en considération dans les analyses antitrust. Le Tribunal souscrit entièrement à cet extrait tiré des pages 110 et 111 de l’ouvrage :

> [TRADUCTION]
>
> Le modèle décrit porte sur le bien-être global des consommateurs pris collectivement. Il ne traite pas de la manière dont la consommation devrait être répartie par des changements dans la distribution du revenu. Pourtant, toute activité économique a une incidence sur le revenu et, en particulier, la limitation de la production causée par l’exercice d’un pouvoir de monopole a une incidence sur le revenu dont on ne tient pas compte en pondérant seulement les variations du degré d’efficience de la répartition des ressources et de la production. Si le lecteur examine de nouveau la figure 4, il remarquera au prix concurrentiel P1 une grande surface sous la courbe de demande qui est au-dessus du prix du marché. Cette surface représente le montant supplémentaire que les consommateurs sont prêts à payer (par rapport au prix réel) pour ne pas se priver du produit; c’est ce qu’on appelle généralement le « surplus du consommateur », peut-être selon l’idée que le consommateur en obtient plus pour son argent.
>
> Les consommateurs qui continuent d’acheter un produit après la formation d'un monopole paient plus cher pour la même quantité, ce qui opère un transfert de revenu des consommateurs vers le monopole et ses propriétaires, qui sont aussi des consommateurs. Ce n’est pas une perte sèche causée par la limitation de la production, mais simplement un transfert de revenu entre deux catégories de consommateurs. Le modèle de bien-être du consommateur, qui définit les consommateurs comme une collectivité, ne tient pas compte de cet effet « revenu ». S’il en tenait compte, les résultats de l’analyse comparative en seraient profondément modifiés. Comme le souligne Williamson au sujet de son diagramme : [TRADUCTION] « Le rectangle [...] délimité par P2 dans le haut et P1 dans le bas et par o et Q2 sur les côtés représente la réduction du surplus du consommateur (hausse des profits du monopole) causée par le fusionnement [...] Dans la mesure où la distribution de revenu qui s’opère dans les circonstances est relativement appréciable par rapport à la perte sèche, le fait d’attribuer un poids, même faible, à l’effet « distribution du revenu » peut parfois influer sensiblement sur le résultat final ».
>
> Il ne s’agit peut-être pas d’un problème crucial, étant donné que la plupart des affaires antitrust n’impliquent pas une analyse comparative. Du point de vue de la loi, l'erreur consiste habituellement à supposer une limitation de la production là où il n'y en a pas, et dans ces circonstances, le surplus du consommateur n’est pas réduit. Mais même s’il était question d’une analyse comparative, il semble clair que l’examen

> visant à déterminer la conformité de l'activité économique à la loi antitrust devra faire abstraction totalement des effets sur la distribution du revenu. Qu'il suffise de préciser que la redistribution du revenu ne diminue pas la richesse totale et que toute décision en cette matière suppose une comparaison entre deux groupes de consommateurs qui doit relever du pouvoir législatif plutôt que judiciaire. (renvoi omis)

b) Critère pour l'examen d'un fusionnement

[427] La méthode décrite ci-dessus pour évaluer les effets d'un fusionnement est généralement appelée le « critère du surplus total ». Comme le soulignent le témoin expert du commissaire, le professeur Townley (affidavit de témoin expert (16 août 1999) : pièce A-2081), ainsi que Michael Trebilcock et Ralph Winter dans un article récent, les transferts des consommateurs aux actionnaires ne sont pas assimilés à des pertes selon le critère du surplus total. L'effet anticoncurrentiel du fusionnement n'est mesuré que par la perte sèche (M. Trebilcock et R. Winter, « The State of Efficiencies in Canadian Merger Policy » (1999-2000), 19:4, Canadian Competition Record 106). Selon le critère du surplus total, il suffit que les gains d'efficience soient supérieurs à la perte sèche pour qu'un fusionnement anticoncurrentiel soit autorisé.

[428] D'autres critères sont proposés. Selon le « critère du prix », les gains d'efficience ne peuvent justifier un fusionnement, si celui-ci entraîne une hausse de prix pour les consommateurs. Selon le « critère du surplus du consommateur », les gains d'efficience ne seront pris en considération dans l'examen d'un fusionnement que s'ils sont suffisamment élevés pour empêcher une hausse de prix. Cela signifie en fait que les transferts de revenu sont assimilés à des pertes; par conséquent, les gains d'efficience doivent dépasser la somme des transferts de revenu et de la perte sèche.

[429] Du point de vue économique, le coût d'un fusionnement anticoncurrentiel pour la société se mesure par la perte sèche, c'est-à-dire par la quantité des ressources économiques perdues. Par ailleurs, si le fusionnement produit des gains d'efficience, il crée des ressources économiques et par conséquent, il peut avoir un effet économique net (du point de vue des ressources) nettement inférieur à la perte sèche. De fait, le fusionnement peut même avoir une incidence positive sur le plan économique si les gains d'efficience étaient suffisamment élevés, auquel cas – s'il est autorisé – il procurerait des avantages économiques à la société.

[430] Voilà pourquoi il y a lieu de tenir compte des gains d'efficience dans l'examen des fusionnements. Il ne s'agit pas de déterminer si les actionnaires amélioreront leur situation au détriment des consommateurs, mais plutôt si l'économie gagne des ressources plus qu'elle n'en perd par le fusionnement. C'est pourquoi il importe de distinguer les gains d'efficience véritables (c.-à-d. les économies qui permettent à l'entreprise de produire la même quantité avec moins d'intrants) et les gains « de nature financière » (c.-à-d. les économies qui accroissent les profits des actionnaires mais ne rendent pas l'entreprise plus productive). Cette distinction est faite dans le paragraphe 96(3) de la Loi, qui prévoit l'exclusion des gains de nature financière dans l'analyse. Le seul critère qui traite uniquement des effets d'un fusionnement sur les ressources économiques est celui du surplus total.

c) Justification du critère du surplus total

[431] Le professeur Townley propose une méthode (celle des « coefficients pondérateurs ») qui appelle les membres du Tribunal à exercer leur jugement personnel et leur discrétion pour déterminer si les gains qui reviennent aux actionnaires sont plus importants (ou moins importants) pour la société que la réduction du surplus du consommateur causée par l'exercice d'une puissance commerciale. Or, les membres du Tribunal y sont nommés à cause de leur expertise et de leur expérience pour évaluer des éléments de preuve de nature économique ou commerciale, et non pour exprimer leur opinion sur la

valeur sociale des divers groupes de la société. Comme l'affirme le juge Iacobucci dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada précité au paragraphe [48], Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc., aux pages 773 et 774 :

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

[432] Premièrement, le Tribunal estime, comme cela a déjà été mentionné, que la question de la distribution du revenu ne relève pas des dispositions de la Loi relatives aux fusionnements. Si le législateur avait voulu que l'on tienne compte des transferts de revenu des consommateurs aux actionnaires, il l'aurait sûrement explicité dans la Loi.

[433] Deuxièmement, les conclusions des examens de fusionnement doivent être prévisibles. Adopter la méthode du professeur Townley aboutirait à des décisions qui varient dans chaque affaire, selon l'opinion que se font les membres du Tribunal des groupes touchés par le fusionnement.

[434] Troisièmement, la perte sèche découlant d'une hausse de prix est généralement assez faible, comme le soulignent les professeurs Trebilcock et Winter dans l'article précité au paragraphe [427]. Par ailleurs, comme le fait remarquer le commissaire, le transfert est beaucoup plus gros que la perte sèche qui découle du fusionnement visé en l'espèce. Le cas échéant, l'application d'un critère définissant le transfert de revenu comme un effet aux termes du paragraphe 96(1) rendrait impossible la défense fondée sur les gains d'efficience.

[435] Les éléments de preuve soumis par le professeur Ward le montrent clairement. Prenons les calculs au tableau 8 de son rapport initial (pièce A-2059 à la page 34), et supposons une forte hausse de prix (15 p. 100). La perte sèche résultante équivaut à 1,7 p. 100 des ventes, mais le transfert de revenu équivaut, lui, à 11,6 p. 100 des ventes lorsque l'élasticité-prix de la demande est de -1,5. Par conséquent, un fusionnement qui génère des gains d'efficience équivalant à au moins 1,7 p. 100 des ventes serait autorisé selon le critère du surplus total, alors que suivant le critère du surplus du consommateur, ce fusionnement devrait générer des gains d'efficience équivalant à au moins 13,3 p. 100 des ventes pour être autorisé.

[436] Lorsque l'élasticité de la demande est de -2,5, la perte sèche équivaut à 2,8 p. 100 des ventes et le transfert de revenu, à 9,4 p. 100. Par conséquent, un fusionnement qui produit des gains d'efficience équivalant à au moins 2,8 p. 100 des ventes serait autorisé selon le critère du surplus total, alors que suivant le critère du surplus du consommateur, ce fusionnement serait rejeté, à moins de produire des gains d'efficience équivalant à au moins 12,2 p. 100 des ventes.

