

A-219-02
2003 FCA 53

A-219-02
2003 CAF 53

The Commissioner of Competition (*Appellant*)

v.

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

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

Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Rothstein
JJ.A—Ottawa, November 26, 27, 2002 and January 31,
2003.

Competition — Whether Competition Tribunal followed directions of F.C.A. upon redetermination of whether merger of two propane companies should be dissolved as preventing, reducing competition — Tribunal found merger lessened competition in certain areas, prevented it in Atlantic Region but negative impacts offset by efficiency gains — F.C.A. allowing appeal for misinterpretation of Competition Act, s. 96 (efficiency defence), providing directions for redetermination — Commissioner's merger dissolution application again denied by Tribunal — Tribunal originally relied on "total surplus standard" in weighing effects of reduced competition against efficiency gains — Looked at "deadweight" loss of wealth to economy — Wealth transfer from consumers to shareholders disregarded — Efficiency gains greatly exceeding deadweight loss — F.C.A. held Tribunal erred in limiting negative merger effects to deadweight loss — Failed to consider purpose of Act: provide consumers competitive prices, product choices — Tribunal, on redetermination, used balancing weights approach, considered purposes of Act — Controversial aspect of methodology chosen by Tribunal: treatment of wealth transfer from consumers to shareholders — Socially adverse effects discussed — Whether inclusion of entire wealth transfer would vitiate efficiency defence — Tribunal acted within Court's directions in using socially adverse effects approach — Did not disobey Court in not considering merger effects from qualitative perspective — Tribunal correct in noting fine line between aggressive competition, predatory pricing — Situation of small, mid-sized businesses considered by Tribunal, restrictive view not taken — Tribunal did not err in refusing to consider monopoly per se as anti-competitive effect in s. 96(1) analysis — Monopoly is market condition, not effect of condition — Socially adverse effects approach not eliminating respondent's burden on ultimate issue: whether efficiencies exceed, outweigh negative effects — Dissenting (in part) opinion as to impact of monopolies.

Le commissaire de la concurrence (*appelant*)

c.

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

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

Cour d'appel, juge en chef Richard, juges Létourneau et Rothstein, J.C.A.—Ottawa, 26 et 27 novembre 2002 et 31 janvier 2003.

Concurrence — Le Tribunal a-t-il suivi les directives que lui a données la C.A.F. dans le réexamen du fusionnement de deux sociétés de propane pour déterminer s'il devrait être dissous au motif qu'il empêche ou diminue la concurrence — Le Tribunal avait conclu que le fusionnement diminuait la concurrence dans certaines régions et l'empêchait dans la région de l'Atlantique, mais que les effets défavorables seraient compensés par des gains en efficacité — La C.A.F. a accueilli l'appel au motif d'une mauvaise interprétation de l'art. 96 de la Loi sur la concurrence (la défense fondée sur les gains en efficacité) et a donné des directives en vue du réexamen — La demande de dissolution du fusionnement présentée par le commissaire a été rejetée de nouveau par le Tribunal — Dans sa décision originale, le Tribunal a appliqué le «critère du surplus total» pour comparer les effets de la diminution de la concurrence aux gains en efficacité — Il a examiné la «perte sèche» de richesse pour l'économie — Le transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires n'a pas été pris en compte — Les gains en efficacité excèdent grandement la perte sèche — La C.A.F. a jugé que le Tribunal a commis un erreur en limitant les effets négatifs du fusionnement à la perte sèche — Il n'a pas tenu compte de l'objet de la Loi: assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits — Dans son réexamen, le Tribunal a appliqué la méthode des coefficients pondérateurs et a tenu compte des objectifs de la Loi — L'aspect controversé de la méthode choisie par le Tribunal concerne son traitement du transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée — Les effets socialement défavorables du fusionnement ont été traités — Question de savoir si l'inclusion de la totalité du transfert de richesse annulerait la défense fondée sur les gains en efficacité — Le Tribunal s'est conformé aux directives de la Cour en utilisant l'analyse des effets socialement défavorables. — Il n'a pas désobéi à la Cour en refusant de prendre en considération les effets du fusionnement dans une perspective qualitative — Le Tribunal a fait observer à juste titre que la distinction est souvent tenue entre une stratégie offensive de

concurrence et la fixation de prix abusifs — Le Tribunal a examiné la situation des petites et moyennes entreprises, sans adopter une vision restrictive — Le Tribunal n'a pas commis une erreur en refusant de considérer la création d'un monopole en soi comme un effet anticoncurrentiel dans son analyse selon l'art. 96(1) — Le monopole est une situation du marché, non l'effet de cette situation — L'approche des effets socialement défavorables n'élimine pas le fardeau incombant à l'intimée de persuader le Tribunal sur la question ultime, que les gains en efficacité surpassent et neutralisent ces effets — Opinion dissidente (en partie) quant à l'impact des monopoles.

Judges and Courts — Whether directions given by F.C.A. followed by Competition Tribunal on redetermination of merger dissolution application — Whether Tribunal erred in law by criticizing earlier F.C.A. judgment herein, disrespecting stare decisis doctrine — While Tribunal's criticism of Court unusual in extent, no error in law as Court's directions not defied, did not accord mere lip service to directions — Per Létourneau J.A. (dissenting in part): on redetermination, not tribunal's role to criticize judicial decisions by which bound — Has potential of undermining justice system, public confidence therein.

Juges et tribunaux — Question de savoir si les directives données par la C.A.F. ont été suivies par le Tribunal de la concurrence dans le réexamen d'une demande de dissolution d'un fusionnement — Question de savoir si le Tribunal a commis une erreur de droit en critiquant l'arrêt antérieur de la C.A.F. dans la présente affaire, manquant ainsi au principe du stare decisis — Le degré auquel le Tribunal a critiqué l'arrêt de la Cour est inhabituel, mais ces critiques ne constituent pas une erreur de droit comme il n'y pas eu désobéissance et comme le Tribunal n'a pas suivi les directives de la Cour qu'en paroles — Le juge Létourneau, J.C.A. (dissent en partie): dans une procédure de réexamen, ce n'est pas le rôle d'un tribunal administratif de critiquer des décisions judiciaires qui le lient — Cela risque de miner le système d'administration de la justice et la confiance publique à son endroit.

The issue on this appeal was whether the Competition Tribunal had followed the directions given to it by this Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185.

La question en litige dans le présent appel porte sur le point de savoir si le Tribunal de la concurrence a suivi les directives que lui a données la Cour dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185.

Prior to December 1998 Superior Propane and ICG Propane were two businesses each involved in the retail sale of propane. On the same day that Superior acquired ICG, the Commissioner of Competition filed an application under section 92 of the *Competition Act* for an order dissolving the merger as it would substantially prevent or lessen competition. While the Tribunal found that this merger would indeed lessen competition in many local markets and prevent competition in the Atlantic region, it concluded that such negative impacts would be offset by gains in efficiency. The Commissioner appealed the Tribunal's denial of a dissolution order and this Court allowed the appeal, holding that the Tribunal had misinterpreted section 96 of the Act. The matter was remitted for redetermination but the Tribunal again denied the Commissioner's application.

Avant décembre 1998, Supérieur Propane et ICG Propane s'occupaient l'une et l'autre de vente au détail et de distribution du propane. Le jour où Supérieur a fait l'acquisition d'ICG, le commissaire de la concurrence a déposé une demande en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* visant à obtenir une ordonnance enjoignant de dissoudre le fusionnement au motif qu'il empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence. Le Tribunal a jugé que le fusionnement aurait vraisemblablement l'effet de diminuer la concurrence sur de nombreux marchés locaux et d'empêcher la concurrence dans la région de l'Atlantique, mais il a conclu que ces effets défavorables seraient compensés par des gains en efficacité. Le commissaire a interjeté appel du refus du Tribunal de prononcer l'ordonnance enjoignant la dissolution et la Cour a accueilli l'appel au motif que le Tribunal avait mal interprété l'article 96 de la Loi. L'affaire a été renvoyée au Tribunal en vue d'un réexamen, mais le Tribunal a rejeté de nouveau la demande du commissaire.

Section 96 of the Act, referred to as the "efficiency defence", requires that the Tribunal not order dissolution of a

L'article 96 de la Loi, qui contient ce qu'on appelle la «défense fondée sur les gains en efficacité», prévoit que le

merger likely to bring about efficiency gains that will be greater than, and will offset, the effects of any reduction of competition, provided that the efficiency gains could probably not be achieved without the merger.

In its original decision, the Tribunal relied upon what economists term the "total surplus standard" in weighing the effects of reduced competition against efficiency gains. It looked at the "deadweight" loss of wealth to the economy resulting from the merger. Deadweight loss results from the fall in demand for the merged entities' products following a post-merger price increase and the allocation of resources that occurs when consumers switch to a substitute product. Under this total surplus standard, the wealth transfer from the consumer to the shareholders of the merged entity resulting from a post-merger price hike is disregarded. On that basis, the Tribunal accepted that efficiency gains would amount to \$29.2 million per year as against a deadweight loss of only \$3 million annually. It did find, however, that the reduction or withdrawal of certain products and services which had been offered by ICG would increase the total deadweight loss to \$6 million per year — an amount still well below the efficiency gains.

This Court took issue with that decision, concluding that the Tribunal had erred in law in limiting the relevant effects of an anti-competitive merger, for section 96 purposes, to only deadweight loss, thereby making the efficiency defence in all cases a codification of the total surplus standard. In its section 96 analysis, the Tribunal erred in failing to take into account the purposes of the statute, as set forth in section 1.1, one of which is "to provide consumers with competitive prices and product choices".

The Court provided directions to the Tribunal for its redetermination: (1) for section 96 purposes, the effects cannot be limited to deadweight loss in all cases; (2) it was for the Tribunal to select the methodology for determining anti-competitive effects; (3) the methodology must be flexible enough to allow the facts to be fully measured; (4) the balancing weights approach suggested by the expert witness would be acceptable; (5) the Tribunal had only to identify and assess the effects of reduced competition, having regard to Act, section 1.1, and then determine whether the efficiency gains — already proven — exceeded those effects; and (6) the burden of proving anti-competitive effects was on the Commissioner while respondent bore the burden of proving the efficiency gains and whether they would exceed and

Tribunal ne rend pas l'ordonnance enjoignant la dissolution d'un fusionnement qui aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience qui surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, dans la mesure où ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés sans le fusionnement.

Dans sa décision originale, le Tribunal a appliqué ce que les économistes appellent le «critère du surplus total» pour comparer les effets de la diminution de la concurrence aux gains en efficience. Il a examiné la «perte sèche» de richesse pour l'économie qu'entraîne le fusionnement. La perte sèche résulte de la chute de la demande des produits des entités fusionnées par suite d'une hausse de prix intervenue après le fusionnement et de l'affectation des ressources qui se produit lorsque les consommateurs achètent un produit de substitution. Selon le critère du surplus total, on ne tient pas compte du transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée par suite de l'augmentation des prix après le fusionnement. Sur ce fondement, le Tribunal a accepté que les gains en efficience se chiffraient à 29,2 millions de dollars par année, par rapport à une perte sèche de 3 millions de dollars par année seulement. Toutefois, il a conclu que la réduction ou l'élimination potentielle de certains produits et services qui avaient été offerts par ICG porterait la perte sèche totale à 6 millions de dollars par année—soit un montant beaucoup moins élevé que celui des gains en efficience.

La Cour a contesté cette décision et conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en limitant les effets pertinents d'un fusionnement anticoncurrentiel, pour l'application de l'article 96, à la seule perte sèche, ce qui revenait à faire de la défense fondée sur les gains en efficience, dans tous les cas, une codification du critère du surplus total. Dans son analyse de l'article 96, le Tribunal a commis une erreur en ne tenant pas compte des objectifs exposés à l'article 1.1 de la Loi, notamment de celui «d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits».

La Cour a donné des directives au Tribunal en vue du réexamen: 1) pour l'application de l'article 96, on ne peut, dans tous les cas, limiter les effets à la perte sèche; 2) il appartient au Tribunal de déterminer la méthode correcte pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels; 3) la méthode choisie doit être suffisamment souple pour permettre au Tribunal d'apprécier pleinement les faits; 4) la méthode des coefficients pondérateurs, proposée par un témoin expert serait acceptable; 5) le Tribunal n'a qu'à identifier et à apprécier les effets de la diminution de la concurrence, compte tenu des objectifs exposés à l'article 1.1 de la Loi, et à décider si les gains en efficience—déjà établis—surpassent ces effets; 6) le commissaire a le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels, tandis que l'intimée a le fardeau de prouver les gains en

offset the negative effects.

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

Per Rothstein J.A. (Richard C.J. concurring): It appeared, *prima facie*, that the Tribunal had followed the Court's directions. It did not restrict itself to the total surplus standard, but had regard to the balancing weights approach and took into account the purposes of the Act as set out in section 1.1.

The controversial aspect of the methodology chosen by the Tribunal was the treatment of the wealth transfer from consumers to the merged entity's shareholders. This wealth transfer was said to amount to \$40.5 million per year. The Commissioner's argument was that this amount ought to be added to the \$6 million deadweight loss with the result that the efficiency gains would be outweighed. That approach is termed the "consumer surplus standard". The Tribunal was not, however, prepared to accept that the entirety of this wealth transfer would be a socially adverse effect of the merger. Its view was that only the socially adverse portion of this wealth transfer should count against the efficiency gains. The Tribunal's conclusion was that the only socially adverse effects would involve low-income households which utilized propane for essential purposes and had no good alternative. This socially adverse wealth transfer was calculated at \$2.6 million per year. Still, following the balancing weights approach, the interests of these low-income consumers were to be weighted more heavily than those of the merged entity's shareholders. While the proper weight could not, on the evidence, be established, assuming that if the adverse portion of the wealth transfer were doubled, the total of the socially adverse wealth transfer plus the deadweight loss amounted to just over one-third of the efficiency gains so, in the result, the merger should not be set aside.

One Tribunal error asserted by the Commissioner was its failure to include the entire wealth transfer as an anti-competitive effect of the merger. The Commissioner says that there was, before the Tribunal, no evidence to support its conclusion, that the inclusion of the entire wealth transfer would vitiate the efficiency defence. For its part, respondent could not point to any properly introduced evidence supporting the vitiating conclusion. The Commissioner's argument on this point was well taken. There were, however, other grounds for the Tribunal's conclusion that the entire wealth transfer should not be included in assessing the anti-competitive effects. Certainly, the balancing weights approach, endorsed by the Court, rejects inclusion of the entire wealth transfer as that would not allow for discretion in dealing with the merger's

efficiency and d'établir que les gains en efficacité surpasseraient et neutraliseraient vraisemblablement les effets négatifs.

Arrêt (le juge Létourneau, J.C.A., dissident en partie): l'appel doit être rejeté.

Le juge Rothstein, J.C.A. (avec l'appui du juge en chef Richard): Il appert, *prima facie*, que le Tribunal a suivi les directives de la Cour. Il ne s'est pas limité au critère du surplus total et a plutôt tenu compte de la méthode des coefficients pondérateurs et des objectifs de la Loi exposés à l'article 1.1.

L'aspect controversé de la méthode choisie par le Tribunal concerne son traitement du transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée. Ce transfert de richesse a été établi à environ 40,5 millions de dollars par année. Le commissaire a plaidé que ce montant devait être ajouté à la perte sèche de 6 millions, de sorte que les gains en efficacité seraient surpassés. Cette analyse est appelée le «critère du surplus du consommateur». Le Tribunal n'était pas disposé, cependant, à accepter que la totalité du transfert de richesse constituait un effet socialement défavorable du fusionnement. Il a adopté la position que c'était seulement la partie socialement défavorable du transfert de richesse qu'on pouvait opposer aux gains en efficacité. Le Tribunal a jugé que les seuls effets socialement défavorables étaient les effets sur les ménages à faible revenu qui utilisaient le propane à des fins essentielles et n'avaient pas d'autres possibilités intéressantes. Cette partie socialement défavorable du transfert de richesse s'élevait à 2,6 millions de dollars par année. Néanmoins, selon la méthode des coefficients pondérateurs, il fallait attribuer aux intérêts de ces ménages à faible revenu un coefficient plus élevé qu'aux intérêts des actionnaires de l'entité fusionnée. Toutefois, la preuve au dossier ne permettait pas de déterminer le coefficient approprié, mais même si l'on doublait la portion défavorable du transfert de richesse, le total de la partie défavorable du transfert de richesse et de la perte sèche ne se ferait qu'un peu plus du tiers des gains en efficacité, de sorte que le fusionnement ne devrait pas être annulé.

