

A-106-05
2006 FCA 236

A-106-05
2006 CAF 236

Commissioner of Competition (*Appellant*)

La commissaire de la concurrence (*appelante*)

v.

c.

Canada Pipe Company Ltd./Tuyauteries Canada Ltée (*Respondent*)

Tuyauteries Canada Ltée/Canada Pipe Company Ltd. (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. CANADA PIPE CO. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. TUYAUTERIES CANADA LTÉE (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Pelletier J.J.A.—Ottawa, February 7, 9 and June 23, 2006.

Court d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 7 et 9 février et 23 juin 2006.

Competition — Cross-appeal from Competition Tribunal's dismissal of Commissioner of Competition's application for order under Competition Act, ss. 77, 79 — Tribunal holding respondent dominant in each of relevant markets in Canada for cast iron drain, waste and vent (DWV) products — Cross-appeal concerning Tribunal's assessment of product market definition, market power, both pertaining to finding respondent dominant in relevant markets — Tribunal's conclusion applicable market not including DWV products made from variety of different materials, because cast iron treated as separate market by distributors, not unreasonable — Conclusion respondent had market power in relevant markets also open to Tribunal — Cross-appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting as to issue of market power.

Concurrence — Appel incident d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté une demande de la commissaire de la concurrence visant à obtenir une ordonnance d'interdiction en vertu des art. 77 et 79 de la Loi sur la concurrence — Le Tribunal a conclu que l'intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d'évacuation et de ventilation au Canada — L'appel incident portait sur la définition du marché pertinent et l'évaluation de la puissance commerciale du Tribunal, ces deux notions se rattachant à la conclusion relative à la position dominante — La conclusion du Tribunal portant que le marché de produit applicable ne comprend pas les produits d'évacuation et de ventilation faits de toutes sortes de matières parce que les produits en fonte sont traités comme un marché distinct par les distributeurs n'était pas déraisonnable — Il était aussi loisible au Tribunal de conclure que l'intimée disposait d'une puissance commerciale sur les marchés pertinents — Appel incident rejeté, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident à l'égard de la question de la puissance commerciale.

This was a cross-appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under sections 77 and 79 of the *Competition Act*. The application related to the respondent's Stocking Distributor Program (SDP) for the sale and supply of its cast iron drain, waste and vent (DWV) products. The Tribunal held that the respondent was dominant in each of the relevant markets in Canada for cast iron DWV products, that it was a "major supplier" of cast iron products, and that by marketing its cast iron DWV products using the SDP, the respondent had engaged in a practice of exclusive dealing. At issue in the cross-appeal was the Tribunal's assessment of product market definition and market power (*Competition Act*, paragraph 79(1)(a)). The respondent submitted that if the Tribunal had followed the analytical approach it was required by law to adopt, it would have had to

Il s'agissait d'un appel incident d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée en vertu des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*. La demande portait sur le programme des distributeurs stockistes (PDS) qu'a adopté l'intimée pour la vente et la fourniture de ses produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le Tribunal a conclu que l'intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d'évacuation et de ventilation en fonte au Canada, qu'elle était un « fournisseur important » de produits en fonte et que, en commercialisant ses produits d'évacuation et de ventilation en fonte au moyen du PDS, elle s'était livrée à une pratique d'exclusivité. Dans le cadre de l'appel incident, l'intimée a soutenu que le Tribunal avait commis une erreur dans sa définition du marché

define the applicable market to include competing DWV products made from a variety of different materials. The issue of market power would not have arisen in such a properly defined product market as the respondent's market share would not have exceeded approximately 10 %.

Held (Pelletier J.A. dissenting), the cross-appeal should be dismissed.

