



CT - 1991/ 001 – Doc # 155b

DANS L'AFFAIRE d'une demande présentée par le directeur
des enquêtes et recherches pour des ordonnances
en vertu de l'article 92 de la
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée;

ET DANS L'AFFAIRE de l'acquisition par
Hillsdown Holdings (Canada) Limited de 56 %
des actions ordinaires de Canada Packers Inc.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

- et -

Hillsdown Holdings (Canada) Limited
Les Aliments Maple Leaf Inc.
Nine-Five Investments Limited
Ontario Rendering Company Limited

Défenderesses



MOTIFS ET ORDONNANCE

Dates d'audience :

Du 25 au 28 novembre, du 2 au 5 décembre, les 9, 10, 18 et
19 décembre 1991

Président d'audience :

L'honorable juge Barbara J. Reed

Autres membres :

Mme Marie-Hélène Sarrazin
M. Victor L. Clarke

Avocats pour le demandeur :

Le directeur des enquêtes et recherches

Randal T. Hughes
Peter J. Cavanagh
Rory R. Edge
Andrea Safer

Avocats pour les défenderesses :

Hillsdown Holdings (Canada) Limited
Les Aliments Maple Leaf Inc.
Nine-Five Investments Limited
Ontario Rendering Company Limited

Glenn F. Leslie
Neil R. Finkelstein
John J. Quinn
Jeffrey W. Galway
George Vegh

INDEX

| | | |
|-------------|--|-----------|
| I. | INTRODUCTION..... | 5 |
| II. | L'INDUSTRIE DE L'ÉQUARRISSAGE | 8 |
| III. | EXPROPRIATION PUIS FUSIONNEMENT..... | 12 |
| IV. | DÉFINITION DU MARCHÉ | 17 |
| | A. Dimension produit (marché du produit) | 20 |
| | B. Dimension géographique (marché géographique) | 24 |
| | 1) Distance..... | 26 |
| | 2) Frontières | 32 |
| | 3) Préférences des consommateurs | 41 |
| | C. Conclusion | 42 |
| | D. Détermination des concurrents | 45 |
| V. | DIMINUTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE | 51 |
| | A. Concentration du marché | 52 |
| | B. Capacité excédentaire - Accroissement de la capacité nécessaire par l'utilisation du matériel d'équarrissage qui sert actuellement pour la volaille - Augmentation de la capacité grâce à un agrandissement des installations existantes..... | 59 |
| | C. Environnement du marché | 65 |
| | D. Obstacles à l'entrée dans le marché..... | 72 |
| | 1) Contraintes environnementales et réglementaires | 74 |
| | 2) Approvisionnements suffisants..... | 76 |
| | 3) Coûts irrécupérables..... | 78 |
| | 4) Conclusion | 79 |
| | E. Les matières équarrissables ne sont pas homogènes..... | 81 |
| | F. Conclusion | 82 |
| VI. | GAINS EN EFFICIENCE 87 | |
| | A. Évaluation des économies de frais alléguées comme des gains en efficience..... | 88 |
| | 1) Économies de frais d'administration..... | 89 |
| | 2) Économies de frais de transport..... | 91 |
| | 3) Économies de frais de fabrication..... | 93 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| 4) | Conclusion | 96 |
| B. | Interprétation juridique du paragraphe 96(1)..... | 97 |
| VII. | ORDONNANCE DE DESSAISSEMENT - EFFICACITÉ | 112 |
| VIII. | ORDONNANCE | 116 |

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS ET ORDONNANCE

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

Hillsdown Holdings (Canada) Limited et les autres

I. INTRODUCTION

Le directeur des enquêtes et recherches (le «directeur») a présenté une demande en vertu du sous-alinéa 92(1)e)(ii) de la *Loi sur la concurrence*¹ en vue d'enjoindre à la défenderesse Hillsdown Holdings (Canada) Limited («Hillsdown») de se dessaisir soit de l'entreprise exploitée par la défenderesse Ontario Rendering Company Limited («Orenco») soit des éléments d'actif que le Tribunal pourra désigner.

La demande résulte de l'acquisition de Canada Packers Inc. par Hillsdown, le 4 juillet 1990. Cette acquisition a permis à Hillsdown d'obtenir le contrôle de Orenco, société d'équarrissage contrôlée auparavant par Canada Packers Inc. Hillsdown contrôlait déjà, par l'entremise de sa filiale en propriété exclusive, Les Moulins Maple Leaf Limitée, une entreprise d'équarrissage exploitée par sa division d'équarrissage sous le nom de Rothsay. On prétend que

¹ L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée.

le contrôle commun de ces deux entreprises entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence dans le marché de l'équarrissage de la viande rouge non captive dans le sud de l'Ontario.

À la suite de l'acquisition, Canada Packers Inc. et Les Moulins Maple Leaf Limitée ont fusionné et ont poursuivi leurs activités sous la raison sociale Canada Packers Inc., laquelle a ensuite été changée pour Les Aliments Maple Leaf Inc. Orenco est actuellement exploitée en tant que filiale en propriété exclusive de Nine-Five Investments Limited qui, pour sa part, est une filiale en propriété exclusive de Les Aliments Maple Leaf Inc.

Orenco exploite une usine d'équarrissage à Dundas (Ontario) et Rothsay en exploite une à Moorefield (Ontario). Ces deux usines sont à environ 60 milles l'une de l'autre. Orenco et Rothsay (Moorefield) sont situées à 40 milles à l'ouest et à 90 milles au nord-ouest de Toronto respectivement. Jusqu'à récemment, Rothsay exploitait aussi une usine d'équarrissage sur les rives du lac, dans le centre de Toronto («Rothsay (Toronto)»). Le 26 juillet 1988, la propriété en question a été expropriée par la ville de Toronto. L'usine a ultimement fermé ses portes le 30 novembre 1990, après que Rothsay eut transféré ses activités de Toronto dans l'usine de Orenco, à Dundas, ainsi qu'ailleurs.

L'interaction de l'expropriation et du fusionnement est un élément qui complique de façon majeure la présente affaire. Les défenderesses soutiennent

que le fusionnement a entraîné des gains en efficacité importants. Le demandeur prétend que le transfert des activités de Rothsay (Toronto) dans l'usine de Orenco et ailleurs ne s'est pas fait dans le contexte d'une rationalisation résultant du fusionnement, mais qu'il est plutôt une conséquence à l'avis d'expropriation transmis à Rothsay (Toronto). Le transfert en question a eu lieu avant que le directeur dépose sa demande, le 15 février 1991, en vue d'obtenir le dessaisissement des activités de Orenco. Donc, quand l'ordonnance provisoire exigeant que les deux entreprises restent séparées a été obtenue, l'intégration de Rothsay (Toronto) et de Orenco était commencée depuis un certain temps. Un autre point important à prendre en considération, en l'espèce, est le rétrécissement de l'industrie de l'équarrissage de la viande rouge. Les défenderesses affirment que l'industrie est à la baisse, alors que le demandeur affirme qu'elle est stable.

II. L'INDUSTRIE DE L'ÉQUARRISSAGE

L'équarrissage comprend la transformation des restes du bétail (par exemple, les bovins et les porcins) et de la volaille qui sont impropres à la consommation. Les abattoirs, les usines de conditionnement de la viande, les usines de transformation de la volaille, les épiceries et les boucheries sont les principales sources d'approvisionnement en matières équarrissables. Celles-ci comprennent : les matières fraîches des établissements de conditionnement (comme les têtes, les pieds, les viscères, les os, le gras et le sang de bœuf et de porc); les matières comme le gras et les os enlevés lors de la préparation des

morceaux destinés au commerce de détail; et les matières de volaille, y compris les viscères et les plumes. Les matières équarrissables proviennent aussi des cadavres d'animaux morts ou abattus en dehors du processus d'abattage². Ces animaux peuvent être morts d'une maladie ou par suite d'un accident à la ferme ou pendant leur transport à l'abattoir.

La quantité de matières équarrissables dépend du nombre d'animaux (bovins, porcins et volaille) qui sont abattus dans la région du marché desservie par l'équarrisseur. Et le nombre d'animaux abattus varie suivant la demande des consommateurs en produits de bœuf, de porc et de volaille. Les abattoirs doivent obligatoirement faire enlever toutes les matières équarrissables recueillies au cours d'une journée avant de commencer les opérations du lendemain. La valeur des matières équarrissables comparativement à celle des bovins ou des porcins est insignifiante³. Donc, l'offre de matières équarrissables ne dépend pas du prix que l'équarrisseur paie pour elles. Elle est essentiellement inélastique par rapport au prix.

Il existe deux types d'équarrisseurs. L'un d'eux est «l'équarrisseur intégré», qui transforme les matières produites par suite des activités d'abattage, de conditionnement ou de transformation des établissements affiliés dans une entreprise intégrée verticalement (matières captives). L'autre est «l'équarrisseur

² Souvent désignés dans la preuve par les termes «*fallen animals*» (animaux invalides).

³ Le ratio de la valeur des matières équarrissables exprimé en pourcentage du prix d'une carcasse, en juin 1991, était estimé à 1,15 % pour le boeuf et à 0,38 % pour le porc.

non intégré», qui ramasse et transforme des matières équarrissables obtenues de fournisseurs qui ne sont pas affiliés à lui (matières non captives). Les équarrisseurs intégrés peuvent aussi transformer ou ne pas transformer des matières équarrissables non captives. Orenco et Rothsay sont deux équarrisseurs intégrés qui transforment aussi des matières non captives.

Les matières non captives sont ramassées dans des camions spécialement équipés. L'équarrisseur les achète des fournisseurs ou encore facture à ces derniers le ramassage. La formule choisie dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment du genre de matières équarrissables, du volume en question et des coûts de transport et de transformation. Les cadavres d'animaux sont souvent ramassés à la ferme par des ramasseurs spécialisés plutôt que directement par l'équarrisseur. Les ramasseurs enlèvent la peau aux fins de tannage et désossent les carcasses pour en tirer de la viande destinée aux aliments pour animaux familiers. Ensuite, ils livrent le reste des carcasses à l'usine d'équarrissage, ou l'équarrisseur les prend à l'usine de traitement des cadavres d'animaux.

À l'usine d'équarrissage, les matières qui ont été ramassées sont classées, triées et déposées dans des puits de réception. Elles sont ensuite transformées dans un cuiseur d'équarrissage en lot ou en continu. Il s'agit notamment de les cuire dans un autocuiseur et de les faire passer dans une presse. Le sang peut être équarri avec d'autres sous-produits de viande rouge ou encore

seul. Les plumes de volaille sont transformées séparément au moyen d'un équipement spécialisé (un appareil à hydrolyser).

Deux produits découlent du processus d'équarrissage : le suif et la farine protéagineuse. Le suif est utilisé dans la fabrication des savons, des aliments pour bétail, des cosmétiques, des peintures et des caoutchoucs ainsi que dans une variété d'autres produits industriels et de consommation. On en produit plusieurs catégories (par exemple, *top white*, *bleachable fancy*, suif spécial, graisse jaune, suif destiné aux aliments pour animaux familiers). La catégorie ou la qualité dépend du genre de matières équarrissables dont le suif provient. C'est le suif de boeuf qui est de la meilleure qualité. Il est blanc et a un point de fusion (*titre point*) élevé comparativement aux autres genres de suif. Le suif de volaille, par contre, est jaune et a un point de fusion moins élevé. Le suif de porc est de qualité intermédiaire.

La farine produite au cours de l'équarrissage est utilisée principalement dans les aliments pour bétail, les engrais et les aliments pour animaux familiers. Elle comprend aussi des catégories diverses suivant sa teneur en protéines. C'est la farine de sang qui est de la meilleure qualité. Et celle qui provient de matières de volaille est d'une qualité supérieure à celle qui est tirée de matières de viande rouge.

Le suif et les farines font concurrence à des produits comme l'huile de coco, l'huile de palme, l'huile de soja et la farine de soja, qui se vendent sur les marchés de produits de base. Les prix auxquels les produits découlant du processus d'équarrissage peuvent être vendus sont donc déterminés par le marché international. Un bulletin hebdomadaire est publié en Ontario par une maison de courtage qui s'appelle Eastern Packinghouse Brokers Ltd. Celle-ci dresse la liste des prix courants au moins pour certaines des catégories de suif et de farine protéagineuse. La farine y figure sous le nom de *Unground Dried Rendered Tankage (U.D.R.T.)*, le prix variant selon le contenu en protéines. Donc, pour les produits en question, l'équarrisseur ne fixe pas les prix lui-même.

III. EXPROPRIATION PUIS FUSIONNEMENT

Le 26 juillet 1988, la ville de Toronto a émis un avis d'expropriation qui transférait à la corporation de la ville de Toronto la propriété du terrain où l'usine de Rothsay (Toronto)⁴ était située. Elle avisait Rothsay qu'elle tenait à prendre possession dudit terrain le 1^{er} novembre 1988.

Rothsay a alors négocié avec la ville en vue d'obtenir une prorogation de délai pour lui permettre de trouver d'autres locaux d'où exploiter son entreprise. Elle n'a pas évacué les lieux le 1^{er} novembre 1988 et a finalement signé un bail avec la ville le 19 décembre 1989. Ce bail portait sur la période

⁴ La Société Les Moulins Maple Leaf Limitée était la personne morale qui détenait le titre de propriété du terrain exproprié.

allant du 1^{er} novembre 1988 au 30 juin 1990. Une clause qui aurait obligé Rothsay à renoncer à tout droit de requête, à la fin du bail, en vue de différer la prise de possession par la ville a été expressément retranchée du bail.

Rothsay a pris des renseignements sur les emplacements où elle aurait pu éventuellement réinstaller son usine de Toronto. Elle a déterminé que la région du port de Hamilton était la plus intéressante. Elle a donc commencé à négocier avec la Commission du havre de Hamilton et a trouvé des emplacements convenables. La Commission était disposée à accepter Rothsay comme locataire. Malheureusement, elle a tardé à acquérir la propriété requise pour la réinstallation. Rothsay a aussi commencé à étudier la possibilité d'agrandir son usine de Moorefield pour y recevoir les matières qui auraient été traitées à l'usine de Toronto.

En mars 1990, Rothsay attendait toujours la proposition de la Commission du havre de Hamilton. Elle a alors décidé à titre de solution de rechange d'accélérer l'agrandissement de son usine de Moorefield. Or, tout agrandissement de cette usine exigeait l'approbation du ministère provincial de l'Environnement, ce qui supposait la tenue d'une réunion publique où serait expliquée et discutée la proposition. Rothsay croyait pouvoir obtenir ladite approbation avant le 31 décembre 1990 et terminer les agrandissements neuf à douze mois plus tard. Elle a donc demandé à la ville de Toronto de proroger son

bail jusqu'au 31 décembre 1991⁵. La ville a accepté de proroger le bail jusqu'au 31 août 1990, indiquant qu'elle étudierait toute prorogation ultérieure après discussion avec ses conseillers en affaires. Elle a ensuite accordé une autre prorogation jusqu'au 30 septembre 1990, parce que lesdits conseillers n'étaient pas libres en juillet et en août.

Le 29 mai 1990, un représentant de Rothsay a pris contact avec Orenco afin de voir si cette dernière pouvait transformer les matières équarrissables de Rothsay (Toronto). Il est clair que l'éventualité de l'acquisition de Canada Packers Inc. par Hilldown était connue. On a essayé de prétendre que cette réunion avait pour objet principal d'évaluer Pat Jones, qui était directeur général de Orenco, afin de déterminer s'il pouvait s'intégrer dans l'organisation de Rothsay après le fusionnement, le cas échéant. Cette explication n'est pas plausible. En effet, il ressort clairement des notes de Joseph F. Kosalle, vice-président des Finances, Groupe agro-alimentaire de Les Aliments Maple Leaf Inc., relativement à la rencontre que celle-ci avait pour objet principal de trouver une solution pour équarrir les matières de Rothsay (Toronto). L'évaluation de M. Jones en tant qu'employé éventuel n'était pas prévue au départ.

Il ressort clairement de la preuve documentaire que, pendant la seconde moitié de l'exercice de 1990, Orenco envisageait de moderniser certains éléments de son matériel d'équarrissage. Le matériel dont elle disposait était vieux

⁵ Preuves documentaires sélectionnées par le demandeur, vol. 1, onglet 19 à la p. 43 (Pièce A-7); vol. 2, onglet 185 à la p. 2 (Pièce A-8).

et la société fonctionnait à pleine capacité ou même au-dessus de sa capacité⁶. Orenco manquait de temps pour procéder à l'entretien préventif et, quand il y avait des pannes, elle se défendait mal contre les pertes qui en découlaient. L'agrandissement projeté comportait, entre autres, l'installation d'un appareil à hydrolyser devant permettre à Orenco de transformer les plumes de volaille.

M. Jones a indiqué à Rothsay que Orenco était prête à transformer les matières de son usine de Toronto, «qu'il y ait fusionnement ou non». Le 29 mai 1990, Orenco estimait qu'il lui faudrait six mois pour mettre en service les pièces d'équipement nécessaires à l'équarrissage des matières de viande rouge supplémentaires et que, si elle employait certaines pièces d'équipement de l'usine de Rothsay à Toronto, ce délai serait encore plus court. Donc, si la ville l'avait enjointe de quitter la région du port de Toronto avant qu'elle n'ait pu construire une nouvelle usine à Hamilton ou agrandir celle de Moorefield, Rothsay aurait toujours pu entre-temps faire transformer les matières de son usine de Toronto par Orenco. Il est clair que les contrats de sous-traitance entre équarrisseurs ne sont pas rares dans cette industrie.

En juin 1990, Rothsay a soumis au ministère de l'Environnement des rapports sur les préoccupations écologiques (pollution de l'eau, atténuation des odeurs) ayant trait à l'agrandissement projeté de l'usine de Moorefield. Le ministère a finalement communiqué son approbation des plans en novembre 1990,

⁶ Cahier conjoint des preuves documentaires, vol. 15B, onglet 56 aux pp. 9, 11, 50 (Pièce JB-15B).

ou même avant, et s'est dit en faveur du projet. L'audience publique, qui était nécessaire pour que l'approbation finale puisse être donnée, n'a jamais eu lieu puisque, avant le 30 novembre 1990, Rothsay avait déjà transféré à Orenco une partie importante de ses matières de Toronto et avait renoncé à ce qui était à ce moment-là son bail au mois avec la ville.

Après le fusionnement et l'abandon de l'usine de Toronto, il y a eu une réorganisation des activités de ramassage et de transformation des matières équarrissables. En conséquence, les matières équarrissables à l'est d'Oshawa, qui étaient ramassées auparavant par Orenco et par Rothsay (Toronto), étaient dès lors ramassées par l'usine d'équarrissage que Rothsay possède près de Montréal, soit Laurengo, et transformées dans cette usine. Avant le fusionnement, Rothsay (Laurengo) perdait de l'argent en raison des faibles quantités de matières qu'elle recevait⁷. Oshawa est à environ 270 milles de Montréal. Certaines matières qui, auparavant, étaient transformées par Rothsay (Moorefield) ont été envoyées à Orenco. Rothsay (Moorefield) a donc pu absorber le tiers des matières équarrissables restantes de Rothsay (Toronto), et Orenco les deux autres tiers.

⁷ Le transfert d'environ 150 000 livres (68 tonnes métriques) par semaine n'a pas sensiblement amélioré la situation financière de Laurengo parce que les quantités de matières ont continué à diminuer. (Transcription à la p. 703 (3 décembre 1991)).