L'une des erreurs reprochées au Tribunal par le commissaire aurait été de ne pas inclure la totalité du transfert de richesse comme effet anticoncurrentiel du fusionnement. Le commissaire dit qu'il n'y avait aucune preuve présentée au Tribunal lui permettant de tirer la conclusion que l'inclusion de la totalité du transfert de richesse annulerait la défense fondée sur les gains en efficacité. De son côté, l'intimée n'a pu indiquer aucun élément de preuve régulièrement présenté pour soutenir la conclusion du Tribunal relative à l'annulation. L'argument du commissaire sur ce point était bien fondé. Cependant, le Tribunal s'est appuyé sur d'autres fondements pour rejeter l'inclusion de la totalité du transfert de richesse dans son appréciation des effets anticoncurrentiels. La méthode des coefficients pondérateurs, préconisée par la Cour, rejette

impact on the different socio-economic status of consumers and shareholders. The Tribunal acted within its discretion, as conferred by this Court's directions, in engaging in the socially adverse effects approach.

Nor could it be said that the Tribunal had disobeyed this Court's directions by refusing to consider the effects of the merger from a qualitative perspective. Indeed, the Tribunal acknowledged that it had to consider all of the effects, even if they could not be quantified. Effects would be considered qualitatively if they could not be quantitatively estimated. It was not unreasonable for the Tribunal to have insisted on quantification, where possible, of the adverse effects in order to minimize the degree of subjective judgment required in the effects assessment process under subsection 96(1).

As to whether the Tribunal had erred in adopting a restrictive view of this merger on small and medium-sized businesses, the Tribunal was correct in noting that there is a fine line between aggressive competition and predatory pricing. The Tribunal had recognized its obligation to consider whether small and medium-sized companies will be denied an equitable opportunity of participating in economic activity. It did not err in finding that an equitable opportunity for participation in a subsection 96(1) analysis did not confer on the small and mid-sized customers of the merged entity a right to competitive prices. The Tribunal found that anti-competitive conduct contrary to the Act had not been demonstrated and, while referring specifically to sections 50 and 79 (predatory pricing and abuse of dominance), its reference to those provisions was by way of example only as was shown by its use of the phrase "anti-competitive conduct offensive under the Act".

Another argument advanced by the Commissioner was that the Tribunal erred in refusing to consider the creation of a monopoly *per se* as an anti-competitive effect in its subsection 96(1) analysis. That submission could not be agreed with. Monopoly *per se* was not to be treated by the Tribunal as an anti-competitive effect to be weighed against efficiency gains under subsection 96(1). Monopoly, however defined, describes a market condition, not the effect of that condition. In the approach followed, the Tribunal had already taken into account effects of the merger and to consider these effects again, as arising from the monopoly condition, would be to double-count them. As the Commissioner adduced no

certainement l'inclusion de la totalité du transfert de richesse parce que cela ne ménagerait pas le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour tenir compte de l'incidence d'un fusionnement sur les statuts socio-économiques différents des consommateurs et des actionnaires. Le Tribunal exerçait bien le pouvoir discrétionnaire que lui avait conféré la Cour par ses directives lorsqu'il a entrepris l'analyse des effets socialement défavorables.

On ne peut non plus dire que le Tribunal aurait commis une erreur en refusant de prendre en considération les effets du fusionnement dans une perspective qualitative. Le Tribunal a même reconnu qu'il doit prendre en considération tous les effets, même s'ils ne peuvent être quantifiés. Les effets ne seraient considérés sous l'angle qualitatif que s'il était impossible d'en faire une estimation quantitative. Il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal d'insister sur la quantification, là où elle est possible, des effets négatifs de manière à minimiser le degré de jugement subjectif nécessaire dans le processus d'appréciation des effets dans le cadre du paragraphe 96(1).

S'agissant de savoir si le Tribunal a commis une erreur en adoptant une vision restrictive des effets du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises, le Tribunal a fait observer à juste titre que la distinction est souvent ténue entre une stratégie offensive de concurrence et la fixation de prix abusifs. Le Tribunal a reconnu son obligation de considérer si les petites et moyennes entreprises sont privées d'une chance honnête de participer à l'activité économique. Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en jugeant qu'une chance honnête de participer à l'économie dans le cadre du paragraphe 96(1) ne confère pas aux petites et moyennes entreprises qui sont des clients de l'entité fusionnée un droit à des prix compétitifs. Le Tribunal a estimé que la preuve n'établissait pas l'existence d'une action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi et, s'il a renvoyé expressément aux articles 50 et 79 (fixation de prix abusifs et abus de position dominante), le renvoi aux articles 50 et 79 était donné à titre d'exemple seulement comme le montre la formulation «action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi».

Le commissaire plaidait encore que le Tribunal avait commis un erreur en refusant de considérer la création d'un monopole en soi comme un effet anticoncurrentiel dans son analyse selon le paragraphe 96(1). La Cour n'a pu souscrire à cet argument. Le Tribunal n'était pas tenu de traiter le monopole en soi comme un effet anticoncurrentiel à opposer aux gains en efficacité dans le cadre du paragraphe 96(1). Le monopole, de quelque façon qu'on le définisse, est la description d'une situation du marché, non l'effet de cette situation du marché. Dans son analyse, le Tribunal avait déjà pris en compte un certain nombre des effets du fusionnement et prendre en considération ces effets une autre fois comme

evidence of additional effects resulting from monopoly, it could not be said that the Tribunal erred in finding that a monopoly condition did not give rise to additional anti-competitive effects.

The Commissioner further argued that, by criticizing the Court's previous judgment herein, the Tribunal showed its disrespect for the doctrine of *stare decisis*, thereby committing an error in law. The Tribunal had called into question a number of points in this Court's judgment. There is, however, a difference between criticizing a higher Court's decision and refusing to follow it. On occasion, lower courts do question decisions of higher courts just as courts sometimes question the wisdom of legislation and even recommend law reform. While the extent of the Tribunal's criticism of the Court herein was unusual, that did not constitute error of law absent defiance of the Court's directions. There was here no defiance.

The final question regarding the *stare decisis* issue was whether, in finding that a mere \$2.6 million of the \$40.5 million wealth transfer should be deemed an anti-competitive effect, the Tribunal accorded only lip service to the Court's direction. Was this implicit defiance? It could not be held that the Tribunal's conclusion was contrary to the weight of the evidence, that it ignored evidence or that the inferences drawn by it were unreasonable. The *stare decisis* doctrine had been respected.

As to onus of proof, the Court could not agree with the Commissioner's suggestion, that the socially adverse effects approach essentially eliminates any burden on respondent of persuading the Tribunal on the ultimate issue of whether the efficiencies exceed and outweigh the negative effects. Choosing the socially adverse effects approach, the methodology selected by the Tribunal, was not inconsistent with the Court's directions. The burden was on the respondent to satisfy the Tribunal that the efficiency gains are greater than and offset the socially adverse effects of the merger.

Per Létourneau J.A. (dissenting in part): A question of national interest which strikes at the heart of the *Competition Act* is whether the defence of efficiency authorizes the creation of monopolies through mergers. According to section 1.1 of the Act, its purpose "is to maintain and encourage competition in Canada". The defence of efficiency was not meant to and could not override competition in an Act designed to promote it. Contrary to the conclusion arrived at by the Tribunal, the paramount objective of the statute was not economic

déoulant de la situation de monopole équivaldrait à les compter en double. Comme le commissaire n'avait pas présenté de preuve d'effets additionnels du monopole, on ne peut dire que le Tribunal a conclu à tort qu'une situation de monopole n'entraîne pas d'effets anticoncurrentiels additionnels.

Le commissaire a encore plaidé que le Tribunal a commis une erreur de droit en critiquant l'arrêt de la Cour et que, par là, il a manqué au principe du *stare decisis*. Le Tribunal a remis en question un certain nombre de points dans le jugement de la Cour. Cependant, il ne faut pas confondre la critique de la décision d'une juridiction supérieure et le refus de la suivre. Il arrive parfois que les tribunaux judiciaires inférieurs mettent en question la décision d'une juridiction supérieure, tout comme à l'occasion, les tribunaux judiciaires mettent en question le bien-fondé des lois adoptées par le Parlement et recommandent des modifications du droit. Le degré auquel le Tribunal a critiqué l'arrêt de la Cour en l'espèce est certes inhabituel. Toutefois, ces critiques ne constituent pas une erreur de droit à moins qu'elles ne s'accompagnent d'une désobéissance aux directives de la Cour. Il n'y pas eu désobéissance.

La seule question qui reste concernant la question du *stare decisis* est donc de savoir si le Tribunal, en concluant qu'un montant de 2,6 millions de dollars seulement sur les 40,5 millions de dollars de transfert de richesse devait être considéré comme un effet anticoncurrentiel, n'a suivi les directives de la Cour qu'en paroles. Le Tribunal désobéissait-il ainsi implicitement aux directives de la Cour? On ne peut juger que la conclusion du Tribunal en l'espèce est contraire à l'ensemble de la preuve, qu'il n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou que les déductions qu'il a faites étaient déraisonnables. Le principe du *stare decisis* a été respecté.

S'agissant du fardeau de preuve, la Cour ne peut souscrire à la position du commissaire que l'approche des effets socialement défavorables élimine, pour l'essentiel, tout fardeau incombant à l'intimée de persuader le Tribunal sur la question ultime, que les gains en efficacité surpassent et neutralisent ces effets. Le choix par le Tribunal de la méthode des effets socialement défavorables n'est pas incompatible avec les directives de la Cour. Il incombe à l'intimée de convaincre le Tribunal que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets socialement défavorables d'un fusionnement.

Le juge Létourneau, J.C.A. (dissent en partie): Une question d'intérêt national qui touche le cœur de la *Loi sur la concurrence* est de savoir si la défense fondée sur les gains en efficacité autorise la création de monopoles par la voie de fusionnements. Selon l'article 1.1, la Loi a pour objet «de préserver et de favoriser la concurrence au Canada». La défense fondée sur les gains en efficacité n'était pas censée primer sur la concurrence et l'éliminer, et ne pouvait non plus avoir cet effet, dans une loi visant à favoriser la concurrence.

efficiency. Section 96 was not meant to authorize the creation of monopolies as that would defeat the purpose of section 1.1. American law is to the same effect: the United States Supreme Court has held that, in enacting antitrust laws, "Congress was dealing with competition, which it sought to protect, and monopoly, which it sought to prevent". The creation of monopolies is the ultimate adverse, anti-competitive effect which defeats the very purpose of the Act. For the sake of economic efficiency, the Act permits a substantial lessening of competition, but not its entire elimination.

The suppression of monopolies was moved from the criminal to the civil process in order to ease the burden of fighting illegal mergers. No longer had it to be proved beyond a reasonable doubt that a merger was contrary to the public interest. When the current Act was under consideration, the House was told by Minister Côté that the "bill proposes a tough civil law on mergers". The issue of monopolies in the context of an Act which favours competition is not just a question of evidence but rather a matter of principle.

The evidence was to the effect that, post-merger, in certain localities (such as Sault Ste. Marie, Sudbury, Thunder Bay and Fort McMurray) the merged entity would enjoy monopolies or near-monopolies, having 96 to 100% of the market. A remedy should be tailored to correct the problems created by the merger without, if possible, compromising it and its gains in economic efficiency. It should be possible to solve the problems caused by the monopoly in the geographical areas identified without putting into question the entire merger. It should be left to the Tribunal to determine the best course of action in the circumstances, and issue orders accordingly. Under section 92, the Tribunal can order the merger be dissolved in part or that shares or assets be disposed of.

In the interest of a proper administration of justice, it should be noted that, while criticism of judicial decisions is not always improper, that is not a tribunal's role in redetermination proceedings. To criticize the reviewing Court's findings and directives is hazardous, as it has the potential of undermining our justice system and public confidence therein. Our Supreme Court has held that it "is fundamental to the due administration of justice that the authority of decisions be scrupulously respected by all courts upon which they are binding". Acting as did the Tribunal here may even negatively impact on the public perception and credibility of the Tribunal as it can be

L'efficacité économique n'était pas l'objectif premier de la Loi, comme le voulait la conclusion du Tribunal. L'article 96 ne visait pas à autoriser la création de monopoles, car cela irait à l'encontre de l'objet défini à l'article 1.1. Le droit américain va dans la même sens. La Cour suprême des États-Unis a statué, au sujet des lois antitrust américaines, que [TRADUCTION] «le Congrès traitait de la concurrence, qu'il cherchait à protéger, et du monopole, qu'il cherchait à empêcher». La création de monopoles constitue l'effet anticoncurrentiel défavorable ultime, qui va à l'encontre de l'objet même de la Loi. Au nom de l'efficacité économique, la Loi permet une diminution sensible de la concurrence, mais elle n'autorise pas son élimination complète.

La prévention des monopoles, relevant auparavant du droit pénal, a été rattachée à des dispositions civiles visant à faciliter la lutte contre les fusions illégales. Il n'était plus nécessaire de prouver au-delà de tout doute raisonnable qu'un fusionnement était contraire à l'intérêt public. Lors de l'étude du projet de loi dont est issue la Loi actuelle, le ministre Côté a déclaré à la Chambre des communes: «Le projet de loi propose une disposition civile rigoureuse sur les fusions». La question des monopoles dans le contexte d'une Loi qui favorise la concurrence n'est pas une simple question de preuve, mais bien une question de principe.

Selon la preuve, après le fusionnement, dans certaines localités (par exemple Sault Ste. Marie, Sudbury, Thunder Bay et Fort McMurray), l'entité fusionnée jouirait de monopoles ou de quasi-monopoles, détenant de 96 à 100 % du marché. La réparation devrait être conçue de manière à corriger les problèmes créés par le fusionnement, sans compromettre, si possible, le fusionnement et les gains en efficacité économique qui en découlent. Il devrait être possible de résoudre les problèmes de monopole dans les régions géographiques indiquées sans remettre en question l'ensemble du fusionnement. Il faudrait laisser au Tribunal le soin de déterminer la meilleure façon de procéder dans les circonstances et de prononcer les ordonnances nécessaires. Le Tribunal possède, en vertu de l'article 92 de la Loi, de vastes pouvoirs lui permettant d'ordonner que le fusionnement soit dissous en partie ou qu'on se départisse d'actifs ou d'actions.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il convient de noter que, s'il n'est pas nécessairement déplacé d'exprimer certaines critiques à l'égard d'une décision judiciaire, ce n'est pas là le rôle d'un tribunal administratif dans une procédure de réexamen. Il est dangereux de se lancer dans une critique des conclusions et directives de la cour de révision, car cela risque de miner le système d'administration de la justice et la confiance publique à son endroit. La Cour suprême a statué qu'«[i] est fondamental, pour assurer la bonne administration de la justice, que l'autorité des décisions soit scrupuleusement respectée par tous les tribunaux qui sont

seen as demonstrating arrogance or immaturity. Worst of all, it could give rise to an allegation of bias on a tribunal's part or that it demonstrated a closed mind leading to a reasonable apprehension of bias.

liés par elles». Le fait d'agir comme l'a fait le Tribunal en l'espèce peut également avoir un impact négatif sur la perception que le public a du Tribunal et sur la crédibilité de ce dernier, dans la mesure où on peut y voir de l'arrogance ou un manque de maturité. Le pire, c'est qu'un tel comportement peut susciter une allégation de partialité du tribunal ou une allégation que le tribunal a manifesté lors du réexamen une fermeture d'esprit conduisant à une crainte raisonnable de partialité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 50, 79 (as enacted *idem*, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37), 92 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc., [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109 (C.A.); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 385 (Comp. Trib.); *Cassell & Co Ltd v Broome*, [1972] 1 All ER 801 (H.L.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 51 C.P.R. (3d) 131 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

Canada Temperance Act (The), Re, [1939] O.R. 570; [1939] 4 D.L.R. 14 (C.A.); *affd* [1946] 2 D.L.R. 1; [1946] A.C. 193; (1946), 85 C.C.C. 225; 1 C.R. 229 (P.C.); *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504; [1951] 2 D.L.R. 465; (1951), 67 C.R.T.C. 87; *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-91*, Issue No. 1, April 23, 1986.
Crampton, P. S. "The Efficiency Exception for Mergers: an Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal" (1993), 21 *Can. Bus. L.J.* 371.
Fisher, A. and R. Lande. "Efficiency Considerations in Merger Enforcement" (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 1582.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 50 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 50), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37), 92 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., [2001] 3 C.F. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109 (C.A.); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 385 (Trib. conc.); *Cassell & Co Ltd v Broome*, [1972] 1 All ER 801 (H.L.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1993), 51 C.P.R. (3d) 131 (Trib. conc.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada Temperance Act (The), Re, [1939] O.R. 570; [1939] 4 D.L.R. 14 (C.A.); *conf. par* [1946] 2 D.L.R. 1; [1946] A.C. 193; (1946), 85 C.C.C. 225; 1 C.R. 229 (P.C.); *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504; [1951] 2 D.L.R. 465; (1951), 67 C.R.T.C. 87; *Arthur c. Canada (Procureur général)* (2001), 283 N.R. 346 (C.A.F.).