Per Desjardins J.A. (Létourneau J.A. concurring): The Tribunal correctly identified the legal principles applicable to the determination of the product market, and adopted an appropriate methodology to apply these principles in the particular case of the respondent. The Tribunal considered "substitutability", that is, whether there exist sufficiently close substitutes to the product at issue, such that the market for that product includes those substitutes. As no direct evidence was presented to the Tribunal on the cross-elasticity of demand, the Tribunal proceeded to consider the indirect evidence by reference to the topics enumerated in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. It concluded that cast iron still played a distinct role in the DWV industry and was treated as a separate market by distributors. Moreover, because of the significant price variation in cast iron DWV products, from region to region, the Tribunal found there were six geographic markets. Since the Tribunal considered the appropriate elements and arrived at a reasonable conclusion, these findings were immune from judicial intervention.

The Tribunal also correctly identified and articulated the principles applicable to the determination concerning market power, including both the direct and indirect approaches to this issue. It concluded that the evidence established the respondent could and did exercise market power in the relevant markets. Considering the evidence, it was open to the Tribunal to conclude on the direct approach that the respondent was pricing pipe and fittings with "hefty margins", and that for pipe, fittings and mechanical joint couplings, it had a "significant ability to vary prices across the regions." This indicated supra-competitive pricing. On the indirect approach, it was open to the Tribunal to conclude that the respondent had market power.

pertinent et son évaluation de la puissance du commerciale (alinéa 79(1)a) de la *Loi sur la concurrence*). L'intimée a soutenu que si le Tribunal avait suivi l'approche d'analyse que la loi l'obligeait à adopter, il aurait dû définir le marché de produit applicable de manière à y inclure les produits d'évacuation et de ventilation concurrents faits de toutes sortes de matières. La question de la puissance commerciale ne se serait pas posée dans un marché de produit ainsi défini comme il aurait dû l'être puisque la part de marché de l'intimée n'aurait pas dépassé environ 10 %.

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident), l'appel incident doit être rejeté.

La juge Desjardins, J.C.A. (le juge Létourneau, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le Tribunal a correctement établi les principes juridiques applicables à la définition du marché de produit et a adopté une méthode appropriée pour appliquer ces principes au cas particulier de l'intimée. Le Tribunal a pris en considération la « substituable », autrement dit le point de savoir s'il existe des substituts suffisamment proches du produit considéré pour que le marché de ce produit puisse être dit comprendre ces substituts. Aucun élément de preuve directe touchant l'élasticité croisée de la demande n'ayant été produit, le Tribunal a examiné la preuve indirecte en fonction des facteurs énumérés dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Il a conclu que la fonte jouait toujours un rôle particulier dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et qu'elle était traitée comme un marché distinct par les distributeurs. Le Tribunal a en outre conclu que, étant donné les différences notables de prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte d'une région à l'autre, il existait six marchés géographiques distincts. Comme le Tribunal a pris en considération les éléments qu'il fallait et est arrivé à une conclusion raisonnable, cette conclusion n'était pas susceptible de révision judiciaire.

De même, le Tribunal a défini et formulé de manière juste les principes applicables à la décision relative à la puissance commerciale, dans le cadre des approches directe aussi bien qu'indirecte. Il a conclu que ces éléments de preuve établissaient que l'intimée pouvait exercer, et exerçait effectivement, une puissance commerciale sur les marchés pertinents. Vu la preuve, il était loisible au Tribunal de conclure, dans le cadre de l'approche directe, que l'intimée fixait le prix de ses tuyaux et de ses raccords en se réservant des « marges considérables » et que, pour ce qui concerne les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, elle présentait une « aptitude marquée à faire varier ses prix d'une région à l'autre ». Cette situation témoignait de la fixation de prix supraconcurrentiels. Dans le cadre de l'approche indirecte, il était loisible au Tribunal de conclure que l'intimée disposait d'une puissance commerciale.