[437] Dans une remarque incidente formulée dans la décision *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], le juge Reed semble favoriser le critère du surplus du consommateur. Or, comme l'indiquent les chiffres du paragraphe précédent, l'application de ce critère amènerait le Tribunal à rejeter de nombreux fusionnements générateurs de gains d'efficience pour des raisons ayant trait à la distribution du revenu. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'efficience était l'objectif premier du législateur lorsque celui-ci a

rédigé les dispositions de la Loi relatives aux fusionnements, et il était indispensable de rendre exécutoire l'« exception dans les cas de gains en efficience » énoncée dans le paragraphe 96(1). En conséquence, le Tribunal n'est pas disposé à adopter un critère qui nuira à la réalisation de cet objectif.

[438] Quatrièmement, le fait d'exclure de l'examen des fusionnements la question de la distribution du revenu et de la richesse ne signifie pas que les pouvoirs publics ne s'y intéressent pas. Au contraire, tous les ordres de gouvernement ont adopté des mesures fiscales et des mesures sociales particulières visant à favoriser une redistribution du revenu et de la richesse. Selon le Tribunal, ces mesures offrent un moyen plus efficace d'atteindre les objectifs de la politique sociale. Nous estimons que faire obstacle aux fusionnements générateurs de gains d'efficience afin de poursuivre les mêmes objectifs est contraire à la Loi.

[439] Cinquièmement, les Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], préconisent le critère du surplus total. Bien que le Tribunal ne soit pas lié par ces lignes directrices, il reconnaît qu'elles témoignent d'une très grande expertise en économie et il souscrit à l'observation de la note de bas de page 57, qui y figure, selon laquelle « lorsqu'un dollar est transféré d'un acheteur à un vendeur, on ne peut pas déterminer à priori qui le mérite le plus, ou entre les mains de qui il a le plus de valeur ».

d) Autres effets

[440] Le commissaire prétend que le sens courant du mot « effet » (*effect* en anglais) – c'est-à-dire ce qui est produit par une cause – est l'acception qui convient le mieux pour bien interpréter les termes de l'article 96 de la Loi. Les parties ont trouvé à la page 631 de la 3e édition du *Shorter Oxford Dictionary* (Oxford, Clarendon Press, 1973) la définition suivante du terme « effect » : « [s]omething caused or produced; a result, consequence. Correl. w. cause. » De même, dans le *Larousse de la Langue Française* (Paris, Librairie Larousse, 1979), on trouve à la page 605 la définition suivante du mot « effet » : « [c]e qui est produit, entraîné par l'action d'une chose. »

[441] Le commissaire affirme en outre que, dans la mesure où les effets considérés découlent de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence causés par le fusionnement, l'article 96 n'est pas limitatif quant à l'éventail de ces « effets » (p. ex. effets négatifs pour le consommateur : hausse de prix, diminution du service, moins grand choix de produit, diminution de la qualité).

[442] Les défenderesses soutiennent que le critère fondamental de l'article 96 est de montrer que les gains d'efficience neutralisent les effets d'une diminution sensible de la concurrence. Elles ajoutent qu'une telle diminution est tolérée, pourvu qu'elle soit inférieure aux gains d'efficience qui découlent du fusionnement. Elles affirment aussi que les *effets d'une diminution sensible de la concurrence* se mesurent par la perte sèche pour l'économie et qu'ils excluent les transferts de richesse entre les consommateurs et les producteurs, qui sont sans effet sur l'économie.

[443] Le Tribunal signale qu'un fusionnement anticoncurrentiel peut avoir d'autres effets économiques et sociaux importants. Par exemple, la presse fait souvent état des congédiements et des fermetures d'usines, sans doute à cause des effets immédiats et appréciables qu'ils peuvent avoir sur les personnes et les collectivités touchées.

[444] Bien que nous ne voulions pas minimiser l'importance des effets pour les personnes touchées, le Tribunal tient à souligner que ces effets ne résultent pas uniquement de fusionnements anticoncurrentiels. Les congédiements et les fermetures d'usines résultent souvent de fusionnements et de restructurations non contestables contre lesquels le commissaire ne prendra aucune mesure en vertu de la *Loi sur la concurrence*. En conséquence, le Tribunal est d'avis que ces effets ne peuvent être pris en considération s'ils découlent d'un fusionnement anticoncurrentiel.

[445] Par conséquent, le Tribunal rejette la prétention du commissaire selon laquelle l'article 96 n'est pas limitatif quant à l'éventail des « effets » à considérer.

e) Conclusion

[446] En dernier lieu, le commissaire inclut dans la définition des « effets anticoncurrentiels » du fusionnement les effets de redistribution du transfert. Le Tribunal ne considère pas la redistribution du revenu comme un effet anticoncurrentiel du fusionnement.

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

[448] Sur le plan pratique, un fusionnement anticoncurrentiel a, entre autres, des effets qu'il est difficile de quantifier et que l'estimation statistique de la perte sèche peut ne pas révéler. Le paragraphe 96(1) dispose précisément que les gains d'efficience doivent à la fois surpasser et neutraliser les effets de la diminution de la concurrence. Il se peut donc que, dans une comparaison quantitative stricte des gains d'efficience et de la perte sèche estimée, ceux-là soient supérieurs à celle-ci, mais que le critère de « surpassement » ne soit pas respecté à cause des effets qualitatifs non mesurables.

[449] Si le mot « neutraliseront » (en anglais « offset ») devait avoir le sens d'« empêcher » ou de « contrecarrer », il faudrait, selon la Loi, que les gains d'efficience empêchent la perte sèche estimée et les autres effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence de se produire ou qu'ils contrecarrent ces effets. Une telle interprétation serait incompatible avec l'existence de l'« exception dans les cas de gains en efficience », qui autorise clairement ces effets. Le commissaire soutient que le terme « neutraliseront » (en anglais « offset ») doit être compris au sens de « compenser » et non au sens d'« empêcher » ou de « contrecarrer ». Le Tribunal est d'accord avec cette affirmation.

[450] Dans une affaire donnée, c'est au Tribunal qu'il revient de déterminer et de conclure selon la preuve soumise, que les gains d'efficience « neutralisent » les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Toutefois, ce critère ne peut servir à justifier l'examen d'effets qualitatifs ou d'autres effets dont la prise en considération n'est pas prévue dans la Loi.

9) Perte sèche

[451] Dans son argumentation finale, le commissaire a présenté plusieurs estimations de la perte sèche, du transfert de revenu et des coefficients pondérateurs, calculées en vue de l'application de la méthode du professeur Townley. Certaines de ces estimations reposent sur des informations présentés lors de l'argumentation finale et qui ont été exclues de la preuve. En outre, comme le critère du surplus total est, à notre avis, celui qui se prête le mieux à l'analyse comparative prévue au paragraphe 96(1), le Tribunal examinera uniquement les estimations de la perte sèche établies à partir des informations dûment soumises.

[452] Le commissaire adopte la méthode soumise en preuve par le professeur Ward, dont le rapport d'expert (pièce A-2059) contient, au tableau 8 de la page 34, des estimations de la perte sèche et du surplus du consommateur exprimées en pourcentage des ventes initiales, selon diverses valeurs hypothétiques de l'élasticité-prix de la demande. Dans ce tableau, le professeur Ward présente ses estimations pour seulement trois valeurs de l'élasticité entre -1,5 et -2,5 seulement, car au moment de la rédaction de son rapport initial, il ne disposait pas de l'information contenue dans le rapport des

professeurs Plourde et Ryan, qui révèle que la demande de propane était inélastique et qu'elle ne peut avoir une élasticité-prix inférieure à -1,0.

[453] Le commissaire retient les estimations de hausses de prix calculées par le professeur Ward dans son affidavit soumis en réplique (pièce confidentielle CA-2060, tableau 2 à la page 8) pour les segments résidentiel (11,7 p. 100), industriel (7,7 p. 100) et automobile (8,7 p. 100), et il soustrait 0,7 point de chaque pourcentage pour tenir compte de la répercussion des économies réalisées sur le plan des coûts. Le professeur Ward a calculé ces estimations après que les données des professeurs Plourde et Ryan ont été connues, et il a donc supposé une élasticité de -1,0 dans son calcul. Comme le professeur Ward ne pouvait estimer la hausse de prix pour le segment « autres utilisations finales », le commissaire a retenu le chiffre de sept pour cent pour ce segment, parce que c'est la hausse la plus faible qu'a pu observer le professeur Ward.