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, Fascicule n° 1, le 23 avril 1986.
Crampton, P. S. «The Efficiency Exception for Mergers: an Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal» (1993), 21 *Can. Bus. L.J.* 371.
Fisher, A. and R. Lande. «Efficiency Considerations in Merger Enforcement» (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 1582.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal (*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.* (2002), 18 C.P.R. (4th) 417) following redetermination proceedings, the issue being whether the directions provided by this Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185, had been adhered to. Appeal dismissed (Létourneau J.A. dissenting in part).

APPEARANCES:

John F. Rook, Q.C., Jo'Anne Strekaf, William J. Miller, Steven T. Robertson and Christopher P. Naudie for appellant.
Neil Finkelstein, Brian A. Facey and Charlotte Kanya-Forstner for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada and Bennett Jones LLP, Toronto for appellant.
Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

ISSUE

[1] The issue on this appeal from the Competition Tribunal is whether the Tribunal followed the directions given to it by this Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185 (C.A.).

FACTS

[2] Prior to December 1998, Superior Propane Inc. (Superior) and ICG Propane Inc. (ICG) were each engaged in the retail sale and distribution of propane and related services.

[3] On December 7, 1998, Superior acquired ICG (the Superior/ICG merger or merger).

[4] On December 7, 1998, the Commissioner of Competition (the Commissioner) filed an application under section 92 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd

APPEL d'une décision du Tribunal de la concurrence (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.* (2002), 18 C.P.R. (4th) 417) à la suite d'une procédure de réexamen, sur la question de savoir si les directives données par la Cour dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185, ont été suivies. Appel rejeté (le juge Létourneau, J.C.A., dissident en partie).

ONT COMPARU:

John F. Rook, c.r., Jo'Anne Strekaf, William J. Miller, Steven T. Robertson et Christopher P. Naudie pour l'appellant.
Neil Finkelstein, Brian A. Facey et Charlotte Kanya-Forstner pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada et Bennett Jones LLP, Toronto pour l'appellant.
Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour les intimées.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

LA QUESTION EN LITIGE

[1] La question en litige dans le présent appel interjeté à l'encontre d'une décision du Tribunal de la concurrence porte sur le point de savoir si le Tribunal a suivi les directives que lui a données la Cour dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.).

LES FAITS

[2] Avant décembre 1998, Supérieur Propane Inc. (Supérieur) et ICG Propane Inc. (ICG) s'occupaient l'une et l'autre de vente au détail et de distribution du propane et de services afférents.

[3] Le 7 décembre 1998, Supérieur a fait l'acquisition d'ICG (le fusionnement Supérieur/ICG ou le fusionnement).

[4] Le 7 décembre 1998, le commissaire de la concurrence (le commissaire) a déposé une demande en vertu de l'article 92 [édicte par L.R.C (1985) (2^e suppl.),

Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. by R.S.C. 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] (the Act), for an order to dissolve the merger of Superior and ICG on the grounds that the merger would substantially prevent or lessen competition.

[5] By reasons and order dated August 30, 2000 [*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4th 385)], the Competition Tribunal (the Tribunal) found that the merger was likely to lessen competition substantially in many local markets and for national account customers and was likely to prevent competition substantially in Atlantic Canada. However, the Tribunal did not make the order for dissolution of the merger sought by the Commissioner under section 92. It found, pursuant to section 96 [as enacted *idem*, s. 45], that the merger was likely to bring about gains in efficiency that would be greater than and would offset the effect of the prevention and lessening of competition that would result from the merger.

[6] The Commissioner appealed the Tribunal's denial of a dissolution order to this Court.

[7] By judgment dated April 4, 2001, this Court allowed the Commissioner's appeal on the grounds that the Tribunal had misinterpreted section 96 of the Act. The matter was remitted to the Tribunal for redetermination in a manner consistent with the reasons of the Court.

[8] By reasons and order dated April 4, 2002 [*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.* (2002), 18 C.P.R. (4th) 417], the Tribunal, after conducting the redetermination ordered by the Court, dismissed the Commissioner's application (the redetermination decision).

[9] This is an appeal by the Commissioner from the Tribunal's dismissal of his application following its redetermination proceedings.

ch. 19, art. 45, L.C. 1999, ch. 2, art. 37] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19], (la Loi), visant à obtenir une ordonnance enjoignant de dissoudre le fusionnement de Supérieur et ICG au motif qu'il empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence.

[5] Dans une ordonnance motivée du 30 août 2000 [*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 385], le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a conclu que le fusionnement aurait vraisemblablement l'effet de diminuer sensiblement la concurrence sur de nombreux marchés locaux et à l'égard des clients qui constituent des comptes nationaux et d'empêcher sensiblement la concurrence dans les provinces de l'Atlantique. Toutefois, le Tribunal n'a pas prononcé l'ordonnance enjoignant de dissoudre le fusionnement qu'avait demandée le commissaire en vertu de l'article 92. Il a jugé, sur le fondement de l'article 96 [édicte, *idem*, art. 45], que le fusionnement entraînerait vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront l'effet de l'empêchement et de la diminution de la concurrence découlant du fusionnement.

[6] Le commissaire a interjeté appel auprès de la Cour du refus du Tribunal de prononcer l'ordonnance enjoignant la dissolution.

[7] Par arrêt daté du 4 avril 2001, la Cour a accueilli l'appel du commissaire au motif que le Tribunal avait mal interprété l'article 96 de la Loi. L'affaire a été renvoyée au Tribunal en vue d'un réexamen conforme aux motifs de la Cour.

[8] Par ordonnance motivée du 4 avril 2002 [*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.* (2002), 18 C.P.R. (4th) 417], le Tribunal, après avoir procédé au réexamen ordonné par la Cour, a rejeté la demande du commissaire (la décision à la suite du réexamen).

[9] Le commissaire en appelle du rejet de sa demande par le Tribunal à la suite de la procédure de réexamen.

ANALYTICAL APPROACH

[10] In order to determine whether the Tribunal, in its redetermination decision, failed to follow the directions of the Federal Court of Appeal, it is necessary to consider:

1. the relevant legislative scheme;
2. the relevant findings of the Tribunal in its original decision;
3. what the Court found to be in error in the Tribunal's original decision;
4. what the Court concluded and directed the Tribunal to do; and
5. whether the Tribunal, in its redetermination decision, did what it was directed to do by the Court.

1. THE RELEVANT LEGISLATIVE SCHEME

[11] Section 92 of the Act provides that if the Tribunal finds that a merger prevents or lessens or is likely to prevent or lessen competition substantially, it may, subject to section 96, order that the merger be dissolved. Section 96 is referred to as the "efficiency defence". The Tribunal shall not order dissolution of a merger under section 92 if it finds that the merger is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will likely result from the merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the dissolution order were made.

[12] Sections 92 and 96 provide:

92. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or

ANALYSE

[10] Pour déterminer si le Tribunal, dans sa décision à la suite du réexamen, n'a pas suivi les directives de la Cour d'appel fédérale, il faut considérer:

1. le régime législatif en cause;
2. les conclusions pertinentes du Tribunal dans sa décision originale;
3. les éléments que la Cour a jugés erronés dans la décision originale du Tribunal;
4. les conclusions de la Cour et les directives qu'elle a données au Tribunal;
5. si le Tribunal, dans sa décision à la suite du réexamen, s'est conformé aux directives données par la Cour.

1. LE RÉGIME LÉGISLATIF EN CAUSE

[11] L'article 92 de la Loi prévoit que, dans les cas où le Tribunal conclut qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, il peut rendre une ordonnance enjoignant de le dissoudre. L'article 96 contient ce qu'on appelle la «défense fondée sur les gains en efficacité». Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance enjoignant la dissolution du fusionnement qui est prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront vraisemblablement du fusionnement et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

[12] Les articles 92 et 96 disposent:

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet:

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c), the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

(i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,

(ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or

(iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, to take any other action, or

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

(i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or

(iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

(A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or

(B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, ordering the person to take any other action.

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

...

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

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c), le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96:

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non:

(i) de le dissoudre, conformément à ses directives,

(ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,

(iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure;

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant:

(i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,

(iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non:

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,

(B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le commissaire et cette personne y souscrivent.

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

[...]

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

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

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

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

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

2. THE RELEVANT FINDINGS OF THE TRIBUNAL IN ITS ORIGINAL DECISION

[13] In its original decision, the Tribunal found that the Superior/ICG merger would prevent or lessen competition substantially. The Tribunal then went on to consider the efficiency defence under section 96. The Tribunal used what economists refer to as the "total surplus standard" to weigh "the effects of any prevention or lessening of competition" against efficiency gains. The effect that is looked at under the total surplus standard is the "deadweight" loss of wealth to the economy resulting from the merger. Deadweight loss results from the fall in demand for the merged entities' products following a post-merger increase in price, and the inefficient allocation of resources that occurs when, as prices rise, consumers purchase a less suitable substitute. Under the total surplus standard, an anti-competitive merger is allowed to proceed when efficiency gains are greater than and offset this deadweight loss to the economy.

[14] The total surplus standard does not consider the effect of the wealth likely to be transferred from consumers to the shareholders of the merged entity as a result of the anti-competitive merger and the consequent increase of prices. This "wealth transfer" or "redistributive effect" is considered to be neutral. Under the total surplus standard, there is no economic reason for favouring a dollar in the hands of consumers over a dollar in the hands of the shareholders of the merged entity who are also consumers.

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

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

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

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

2. LES CONCLUSIONS PERTINENTES DU TRIBUNAL DANS SA DÉCISION ORIGINALE

[13] Dans sa décision originale, le Tribunal a jugé que le fusionnement Supérieur/ICG empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence. Le Tribunal a ensuite considéré la défense fondée sur les gains en efficacité, prévue à l'article 96. Le Tribunal a appliqué ce que les économistes appellent le «critère du surplus total» pour comparer les «effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence» aux gains en efficacité. L'effet qui est examiné selon le critère du surplus global est la «perte sèche» de richesse pour l'économie qu'entraîne le fusionnement. La perte sèche résulte de la chute de la demande des produits des entités fusionnées par suite d'une hausse de prix intervenue après le fusionnement et de l'affectation inefficace des ressources qui se produit lorsque, par suite de la hausse des prix, les consommateurs achètent un produit de substitution convenant moins bien. Selon le critère du surplus total, un fusionnement anticoncurrentiel est autorisé lorsque les gains en efficacité excèdent et neutralisent la perte sèche pour l'économie.

[14] Le critère du surplus total ne tient pas compte de l'effet de la richesse qui sera vraisemblablement transférée des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée par suite du fusionnement anticoncurrentiel et de l'augmentation des prix en résultant. Ce «transfert de richesse» ou cet «effet de redistribution» est considéré comme neutre. Selon le critère du surplus total, il n'y a pas de raison d'ordre économique pour se prononcer en faveur d'un dollar dans les mains des consommateurs plutôt que d'un dollar

[15] In its original decision, the Tribunal found that the efficiency gains over 10 years were estimated to be \$29.2 million per year. The initial deadweight loss calculation measured by the total surplus standard was estimated to be not more than \$3 million per year over 10 years. In addition, the Tribunal considered negative qualitative effects resulting from the potential reduction or removal of product offerings following the merger. Specifically, ICG had established certain services and pricing arrangements that Superior and other propane marketers did not. The Tribunal found that the removal or reduction of these services would reduce the real output of the industry. In the view of the Tribunal, the combined effect of the initial loss calculation of \$3 million and the negative qualitative effects would result in a total deadweight loss that would not exceed \$6 million per year over 10 years. Because the Tribunal found that efficiency gains of \$29.2 million per year exceeded the deadweight loss of \$6 million, it concluded that the efficiency gains were greater than and would offset the effects of the lessening or prevention of competition. As a result, it dismissed the Commissioner's application to dissolve the merger.

3. WHAT THE COURT FOUND TO BE IN ERROR IN THE TRIBUNAL'S ORIGINAL DECISION

[16] The Court found that because the Tribunal's adoption of the total surplus standard purported to be of general application to all cases in which the efficiency defence was invoked, and did not confine itself to the facts of this particular case, it was deciding a question of law. The Court determined that the Tribunal erred in law because it limited the relevant effects of an anti-competitive merger for purposes of section 96 to only deadweight loss, effectively making the efficiency defence in all cases, a codification of the total surplus standard. The Court found that a wider range of effects should be considered and that it was an error in a section 96 analysis not to have regard for the purposes set out in section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c.

dans les mains des actionnaires de l'entité fusionnée, qui sont également des consommateurs.

[15] Dans sa décision originale, le Tribunal a conclu que les gains en efficience sur une période de 10 ans étaient estimés à 29,2 millions de dollars par année. Le calcul initial de la perte sèche mesurée selon le critère du surplus total donnait une estimation qui n'était pas supérieure à 3 millions de dollars par année sur 10 ans. En outre, le Tribunal a considéré des effets qualitatifs négatifs découlant de la réduction ou de l'élimination potentielle de produits offerts par suite du fusionnement. Précisément, ICG avait établi certains services et accords de prix que n'offraient pas Supérieur et les autres fournisseurs de propane. Le Tribunal a conclu que l'élimination ou la réduction de ces services abaisserait la production réelle de l'industrie. Selon le Tribunal, l'effet combiné de la perte calculée initialement à 3 millions de dollars et des effets qualitatifs négatifs ne peut se chiffrer à plus de 6 millions de dollars par année sur une période de 10 ans. Comme le Tribunal a jugé que les gains en efficience de 29,2 millions de dollars par année surpassaient la perte sèche de 6 millions de dollars, il a conclu que les gains en efficience surpassaient et neutraliseraient les effets de la diminution ou de l'empêchement de la concurrence. Il a donc rejeté la demande présentée par le commissaire en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant la dissolution du fusionnement.

3. LES ÉLÉMENTS QUE LA COUR A JUGÉS ERRONÉS DANS LA DÉCISION ORIGINALE DU TRIBUNAL

[16] La Cour a statué que le Tribunal, étant donné que son adoption du critère du surplus total se voulait d'application générale pour toutes les affaires dans lesquelles la défense fondée sur les gains en efficience est invoquée et qu'il ne s'est pas limité aux faits de l'espèce, décidait une question de droit. La Cour a décidé que le Tribunal a commis une erreur de droit en limitant les effets pertinents d'un fusionnement anticoncurrentiel, pour l'application de l'article 96, à la seule perte sèche, ce qui revenait à faire de la défense fondée sur les gains en efficience, dans tous les cas, une codification du critère du surplus total. La Cour a jugé qu'il fallait considérer un éventail plus large d'effets et qu'il était erroné dans l'analyse prévue à l'article 96 de

19, s. 19] of the Act. Section 1.1 provides:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

4. WHAT THE COURT CONCLUDED AND DIRECTED THE TRIBUNAL TO DO

[17] The Court remitted the matter to the Tribunal for redetermination. In its decision, the Court provided directions to the Tribunal for the redetermination proceedings. The conclusions of the Court and the directions it gave to the Tribunal can be summarized as follows:

1. For purposes of section 96, the effects cannot be limited to the deadweight loss, as required by the total surplus standard, in all cases;
2. The correct methodology for determining the extent of anti-competitive effects of a merger is left to the Tribunal;
3. The methodology chosen in any given case should be sufficiently flexible to enable the Tribunal to fully measure the particular facts before it;
4. In this case, the balancing weights approach, proposed by expert witness Professor Peter Townley, would be acceptable, although it would require elaboration and refinement on application to the facts;
5. For purposes of redetermination, the Tribunal need only identify and assess the effects of the prevention or lessening of competition, having regard to the purposes set out in section 1.1 of the Act, and decide whether the efficiency gains already proven were likely to be greater than and to offset those effects; and
6. The burden of proving the extent of the anti-competitive effects is on the Commissioner; the

ne pas tenir compte des objectifs exposés à l'article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] de la Loi, qui est ainsi conçu:

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

4. LES CONCLUSIONS DE LA COUR ET LES DIRECTIVES QU'ELLE A DONNÉES AU TRIBUNAL

[17] La Cour a renvoyé l'affaire au Tribunal en vue d'un réexamen. Dans son arrêt, la Cour a donné des directives au Tribunal en vue du réexamen. Les conclusions de la Cour et les directives qu'elle a données au Tribunal peuvent se résumer de la façon suivante:

1. Pour l'application de l'article 96, on ne peut, dans tous les cas, limiter les effets à la perte sèche, comme l'exige le critère du surplus total;
2. Il appartient au Tribunal de déterminer la méthode correcte pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels d'un fusionnement;
3. La méthode choisie dans une affaire particulière doit être suffisamment souple pour permettre au Tribunal d'apprécier pleinement les faits dont il est saisi;
4. En l'espèce, la méthode des coefficients pondérateurs, proposée par un témoin expert, le professeur Townley, serait acceptable, mais il faudra élaborer et raffiner cette méthode pour l'appliquer aux faits;
5. Pour le réexamen, le Tribunal n'a qu'à identifier et à apprécier les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, compte tenu des objectifs exposés à l'article 1.1 de la Loi, et à décider si les gains en efficacité déjà établis surpasseront et neutraliseront vraisemblablement ces effets;
6. Le commissaire a le fardeau de persuasion quant à l'ampleur des effets pertinents, tandis que l'intimée a le

burden of proving the scale of efficiency gains and whether the efficiency gains are likely to be greater than and to offset those effects is on the respondent.