IV. DÉFINITION DU MARCHÉ

Afin de déterminer les effets vraisemblables de tout fusionnement ou de toute acquisition, il faut d'abord déterminer les limites territoriales du marché *pertinent*. Un marché *pertinent* est le produit ou le service à l'égard duquel il y aura vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Une fois le marché *pertinent* défini, on peut procéder à l'évaluation des effets vraisemblables que le fusionnement ou l'acquisition aura sur ce marché. Toutefois, les limites territoriales du marché ne sont pas statiques. Elles s'étendent ou se resserrent selon les prix. Pour illustrer le phénomène, on peut penser à une série de régions concentriques dont les rayons s'allongent à mesure que les prix s'élèvent. La définition même des limites du marché suppose donc une évaluation de la puissance commerciale que la firme fusionnée exerce ou qu'elle exercera vraisemblablement. Bien que les divers éléments à prendre en considération quand on étudie les effets d'un fusionnement (d'abord les limites du marché, ensuite la mesure dans laquelle il est vraisemblable que se produise une diminution sensible de la concurrence), soient examinés plus loin d'une façon linéaire, il ne faudrait pas oublier l'aspect non linéaire de l'analyse⁸.

⁸ H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Minn., West, 1985 à la p. 58 :

[TRADUCTION]

La corrélation entre la part du marché et la puissance commerciale peut être exprimée avec exactitude dans une formule. Toutefois, la formule contient *trois* variables pertinentes : la part du marché, l'élasticité de la demande dans le marché et l'élasticité de l'offre des firmes concurrentes et marginales. Si les deux variables concernant l'élasticité restent constantes, alors la puissance commerciale serait proportionnelle à la part du marché. Toutefois, dans la réalité, l'élasticité du marché varie grandement d'un marché à l'autre. Donc, pour estimer la puissance commerciale d'une firme, nous devons recueillir certains renseignements non seulement sur sa part du marché, mais aussi sur les conditions de l'offre et de la demande auxquelles elle est soumise.

Il est utile de se reporter à l'explication de la notion de marché *pertinent* présentée dans la monographie *Horizontal Mergers: Law and Policy* :

[TRADUCTION]

Aux fins de déterminer s'il est vraisemblable qu'un fusionnement donne la puissance commerciale à une firme ou augmente la puissance d'une firme (qui était seule), la définition du marché a été qualifiée de «schéma analytique nous permettant de compenser notre incapacité à mesurer directement la puissance commerciale». Areeda et Turner expliquent :

La définition du marché ne devient cruciale que lorsqu'il n'y a pas d'autres faits établissant plus directement et avec une exactitude raisonnable l'existence et le degré de la puissance commerciale. On n'aurait jamais besoin de définir le marché si, pour une firme donnée, on pouvait établir avec exactitude les courbes des coûts et de la demande -- les quantités qui pourraient être vendues à divers prix et leurs coûts de production. Ces renseignements établiraient directement à la fois l'existence d'une puissance commerciale et l'ampleur des profits monopolistiques possibles. La courbe de la demande ferait état de la présence de substituts, sans qu'il soit nécessaire de les préciser ni de déterminer leur proximité.

Parce qu'il est extraordinairement difficile de mesurer directement la puissance commerciale d'une firme, une méthode de mesure indirecte en deux étapes a été élaborée : il s'agit d'abord de définir le marché pertinent, puis de déterminer la puissance commerciale dans ce marché, au moyen de facteurs tels que les parts du marché et d'autres facteurs⁹. [renvois omis]

L'identification du marché pertinent dans lequel on prétend qu'une diminution sensible de la concurrence se produira vraisemblablement est normalement évaluée à partir de deux points de vue : le produit (ou les produits) à l'égard duquel une firme fusionnée seule ou de concert avec d'autres pourra vraisemblablement exercer une puissance commerciale, et la région géographique

⁹ ABA Antitrust Section, monographie n° 12 (1986) aux pp. 62-63.

dans laquelle cette puissance sera vraisemblablement exercée¹⁰. Dans les ouvrages juridiques et économiques ayant trait au droit de la concurrence, le terme «produit» est employé dans le sens d'extrant (produit ou service) que le producteur (le vendeur) fournit au consommateur (l'acheteur). L'emploi de ce terme n'exclut donc pas les services¹¹.

A. Dimension produit (marché du produit)

Théoriquement, en l'espèce, on peut penser que le produit en cause est en fait les matières équarrissables que les équarrisseurs obtiennent des fournisseurs, ou bien les services que les équarrisseurs fournissent aux abattoirs, aux usines de transformation de la viande, aux épiceries, etc. Si on retient la première définition, alors l'analyse en ce qui concerne la concurrence sera axée sur le pouvoir de monopsonne que les équarrisseurs pourraient exercer en tant qu'acheteurs des matières premières. Si on retient la seconde, alors l'analyse sera concentrée sur la puissance commerciale que les équarrisseurs pourraient exercer en tant que vendeurs des services d'équarrissage. Ces deux définitions n'entraînent aucune différence notable. Le Tribunal accepte que la deuxième définition de «produit» (c'est-à-dire, la vente de services d'équarrissage) est plus commode, parce qu'elle évite les difficultés engendrées du fait que, parfois, l'équarrisseur

¹⁰ *Ibid.* aux pp. 59-61 pour une discussion des marchés pertinents.

¹¹ Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la concurrence* prévoit expressément qu'aux fins de la Loi, le terme «produit» comprend un article et un service.

achète les matières équarrissables et, parfois, il se fait payer pour en effectuer le ramassage.

Pour déterminer la dimension produit du marché, la première étape consiste à identifier le produit (ou les produits) pour lequel, avant le fusionnement, les deux firmes étaient en concurrence. La seconde étape consiste à déterminer s'il existe pour ce produit des substituts proches vers lesquels les consommateurs pourraient facilement se tourner si les prix montaient (indication de l'élasticité de la demande). Si deux produits semblent être des substituts proches quand ils sont vendus tous deux au prix marginal, alors ils devraient être inclus dans le même marché du produit.

Au moment de l'acquisition, Rothsay (Moorefield) équarrissait des sous-produits de viande rouge, du sang, des cadavres d'animaux, des viscères et des plumes de volaille. Orenco équarrissait des sous-produits de viande rouge, du sang, des cadavres d'animaux et de la graisse, mais pas des viscères et ni des plumes de volaille. Rothsay (Toronto) équarrissait les mêmes genres de matières que Orenco.

La graisse équarrie par Rothsay (Toronto) et Orenco est en général de la «graisse de restaurant» ayant servi à faire frire certains aliments. Bien que ces deux firmes transforment la graisse, elles la transforment différemment des autres matières équarrissables utilisant en général un équipement différent, et elles

la ramassent séparément. Rothsay (Moorefield) n'équarrit pas de graisse. Peu d'éléments de preuve ont été présentés relativement à la graisse et aux effets que le fusionnement a eus sur la concurrence dans ce secteur de l'industrie. Donc, il n'a pas été démontré que la graisse devrait être incluse dans le marché du produit pertinent.

Le directeur n'a pas proposé d'inclure les viscères et les plumes de volaille dans le marché pertinent. Orenco ne transformait pas ces matières avant le fusionnement. Elle ne possédait pas l'équipement voulu pour transformer les plumes de volaille. Il ne faut aucun équipement spécial pour équarrire les viscères de volaille. Bien que certains documents indiquent qu'avant le fusionnement, Orenco projetait d'acheter l'équipement lui permettant de transformer les plumes de volaille, le directeur n'a pas laissé entendre que, pour les producteurs de cette matière, le fusionnement aboutirait à une diminution sensible de la concurrence relativement aux services d'équarrissage.

Avant l'acquisition, environ 30 % des matières équarries par Orenco provenaient de filiales de Canada Packers Inc. Les 70 % restants étaient obtenus auprès de sources non captives. Environ 14 % des matières équarries par Rothsay provenaient de filiales de Les Moulins Maple Leaf Limitée. Les 86 % restants étaient obtenus auprès de sources non captives. Les parties conviennent que les matières captives ne sont pas incluses dans la dimension produit du marché pertinent.

Il existe manifestement peu de «substituts de produits», c'est-à-dire que le consommateur de services d'équarrissage dispose de peu de produits de remplacement (l'élasticité de la demande est faible). Certains cadavres d'animaux pourraient vraisemblablement être enterrés, mais il ne s'agit pas là d'une option viable pour un volume important de matières équarrissables¹². En effet, les règlements applicables interdisent souvent que les matières équarrissables soient éliminées dans les lieux d'enfouissement et, tel que mentionné précédemment, les abattoirs exigent que ces matières soient enlevées tous les jours.

Bien que, du point de vue théorique, il semblerait que l'élasticité de l'offre relativement à la dimension produit du marché doive aussi être incluse dans la définition du marché, ce facteur entre souvent en ligne de compte lorsqu'on cherche à déterminer si le fusionnement entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence dans le marché pertinent. L'élasticité de l'offre serait élevée et la puissance commerciale ne serait donc vraisemblablement pas importante si d'autres firmes pouvaient réagir immédiatement à une hausse de prix en inondant le marché du produit pertinent, soit parce qu'elles ont une capacité excédentaire, soit parce qu'elles peuvent facilement se mettre à produire ledit produit. Ces facteurs seront examinés quand on déterminera s'il est vraisemblable qu'il y ait une diminution sensible de la concurrence¹³.

¹² Ronald L. Dancy a déclaré dans son témoignage que, quand Orenco a commencé à se faire payer sept cents la livre pour ramasser le sang, au lieu de le faire gratuitement, sa société, Morrison's Meat Packers Limited, s'est mise à acheminer le sang dans un camion-citerne pour qu'il soit ensuite pompé comme déchet. (Transcription aux pp. 130, 158 (26 novembre 1991)).

¹³ Une discussion sur les trois manières de traiter la substitution de l'offre (c.-à-d. quand on définit le marché, quand on détermine les parts du marché et quand on évalue l'importance des chiffres sur ces parts) se

Le Tribunal est d'accord avec le directeur quand celui-ci affirme que la dimension produit du marché pertinent est la fourniture de services d'équarrissage pour les matières de viande rouge non captives, y compris les cadavres d'animaux et le sang.

B. Dimension géographique (marché géographique)

On détermine la dimension géographique du marché pertinent de façon semblable à la dimension du produit. Il s'agit de se demander s'il existe une région géographique dans laquelle la firme fusionnée, que ce soit seule ou avec d'autres, est susceptible d'exercer une puissance commerciale. Il faut donc délimiter une région où elle aura un avantage, fondé sur des considérations d'ordre géographique, par rapport aux firmes qui ne sont pas dans la région. Cet avantage provient souvent de coûts de transport, mais il peut aussi y avoir d'autres facteurs pertinents, comme des différences entre les deux régions quant au coût de la main-d'oeuvre ou des restrictions et règlements gouvernementaux¹⁴.

Pour déterminer des limites géographiques, il faut établir s'il y a, dans la prétendue région, un nombre important de consommateurs prêts à se tourner vers des fournisseurs se trouvant à l'extérieur de cette région pour obtenir,

trouve dans G.J. Werden, «Market Delineation and the Justice Department's Merger Guidelines» [1983] Duke L.J. 514 aux pp. 518-20.

¹⁴ Selon la jurisprudence aux États-Unis, la définition de la dimension géographique du marché pertinent est établie à partir de critères tels que : la région dans laquelle «[TRADUCTION] les effets du fusionnement sur la concurrence seront directs et immédiats» ou «[TRADUCTION] la région dans laquelle la firme acquise est réellement une concurrente directe». (*United States v. Marine Bancorporation*, 418 U.S. 602 aux pp. 619, 622 (1973)).

en l'espèce, des services d'équarrissage, et s'il y a, à l'extérieur des limites territoriales proposées, des fournisseurs qui pourraient fournir des services d'équarrissage aux consommateurs dans cette région en tant que concurrents réels à la firme fusionnée (indicateurs de l'élasticité de la demande et de l'élasticité de l'offre respectivement). Il est clair que ce changement ou cette possibilité de substitution a plus de chances de se concrétiser en bordure des limites géographiques définies, à mesure que la distance entre le consommateur des services d'équarrissage et l'usine fusionnée augmente, à condition qu'il y ait un autre fournisseur de services d'équarrissage dans le voisinage. Manifestement, il y a chevauchement des limites géographiques des marchés adjacents et elles ne sont ni statiques ni précises. Comme dans le cas de la dimension du marché du produit, le profil (ou les profils) de concurrence actuel ou celui qui existait avant le fusionnement constituent un point de départ utile pour définir les limites géographiques.

La dimension géographique du marché visé en l'espèce sera examinée en fonction de trois facteurs : la distance, les frontières et les préférences des consommateurs.

1) Distance

Le directeur est d'avis que les observations qui lui ont été présentées au nom des défenderesses décrivent avec exactitude les distances à appliquer pour déterminer la dimension géographique du marché pertinent :

[TRADUCTION]

Le territoire de ramassage courant d'un équarrisseur constitue un bon indicateur du marché géographique pertinent. En général, la distance qu'il parcourt pour ramasser des matières premières est directement liée à la valeur des matières disponibles. Or, il y a trois facteurs qui influent sur la valeur des matières premières et, en conséquence, qui délimitent la région géographique dans laquelle un équarrisseur peut effectivement ramasser des matières premières : le genre de matières disponibles, le caractère périssable de ces matières et le coût de ramassage.

[...]

Les effets combinés de ces facteurs fixent la distance à partir de l'usine d'équarrissage, que l'équarrisseur parcourra pour obtenir des matières premières. Le besoin de conserver la fraîcheur des produits détermine la distance maximum pour le ramassage. En général, on ne peut pas transporter les matières sur plus de quelques centaines de milles afin de conserver la fraîcheur des produits. En raison des coûts de transport, un équarrisseur ne parcourra une aussi longue distance que pour un gros volume de matières de qualité supérieure. Pour de petits volumes, la distance maximum pourrait n'être que de 75 à 100 milles.

[...]

Si on se base sur un rayon de ramassage maximum de 300 milles à partir d'une usine, le seul chevauchement possible des territoires de ramassage entre Rothsay Rendering et CP se situe dans le sud de l'Ontario. (En fait, la distance de ramassage maximum pourrait être beaucoup plus courte pour différents genres de sous-produits.) En conséquence, dans ces observations, nous n'examinerons que les effets du fusionnement en Ontario.

Dans le sud de l'Ontario, Rothsay a deux usines : une à Toronto et une autre, plus grande, à Moorefield, soit au nord de Kitchener-Waterloo. L'usine de Orenco est située à Dundas, juste à l'ouest de Hamilton. Tant pour Rothsay que pour Orenco, le territoire de ramassage le plus important pour la plupart des sous-produits est borné par Windsor à l'ouest, par Kingston à l'est, par Owen Sound au nord et par le nord de l'État de New York au sud. Orenco a une société de ramassage appelée Liberty Reductions qui prend les matières premières dans la région de Buffalo et les lui livre.

En ce qui concerne Orenco, à Dundas (Ontario) il est à environ 193 milles de Windsor, à 169 milles de Owen Sound et à 204 milles de Kingston. Donc, la limite de 200 milles est une mesure raisonnablement exacte de la distance qu'un équarrisseur du sud de l'Ontario parcourt en réalité pour le ramassage. Quant à la limite sud du territoire desservi par Orenco, il s'agit de Rochester (État de New York) qui est à environ 155 milles. Néanmoins, Orenco se rend jusqu'à Sault

Ste. Marie (près de 400 milles) pour ramasser des matières à rendement élevé, mais il est inhabituel qu'on fasse appel à ses services d'une telle distance.

Donc, nous sommes d'avis que le marché géographique pertinent est la région qui se situe dans un rayon de 200 milles des usines de Rothsay et de Orenco. Cette région comprend au moins le sud de l'Ontario, le nord de l'État de New York (le secteur borné par Rochester à l'est et par Jameston au sud) et le sud-est de l'État du Michigan (Port Huron, Detroit et les environs)¹⁵.

[...]

Étant donné le rapport valeur-poids peu élevé dans le cas des matières premières et que ces matières sont périssables, le coût de ramassage est relativement élevé comparativement à la valeur du produit fini. Un équarrisseur ne ramassera des matières premières que lorsqu'il est économique de le faire. Plusieurs facteurs déterminent si la chose est économique dans un cas donné, à savoir le genre de matières disponibles, le volume et la distance à parcourir. Bien qu'il ne soit pas possible d'établir une distance économique maximum fixe, pour les raisons que nous avons déjà exposées, il est valable de prendre comme point de référence un rayon de 200 milles (environ 320 kilomètres)¹⁶.

En dépit de ces observations initiales, les défenderesses ont présenté des éléments de preuve pour démontrer que certains équarrisseurs peuvent parcourir et parcourent effectivement plus de 200 milles pour ramasser des matières équarrissables. Elles ont mentionné notamment que Baker Commodities Inc. («Baker») avait une usine à Lowell (État du Massachusetts)¹⁷ et ramassait des matières de viande rouge à 500 milles de là. Toutefois, la majeure partie des matières qu'elle traite sont ramassées dans un rayon de 350 milles de l'usine. Dans le ramassage des matières, on utilise aussi des stations de transfert. Il

¹⁵ Preuves documentaires sélectionnées par le demandeur, vol. 1, onglet 6 aux pp. 5-7 (Pièce A-7).

¹⁶ *Ibid.*, onglet 13 à la p. 4.

¹⁷ Plus exactement à Tewksbury (Mass.).

s'agit de grands conteneurs dans lesquels les matières ramassées localement sont déversées, afin que seules des remorques ayant un plein chargement roulent sur de longues distances. Dans cette industrie, les coûts de transport sont un facteur important¹⁸.

Lomex Inc. («Lomex»), appelée également «Couture», a commencé tout récemment à ramasser, à Toronto, des matières de viande rouge destinées à son usine de Montréal, qui se trouve à plus de 300 milles. On prétend qu'elle essaie d'installer une station de transfert en dehors de Toronto, mais elle ne l'a pas encore fait. On a aussi présenté la preuve selon laquelle Phil's Recycling¹⁹, ramasseur (principalement de cadavres d'animaux) qui a de faibles frais généraux et un personnel non syndiqué, a déjà transporté des matières sur une distance allant jusqu'à 600 milles et en transporte régulièrement sur une distance de 400 milles, de Toronto à Montréal, tout en faisant du profit.

¹⁸ Fred D. Bisplinghoff, parlant des marchés nord-américains en général, déclare dans son affidavit d'expert :

[TRADUCTION]

Normalement, les équarisseurs ne peuvent ramasser les matières premières de façon économique que dans un rayon de 75 milles de l'usine. Il y a un point où le rendement diminue à cause des heures supplémentaires, de la détérioration des matières premières et d'un manque de temps pour entretenir les camions. Ces conditions les ont amenés à construire des stations réceptrices qui peuvent se trouver dans un rayon de 125 à 150 milles environ des usines. À partir de ces installations, de deux à quatre camions peuvent être mis en service, déverser leurs chargements dans une semi-remorque ouvrante qui peut être tirée par un véhicule tracteur jusqu'à l'usine. Cette façon de procéder permet à l'équarisseur de desservir une région située à environ 200 à 250 milles de l'usine, mais elle augmente sensiblement les coûts de camionnage, car il faut ajouter les coûts de la station et les coûts de rechargement aux frais de transport. Tout ceci augmente sensiblement le coût de transport total, mais cette façon constitue une solution économique qui peut éviter aux équarisseurs d'avoir à exploiter plusieurs usines qui ne fonctionneraient même pas à mi-capacité. (Affidavit du témoin expert, Fred D. Bisplinghoff, aux pp. 7-8 (Pièce R-8)).

¹⁹ Qui s'appelait jusqu'à récemment Phil's Rendering Service Inc.

Le Tribunal hésite à accorder beaucoup d'importance aux activités de Baker à l'extérieur de Lowell (Massachusetts), parce qu'elles se rattachent à une autre zone de marché. La dimension géographique du marché pertinent doit être déterminée en fonction des facteurs économiques qui existent dans la région pertinente. Donc, la preuve selon laquelle Baker fait des affaires en dehors du Massachusetts, et au Québec, est d'une utilité limitée. L'avocat déclare que cette preuve n'a été avancée que pour démontrer qu'il est matériellement possible, dans certaines circonstances, de faire du ramassage à de pareilles distances, et le Tribunal l'accepte à cette fin.