Per Pelletier J.A. (dissenting): The Tribunal's conclusion with respect to market power was unreasonable. Given the Tribunal's definition of market power as the ability to set prices above competitive levels for a considerable period, it was difficult to see on what basis the Tribunal could conclude that the respondent had market power in four of the six geographic markets identified. The respondent lowered its prices after the emergence of competing suppliers of cast iron products in those markets. The fact of lowering prices to respond to the emergence of new competitors is inconsistent with the definition of market power.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : La conclusion du Tribunal touchant la puissance commerciale était déraisonnable. Compte tenu de la définition de la puissance commerciale (soit la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période), on ne voyait pas bien sur quelle base le Tribunal avait pu conclure que l'intimée disposait d'une telle puissance sur quatre des six marchés géographiques qui avaient été identifiés. L'intimée a réduit ses prix en réaction à l'émergence de nouveaux fournisseurs concurrents de produits en fonte sur ces marchés. La réduction des prix en réaction à l'émergence de nouveaux concurrents n'est pas compatible avec la définition de la puissance commerciale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 51 (as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47).

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted *idem*), 77 (as am. *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52 (F); 2002 c. 16, ss. 11.2, 11.3), 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(z); 2002, c. 16, s. 11.4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. [1997] 1 S.C.R. 748; (1996), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 admin. L.R. (3d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20 (as to standard or review); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19 (as to standard or review); *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20 (as to standard of review); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241.

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co., [2007] 1 F.C.R. 3; (2006), 268 D.L.R. (4th) 193; 49 C.P.R. (4th) 241; 350 N.R. 291; 2006 FCA 233; *Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 51 (édicte par S.C. 1986, ch. 26, art. 47).

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1 (édicte, *idem*), 77 (mod., *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3), 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. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748 (quant à la norme de contrôle); *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19 (quant à la norme de contrôle); *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20 (quant à la norme de contrôle); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, [2007] 2 R.C.F. 3; 2006 CAF 233; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*,

(Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co. (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557; (1995), 127 D.L.R. (4th) 263; 21 B.L.R. (2d) 1; 63 C.P.R. (3d) 1; 185 N.R. 321 (C.A.); rev'd on other grounds [1997] 1 S.C.R. 748; (1996), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. (2000), 7 C.P.R. (4th) 385 (Comp. Trib.); rev'd on other grounds, [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109; 2001 FCA 204; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; (1968), 56 C.P.R. 1; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20.

AUTHORS CITED

Competition Bureau. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Industry Canada: Ottawa, 2001.

CROSS-APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ((2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)) which, although dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under sections 77 and 79 of the *Competition Act*, found that the respondent was dominant in each of the relevant markets. Cross-appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Randall Hofley and *Leslie J.F. Milton* for appellant.

CT-1989-002 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557 (C.A.); infirmée pour d'autres motifs [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (Trib. conc.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., CT-1998-002 (Trib. conc.); infirmée pour d'autres motifs [2001] 3 C.F. 185; 2001 CAF 204; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, CT-1990-001 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (Trib. conc.); *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 275; (1968), 56 C.P.R. 1; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence. *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Industrie Canada : Ottawa, 2001.

APPEL INCIDENT d'une décision (CT-2002-006 (Trib. conc.)) par laquelle le Tribunal de la concurrence, même s'il a rejeté une demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée en vertu des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*, a conclu que l'intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents. Appel incident rejeté, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Randall Hofley et *Leslie J.F. Milton* pour l'appelante.

Kent E. Thomson, James W. E. Doris and Charles E. Tingley for respondent.

Kent E. Thomson, James W. E. Doris et Charles E. Tingley pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, and *Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: The Competition Tribunal (the Tribunal) dismissed an application by the appellant Commissioner of Competition (the Commissioner) seeking an order against the respondent (Canada Pipe or Bibby, which is a division of the respondent) under sections 77 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52(F); 2002, c. 16, ss. 11.2, 11.3] and 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1998, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s. 11.4] of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34, s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] (reported as (2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)).