[18] The Court's conclusions and directions are found at paragraphs 159 to 162, 176 and 177 of its decision:

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

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

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

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

...

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

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

fardeau de prouver l'étendue des gains en efficience et d'établir que les gains en efficience surpasseront et neutraliseront vraisemblablement les effets.

[18] Les conclusions et les directives de la Cour se trouvent aux paragraphes 159 à 162, 176 et 177 de sa décision:

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

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

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

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

[. . .]

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

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

5. WHETHER THE TRIBUNAL, IN ITS REDETERMINATION DECISION, DID WHAT IT WAS DIRECTED TO DO BY THE COURT

(a) The Tribunal's Redetermination Decision

[19] I conclude that *prima facie*, the Tribunal has followed the directions of the Court.

[20] In its redetermination decision, the Tribunal placed the burden of proving the extent of the anti-competitive effects on the Commissioner. Further, it did not restrict itself to the total surplus standard for weighing the anti-competitive effects of the merger against the efficiency gains. Rather, it had regard to the balancing weights approach of Professor Townley. In general, the balancing weights approach requires the Tribunal to weigh the effects of the merger on consumers against the effects of the merger on the shareholders of the merged entity. This involves a two-step process. First, the Tribunal must determine the relative weights to be assigned to producer gains and consumer losses, to equate them, or to make the wealth transfer neutral in effect. Second, the Tribunal must engage itself in a value judgment process to decide whether the assigned weights are reasonable in light of societal interests, namely, any disparity between the incomes of the relevant consumers and shareholders of the merged entity.

[21] While the Tribunal did not adopt the precise model proposed by Professor Townley, it did use the model as a foundation for its assessment of the extent of the anti-competitive effects. To this end, having regard to the purposes set out in section 1.1 of the Act, the Tribunal specifically considered the following effects:

- (a) deadweight loss;
- (b) interdependent and co-ordinated behaviour of competitors;
- (c) service quality and programs;
- (d) on Atlantic Canada;
- (e) interrelated markets;
- (f) loss of potential dynamic efficiency gains;

5. SI LE TRIBUNAL, DANS SA DÉCISION À LA SUITE DU RÉEXAMEN, S'EST CONFORMÉ AUX DIRECTIVES DONNÉES PAR LA COUR

a) La décision du Tribunal à la suite du réexamen

[19] Je conclus que, *prima facie*, le Tribunal a suivi les directives de la Cour.

[20] Dans sa décision à la suite du réexamen, le Tribunal a imposé au commissaire le fardeau de prouver l'ampleur des effets anticoncurrentiels. De plus, il ne s'est pas limité au critère du surplus total pour comparer les effets anticoncurrentiels du fusionnement et les gains en efficience. Il a plutôt tenu compte de la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley. En général, la méthode des coefficients pondérateurs oblige le Tribunal à comparer les effets du fusionnement sur les consommateurs et les effets du fusionnement sur les actionnaires de l'entité fusionnée. Cette démarche se fait en deux temps. D'abord, le Tribunal doit déterminer les coefficients pondérateurs à attribuer aux gains du producteur et aux pertes des consommateurs, pour les équilibrer ou pour neutraliser l'effet du transfert de richesse. Ensuite, le Tribunal doit porter un jugement de valeur pour décider si les coefficients pondérateurs attribués sont raisonnables compte tenu des intérêts de la société, à savoir une disparité entre les revenus des consommateurs touchés et des actionnaires de l'entité fusionnée.

[21] Le Tribunal n'a pas adopté le modèle précis qui avait été proposé par le professeur Townley, mais il a utilisé ce modèle comme fondement de son évaluation de l'étendue des effets anticoncurrentiels. À cette fin, compte tenu des objectifs exposés à l'article 1.1 de la Loi, le Tribunal a considéré expressément les effets suivants:

- a) la perte sèche;
- b) l'action interdépendante et concertée des concurrents;
- c) la qualité de service et les programmes de clientèle;
- d) les provinces de l'Atlantique;
- e) les marchés liés;
- f) la perte de gains potentiels en efficience dynamique;

- (g) monopoly; and
- (h) small and medium-sized enterprises.

The Tribunal's consideration of the balancing weights approach of Professor Townley and the regard that it had for the purposes of section 1.1 of the Act accord with both the direction and latitude given to it by the Court.

[22] The controversial aspect of the Tribunal's chosen methodology relates to its treatment of the wealth transfer from consumers to the shareholders of the merged entity. This wealth transfer was calculated at approximately \$40.5 million per year. In oral argument, the Commissioner asserted that the entire wealth transfer of \$40.5 million should be added to the deadweight loss of \$6 million. If so, the total of \$46.5 million would outweigh the efficiency gains of \$29.2 million and the merger would be disallowed. This approach is essentially what economists refer to as the consumer surplus standard.

[23] However, implicit in this approach is that the \$40.5 million wealth transfer is entirely socially adverse. For purposes of the subsection 96(1) inquiry, the Tribunal was not prepared to assume that the entirety of the wealth transfer should necessarily be considered a socially adverse effect of the merger. The wealth transfer might have positive or neutral social effects. It concluded that it was only the socially adverse portion of the wealth transfer that should count against the efficiency gains (the socially adverse effects approach). It, therefore, rejected the Commissioner's submission that the entire wealth transfer be included in the calculation of anti-competitive effects under subsection 96(1).

[24] The only socially adverse effects of the merger that the Tribunal was able to find were the effects on low-income households that used propane for essential purposes and had no good alternatives. The Tribunal calculated this socially adverse portion of the wealth transfer to be approximately \$2.6 million per year.

[25] Having regard to the balancing weights approach of Professor Townley, the Tribunal acknowledged that

- g) le monopole;
- h) les petites et moyennes entreprises.

La considération par le Tribunal de la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley et sa prise en compte des objectifs de l'article 1.1 de la Loi sont en accord à la fois avec les directives et avec la latitude que lui a données la Cour.

[22] L'aspect controversé de la méthode choisie par le Tribunal concerne son traitement du transfert de richesse des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée. Ce transfert de richesse a été établi à environ 40,5 millions de dollars par année. Dans sa plaidoirie, le commissaire a soutenu que la totalité du transfert de richesse de 40,5 millions de dollars devait être ajoutée à la perte sèche de 6 millions. De cette façon, le total de 46,5 millions de dollars surpasserait les gains en efficacité de 29,2 millions de dollars et il faudrait interdire le fusionnement. Cette analyse correspond essentiellement à ce que les économistes appellent le critère du surplus du consommateur.

[23] Toutefois, cette analyse suppose que le transfert de richesse de 40,5 millions de dollars est dans sa totalité socialement défavorable. Dans le cadre de l'examen prévu au paragraphe 96(1), le Tribunal n'était pas disposé à supposer que la totalité du transfert de richesse devrait nécessairement être considérée comme un effet socialement défavorable du fusionnement. Le transfert de richesse pourrait avoir des effets socialement favorables ou neutres. Il a conclu que c'était seulement la partie socialement défavorable du transfert de richesse qu'on pouvait opposer aux gains en efficacité (l'approche des effets socialement défavorables). Il a donc rejeté la position du commissaire voulant que la totalité du transfert de richesse soit incluse dans le calcul des effets anticoncurrentiels selon le paragraphe 96(1).

[24] Les seuls effets socialement défavorables que le Tribunal a pu trouver étaient les effets sur les ménages à faible revenu qui utilisaient le propane à des fins essentielles et n'avaient pas d'autres possibilités intéressantes. Le Tribunal a calculé que cette partie socialement défavorable du transfert de richesse s'élevait approximativement à 2,6 millions de dollars par année.

[25] Dans l'application de la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley, le Tribunal a

the interests of these low-income consumers should be weighted more heavily than the interests of the shareholders of the merged entity. However, the appropriate weight was not determinable from the evidence in the record. Nonetheless, the Tribunal found that even if the adverse portion of the wealth transfer was doubled, the total anti-competitive effects would not exceed \$11.2 million (adverse portion of wealth transfer of \$5.2 million (2 x \$2.6 million) + deadweight loss of \$6 million). As a result, the Tribunal concluded that under any reasonable weighting, the merger should be allowed as the gains in efficiency of \$29.2 million per year would be greater than, and would offset, the effects of the prevention and lessening of competition attributable to the merger.

[26] The Court left it to the Tribunal to decide upon the methodology for determining the extent of anti-competitive effects of the merger. The Tribunal did not restrict itself to the total surplus standard. The Tribunal used, as a foundation for its methodology, the balancing weights approach of Professor Townley and had regard to the purposes in section 1.1 of the Act. It considered the evidence and placed the onus of proving anti-competitive effects on the Commissioner. *Prima facie* it followed the directions given to it by this Court.

(b) Errors Asserted by the Commissioner

[27] I turn now to the specific errors that the Commissioner asserts to determine if my *prima facie* conclusion is displaced.

(i) Did the Tribunal err in not including the entire wealth transfer as an anti-competitive effect of the merger?

[28] The Tribunal considered only a portion of the wealth transfer, together with the deadweight loss, to be the anti-competitive effects of the merger. The Tribunal found that the inclusion of the entire wealth transfer as an anti-competitive effect, namely, the consumer surplus standard, would be contrary to the conclusion of the Court. It would also rule out consideration of the welfare effects of the transfer as proposed by Professor Townley and would vitiate the efficiency defence.

reconnu qu'il faudrait attribuer aux intérêts de ces ménages à faible revenu un coefficient plus élevé qu'aux intérêts des actionnaires de l'entité fusionnée. Toutefois, la preuve au dossier ne permettait pas de déterminer ce coefficient plus élevé. Néanmoins, le Tribunal a jugé que, même si l'on doublait la portion défavorable du transfert de richesse, le total des effets anticoncurrentiels n'excéderait pas 11,2 millions (partie défavorable du transfert de richesse de 5,2 millions de dollars (2 x 2,6 millions de dollars) + perte sèche de 6 millions de dollars). Le Tribunal a donc conclu que, suivant n'importe quel principe de pondération raisonnable, le fusionnement devait être autorisé, puisque les gains en efficacité—de 29,2 millions de dollars par an—surpasseraient et neutraliseraient les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence attribuable au fusionnement.

[26] La Cour a laissé au Tribunal le choix de la méthode à adopter pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels du fusionnement. Le Tribunal ne s'est pas limité au critère du surplus total. Il a utilisé, comme fondement de sa méthode, la méthode des coefficients pondérateurs du professeur Townley et a tenu compte des objectifs exposés à l'article 1.1 de la Loi. Il a considéré la preuve et imposé au commissaire le fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels. *Prima facie*, le Tribunal a suivi les directives que lui a données la Cour.

b) Erreurs alléguées par le commissaire

[27] Je passe maintenant aux erreurs précises qu'allègue le commissaire pour déterminer si ma conclusion tirée à première vue est repoussée.

i) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en n'incluant pas la totalité du transfert de richesse comme effet anticoncurrentiel du fusionnement?

[28] Le Tribunal a considéré qu'une partie seulement du transfert de richesse constituait, avec la perte sèche, les effets anticoncurrentiels du fusionnement. Le Tribunal a jugé que l'inclusion de la totalité du transfert de richesse comme effet anticoncurrentiel, soit le critère du surplus du consommateur, irait à l'encontre de la conclusion de la Cour. Cela empêcherait également d'examiner les effets de bien-être du transfert comme le propose le professeur Townley et annulerait la défense fondée sur les gains en efficacité.

[29] As to its finding that inclusion of the entire wealth transfer would vitiate the efficiency defence, the Commissioner says that there was no evidence that was properly before the Tribunal to make such a finding. One of the economic authorities that the Tribunal relied upon (A. Fisher and R. Lande, "Efficiency Considerations In Merger Enforcement" (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 1582) had earlier been rejected by the Tribunal in its original proceedings when the Commissioner attempted to rely on it. Further, the Commissioner argued that the Fisher and Lande article and the other authority relied upon by the Tribunal (P. S. Crampton, "The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal" (1993), 21 *Can. Bus. L.J.* 371) were not introduced into evidence and neither were accepted as authoritative works by the expert witnesses at trial.

[30] The respondent was unable to point to any properly introduced evidence that supported the Tribunal's vitiating conclusion. Without evidence to support its conclusion, I am of the opinion that the Tribunal could not conclude that inclusion of the entire wealth transfer in the effects analysis would vitiate the efficiency defence.

[31] However, there were other bases relied upon by the Tribunal for rejecting inclusion of the entire wealth transfer in its assessment of anti-competitive effects. One was that it was contrary to the conclusion of the Court. The other was that it would rule out the inquiry that the balancing weights approach regarded as necessary to assess the welfare effects of the merger. While the Court did not expressly reject the consumer surplus standard, it did endorse utilization of the balancing weights approach advanced by Professor Townley. The balancing weights approach rejects inclusion of the entire wealth transfer because to include it would not provide the discretion necessary to deal with the impact of a merger on different socio-economic status of consumers and shareholders of a merged entity.

[29] S'agissant de la conclusion du Tribunal que l'inclusion de la totalité du transfert de richesse annulerait la défense fondée sur les gains en efficacité, le commissaire dit qu'il n'y avait aucune preuve présentée régulièrement au Tribunal lui permettant de tirer cette conclusion. L'une des sources en matière d'économie sur lesquelles le Tribunal s'est appuyé (A. Fisher et R. Lande, «Efficiency Considerations In Merger Enforcement» (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 1582) avait été rejetée antérieurement par le Tribunal dans la procédure initiale lorsque le commissaire avait tenté de l'invoquer. De plus, le commissaire a plaidé que l'article de Fisher et Lande et l'autre source invoquée par le Tribunal (P. S. Crampton, «The Efficiency Exception for Mergers: An Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal» (1993), 21 *Can. Bus. L.J.* 371) n'avaient pas été présentés en preuve et qu'aucun de ces deux articles n'avait été accepté comme faisant autorité par les témoins experts lors de l'instruction.

[30] L'intimée n'a pu indiquer aucun élément de preuve régulièrement présenté pour soutenir la conclusion du Tribunal relative à l'annulation. En l'absence de preuve pour soutenir cette conclusion, je suis d'avis que le Tribunal ne pouvait conclure que l'inclusion de la totalité du transfert de richesse annulerait la défense fondée sur les gains en efficacité.

[31] Cependant, le Tribunal s'est appuyé sur d'autres fondements pour rejeter l'inclusion de la totalité du transfert de richesse dans son appréciation des effets anticoncurrentiels. L'un de ces fondements était que cette inclusion allait à l'encontre de la conclusion de la Cour. L'autre fondement était qu'elle empêcherait l'examen que la méthode des coefficients pondérateurs considérait comme nécessaire pour apprécier les effets de bien-être du fusionnement. Si la Cour n'a pas expressément rejeté le critère du surplus du consommateur, elle a préconisé l'utilisation de la méthode des coefficients pondérateurs proposée par le professeur Townley. La méthode des coefficients pondérateurs rejette l'inclusion de la totalité du transfert de richesse parce que cela ne ménagerait pas le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour tenir compte de l'incidence d'un fusionnement sur les statuts socio-économiques différents des consommateurs et des actionnaires d'une entité fusionnée.

[32] Therefore, while there was no evidence to support the Tribunal's vitiation finding, there was evidence and rationale to support the Tribunal's rejection of the consumer surplus standard and inclusion of the entire wealth transfer in its assessment of anti-competitive effects. Therefore, the vitiation finding was inconsequential.

[33] The Tribunal acted well within the discretion conferred upon it by the Court when it engaged in the socially adverse effects approach. The Court allowed the Tribunal to select the methodology to be applied in determining the extent of anti-competitive effects for purposes of subsection 96(1). Furthermore, in oral argument, while seeking inclusion of the entire wealth transfer in this case, the Commissioner acknowledged that inclusion of the entire wealth transfer was not applicable in all cases; one example being where an increase in price following a merger of Canadian exporters is primarily paid by non-residents. Before this Court, the Commissioner did not argue that it was an error of law for the Tribunal not to have included the entire wealth transfer in the assessment of anti-competitive effects.