Quant à Lomex, elle ramasse deux pleins camions dans deux assez gros abattoirs, activité qui est très récente²⁰. Le Tribunal a entendu le témoignage d'un participant de l'industrie qui est d'avis que Lomex est en train d'essayer d'«acheter» son entrée dans le marché de Toronto. Ses activités rappellent davantage une *initiative*²¹ d'entrée dans le marché qu'elles ne constituent la preuve de l'établissement d'un concurrent viable dans le marché pertinent.

Phil's Recycling, qui fait des affaires à partir de Peterborough (Ontario), est unique en son genre et quelque peu spécialisée. La rentabilité de ses opérations de ramassage et de livraison provient en partie du fait qu'elle ramène

²⁰ Bien que la date où cette activité a commencé ne soit pas tout à fait claire, la preuve indique qu'elle se situe probablement pendant l'été de 1991.

²¹ La notion d'«entrée» dans le marché est définie dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, (20 janvier 1992), CT-91/2, Motifs de l'ordonnance (Tribunal de la concurrence) à la p. 90.

d'autres produits (par exemple, elle transporte pour le marché de Toronto du bois de chauffage en provenance du Québec, ou de la pierre blanche en provenance de Perth). Qui plus est, Phil's Recycling n'est pas un équarrisseur. Ce n'est pas cette entreprise qui doit être évaluée en tant que concurrente réelle de la firme fusionnée, mais bien les équarrisseurs à qui elle vend. Elle vend à des équarrisseurs situés dans le sud de l'Ontario et dans le Québec. Elle ramasse environ de 100 à 150 tonnes métriques par semaine et elle en vend environ la moitié à des équarrisseurs du Québec. Ses activités ont un caractère périphérique.

Il est clair que les équarrisseurs se trouvant à plus de 200 milles n'ont pas fait, et ne font toujours pas, une concurrence bien dynamique et réelle à Rothsay (Moorefield) et à Orenco. Il est particulièrement significatif que Rothsay (Toronto), quand elle a reçu un avis d'expropriation, n'ait pas choisi d'envoyer les matières de l'usine de Toronto (c'est-à-dire celles ramassées à l'ouest d'Oshawa) à Rothsay (Laurengo), près de Montréal, en dépit du fait que cette usine traitait, et continue de traiter, de faibles quantités de matières.

2) Frontières

Outre la distance limite de 200 milles, le directeur soutient que les frontières tant provinciales que internationales constituent des limites territoriales à la dimension géographique du marché pertinent. Cette affirmation sera examinée à partir de deux points de vue : les restrictions imposées par les États-

Unis pour l'importation de matières équarrissables et la législation canadienne, fédérale et provinciale, relative à la manutention et à l'élimination de ces matières.

Pour ce qui est des restrictions imposées par les États-Unis, la pratique du département américain de l'Agriculture (l'«USDA») concernant l'importation de matières équarrissables en provenance du Canada serait exposée dans une lettre adressée par Robert Melland à l'avocat des défenderesses. M. Melland y indique ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les produits d'animaux provenant d'un abattoir agréé au Canada, qui sont accompagnés d'un certificat sanitaire d'origine délivré par le gouvernement du Canada, ne sont frappés d'aucune restriction aux États-Unis.

Les produits d'animaux qui ne proviennent pas d'un abattoir agréé au Canada et pour lesquels l'exportateur est incapable d'obtenir un certificat du gouvernement attestant leur origine doivent être expédiés directement du port d'entrée, sous le sceau de l'USDA, à une usine d'équarrissage agréée aux États-Unis.

Il y a plusieurs usines d'équarrissage agréées par l'USDA, qui sont autorisées à recevoir des produits d'animaux d'origine canadienne²².

L'avocat du directeur s'est opposé à cette preuve parce qu'elle n'a pas été présentée par un témoin et qu'elle ne pouvait donc pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire²³. Le Tribunal reconnaît qu'il y a eu vice de forme.

²² Lettre en date du 25 novembre 1991, adressée par Robert Melland, administrateur, United States Department of Agriculture, à J.D. Kendry (Pièce R-6).

²³ Surtout parce que les défenderesses avaient refusé de permettre au directeur d'invoquer des pages du manuel pertinent de l'USDA, sans appeler un témoin pour faire confirmer la procédure qui y est exposée.

La législation fédérale canadienne comprend la *Loi sur l'inspection des viandes*²⁴ et le règlement promulgué en application de cette Loi. Voici le libellé des articles 7 et 8 de la Loi :

7. Il est interdit à quiconque d'exporter un produit de viande [y compris la carcasse d'un animal ou un produit ou un sous-produit d'une carcasse], sauf si, à la fois :

- a) le produit de viande a été préparé ou entreposé dans un établissement agréé exploité conformément à la présente loi et à ses règlements;
- b) il fournit à l'inspecteur la preuve, convaincante pour le ministre, que le produit de viande est conforme aux normes du pays destinataire;
- c) il reçoit de l'inspecteur un certificat autorisant l'exportation du produit de viande.

8. Il est interdit d'expédier ou de transporter un produit de viande d'une province à une autre, sauf si le produit de viande, à la fois:

- a) a été préparé ou entreposé dans un établissement agréé exploité conformément à la présente loi et à ses règlements; [...]²⁵ [soulignement ajouté]

²⁴ L.R.C. (1985) (1^{er} supp.), ch. 25, telle que modifiée.

²⁵ Il y a aussi des restrictions pour l'importation des produits de viande. L'article 9 prévoit ce qui suit :

9.(1) Il est interdit à quiconque d'importer un produit de viande, sauf si, à la fois :

- a) le pays d'origine et, le cas échéant, le pays où le produit de viande a été transformé disposaient, lors de la préparation du produit pour l'exportation, de services d'inspection des viandes et d'établissements ayant fait l'objet, de la part du ministre, d'une approbation écrite encore valide;
- b) il fournit à l'inspecteur la preuve, convaincante pour le ministre, que le produit de viande est conforme aux normes réglementaires visant les produits de viande importés;
- c) le produit de viande est conforme aux normes réglementaires visant les produits de viande importés;
- d) le produit de viande est emballé et étiqueté de la manière réglementaire.

(2) Quiconque importe un produit de viande est tenu de le livrer dès que possible, dans son état d'importation, à un établissement agréé pour examen par l'inspecteur.

(3) Il est interdit à quiconque d'avoir en sa possession un produit de viande importé qui, à sa connaissance :

- a) soit a été importé en contravention avec le paragraphe (1);
- b) soit n'a pas été livré à un établissement agréé en vue de l'inspection prévue au paragraphe (2).

Toutefois, le *Règlement de 1990 sur l'inspection des viandes* prévoit ce qui suit :

3.(1) Les articles 7 à 9 de la Loi ne s'appliquent pas :

[...]

k) au produit de viande qui n'a pas été condamné et qui est destiné au fondoir.

[...]

(3) L'article 8 de la Loi ne s'applique pas aux produits de viande suivants :

[...]

b) le produit de viande qui a été condamné et qui est destiné au fondoir conformément à l'alinéa 54(1)b)²⁶;

Donc, la législation fédérale ne contient aucune interdiction visant à empêcher que les matières équarrissables ne traversent les frontières provinciales ou internationales, sauf s'il s'agit de matières condamnées. En outre, il n'est pas interdit de transporter les matières condamnées d'une province à l'autre. Toutefois, puisque l'article 7 de la *Loi sur l'inspection des viandes* s'applique à ces matières, elles ne peuvent pas être exportées, à moins qu'elles ne proviennent d'un abattoir ou d'une usine de transformation de la viande détenant un permis du gouvernement fédéral (un établissement agréé)²⁷.

²⁶ DORS/90-288, tel que modifié.

²⁷ Il y a aussi certaines conditions qui doivent être remplies à propos des matières condamnées. Par exemple, l'alinéa 54(1)b) du *Règlement de 1990 sur l'inspection des viandes* prévoit que les abattoirs agréés par le gouvernement fédéral doivent désigner les produits condamnés et les transporter dans l'aire des produits incombustibles de leurs établissements, puis les fondre eux-mêmes ou les dénaturer et les envoyer à un autre établissement agréé ou à un fondoir. Néanmoins, l'alinéa 54(1)b) ne semble imposer aucune restriction interprovinciale quant à l'emplacement du fondoir auquel les matières condamnées sont expédiées.

En ce qui concerne les abattoirs et les établissements de transformation de la viande qui sont titulaires d'un permis provincial, l'article 108 du règlement 607 promulgué en vertu de la *Loi sur l'inspection des viandes (Ontario)*²⁸ se lit comme suit :

[TRADUCTION]

108. Lorsque le présent règlement prescrit :

- a) qu'un animal soit condamné et tué;
- b) qu'une carcasse ou une de ses parties ou un de ses organes soit condamné; ou
- c) qu'un viscère non comestible et une viande qui n'est pas un aliment soient éliminés,

un inspecteur doit ordonner que cet animal, cette carcasse, cette partie, cet organe, ce viscère non comestible ou cette viande qui n'est pas un aliment soient éliminés,

- d) en les livrant à un fondoir,
 - i) titulaire d'un permis délivré en vertu de la *Loi sur les cadavres d'animaux*, ou
 - ii) agréé en vertu de la *Loi sur l'inspection des viandes (Canada)*,

dans un véhicule construit et équipé en conformité avec la *Loi sur les cadavres d'animaux*;

- e) en les enfouissant sous soixante centimètres de terre ou plus;
- f) en les incinérant par une méthode approuvée par le directeur [directeur des services vétérinaires du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation];
- g) en les équarrissant dans une usine équipée d'installations d'équarrissage à température élevée approuvées par le directeur; ou
- h) toute autre méthode approuvée par le directeur²⁹.

²⁸ L.R.O. 1980, ch. 260, telle que modifiée.

²⁹ R.R.O. 1980, Reg. 607, art. 108.

Bien que le sous-alinéa 108d(ii) semble envisager que des équarrisseurs soient agréés en vertu de la *Loi sur l'inspection des viandes fédérale*, en fait, aucun permis du genre n'est délivré et tous les équarrisseurs de l'Ontario détiennent un permis provincial. Donc, selon la loi de l'Ontario, les abattoirs agréés par le gouvernement provincial doivent livrer les matières condamnées, les viscères non comestibles et la viande qui n'est pas un aliment à des équarrisseurs titulaires d'un permis provincial. Il n'existe aucune preuve proposant que l'alinéa 108g) ou l'alinéa 108h) a été utilisé pour élargir cette restriction.

La législation provinciale impose aussi des restrictions pour l'élimination des cadavres d'animaux par ceux qui les ramassent. L'article 4 de la *Dead Animal Disposal Act*³⁰ de l'Ontario porte que les cadavres d'animaux (chevaux, chèvres, moutons, porcs, bovins) doivent être ramassés par des ramasseurs agréés et prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

(2) Le ramasseur ne doit pas donner, vendre ou livrer un cadavre d'animal à quiconque ne détient pas de permis d'exploitant d'usine d'équarrissage ou de fondoir délivré en vertu de la présente loi.

En outre l'article 5 dit que :

5 (1) Nul ne doit, sans permis à cet effet délivré par le ministre, exercer les activités, selon le cas :

³⁰ R.S.O. 1980, ch. 112, telle que modifiée.

- a) d'un courtier;
- b) d'un ramasseur;
- c) d'un exploitant d'usine d'équarrissage;
- d) d'un exploitant de fondoir.

(2) Nul ne doit ramasser le cadavre d'un animal sauf s'il est titulaire d'un permis de ramasseur.

Donc, selon la loi de l'Ontario, les cadavres d'animaux ne peuvent être livrés à un équarrisseur établi en dehors de l'Ontario (c'est-à-dire qui n'est pas titulaire d'un permis provincial).

Les abattoirs inspectés par le gouvernement fédéral abattent 80 % des bovins dans le sud de l'Ontario, et 90 % des porcins³¹. Les cadavres d'animaux et les matières condamnées représentent de 5 % à 10 % du total des matières de viande rouge pouvant être équarries.

La preuve révèle que les contraintes réglementaires décrites précédemment ne constituent pas des entraves importantes au transport de la plupart des matières équarrissables entre le Canada et les États-Unis. En 1975-1976, Rothsay (Moorefield) avait un contrat avec un abatteur de porcs de Detroit, selon lequel les matières étaient transportées de l'autre côté de la frontière pour y être équarries. M. Kosalle a témoigné que la manutention des cadavres d'animaux et des matières condamnées ne causait aucun problème. L'abatteur les mettait simplement dans un conteneur séparé, et ils étaient ramassés par un équarrisseur de Detroit avec qui Rothsay avait fait un arrangement. Il n'y a pas lieu de

³¹ Transcription à la p. 173 (26 novembre 1991).

supposer qu'un arrangement semblable ne serait pas réalisable pour des matières en provenance du Canada qui seraient envoyées aux États-Unis. Le contrat avec la firme de Detroit a été perdu, un équarrisseur plus près de l'abatteur l'ayant obtenu. Rothsay (Moorefield) n'était plus concurrentielle en raison du changement de taux de change.

Pendant quelque temps, Orenco a exploité, dans la région de Buffalo, un service de ramassage appelé Liberty Reduction Inc. Les matières ramassées étaient envoyées à son usine de Dundas pour y être équarries. Le 7 janvier 1991, elle a vendu cette entreprise à Darling & Company, Ltd. («Darling»). La quantité de matières n'était pas assez importante pour que Orenco puisse continuer à l'exploiter de façon rentable. Cependant, Orenco n'a pas cessé de l'exploiter en raison de difficultés provenant de contraintes réglementaires afférentes au passage de la frontière. Darling a fermé son usine de Buffalo quelques mois plus tard à cause de la faible quantité de matières.

Lorsque Darling a eu des difficultés de main-d'oeuvre à son usine de Toronto, au cours de la période 1988-1989, les matières ont été amenées à ses usines de Buffalo et de Detroit pour y être équarries. La preuve révèle aussi que certaines matières (la graisse) soient maintenant amenées de Sault Ste. Marie à Detroit. Bien qu'il est manifeste que Darling transporte régulièrement des matières provenant des régions de London et de Windsor à son usine de Toronto, plutôt qu'à celle de Detroit, cela ne prouve pas nécessairement qu'il est difficile de faire

passer les matières de l'autre côté de la frontière³². Cette façon de faire peut se justifier, par exemple, par des facteurs ayant trait à l'utilisation de la capacité des diverses usines de Darling.

Depuis juin 1991, Baker importe aux États-Unis des matières équarrissables provenant du Québec. Elle en importe actuellement 227 tonnes métriques par semaine, notamment des matières provenant d'établissements de conditionnement, des os et du gras ainsi que des cadavres d'animaux. (La législation du Québec concernant les cadavres d'animaux est peut-être différente de celle de l'Ontario.) À deux reprises, Baker a été retardée à la frontière. Dans un cas, le problème a été résolu lorsque la lettre mentionnée précédemment³³ a été remise aux douaniers qui en ont vérifié la teneur auprès des autorités à Washington. Dans l'autre, il s'agissait d'un problème d'ordre administratif qui s'est réglé rapidement.

Il est clair qu'une certaine quantité de matières équarrissables traversent la frontière, mais pas en très grande quantité. Dans la région Toronto-Hamilton, cet état de choses est probablement dû en grande partie au fait que, jusqu'à récemment, Darling avait une usine d'équarrissage à Buffalo (État de New York). Donc le peu d'importance de ces activités peut être attribué à la

³² James A. Ransweiler, vice-président et directeur de la division des Grands Lacs de Darling & Company, Ltd., a témoigné relativement aux activités passées et présentes de cette société. Ce témoignage a été donné en confidence. Lorsque les faits exposés dans les présents motifs ne coïncident pas avec le témoignage, il ne faudrait pas croire qu'on hésite à se reporter audit témoignage parce qu'il a été donné en confidence. En fait, c'est que le Tribunal ne veut pas lui accorder beaucoup d'importance.

³³ *Supra*, note 22.

configuration du marché plutôt qu'à des contraintes réglementaires ou autres d'ordre pratique attribuables à l'existence de la frontière canado-américaine.

3) Préférences des consommateurs

On a laissé entendre que les consommateurs ne seraient pas disposés à se tourner vers un fournisseur dont l'usine d'équarrissage serait à plus de 200-250 milles ou encore serait située aux États-Unis. Puisque les matières équarrissables doivent être enlevées tous les jours, il faut qu'il y ait des services fiables. Le Tribunal n'est pas convaincu que les prétendues préférences des consommateurs jouent un grand rôle dans la définition du marché. Dans la mesure où de telles préférences existent, il estime qu'elles sont davantage attribuables à la méconnaissance d'un fournisseur qu'à toute autre raison liée à la distance ou aux frontières. En fait, Lomex a acquis deux clients et son exploitation se trouve à plus de 250 milles.

C. Conclusion

La définition de la dimension produit et de la dimension géographique du marché pertinent a évidemment pour objet d'identifier des concurrents de la firme fusionnée et de calculer les parts respectives des entreprises dans le marché. Toutefois, il est important de souligner que les limites territoriales du marché ne peuvent pas être précises et ne le seront pas dans bien

des cas. Il ne peut donc s'agir que d'approximations. Tant que les statistiques relatives aux parts du marché ne seront pas considérées comme les seuls indicateurs de l'existence d'une puissance commerciale, l'emplacement exact de ces limites territoriales deviendra moins important. Les facteurs susceptibles de restreindre la puissance commerciale (alléguée) d'une firme fusionnée peuvent venir aussi bien de l'intérieur que de l'extérieur du marché, tel qu'il est défini.

Il est utile de se reporter à certains commentaires présentés dans un texte de Whish, intitulé *Competition Law*. Bien que ce texte soit axé sur les difficultés qu'il y a à définir la dimension produit d'un marché, les mêmes difficultés s'appliquent à la dimension géographique :

[TRADUCTION]

La notion d'interchangeabilité [possibilité de substitution] est assez simple. En pratique, évidemment, on constate que l'identification du marché du produit géographique pertinent peut s'avérer très difficile. La raison est que le concept du marché pertinent n'est rien d'autre qu'un concept; il constitue une formule théorique pratique qui facilite la compréhension du problème du monopole, mais il ne faut pas croire que cette formule reflète le milieu commercial réel³⁴.

Et, plus loin :

[TRADUCTION]

Il est possible de surmonter les difficultés liées à la question du marché du produit [géographique] pertinent, pourvu qu'on ne considère pas que la définition du marché a une importance fondamentale : en particulier, il est essentiel, après avoir cerné le marché pertinent, d'étudier les pressions concurrentielles qui viennent de l'extérieur de ce marché. L'erreur consisterait à supposer que, dans le milieu commercial, il y a toute une série de marchés du produit [géographiques] pertinents,

³⁴ R. Whish, *Competition Law*, London, Butterworths, 1985 à la p. 216.

indépendants et distincts, qui n'exercent aucune influence les uns sur les autres. En fait, en affaires, il existe un réseau complexe de marchés et de sous-marchés entremêlés qui peuvent avoir une influence les uns sur les autres d'une façon plus ou moins tangentielle. Cela admis, il n'y a plus de risque que le marché soit défini trop étroitement, car la délimitation du marché devient seulement une étape de l'analyse visant à déterminer si une firme est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, ce qui est la question vraiment importante. Il est alors utile d'examiner non seulement la position des firmes à l'intérieur du marché du produit [géographique] défini, mais aussi les pressions concurrentielles que peuvent exercer les firmes qui sont dans d'autres marchés. ... Si on [n']adopte [pas] cette approche, alors le sens à donner au marché du produit [géographique] pertinent prend une importance énorme, que ne justifie pas le principe si l'on veut être réaliste³⁵.