[454] Le commissaire donne pour chaque segment les estimations des ventes combinées des parties au fusionnement pour 1998 : 94 millions de dollars, 239 millions de dollars, 139 millions de dollars et 113 millions de dollars; ces ventes correspondent au volume total combiné des livraisons de Supérieur et de ICG. Ainsi, les estimations des ventes par segment produites par le commissaire concernent la totalité des ventes combinées, et non pas seulement les ventes combinées des parties au fusionnement dans les territoires de vente communs. Étant donné que la perte sèche varie directement en fonction des ventes, comme le laisse entendre le tableau du professeur Ward, les estimations du commissaire surestiment vraisemblablement la perte sèche par segment dans les territoires de vente communs.

[455] Le commissaire calcule les estimations de la perte sèche par segment au moyen des données du tableau du professeur Ward : il utilise les données sur les ventes par segment et les hausses de prix en combinaison avec une élasticité de la demande de -1,5 (valeur hypothétique). Il obtient ainsi les valeurs suivantes, d'après les données sur les ventes de 1998 :

résidentiel	0,8 million de dollars
industriel	1,0 million de dollars
automobile	0,7 million de dollars
autres	0,5 million de dollars
total	3,0 millions de dollars

[456] Les défenderesses soulignent que les estimations de la perte sèche seraient moins élevées si on utilisait une élasticité de la demande de -1,0, comme le supposent les professeurs Plourde et Ryan dans leur étude. Elles signalent également une incohérence : le calcul des pertes sèches est fondé sur une élasticité de la demande de -1,5, alors que les estimations de hausses de prix sont calculées suivant l'hypothèse d'une élasticité de la demande de -1,0.

[457] Dans son argumentation finale, le commissaire a présenté le tableau R1 qui montre l'estimation de la perte sèche en supposant une hausse des prix de neuf pour cent pour tous les segments dans les territoires de vente communs et une élasticité-prix de la demande de -1,0. La perte sèche estimée est de 3,43 millions de dollars, quoique le chiffre des ventes ayant servi au calcul (572 millions de dollars) figure dans des éléments présentés dans l'argumentation finale ayant été exclus.

[458] Bien que l'estimation de 3,0 millions de dollars avancée par le commissaire pour chiffrer la perte sèche soit probablement exagérée, le Tribunal est prêt à l'accepter, car ce montant est sans importance puisque nous avons conclu que le fusionnement donnera vraisemblablement lieu à des gains d'efficience de l'ordre de 29,2 millions de dollars.

10) Analyse comparative

[459] En vertu du paragraphe 96(1), le Tribunal doit déterminer si les gains d'efficience surpassent et neutralisent les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résultent ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. Le Tribunal fait remarquer que les gains d'efficience allégués par les défenderesses ont été estimés et exprimés en dollars, mais qu'ils peuvent comporter aussi une dimension qualitative, par exemple un meilleur service et une qualité supérieure. Aucun élément de preuve concernant des gains d'efficience qualitatifs n'a été soumis.

[460] Parallèlement, les effets de la diminution de la concurrence peuvent aussi avoir une dimension quantitative aussi bien que qualitative. Même si elle permet de mesurer l'effet de la hausse des prix sur l'affectation des ressources, la valeur estimée de la perte sèche peut ne pas rendre compte de la diminution du service ou de la qualité.

[461] Pour éviter toute confusion, le Tribunal est d'avis qu'il faut comparer tous les gains d'efficience avec tous les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, même s'il faut du jugement pour évaluer à la fois des gains (effets) quantitatifs et des gains (effets) qualitatifs.

[462] Le commissaire soutient qu'en vertu du paragraphe 96(1), le Tribunal doit déterminer si des gains d'efficience seraient vraisemblablement réalisés en l'absence du fusionnement. Le commissaire critique le rapport Cole-Kearney pour ne pas avoir envisagé la possibilité de moyens moins anticoncurrentiels que le fusionnement intégral de réaliser les gains d'efficience présumés. Suite à la décision rendue sur ce point dans *Hillsdown*, précitée au paragraphe [127], à la page 90 (à la page 332 dans la version anglaise publiée), le Tribunal croit que le critère applicable consiste à déterminer si les gains d'efficience se réaliseraient vraisemblablement si le fusionnement n'avait pas lieu. Dans la décision *Hillsdown*, le Tribunal affirme à ce sujet :

> Selon le directeur, les économies de frais qui ne découlent pas *uniquement* du fusionnement, ne doivent pas être considérées comme des gains en efficience. Selon les défenderesses, le critère applicable est de déterminer si les gains en efficience auraient *vraisemblablement* été réalisés si le fusionnement n'avait pas eu lieu. Le Tribunal accepte le point de vue des défenderesses.

[463] Le Tribunal conclut que les gains d'efficience estimés découlant du fusionnement en l'espèce s'élèvent à 29,2 millions de dollars par année pendant 10 ans et qu'ils ne se réaliseraient vraisemblablement pas si l'ordonnance de dessaisissement total était rendue. Le Tribunal conclut aussi que la perte sèche estimée est d'environ trois millions de dollars par année pendant la même période de 10 ans.

[464] Le commissaire prétend que les effets qualitatifs comprennent les effets de la répartition du revenu et d'autres aspects de nature qualitative, comme la variation du niveau de service, la qualité du produit et l'éventail des produits offerts, la probabilité accrue d'une action concertée, et l'innovation. Pour les raisons déjà évoquées, le Tribunal ne considérera pas les effets de la distribution du revenu.

[465] Le Tribunal a pris en considération la probabilité accrue d'une action concertée dans son examen des éléments de preuve concernant la diminution sensible de la concurrence. Dans la mesure où l'effet de ce comportement anticoncurrentiel est la hausse des prix, il est déjà inclus dans l'estimation de la perte sèche. Si l'action concertée a d'autres effets qui doivent être examinés en vertu de l'article 96, il faudra de nouveaux et de meilleurs éléments de preuve relatifs à ces effets. Il ne suffira pas de s'en tenir à énoncer les préoccupations au regard de l'article 92.

[466] L’estimation de la perte sèche rend compte aussi de la diminution du niveau de service, la qualité du service étant constante. Or, la preuve indique que ICG offrait des services et des accords de prix (p. ex. le programme Golf-Max) que n'offraient pas Supérieur et les autres fournisseurs de propane. L’élimination ou la diminution de ces services ou de ces accords abaisserait la production réelle de l’industrie. Bien que l’on n’ait présenté aucun élément de preuve attestant la vraisemblance ou l'ampleur de cette disparition ou diminution par suite du fusionnement, l’exercice de la puissance commerciale pourrait se manifester par ces effets qui viendraient s'ajouter ou se substituer à la hausse directe des prix.

[467] Le Tribunal doit déterminer si tous les gains d’efficience qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement visé en l'espèce excèdent la somme de la perte sèche estimée et des effets qualitatifs négatifs qui découleront ou découleront vraisemblablement de ce fusionnement. À cette fin, le Tribunal doit, comme nous l’avons déjà mentionné, pouvoir combiner la perte sèche et les effets qualitatifs négatifs pour ensuite les comparer au total des gains d’efficience. Le Tribunal croit que les effets qualitatifs négatifs du fusionnement sur l’affectation des ressources sont minimes et qu’il est très improbable que ces effets excèdent la perte sèche estimée. Par conséquent, les effets combinés de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront du fusionnement visé en l'espèce ne peuvent se chiffrer, selon le Tribunal, à plus de six millions de dollars par année pour une période de 10 ans. Dans ces conditions, le Tribunal conclut que les gains d’efficience surpassent ces effets.

[468] Le Tribunal doit aussi déterminer si l’ensemble des gains d’efficience neutraliseront ces effets. Les gains d’efficience excèdent d’au moins 23,2 millions de dollars par année, pour une période de 10 ans, les effets combinés de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence et, selon le Tribunal, indemnisent raisonnablement la société pour ces effets. En conséquence, le Tribunal juge que les gains d’efficience neutraliseront ces effets.

[469] Pour ces motifs, le Tribunal croit que la demande du commissaire en vue d’obtenir une ordonnance en vertu de l’article 92 de la Loi doit être rejetée.

VII. OPINION DISSIDENTE (Mme CHRISTINE LLOYD)

[470] Je suis fortement en désaccord avec plusieurs points qu’a fait valoir la majorité des membres du Tribunal concernant l’appréciation des faits sur lesquels reposent la défense fondée sur les gains d’efficience et l’interprétation juridique de l’article 96 de la Loi. La majorité des membres a accepté en majeure partie les éléments de preuve présentés par les défenderesses – Supérieur et ICG – au sujet des gains d’efficience. Celles-ci se sont appuyées sur le rapport Cole-Kearney; ce rapport a été rédigé par deux sociétés d'experts-conseils qui avaient pour mandat de fournir une opinion sur la valeur des gains d’efficience qui résulteront vraisemblablement du fusionnement. Je m’interroge sérieusement sur certains aspects de la méthode utilisée par les experts et sur les hypothèses qu’ils ont retenues pour faire leurs calculs et tirer leurs conclusions. Par conséquent, je ne suis pas convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que les gains d’efficience présumés par les défenderesses découleront vraisemblablement du fusionnement, comme l’exige le paragraphe 96(1), ni que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance de dessaisissement total était rendue. Enfin, l’analyse comparative prévue à l’article 96 m’amène à conclure que même si des gains d’efficience de l’ordre de 29,2 millions de dollars seraient vraisemblablement réalisés (comme le suppose la majorité des membres du Tribunal), ces gains ne surpasseront pas, ni ne neutraliseront les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement.