(ii) Did the Tribunal err by refusing to consider effects of the merger from a qualitative perspective?

[34] By refusing to consider the effects of the merger from a qualitative perspective, the Commissioner argues that the Tribunal failed to follow the directions of the Court to consider all effects. The Commissioner refers to paragraph 233 of the majority reasons:

In the Tribunal's view, the requirement in subsection 96(1) that efficiency gains must be "greater than" the effects of lessening or prevention of competition favours a quantification of efficiency gains and the effects to be considered, where possible. That a particular effect cannot, even in principle, be quantified does not relieve the Tribunal of assessing the effect in the "greater than" test. Accordingly, where it is possible to quantitatively estimate such effects even in a rough way, perhaps by establishing limits as the Tribunal has done regarding certain qualitative effects, it is desirable to do so

[32] Par conséquent, s'il n'y avait pas de preuve soutenant la conclusion relative à l'annulation tirée par le Tribunal, il y avait une preuve et une justification soutenant le rejet par le Tribunal du critère du surplus du consommateur et de l'inclusion de la totalité du transfert de richesse dans son appréciation des effets anticoncurrentiels. Donc, la conclusion relative à l'annulation était sans conséquence.

[33] Le Tribunal exerçait bien le pouvoir discrétionnaire que lui avait conféré la Cour lorsqu'il a entrepris l'analyse des effets socialement défavorables. La Cour avait permis au Tribunal de choisir la méthode à appliquer pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels en vue de l'application du paragraphe 96(1). De plus, dans sa plaidoirie, tout en cherchant à inclure la totalité du transfert de richesse en l'espèce, le commissaire a reconnu que l'inclusion de la totalité du transfert de richesse n'était pas applicable dans tous les cas; ainsi, elle ne serait pas applicable lorsqu'une augmentation de prix à la suite d'un fusionnement d'exportateurs canadiens est payée principalement par des non-résidents. Devant la Cour, le commissaire n'a pas plaidé que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en n'incluant pas la totalité du transfert de richesse dans l'appréciation des effets anticoncurrentiels.

ii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en refusant de prendre en considération les effets du fusionnement dans une perspective qualitative?

[34] Selon le commissaire, le Tribunal, en refusant de prendre en considération les effets du fusionnement dans une perspective qualitative, n'a pas suivi les directives que lui avait données la Cour de considérer tous les effets. Le commissaire renvoie au paragraphe 233 des motifs de la majorité:

[TRADUCTION] Du point de vue du Tribunal, la disposition du paragraphe 96(1) selon laquelle les gains en efficience doivent «surpasser» les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence indique l'opportunité de quantifier, dans la mesure du possible, les gains en efficience et les effets à prendre en considération. Le fait qu'un effet donné ne puisse, même en principe, être quantifié ne dispense pas le Tribunal d'évaluer cet effet suivant le critère du «surpassement». Par conséquent, dans les cas où il est possible de donner une estimation quantitative, même grossière, de tels

where the evidence permits. On the other hand, effects that are, in principle, measurable should be estimated; failure to do so will not lead the Tribunal to view them qualitatively.

[35] As I read paragraph 233, the Tribunal was not refusing to consider all effects. On the contrary, the Tribunal acknowledged that it must consider all effects, even if they could not be quantified. Paragraph 233 indicates that where effects are measurable, they should be estimated. The Tribunal goes so far as to say that estimates may even be rough, perhaps by establishing limits. But when it is possible to do so, some quantification must be undertaken. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated.

[36] The Commissioner objects that the Tribunal is imposing a duty to quantify even when the possibility of quantification is only "theoretical". However, the Tribunal's willingness to accept rough estimates, it seems to me, is the practical answer to this objection.

[37] Paragraph 233 is guidance to the Commissioner as to the nature of the evidence required to demonstrate the extent of the relevant effects—he must quantify effects where they can be quantified. I think it is understandable why the Tribunal would be of this view.

[38] Including the wealth transfer in the effects analysis necessarily involves a significant degree of subjective judgment. The Tribunal's goal appears to have been to minimize the degree of subjective judgment required in the effects assessment process under subsection 96(1). The Tribunal's insistence on quantification, where possible, is to enable it to make the most objective judgment that can be made in the circumstances. In my view, that is not unreasonable.

effets, par exemple en établissant des limites comme le Tribunal l'a fait à propos de certains effets qualitatifs, il est souhaitable d'en donner une dans la mesure où la preuve le permet. Par ailleurs, les effets qui sont en principe mesurables doivent être estimés; leur non-estimation ne conduira pas le Tribunal à les considérer comme qualitatifs.

[35] Selon la façon dont je comprends le paragraphe 233, le Tribunal n'y refusait pas de prendre en considération tous les effets. Au contraire, le Tribunal a reconnu qu'il doit prendre en considération tous les effets, même s'ils ne peuvent être quantifiés. Le paragraphe 233 indique que, dans les cas où les effets sont mesurables, ils doivent être estimés. Le Tribunal va jusqu'à dire que les estimations peuvent même être grossières, peut-être en établissant des limites. Mais lorsque c'est possible de le faire, il faut procéder à une estimation quantitative. Les effets ne seront considérés sous l'angle qualitatif que s'il est impossible d'en faire une estimation quantitative.

[36] Le commissaire oppose que le Tribunal se trouve ainsi à imposer une obligation de procéder à une estimation quantitative même dans les cas où la possibilité d'une telle estimation n'est que «théorique». Toutefois, l'attitude du Tribunal qui se déclare disposé à accepter les estimations grossières constitue, me semble-t-il, la réponse pratique à cette objection.

[37] Le paragraphe 233 consiste en des indications données au commissaire au sujet de la nature de la preuve nécessaire pour démontrer l'étendue des effets pertinents—le commissaire doit estimer quantitativement les effets lorsqu'ils peuvent l'être. On peut comprendre, à mon sens, pourquoi le Tribunal adopte cette position.

[38] L'inclusion du transfert de richesse dans l'analyse des effets suppose nécessairement un degré significatif de jugement subjectif. Le Tribunal semble avoir visé à minimiser le degré de jugement subjectif nécessaire dans le processus d'appréciation des effets dans le cadre du paragraphe 96(1). L'insistance du Tribunal sur l'estimation quantitative dans les cas où elle est possible vise à lui permettre de porter le jugement le plus objectif possible dans les circonstances. À mon avis, ce n'est pas déraisonnable.

(iii) Did the Tribunal err by adopting a restrictive view of the merger on small and medium-sized enterprises?

[39] In its analysis of the effects of the merger on small and medium-sized enterprises, the Tribunal began by considering the question of predatory pricing against competitors by Superior. In my view, the Tribunal rightly observed that there is often a fine distinction between aggressive competition and predatory pricing. In the Tribunal's opinion, there was insufficient evidence of predation of competitors by Superior. The sufficiency of evidence is a matter for the Tribunal to consider and determine.

[40] The Tribunal then found there was no evidence that the merger would make it more difficult for potential competitors to enter the market. In the view of the Tribunal, there was no evidence of Superior disciplining competitors. These were matters that had been dealt with in its original decision. No new evidence was advanced on redetermination. As such, these findings were not revisited in the redetermination proceedings.

[41] Having regard to the purpose section of the Act, section 1.1, the Tribunal identified the obligation placed on it by the Court as one of considering whether small and medium-sized enterprises are denied an equitable opportunity to participate in economic activity. In so far as competitors were concerned, the Tribunal acknowledged the potential for co-ordinated pricing by these competitors as a result of the merger; that is, that competitors might, under the umbrella of the merged entity's pricing, charge prices higher than those at competitive levels. However, this was not evidence of competitors being denied an equitable opportunity to participate in the Canadian economy.

[42] As to small and medium-sized business customers of the merged entity, the Tribunal found that an equitable opportunity for participation in the economy in a

iii) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en adoptant une vision restrictive des effets du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises?

[39] Dans son analyse des effets du fusionnement sur les petites et moyennes entreprises, le Tribunal a commencé par examiner la question de la fixation de prix abusifs par Supérieur par rapport à ses concurrents. À mon avis, le Tribunal a fait observer à juste titre que la distinction est souvent tenue entre une stratégie offensive de concurrence et la fixation de prix abusifs. De l'avis du Tribunal, il n'y avait pas une preuve suffisante de fixation de prix abusifs par Supérieur par rapport à ses concurrents. La suffisance de la preuve est une question qu'il appartient au Tribunal d'examiner et de trancher.

[40] Le Tribunal a ensuite conclu qu'il n'y avait pas de preuve que le fusionnement rendrait plus difficile pour les concurrents potentiels de pénétrer sur le marché. De l'avis du Tribunal, il n'y avait pas de preuve que Supérieur exerçait une contrainte sur ses concurrents. Il s'agissait là de questions qui avaient été traitées dans la décision originale. Aucune nouvelle preuve n'a été présentée à l'occasion du réexamen. Pour cette raison, ces conclusions n'ont pas été rediscutées dans la procédure de réexamen.

[41] S'agissant de la déclaration d'objet de la Loi, à savoir l'article 1.1, le Tribunal a formulé l'obligation que lui avait imposée la Cour comme une obligation de considérer si les petites et moyennes entreprises sont privées d'une chance honnête de participer à l'activité économique. En ce qui concerne les concurrents, le Tribunal a reconnu les possibilités de fixation des prix de manière concertée par ces concurrents, par suite du fusionnement; en d'autres termes, les concurrents pourraient, en profitant des prix fixés par l'entité fusionnée, demander des prix plus élevés que ceux qui seraient aux niveaux concurrentiels. Toutefois, cela ne constitue pas une preuve que des concurrents aient été privés d'une chance honnête de participer à l'économie canadienne.

[42] S'agissant des petites et moyennes entreprises qui sont des clients de l'entité fusionnée, le Tribunal a jugé qu'une chance honnête de participer à l'économie dans

subsection 96(1) analysis does not confer a right to competitive prices on those customers. The Tribunal must be correct on this point because a subsection 96(1) analysis only arises when a merger has been found to prevent or lessen competition substantially with the potential consequence that the merged entity will charge higher than competitive prices.

[43] The Tribunal concluded that to find a denial of an equitable opportunity of small and medium-sized enterprises to participate in the economy requires a demonstration that anti-competitive conduct contrary to the Act is taking place or will likely take place. In the view of the Tribunal, the evidence did not demonstrate anti-competitive conduct contrary to the Act.

[44] The Commissioner says that the Tribunal's express reference, in paragraph 305 of its reasons, to conduct contemplated by sections 50 and 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37] of the Act is too narrow. Paragraph 305 states:

To find the denial of an equitable opportunity of small and medium-sized enterprises to participate requires a demonstration that anti-competitive conduct offensive under the Act (i.e. section 79 or section 50) is taking place or will likely take place. On the evidence in this case, the Tribunal cannot conclude that small and medium-sized competitors and customers will lose an equitable opportunity to participate in economic activity.

I would agree with the Commissioner that the Tribunal's focus was too narrow if, indeed, it had restricted itself to sections 50 and 79 only. However, it seems to me that the Tribunal's reference is to conduct that is contrary to any provision of the Act, and its reference to sections 50 and 79 were examples only. Section 50 includes predatory pricing and section 79 refers to abuse of dominance, two considerations that could be relevant in the case of a merger found to prevent or lessen competition substantially. But as I have said, these were only examples. Had they been the only provisions the Tribunal considered relevant, the Tribunal would not have used the more expansive term "anti-competitive conduct offensive under the Act" and would have referred specifically to the two provisions alone.

le cadre du paragraphe 96(1) ne confère pas à ces clients un droit à des prix compétitifs. Le Tribunal doit avoir raison sur ce point, parce que l'analyse prévue au paragraphe 96(1) n'intervient qu'une fois qu'il a été jugé qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, avec la conséquence potentielle que l'entité fusionnée demandera des prix plus élevés que les prix compétitifs.

[43] Selon le Tribunal, pour conclure que les petites et moyennes entreprises sont privées d'une chance honnête de participer à l'économie, il faut qu'il soit démontré qu'une action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi est exercée ou le sera vraisemblablement. Or, le Tribunal était d'avis que la preuve n'établissait pas l'existence d'une action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi.

[44] Le commissaire soutient que le renvoi exprès, au paragraphe 305 des motifs du Tribunal, aux actions visées aux articles 50 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 50) et 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37] de la Loi est trop étroit. Le paragraphe 305 est ainsi formulé:

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

Je conviendrais avec le commissaire que le renvoi est trop étroit si le Tribunal s'était effectivement restreint aux seuls articles 50 et 79. Toutefois, il me semble que le Tribunal parle d'une action sanctionnée par une disposition quelconque de la Loi et qu'il renvoie aux articles 50 et 79 à titre d'exemples seulement. L'article 50 comprend la fixation de prix abusifs et l'article 79 mentionne l'abus de position dominante, deux considérations qui seraient pertinentes dans le cas d'un fusionnement dont on a jugé qu'il empêchait ou diminuait sensiblement la concurrence. Mais, comme je l'ai dit, il ne s'agissait que d'exemples. S'il avait jugé que c'était là les deux seules dispositions pertinentes, le Tribunal n'aurait pas utilisé la formulation plus large «action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi» et aurait renvoyé à ces deux dispositions seulement.

[45] Beyond "anti-competitive conduct offensive under the Act", the Commissioner has not indicated what other type of activity the merged entity could engage in that would deny small and medium-sized enterprises an equitable opportunity to participate in the Canadian economy. In the absence of some other type of conduct being identified by the Commissioner that should be taken into account, I cannot say that the Tribunal erred in identifying the conduct at issue as that which is contrary to the Act.

(iv) Did the Tribunal err by refusing to consider the creation of a monopoly *per se* as an anti-competitive effect in its subsection 96(1) analysis?

[46] The Commissioner argues that the Tribunal erred by failing to consider the creation of a monopoly *per se* as a distinct anti-competitive effect under the subsection 96(1) analysis. I am unable to agree with this argument.

[47] The Court found that, where the Tribunal limits the anti-competitive effects of a merger to deadweight loss, the creation of a monopoly becomes an irrelevant consideration. As a result, the Court observed that the elimination of all consumer choice and the removal of all competition would not be weighed as anti-competitive effects in a subsection 96(1) analysis.

[48] The question is, how did the Court direct the Tribunal to deal with the question of monopoly and did the Tribunal follow those instructions.

[49] I do not interpret the Court as finding that monopoly *per se* must be treated by the Tribunal as an anti-competitive effect to be weighed against efficiency gains under subsection 96(1). Monopoly, however it might be defined (e.g. 95 percent market share, 100 percent market share, high barriers to entry), is a description of a market condition, not the effect of that market condition. If monopoly is to be taken into account for purposes of subsection 96(1), it is the effects of the monopoly that must be considered, not the existence of the monopoly *per se*.

[45] À part «une action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi», le commissaire n'a pas indiqué quel autre type d'activité l'entité fusionnée pourrait exercer qui priverait les petites et moyennes entreprises d'une chance honnête de participer à l'économie canadienne. À défaut d'indications de la part du commissaire sur quelque autre type d'activité qui devrait être prise en compte, je ne puis dire que le Tribunal a commis une erreur en identifiant l'activité en cause comme celle qui est sanctionnée par la Loi.

iv) Le Tribunal a-t-il commis un erreur en refusant de considérer la création d'un monopole en soi comme un effet anticoncurrentiel dans son analyse selon le paragraphe 96(1)?

[46] Le commissaire fait valoir que le Tribunal a commis une erreur en ne considérant pas la création d'un monopole en soi comme un effet anticoncurrentiel distinct dans son analyse selon le paragraphe 96(1). Je ne puis souscrire à cet argument.

[47] La Cour a conclu que, lorsque le Tribunal limite les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement à la perte sèche, la création d'un monopole devient une considération non pertinente. La Cour a ensuite fait observer que l'élimination de tout choix des consommateurs et la suppression de toute concurrence ne seraient pas prises en compte comme effets anticoncurrentiels dans le cadre de l'analyse selon le paragraphe 96(1).

[48] La question est de savoir comment la Cour a ordonné au Tribunal de traiter la question du monopole et si le Tribunal a suivi ces instructions.