En l'espèce, tel que mentionné précédemment, la dimension produit du marché pertinent est facile à définir : il s'agit de la fourniture de services d'équarrissage pour des matières de viande rouge non captives, qui englobent des cadavres d'animaux et du sang. Toutefois, la dimension géographique est plus difficile à cerner. L'incertitude à cet égard provient de l'ambiguïté inhérente à l'endroit où les limites territoriales du marché commencent et où elles finissent et, ce qui importe davantage en l'espèce, des changements qui se sont produits dans le marché depuis le fusionnement³⁶.

En ce qui concerne la dimension géographique, le Tribunal estime que les coûts de transport et les autres frais liés aux opérations effectuées à une certaine distance sont tels qu'un équarrisseur, qui se trouve à plus de 200-250

³⁵ *Ibid.* aux pp. 218-19.

³⁶ *Infra* à la p. 65 et s.

milles de Rothsay-Orenco ne devrait pas être inclus dans le marché pertinent. Bien qu'il soit évident que le passage de la frontière canado-américaine entraîne, pour les équarrisseurs qui se lancent dans le ramassage des matières de l'autre côté de la frontière, certains coûts supplémentaires en raison des formalités à remplir et des retards possibles à la frontière, le Tribunal est d'avis que les équarrisseurs situés aux États-Unis, mais près de la frontière, pourraient faire une concurrence réelle à la firme fusionnée.

En l'espèce, qu'on définisse le marché géographique comme étant le marché de l'Ontario (ce que le directeur prétend) ou comme étant le marché de l'Ontario et certaines parties du nord de l'État de New York et du sud-est de l'État du Michigan (ce que les défenderesses prétendent), le marché reste fortement concentré³⁷.

D. Détermination des concurrents

La définition du marché pertinent a pour objet, bien entendu, de faciliter la détermination des concurrents de la firme fusionnée et d'évaluer la part du marché pertinent que chacun détient par rapport à celle de la firme fusionnée. À cet égard, en l'espèce, il est particulièrement difficile de cerner les concurrents en raison des changements radicaux qui ont eu lieu, et qui ont lieu présentement, et qui n'ont rien à voir avec le fusionnement. Il est relativement facile de

³⁷ Affidavit du témoin expert, David D. Smith, au para. 32 (Pièce A-4); Affidavit du témoin expert, Thomas W. Ross, au para. 38 (Pièce A-1).

déterminer les sociétés qui, à l'époque du fusionnement, en juillet 1990, faisaient concurrence à Rothsay et à Orenco. Il s'agissait de Darling (Toronto), F.W. Fearman Company Limited («Fearman»), Banner Packing Limited («Banner»), J.M. Schneider Inc. («Schneider») et Ray Bowering. On prévoyait en outre que Central By-Products joindrait bientôt les rangs des concurrents³⁸.

À la date du fusionnement, Darling avait des usines d'équarrissage à Buffalo, à Toronto et à Detroit. Darling, le plus grand équarrisseur indépendant de l'Amérique du Nord, compte 34 usines éparpillées partout aux États-Unis et une au Canada. Cette société a toutefois connu des difficultés financières et a dû fermer son usine de Buffalo, au cours de l'hiver ou du printemps de 1991. Quant à son usine de Toronto, elle était située sur un terrain loué par la Commission du havre de Toronto. La dernière fois que le bail a expiré (le 31 octobre 1990), la Commission a refusé de le renouveler. Elle a obtenu une ordonnance de libre possession avant le 7 janvier 1992. Même sans l'annulation de ce bail, on soupçonnait Darling d'avoir l'intention de quitter la région du port à cause de ce qu'il en coûterait pour satisfaire aux exigences environnementales³⁹. Il n'est pas clair que cette société se réinstallera au Canada. Donc, actuellement, la seule usine de Darling susceptible de faire concurrence à la firme fusionnée se trouve à Detroit.

³⁸ Une petite quantité de matières était aussi envoyée au Québec par Phil's Recycling. Tel que mentionné précédemment, le Tribunal ne considère pas que les équarrisseurs du Québec font partie du marché pertinent.

³⁹ Preuves documentaires sélectionnées par le demandeur, vol. 1, onglet 14 à la p. 11 (Pièce A-7).

Fearman était une firme concurrente avant le fusionnement, mais, le 18 février 1991, elle a été achetée par Canada Packers Inc. (aujourd'hui Les Aliments Maple Leaf Inc.). Le directeur n'a pas contesté cette acquisition. Fearman n'est donc plus une concurrente et doit être incluse dans le groupe Rothsay-Orenco. Fearman était, et est toujours, un abattoir de porcs dont les activités d'équarrissage étaient principalement consacrées à la transformation de matières captives, bien que, récemment, elle se soit mise à transformer certaines matières non captives.

Banner demeure une concurrente de la firme fusionnée. Il s'agit d'un équarrisseur assez modeste qui est installé dans le centre de Toronto. Une grande partie de ses produits finis (le suif et la farine) servent à sa division d'aliments pour animaux familiers. Cette firme faisait une concurrence dynamique à Orenco, à Rothsay (Toronto) et à Darling (Toronto). Toutefois, ses frais d'exploitation ont augmenté en raison des sommes qu'elle doit consacrer à répondre aux exigences environnementales, et ses recettes ont diminué à cause de la baisse du prix des produits finis (le suif et la farine)⁴⁰. C'est pourquoi Banner a haussé le prix qu'elle facture aux consommateurs de ses services d'équarrissage. Elle s'est montrée intéressée à vendre son usine d'équarrissage à Toronto, étant donné qu'elle a transféré sa division d'exploitation d'aliments pour animaux familiers à Trenton (Ontario)⁴¹.

⁴⁰ Transcription à la p. 246 (26 novembre 1991).

⁴¹ *Ibid.* à la p. 500 (2 décembre 1991).

Schneider est installée à Kitchener (Ontario) et demeure une concurrente dans le marché. Jusqu'à récemment, son usine d'équarrissage ne transformait que des matières captives. La fermeture de ses opérations d'abattage de boeufs en Ontario a influencé sa capacité de production de sorte qu'elle est devenue capable d'équarrir des matières non captives et est donc entrée dans le marché des matières de viande rouge non captives.

Ray Bowering, ramasseur de cadavres d'animaux installé à Melbourne (Ontario), demeure un concurrent. Il dispose d'un petit cuiseur «en lot» et équarrit de très petites quantités de matières.

L'usine de Central By-Products n'est pas encore ouverte, mais il ressort de la preuve qu'elle ouvrira bientôt. David T. Smith et James W. Murray, qui exploitent des entreprises de traitement de cadavres d'animaux, sont en train de la faire construire. Ils ont décidé, en février 1990, de faire construire leur propre usine d'équarrissage, près de Hickson (Ontario), sur un terrain appartenant à M. Murray. Celui-ci exploite la firme Oxford Deadstock Limited et fait actuellement appel aux services d'équarrissage de Darling. M. Smith exploite quant à lui une entreprise de ramassage et de transformation de cadavres d'animaux, ainsi qu'une entreprise d'aliments pour animaux familiers, Atwood Pet Food Supply Ltd. Il fait actuellement appel aux services d'équarrissage de Orenco.

Il n'y a aucune preuve que l'usine de Baker à Rochester (État de New York) ait fait concurrence dans le passé à Rothsay et à Orenco dans le sud de l'Ontario. Cette usine, comme celle de Darling, fait aussi partie d'une société qui compte plusieurs usines. En importance, Baker est le second équarrisseur du continent nord-américain. Son usine de Rochester est à la portée géographique du marché pertinent, car elle se trouve à 135 milles de l'usine que Orenco exploite à Dundas. Il est évident que Baker (Rochester) et Darling (Detroit) deviendraient de plus en plus concurrentielles dans le marché du sud de l'Ontario desservi par la firme fusionnée (sur le plan géographique), selon la hausse de prix supraconcurrentielle qui pourrait être imposée. Puisque Baker (Rochester), jusqu'ici, ne dessert pas le marché et que ses installations ne sont pas adjacentes à la frontière, il y aurait peut-être lieu de la considérer comme une firme pouvant faire son entrée dans le marché, plutôt que comme une concurrente. Ses rapports avec la firme fusionnée seront examinés à partir des deux perspectives.

Lomex a commencé à faire des affaires dans le marché de Toronto pendant l'été de 1991⁴². Tel que mentionné précédemment, elle prend actuellement deux pleins camions chez deux des plus gros producteurs de matières équarrissables de la région de Toronto, pour son usine en dehors de Montréal. Le Tribunal ne l'a pas classée parmi les concurrents dans le marché, mais il reconnaît que, en tant que firme pouvant faire son entrée dans le marché, elle empêchera jusqu'à un certain point la firme fusionnée d'augmenter les prix.

⁴² *Supra*, note 20.

V. DIMINUTION SENSIBLE DE LA CONCURRENCE

Sur le plan économique, la puissance commerciale s'entend de la capacité de maintenir des prix plus élevés que le niveau concurrentiel pendant une longue période, sans que cette pratique soit non rentable. Dans un marché concurrentiel, les prix tendent vers un coût marginal. La puissance commerciale peut être considérée comme la capacité qu'a une firme de s'écarter de l'établissement de ses prix à un coût marginal, tout en faisant du profit. 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.

Pour déterminer si un fusionnement entraîne une augmentation de la puissance commerciale et si cette augmentation est sensible, il faut examiner un certain nombre de facteurs. Les données relatives aux parts du marché peuvent, de prime abord⁴³, fournir une indication quant à savoir si c'est le cas.

⁴³ Cela *ne* signifie *pas* que le directeur, du seul fait qu'il a étayé de preuve la part du marché, a prouvé sa cause sous réserve de toute preuve que les défenderesses pourraient présenter pour réfuter celle du directeur.

A. Concentration du marché

Dans le marché pertinent, la concentration peut être mesurée en fonction d'un certain nombre d'indices. Le choix de la méthode de mesure dépendra de la nature de l'industrie en question et des données qui sont disponibles. En l'espèce, deux méthodes de mesure ont été employées : la quantité de matières équarrissables qui a été réellement transformée par les firmes dans un passé récent (données récapitulatives) et la capacité de l'usine des concurrents (capacité de production). En ce qui concerne les sociétés qui, auparavant, n'étaient pas actives dans le marché, mais qui, par suite de changements, sont maintenant considérées comme des concurrentes, seule la seconde méthode de mesure peut être employée.

Le calcul de la mesure des parts du marché effectué à partir des quantités de matières équarrissables, transformées dans le sud de l'Ontario avant le fusionnement, indique que Orenco et Rothsay desservaient chacune environ 30 % du marché de l'équarrissage de la viande rouge non captive. L'usine de Darling à Toronto transformait 13 % des matières, Banner, 12 % et Fearman, 2 %. Une extrapolation de ces données indique qu'après le fusionnement, la firme fusionnée Rothsay-Orenco détiendra environ de 62 % à 63 % du marché du sud de l'Ontario. Viennent ensuite Darling, pour le moment du moins, qui en détiendrait environ de 12 % à 13 %, et Banner, de 11 % à 12 %. Schneider et Ray

En dépit de la preuve relative à la part du marché, il lui incombe encore de présenter celle relative aux obstacles à l'entrée dans le marché.

Bowering continueraient à transformer de petites quantités de matières non captives.

Bien que l'accroissement de la concentration de la part du marché calculée sur cette base soit facile à établir, la preuve fait mention de deux outils élaborés aux États-Unis pour mesurer de façon sommaire la concentration du marché : le ratio de concentration «quatre firmes»⁴⁴ et l'indice Herfindahl-Hirschman («HHI»). Pour obtenir le ratio de concentration «quatre firmes», on additionne les parts du marché des quatre plus grosses firmes dans le marché. Si la concentration après le fusionnement est très élevée et si la firme fusionnée en représente une proportion importante, alors ce fusionnement, s'il est évalué exclusivement en fonction des parts du marché, sera considéré comme entraînant une diminution sensible de la concurrence. Le HHI est calculé en additionnant les carrés des parts du marché de toutes les firmes qui s'y trouvent⁴⁵. Théoriquement, le HHI peut être presque nul, et aller jusqu'à 10 000 (100 x 100) pour un monopole. Dans le contexte de l'application des mesures antitrust aux États-Unis, on considère généralement que, si un marché a un HHI supérieur à 1 800, il est très concentré. S'il a un HHI entre 1 000 et 1 800, il est moyennement concentré, et si le HHI est inférieur à 1 000, il est relativement peu concentré⁴⁶. Si l'augmentation du HHI qui découle du fusionnement dépasse 100 et que, pour le

⁴⁴ Parfois appelé «CR4» dans la preuve.

⁴⁵ Le HHI vient de la théorie de l'oligopole; voir G.J. Stigler, *The Organization of Industry*, Homewood, Ill., R.D. Irwin, 1983 à la p. 31; Affidavit du témoin expert, David D. Smith, au para. 43 (Pièce A-4).

⁴⁶ H. Hovenkamp, *supra*, note 8 aux pp. 304-305.

marché, le HHI après le fusionnement dépasse 1 800, alors, selon l'expert du directeur, on devrait présumer (à tout le moins de prime abord) que ledit fusionnement diminuera sensiblement la concurrence⁴⁷.

Thomas W. Ross, qui a témoigné à titre d'expert pour le compte du directeur, a noté que, pour l'ensemble des matières équarrissables de viande rouge (captives et non captives) dans le sud de l'Ontario, le ratio de concentration «quatre firmes» avant le fusionnement était de 86,8 %. Le calcul a été fait en fonction de la quantité de matières équarrissables transformées chaque semaine par les firmes⁴⁸. Pour les mêmes matières, le ratio de concentration «quatre firmes» après le fusionnement est de 90,4 %. Si l'on prend les matières non captives seulement, le ratio avant le fusionnement était de 90,4 % et le ratio après le fusionnement est de 91,6 %⁴⁹. Bien que l'application de cette méthode de mesure montre clairement à quel point les marchés sont concentrés, elle dit peu sur les effets du fusionnement. Cela montre les lacunes du ratio de concentration «quatre firmes» en tant que mesure de l'accroissement de la concentration⁵⁰ dans un cas

⁴⁷ Affidavit du témoin expert, David D. Smith, au para. 44 (Pièce A-4). Aux États-Unis, si le HHI augmente de plus de 100 du fait d'un fusionnement et si le HHI après le fusionnement se situe entre 1 000 et 1 800, alors il est vraisemblable que le fusionnement soit contesté. Si le HHI après le fusionnement est supérieur à 1 800 et si l'augmentation qui découle du fusionnement est supérieure à 50, alors il est vraisemblable que le fusionnement soit contesté. (1984 [U.S.] *Justice Department Merger Guidelines*, 49 Fed.Reg. 26,823 (1984) au para. 3.11(b)) Donc, l'expert du directeur applique un critère plus élevé que celui utilisé aux États-Unis, approche qui sera vraisemblablement mieux adaptée à la situation des industries canadiennes qui seront souvent déjà très concentrées.

⁴⁸ Affidavit du témoin expert, Thomas W. Ross, tableau 1 à la p. 15 (Pièce A-1). Dans son analyse, D^r Ross présume que les limites territoriales du marché sont dans un rayon de 200 à 250 milles et réduites par la frontière canado-américaine.

⁴⁹ Aux fins de cette analyse, Orenco, Rothsay et Fearman ont été traitées comme une seule entité après le fusionnement, et les matières de Fearman ont été ajoutées à celles de Rothsay avant le fusionnement parce que l'acquisition n'a pas été contestée.

comme la présente affaire, où les changements que le fusionnement entraîne touchent principalement les quatre firmes les plus importantes.

David D. Smith, qui a aussi témoigné à titre d'expert pour le compte du directeur, a fait une analyse où il applique le HHI pour mesurer l'accroissement de la concentration et emploie comme mesure des parts du marché, la quantité de matières équarrissables de viande rouge non captives qui ont été transformées en juillet 1990 par les équarrisseurs de l'Ontario. Cette analyse l'a amené à conclure que, pour l'équarrissage des sous-produits de viande rouge et des cadavres d'animaux, l'augmentation du HHI attribuable au fusionnement était de 1 594 points, alors que, pour l'ensemble de ce marché, le HHI était de 3 608 points. Quant aux matières non captives, l'augmentation est évaluée à 1 526 points, par rapport à un total de 3 791 points pour l'ensemble du marché.

La capacité de production est la seconde variable utilisée pour évaluer la position des divers concurrents. Elle permet de mesurer jusqu'à un certain point Baker (Rochester) et Darling (Detroit) en tant que concurrentes, même si, jusqu'à présent, elles ne sont pas des concurrentes. La capacité de certaines des usines n'est guère contestée : Darling (Detroit) peut transformer environ 1 600 tonnes métriques de matières par semaine; Baker (Rochester), environ 1 600; Schneider, environ 800; et Banner, environ 510. Central By-

⁵⁰ Transcription à la p. 337 (27 novembre 1991).

Products, pour sa part, sera capable de transformer environ 363 tonnes métriques et Ray Bowering à une capacité de 23 tonnes métriques. Quant à Fearman, sa capacité est d'environ 450 tonnes métriques de matières par semaine, chiffre qui devrait maintenant être ajouté à la capacité de la firme fusionnée⁵¹.

La capacité des usines de Orenco et de Rothsay (Moorefield) est davantage contestée. Les défenderesses affirment que la capacité de Orenco est d'environ 2 500 tonnes métriques par semaine, tandis que le directeur soutient qu'elle est d'environ 2 900 tonnes métriques. Il n'est pas nécessaire d'examiner ce litige en détail parce que la différence est faible. Toutefois les positions des deux parties varient beaucoup en ce qui concerne la capacité qu'il convient d'attribuer à Rothsay (Moorefield). Les défenderesses prétendent que, comme le matériel de cette usine sert actuellement à équarrir les matières de volaille, on ne devrait pas en tenir compte pour mesurer la capacité de production dans le cas de la viande rouge. Rothsay (Moorefield) a deux cuiseurs; l'un est utilisé à temps plein pour équarrir des matières de volaille, l'autre, une partie du temps pour les viscères de volaille et une partie du temps pour la viande rouge. Le second cuiseur sert à transformer environ 200 tonnes métriques de viscères de volaille par semaine. Cela prend de 17 à 18 heures par semaine, plus sept heures pour la cuisson et le nettoyage du matériel, qui est nécessaire avant de recommencer les activités.

⁵¹ Le Tribunal a choisi les approximations qu'il juge raisonnables. Notons toutefois qu'une série de chiffres relativement à la capacité et à l'exploitation des usines ont été présentés.

Pour les besoins de la présente affaire, le Tribunal accepte la position selon laquelle la capacité devrait être évaluée en fonction du matériel permettant d'équarrir des matières de viande rouge, plutôt que de l'usage qu'on fait actuellement de ce matériel. D'après la preuve, il constate que c'est bien ainsi que la capacité des autres usines, du moins celle de Baker (Rochester) et celle de Darling (Detroit), a été évaluée. Pour examiner jusqu'à quel point Rothsay (Moorefield) pourrait passer de la transformation des matières de volaille à la transformation des matières de viande rouge, il est plus pertinent d'évaluer l'importance de la part du marché et de la capacité de production estimative, particulièrement dans le contexte de l'évaluation de l'importance de la capacité excédentaire. En conséquence, pour les besoins de la présente affaire, la capacité d'équarrissage des matières de viande rouge de Rothsay (Moorefield) est d'environ 3 200 tonnes métriques par semaine.

Sur cette base, la firme fusionnée, y compris Fearman, détiendrait environ 56 % de la capacité de production totale du marché, si on englobe les firmes Baker (Rochester) et Darling (Detroit) parmi les concurrents, et environ 66 % si on inclut dans le marché seulement la dernière. D^r Smith a fait un certain nombre de calculs de l'indice HHI d'après la capacité de production. Ses calculs reposent sur divers scénarios possibles en ce qui concerne les firmes qui étaient dans le marché et celles qui n'y étaient pas. Bien que ces calculs puissent être faits en fonction des chiffres que le Tribunal a acceptés sur la capacité, il n'est pas évident qu'en l'espèce, ils importent.