A. MONTANT DES GAINS D’EFFICIENCE

1) Critique de la méthode utilisée

[471] Les défenderesses prétendent que le fusionnement de Supérieur et de ICG leur permettra de réaliser des gains d'efficience considérables, de l'ordre de 40 millions de dollars par année selon le rapport Cole-Kearney. Elles affirment que, sur une période de 10 ans, le cumul de ces gains atteindra entre 381 et 421 millions de dollars constants. Je m'interroge sérieusement sur les gains d'efficience allégués par les défenderesses dans cette affaire, car certains aspects de la méthode utilisée sont problématiques.

[472] Les gains d'efficience allégués par les défenderesses dépendent largement de la réduction des coûts au niveau des opérations régionales (p. ex. aux postes des succursales et camions en trop et d'autres éléments connexes). Les professeurs Schwindt et Globerman et M. Kemp affirment ce qui suit à la page 23 de leur affidavit de réfutation (pièce confidentielle CA-3131) :

> [TRADUCTION]
> C. Frais des opérations régionales (193,6 millions de dollars, 48,3 p. 100 des économies)
>
> Le montant prévu des gains d'efficience réalisables au niveau des opérations régionales est très appréciable : il représente près de la moitié du total prévu. Ces gains sont largement attribuables à la rationalisation du réseau de succursales et à l'amélioration du système de livraison. (non mis en évidence dans l'original)

[473] Les réductions de coûts exposées dans le rapport Cole-Kearney reposent sur la définition de la taille des territoires de vente de Supérieur et la définition des territoires de vente que Supérieur et ICG ont en commun. La taille de chacun des territoires de vente de Supérieur est établie en fonction du client le plus éloigné de chaque succursale desservant le territoire, selon ce qui est indiqué dans les profils de succursales pour 1998. La distance la plus longue par rapport à la succursale devient alors le rayon du territoire de vente. Ce sont ces données – étendue des territoires de vente et des territoires communs aux deux entreprises – qui ont servi aux experts pour calculer les gains d'efficience qui résulteront vraisemblablement du fusionnement de Supérieur et de ICG.

[474] Comme nous l'avons mentionné ci-dessus au paragraphe [207], lorsqu'il examine la validité des profils de succursales pour 1998, le Tribunal conclut que ces profils sont douteux et peu fiables. Ainsi, puisqu'il se peut que les territoires de vente de Supérieur s'étendent sur moins de 620 kilomètres, le fait d'utiliser ces estimations pour déterminer l'étendue des territoires communs aux deux entreprises peut fort bien mener à une surestimation des économies réalisables. Par conséquent, on ignore toujours l'effet de ces calculs sur l'estimation des gains d'efficience.

[475] Je constate en outre que les experts déterminent l'étendue des territoires de vente communs par une méthode manuelle dont on n'a pas vérifié l'exactitude. En réponse à une question que lui a posée le Tribunal, Eric Fergin, l'un des experts désignés par les défenderesses pour cette tâche, explique comment ont été définis les territoires communs :

> [TRADUCTION]
> Mme LLOYD : Revenons à la question de l'étendue des territoires de vente, M. Fergin; auriez-vous une carte en nuage de points, ou quelque chose de semblable, qui indique où se trouvent les clients, pour que nous puissions voir clairement les territoires communs?
> M. FERGIN : Non, je n'ai pas ce genre de carte avec moi. Je sais qu'il en existe une toutefois – *il s'agit en fait d'esquisses, car elles reposent sur des estimations brutes concernant les territoires de chaque entreprise et les territoires communs aux deux,*

ainsi que sur les données brutes dont nous disposions et qui ont été fournies au Bureau. Je n'ai pas de numéro de référence pour ces documents.

Nous avons bien fait des esquisses, mais malheureusement je n'ai pas de carte en nuage de points.

Mme LLOYD : Il serait intéressant de voir quels sont les territoires communs.

M. FERGIN : Je suis désolé de ne pouvoir répondre à votre demande. (non mis en évidence dans l'original).

Transcription, vol. 34 à la page 6722 (8 décembre 1999).

[476] Comme je l'ai mentionné plus tôt, il y a lieu de craindre de façon significative que la méthode utilisée pour définir les territoires de vente et les territoires communs engendre des erreurs pouvant influer sur le calcul de gains d'efficience présumés. En déterminant le rayon du territoire au moyen du point le plus éloigné plutôt que par l'étendue où les clients sont le plus fortement concentrés, les défenderesses ont peut-être surestimé le nombre de succursales à éliminer, ainsi que le nombre de camions et de pièces d'équipement à éliminer. En fait, si les territoires de vente étaient définis plus étroitement en fonction de la concentration des clients, il n'y aurait peut-être pas de chevauchement de territoires pour certaines succursales.

[477] Par surcroît, aucun mécanisme ou moyen (autre que le présumé examen fait par Andrew Carroll, de Supérieur, et qui demeure obscur) n'a servi à vérifier la validité de l'analyse exécutée par les experts des défenderesses. Je suis d'avis qu'il aurait fallu vérifier à fond la concordance avec la réalité. Par exemple, les défenderesses auraient pu se servir d'un système d'information géographique (communément appelé SIG) pour créer une carte en nuage de points qui aurait permis de situer les clients par rapport à chacune des succursales respectives des défenderesses. Ainsi, il aurait été possible de délimiter exactement les territoires communs et les experts auraient été capables de déterminer le nombre de succursales excédentaires et d'établir avec précision les profils des livraisons. Que les experts n'aient pas eu recours à des méthodes de ce genre influe grandement, à mon avis, sur la validité des résultats de leur analyse. Le sujet a été abordé avec M. Fergin à l'audience :

[traduction]

M. FERGIN : ... En fait, *nous n'avons pas de données de dispersion indiquant l'emplacement des succursales dans chaque territoire.*

Je crois que c'est Mme Lloyd qui nous a demandé, mercredi dernier, si nous avions des cartes sur lesquelles on pouvait situer les points de livraison par rapport aux succursales, et j'ai répondu que nous n'avions pas ce genre d'information.

Mme LLOYD : Je croyais que vous m'aviez dit avoir recueilli cette information préalablement à l'analyse.

M. FERGIN : Pardon?

Mme LLOYD : Je croyais avoir compris que vous aviez déjà cette information en mains et que vous aviez pu la rassembler préalablement à l'analyse. Je dois vous avoir mal compris.

M. FERGIN : Nous l'avons fait pour les territoires que nous avons parcouru en camion pour l'étude des itinéraires, mais nous ne l'avons pas fait pour chaque client de chaque succursale.

Mme LLOYD : Je vous avais mal compris.

M. FERGIN : D'accord. Mon autre remarque est la suivante : *M. Schwindt a affirmé que notre méthode de définition du territoire desservi par Supérieur reposait uniquement sur le rayon géographique tel qu'il était déterminé par l'emplacement du client le plus éloigné.*

> *Il s'agissait de notre façon de procéder initiale,* mais nous n'avons pas employé strictement cette information sans vérifier auprès de Andrew Carroll, de Supérieur Propane, qui a été notre personne-ressource dans ce projet. M. Carroll a confirmé l'information ou nous a indiqué quels étaient les territoires, les succursales et les installations satellites qui servaient à déterminer ce que serait un territoire acceptable ou encore la façon de modifier un territoire pour éviter la situation en question ou parce qu'il peut renfermer une succursale très éloignée.
>
> Ce que je veux dire, c'est que *nous n'avons pas utilisé uniquement le critère du rayon géographique pour définir les territoires desservis par les succursales du Supérieur.* (non mis en évidence dans l'original)
>
> Transcription, vol. 37 aux pages 7782, 7783 (14 décembre 1999).

[478] Le seul procédé de validation dont ont fait état les défenderesses est la « promenade d'accompagnement », qui a été effectuée pour valider le modèle ayant servi à prévoir le nombre de véhicules et de chauffeurs à éliminer et les effets connexes. Les défenderesses soutiennent que ces promenades, qui consistent à accompagner un chauffeur sur son parcours de livraison pendant une journée, leur permettent de valider le modèle qu'elles ont élaboré. Pourtant, durant le contre-interrogatoire par le commissaire, M. Fergin a admis qu'il n'avait participé qu'à deux promenades, l'une à Sudbury (pour Supérieur) et l'autre à Stratford (pour ICG), au cours desquelles il a fait une analyse comparative détaillée de l'emploi du temps du chauffeur (p. ex. conduire le véhicule, charger le propane, livrer le propane, produire les relevés de livraison). M. Fergin a précisé que des promenades d'accompagnement avaient été faites, sans totalisation des données, à Moncton, Lloydminster, Concord, Vimont, Coquitlam et Burnaby (transcription, vol. 37 à la page 7795 (14 décembre 1999)).