[49] Je n'interprète pas la décision de la Cour comme concluant que le Tribunal doit traiter le monopole en soi comme un effet anticoncurrentiel à opposer aux gains en efficacité dans le cadre du paragraphe 96(1). Le monopole, de quelque façon qu'on le définit (p. ex. part de marché de 95 pour cent, part de marché de 100 pour cent, barrières élevées à l'entrée), est la description d'une situation du marché, non l'effet de cette situation du marché. Si le monopole doit être pris en compte pour l'application du paragraphe 96(1), ce sont les effets du monopole qu'il faut prendre en considération, non l'existence du monopole en soi.

[50] In its redetermination decision, the Tribunal noted that in its substantial lessening or prevention of competition approach, it had already taken into account a number of effects of the merger "i.e., deadweight loss, interdependent pricing, service quality etc.". To consider these effects again, as arising from the monopoly condition, would be to double-count them. The Tribunal, therefore, concluded that for the additional effects of a monopoly to be taken into account, the Commissioner was required to provide evidence of effects that had not already been considered. However, the Tribunal found that the Commissioner had presented no evidence of such additional effects.

[51] The question is one of evidence. If the condition of monopoly resulted in additional effects that had not already been taken into account by the Tribunal, there had to be evidence of those effects. In the absence of the Commissioner providing evidence of additional effects resulting from monopoly that had not already been introduced, I cannot say that the Tribunal erred in finding that a monopoly condition did not give rise to additional anti-competitive effects.

(v) Did the Tribunal err by failing to respect the principle of *stare decisis*?

[52] The Commissioner argues that the Tribunal erred in law in criticizing the judgment of the Court and in doing so, he says the Tribunal failed to respect the principle of *stare decisis*. As a result, the Commissioner says the Tribunal failed or refused to consider matters that the Court directed it to consider.

[53] There is no question that the Tribunal was critical of this Court's findings on a number of points. It criticized the Court's finding that the Tribunal had the responsibility to protect the public interest rather than focussing on whether a merger prevents or lessens competition substantially. It questioned the Court's view that effects other than the deadweight loss to the economy should be taken into account when the paramount objective of the merger provisions is efficiency. It commented on the Court's consideration of United States law in respect of mergers and observed that the Court did not appear to take into account differences between Canadian and United States merger

[50] Dans sa décision à la suite du réexamen, le Tribunal a noté que, dans son analyse de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, il avait déjà pris en compte un certain nombre des effets du fusionnement, «c'est-à-dire la perte sèche, la fixation interdépendante de prix, la qualité du service, etc.». Prendre en considération ces effets une autre fois comme découlant de la situation de monopole équivaldrait à les compter en double. Le Tribunal a donc conclu que, pour que des effets additionnels du monopole soient pris en compte, le commissaire devait fournir la preuve d'effets qui n'avaient pas encore été pris en considération. Toutefois, le Tribunal a conclu que le commissaire n'avait pas présenté de preuve de tels effets additionnels.

[51] Il s'agit d'une question de preuve. Si la situation de monopole entraîne des effets additionnels que le Tribunal n'avait pas déjà pris en compte, il fallait une preuve de ces effets. Le commissaire n'ayant pas fourni de preuve d'effets additionnels résultant du monopole qui n'avaient pas déjà été présentés, je ne puis dire que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'une situation de monopole n'entraîne pas d'effets anticoncurrentiels additionnels.

v) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne respectant pas le principe du *stare decisis*?

[52] Le commissaire plaide que le Tribunal a commis une erreur de droit en critiquant l'arrêt de la Cour et que, par là, il a manqué au principe du *stare decisis*. Il soutient que, par suite, le Tribunal a omis ou refusé de prendre en considération des éléments que la Cour lui avait ordonné de prendre en considération.

[53] Il ne fait aucun doute que le Tribunal a critiqué les conclusions de la Cour sur un certain nombre de points. Il a critiqué la conclusion de la Cour que le Tribunal avait la responsabilité de protéger l'intérêt public, plutôt que de se concentrer sur le point de déterminer si un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Il a remis en question la position de la Cour que les effets autres que la perte sèche pour l'économie devraient être pris en compte alors que l'objectif premier des dispositions sur le fusionnement est l'efficacité. Il a formulé des commentaires sur la prise en considération par la Cour du droit américain en matière de fusionnements et a fait

law. The Tribunal expressed doubt about the Court's consideration of subsection 96(3), namely that pecuniary gains or losses to consumers might be considered in the effects analysis under subsection 96(1). The Tribunal was also of the view that consideration of monopoly which had already been considered in the section 92 analysis constituted double counting when reconsidered in a subsection 96(1) analysis.

[54] The principle of *stare decisis* is, of course, well known to lawyers and judges. Lower courts must follow the law as interpreted by a higher co-ordinate court. They cannot refuse to follow it: *Canada Temperance Act (The), Re*, [1939] O.R. 570 (C.A.), at page 581, aff'd [1946] 2 D.L.R. 1 (P.C.); *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at page 515. This principle applies equally to tribunals having to follow the directions of a higher court as in this case. On redetermination, the duty of a tribunal is to follow the directions of the reviewing court.

[55] However, there is a difference between criticism of a higher court's decision and a refusal to follow the decision. I know of no rule of law that precludes a lower court or tribunal from expressing disagreement with a decision of a higher court. While infrequent, lower courts do periodically question the decision of a higher court. On occasion, courts question the wisdom of statutes enacted by Parliament and recommend changes to the law when they think it is appropriate to do so.

[56] Certainly, the extent to which the Tribunal criticized the decision of the Court in this case was unusual. Obviously, the members of the Tribunal have strongly held views on the matters on which they commented. However, such criticism does not amount to an error of law unless combined with defiance of the Court's directions. The sole issue is whether the Tribunal failed or refused to follow the directions of this Court.

observer que la Cour ne semblait pas tenir compte des différences entre le droit canadien et le droit américain en matière de fusions. Le Tribunal a exprimé des doutes au sujet de l'examen par la Cour du paragraphe 96(3), à savoir que les gains ou pertes pécuniaires pour les consommateurs pourraient être pris en considération dans l'analyse des effets selon le paragraphe 96(1). Le Tribunal était également d'avis que la prise en considération, dans le cadre du paragraphe 96(1), du monopole, déjà pris en compte dans l'analyse selon l'article 92, revenait à compter les effets en double.

[54] Le principe du *stare decisis* est évidemment bien connu des avocats et des juges. Les tribunaux inférieurs doivent suivre le droit tel qu'il est interprété par une juridiction supérieure du même ordre de juridiction. Ils ne peuvent refuser de le faire: *Canada Temperance Act (The), Re*, [1939] O.R. 570 (C.A.), à la page 581, conf. par [1946] 2 D.L.R. 1 (C.P.); *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504, à la page 515. Ce principe s'étend à l'obligation pour les tribunaux administratifs de suivre les directives qui leur sont données par une juridiction supérieure, comme en l'espèce. Lors du réexamen, le tribunal administratif a l'obligation de suivre les directives de la cour de révision.

[55] Cependant, il ne faut pas confondre la critique de la décision d'une juridiction supérieure et le refus de la suivre. Il n'existe pas, à ma connaissance, de règle de droit empêchant un tribunal judiciaire inférieur ou un tribunal administratif d'exprimer son désaccord avec la décision d'une juridiction supérieure. Bien que ça ne soit pas très courant, il arrive parfois que les tribunaux judiciaires inférieurs mettent en question la décision d'une juridiction supérieure. À l'occasion, les tribunaux judiciaires mettent en question le bien-fondé des lois adoptées par le Parlement et recommandent des modifications du droit lorsqu'ils le jugent approprié.

[56] Le degré auquel le Tribunal a critiqué l'arrêt de la Cour en l'espèce est certes inhabituel. Manifestement, les membres du Tribunal ont des positions très arrêtées sur les questions à propos desquelles ils ont formulé des commentaires. Toutefois, ces critiques ne constituent pas une erreur de droit à moins qu'elles ne s'accompagnent d'une désobéissance aux directives de la Cour. La seule question est de savoir si le Tribunal a omis ou refusé de

For the reasons I have already given, it did not.

[57] The only question left is whether, in finding that only \$2.6 million of the \$40.5 million wealth transfer should be considered an anti-competitive effect to be weighed against the merger, did the Tribunal merely pay "lip service" to the Court's direction? In other words, does the criticism of the Court's judgment by the Tribunal, together with the relatively small amount of the wealth transfer accepted by the Tribunal as an anti-competitive effect, suggest that the Tribunal was implicitly defying the Court's direction?

[58] In its reasons, the Tribunal went to some length in describing the approach it would follow. The Court left it open to the Tribunal to adopt the socially adverse effects approach to the wealth transfer. The Tribunal based its analysis on this approach, but found that there was a dearth of evidence presented by the Commissioner respecting the adverse effects of the merger. Consideration of the evidence is the function of the Tribunal. I cannot say that the Tribunal's conclusion in this case is contrary to the overwhelming weight of evidence or that it ignored evidence or that the inferences that it drew were unreasonable. The methodology and analysis that it adopted were within the discretion conferred upon the Tribunal by the Court.

[59] For these reasons, I cannot say that the Tribunal failed to respect the principle of *stare decisis*. It did not just pay lip service to the directions of the Court, nor did it defy its directions.

(vi) Did the Tribunal err in its allocation of the onus of proof?

[60] The Court placed the onus of proving the extent of anti-competitive effects on the Commissioner. The respondent had the onus of proving efficiency gains, as well as the onus of persuading the Tribunal that the efficiency gains were likely to be greater than, and to offset the anti-competitive effects.

[61] In addition to deadweight loss, the Commissioner argues that the entire wealth transfer of \$40.5 million

suivre les directives de la Cour. Pour les motifs que j'ai déjà indiqués, il ne l'a pas fait.

[57] La seule question qui reste est donc de savoir si le Tribunal, en concluant qu'un montant de 2,6 millions de dollars seulement sur les 40,5 millions de dollars de transfert de richesse devait être considéré comme un effet anticoncurrentiel à prendre en compte à l'égard du fusionnement, n'a suivi les directives de la Cour qu'en paroles? En d'autres termes, la critique de l'arrêt de la Cour par le Tribunal, jointe au montant relativement peu important du transfert de richesse accepté par le Tribunal comme effet anticoncurrentiel, donne-t-elle à penser que le Tribunal désobéissait implicitement aux directives de la Cour?

[58] Dans ses motifs, le Tribunal a décrit assez longuement l'approche qu'il suivrait. La Cour a laissé au Tribunal la possibilité d'adopter l'approche des effets socialement défavorables en ce qui concerne le transfert de richesse. Le Tribunal a fondé son analyse sur cette approche, mais a conclu qu'il n'y avait pas de preuve présentée par le commissaire au sujet des effets défavorables du fusionnement. L'examen de la preuve est la fonction du Tribunal. Je ne puis dire que la conclusion du Tribunal en l'espèce est contraire à l'ensemble de la preuve, qu'il n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve ou que les déductions qu'il a faites étaient déraisonnables. La méthode et l'analyse qu'il a adoptées se situent à l'intérieur du pouvoir discrétionnaire que la Cour a conféré au Tribunal.

[59] Pour ces motifs, je ne puis dire que le Tribunal n'a pas respecté le principe du *stare decisis*. Il ne s'est pas limité à suivre en paroles les directives de la Cour et il n'a pas non plus désobéi à ses directives.

vi) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en répartissant la charge de la preuve?

[60] La Cour a imposé au commissaire la charge de la preuve en ce qui concerne l'étendue des effets anticoncurrentiels. Il incombait à l'intimée de prouver les gains en efficience et de persuader le Tribunal que ces gains surpasseraient et neutraliseraient vraisemblablement les effets anticoncurrentiels.

[61] Le commissaire soutient qu'outre la perte sèche, la totalité du transfert de richesse, soit 40,5 millions de

should initially be included in the anti-competitive effects of the merger for the purposes of the subsection 96(1) analysis. He says that if the respondent disagreed, it was up to the respondent to prove that the amount should be reduced.

[62] I cannot see how the Commissioner's approach is consistent with the direction of the Court. The Commissioner's approach can only be correct if he had satisfied the Tribunal that *prima facie*, the entire wealth transfer should be considered as an adverse effect of the merger. He did not. The onus of proving the extent of the anti-competitive effects is on the Commissioner. According to the Tribunal's socially adverse effects approach to the wealth transfer, the Commissioner had to persuade the Tribunal of the extent of those effects. The Commissioner satisfied the Tribunal that only \$2.6 million, representing the socially adverse effects on low income households, could be considered.

[63] The Commissioner says that the socially adverse effects approach essentially eliminates any burden on the respondent of persuading the Tribunal on the ultimate issue, that the efficiencies exceed and outweigh those effects. I do not agree. In the first place, the Court left it open to the Tribunal to decide upon the methodology for determining the extent of the anti-competitive effects of the merger. The socially adverse effects approach is the methodology chosen by the Tribunal and it is not inconsistent with the Court's directions. The burden on the Commissioner under this approach may be greater than under a different approach, but there is no evidence to suggest that it is impossible to meet.

[64] In any event, the burden of proving that the efficiencies exceed and outweigh the anti-competitive effects may be relatively straightforward where the efficiencies and effects are quantified and there is significant disparity between the two. However, when qualitative considerations are to be taken into account, the determination of whether efficiency gains exceed and offset those effects may be more difficult to assess. Either way, the burden will be on the respondent to

dollars, doit être incluse au départ dans les effets anticoncurrentiels du fusionnement pour l'analyse prévue au paragraphe 96(1). Il dit qu'il appartenait à l'intimée, si elle n'était pas d'accord, de prouver que cette somme devait être réduite.

[62] Je n'arrive pas à voir comment l'approche du commissaire est compatible avec les directives de la Cour. Son approche ne peut être correcte que s'il avait convaincu le Tribunal que, *prima facie*, la totalité du transfert de richesse devrait être considérée comme un effet défavorable du fusionnement. Or il n'en a pas convaincu le Tribunal. Il incombe au commissaire de prouver l'étendue des effets anticoncurrentiels. Selon l'approche des effets socialement défavorables adoptée par le Tribunal à l'égard du transfert de richesse, le commissaire devait persuader le Tribunal de l'étendue de ces effets. Le commissaire a convaincu le Tribunal qu'une somme de 2,6 millions de dollars seulement, représentant les effets socialement défavorables sur les ménages à faible revenu, pouvait être prise en considération.

[63] Le commissaire fait valoir que l'approche des effets socialement défavorables élimine, pour l'essentiel, tout fardeau incombant à l'intimée de persuader le Tribunal sur la question ultime, que les gains en efficacité surpassent et neutralisent ces effets. Je ne souscris pas à cette position. Pour commencer, la Cour a laissé au Tribunal le choix de la méthode à employer pour déterminer l'étendue des effets anticoncurrentiels du fusionnement. L'approche des effets socialement défavorables est la méthode choisie par le Tribunal et elle n'est pas incompatible avec les directives de la Cour. Il se peut que le fardeau du commissaire selon cette approche soit plus lourd que selon une approche différente, mais rien dans la preuve n'indique qu'il est impossible de s'acquitter de ce fardeau.

[64] Quoi qu'il en soit, le fardeau de prouver que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels peut être relativement simple lorsque les gains en efficacité et les effets sont estimés quantitativement et qu'il existe un écart considérable entre les deux. Cependant, lorsqu'il faut prendre en compte des considérations qualitatives, il peut être plus difficile de déterminer si les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels.

satisfy the Tribunal that the efficiency gains are greater than and offset the socially adverse effects of a merger.

NATURAL JUSTICE

[65] The Commissioner says the Tribunal considered academic studies and articles that were not properly before it through witnesses who could be cross-examined. Where an error of natural justice has occurred, the relief to be granted is to remit the matter to the Tribunal for redetermination. However, in oral argument, the Commissioner expressly waived that relief if the Court found that the Tribunal's only error was one of natural justice.

[66] As I do not find that the Tribunal committed other errors which would justify intervention by this Court, it is not necessary to address the natural justice issue.

STANDARD OF REVIEW

[67] I also do not think it is necessary to address the standard of review. Even on a correctness standard, I have not found error on the part of the Tribunal.

CONCLUSION

[68] I would dismiss the appeal with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[69] LÉTOURNEAU J.A. (dissenting in part): I have had the benefit of reading the reasons drafted by my colleague Rothstein J.A. For all practical purposes, I agree in substance with most of his findings except for the one which relates to the impact of monopolies and which, in my respectful view, strikes at the heart of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, as amended (Act) and which is of national interest. My view and assessment of the Act on this issue lead me to a different conclusion, one which results in my allowing the appeal

Dans un cas comme dans l'autre, il incombera à l'intimée de convaincre le Tribunal que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets socialement défavorables d'un fusionnement.