Il ressort des diverses méthodes de mesure que, dans un marché déjà très concentré, le fusionnement augmente considérablement la part du marché et suscite la crainte, du moins à première vue, qu'il entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence.

B. Capacité excédentaire - Accroissement de la capacité nécessaire par l'utilisation du matériel d'équarrissage qui sert actuellement pour la volaille - Augmentation de la capacité grâce un agrandissement des installations existantes

Tel que mentionné précédemment, la part du marché n'est pas nécessairement un indicateur fiable de la puissance commerciale d'une firme. En tant qu'indice de cette puissance, elle peut en effet la surévaluer ou la sous-évaluer. Si d'autres firmes dans le marché ont une capacité excédentaire, elles peuvent réagir à une hausse de prix supraconcurrentielle en inondant le marché avec des prix inférieurs. En conséquence, dans certaines circonstances, il vaut mieux se demander quand on évalue la puissance commerciale si les concurrents actuels des défenderesses disposent de la capacité nécessaire pour satisfaire aux besoins de la clientèle qu'aurait autrement la firme fusionnée. La capacité excédentaire des firmes concurrentes est l'une des sources les plus importantes d'une forte élasticité de l'offre. Les défenderesses soutiennent que les concurrents de Rothsay-Orenco ont une très grande capacité excédentaire en comparaison à celle de la firme fusionnée, et donc que celle-ci ne sera pas capable d'exercer une puissance commerciale importante.

En ce qui concerne la prétendue capacité excédentaire des concurrents de Rothsay-Orenco, la situation de Darling pose un problème. Tel que mentionné précédemment, Darling n'a pas obtenu le renouvellement de son bail à Toronto et elle devra déménager. Selon M. Kosalle, elle restera dans la région de Toronto-Hamilton et construira probablement une autre usine. M. Kosalle pense aussi qu'entre-temps, elle enverra les matières de l'usine de Toronto à son usine de Detroit. À Toronto, elle transformait environ 850 tonnes métriques de matières par semaine, dont 40 % étaient ramassées à l'ouest de Lambeth, près de London (Ontario). Aux fins de l'évaluation de la capacité excédentaire (qui existe ou qui existera vraisemblablement dans un proche avenir), le Tribunal n'est pas disposé à accorder beaucoup d'importance à la construction d'une nouvelle usine de Darling dans la région de Hamilton. Par ailleurs, puisqu'il s'agit d'une grosse firme qui compte des usines à Cleveland (État de l'Ohio), à Detroit (État du Michigan), à Coldwater (État du Michigan) et à Milwaukee (État du Wisconsin), il accepte l'argument selon lequel, si Darling répartissait une partie de sa charge entre les usines de Cleveland, de Coldwater et de Milwaukee, elle disposerait d'une capacité considérable à Detroit.

Le Tribunal a entendu des témoignages selon lesquels Banner fonctionne actuellement à plein rendement (environ 500 tonnes métriques par semaine), mais qu'elle pourrait augmenter sa capacité de production d'environ 390 tonnes métriques par semaine si elle consacrait 400 000 \$ à l'achat de matériel supplémentaire.

Schneider a aussi une capacité excédentaire par suite de la fermeture de l'abattoir de bovins qu'elle exploitait en Ontario. Cette capacité est estimée à environ 800 tonnes métriques par semaine, sa production actuelle étant d'environ 400 tonnes métriques. Central By-Products est en train d'installer une usine dont la capacité d'équarrissage sera d'environ 360 tonnes métriques. Elle produira seulement 113 tonnes métriques par semaine dans le cas des matières captives. Baker (Rochester) pourrait arriver à une capacité excédentaire d'environ 400 tonnes métriques⁵². L'usine de Lomex à Montréal aurait une capacité excédentaire et Rothsay (Laurenco), à Montréal également, en a une d'environ 800 tonnes métriques. Néanmoins, tel que mentionné précédemment, le Tribunal n'englobe pas les usines de Montréal dans le marché pertinent.

Quant à la capacité excédentaire de la firme fusionnée, on prétend qu'après le fusionnement, Orenco aura une capacité excédentaire de seulement 233 tonnes métriques par semaine, et Rothsay (Moorefield) de seulement 78 tonnes métriques. Ces chiffres semblent sous-évaluer grandement la capacité excédentaire de ces usines. D'abord, cette estimation repose sur le fait que l'usine d'équarrissage de Fearman sera fermée et que les matières qu'elle y équarrissait, le seront à l'avenir par Rothsay (Moorefield) et par Orenco. La décision de fermer l'usine d'équarrissage de Fearman, donc de réduire la capacité excédentaire de

⁵² Cela suppose que cette société peut transporter des matières entre Rochester (N.Y.) et Lowell (Mass.). (Transcription aux pp. 1080-81 (10 décembre 1991)).

Rothsay et de Orenco, revient au Groupe agro-alimentaire de Les Aliments Maple Leaf Inc. Mais la question n'a été examinée, semble-t-il, que deux ou trois semaines avant l'audience du Tribunal. Pour l'instant, il ne s'agit donc que d'une décision hypothétique.

En outre, pour calculer la capacité excédentaire de Rothsay (Moorefield), on a supposé que la priorité irait à l'équarrissage des matières de volaille plutôt que des matières de viande rouge. Dans le cas de cette usine, on n'a pas tenu compte dans le calcul du matériel qui sert actuellement à transformer les matières de volaille. On a présumé que ledit matériel continuera à être utilisé pour cette fin. Quant à savoir si Rothsay (Moorefield) utiliserait le matériel d'équarrissage des matières de volaille pour l'équarrissage de la viande rouge si cela devenait plus rentable, il y a beaucoup de raisons de penser qu'elle ne le ferait pas. Bien que les viscères de volaille ne produisent pas un suif de qualité supérieure, les plumes de volaille, elles, produisent une farine de qualité supérieure⁵³. De plus, une grande partie des matières de volaille de Rothsay sont des matières captives qu'il faudrait éliminer de toute façon.

On sait que Maple Lodge Farms Ltd, firme qui transforme la volaille et qui n'a aucun lien avec Les Aliments Maple Leaf Inc., s'est mise à équarrir les matières de volaille, et pourrait étendre ses activités dans ce domaine.

⁵³ En moyenne, les matières de viande rouge donnent 22 % de suif et 24 % de farine. Les viscères de volaille donnent 8 % de gras (suif de qualité inférieure) et 20 % de farine. Les plumes brutes donnent environ de 26 % à 30 % de farine de plumes. (Preuves documentaires sélectionnées par le demandeur, vol. 1, onglet 6 à la p. 2 (Pièce A-7)).

Elle produit entre 36 % à 38 % de la volaille de l'Ontario⁵⁴. On estime qu'en juin 1990, Maple Lodge Farms Ltd transformait 23 tonnes métriques de matières par semaine et, en octobre 1991, 218 tonnes métriques par semaine. Dans la mesure où cette firme cessera de recourir à Rothsay (Moorefield) pour transformer ses matières équarrissables, une partie de la capacité de Rothsay (Moorefield) sera inutilisée. Une lettre écrite en décembre 1990 revêt une importance toute particulière en ce qui concerne les estimations que les défenderesses ont faites au sujet de leur capacité excédentaire. On y lit entre autres :

[TRADUCTION]

... Rothsay (Moorefield) et Orenco ont une capacité de cuisson suffisante pour traiter toutes les matières premières que Rothsay, Orenco et Darling & Co. transforment actuellement en Ontario. Cette capacité pourrait être utilisée complètement si on procédait à des modifications relativement peu coûteuses dans les usines de Rothsay Moorefield et de Orenco, afin de désengorger la production. Par exemple, Orenco pourrait augmenter sa capacité en installant un matériel de pressurage supplémentaire⁵⁵.

Manifestement, dans cette industrie, il est en général assez facile pour les équarrisseurs d'augmenter leur capacité ou, quand il s'agit d'une entreprise qui compte plusieurs usines, de réaménager la charge des différentes usines afin de pouvoir ouvrir au besoin des possibilités dans l'une d'elles. Quand elles planifient leurs usines, certaines des grosses firmes, au moins, font le nécessaire pour pouvoir réagir rapidement en pareil cas. Pour ce qui est de la facilité avec laquelle les sociétés peuvent augmenter ou réaménager leur capacité,

⁵⁴ Transcription aux pp. 523-24 (2 décembre 1991).

⁵⁵ Preuves documentaires sélectionnées par le demandeur, vol. 1, onglet 38 à la p. 1 (Pièce A-7).

on peut en juger d'après le réaménagement entre Rothsay (Laurenco), Rothsay (Moorefield) et Orenco effectué après le fusionnement par suite de l'expropriation de Rothsay (Toronto). Pour ce qui est de la faculté de transférer des matières d'une usine à l'autre et, de ce fait, dégager une usine (en ce qui a trait à la capacité de production), Joseph G. Huelsman, directeur général de Baker Commodities Inc., a témoigné sur la manière dont cela pourrait se faire à l'usine de Baker (Rochester), si la chose était jugée souhaitable afin de permettre à cette firme d'entrer dans le marché du sud de l'Ontario. Il semble qu'il y ait une capacité excédentaire importante dans l'industrie, en général, et que la firme fusionnée n'ait pas de contrainte à l'égard de la capacité. La capacité excédentaire des entreprises, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du marché pertinent, exercera une certaine pression concurrentielle sur la firme fusionnée et restreindra considérablement sa faculté de hausser les prix.

C. Environnement du marché

En l'espèce, les changements qui ont lieu dans le marché de l'équarrissage de la viande rouge constituent un facteur important. Selon le directeur, ce marché est stable, mais selon les défenderesses, il est en baisse. Le Tribunal conclut que la description des défenderesses est convaincante, en particulier le témoignage de Erna H.K. van Duren⁵⁶. Cette dernière estime que l'offre en matières équarrissables de viande rouge obtenues par suite de l'abattage

⁵⁶ Affidavit du témoin expert, Erna H.K. van Duren (Pièce R-11).

des bovins en Ontario baissera probablement de 4 % par an jusqu'en 1995 au moins. Selon elle, on s'attend à une baisse de 0,3 % par an de la quantité de matières équarrissables de viande rouge obtenues par suite de l'abattage des porcs, pendant la même période, et à une augmentation des matières de volaille d'environ 3,2 % par an. Tel que mentionné précédemment, les matières de boeuf sont recherchées parce qu'elles produisent du suif de qualité supérieure; toutefois, les plumes de volaille donnent une farine protéagineuse de qualité supérieure.

L'opinion du D^r van Duren est fondée sur plusieurs facteurs. Premièrement, depuis 1970, les consommateurs manifestent moins de préférence pour la viande rouge. Si les consommateurs délaissent la viande rouge pour se tourner vers la volaille et les produits autres que la viande, c'est qu'ils craignent qu'il ne soit pas aussi sain de manger de la viande rouge que de manger d'autres produits. Le prix de la viande rouge par rapport à celui d'autres produits entre aussi en ligne de compte.

Deuxièmement, dans la province de l'Ontario, il y a une nette diminution de l'élevage des bovins. En effet, il y a un mouvement vers l'ouest, l'élevage se faisant davantage dans les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan. Cette tendance est due à l'accroissement de la taille des troupeaux, qui est nécessaire pour que les éleveurs demeurent compétitifs. Les bovins peuvent être élevés de façon beaucoup plus économique en Alberta et en Saskatchewan qu'en Ontario.

Le déplacement de l'élevage des bovins vers l'ouest s'est accompagné d'une propension à installer les abattoirs près des centres d'élevage. Au lieu que soient acheminées vers l'est les bêtes vivantes ou les carcasses, il est plus probable que les divers morceaux destinés à la consommation soient préparés dans un abattoir situé près de l'endroit où les bovins ont été élevés. Les coûts de transport sont moindres pour ce que l'on appelle le «boeuf en carton» que pour les animaux vivants et les carcasses.

À l'audience devant le Tribunal, il a été question des projections établies par Agriculture Canada pour l'ouest et pour l'est du Canada, selon lesquelles on entrevoit pour l'est du pays, une baisse de l'abattage des bovins beaucoup plus faible que ce qu'estime D^f van Duren. Celle-ci a fait remarquer que les modèles pour l'est et pour l'ouest du Canada sont de simples miroirs qui se réfléchissent, et donc qu'ils se rapportent en réalité à l'ensemble du Canada et disent peu sur la situation de l'Ontario⁵⁷.

Le directeur soutient que le marché a peut-être connu une baisse, mais qu'il n'y a aucune raison de présumer que la tendance se maintiendra. Pour sa part, D^f van Duren prétend qu'il n'y a guère d'indication que la restructuration qui

⁵⁷ D^f van Duren a signalé que la quantité de matières équarrissables qu'il y aurait à l'avenir dépendrait : i) du nombre d'animaux abattus; ii) de la taille des carcasses; iii) du pourcentage des carcasses pouvant être équarri. Pour son modèle, elle s'est basée sur les données de 1990 en ce qui a trait à la taille des carcasses. Elle a indiqué qu'en ce qui concerne la proportion entre les matières équarrissables et la taille des carcasses, au fil des ans, il y a eu des réductions importantes à mesure qu'on a élevé du bétail de plus en plus maigre. Toutefois, pour les besoins de la présente affaire, le facteur le plus important est la baisse de l'abattage de bétail qui s'est produite (et qui se produit toujours) en Ontario par suite de la diminution de la demande de viande rouge chez les consommateurs et du déplacement vers l'ouest des opérations d'élevage et d'abattage de bétail. D^f van Duren a examiné les baisses qui ont eu lieu entre 1981 et 1990 et elle a fait des estimations pour les cinq prochaines années, en présumant que la tendance se maintiendra.

s'est amorcée dans l'industrie de la viande rouge en Amérique du Nord s'interrompra vraisemblablement, surtout au Canada. Donc, on soutient que l'industrie canadienne continuera vraisemblablement à se restructurer et à accroître sa concentration géographique dans l'ouest, entraînant une baisse de l'abattage du boeuf en Ontario. Le Tribunal souscrit au raisonnement du D^r van Duren.

Il a aussi été question des tendances et de la restructuration qui ont lieu en général dans l'industrie depuis les années 70, particulièrement dans les marchés des États-Unis. Bien que le Tribunal hésite à donner beaucoup de poids à des événements qui se sont produits dans d'autres marchés, en l'espèce, il convient que les tendances d'une industrie en général fournissent certains renseignements utiles sur le contexte dans lequel elle se trouve. Depuis 1970, le nombre des équarrisseurs indépendants aux États-Unis est passé de plus de 600 à moins de 350. Cette diminution a été particulièrement marquée dans les grandes régions urbaines. Depuis le début des années 80, le nombre des usines d'équarrissage dans la région métropolitaine de New York est passé de sept à deux. Dans la région métropolitaine de Los Angeles, où il y avait quatre usines fonctionnant 24 heures par jour, six jours par semaine, il n'y en a plus que deux, qui fonctionnent aux deux tiers de leur capacité. Enfin, dans la région métropolitaine de Chicago, où l'on comptait en 1975 neuf grosses usines, dont la plus importante au monde et plusieurs autres de moindre importance, il n'y a plus qu'une seule petite usine⁵⁸.

⁵⁸ Affidavit du témoin expert, Fred D. Bisplinghoff, aux paras. 23, 39-41, 66 (Pièce R-8).

Bien qu'il soit vrai que les limites territoriales d'une ville ou d'un état disent peu sur la dimension géographique des marchés pertinents, la diminution du nombre d'usines dans les régions métropolitaines plus grandes donne une idée des tendances dans ce marché.

La diminution de quantité de matières de viande rouge à équarrir en Ontario engendre évidemment un surcroît de la capacité excédentaire des équarrisseurs, ce qui incite d'autant plus ces derniers à se faire une concurrence vigoureuse pour obtenir les matières offertes dans leurs territoires de ramassage habituels et à élargir ces territoires. Cette diminution les incite également à acheter les équarrisseurs adjacents afin d'acquérir les quantités nécessaires.

Outre la diminution au chapitre des matières de viande rouge, cette industrie a des frais de plus en plus élevés, qui découlent des exigences environnementales et des changements intervenus dans la manière de concevoir l'utilisation appropriée des terrains sur lesquels certaines usines d'équarrissage sont situées (ou des terrains voisins). Ce sont là des facteurs qui imposent des changements dans la configuration du marché. Par exemple, Rothsay (Toronto) et Darling ont perdu respectivement leur terrain situé en bordure du port de Toronto et leur bail. Le port de Toronto offrait les avantages d'être à proximité des grands fournisseurs de matières équarrissables de la région de Toronto et d'accéder aux installations portuaires d'où le suif pouvait être expédié au marché international pour être vendu. On prétend que les exigences environnementales compliquent

toute expansion future de Rothsay (Moorefield). Bien que le Tribunal ne soit pas convaincu qu'il en soit nécessairement ainsi, il est clair que les manquements passés aux normes environnementales ont valu à cette usine une mauvaise publicité. Banner a aussi dû absorber une augmentation de coûts du fait de considérations d'ordre environnemental⁵⁹.

Les prix relativement bas auxquels le suif et la farine sont vendus constituent un autre facteur ayant une incidence négative sur cette industrie. Les défenderesses déclarent que la farine protéagineuse produite au cours du processus d'équarrissage est, en général, vendue au Canada, mais que les produits dérivés du suif sont exportés. On a constaté qu'il existe une offre abondante de produits d'origine non animale, qui font concurrence au suif, et dont les mérites par rapport aux produits d'origine animale sont vantés.

Donc, de façon générale, il s'agit d'une industrie où l'offre de matières équarrissables de qualité est en baisse depuis un certain temps, où les coûts augmentent et où il y a peu de possibilités de contrôler les prix auxquels les produits finis (le suif et la farine) sont vendus. Les équarrisseurs ont augmenté les prix qu'ils facturent à leurs clients. Par exemple, ils se font payer pour le ramassage des matières équarrissables, qui se faisait gratuitement autrefois, et ramassent sans les payer les matières qu'ils achetaient auparavant. Bien que certains des témoins considèrent que ces changements résultent du fusionnement,

⁵⁹ Transcription à la p. 246 et s. (26 novembre 1991).

la preuve démontre que ce n'est pas le cas. Ils découlent plutôt de l'augmentation des coûts et de la diminution des recettes qui frappent les équarrisseurs actuellement. L'équarrissage étant un service nécessaire, les équarrisseurs ne disparaîtront vraisemblablement pas complètement d'une région urbaine. Néanmoins, les pressions exercées sur l'industrie ont abouti à une consolidation accrue⁶⁰.

D. Obstacles l'entrée dans le marché

S'il n'y a pas d'obstacles importants à l'entrée dans le marché, il est peu vraisemblable qu'une firme fusionnée, quelle 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.