[2] The application related to the marketing strategy—referred to as the Stocking Distributor Program or SDP—adopted by Canada Pipe for the sale and supply of its cast iron drain, waste and vent (DWV) products. The Tribunal held that Canada Pipe is dominant in each of the relevant markets in Canada for cast iron DWV products, that Canada Pipe is a “major supplier” of cast iron products, and that by marketing its cast iron DWV products using the SDP, Canada Pipe has engaged in a practice of exclusive dealing. The Tribunal further held, however, that the Commissioner had failed to establish that Canada Pipe has engaged in a practice of anti-competitive acts that has, is or is likely to result in a substantial lessening or prevention of competition in the relevant markets, or that Canada Pipe’s practice of exclusive dealing is likely to impede entry or expansion of a firm in a market or have any other exclusionary effect in a market such that

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, et le *sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le Tribunal de la concurrence (le Tribunal), dans une décision publiée sous la référence CT-2002-006, a rejeté une demande de l'appelante, la commissaire de la concurrence (la commissaire), visant à obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée (Tuyauteries Canada ou Bibby, qui est une division de l'intimée) en vertu des articles 77 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3] et 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1998, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4] de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)].

[2] La demande de la commissaire portait sur une stratégie de commercialisation—désignée « programme des distributeurs stockistes » ou « PDS »—qu’a adoptée Tuyauteries Canada pour la vente et la fourniture de ses produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le Tribunal a conclu que Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d'évacuation et de ventilation en fonte au Canada, que cette entreprise est un « fournisseur important » de produits en fonte et que, en commercialisant ses produits d'évacuation et de ventilation en fonte au moyen du PDS, elle s'est livrée à une pratique d'exclusivité. Le Tribunal a aussi conclu, cependant, que la commissaire n'avait pas établi que Tuyauteries Canada se soit livrée à une pratique d'agissements anti-concurrentiels ayant, ayant eu ou devant vraisemblablement avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les

competition is or is likely to be lessened substantially.

[3] The appeal by the Commissioner is disposed of in separate reasons [[2007] 2 F.C.R. 3 (F.C.A.)].

[4] We are seized of the cross-appeal whereby Canada Pipe claims that the Tribunal erred in its assessment of product market definition and market power.

[5] Canada Pipe's cross-appeal is confined to the Tribunal's treatment of paragraph 79(1)(a) of the Act and to its determinations concerning the issues of product market and market power. (In a footnote to its memorandum of fact and law, paragraph 119, Canada Pipe adds, however, that these submissions have equal application to the exclusive dealings provisions of the Act in subsection 77(2). The determination of whether a market participant is a "major supplier" of a product in a market within the meaning of subsection 77(2) also hinges on the issues of market definition and market power.)

[6] The purpose of defining the relevant product market is to identify the possibility for the exercise of market power (*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 385 (Comp. Trib.), at paragraph 47, rev'd on other grounds [2001] 3 F.C. 185 (C.A.)). Market power has been defined as the ability to set prices above competitive levels for a considerable period of time (*Canada (Director of Investigations and Research) v. Southam, Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Comp. Trib.), at page 177; *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.), at page 28).

[7] Canada Pipe submits that if the Tribunal had followed the analytical approach it was required by law to adopt in respect of these issues, it would have had to

marchés pertinents, ou que la pratique d'exclusivité de Tuyauteries Canada doit vraisemblablement avoir, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, soit quelque autre effet tendant à exclure, et que la concurrence soit ou doit vraisemblablement être réduite sensiblement en conséquence.

[3] L'appel de la commissaire fait l'objet d'un exposé de motifs distinct [[2007] 2 R.C.F. 3 (C.A.F.)].

[4] La Cour est ici saisie de l'appel incident par lequel Tuyauteries Canada soutient que le Tribunal a commis une erreur dans sa définition du marché pertinent et son évaluation de la puissance commerciale.