[479] J'estime que le procédé de validation qui a été utilisé dans les circonstances ne garantit pas l'exactitude du calcul des gains d'efficience présumés. De plus, ce procédé se limite aux gains d'efficience qui sont censés se réaliser au niveau des opérations régionales, plus particulièrement en ce qui concerne la réduction du parc des véhicules (économies annualisées de 2,6 millions de dollars, ce qui représente 33,4 millions de dollars sur 10 ans) et les coûts connexes. En outre, le procédé est clairement lacunaire en ce que l'échantillon ne comprend que deux promenades, une se rattachant à Supérieur et l'autre à ICG. Par surcroît, cette analyse ne tient aucun compte des différences régionales.

2) Évaluation hautement optimiste (qui ne tient compte d'aucun coût)

[480] Selon les experts du commissaire, l'évaluation des gains d'efficience dans le rapport Cole-Kearney est très optimiste, pour ne pas dire irréaliste, car son estimation ne tient pas compte des coûts pouvant découler de l'intégration des deux entreprises. Aux pages 9 et 10 de leur rapport de réfutation (pièce confidentielle CA-3131), les experts du commissaire affirment que le rapport Cole-Kearney ne tient pas compte des coûts de transition et d'intégration, ni de certaines pertes de volume. Je cite :

> [TRADUCTION]
>
> Les gains d'efficience qui sont présumés découler de ce fusionnement viennent en majeure partie de l'intégration du soutien à la clientèle (deuxième niveau de l'administration) et des opérations régionales. Ces deux grands groupes d'activités représentent près des deux tiers des réductions de coûts estimées, et ils sont tous deux complexes. Le projet d'intégration suppose le fusionnement des clientèles respectives de ICG (100 000 clients) et de Supérieur (200 000 clients), l'intégration et la rationalisation de leurs centres de distribution respectifs (110 centres pour ICG et 140 pour Supérieur), l'intégration d'une proportion importante des effectifs de ICG (700 employés) à ceux de Supérieur, qui s'élèvent

> déjà à 1 300 personnes, et l'intégration et la rationalisation des parcs de véhicules de livraison des deux entités, déjà considérables. Comme l'activité fondamentale consiste à distribuer le propane, l'intégration nécessitera la fusion de deux réseaux complexes. En outre, les deux entreprises ont des philosophies de gestion fondamentalement différentes. D'un côté, ICG évolue vers un modèle plus centralisé, fondé sur la technologie de l'information, tandis que Supérieur continue d'exploiter un système plus décentralisé. Pour ces raisons, l'intégration de ces deux entreprises sera sans doute une tâche énorme. Toutefois, le rapport Kearney signale très peu de coûts attribuables au processus d'intégration lui-même.

[481] Il est indubitable que la rationalisation des deux réseaux de distribution entraînera de réelles économies de ressources. Cependant, les experts des défenderesses ont fait abstraction de la hausse des dépenses d'exploitation ou des dépenses en immobilisations qui découlera de l'accroissement des volumes, des effectifs et de la clientèle. Je suis d'accord avec les professeurs Schwindt et Globerman et M. Kemp lorsqu'ils affirment à la page 24 de leur rapport de réfutation (pièce confidentielle CA-3131) :

> [TRADUCTION]
> ... Les volumes augmenteront dans tous les territoires de vente rationalisés et ils atteindront plus que le double dans certains de ces territoires. Les effectifs s'accroîtront dans les succursales [...] Le nombre de clients par succursale augmentera sensiblement, ce qui fera croître le nombre d'employés des services administratifs nécessaires pour répondre aux besoins de la clientèle [...] De nombreuses tâches seront transférées aux employés des succursales [...] [ce qui] créera aussi de nouveaux postes [...] La hausse des volumes nécessitera l'embauche de nouveaux chauffeurs et de nouveaux préposés à la clientèle...

[482] En outre, les professeurs Schwindt et Globerman et M. Kemp prévoient un accroissement du matériel en succursales et du matériel de service (y compris les réservoirs de stockage et les camions), ce qui nécessitera plus d'espace et une infrastructure élargie, ainsi qu'une plus grande aire de stockage pour les pièces et les réservoirs des clients : donc, des coûts plus élevés dont n'ont pas tenu compte les experts des défenderesses. Pour appuyer leur critique, les experts du commissaire ont analysé les changements apportés aux opérations et ils se sont servis de l'exemple de la succursale de Peterborough (où la rationalisation s'opère facilement) pour illustrer les effets de l'intégration sur les coûts, comme on peut le voir dans le tableau 7 à la page 26 de leur rapport de réfutation (pièce confidentielle CA-3131). Les experts concluent à la page 26 :

> [TRADUCTION]
> *Les effectifs augmenteront de 60 p. 100*. Les activités liées à la manutention des bouteilles seront regroupées à cet endroit, ce qui accroîtra la circulation des camions de transport de bouteilles. *Le nombre de camions de livraison en vrac doublera*, ce qui nécessitera une plus grande capacité d'entretien à cet endroit, de même que des accès plus nombreux et un stationnement plus grand. En conséquence, il faudra peut-être réaménager les lieux pour accommoder les changements graduels dans le matériel de livraison. Le volume des livraisons en vrac s'accroîtra de 220 p. 100 selon les prévisions. Il est donc permis de croire que le nombre des livraisons primaires et des remplissages quotidiens de camions de transport en vrac augmentera en proportion et que, par conséquent, il faudra réaménager les lieux pour compenser la forte augmentation des facteurs de charge. (non mis en évidence dans l'original)

[483] L'avis d'expert des professeurs Schwindt et Globerman et de M. Kemp, tel qu'il est énoncé ci-dessus, appuie l'argument du commissaire selon lequel les gains d'efficience présumés par les défenderesses sont surestimés et, par conséquent, n'ont pas été établis selon la prépondérance des probabilités :

> [TRADUCTION]
>
> Deuxièmement, nous réaffirmons que le montant des gains d'efficience qui a servi au calcul des gains nets – au montant annualisé de 21,2 millions de dollars – est surestimé, pour les raisons que nous avons exposées dans la partie mathématique de nos documents.
>
> Même si ce calcul suppose des défalcations dont nous avons pu établir le montant grâce aux éléments de preuve fournis par les professeurs Schwindt et Globerman, lesquelles défalcations sont détaillées dans l'argument, *nous signalons de nombreux cas où le montant des gains d'efficience présumés par les défenderesses est excessivement optimiste ou exagéré ou ne répond pas, à notre avis, au critère de la preuve selon la prépondérance des probabilités.* (non mis en é vidence dans l'original)
>
> Transcription, vol. 44 à la page 8737 (4 février 2000).

[484] Comme on l'indique dans la section 5.7.2 des Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], et comme le soutient A. Neil Campbell, auteur de *Merger Law and Practice, The Regulation of Mergers under the Competition Act* (Scarborough, Carswell, 1997), à la page 162, je suis également d'avis qu'il faut déduire du montant estimé des gains d'efficience les coûts à supporter pour réaliser ces gains. Par conséquent, les coûts de modification de l'équipement et les autres coûts à supporter pour réaliser les gains d'efficience doivent être déduits de la valeur totale de ces gains.

[485] Compte tenu des remarques que j'ai faites sur la méthode utilisée par les experts et sur le peu d'attention qu'ils accordent aux coûts additionnels devant résulter de l'intégration des emplacements régionaux, j'estime que les défenderesses n'ont pas montré *selon la prépondérance des probabilités* que les gains d'efficience s'élèveront à 40 millions de dollars par année. Comme je l'ai expliqué antérieurement, des inquiétudes soulevées par la méthode affaiblissent grandement la validité des prétentions des défenderesses relativement aux gains d'efficience. Il ne fait aucun doute que des gains d'efficience peuvent être réalisés à la suite d'un fusionnement, surtout du fusionnement visé en l'espèce. Toutefois, ce qu'il faut montrer en vertu de l'article 96 de la Loi c'est que le fusionnement a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains d'efficience, d'où le montant des gains d'efficience présumés estimé suivant la prépondérance des probabilités. À mon avis, les défenderesses ne se sont pas acquittées du fardeau de la preuve pour cet élément crucial de la défense fondée sur les gains d'efficience. En conséquence, je rejette le montant de 40 millions de dollars avancé par les défenderesses pour chiffrer les gains d'efficience réalisés annuellement, ainsi que le montant révisé de 29,2 millions de dollars accepté par la majorité des membres du Tribunal. Puisqu'il m'est impossible de déterminer jusqu'à quel point ces erreurs influent sur les résultats et d'évaluer les coûts qui résulteront inévitablement de ce fusionnement, je ne suis pas en mesure de calculer la valeur réelle des gains d'efficience qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement, et, par conséquent, je ne ferai pas de supposition au sujet de leur montant.