Tel que mentionné précédemment, il importe peu qu'une entreprise qui ne faisait pas auparavant une concurrence active à la firme fusionnée soit classée parmi les concurrents dans le marché pertinent ou parmi les nouveaux

⁶⁰ Voir aussi Cahier conjoint des preuves documentaires, vol. 17A, onglet 74 à la p. 36 (Pièce JB-17A (confidentielle)) :

[TRADUCTION]

Nous sommes dans un marché établi. La seule façon pour un équarrisseur d'augmenter de façon notable son approvisionnement en matières premières, c'est d'en obtenir un qui existe déjà. Nous nous attendons donc à assister à de nouvelles rationalisations dans l'industrie. Dans ce contexte, nous verrons des établissements de conditionnement et d'équarrissage cesser d'équarrir, et des équarrisseurs indépendants être achetés par des concurrents plus puissants.

venus possibles susceptibles d'empêcher la firme fusionnée d'exiger des prix supraconcurrentiels. Les défenderesses prétendent qu'il y a plusieurs façons de définir la notion d'entrée dans le marché : il peut s'agir de nouvelles firmes qui font leur entrée dans le marché, de firmes qui décident d'étendre leurs activités au marché pertinent à partir d'une autre région géographique, de firmes locales qui commencent à offrir le produit pertinent (ce qu'elles ne faisaient pas avant) et de firmes qui se trouvent déjà dans le marché pertinent (parfois appelées «firmes marginales») et qui sont en train d'augmenter leur production⁶¹. Le Tribunal a choisi d'exclure des décisions d'entrée dans le marché, l'augmentation de la production des firmes existantes, qu'il s'agisse de «firmes marginales» ou de concurrentes importantes. Il considère qu'il y a entrée dans le marché quand une nouvelle firme s'établit dans le marché, qu'elle soit complètement nouvelle venue dans l'industrie ou nouvelle venue dans la région géographique (par exemple, le Tribunal a déjà indiqué qu'il estimait que Lomex était en train d'essayer d'entrer dans le marché), ou bien quand des firmes locales qui n'offraient pas avant le produit en question commencent à le faire (par exemple, les exploitants d'entreprises qui s'occupent de cadavres d'animaux ou les abattoirs qui commencent à exploiter aussi une usine d'équarrissage)⁶².

⁶¹ *R. v. J.W. Mills & Son Ltd. et al* (1968), 56 C.P.R. 1 (C. de l'É.) à la p. 37; *United States v Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981 (D.C. Cir. 1990); *United States v. Syufy Enterprises*, 903 F.2d 659 à la p. 666 (9th Cir. 1990); *United States v. Waste Management, Inc.*, 743 F.2d 976 (2d Cir. 1984); *United States v. Calmar, Inc.*, 612 F. Supp. 1298 (D.C.N.J. 1985); *Re The Echlin Manufacturing Company*, 105 FTC 410 (1985).

⁶² *Supra*, note 21.

Le directeur a fait valoir que les obstacles à l'entrée dans le marché pertinent sont : les exigences environnementales et réglementaires qu'il faut satisfaire; la difficulté que peuvent avoir les entreprises à obtenir des approvisionnements suffisants pour leur permettre de devenir viables; les coûts irrécupérables que le démarrage d'une usine d'équarrissage comporte.

1) Contraintes environnementales et réglementaires

Il ne fait aucun doute que les approbations du ministère provincial de l'Environnement, du ministère provincial de l'Agriculture et de l'Alimentation et de la municipalité sont nécessaires pour établir une usine d'équarrissage, et que certains emplacements ne peuvent tout simplement pas être retenus pour une telle usine. Dans les régions urbaines et près de ces régions, beaucoup d'emplacements ne pourront vraisemblablement pas servir à cette fin. Néanmoins, si un emplacement approprié a été choisi, par exemple, dans une zone industrielle d'une grande municipalité, il sera plus facile d'obtenir les approbations environnementales et réglementaires. Dans son témoignage, M. Kosalle a déclaré que la Commission du havre de Hamilton disposait de plusieurs emplacements où peuvent être établies des usines d'équarrissage, et qu'elle était prête à en louer un pour cet usage. Les emplacements en question sont particulièrement attrayants parce qu'ils donnent accès à un quai, ce qui permet de transporter les produits finis de façon économique⁶³.

⁶³ Transcription aux pp. 45-46 (4 décembre 1991) (confidentielle); à la p. 495 (2 décembre 1991).

On a mentionné que l'ouverture de l'usine de Central By-Products récemment construite a été retardée parce qu'il fallait satisfaire à des exigences environnementales. Cette société avait commencé la construction en février 1990 sans avoir obtenu au préalable une approbation environnementale. Elle n'a retenu les services d'ingénieurs professionnels pour concevoir les systèmes de traitement de l'air et de l'eau qu'après le début de la construction. L'approbation du ministère de l'Environnement pour la nouvelle usine devrait être donnée sous peu⁶⁴. L'expérience de cette firme montre les difficultés auxquelles peut se heurter une nouvelle entreprise faisant son entrée dans le marché.

Le Tribunal n'attache pas beaucoup d'importance au temps que Rothsay a mis à essayer de trouver un nouvel emplacement quand elle a su que son usine de Toronto était expropriée. Rothsay aurait de bonnes raisons d'essayer de conserver l'emplacement de Toronto aussi longtemps que possible. Le Tribunal est d'avis qu'elle mettrait vraisemblablement quelque 18 mois pour pouvoir entrer dans le marché comme une toute nouvelle entreprise. Néanmoins, un fournisseur d'un marché géographique voisin qui élargirait son territoire de ramassage n'aurait pas les mêmes difficultés. En outre, l'intégration ascendante des abattoirs plus importants, sur une petite échelle, serait vraisemblablement moins difficile si ceux-ci disposaient d'un terrain adjacent à leur usine et s'ils se trouvaient déjà dans une zone appropriée.

⁶⁴ Transcription aux pp. 223-25 (26 novembre 1991).

2) Approvisionnements suffisants

Pour ce qui est d'obtenir des approvisionnements suffisants, le volume de matières nécessaire dépendra de la taille de l'usine en question. Manifestement, Central By-Products estime que 113 tonnes métriques suffisent⁶⁵. L'exploitant d'un abattoir ou d'une entreprise s'occupant de cadavres d'animaux, qui établit une usine d'équarrissage à l'endroit où est son entreprise, économisera davantage sur les frais d'équarrissage des matières qu'il produit que l'équarrisseur non intégré, car il n'aura pas de coûts de ramassage à payer. Fearman, par exemple, exploite une usine d'équarrissage pour ses matières de porc captives, usine qui a une capacité de 450 tonnes métriques par semaine. Schneider a une capacité d'environ 800 tonnes métriques par semaine. Banner, qui ne dispose pas de matières captives, exploite une usine dont la capacité est d'environ 510 tonnes métriques par semaine.

Better Beef et Quality Meat Packers sont des exemples d'abattoirs qui ont un approvisionnement suffisant pour établir au moins une petite entreprise d'équarrissage. Ces firmes produisent respectivement quelque 900 et 1 000 tonnes métriques de matières équarrissables par semaine. Des groupes de petits

⁶⁵ Ceci n'est peut-être pas tout à fait exact, car la quantité de cadavres d'animaux a considérablement diminué depuis que MM. Murray et Smith ont décidé de construire leur usine. Cette diminution coïncide avec le moment où les entreprises ont décidé de commencer à se faire payer pour le ramassage. (Transcription à la p. 220 (26 novembre 1991)).

fournisseurs pourraient aussi disposer d'une quantité de matières minimum requise pour justifier la construction d'une usine d'équarrissage⁶⁶.

Bien entendu, ces entreprises ne seraient pas capables d'établir une usine d'équarrissage de la taille de celles de Orenco ou de Rothsay. Qui plus est, compte tenu de la tendance à la baisse dans l'industrie, on peut se demander s'il est vraisemblable qu'il se produise beaucoup d'entrées dans le marché par suite de l'intégration ascendante d'abattoirs tels que ceux de Better Beef et de Quality Meat Packers ou d'un groupe de petites sociétés. Mais, il est évident qu'il s'agit plus que d'une simple possibilité. Central By-Products a pris une initiative de ce genre récemment et, en ce qui concerne la volaille, Maple Lodge Farms Ltd semble aussi avoir fait la même chose. Le critère pour déterminer si l'entrée possible d'une firme dans le marché disciplinera celui-ci consiste à déterminer si l'entrée se produira vraisemblablement, et non pas simplement si elle pouvait se produire.

3) Coûts irrécupérables

En ce qui concerne les coûts irrécupérables, il existe peu de preuve en ce qui concerne le pourcentage de l'investissement qui est englouti dans une usine d'équarrissage. Toutefois, la preuve démontre que l'investissement global requis peut varier considérablement selon la taille de l'usine. Central By-Products

⁶⁶ Transcription aux pp. 217-18 (26 novembre 1991); à la p. 1012 (9 décembre 1991); aux pp. 568-69 (2 décembre 1991).

a récemment construit une usine à Hickson (Ontario), pour la somme de 1,1 à 1,2 million de dollars. Ray Bowering, petit ramasseur qui vendait à l'origine des matières à Phil's Recycling, a construit sa propre usine qui peut équarrir 23 tonnes métriques de matières par semaine⁶⁷. Toutefois, à l'autre bout de l'échelle, Rothsay était d'avis que la somme de dix millions de dollars représenterait une estimation raisonnable du coût d'une nouvelle usine⁶⁸. Bien qu'il n'existe aucune preuve directe concernant le pourcentage des coûts qui serait irrécupérable, il est évident qu'il y en aura une partie, par exemple, les coûts afférents à l'obtention d'approbations réglementaires, à l'équipement spécialisé et à l'immeuble requis, qui seraient revendus, le cas échéant, à un prix inférieur à celui auquel ils ont été achetés.

4) Conclusion

L'importance des obstacles à l'entrée dans le marché dépend de l'entreprise qui pourrait faire son entrée dans le marché. Ils seraient modérément élevés pour une toute nouvelle entreprise faisant son entrée dans le marché. Étant donné les approbations réglementaires et environnementales qui sont exigées et le temps que prend la construction, tel que mentionné précédemment, il lui faudrait probablement compter environ 18 mois. En outre, l'obtention d'une quantité suffisante de matières (à moins que les matières ne soient achetées d'un

⁶⁷ Transcription à la p. 219 (26 novembre 1991); à la p. 1012 (9 décembre 1991); Tableaux mentionnés dans le témoignage de Joseph Kosalle (tableaux XVIII et XX) (Pièce R-4).

⁶⁸ Une estimation inférieure est donnée dans le Cahier conjoint des preuves documentaires, vol. 17A, onglet 74 à la p. 39 (Pièce JB-17A (confidentielle)).

concurrent existant dans le marché) et les coûts irrécupérables qu'il y aurait la dissuaderaient d'entrer dans le marché. En fait, compte tenu de l'état de ce marché, on ne s'attendrait pas à l'entrée d'une toute nouvelle entreprise.

Comme cela a été dit, l'entrée sur une petite échelle par intégration ascendante des abattoirs plus importants ou de groupes d'abattoirs ne peut pas être éliminée en tant que forme d'entrée possible, en particulier si ceux-ci se trouvent dans une région où l'industrie est acceptée et où il y a un espace adjacent qui est libre. Il ressort de l'expérience de MM. Murray et Smith, lors de la construction de l'usine de Central By-Products, que l'investissement requis pour une petite exploitation peut être relativement modeste; les coûts irrécupérables ne les ont pas dissuadés de poursuivre leur initiative. Bien que le Tribunal ait entendu des témoignages selon lesquels les petits abattoirs n'envisageraient pas d'équarrir leurs propres matières, aucune preuve n'a démontré qu'il en soit ainsi pour les plus gros abattoirs. D'autre part, le Tribunal n'estime pas que l'intégration ascendante des abattoirs plus gros est une forme importante d'entrée probable dans le marché. La forme la plus probable, face à une hausse de prix, est l'entrée par des fournisseurs déjà établis dans des régions voisines. Les obstacles à l'entrée n'empêcheraient pas ces derniers, devant ladite hausse, d'entrer dans le marché. En tout cas, ils pourraient tenter de le faire afin d'élargir leur territoire de ramassage à cause des faibles quantités de matières.

E. Les matières équarrissables ne sont pas homogènes

Les matières équarrissables ne sont pas homogènes, c'est-à-dire que la qualité varie, de même que la distance entre le lieu où se trouvent les matières et l'usine d'équarrissage. Certaines matières sont ramassées, d'autres sont livrées à l'usine par le producteur ou par d'autres. Le prix d'achat ou le prix payé pour le ramassage différera suivant la quantité des matières et leur qualité. La qualité, par exemple, ne sera pas la même selon qu'il s'agit de matières de boeuf ou de matières de porc, d'os ou de gras venant de commerces (par exemple, des supermarchés), de matières venant d'établissements de conditionnement, de matières de cadavres d'animaux de qualité inférieure ou de sang. Elle variera aussi selon la fraîcheur des matières. Il n'existe aucune liste de prix publiée pour le ramassage des matières équarrissables. Bien que le directeur ait principalement axé son argumentation selon que la firme fusionnée deviendra une firme dominante, dans la mesure où on pourrait prétendre que toute augmentation de la puissance commerciale conduirait à une collusion ou à l'établissement tacite des prix plutôt qu'au comportement d'une firme dominante, le caractère non homogène des matières équarrissables (notamment les différences relatives à la qualité, à la quantité et à la distance de l'usine d'équarrissage) rendrait ceci difficile.

F. Conclusion

Il est clair que le fusionnement entraînera une diminution de la concurrence. Ce qui constituera vraisemblablement une diminution «sensible» dépendra des circonstances dans chaque cas. Il est difficile d'énoncer clairement des critères qui pourraient s'appliquer, en dehors des critères évidents relatifs au degré et à la durée. Dans certains cas, le degré de diminution peut être évalué en fonction de facteurs tels que le nombre de concurrents qui restent dans le marché, l'importance du tort qui peut être fait avant que le marché puisse vraisemblablement redevenir concurrentiel, par exemple, par suite de l'entrée d'une nouvelle entreprise. On a proposé plusieurs critères : hausse de prix vraisemblable de 5 % pouvant être maintenue pendant un an; hausse de prix de 5 % pouvant être maintenue pendant plus de deux ans; hausse de prix faible, mais notable, et non transitoire. Le Tribunal ne juge pas utile d'utiliser des critères numériques stricts, bien que ceux-ci puissent être utiles pour des fins d'application.

Outre la diminution que le fusionnement entraînera, il y aura diminution de la concurrence par suite de changements dans le marché, qui n'ont pas de rapport avec le fusionnement. Il semble clair que la région de Toronto était la plus compétitive de l'Amérique du Nord. La concurrence était influencée en grande partie par le dynamisme de Darling (Toronto) et de Banner. Il existait une forte concurrence entre trois firmes toutes situées dans la ville de Toronto

(Darling, Rothsay et Banner) et une autre se trouvant à 40 milles (Orenco). Bien entendu, cet état de choses ne peut pas être rétabli.

On a demandé au Tribunal d'évaluer les effets du fusionnement en fonction de la nouvelle situation parce que c'est dans ce contexte que la firme fusionnée va agir. Le fusionnement des deux plus grosses entreprises et la fermeture de l'usine de Darling (Toronto) changeront sensiblement la structure du marché. Même si Darling reste dans le marché et fait concurrence à la firme fusionnée à partir de Detroit, elle ne sera pas aussi efficace à cet égard que lorsqu'elle avait une usine à Toronto. Elle deviendra une firme marginale plutôt qu'une concurrente importante. Bien qu'on ait dit, tel que mentionné précédemment, qu'elle construirait une usine à Hamilton, aucune preuve vérifiable n'indique qu'elle a l'intention de le faire. Si elle projetait de garder une usine dans cette région, on aurait pensé qu'elle aurait déjà pris des mesures concrètes à ce sujet.

D^r Ross s'est dit d'avis que, par suite du fusionnement et du départ de Darling de la région de Toronto-Hamilton, la firme fusionnée se comporterait vraisemblablement en une firme dominante, les autres entreprises devenant des concurrentes marginales. Selon lui, les augmentations de prix qui suivraient pourraient être très élevées à cause de la faible élasticité de la demande (les producteurs de matières équarrissables doivent se défaire de ces matières). Cette conclusion se fonde sur un certain nombre de suppositions, notamment qu'il y

aura des obstacles importants à l'entrée dans le marché et que les concurrents de la firme fusionnée auront une capacité excédentaire limitée.

Les défenderesses prétendent qu'il faudrait évaluer les effets vraisemblables du fusionnement sur une période plus longue que deux ans et étant donné la situation à la baisse du marché, dans un avenir relativement peu éloigné (selon elles, cinq ans), il n'y aura assez de matières équarrissables de viande rouge que pour répondre aux besoins d'une usine et de quelques petites firmes marginales spécialisées. On soutient aussi qu'étant donné l'augmentation prévue de la quantité de matières de volaille et la diminution de la quantité de matières de viande rouge, Rothsay (Moorefield) se consacrera à la transformation des matières de volaille et cessera d'équarrir les matières de viande rouge, et ce, qu'il y ait fusionnement ou non⁶⁹.

On a invoqué le jugement rendu dans l'affaire *United States v. General Dynamics Corp.*⁷⁰ dans le but de démontrer que, lorsqu'on évalue un fusionnement, on doit prendre en considération les changements qui se produisent dans le marché et ceux qui sont susceptibles de se produire à l'avenir. Cette affaire concerne l'industrie du charbon. Le gouvernement des États-Unis s'est fondé sur une preuve statistique pour montrer que cette industrie était concentrée, que la concentration augmentait et que l'acquisition en question accroîtrait la part du

⁶⁹ Discuté *infra* aux pp. 113-14.

⁷⁰ 485 U.S. 486 (1974).

marché de General Dynamics Corp. et contribuerait à accroître cette tendance. La Cour suprême a confirmé les conclusions d'un tribunal inférieur, selon lequel, en dépit de la preuve statistique, il n'y aurait pas de diminution de la concurrence, en raison de la production actuelle de la firme acquise et du potentiel beaucoup plus limité en ce qui concerne sa production future, compte tenu de la réduction de ses réserves.

Bien que les statistiques sur les parts du marché soient élevées et que les obstacles à l'entrée d'une toute nouvelle entreprise soient modérément importants, le Tribunal ne peut pas ignorer le fait que les firmes qui, géographiquement, sont en bordure du marché pertinent et qui seraient prêtes à élargir leur région de ramassage, s'il y avait une hausse de prix provoquée par la firme fusionnée, constitueront une source importante de discipline du point de vue de la concurrence. En effet, ces firmes pourraient estimer nécessaire d'élargir leur région de toute façon, afin de se procurer des quantités de matières suffisantes pour leur exploitation. Le fait qu'il y ait une capacité excédentaire dans l'ensemble du marché pertinent et dans les usines d'équarrissage proches du marché, signifie que la firme fusionnée sera soumise à des contraintes pour ce qui est de hausser les prix.

Il est vrai que le fusionnement n'a pas été causé par le besoin de rationaliser les firmes en raison des faibles quantités de matières et qu'il n'a pas été réalisé dans le but de limiter la concurrence dans le marché. Il est «simplement survenu» dans le contexte plus vaste de l'acquisition de Canada Packers Inc. par

Hillsdown. D'autre part, le déclin du marché est un facteur important dont il faut tenir compte, puisqu'il entraînera un accroissement de la capacité excédentaire et l'élargissement des territoires de ramassage qui existent actuellement.

À la lumière de ces considérations, le Tribunal ne s'estime pas convaincu, après avoir évalué les probabilités, que le fusionnement des deux entreprises d'équarrissage entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Cette décision constitue vraiment un cas limite, la difficulté résidant dans les changements dynamiques qui se produisent dans le marché.

L'efficacité de toute ordonnance de dessaisissement qui pourrait être rendue est un autre facteur pertinent à prendre en considération. Elle sera traitée plus loin, une fois que la preuve et les arguments relatifs aux gains en efficience auront été examinés.

VI. GAINS EN EFFICIENCE

L'article 96 de la *Loi sur la concurrence* est rédigé comme suit :

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. [soulignement ajouté]

L'article 96 reconnaît le fait que des fusionnements, qui entraînent ou entraîneront vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence, peuvent avoir des conséquences avantageuses aussi bien que préjudiciables et anti-concurrentielles. Ils peuvent augmenter l'efficience des firmes, par exemple, en leur permettant de bénéficier d'économies d'échelle (le coût unitaire de production diminue à mesure que le volume d'extrants augmente), d'économies de gamme (quand il est moins coûteux de produire ensemble deux ou plusieurs produits que de les produire séparément), de gains en efficience dynamiques obtenus grâce à l'amélioration de la qualité des produits ou à des innovations⁷¹.