[5] L'appel incident de Tuyauteries Canada se limite à l'application par le Tribunal de l'alinéa 79(1)a) de la Loi et à ses conclusions sur les questions du marché de produit et de la puissance commerciale. (Dans une note de bas de page de son exposé des faits et du droit, au paragraphe 119, Tuyauteries Canada ajoute cependant que ces allégations s'appliquent également aux dispositions du paragraphe 77(2) de la Loi touchant les pratiques d'exclusivité. Le point de savoir si un acteur du marché est un « fournisseur important » d'un produit sur un marché, au sens du paragraphe 77(2), dépend aussi de la définition du marché et de la question de la puissance commerciale.)

[6] La définition du marché de produit pertinent a pour objet de dégager la possibilité de l'exercice d'une puissance commerciale : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, CT-1998-002, (Trib. conc.) au paragraphe 47, infirmée sur d'autres points par [2001] 3 C.F. 185 (C.A.). La puissance commerciale a été définie comme étant la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam, Inc.*, CT-1990-001 (Trib. conc.), à la page 32; et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (Trib. conc.), à la page 47.

[7] Tuyauteries Canada soutient que si le Tribunal avait suivi l'approche d'analyse que la loi l'obligeait à adopter à l'égard de ces questions, il aurait dû définir le

define the applicable product market to include competing DWV products made from a variety of different materials, including plastic, copper, stainless steel, asbestos cement and cast iron. Canada Pipe's market share in such a properly defined product market would not have exceeded approximately 10% at any relevant point in time. Canada Pipe says this is so regardless of the manner in which the applicable geographic markets are defined and regardless of whether the product market is further subdivided into pipe, fittings and couplings. The issue of market power, says Canada Pipe, simply does not arise in respect of a market participant having a market share in the range of 10%. There has never been, it says, an abuse of dominance case brought against a market participant having a market share of less than 10% (memorandum of fact and law of the respondent Canada Pipe, paragraph 119).

PRODUCT MARKET—ANALYSIS OF THE LAW AND THE EVIDENCE

[8] Defining the relevant product market is a necessary first step under paragraph 79(1)(a) of the Act, as the Tribunal clearly recognized.

[9] Paragraph 79(1)(a) provides:

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business, [Emphasis is mine.]

[10] The Tribunal was careful in defining the operative terms of this provision of the Act (paragraphs 65, 66 and 67 of its reasons and order):

A "class or species of business" has been interpreted by the Tribunal in abuse of dominance cases to mean the relevant product market. The expression "Canada or any area thereof" is to be understood as the geographic market, while "control" has been found to be synonymous with market power (*Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* ((1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (hereinafter *Nielsen decision*)); *Canada (Director of Investigation and*

marché de produit applicable de manière à y inclure les produits d'évacuation et de ventilation concurrents faits de toutes sortes de matières, notamment le plastique, le cuivre, l'acier inoxydable, l'amiante-ciment et la fonte. La part de Tuyauteries Canada dans un marché de produit ainsi défini comme il aurait dû l'être n'aurait pas dépassé environ 10 % à n'importe quel moment. Il en va ainsi, soutient Tuyauteries Canada, de quelque manière qu'on définisse les marchés géographiques applicables et qu'on divise ou non le marché de produit en sous-marchés des tuyaux, des raccords et des joints. La question de la puissance commerciale, selon Tuyauteries Canada, ne se pose tout simplement pas à propos d'une entreprise dont la part de marché s'établit à quelque 10 %. On n'a jamais fait valoir l'abus de position dominante, ajoute-t-elle, contre une entreprise dont la part de marché était inférieure à 10 %. (Exposé des faits et du droit de l'intimée Tuyauteries Canada, paragraphe 119.)

LE MARCHÉ DE PRODUIT—ANALYSE DU DROIT ET DE LA PREUVE

[8] La définition du marché de produit pertinent est la première tâche nécessaire sous le régime de l'alinéa 79(1)a) de la Loi, ainsi que le Tribunal l'a clairement reconnu.

[9] L'alinéa 79(1)a) dispose ce qui suit :

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; [Non souligné dans l'original.]