B. LE FUSIONNEMENT A EU OU AURA VRAISEMBLABLEMENT POUR EFFET D'ENTRAÎNER DES GAINS D'EFFICIENCE (C.-À-D. QUE DES GAINS SERONT VRAISEMBLABLEMENT RÉALISÉS APRÈS LE FUSIONNEMENT)

[486] Les défenderesses ne m'ont pas convaincue suivant la prépondérance des probabilités que les 40 millions de dollars de gains d'efficience présumés se réaliseront, pour les raisons exposées précédemment. En outre, peu importe le montant des gains d'efficience qui peuvent être réalisés *théoriquement*, selon moi on n'a pas fait la preuve devant le Tribunal que ces gains *se réaliseront* vraisemblablement après le fusionnement.

[487] À mon avis, l'emploi du terme « vraisemblablement » dans l'article 96 suppose plus que la simple détermination du montant des gains d'efficience possibles. Je crois plutôt que ce terme suppose que l'on montre par quel moyen les gains d'efficience présumés se réaliseront. Voilà, selon moi, le genre de preuve qu'il faut soumettre au Tribunal pour qu'il puisse conclure avec *suffisamment de certitude* que les gains d'efficience seront *vraisemblablement* réalisés après le fusionnement (c.-à-d. que la direction verra à ce qu'ils se réalisent).

[488] La preuve soumise au Tribunal fait ressortir l'importance pour les parties au fusionnement d'avoir un plan détaillé pour garantir la réussite du fusionnement. À ce sujet, Paul Inglis, l'un des experts des défenderesses en matière de gains d'efficience, a commenté une étude qui examine 115 fusionnements ayant été enregistrés en Amérique du Nord entre 1993 et 1996 et qui définit les facteurs concourant à la réussite des fusionnements. À cet égard, M. Inglis explique que l'*existence d'un plan d'entreprise* est l'un des principaux facteurs de réussite d'un projet de fusionnement :

> [TRADUCTION]
>
> La réussite d'un projet de fusionnement *tient* en bonne partie *à la planification du projet, mais, évidemment,* ***elle ne s'observe qu'après le fusionnement.*** *Vous devez voir à poursuivre jusqu'au bout les plans qui ont été élaborés avec soin au départ.* C'est ce qui m'amène à parler une fois de plus ***des facteurs d'après-fusionnement***, c'est-à-dire ceux qui interviennent une fois que le fusionnement est chose faite.
>
> Quels sont les critères qui nous permettent de croire que ***le fusionnement a de fortes chances de réussir***? Voici cinq critères qui, selon nous, sont en corrélation les uns avec les autres. ***Existe-t-il une vision et une stratégie claires pour l'entreprise? Les protagonistes savent-ils qui formera la direction? Ont-ils un bon plan pour constituer cette direction? Ont-ils la capacité de produire des résultats rapidement et de prendre un essor par l'exploitation de ces résultats? Reconnaissent-ils qu'il existe des différences culturelles et ont-ils un plan pour concilier ces différences et fondre les deux organisations en une seule***? Enfin, disposent-ils d'un plan de communication qui les aidera à opérer ce changement dans les cultures?...
>
> Permettez-moi maintenant d'aborder la question de la *responsabilité de gestion*. On sait maintenant combien de personnes formeront l'équipe de gestion. Il est prévu de créer *dix postes de cadre supérieur*, qui seront comblés en puisant dans une banque de noms de dirigeants, parmi lesquels se trouvent des gens comme Geoff Mackey et Peter Jones et les autres personnes qui occupent un poste de dirigeant à ICG, ainsi que les gens de chez Supérieur. (non mis en évidence dans l'original)

Transcription, vol. 33 aux pages 6347, 6348, 6350 (7 décembre 1999).

[489] M. Inglis a soulevé un point essentiel lorsqu'il a souligné l'importance d'avoir un plan de mise en oeuvre pour faire en sorte que les gains d'efficience présumés se réalisent. Sans ce plan, on ne saurait dire quelle sera la probabilité que le fusionnement entraîne les gains d'efficience qu'ont prévus les experts.

[490] Pour réaliser les gains d'efficience présumés, il faut un plan d'entreprise exposant le processus de mise en oeuvre ou le plan d'action, qui comprend à son tour le calendrier pour chaque étape de l'intégration des parties au fusionnement. Je note que M. Inglis a dit que Supérieur avait en mains un plan bien articulé qui avait fait l'objet d'un examen long et minutieux. Malheureusement, ce plan n'a pas été présenté au Tribunal, ni aucun autre plan d'ailleurs. De fait, aucun élément de preuve de ce genre n'a été produit à l'audience. M. Schweitzer, directeur général de Supérieur et seul représentant de la direction de cette entreprise à avoir témoigné à l'audience, n'a fourni aucune preuve de l'existence d'un plan d'après-fusionnement. Je crois que l'entreprise aurait dû montrer l'existence d'un plan d'entreprise détaillé qui décrit clairement l'engagement et la responsabilité de la direction de Supérieur (y compris l'engagement du directeur général). En outre, on n'a fait la preuve d'aucune étude ou d'aucun contrôle préalable qui aurait permis de déterminer le rapport coût-efficacité du fusionnement avant que Supérieur décide d'acquérir ICG. Si une telle étude ou un tel contrôle avaient été faits au préalable, les chiffres présentés dans le rapport Cole-Kearney auraient été plus dignes de foi. En conséquence, j'estime que la réalisation des gains d'efficience présumés est strictement du domaine des *possibilités et non de celui des probabilités* et, donc, que les défenderesses n'ont pas prouvé selon la prépondérance des probabilités que les gains d'efficience seront vraisemblablement réalisés.

[491] Il pourrait être avancé que la convention de gestion dont il est question aux paragraphes [330] à [345], et qui encourage SMS à accroître la rentabilité de Supérieur et la distribution en espèces aux porteurs de parts du Superior Propane Income Fund (distribution en espèces), renforce l'idée que les gains d'efficience seront vraisemblablement réalisés. Or, comme les profits additionnels, qui déterminent les paiements à SMS, peuvent venir soit d'une hausse de prix résultant de l'exercice de la puissance commerciale ou d'une réduction des coûts, j'estime que la convention de gestion ne permet pas au Tribunal de conclure avec suffisamment de certitude que les profits additionnels viendront de la réalisation des gains d'efficience présumés et, donc, que ces gains seront *vraisemblablement* réalisés.

[492] Comme la Loi ne renferme aucune disposition concernant l'obligation d'atteindre le résultat (c.-à-d. la réalisation des gains d'efficience présumés), il est d'autant plus essentiel que les défenderesses prouvent que le fusionnement entraînera *vraisemblablement* des gains d'efficience, *non seulement d'un point de vue théorique*, par le témoignage d'experts, mais aussi en faisant la preuve directe que *c'est là l'intention ferme des dirigeants et que ceux-ci s'engagent à mener à terme ce processus après le fusionnement.* Sans ces éléments de preuve fondamentaux, il me semble que la réalisation des gains d'efficience présumés demeure une possibilité théorique seulement que les dirigeants peuvent ne jamais concrétiser. Faire la preuve que le fusionnement entraînera *vraisemblablement* des gains d'efficience est un élément important de la défense fondée sur les gains d'efficience que devaient présenter les parties au fusionnement pour s'acquitter de leur fardeau à cet égard.

[493] Compte tenu de mes remarques précédentes sur les prétentions des experts des défenderesses relativement aux gains d'efficience présumés et l'absence d'éléments de preuve concernant l'intention présumée de la direction de travailler à la réalisation de ces gains d'efficience, y compris le calendrier pour chaque étape de la mise en oeuvre, j'estime que les défenderesses ne se sont pas acquittées de leur fardeau en établissant que le fusionnement a eu ou aura *vraisemblablement* pour effet d'entraîner des gains d'efficience.

C. « QUE CES GAINS NE SERAIENT VRAISEMBLABLEMENT PAS RÉALISÉS SI L'ORDONNANCE ÉTAIT RENDUE »

[494] L’article 96 de la Loi est ainsi rédigé :

> 96(1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé ***et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.***
>
> (2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficience visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :
> a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;
> b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.
>
> (3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, ***en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes***, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficience. (non mis en évidence dans l’original)

[495] Bien que le commissaire soit chargé de prouver, selon la prépondérance des probabilités, les effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront du fusionnement, il incombe aux défenderesses de prouver tous les éléments de leur défense, pour obtenir gain de cause. Ces éléments sont les suivants : l’existence des gains d’efficience présumés, la vraisemblance de leur réalisation par suite du fusionnement (leur réalisation effective après le fusionnement), *le fait que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance de dessaisissement total était rendue,* et le fait que ces gains ne sont pas de nature financière. Lorsqu’il a été déterminé quels gains (quantitatifs et qualitatifs) doivent être pris en considération dans l’analyse comparative, cette analyse peut être effectuée.