A. Évaluation des économies de frais alléguées comme des gains en efficience

Les défenderesses prétendent que trois types de gains en efficience découlent du fusionnement : les économies de frais d'administration, les économies de frais de transport et les économies de frais de fabrication.

⁷¹ P. Areeda & L. Kaplow, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, 4^e éd., Boston, Toronto, Little, Brown, 1988, ¶ 120.

1) Économies de frais d'administration

On prétend que les économies annuelles de frais d'administration s'élèvent au total à 1 101 337 \$. Elles proviennent d'une réduction du nombre des postes chez Orenco, qui, soutient-on, ne sont plus nécessaires en raison du fusionnement. Il s'agit d'un poste de chef de la commercialisation, d'un poste de comptable, d'un poste de chef des services de ramassage et de trois postes d'agent de vente de la graisse. Les économies de frais proviennent de l'argent qui aurait été dépensé en salaires et en avantages sociaux connexes, ainsi que de frais (par exemple, les frais de déplacement). Le montant invoqué à ce titre n'est pas contesté. La question sur laquelle les parties ne s'entendent pas est celle à savoir si ces économies proviennent du fusionnement ou bien de quelque autre cause. Reste aussi le point suivant à examiner qui n'a pas été soulevé dans les arguments : si la graisse n'est pas considérée maintenant comme faisant partie du marché pertinent, pourquoi les économies relatives aux postes d'agent de vente de la graisse sont-elles incluses dans le calcul des gains en efficience?

Les experts du directeur contestent que les économies de frais d'administration soient des gains en efficience découlant du fusionnement selon les motifs suivants : i) ce sont les défenderesses qui détiennent toute l'information à cet égard et il est facile, dans le contexte d'un fusionnement, de camoufler le renvoi d'employés excédentaires; ii) les économies de ce genre sont dues à la répartition de coûts fixes selon une plus grosse production et, en conséquence, elles auraient pu être obtenues par des moyens autres que le fusionnement, par

exemple, la croissance interne, l'entreprise à risques partagés ou bien par suite d'un autre fusionnement. 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.

Toutefois, la plus grosse difficulté, quand on tente de déterminer si ces économies de frais découlent du fusionnement, est le fait qu'elles reposent sur des hypothèses concernant la structure qui aurait vraisemblablement caractérisé le marché si le fusionnement ne s'était pas produit, et que ces hypothèses ne semblent pas être pertinentes. Il en est de même à tout le moins pour certaines des économies de frais de transport, question qui sera traitée ci-après.

2) Économies de frais de transport

On a relevé trois sources d'économies de frais de transport : la rationalisation des itinéraires des camions dans l'ouest de l'Ontario; la rationalisation des itinéraires à Toronto; les économies provenant du fait que des matières sont envoyées à l'usine de Orenco (Dundas) plutôt qu'à celle de Rothsay (Moorefield). En ce qui concerne l'ouest de l'Ontario, puisque Rothsay (Moorefield) et Orenco desservent en bonne partie le même territoire, il est possible après le fusionnement d'utiliser moins de camions pour ramasser le

même volume de matières, ce qui se traduit par des économies relatives au kilométrage, à la main-d'oeuvre et au capital. Les économies annuelles réalisées à ce titre, selon les calculs, s'élèvent à 241 433,46 \$. Il n'y a aucun argument sérieux qui mette en doute l'exactitude de ces chiffres et de ces économies. Quant aux économies afférentes aux itinéraires de Toronto, avant que les matières de Rothsay (Toronto) soient amenées à Dundas, le territoire en cause était desservi par Rothsay (Toronto) et par Orenco. Le fait que les deux firmes aient combiné leurs itinéraires a entraîné des économies relatives au kilométrage, à la main-d'oeuvre et au capital se chiffrant à 1 451 522,69 \$.

Les défenderesses soutiennent qu'un tiers seulement de ces économies (soit des économies annuelles de 483 841 \$) est attribuable au fusionnement. Cette répartition est basée sur la supposition que, pour régler ses problèmes d'expropriation, Rothsay n'aurait pas agrandi son usine de Moorefield ni obtenu un emplacement dans le port de Hamilton, mais aurait dû laisser tomber les deux tiers de ses activités à Toronto. Puisque Rothsay pouvait absorber l'autre tiers à Moorefield sans avoir à agrandir son usine existante, les défenderesses allèguent qu'un tiers seulement des économies réalisées à ce titre est attribuable. Elles soutiennent également qu'un tiers des économies réalisées est attribuable au fait que les matières sont envoyées de Toronto à Dundas (Orenco) plutôt que de Toronto à Moorefield. Les économies annuelles de frais s'élèvent donc, selon elles, à un tiers de 519 905 \$, soit à 173 302 \$.

Ces chiffres ne sont guère contestés. Toutefois, en ce qui concerne les deux dernières catégories d'économies de frais de transport, la validité des allégations repose sur la supposition que Rothsay aurait réagi à l'avis d'expropriation en envoyant autant de matières qu'elle le pouvait (c'est-à-dire un tiers des matières de l'usine de Toronto) à Moorefield, et en laissant tomber le reste⁷². Cette supposition n'est pas plausible. Il ressort du témoignage de M. Kosalle, en ce qui concerne l'avis d'expropriation, que la solution la plus vraisemblable aurait été pour Rothsay de faire construire une nouvelle usine dans la région du port de Hamilton. En outre, sur les avis qu'ont reçus les chauffeurs de l'usine de Rothsay (Toronto), congédiés lors du transfert des matières de l'usine de Toronto à Rothsay (Moorefield) et à Orenco, il était dit qu'on mettait fin à leur emploi en raison de l'expropriation de l'usine de Toronto. M. Kosalle a admis qu'il était impossible de faire une distinction entre les économies de frais qui auraient pu découler du fusionnement et celles qui découlent de la restructuration effectuée par suite de l'expropriation. Pour ce qui est des gains en efficience que le fusionnement entraînera vraisemblablement, le fardeau de la preuve incombe aux défenderesses. Celles-ci n'y ont pas satisfait dans la mesure où leurs allégations de gains en efficience se fondent sur la supposition que Rothsay aurait réagi à l'expropriation en envoyant un tiers des matières de l'usine de Toronto à Moorefield et en laissant tomber le reste.

⁷² Affidavit supplémentaire de Donald G. McFetridge au para. 11 (Pièce R-20).

3) Économies de frais de fabrication

Les économies de frais de fabrication qui, soutient-on, découleraient du fusionnement, ont trait aux quelque six millions de livres de suif de la catégorie *bleachable fancy* que Orenco a achetées avant le fusionnement pour les mélanger à ses matières premières, afin de produire un suif de meilleure qualité. Elle se procurait ce suif de Taylor By-Product, aux États-Unis, ce qui lui coûtait annuellement 184 400 \$ de plus que si elle l'avait acheté sur place. En outre, les frais de chauffage, de mouture et de raffinage du suif s'élevaient à 33 600 \$. On prétend que Orenco peut maintenant fabriquer le même produit grâce aux matières premières de Rothsay.

Le Tribunal n'est pas convaincu que ces économies découlent du fusionnement. On prétend qu'avant le fusionnement, Orenco ne pouvait pas acheter au Canada tout le suif dont elle avait besoin parce qu'il ne s'y trouvait pas en quantité suffisante, et qu'elle ne pouvait pas acheter les matières premières pour produire elle-même cette catégorie de suif parce que, à ce moment-là, elle fonctionnait à plein rendement. Il semble clair que lesdites économies découlent des améliorations que Orenco a apportées à sa machinerie, qui lui ont permis d'accroître sa capacité de production, et non du fusionnement. Elles ne devraient donc pas entrer dans les gains en efficience⁷³.

⁷³ En ce qui concerne la restriction énoncée dans le paragraphe 96(3) de la Loi, qui dit que le Tribunal ne devrait pas considérer, lors d'une décision, un gain en efficience en raison «seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes», quoiqu'elle n'est pas pertinente étant donné la conclusion à laquelle le Tribunal est parvenu relativement à la cause desdites économies de frais, il est utile de se reporter aux propos

Donald G. McFetridge a préparé un rapport d'expert à titre de preuve dans lequel il évalue la perte sèche⁷⁴, qui pourrait vraisemblablement résulter du fusionnement, la comparant aux gains en efficience allégués par les défenderesses. Aux fins de son analyse, il a supposé qu'il y aurait une diminution de 20 % (et ensuite une de 30 %) dans les prix que les équarrisseurs paient aux fournisseurs de matières équarrissables. Il a aussi fait une analyse basée sur une augmentation de 40 % avec une élasticité de 0,1, pour conclure que les gains en efficience allégués dépassent la perte sèche. D^r McFetridge est parti d'une

que le directeur des enquêtes et recherches précédent a tenus dans un discours prononcé le 15 octobre 1988. Ils expliquent l'exception du paragraphe 96(3) :

[...] les gains en efficience qui sont de nature pécuniaire et qui résultent d'une distribution de revenu entre deux ou plusieurs personnes ne sont pas admissibles.

À titre d'exemple, les économies de coûts résultant du pouvoir de négociation accrue d'une entreprise pour obtenir de ses fournisseurs des rabais pour grandes quantités ne constituent pas, en soi, des gains en efficience. Le fait que l'acheteur soit en mesure d'obtenir des produits à un coût réduit dans un tel cas ne conduit qu'à un transfert de revenu des fournisseurs. Toutefois, des épargnes de coût résultant de commandes importantes et permettant à l'acheteur de réaliser des économies d'échelle ou de supporter des coûts de transaction moindres rendent compte parfois de véritables gains en efficience et peuvent par conséquent être considérées tels (*sic*). De la même façon, si des commandes importantes permettent au fournisseur de réduire ses coûts, réduction partiellement transférée à l'acheteur sous forme de prix plus bas, alors il se peut que ce transfert de coûts constitue aussi de véritables gains en efficience. Il est d'autres exemples de gains en efficience qui sont de nature pécuniaire et par conséquent ne sont pas admissibles. Il pourra en être ainsi des cas d'acquisition de main-d'oeuvre et des épargnes fiscales. (C.S. Goldman, «Les fusionnements, l'efficience et la Loi sur la concurrence : Notes pour une allocution», Atelier sur le droit commercial et le droit de la consommation, Faculté de droit, Université McGill, 15 octobre 1988.)

Une autre explication donnée dans le document de Areeda apporte des éclaircissements sur cette notion :

[TRADUCTION]

Outre les économies d'échelle «technologiques»..., beaucoup de grosses firmes profitent jusqu'à un certain point d'économies d'échelle «pécuniaires», par exemple, de rabais plus élevés pour faire de la réclame à grande échelle ou de tarifs plus bas pour une grosse utilisation des services publics, non liées à des économies de ressources. Contrairement aux économies technologiques, ces économies pécuniaires ne représentent pas des économies durables quant à l'utilisation de ressources valorisées sur le plan social et, dans certains cas, elles peuvent élever des obstacles à l'entrée dans le marché. En vérité, l'expression «économies pécuniaires» est peut-être un euphémisme pour désigner les profits excédentaires qu'un monopole exercé par l'acheteur rend possibles. Le monopsonne (comme on l'appelle) nuit à l'efficience économique autant que le monopole. Par conséquent, on peut difficilement s'opposer à la restructuration des grosses firmes sous le prétexte qu'elle les priverait d'économies pécuniaires. (*Supra*, note 71 à la p. 36.)

⁷⁴ Décrite *infra* à la p. 98.

diminution de 20 % parce que, lors de son interrogatoire préalable, le représentant du directeur, Stephen Peters, avait mentionné ce pourcentage. Il est clair que les pourcentages dont il s'est servi ne sont peut-être pas très réalistes pour cette industrie. En ce qui concerne les prix, il peut s'agir d'un montant assez faible (par exemple, trois cents par livre) jusqu'à une somme fixe pour le ramassage. En tout cas, étant donné les conclusions du Tribunal par ailleurs, il n'est pas nécessaire que celui-ci se prononce sur cette analyse.

4) Conclusion

Il faut d'abord traiter la question du fardeau de la preuve que doivent assumer les défenderesses lorsqu'elles prétendent qu'il y a des gains en efficacité. L'avocat des défenderesses a semblé soutenir qu'une fois ces gains établis sur une base *prima facie*, le fardeau de la preuve du contraire revenait au directeur. Il a prétendu que s'il y avait une incertitude, selon les probabilités, le bénéfice devrait être donné aux défenderesses. Le Tribunal n'accepte pas cet argument. Les défenderesses ont la charge de prouver l'existence des gains en efficacité qu'elles avancent, ou leur vraisemblance avant que le fusionnement n'ait été accompli, selon la prépondérance des probabilités, de la manière habituelle. En l'espèce, tel que mentionné précédemment, elles n'ont pas prouvé, dans un grand nombre de cas, que les gains en efficacité allégués découlaient du fusionnement et non de la restructuration que l'expropriation a entraînée. Qui plus est, les défenderesses ont basé leur analyse du compromis sur une interprétation

juridique de l'article 96 que le Tribunal ne croit pas correcte. Cette interprétation sera discutée ci-après.

B. Interprétation juridique du paragraphe 96(1)

Afin de comprendre les arguments qui ont été présentés au Tribunal concernant l'interprétation juste de l'article 96, il faut se reporter à une distinction que les économistes font entre deux types d'effets préjudiciables qui peuvent résulter du monopole ou de la position dominante d'une firme dans un marché. Si le fusionnement permet à l'entreprise fusionnée de hausser les prix par rapport à ce qu'on retrouverait dans un marché concurrentiel, alors il se produira vraisemblablement un transfert de fonds (le transfert de richesses) des consommateurs aux producteurs. Bien que ce transfert soit préjudiciable aux consommateurs, les économistes ne le qualifient pas nécessairement de préjudiciable pour l'ensemble de la société. Cette thèse pose comme principe qu'il n'y a aucune raison de supposer que si elles étaient entre les mains des acheteurs (les consommateurs), les richesses seraient utilisées pour des fins plus bénéfiques sur le plan social que si elles étaient entre les mains des producteurs (les vendeurs). Ce qui importe, selon ce jugement de valeur économique, ce sont les effets préjudiciables découlant du fusionnement qui entraînent des pertes pour l'ensemble de la société⁷⁵.

⁷⁵ O. Williamson, "Economics as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoffs" (1968) 58 Am. Econ. Rev. 18 aux pp. 21-23; "Economics as an Antitrust Defense Revisited" (1977) 125 U. of Pa. L. Rev. 699 à la p. 710 et s.

On dit qu'il y a un préjudice pour l'ensemble de la société, par exemple, quand les consommateurs, à cause des prix élevés, choisissent un substitut qui convient moins à l'utilisation qu'ils ont en tête. Dans un marché concurrentiel, ce produit aurait été leur second choix. Cette substitution inefficace est assimilée à une mauvaise répartition des ressources; on y voit une perte pour l'ensemble de la société. On dit alors qu'il y a une affectation inefficace des ressources ou une perte sèche.

Le directeur et les défenderesses soutiennent que le paragraphe 96(1) oblige le Tribunal à comparer «les gains en efficience» qui proviendront du fusionnement à cette affectation inefficace ou perte sèche⁷⁶. Dans le document intitulé *Fusionnements : lignes directrices pour l'application de la Loi*, on peut lire :

Selon le paragraphe 96(1), les gains en efficience doivent être comparés aux «effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé». Lorsqu'un fusionnement donne lieu à une augmentation de prix, il entraîne à la fois un effet de redistribution neutre et un effet négatif sur la répartition des ressources sur la somme des surplus du producteur et du consommateur (surplus total) au Canada. Les gains en efficience décrits ci-dessus sont comparés au dernier de ces effets, c'est-à-dire à la perte sèche pour l'économie canadienne⁷⁷. [renvoi omis]

⁷⁶ Pour plus d'explications sur la théorie économique, voir : H. Hovenkamp, *supra*, note 8, aux pp. 295-99; B. Dunlop, D. McQueen & M. Trebilcock, *Canadian Competition Policy: A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Book, 1987 aux pp. 160-65.

⁷⁷ Directeur des enquêtes et recherches, Bulletin d'information N° 5, mars 1991, Approvisionnement et Services Canada, 1991, à la p. 58.

Cette interprétation de l'article 96 se retrouve dans la publication *Mergers and the Competition Act*, par Crampton⁷⁸. Le Tribunal⁷⁹ a de la difficulté à l'accepter.

D'abord, le paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence* oblige le Tribunal à comparer «les gains en efficience» aux «effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement»⁸⁰. Si le Parlement avait voulu que seules l'affectation inefficace ou la perte sèche pour l'économie canadienne entrent en ligne de compte, alors on aurait pensé qu'il l'aurait indiqué expressément dans l'article. Selon l'interprétation que le directeur et les défenderesses donnent de l'article 96, les termes «effets de la diminution sensible de» doivent être compris de façon à exclure les transferts des consommateurs aux producteurs, qui constituent en général l'effet le plus important d'une diminution sensible de la concurrence⁸¹.

À vrai dire, des projets de loi antérieurs concernant des révisions proposées de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui a précédé la *Loi sur la concurrence*, contenaient des clauses qui précisaient bien que la préséance devait aller aux gains en efficience, sans qu'il soit nécessaire de les comparer à

⁷⁸ P.S. Crampton, *Merger and the Competition Act*, Toronto, Carswell, 1990 aux pp. 520-31, spécialement aux pp. 524-531.

⁷⁹ Quand, ici et ailleurs dans les présents motifs, on emploie le mot «Tribunal» et que la décision a trait uniquement à une question de droit, cette décision a été rendue exclusivement par le juge président l'audience.

⁸⁰ La version anglaise de la Loi parle de «*gains in efficiency*» et «*the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result*».

⁸¹ Il importe peu qu'on s'attende à voir des termes comme «affectation inefficace» ou «perte sèche» dans le texte de la Loi. Ces notions peuvent être exprimées en termes moins techniques.

l'ensemble des effets découlant d'une diminution sensible de la concurrence attribuable à un fusionnement. Par exemple, dans le projet de loi C-42, on pouvait lire :

5) La Commission ne doit pas rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (3) lorsque les parties à une fusion réalisée ou projetée et visée par le présent article, établissant à sa satisfaction que l'opération a accru ou peut vraisemblablement accroître sensiblement l'efficacité en réalisant pour l'économie canadienne des économies de ressources qui ne peuvent raisonnablement être obtenues par d'autres moyens⁸².

Et le projet de loi C-29 prévoyait ce qui suit :

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

[...]

c) lorsqu'elle conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, a accru ou accroîtra vraisemblablement l'efficacité d'une façon telle qu'il en résultera une épargne nette réelle et sensible de ressources pour l'économie canadienne et que la réalisation de l'accroissement en efficacité ne pourrait pas raisonnablement être envisagée si l'ordonnance était rendue⁸³.
[soulignement ajouté]

Mais ces articles n'ont pas été adoptés et le libellé du paragraphe 96(1) ne dit pas que le fusionnement devrait être admis s'il existe des gains en efficience substantiels. Le paragraphe exige plutôt une appréciation des

⁸² Bill C-42, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois*, 2^e sess., 30^e Lég., 1976-77.

⁸³ P.L. C-29, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, 2^e sess., 32^e Lég., 1983-84.

«gains en efficience» en fonction des «effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement».