[10] Le Tribunal a soigneusement défini les termes essentiels de cette disposition de la Loi aux paragraphes 65, 66 et 67 de l'exposé de ses motifs :

La jurisprudence montre que, dans les affaires d'abus de position dominante, le Tribunal attribue à l'expression « une catégorie ou une espèce d'entreprises » le sens de marché de produit pertinent et à l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » la signification de marché géographique, et qu'il assimile le terme « contrôlent » à la puissance commerciale : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D&B Companies of Canada Ltd.* ((1995) 64

Research) v. *Laidlaw Waste Systems Ltd.* ((1992), 40 C.P.R. (3d) 289, [1992] C.C.T.D. No. 1 (QL) (Comp. Trib.) (*Laidlaw*)); *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* ((1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) (*NutraSweet*)); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* ((1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (*Tele-Direct*)). [Emphasis is mine.]

[11] The Tribunal further explained:

The Act does not specify how the analysis under paragraph 79(1)(a) of the Act is to proceed. However, in the above-mentioned cases, the analysis begins with a definition of the product market. This approach is also the one adopted by the Competition Bureau's (the "Bureau") *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* (the "Guidelines"). Although the Guidelines have no binding effect on the Tribunal, they are useful in that they serve to indicate how the Bureau will proceed in an abuse of dominance case. At section 3.2.1 the Guidelines underscore the importance of defining the product market:

This paragraph [79(1)(a)] of the Act contains a number of elements that need to be separately clarified: (i) the existence of a class or species of business in Canada or any area thereof; (ii) the meaning of "control"; and (iii) the meaning of "one or more persons."

3.2.1(a) "Class or species of business"—Product Market Definition

A precondition for assessing market power is identifying existing competitors that are likely to constrain the ability of the firm or firms to profitably raise prices or otherwise restrict competition. The 1986 provisions adopted the term "class or species of business" rather than the term "market" in the context of the control element. The Bureau approach is to consider defining a "class or species of business" as synonymous with defining a relevant product. The analysis begins by examining the product market(s) within which the alleged abuse of dominance has occurred or is occurring.

The Tribunal restates the same principle in *Tele-Direct*, and adds that the exercise is also necessary for the purposes of section 77:

A necessary first step in deciding this case is to define the relevant market. This must be done for purposes of

C.P.R. (3d) 216 (décision *Nielsen*)); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* ((1992) 40 C.P.R. (3d) 289, [1992] D.T.C.C. n° 1 (*Laidlaw*)); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* ((1990) 32 C.P.R. (3d) 1 (*NutraSweet*)); et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct* ((1997) 73 C.P.R. (3d) 1 (*Télé-Direct*)). [Non souligné dans l'original.]

[11] Le Tribunal poursuit son examen en ces termes :

La Loi ne précise pas les modalités de l'analyse à effectuer sous le régime de son alinéa 79(1)a). Cependant, dans les décisions que nous venons d'énumérer, l'analyse commence par une définition du marché de produit. Cette approche est aussi celle qu'a adoptée le Bureau de la concurrence (le Bureau) dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (les Lignes directrices). S'il est vrai que les Lignes directrices n'ont pas d'effet contraignant sur le Tribunal, elles se révèlent utiles en ce qu'elles indiquent la méthode que suit le Bureau dans les affaires d'abus de position dominante. Le paragraphe 3.2.1 des Lignes directrices souligne l'importance de définir le marché de produit :

Cette disposition de la Loi [l'alinéa 79(1)a)] renferme un certain nombre d'éléments qui doivent être examinés séparément : (i) l'existence d'une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; (ii) le sens du mot « contrôle » et (iii) le sens de l'expression « une ou plusieurs personnes ».