LA JUSTICE NATURELLE

[65] Le commissaire soutient que le Tribunal a pris en considération des études universitaires et des articles qui n'avaient pas été présentés régulièrement par l'entremise de témoins qu'on pourrait contre-interroger. Lorsqu'une erreur de justice naturelle a été commise, la réparation à accorder est de renvoyer l'affaire au Tribunal pour réexamen. Toutefois, au cours des plaidoiries, le commissaire a expressément renoncé à cette réparation si la Cour devait conclure que la seule erreur commise par le Tribunal avait trait à la justice naturelle.

[66] Comme je ne juge pas que le Tribunal a commis d'autres erreurs justifiant une intervention de la Cour, il n'est pas nécessaire de traiter de la question de la justice naturelle.

LA NORME DE CONTRÔLE

[67] Je ne crois pas non plus qu'il soit nécessaire de traiter de la norme de contrôle. Même selon la norme de la décision correcte, je n'ai pas trouvé d'erreur de la part du Tribunal.

CONCLUSION

[68] Je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

[69] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. (dissident en partie): J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par mon collègue, le juge Rothstein, J.C.A. En pratique, je souscris pour l'essentiel à la plupart de ses conclusions, sauf celle qui a trait à l'impact des monopoles et qui, à mon avis, touche le cœur de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, modifiée (la Loi), et est d'intérêt national. Ma conception et mon interprétation de la Loi sur cette question me conduisent à une conclusion différente, qui

in part. I shall also comment on two other findings, but my views on these two other matters have no bearing on the merits *per se* of the appeal.

The facts

[70] I need not state again the relevant facts and findings of the Competition Tribunal (Tribunal) summarized by my colleague, except for the facts relating to the creation of monopolies as a result of the merger. In its first decision rendered on August 30, 2000 [(2000), 7 C.P.R. (4th) 385], later set aside by this Court and sent back for new determination on April 4, 2001 [[2001] 3 F.C. 185 (C.A.)], the Tribunal found that the merger would result in monopolies or near-monopolies in the following large areas of the country:

Table 4
Geographical Markets with Merger-to-Monopoly

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

This conclusion of the Tribunal is not in dispute. It is to the legal impact of this conclusion that I now turn to in the context of the efficiency defence provided by section 96 of the Act. To put it perhaps in clearer terms, I shall ask and determine whether the defence of efficiency authorizes the creation of monopolies through mergers.

fait que j'accueillerais l'appel en partie. Je formulerai également des observations sur deux autres conclusions, mais mes vues sur ces deux autres points n'ont pas d'incidence sur le fond de l'appel.

Les faits

[70] Je n'ai pas besoin de rappeler les faits pertinents et les conclusions du Tribunal de la concurrence (le Tribunal) qui ont été résumés par mon collègue, sauf les faits relatifs à la création de monopoles par suite du fusionnement. Dans sa première décision, rendue le 30 août 2000 [(2000), 7 C.P.R. (4th) 385] et annulée le 4 avril 2001 par la Cour [[2001] 3 C.F. 185 (C.A.)], qui a renvoyé l'affaire au Tribunal pour réexamen, le Tribunal a conclu que le fusionnement entraînerait des monopoles ou des quasi-monopoles dans les grandes régions suivantes du pays:

Tableau 4
Marchés géographiques où le fusionnement mènerait à un monopole

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

Cette conclusion du Tribunal n'est pas contestée. Ce sont les conséquences juridiques de cette conclusion que je veux maintenant analyser dans le contexte de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'article 96 de la Loi. Pour rendre les choses peut-être plus claires, je vais m'interroger sur la défense fondée sur les gains en

Whether subsection 96(1) which recognizes a defence of efficiency authorizes mergers to monopolies

[71] In its decision rendered on April 4, 2001, as my colleague Rothstein J.A. pointed out, this Court ruled that the Tribunal erred in its interpretation of section 96 of the Act and the efficiency defence when it limited the anti-competitive effects to be considered to the deadweight loss in all cases.

[72] However, the majority of the Court did not assign any weight to the relevant effects. I was sitting on the panel and I went further than my colleagues with respect to the creation of monopolies in view of the purpose of the Act stated in section 1.1:

PURPOSE

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices. [Emphasis added.]

I was of the view that efficiency of the economy expressed in the defence of efficiency was not meant to and could not override and eliminate competition in an Act designed to maintain and promote competition. Economic efficiency was not, in my opinion, the paramount objective of the Act as found by the Tribunal. At paragraphs 13 to 16 of my reasons, I wrote:

The Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in Atlantic Canada and to lessen competition substantially in co-ordination services offered to national account customers: see decision . . . , paragraphs 310 and 313. There was also conclusive evidence that, in many large areas of the country, the merger would not merely lessen competition, but would in fact eliminate it and create monopolies. The following Chart illustrates the impact of the

efficience et décider si elle autorise la création de monopoles par la voie de fusionnements.

Le paragraphe 96(1) qui prévoit la défense fondée sur les gains en efficience autorise-t-il les fusionnements menant à des monopoles?

[71] Dans l'arrêt du 4 avril 2001, comme l'a rappelé mon collègue, le juge Rothstein, J.C.A., la Cour a statué que le Tribunal avait commis une erreur dans son interprétation de l'article 96 de la Loi et de la défense fondée sur les gains en efficience lorsqu'il a limité les effets anticoncurrentiels à prendre en compte à la perte sèche, dans tous les cas.

[72] Toutefois, la majorité de la Cour n'a pas attribué de poids aux effets pertinents. Je faisais partie de la formation et je suis allé plus loin que mes collègues au sujet de la création de monopoles compte tenu de l'objet de la Loi exposé à l'article 1.1:

OBJET

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'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. [Non souligné dans l'original.]

J'étais d'avis que l'efficience de l'économie, exprimée dans la défense fondée sur les gains en efficience, n'était pas censée primer sur la concurrence et l'éliminer, et ne pouvait non plus avoir cet effet, dans une loi visant à préserver et à favoriser la concurrence. L'efficience économique n'était pas, à mon avis, l'objectif premier de la Loi comme le voulait la conclusion du Tribunal. Aux paragraphes 13 à 16 de mes motifs, j'ai écrit:

Le Tribunal a conclu que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans les provinces de l'Atlantique et de diminuer sensiblement la concurrence dans le domaine des services de coordination offerts aux clients qui constituent des comptes nationaux: voir la décision [. . .], paragraphes 310 et 313. Il y avait également une preuve concluante que, dans de nombreuses grandes régions du pays, le fusionnement ne ferait

merger with respect to monopolies or near monopolies: see Compendium of the appellant, page 001327:

pas que diminuer la concurrence, mais l'éliminerait et créerait des monopoles. Le tableau suivant illustre l'impact du fusionnement en ce qui concerne les monopoles ou quasi-monopoles: voir l'abrégé de l'appellant, page 001327:

Table 4
Geographical Markets with Merger-to-Monopoly

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

The Tribunal, in view of its conclusion that efficiency is the paramount objective of the Act, ignored as an effect of the merger the fact that monopolies in certain product markets would ensue and failed to give any weight to that effect in its analysis under section 96. The Act maintains and promotes competition. It assumes that economic efficiency will generally and primarily develop through competition. It also accepts in section 96 that, in some cases, a reduction in competition can and will produce more efficiency than competition as it existed before merger.

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

As the Supreme Court of the United States has asserted repeatedly with respect to the U.S. antitrust laws, "Congress

Tableau 4
Marchés géographiques où le fusionnement mènerait à un monopole

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

Le Tribunal, en raison de sa conclusion que l'efficience est l'objectif premier de la Loi, n'a pas tenu compte parmi les effets du fusionnement du fait qu'il en résulterait des monopoles dans certains marchés du produit et n'a attaché aucune importance à cet effet dans son analyse selon l'article 96. La Loi préserve et favorise la concurrence. Elle présume que l'efficience économique se développera généralement et fondamentalement par la concurrence. Elle accepte également à l'article 96 que, dans certains cas, une réduction de la concurrence peut produire et produira plus d'efficience que la concurrence qui existait avant le fusionnement.

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

Ainsi que la Cour suprême des États-Unis l'a rappelé à plusieurs reprises au sujet des lois antitrust américaines,

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

[73] I remain convinced that the creation of monopolies is the ultimate adverse, anti-competitive effect which defeats the very purpose of the Act as expressed in section 1.1. In the name of economic efficiency, the Act allows for a substantial lessening of competition, but it does not authorize its elimination altogether. As I mentioned in my previous reasons, Parliament intended, and the Act reflects that intent in section 1.1, that efficiency of the Canadian economy will generally and primarily develop through competition and enhancement of competition in Canada.

[74] Prior to the enactment of Bill C-91, which is now the Act, prevention of monopolies and maintenance of competition were ensured through the criminal process. Such process was found to be cumbersome and not as efficient as desired. It was replaced by a civil process designed to ease the burden of fighting illegal mergers. Answering questions in the House of Commons on the proposed Bill, Mr. Côté, then Minister of Consumer and Corporate Affairs, stated at page 1:7 of the *Minutes and Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-91*, on April 23, 1986:

It is widely recognized that the major weakness in the existing competition legislation is the assessment of complex economic activity in a criminal law setting. This means that in the past the courts had to determine beyond any reasonable doubt if a merger was against the public interest. In the 75 years of the act's existence this has been impossible to prove, Mr. Chairman. This bill proposes a balanced approach. Merger will now become a civil reviewable matter rather than a criminal offence. A special competition tribunal will be created to provide expediency and fairness together with expertise in

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

[73] Je demeure convaincu que la création de monopoles constitue l'effet anticoncurrentiel défavorable ultime, qui va à l'encontre de l'objet même de la Loi, tel qu'il est exprimé à l'article 1.1. Au nom de l'efficience économique, la Loi permet une diminution sensible de la concurrence, mais elle n'autorise pas son élimination complète. Comme je l'ai indiqué dans mes motifs antérieurs, l'intention du Parlement, et la Loi reflète cette intention à l'article 1.1, était que l'économie canadienne se développe généralement et principalement par la concurrence et le renforcement de la concurrence au Canada.

[74] Avant l'adoption du projet de loi C-91, qui est maintenant devenu la Loi, la prévention des monopoles et la préservation de la concurrence étaient assurées par la voie du droit pénal. On reprochait à cette solution sa lourdeur et son inefficacité. Elle a donc été remplacée par des dispositions civiles visant à faciliter la lutte contre les fusions illégales. En réponse à des questions à la Chambre des communes sur le projet de loi proposé, M. Côté, ministre de la Consommation et des Corporations, a déclaré, à la page 1:7 des *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, le 23 avril 1986:

Il est largement reconnu que la principale faiblesse de l'actuelle législation en matière de concurrence réside dans l'évaluation d'activités économiques complexes dans un cadre de droit criminel. Cela signifie que par le passé, la Cour devait prouver «au-delà de tout doute raisonnable» qu'un fusionnement allait à l'encontre de l'intérêt public. En 75 ans, la Loi actuelle n'a donné lieu à aucune condamnation dans une affaire de fusionnement. Le projet de loi C-91 propose une nouvelle approche: les fusionnements seront considérés comme ressortissant au droit civil et non plus au droit criminel et un

decision-making.

The bill proposes a tough civil law on mergers. Not only are we diminishing the burden of proving a merger is illegal, we are also considerably strengthening the merger test provisions. [Emphasis added.]

[75] During the debates, some members of the House expressed concerns about concentration of power and wealth in the hands of a few individuals. The Minister of Consumer and Corporate Affairs, *ibid.*, at page 1:18, reasserted that the purpose of the Act was to enhance competition in Canada:

Mr. Côté (Langelier): Mr. Chairman, if I may say so, this bill deals with competition and in it, we are trying to bring about amendments which will enhance competition in this country. What does this mean? It means that we are creating opportunities for investment and jobs and bringing about the economic renewal that everybody is expecting. We are on the road to doing that. I think our record proves that already, after 18 months. [Emphasis added.]

[76] At page 1:19, after further discussions on the issue of concentration, the Minister affirmed again the purpose of the Act:

Mr. Côté (Langelier): I am not saying I am not concerned, Mr. Chairman. I am saying this bill deals with competition and not with concentration. That is what I think. I am not saying that personally I am not concerned about some concentration in the marketplace. What I am saying is that this bill deals with the competition aspect.

We are here to make sure we are providing the legislation, the proper mechanisms, to enhance competition in this country. That is what we are here for. [Emphasis added.]

[77] A substantial review of the debates in the House of Commons and its Committees on the issue of economic efficiency and competition reveals that the discussion among parliamentarians was not always free from ambiguity. However, the Minister's position consistently remained the same: enhancement of competition in Canada. This is precisely the principle embodied in section 1.1 of the Act: maintenance and

Tribunal de concurrence sera créé pour assurer que les décisions seront rendues avec équité et rapidité.

Le projet de loi propose une disposition civile rigoureuse sur les fusionnements. Il sera plus facile, entre autres, de prouver qu'un fusionnement est illégal, et les critères d'examen de ces fusionnements seront également renforcés. [Non souligné dans l'original.]

[75] Au cours des débats, quelques membres de la Chambre ont exprimé des préoccupations au sujet de la concentration de pouvoir et de richesse dans les mains de quelques personnes. Le ministre de la Consommation et des Corporations a réaffirmé, *ibid.*, à la page 1:18, que la Loi visait à améliorer la concurrence au Canada:

M. Côté (Langelier): Monsieur le président, si je peux me permettre de le dire, le projet de loi traite de la concurrence et les amendements que nous proposons visent à améliorer la concurrence dans ce pays. Qu'est-ce que cela signifie? Cela signifie que nous créons de nouvelles possibilités d'investissement et de nouveaux emplois et que nous favorisons la relance économique qu'attendent tous les Canadiens. Nous avons déjà fait des progrès à cet égard. Je pense que notre bilan, après 18 mois, le prouve. [Non souligné dans l'original.]

[76] À la page 1:19, après des discussions sur la question de la concentration, le ministre a affirmé encore une fois l'objet de la Loi:

M. Côté (Langelier): Je ne dis pas que cela ne me préoccupe pas, Monsieur le président. Je dis que le projet de loi traite de la concurrence et non pas de la concentration. Voilà ce que je pense. Je ne vous dis pas que je ne m'inquiète pas personnellement du degré de concentration qui existe sur le marché. Ce que je vous dis, c'est que le projet de loi traite de la concurrence.

Notre mandat c'est d'adopter une loi et des mécanismes susceptibles d'améliorer la concurrence au Canada. Voilà notre mandat. [Non souligné dans l'original.]

[77] Un examen approfondi des débats à la Chambre des communes et dans les Comités sur la question de l'efficacité économique et de la concurrence révèle que la discussion entre les parlementaires n'était pas toujours exempte d'ambiguïté. Toutefois, la position du ministre est constamment restée la même: l'amélioration de la concurrence au Canada. C'est précisément le principe exprimé à l'article 1.1 de la Loi: préserver et favoriser la

enhancement of competition in Canada (not elimination) in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy.

[78] In conclusion, I wish to add that the issue of monopolies in the context of an Act which favours competition is not a mere question of evidence. It is a question of principle, a fundamental issue which, in this case, has been addressed by Parliament in section 1.1 of the Act. As I previously mentioned, it is the ultimate adverse, anti-competitive effect, an effect that runs counter to the expressed values, purposes and objectives of the Act. Having said that, the next question is: what is the appropriate remedy in the circumstances?

The appropriate remedy

[79] The remedy should be tailored to correct the problems created by the merger without, if possible, compromising it and its resulting gains in economic efficiency. I believe it is possible to solve the problems of monopoly in the geographical areas identified without putting in question the whole merger. I would leave it to the Tribunal and rely upon its expertise to determine what course of action is best in the circumstances, and issue orders accordingly. The Tribunal possesses wide powers under section 92 of the Act to order that the merger be dissolved in part or that assets or shares be disposed of. It can order that part of the merger not be proceeded with. With the consent of the Commissioner of Competition (Commissioner) and the respondents, it can order the respondents to take any other action which will prevent or eliminate the creation of monopolies in the designated geographical areas.

Whether the Tribunal erred by adopting a restrictive view of the merger on small and medium-sized enterprises

[80] As my colleague Rothstein J.A. pointed out in his reasons, the Commissioner complained that the Tribunal took too narrow a view of the kind of anti-competitive conduct that is offensive under the Act by restricting itself to conduct prohibited in sections 50 and 79 of the Act. These sections identify some prohibited or illegal

concurrence au Canada (non pas l'éliminer) dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne.

[78] En conclusion, je souhaite ajouter que la question des monopoles dans le contexte d'une Loi qui favorise la concurrence n'est pas une simple question de preuve. C'est une question de principe, une question fondamentale qui, dans ce cas, a été traitée par le Parlement à l'article 1.1 de la Loi. Comme je l'ai mentionné auparavant, le monopole est l'effet anticoncurrentiel défavorable ultime, qui va à l'encontre des valeurs, de l'objet et des objectifs exprimés de la Loi. Cela dit, la question qui se pose ensuite concerne la réparation appropriée dans les circonstances.