[496] De fait, les seuls gains d’efficience qui peuvent être pris en considération dans l’analyse comparative selon l’article 96 sont ceux qui *ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue* et ceux qui ne représentent pas une *redistribution de revenu entre deux ou plusieurs personnes.* Tandis que je partage l’avis de la majorité des membres du Tribunal, selon lequel seuls les gains d’efficience qui représentent des économies « réelles » de ressources, et non ceux de nature financière, doivent être pris en considération, je ne suis pas d’accord avec leur conception de la condition énoncée au paragraphe 96(1) : *et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue.*

[497] Cette condition du paragraphe 96(1) – *et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue* – m’amène à cette question : les gains d’efficience seraient-ils vraisemblablement réalisés si l’ordonnance de dessaisissement total était rendue? Autrement dit, si l’ordonnance était rendue, les deux entreprises réaliseraient-elles vraisemblablement, chacune de leur côté, des gains d’efficience par un autre moyen? Il incombe également aux défenderesses d’en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités, et, à mon avis, elles ne se sont pas acquittées de cette charge.

[498] En fait, *seuls les gains* qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue peuvent être soutenus par les défenderesses. Cette condition a pour objet d'exclure des gains présumés par les défenderesses les gains qui seraient vraisemblablement réalisés en l'absence d'un fusionnement, par exemple grâce à la croissance interne, à un fusionnement ou à une coentreprise avec un tiers, à une *restructuration* ou à des ententes contractuelles (p. ex. accords de spécialisation). Par conséquent, il semble que les parties au fusionnement avaient la charge d'expliquer d'une manière raisonnable pourquoi elles ne tenteraient vraisemblablement pas de réaliser des gains d'efficience par un autre moyen, si l'ordonnance de dessaisissement total était rendue.

[499] Dans cette affaire, j'estime que les défenderesses n'ont pas montré que les gains d'efficience présumés ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance de dessaisissement total était rendue. Le rapport Cole-Kearney avait pour objet de fournir *une opinion sur la valeur des gains d'efficience* qui résulteraient vraisemblablement du fusionnement de Supérieur et de ICG. On indique dans ce rapport que d'autres solutions ont été étudiées compte tenu des pratiques courantes de l'industrie (p. ex. croissance interne, fusionnement ou coentreprise avec un tiers, accord de spécialisation, contrat de licence ou autres ententes contractuelles). En définitive, le rapport conclut que le fusionnement est le seul moyen par lequel des gains d'efficience peuvent être réalisés. Il n'indique pas ce que serait la valeur des gains d'efficience selon d'autres scénarios, de sorte que le Tribunal n'est pas sûr que le fusionnement soit le seul moyen de réaliser des gains d'efficience. Chose étonnante, les experts ont passé sous silence la restructuration.

[500] De plus, les défenderesses n'ont présenté au Tribunal aucune preuve à l'appui de leurs conclusions et elles n'ont pas expliqué non plus pourquoi Supérieur n'aurait vraisemblablement pas appliqué des solutions telles que la restructuration, de manière à réduire ses coûts pour réaliser des gains d'efficience par un moyen autre que le fusionnement. De fait, alors qu'on a fourni des éléments de preuve concernant la transformation de ICG (opération produisant des gains d'efficience que les experts n'ont pas fait valoir à juste titre), on est demeuré muet sur ce que Supérieur envisagerait vraisemblablement de faire ou de ne pas faire pour réaliser des gains d'efficience si l'ordonnance était rendue. Le Tribunal n'a pas les éléments qu'il faut pour conclure que Supérieur avait déjà rationalisé ses propres opérations avant d'engager le processus de fusionnement avec ICG. Par conséquent, les gains d'efficience présumés par les défenderesses pourraient inclure des gains que Supérieur aurait vraisemblablement réalisés pour sa propre organisation en l'absence de fusionnement. Ces gains auraient été défalqués des gains présumés. En effet, comme l'indiquent les Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], si une partie ou la totalité des gains d'efficience présumés peut vraisemblablement être réalisée par d'autres moyens dans l'hypothèse où l'ordonnance est rendue, ces gains ne peuvent pas être attribués au fusionnement et, par conséquent, ils ne peuvent être pris en considération dans l'analyse comparative en vertu de l'article 96. C'est pourquoi j'estime que les défenderesses ne se sont pas acquittées de la charge de prouver que les gains d'efficience ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

D. QUESTIONS TOUCHANT L'ANALYSE COMPARATIVE

[501] Comme il est mentionné plus haut, les défenderesses soutiennent que ce qu'il faut montrer sous le régime de l'article 96 de la Loi, c'est que les gains d'efficience surpasseront et neutraliseront les effets d'une diminution sensible de la concurrence et elles affirment que ces effets se mesurent par la perte sèche causée à l'économie et excluent les transferts de richesse entre les consommateurs et les producteurs, qui n'ont aucun effet sur l'économie.

[502] De son côté, le commissaire prétend que lorsque le Tribunal effectue l'analyse comparative prévue à l'article 96, il a la responsabilité d'exercer son jugement quant à l'importance à attribuer au transfert des consommateurs vers les producteurs. Le commissaire ajoute que le fait d'appliquer un critère comportant un coefficient préétabli (fixe) serait contraire à l'article 96 et que les gains d'efficience ne

neutralisent pas (au sens de « contrecarrer » ou de « compenser ») les effets anticoncurrentiels du fusionnement sur l'économie dans son ensemble.

[503] La majorité des membres du Tribunal reconnaît que des gains d'efficience de 29,2 millions de dollars seront vraisemblablement réalisés annuellement et elle est convaincue que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront vraisemblablement du fusionnement. Elle estime que les gains quantitatifs surpassent et neutralisent la perte sèche pour l'économie – évaluée à trois millions de dollars annuellement – ainsi que les effets qualitatifs de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence.

[504] Je conviens avec la majorité des membres du Tribunal que l'analyse comparative doit se faire en fonction d'un critère unique, où la somme des gains d'efficience quantitatifs (productifs) et qualitatifs (dynamiques) doit surpasser et neutraliser l'ensemble des effets quantitatifs (perte sèche) et qualitatifs (p. ex. diminution de la concurrence sous d'autres aspects que les prix) de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront du fusionnement. Bien que je sois d'accord avec la méthode du critère unique (c.-à-d. par opposition à deux critères, l'un quantitatif et l'autre qualitatif), je ne partage pas l'opinion de la majorité sur l'interprétation à donner au mot « neutraliser » dans le paragraphe 96(1) et l'importance à accorder aux effets de ce fusionnement.

[505] Il est clair pour moi que l'intention du législateur était de permettre aux membres du Tribunal d'exercer leur jugement lorsqu'ils feraient l'analyse comparative prévue à l'article 96 de la Loi. Durant les délibérations du Comité législatif sur le projet de loi C-91, on a signalé plusieurs fois que le libellé de l'article 96 ne devait pas être restrictif au point de nuire à la liberté d'interprétation et d'appréciation du Tribunal. On s'accordait pour dire que le Tribunal devait avoir la capacité d'exercer sa liberté d'appréciation dans chaque cas d'espèce. Il semble que l'intention du législateur ait été d'éviter que le Tribunal ne devienne rigide dans l'application de la loi au point de ne pas autoriser des fusionnements qui seraient avantageux pour l'économie et, à l'inverse, d'autoriser des fusionnements qui seraient manifestement nuisibles. C'est pourquoi le législateur a choisi de ne pas inclure dans le texte de loi une liste de facteurs autres que ceux figurant déjà dans le paragraphe 96(2), à savoir l'augmentation de la valeur réelle des exportations et la substitution de produits nationaux à des produits étrangers. Le législateur a préféré miser sur le jugement des membres du Tribunal, qui ont l'expertise voulue pour entendre des causes relevant du droit de la concurrence.

[506] Bien que je reconnaisse que l'article 96 accorde une importance particulière aux gains d'efficience et que ceux-ci peuvent constituer une défense en faveur de ce que l'on pourrait qualifier normalement de fusionnement anticoncurrentiel, il me semble que l'article 96 représente *une exception à l'application de l'article 92 de la Loi et non une exception à la Loi elle-même.* Comme l'a énoncé le législateur, l'analyse comparative prévue à l'article 96 suppose que l'on pèse le pour et le contre d'un projet de fusionnement et cette disposition ne constitue pas, à mon avis, une défense absolue commandant de faire abstraction des effets d'un fusionnement anticoncurrentiel. Autrement dit, bien que l'analyse comparative prévue à l'article 96 donne préséance aux gains d'efficience qui résulteront vraisemblablement du fusionnement, il faut interpréter cet article en conformité avec l'objet et les objectifs de la Loi. L'objet de la Loi est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada afin d'atteindre les objectifs de la Loi (c.-à-d. stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, et d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits). Il me semble donc que l'analyse comparative doit prendre en considération les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui vont à l'encontre des objectifs énoncés dans la disposition de déclaration d'objet de la Loi (par exemple, la diminution ou la disparition du choix offert aux consommateurs), afin de déterminer si les gains d'efficience surpassent et neutralisent ces effets.