3.2.1a) « Catégorie ou espèce d'entreprises »—Définition du marché de produits

Pour évaluer la puissance commerciale, il faut d'abord déterminer quels sont les concurrents qui, dans un tel marché défini, seraient en mesure de limiter la capacité de l'entreprise ou des entreprises d'augmenter les prix de façon rentable ou de restreindre la concurrence d'une autre façon. Dans la loi promulguée en 1986, le législateur a utilisé les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » plutôt que le mot « marché » dans le contexte de l'élément « contrôle ». Pour sa part, le Bureau estime que les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » désignent en réalité le produit pertinent. L'analyse débute par l'examen du marché de produits dans lequel, selon l'allégation, il y a ou il y a eu abus de position dominante.

Le Tribunal formule le même principe dans la décision *Télé-Direct* et ajoute que la même opération est nécessaire pour l'application de l'article 77 :

La définition du marché pertinent est la première étape obligée de la résolution de la présente affaire. Cette

section 79 in order to determine if *Tele-Direct*, as alleged by the Director, “substantially or completely control[s] throughout Canada or any area thereof, a class or species of business”. The Tribunal decided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] C.C.T.D. No. 20 (QL) (Comp. Trib.), that “class or species of business” means product market and “control” means market power. . . . [Emphasis is mine.]

[12] The Tribunal then explained (at paragraph 68 of its reasons and order) that in determining the relevant product market, it had to consider “substitutability”. This meant whether there exist sufficiently close substitutes to the product at issue, such that the market for that product includes those substitutes.

[13] The Tribunal [at paragraph 68] adopted the definition of “substitutability” which is found in the decision of this Court in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557, at pages 632 and 633, revd on other grounds [1997] 1 S.C.R. 748.

In determining the relevant product market one considers substitutability—in other words, whether there exist sufficiently close substitutes to the product at issue, such that the market for that product includes those substitutes. In *Tele-Direct*, the Tribunal cites the market definition set out in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, ([1995] 3 F.C. 557, 63 C.P.R. (3D) 1 (F.C.A.)), where the Federal Court of Appeal defines what is meant by substitutability:

Products can be said to be in the same market if they are close substitutes. In turn, products are close substitutes if buyers are willing to switch from one product to another in response to a relative change in price, i.e. if there is buyer price sensitivity. Direct evidence of substitutability includes both statistical evidence of buyer price sensitivity and anecdotal evidence, such as the testimony of buyers on past or hypothetical responses to price changes. However, since direct evidence may be difficult to obtain, it is also possible to measure substitutability and thereby infer price sensitivity through indirect means. Such indirect evidence focusses on certain practical indicia, such as functional interchangeability and industry views/behaviour, to show that products are close

définition, pour les fins de l’article 79, a pour objet de déterminer si Télé-Direct « contrôle [. . .] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions », ainsi que le déclare le directeur. Le Tribunal a statué, dans l’affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] D.T.C.C. n° 20 (QL) (Trib. conc.), que par les mots « catégorie ou espèce d’entreprises » on entendait le marché du produit et par le mot « contrôlent », la puissance commerciale [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[12] Le Tribunal explique ensuite (au paragraphe 68 de l’exposé de ses motifs) que, pour déterminer le marché de produit pertinent, il a dû prendre en considération la « substituabilité », autrement dit le point de savoir s’il existe des substituts suffisamment proches du produit considéré pour que le marché de ce produit puisse être dit comprendre ces substituts.

[13] Le Tribunal [au paragraphe 68] a adopté pour le concept de « substituabilité » (ou de « caractère substitutif ») la définition qu’en a donnée notre Cour aux pages 632 et 633 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557, infirmé sur d’autres points par [1997] 1 R.C.S. 748.

Pour déterminer le marché de produit pertinent, on prend en considération la substituabilité, autrement dit le point de savoir s’il existe des substituts suffisamment proches du produit considéré pour que le marché de ce produit puisse être dit comprendre ces substituts. Dans *Télé-Direct*, le Tribunal cite le passage relatif à la définition du marché de l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, ([1995] 3 C.F. 557 (C.A.)), où la Cour d’appel fédérale définit ce qu’on entend par substituabilité (ou caractère substitutif) :

On peut dire que des produits sont sur le même marché s’ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l’un à l’autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c’est-à-dire s’il existe une sensibilité aux prix de la part des acheteurs. La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique [. . .] comme le témoignage d’acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d’obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte

substitutes. (*Ibid*, at paragraph 161). [Emphasis is mine.]