La réparation appropriée

[79] La réparation devrait être conçue de manière à corriger les problèmes créés par le fusionnement, sans compromettre, si possible, le fusionnement et les gains en efficacité économique qui en découlent. Je pense qu'il est possible de résoudre les problèmes de monopole dans les régions géographiques indiquées sans remettre en question l'ensemble du fusionnement. Je laisserais au Tribunal le soin de déterminer la meilleure façon de procéder dans les circonstances et de prononcer les ordonnances nécessaires, et je m'en remettrais à son expertise à cet égard. Le Tribunal possède, en vertu de l'article 92 de la Loi, de vastes pouvoirs lui permettant d'ordonner que le fusionnement soit dissous en partie ou qu'on se départisse d'actifs ou d'actions. Avec le consentement du commissaire de la concurrence (le commissaire) et des intimées, il peut ordonner à celles-ci de prendre toute autre mesure qui empêche ou élimine la création de monopoles dans les régions géographiques désignées.

Le Tribunal a-t-il commis une erreur en adoptant une position restrictive du fusionnement à l'égard des petites et moyennes entreprises?

[80] Comme mon collègue le juge Rothstein, J.C.A. l'a indiqué dans ses motifs, le commissaire s'est plaint de ce que le Tribunal a adopté une conception trop étroite du type d'activité anticoncurrentielle qui est sanctionnée par la Loi en se limitant aux interdictions prévues aux articles 50 et 79 de la Loi. Ces articles définissent

practices. The Tribunal addressed the issue in the following terms in paragraph 305 of its reasons:

To find the denial of an equitable opportunity of small and medium-sized enterprises to participate requires a demonstration that anti-competitive conduct offensive under the Act (i.e. section 79 or section 50) is taking place or will likely take place. On the evidence in this case, the Tribunal cannot conclude that small and medium-sized competitors and customers will lose an equitable opportunity to participate in economic activity. [Emphasis added.]

[81] I am not sure that the Tribunal referred to these two sections only as examples of offensive anti-competitive conduct. The use of these words "i.e. section 79 or section 50" as opposed to "e.g. section 79 or section 50", in the context of reprehensible conducts, points, in my view, more towards a restrictive than an expansive definition or particularization of the preceding words "anti-competitive conduct offensive under the Act".

[82] In any event, I agree with my colleague Rothstein J.A. that the Tribunal's focus was too narrow if its intent was to restrict the words "anti-competitive conduct offensive under the Act" to the conducts identified in sections 50 and 79 only. I also agree with him that, "in the absence of some other type of conduct being identified by the Commissioner that should be taken into account", there is no reason to interfere with the Tribunal's decision on that point.

The role of a Tribunal on redetermination proceedings

[83] I do not want to conclude my reasons without saying, in the interest of a proper administration of justice, a word about the role of a tribunal on redetermination proceedings. To use the words of Lord Hailsham in *Cassell & Co Ltd v Broome*, [1972] 1 All ER 801 (H.L.), at page 809, "I desire to do so briefly and with studied moderation". Let me say at the outset that it is not necessarily improper to express some criticism at a judicial decision. Often times, such criticism eventually brings a change to the law or its judicial interpretation. However, this is not the role of a tribunal on redetermination proceedings whereby the tribunal is

certaines pratiques interdites ou illégales. Le Tribunal a traité la question dans les termes suivants au paragraphe 305 de ses motifs:

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

[81] Je ne suis pas certain que le Tribunal a cité ces deux articles seulement comme des exemples d'activités anticoncurrentielles sanctionnées par la Loi. La formulation «c'est-à-dire par l'article 79 ou l'article 50», plutôt que «par exemple, l'article 79 ou l'article 50», dans le contexte d'activités répréhensibles, indique davantage à mon avis une définition ou une particularisation des mots «une action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi» plus restrictive que libérale.

[82] Quoi qu'il en soit, je conviens avec mon collègue, le juge Rothstein, que la conception du Tribunal était trop étroite s'il avait l'intention de restreindre les termes «une action anticoncurrentielle sanctionnée par la Loi» aux activités visées aux articles 50 et 79 seulement. Je conviens aussi avec lui qu'«[à] défaut d'indications de la part du commissaire sur quelque autre type d'activité qui devrait être prise en compte», il n'y a pas de raison de modifier la décision du Tribunal sur ce point.

Le rôle d'un tribunal administratif dans une procédure de réexamen

[83] Je ne veux pas conclure mes motifs sans dire un mot, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, sur le rôle d'un tribunal administratif dans une procédure de réexamen. Pour reprendre les termes de lord Hailsham dans l'arrêt *Cassell & Co Ltd v Broome*, [1972] 1 All ER 801 (H.L.), à la page 809, [TRADUCTION] «Je souhaite le faire brièvement et avec une modération réfléchie». Je commencerai par dire qu'il n'est pas nécessairement déplacé d'exprimer une certaine critique à l'égard d'une décision judiciaire. Souvent, une telle critique peut conduire à une modification de la loi ou de son interprétation judiciaire. Toutefois, ce n'est

instructed to implement the directives of the reviewing court, generally on the basis of the record before it. The role of the tribunal is to act in accordance with the decision of the reviewing court: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 51 C.P.R. (3d) 131 (Comp. Trib.), at page 140. It is to implement the decision, not cast doubts on its merits.

[84] For reasons that I will explain, it is hazardous, to say the least, at the stage of a redetermination to engage or appear to be engaging in a criticism of the reviewing Court's findings and directives or a re-litigation of its authority. First, it has the potential of undermining the system of administration of justice and the public confidence in it. In *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at page 515, the Chief Justice of the Supreme Court, for a unanimous Court, warned all courts against such temptation:

There is this to be added. It is fundamental to the due administration of justice that the authority of decisions be scrupulously respected by all courts upon which they are binding. Without this uniform and consistent adherence the administration of justice becomes disordered, the law becomes uncertain, and the confidence of the public in it undermined. Nothing is more important than that the law as pronounced, including the interpretation by this Court of the decisions of the Judicial Committee, should be accepted and applied as our tradition requires; and even at the risk of that fallibility to which all judges are liable, we must maintain the complete integrity of relationship between the courts. If the rules in question are to be accorded any further examination or review, it must come either from this Court or from the Judicial Committee.

[85] In *Cassell & Co Ltd, supra*, the English Court of Appeal criticized a decision of the House of Lords and instructed judges of first instance to ignore that decision. After having stated at page 809 that it was "not open to the Court of Appeal to give gratuitous advice to judges of first instance to ignore decisions of the House of Lords in this way", the House of Lords went on to explain why it was highly undesirable to take this course even if it were entitled to do so:

pas là le rôle d'un tribunal administratif dans une procédure de réexamen dans laquelle le tribunal doit mettre en application les directives que lui a données la cour de révision, généralement sur le fondement du dossier dont il est saisi. Le rôle du tribunal est d'agir conformément à la décision de la cour de révision: *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (1993), 51 C.P.R. (3d) 131 (Trib. conc.), à la page 140. C'est de mettre en application la décision, non de jeter des doutes sur son bien-fondé.

[84] Pour les motifs que j'expliquerai, il est pour le moins dangereux, au stade du réexamen, de se lancer ou de paraître se lancer dans une critique des conclusions et directives de la cour de révision ou dans une contestation de son autorité. En premier lieu, cela risque de miner le système d'administration de la justice et la confiance publique à son endroit. Dans l'arrêt *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504, à la page 515, le juge en chef de la Cour suprême, s'exprimant au nom de la Cour unanime, a mis en garde tous les tribunaux contre une telle tentation:

[TRADUCTION] Il faut ajouter ceci. Il est fondamental, pour assurer la bonne administration de la justice, que l'autorité des décisions soit scrupuleusement respectée par tous les tribunaux qui sont liés par elles. Sans cette adhésion générale et constante, l'administration de la justice sera désordonnée, le droit deviendra incertain et la confiance dans celui-ci sera ébranlée. Il importe plus que tout que le droit, tel qu'il a été énoncé, [. . .] soit accepté et appliqué comme l'exige notre tradition; et même au risque de nous tromper, tous les juges étant faillibles, nous devons préserver totalement l'intégrité des rapports entre les tribunaux. S'il y a lieu de pousser plus loin l'examen ou la révision de ces règles, l'initiative doit venir de notre Cour ou du Comité judiciaire.

[85] Dans l'affaire *Cassell & Co Ltd*, précitée, la Cour d'appel anglaise avait critiqué un arrêt de la Chambre des lords et donné pour instruction aux juges de première instance d'ignorer cet arrêt. Après avoir indiqué, à la page 809, que [TRADUCTION] «la Cour d'appel n'a pas la faculté de donner aux juges de première instance l'avis non sollicité d'ignorer les décisions de la Chambre des lords de cette façon», la Chambre des lords a ensuite expliqué pourquoi il était très regrettable d'agir ainsi même en supposant que la Cour d'appel en eût le droit:

The course taken would have put judges of first instance in an embarrassing position, as driving them to take sides in an unedifying dispute between the Court of Appeal or three members of it (for there is no guarantee that other Lords Justices would have followed them and no particular reason why they should) and the House of Lords. But, much worse than this, litigants would not have known where they stood. None could have reached finality short of the House of Lords, and, in the meantime, the task of their professional advisers of advising them either as to their rights, or as to the probable cost of obtaining or defending them, would have been, quite literally, impossible. Whatever the merits, chaos would have reigned until the dispute was settled, and, in legal matters, some degree of certainty is at least as valuable a part of justice as perfection.

While in that case the Court of Appeal, no doubt, had gone further than the Tribunal did in the case at bar, it illustrates the kind of difficulties generated for other panels of the same Tribunal, the reviewing Court and litigants.

[86] In the present instance, the Commissioner complains, and, rightly so, that the criticisms and the comments made by the Tribunal at the reviewing Court's decision generated unnecessary uncertainty and confusion with respect to the actual state of the law and its future application, thereby making the present appeal inevitable.

[87] Re-litigation of a reviewing court's authority on redetermination proceedings may also affect the public and the parties' perception of a tribunal who engages in such conduct. It can be seen as arrogance or lack of maturity. Either way, it has the potential of undermining the credibility of the tribunal itself.

[88] In addition, such conduct is a perfect recipe for an unnecessary fuelling of litigation as it provides additional grounds of appeal. The present appeal is a living example of that. I need only reproduce some of the grounds of appeal invoked by the Commissioner:

The Tribunal Erred in Law in Failing to Abide by the Appeal Judgment, and the Tribunal Exceeded its Jurisdiction on its Redetermination

[TRADUCTION] La position adoptée aurait placé les juges de première instance dans une situation embarrassante, les forçant à prendre parti dans une querelle peu édifiante entre la Cour d'appel ou trois membres de celle-ci (car il n'est pas garanti que d'autres lords juges les auraient suivis et il n'y a pas de raison particulière qui aurait pu les amener à le faire) et la Chambre des lords. Mais, bien pis, les parties n'auraient plus été en mesure d'apprécier leur situation. Aucune d'elles n'aurait pu obtenir une solution définitive à moins de se rendre devant la Chambre des lords et, entre-temps, la mission de leurs conseillers juridiques de leur fournir conseil au sujet de leurs droits, ou du coût probable de les faire reconnaître ou de les défendre, aurait été littéralement impossible. Quel que soit le bien-fondé de la position, le chaos aurait régné jusqu'à ce que la querelle soit réglée et, dans le domaine juridique, un certain degré de certitude constitue une partie de la justice ayant autant de valeur que la perfection.

Dans cette affaire, la Cour d'appel était sans aucun doute allée plus loin que ne l'a fait le Tribunal en l'espèce, mais l'affaire donne une idée des difficultés créées pour les autres formations du même Tribunal, pour la cour de révision et pour les parties.

[86] Dans le cas présent, le commissaire se plaint, à bon droit, que les critiques et les commentaires formulés par le Tribunal à l'endroit de l'arrêt de la Cour de révision engendrent une incertitude et une confusion inutiles quant à l'état actuel du droit et son application future, ce qui rend le présent appel inévitable.

[87] La contestation de l'autorité de la cour de révision dans la procédure de réexamen peut également avoir un impact sur la perception que le public et les parties ont du tribunal qui agit ainsi. On peut y voir de l'arrogance ou un manque de maturité. Dans un cas comme dans l'autre, cela risque de miner la crédibilité du tribunal lui-même.

[88] En outre, cette conduite est la recette parfaite pour nourrir inutilement le contentieux puisqu'elle fournit des moyens d'appel additionnels. Le présent appel en fournit un exemple concret. Je n'ai qu'à reproduire certains des moyens d'appel invoqués par le commissaire:

[TRADUCTION] Le Tribunal a commis une erreur de droit en ne s'inclinant pas devant l'arrêt de la Cour d'appel et le Tribunal a excédé sa compétence dans la procédure de réexamen

The Tribunal Erred in Rejecting this Court's Ruling Regarding the Tribunal's Statutory Mandate

Le Tribunal a commis une erreur en rejetant la décision de la Cour concernant le mandat que la Loi confère au Tribunal

The Tribunal Erred in Rejecting this Court's Interpretation of Sections 1.1 and 96(1) of the *Act*

Le Tribunal a commis une erreur en rejetant l'interprétation de l'article 1.1 et du paragraphe 96(1) de la *Loi* donnée par la Cour

- (i) The Tribunal Erred in Rejecting this Court's Interpretation of the Objectives and Legislative History of the *Act*
- (ii) The Tribunal Erred in Rejecting this Court's Analysis of U.S. Antitrust Law and the Legal Academic Authorities
- (iii) The Tribunal Erred in Rejecting this Court's Conclusions Regarding the Significance of s. 96(3) of the *Act*
- (iv) The Tribunal Erred in Rejecting this Court's Finding that the Creation of Monopolies was a Distinct Effect under s. 96(1) of the *Act*

- (i) Le Tribunal a commis une erreur en rejetant l'interprétation des objectifs et de l'historique législatif de la *Loi* donnée par la Cour
- (ii) Le Tribunal a commis une erreur en rejetant l'analyse faite par la Cour du droit antitrust et de la doctrine aux États-Unis
- (iii) Le Tribunal a commis une erreur en rejetant les conclusions de la Cour au sujet de l'importance du paragraphe 96(3) de la *Loi*
- (iv) Le Tribunal a commis une erreur en rejetant la conclusion de la Cour que la création de monopoles constituait un effet distinct dans le cadre du paragraphe 96(1) de la *Loi*

[89] Finally, and this is perhaps just as or even more important than the other reasons given, it may give rise to an allegation of bias on the part of the tribunal or an allegation that the tribunal showed on redetermination a closed mind leading to a reasonable apprehension of bias. An allegation of bias, especially actual as opposed to apprehended bias, made against a tribunal is a serious allegation and one that ought not to be made lightly. It casts doubt on the integrity of a tribunal and its members: see *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346 (F.C.A.). A tribunal should, on redetermination proceedings, be careful not to leave itself open to such allegations.

[89] Enfin, et c'est peut-être aussi important ou même plus important que les autres motifs indiqués, un tel comportement peut susciter une allégation de partialité du tribunal ou une allégation que le tribunal a manifesté lors du réexamen une fermeture d'esprit conduisant à une crainte raisonnable de partialité. Une allégation de partialité, surtout de partialité réelle par opposition à la crainte de partialité, formulée contre un tribunal constitue une allégation grave, qui ne devrait pas être formulée à la légère. Elle jette des doutes sur l'intégrité du tribunal et de ses membres: voir *Arthur c. Canada (Procureur général)* (2001), 283 N.R. 346 (C.A.F.). Un tribunal devrait, au cours d'une procédure de réexamen, prendre soin de ne pas donner ouverture à de telles allégations.

Conclusion

[90] For the reasons given in relation to the issue of monopoly, I would allow the appeal in part with costs, set aside the part of the Tribunal's decision which authorizes mergers to monopolies in the geographical areas identified in Table 4 and refer the matter back to the Tribunal with instructions to take the necessary measures, including disposal of assets or shares, to ensure that the merger does not result in the creation of monopolies in the said geographical areas.

Conclusion

[90] Pour les motifs exposés relativement à la question du monopole, j'accueillerais l'appel en partie avec dépens, j'annulerais la partie de la décision du Tribunal qui autorise les fusionnements menant à des monopoles dans les régions géographiques indiquées dans le tableau 4 et je renverrais l'affaire au Tribunal en lui donnant pour instructions de prendre les mesures nécessaires, y compris la disposition d'actifs ou d'actions, pour que le fusionnement n'entraîne pas la création de monopoles dans ces régions.