[507] À mon avis, si l'analyse prévue à l'article 96 était simpliste au point de consister uniquement à comparer des gains d'efficience quantitatifs et la perte sèche pour l'économie, elle pourrait donner des résultats aberrants. Par exemple, suivant cette interprétation étroite, un projet de fusionnement anticoncurrentiel respecterait d'autant mieux le critère de l'article 96 que la demande du produit pertinent est moins élastique (c.-à-d. moins sensible aux variations de prix). Cette anomalie vient de ce que la perte sèche calculée est proportionnelle à l'élasticité de la demande. Par conséquent, selon l'interprétation de la majorité des membres du Tribunal, si la demande est inélastique, le montant des gains d'efficience requis pour contrebalancer et neutraliser la perte sèche pour l'économie ne sera pas aussi élevé. Je ne vois donc aucune raison évidente qui expliquerait pourquoi le législateur aurait rédigé l'article 96 afin de favoriser des fusionnements anticoncurrentiels qui touchent des produits pour lesquels la demande est relativement inélastique (p. ex. produits de base).

[508] J'estime par conséquent que l'analyse comparative doit accorder aux effets qualitatifs l'importance qui leur revient. En effet, tandis qu'il est suffisant de quantifier la perte sèche et de la représenter dans une matrice, une matrice ne rend pas compte des effets particuliers du fusionnement étudié. Comme le reconnaissent des autorités dans le domaine et les rédacteurs des Lignes directrices, précitées au paragraphe [57], certains effets d'un fusionnement ne peuvent être mesurés en dollars, par exemple la diminution du service, de la qualité, du choix de produits, de l'innovation et d'autres aspects non monétaires de la concurrence. Il faut donc attacher à ces effets une importance de nature qualitative. Ainsi, comme certains effets du fusionnement visé en l'espèce ne peuvent être quantifiés, j'estime qu'il faut les définir comme des effets qualitatifs et leur accorder une importance convenable dans l'analyse comparative.

[509] J'ai dit plus tôt que je n'acceptais pas le montant des gains d'efficience adopté par la majorité des membres du Tribunal. Néanmoins, j'utiliserai ce montant dans le tableau 2 (au paragraphe [512]) à titre d'illustration. Comme on peut le voir dans le tableau 2, qui établit une comparaison entre les gains d'efficience qui sont présumés découler de ce fusionnement et les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, les défenderesses n'ont fait valoir aucun effet qualitatif qui profitera à la société dans son ensemble. Par exemple, elles ne font pas valoir des gains d'efficience dynamiques, ni des gains d'efficience menant à une augmentation appréciable de la valeur réelle des exportations, comme le dispose le paragraphe 96(2) de la Loi. En conséquence, je ne peux conclure que ce fusionnement créera des gains d'efficience *qualitatifs* qui profiteront à l'ensemble de l'économie.

[510] Quant aux effets qualitatifs de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, j'en relève certains qui, selon moi, ont été sous-estimés par la majorité des membres du Tribunal dans l'analyse comparative. Ces effets sont la disparition d'un concurrent dynamique, ce qui limite les choix des consommateurs en général, et ceux des clients nationaux en particulier, et l'absence de choix résultant de l'élimination de la concurrence sur 16 marchés. En outre, l'entité fusionnée sera en mesure d'exercer une puissance commerciale qui pourra se traduire par l'imposition unilatérale de *hausses de prix ou la réduction ou l'élimination de programmes* offerts à la clientèle (p. ex. Cap-It et Auto-fill), ou, inversement, par la réduction temporaire des prix afin d'évincer la concurrence, ce qui irait à l'encontre de l'un des objectifs énoncés à l'article 1.1 de la Loi, à savoir fournir à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne.

[511] Enfin, je pense qu'il faut prendre en considération le transfert de richesse appréciable des consommateurs vers les producteurs qui découlera d'une hausse de prix. La question de savoir si le transfert de richesse est un effet qui doit être pris en considération dans l'analyse prévue à l'article 96 soulève la controverse. Tandis que l'on reconnaît d'un point de vue purement économique que le transfert de richesse résultant d'un fusionnement est un facteur neutre, il en est autrement du point de vue de la disposition de déclaration d'objet de la Loi, qui porte que la Loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence afin, notamment, *d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les*

produits. J'estime que si le législateur avait voulu qualifier de neutres les gains découlant de profits plus élevés (que procure une diminution de la concurrence) et réalisés aux dépens des consommateurs, il l'aurait sûrement précisé dans la Loi. De fait, si l'intention du législateur avait été telle, il n'aurait pas été question des consommateurs dans l'article 1.1 de la Loi et, en outre, le terme « effets » dans l'article 96 aurait un sens qui fait abstraction de toute considération de cette nature. En conséquence, je suis d'accord avec la remarque incidente que fait le juge Reed aux pages 99 et 100 (à la page 337 dans la version anglaise publiée) de la décision dans l'affaire *Hillsdown* (précitée au paragraphe [127]) et selon laquelle l'interprétation du mot « effets » ne doit pas être restrictive au point d'exclure le transfert des consommateurs aux producteurs.

[512] J'estime qu'il ne faut pas considérer le transfert de richesse des consommateurs aux producteurs comme un effet quantitatif. Aucune disposition dans la Loi ne laisse entendre qu'il faille quantifier les effets d'un projet de fusionnement. À mon avis, le transfert doit être considéré du point de vue qualitatif dans l'analyse comparative, ce qui demande du jugement. L'approche qualitative permet une évaluation souple dans chaque cas examiné.

TABLEAU 2 : Analyse comparative

	Aspect quantitatif	**Aspect qualitatif**
Effets positifs	Gains d'efficience de 29,2 millions de dollars, acceptés par la majorité des membres du Tribunal (voir mon opinion dissidente ci-dessus)	Les défenderesses n'ont pas montré l'existence d'effets « positifs » qualitatifs.
Effets négatifs	Perte sèche de 3 millions de dollars	Disparition d'un concurrent dynamique, ce qui *réduit* les choix des consommateurs. *Absence* de choix pour les consommateurs sur 16 marchés et pour les clients nationaux. Capacité, pour l'entité fusionnée, d'exercer une puissance commerciale qui pourrait se traduire par : - l'imposition *unilatérale de hausses de prix* ou *de baisses de prix* (pour évincer les concurrents); - la *réduction ou l'élimination de programmes* offerts à la clientèle (p. ex. Cap-It, Auto-fill, etc.); - la *réduction ou l'élimination de services* (p. ex. livraison dans certains secteurs); - un transfert de richesse appréciable des consommateurs aux producteurs.

[513] J’estime que la comparaison des gains d’efficience présumés et des effets de l’empêchement ou de la diminution de la concurrence ne permet pas de conclure que les premiers surpasseront et neutraliseront les seconds.

[514] Je suis d’accord avec le commissaire lorsqu’il affirme que pour que leur défense soit efficace, les défenderesses doivent prouver que les gains d’efficience surpasseront et *neutraliseront* (c.-à-d. compenseront) les effets du fusionnement. Or, les défenderesses n’ont pas montré que les gains d’efficience présumés *compenseront* les effets négatifs du fusionnement. Elles auraient pu faire valoir par exemple que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains d’efficience dynamiques, issus de l’innovation, qui profiteront à l’économie canadienne. Dans l’analyse comparative, on aurait pu considérer ces gains qualitatifs comme une forme de compensation des effets négatifs du fusionnement sur l’économie dans son ensemble. Or, les défenderesses n’ont même pas tenté de prouver l’existence d’un effet *positif* de ce genre sur l’économie.

E. CONCLUSION

[515] Pour ces raisons, je conclus que les défenderesses ne se sont pas acquittées de la charge de prouver selon la prépondérance des probabilités que le fusionnement a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficience et que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l’empêchement ou la diminution de la concurrence. Par conséquent, le Tribunal devrait ordonner à Supérieur de se dessaisir totalement des actions et des éléments d’actif de ICG (y compris ceux des succursales déjà intégrées), conformément aux dispositions de l’article 92 de la Loi.

VIII. ORDONNANCE

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

FAIT à Ottawa, ce 30e jour d’août 2000.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge le président.

(s) Marc Nadon

PERSONNES AYANT COMPARU

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

William J. Miller
Jo'Anne Strekaf
Steven T. Robertson
Jennifer A. Quaid
James E.J. Bocking
Ken Davidson

Pour les défenderesses :

Superior Propane Inc.
Propane ICG Inc.

Neil Finkelstein
Melanie L. Aitken
Russell Cohen
Brian Facey
Martha Cook (stagiaire en droit)