Une description des divers objectifs de la législation sur la concurrence relativement aux gains en efficience se trouve dans le texte *Competition Law*⁸⁴. Il y est dit que la protection des consommateurs contre l'imposition de prix supraconcurrentiels est un objectif depuis toujours. Bien qu'on puisse le prétendre insignifiant par rapport à une perte pour l'ensemble de l'économie, Whish signale que des motifs politiques puissants militent l'accroissement de richesses aux dépens des consommateurs. Un autre objectif de tout temps consiste à encourager la répartition du pouvoir et des richesses :

[TRADUCTION]

Le regroupement de ressources entre les mains de monopoleurs ou de sociétés ou conglomérats multinationaux pourrait être considéré comme une menace par rapport à la notion de démocratie, de liberté de choix et de possibilité économique. Cet argument a eu de l'influence aux États-Unis où, pendant des années, on s'est méfié des grosses entreprises, et c'est en vertu des lois antitrust que la plus grosse société du monde, AT and T, a été finalement démembrée⁸⁵.

⁸⁴ *Supra*, note 34 aux pp. 12-15.

⁸⁵ *Ibid.* à la p. 30.

La protection des petites entreprises contre des rivaux plus puissants est considérée comme le troisième objectif de la législation sur la concurrence :

[TRADUCTION]

D'une façon ou d'une autre, en matière de concurrence, les autorités compétentes devraient faire respecter les règles du jeu pour que les 'petits' aient une chance honnête de réussir. Cette idée a exercé un grand attrait aux États-Unis, en particulier pendant la période où le juge en chef Warren était à la tête de la Cour suprême. Toutefois, il ne faut pas se cacher que le fait de mettre un frein à la lutte darwinienne, qu'obéit à la théorie selon laquelle les plus efficaces réussissent et les faibles disparaissent, afin de protéger la petite entreprise, peut aller directement contre la notion du bien-être des consommateurs. Il se peut que la législation sur la concurrence serve à préserver les entreprises inefficaces et à entraver le rendement de celles qui sont efficaces. Bork a d'ailleurs critiqué vertement la 'sentimentalité sans discernement' à l'égard des 'petits' aux États-Unis et, au cours des dernières années, le droit américain a évolué et est devenu considérablement moins sentimental. Et aujourd'hui, en attendant, le chou-chou actuel de la Commission européenne est 'la petite et moyenne entreprise'. Le 'petit' a donc toujours la faveur de ce côté-ci de l'Atlantique⁸⁶. [renvoi omis]

Ces objectifs peuvent toutefois jouer contre le quatrième objectif qui vise à favoriser l'efficacité dans l'ensemble de l'économie :

[TRADUCTION]

Il importe aussi de se rendre compte que les coutumes politiques et économiques changent et, qu'au cours d'une période donnée, la priorité des objectifs peut ne plus être la même. Aux États-Unis, il se produit un changement fondamental et, en matière de concurrence, les restrictions imposées ouvertement hier pourraient bien être, demain, les conditions préalables de l'efficacité⁸⁷.

Tout en gardant cela à l'esprit, on se tourne vers l'article où est énoncé l'objet de la *Loi sur la concurrence*. Il y est bien précisé que la Loi vise plusieurs objectifs. En voici le libellé :

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* à la p. 15.

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

L'interprétation de l'article 96 que les deux parties adoptent exige une lecture pondérée de cet article. Il faut donner préséance à l'exigence que la Loi soit interprétée «dans le but de stimuler [...] l'efficience de l'économie canadienne» plutôt qu'à celle exigeant de l'interpréter «dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs». En outre, l'exigence que la Loi soit interprétée dans le but «d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne» a moins d'importance. Le Tribunal n'a été renvoyé à aucun cas de jurisprudence selon lequel, dans l'énoncé de l'objet d'une loi, le premier objectif a plus de poids que ceux qui suivent. Rien non plus dans l'article énonçant l'objet de la Loi n'indique qu'une telle préférence doive être accordée. En fait, au cours des débats de la Chambre des communes, le ministre responsable de la Loi a indiqué que le quatrième objectif l'emportait sur les autres :

La mesure a pour quatrième objectif, et non le moindre, d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Cet objectif constitue en fait le dénominateur commun de nos initiatives. Voilà l'objectif ultime de ce projet de loi⁸⁸.

⁸⁸ Débats de la Chambre des communes, 7 avril 1986 à la p. 11927.

Crampton⁸⁹ a parlé de la preuve présentée au Comité législatif sur le projet de loi C-91⁹⁰. Au cours des travaux, il a été souligné que l'article qui traite de l'efficience n'était pas clair parce qu'il fallait comparer deux choses différentes. La réponse donnée à la page 11:40 se lit comme suit :

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

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

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

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

M. Ouellet: Dans son mémoire, la Fédération canadienne des entreprises indépendantes propose que des lignes directrices relatives à la défense invoquant l'efficience soient insérées dans la loi. Pourquoi ne donnez-vous pas de directives au tribunal à cet égard?

⁸⁹ *Supra*, note 78.

⁹⁰ *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, fascicule n° 11 (21 mai 1986) à la p. 11:34 et s.

M. Domm: Si vous regardez le paragraphe 68.(2), il est précisé que le tribunal évalue si ces gains se traduiront par une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations; ou par une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

Il convient de noter que les réponses données ont trait à la détermination de ce qui devrait être considéré comme des gains en efficience, et non à la clarification de ce à quoi ces gains, quelle que soit la définition qu'on en donne, devraient être comparés.

Le Tribunal n'ignore pas la polémique qui fait actuellement rage au sud de la frontière, à savoir si l'affectation efficace des ressources devrait être le seul but de la politique en matière de fusionnement⁹¹. Le débat aux États-Unis est bien décrit dans *Horizontal Mergers: Law and Policy*⁹². Il est utile d'en citer un extrait qui résume les diverses prises de position concernant les gains en efficience :

[TRADUCTION]

Défense absolue - Muris est peut-être le principal partisan d'une défense reposant essentiellement sur les gains en efficience. Bien qu'il concède qu'une défense s'appuyant entièrement sur les gains en efficience «compliquerait quelque peu les poursuites relatives aux fusionnements et que les économies ne peuvent pas toujours être prouvées», il croit néanmoins que la législation sur les fusionnements doit être fondée sur la théorie économique et que ce prémisses oblige à tenir compte des gains en efficience.

⁹¹ A.A. Fisher & R.A. Lande, "Efficiency Considerations in Merger Enforcement" (1983) 71 Calif. L. Rev. 1582; H. Hovenkamp, *supra*, note 8 aux pp. 41-42.

⁹² *Supra*, note 9 aux pp. 219-32.

Défense partielle - Certains commentateurs croient que les gains en efficacité doivent être pris cas par cas, mais laissent entendre que la portée de la défense en ce qui a trait aux gains en efficacité pourrait être limitée, afin que soient réduites les ressources judiciaires nécessaires pour régler les revendications à cet égard. Areeda et Turner limiteraient la défense à certains types de gains en efficacité (c'est-à-dire la taille et la spécialisation des usines où il y a des produits complémentaires) qui, selon eux, sont le plus susceptibles d'entraîner des économies de frais importantes. De même, l'ancien président de la FTC, M. Miller, admettrait une défense s'appuyant sur les gains en efficacité, mais seulement pour les gains qui ont trait aux économies d'échelle.

Sullivan est aussi en faveur d'une défense s'appuyant partiellement sur les gains en efficacité, mais il la limiterait d'après les normes relatives à la preuve, et plutôt que selon les types de gains en efficacité :

Sans entraîner le tribunal dans un domaine de jugement insupportablement complexe ou encombré de valeurs, on pourrait aussi dire que, lorsque les gains en efficacité attribuables aux économies de frais sont évidents, et qu'ils sont réalisés dans un contexte où les forces du marché obligeront le vendeur à en faire profiter les consommateurs, et que le préjudice concurrentiel n'est qu'hypothétique ... il serait sage de privilégier les bénéfices assurés plutôt que le tort possible sur le plan social. Même si le tribunal n'est pas disposé à comparer les bénéfices sociaux qu'apporteraient les gains en efficacité au tort social qui serait causé par un préjudice concurrentiel, quand les deux possibilités sont tout aussi vraisemblables ou certaines, il pourrait néanmoins accorder plus de poids à des bénéfices sociaux importants et vraisemblables qu'à un tort beaucoup plus incertain.

De même, certains commentateurs exigeraient que les gains en efficacité allégués correspondent à un minimum avant de faire l'objet d'un litige.

Dans un effort pour intégrer les considérations afférentes aux gains en efficacité dans les préoccupations traditionnelles antitrust, Rogers écrit que «les gains en efficacité ne sont pertinents comme facteur favorisant la concurrence que lorsqu'ils rendent le marché plus concurrentiel». Selon lui, cette condition sera vraisemblablement satisfaite quand deux firmes de taille moyenne fusionneront dans un marché dominé par de grosses firmes ayant des avantages notables en matière de gains en efficacité. Il en découle que, dans d'autres circonstances, les gains en efficacité peuvent rendre un marché moins concurrentiel au lieu de plus concurrentiel; il ne faudrait donc pas alors envisager une défense.

Pouvoir discrétionnaire de poursuivre - Un moyen de régler la question des gains en efficacité, sans la porter carrément devant les tribunaux, serait de permettre aux organismes compétents de prendre ces gains en considération quand vient le temps de déterminer s'il faut contester une transaction. Ainsi, les allégations relatives aux gains en efficacité ne seraient pas reçues une fois une poursuite intentée. Selon Williamson, les autorités compétentes devraient refuser de saisir les tribunaux des causes où «il est possible de montrer de façon raisonnablement plausible qu'il y a des économies réelles», mais il ne croit pas faisable ni avantageux pour les tribunaux de recevoir formellement une défense afférente aux

économies qui comporterait une évaluation complète des avantages relatifs. Cette approche est décrite dans la déclaration de la FTC et, semble-t-il, dans les lignes directrices relatives aux fusions de 1984.

Toutefois, on pourrait s'attendre à voir les parties essayer de pousser les cours de district à revoir la question des gains en efficacité quand le poursuivant décide que l'allégation ne suffit pas pour justifier le fusionnement. On a fait valoir, par exemple, que les parties présenteront aux tribunaux, de toute façon, une preuve afférente aux gains en efficacité et pourraient même soutenir qu'il serait arbitraire et capricieux de la part des autorités compétentes d'en tenir compte, mais pas de la part des tribunaux.

Établir des seuils d'exécution - D'autres commentateurs, bien que partageant l'idée que les gains en efficacité sont souhaitables et peuvent parfois justifier des fusions par ailleurs nuisibles, croient que les coûts pour contester pleinement un vaste éventail d'allégations relatives aux gains en efficacité imposeraient un fardeau insupportable au système judiciaire. De plus, même si les gains en efficacité pouvaient être quantifiés avec précision, il pourrait encore être impossible de quantifier les coûts compétitifs d'un fusionnement auxquels les gains doivent être comparés.

Les partisans de ce point de vue affirment généralement que la plupart des fusions qui augmentent les gains en efficacité seront permises, si les normes générales imposées par les lignes directrices sur les fusions sont établies de manière à équilibrer la puissance commerciale et les effets des gains en efficacité. Fisher et Lande, invoquant le coût élevé de l'incertitude économique et de la contestation des allégations relatives aux gains en efficacité, concluent :

En ce qui concerne les gains en efficacité, nous ajusterions les seuils prévus dans les lignes directrices relativement à la contestation des fusions, et en demanderions instamment au gouvernement et aux tribunaux de les respecter, pratiquement sans exception. Ce changement aurait pour effet d'admettre plus de types de gains en efficacité découlant d'un fusionnement et d'écarter un grand nombre de fusions dont l'incidence sur la puissance commerciale est trop hypothétique, sans augmenter de façon excessive les coûts de contestation et d'adaptation des entreprises.

Les commentateurs qui préconisent l'établissement de normes générales en pensant à l'efficacité ne proposent généralement pas de seuils numériques précis. Certains des documents cités précédemment ont été publiés avant les lignes directrices de 1982; on ne sait donc pas en quoi les normes révisées influenceraient les points de vue des commentateurs. Par exemple, Areeda et Turner sont en faveur d'une défense reposant partiellement sur les gains en efficacité parce que les fusions pour lesquels les parts du marché combinées représentent de 10 % à 13 % du marché (qui auraient

probablement été contestés en vertu des lignes directrices de 1968, mais non en vertu de celles de 1982 ou de 1984) font souvent intervenir des gains en efficacité. Un autre observateur signale que, selon une étude de Scherer, les firmes de onze industries sur les douze qui ont été étudiées, pourraient obtenir la plupart des avantages (sinon tous) d'une firme comptant plusieurs usines moyennant une part du marché national de 14 % ou moins, niveau qui ne serait vraisemblablement pas contesté en vertu des lignes directrices actuelles⁹³. [renvois omis]

Au sujet du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, on prétend que, si les termes «effets d'une diminution sensible de la concurrence» ne se limitent pas à la perte sèche, alors il y aura un nombre important de fusions dont les gains en efficacité seront augmentés, lesquels ne seront pas admis. On ne peut pas déterminer si c'est le cas dans la présente affaire à partir de la preuve produite. Assurément, une interprétation possible en fonction du libellé dudit paragraphe est de peser les gains en efficacité allégués par rapport à la vraisemblance que des effets préjudiciables (transferts de richesses et affectation inefficace de ressources) résulteront d'une diminution sensible de la concurrence. Autrement dit, s'il est vraisemblable, mais pas absolument certain, que ces effets se produiront, on pourrait donner plus de poids aux gains en efficacité que dans le cas contraire. Dans certains cas, les effets préjudiciables vraisemblables d'un fusionnement peuvent être modestes, tandis que, dans d'autres, ils peuvent être très importants. Il n'est pas déraisonnable de supposer que les gains en efficacité allégués pourraient faire l'objet d'une comparaison dans ce contexte. S'il était vraisemblable que les gains en efficacité entraîneraient

⁹³ *Ibid.* aux pp. 229-32.

une baisse de prix pour les consommateurs, ce facteur serait vraisemblablement déterminant⁹⁴.

Il y a une autre considération qui touche aux arguments relatifs à la défense reposant sur les gains en efficacité. 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? D^r McFetridge en a parlé dans son affidavit et a conclu qu'il serait discriminatoire de décider que le transfert n'est pas neutre. Le Tribunal ne fait rien de plus que de soulever ces questions puisque, pour les raisons déjà invoquées, il n'est pas nécessaire dans le présent contexte qu'il se prononce à ce sujet.

⁹⁴ Pour une récente étude d'une analyse de ce genre, voir : A.A. Fisher, F.I. Johnson et R.H. Lande, "Price Effects of Horizontal Mergers" (1989) 77 Calif. L. R. 777.

VII. ORDONNANCE DE DESSAISSEMENT - EFFICACITÉ

On a soutenu qu'en l'espèce, une ordonnance de dessaisissement ne serait pas efficace. Pour qu'elle le soit, il faudrait que Rothsay y réagisse en prenant des mesures positives pour s'assurer de demeurer un concurrent dynamique dans l'industrie de l'équarrissage de la viande rouge. Le directeur présume qu'elle le fera. Rothsay affirme qu'elle ne le fera pas.

Le dessaisissement exigeant que les matières de Rothsay (Toronto) que Orenco transforme maintenant soient enlevées de cette dernière, il s'ensuit implicitement que Rothsay devra agrandir son usine de Moorefield ou bien en construire une nouvelle, par exemple, à Hamilton. Bien que l'avocat du directeur ait fait allusion à un autre arrangement possible, par exemple, que Orenco continue à transformer à contrat les matières en question, il est difficile de conclure que cette solution serait viable à long terme. Orenco serait sans aucun doute disposée à transformer temporairement lesdites matières en vertu d'un contrat de sous-traitance pendant que Rothsay construirait des installations supplémentaires, mais il est difficile de croire qu'en étant indépendante, Orenco accepterait un tel arrangement de façon permanente, au lieu d'insister pour que Rothsay lui vende les droits relatifs aux contrats pertinents.

Une ordonnance qui remettra Rothsay et Orenco dans la position où elles se trouvaient avant le fusionnement ne peut pas maintenant être rendue.

Au moment du fusionnement, Rothsay cherchait énergiquement une solution à l'expropriation de son usine de Toronto. Rien ne permet de supposer qu'elle n'aurait pas été autorisée à rester dans son emplacement de Toronto jusqu'à ce que de nouvelles installations soient construites. M. Kosalle, à tout le moins, est d'avis que la solution aurait consisté à construire une nouvelle usine sur un terrain appartenant à la Commission du havre de Hamilton. Quand est survenu le fusionnement, Rothsay a renoncé à ses efforts de trouver une solution.

Orenco a modifié son usine de manière à pouvoir y traiter une partie importante des matières de Rothsay (Toronto). Elle n'a pas acheté d'appareil à hydrolyser et elle ne s'est pas mise à transformer les plumes de volaille. S'il y avait un dessaisissement en ce qui concerne Orenco, Rothsay (Moorefield) devrait prendre toutes les matières captives provenant des activités de transformation de viande rouge et de volaille de Hillsdown et de Canada Packers Inc. Orenco transforme environ 680 tonnes métriques de matières captives de viande rouge par semaine. Le fusionnement des activités en amont de transformation de viande rouge et de volaille effectuées par Hillsdown et par Canada Packers Inc. est approuvé. Ce fusionnement ne soulève pas de préoccupations en ce qui a trait à la concurrence. S'il y avait une ordonnance de dessaisissement, la totalité des matières captives serait transformée par Rothsay (Moorefield). Sans agrandissement, la capacité dont dispose cette usine serait alors considérablement entamée.

Outre les matières captives de viande rouge, Les Aliments Maple Leaf Inc., exploitation en amont de Rothsay pour la transformation de la volaille, traite 40 % de la volaille qui est transformée dans la province de l'Ontario. Puisqu'on s'attend à une augmentation de l'offre de matières de volaille, l'usine de Moorefield devra, avec le temps, transformer une plus grande quantité de matières de volaille captives; on prétend qu'elle choisira vraisemblablement de concentrer ses activités sur l'équarrissage de la volaille (matières captives et matières non captives) plutôt que de faire concurrence à Orenco en fournissant des services d'équarrissage des matières de viande rouge. On fait donc valoir que, de toute façon, Rothsay (Moorefield) cessera d'être une concurrente dynamique dans le marché pertinent pour ce qui est des matières de viande rouge.

Le Tribunal accepte l'argument des défenderesses selon lequel la baisse continue en ce qui concerne les matières de viande rouge et d'autres changements dans le marché rendent la construction d'une nouvelle usine à Hamilton moins attrayante maintenant qu'en 1989-1990. En ce qui concerne l'usine de Rothsay à Moorefield, bien que le Tribunal n'est pas convaincu que les exigences environnementales et l'opposition de la collectivité rendraient son agrandissement impossible, il se demande si Rothsay opterait pour cette solution.

Si l'usine de Toronto n'avait pas été expropriée, la question de l'efficacité d'une ordonnance de dessaisissement n'aurait pas été soulevée. Toutefois, dans les circonstances en l'espèce, le Tribunal doute qu'une telle

ordonnance serait efficace pour préserver un degré important de concurrence dans le marché pertinent pendant une période suffisamment longue pour qu'elle soit justifiée.

Le Tribunal ne veut pas donner l'impression qu'il hésite à ordonner le dessaisissement simplement parce que les défenderesses ont changé leurs positions en réaction au fusionnement avant que le directeur présente sa demande en vue d'obtenir une ordonnance provisoire. Ce n'est manifestement pas le cas. Les commentaires du Tribunal sur l'inefficacité vraisemblable d'une ordonnance de dessaisissement se rattachent seulement aux faits particuliers de l'espèce, y compris les conditions particulières du marché. Le Tribunal n'est pas convaincu que le fait de rendre une ordonnance, dont l'efficacité dépend de la construction d'installations supplémentaires par l'une des parties dans un marché où il y a déjà une capacité excédentaire et une diminution des quantités de matières, donnerait des résultats qui favoriseraient le jeu de la concurrence.

VIII. ORDONNANCE

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE QUE la demande en vue d'obtenir une ordonnance de dessaisissement soit rejetée.

FAIT à Ottawa, ce 9^{ième} jour de mars 1992.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) B. Reed _____
B. Reed