[14] The Tribunal noted, at paragraphs 69 and 71, that no direct evidence was presented to the Tribunal on the cross-elasticity of demand—that is, whether increasing the price of DWV cast iron products would lead to an increased demand for DWV products made of other materials. Therefore, the product market could not be determined directly.

[15] Given the importance of determining whether other products would constrain price increases of cast iron DWV products, the Tribunal proceeded to consider the indirect evidence by reference to the topics enumerated in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* (the Guidelines), which include such headings as the views, strategies, behaviour and identity of buyers; trade views, strategies and behaviours; end use, physical and technical characteristics; price relationship and relative price levels; substitutability; and three product markets or one.

[16] The Tribunal thus correctly identified the legal principles applicable to the determination of the product market, and adopted an appropriate methodology to apply these principles in the particular case of Canada Pipe. The Tribunal considered the indirect evidence under each of the topics suggested in the Guidelines. Its conclusions on the basis of this evidence included the following findings.

[17] First, the Tribunal, at paragraph 82 of the reasons and order, under the heading “Trade Views, Strategies and Behaviour”, made the finding that “in high-rise buildings, cast iron offers the advantage of meeting all requirements for fire and life safety purposes, and that only non-combustible materials, essentially cast iron, can be used in vertical shafts.”

consiste en certains indices pratiques, comme l’interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l’industrie, qui montrent que des produits sont de proches substituts. (*Ibid*, au paragraphe 161). [Non souligné dans l’original.]

[14] Le Tribunal fait observer aux paragraphes 69 et 71 qu’il n’a pas été produit devant lui d’éléments de preuve directe touchant l’élasticité croisée de la demande, c’est-à-dire le point de savoir si l’augmentation des prix des produits d’évacuation et de ventilation en fonte entraînerait un accroissement de la demande des mêmes produits faits d’autres matières. Par conséquent, le marché de produit ne pouvait être défini directement.

[15] Étant donné l’importance d’établir si des produits d’évacuation et de ventilation faits d’autres matières limiteraient l’augmentation des prix des mêmes produits en fonte, le Tribunal a examiné la preuve indirecte en fonction des facteurs énumérés dans les *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante* (les Lignes directrices), dans des sections portant sur les facteurs suivants : les opinions, les stratégies, le comportement et l’identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l’utilisation finale; les caractéristiques physiques et techniques; les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs; la substituabilité; et le point de savoir s’il y a trois marchés de produits ou un seul.

[16] Le Tribunal a ainsi correctement établi les principes juridiques applicables à la définition du marché de produit et a adopté une méthode appropriée pour appliquer ces principes au cas particulier de Tuyauteries Canada. Le Tribunal a examiné la preuve indirecte en fonction de chacun des facteurs proposés par les Lignes directrices. De l’examen de cette preuve, il a tiré les conclusions suivantes.

[17] Premièrement, au paragraphe 82 de l’exposé de ses motifs, sous le titre « Les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial », le Tribunal conclut que « dans les bâtiments élevés, la fonte présente l’avantage de remplir toutes les prescriptions axées sur la sûreté des personnes et la protection contre les incendies et que seuls les matériaux

[18] Second, with respect to end use, other advantages of cast iron were noted, namely strength, durability and lower level noise. The Tribunal then indicated (at paragraph 92 of the reasons and order) that although plastic may eventually replace cast iron entirely, “this has yet to happen, and cast iron continues to be in a class of its own” (my emphasis).

[19] Third, the Tribunal noted, at paragraph 97 of the reasons and order, under the heading “Price Relationships and Relative Price Levels”, that the evidence showed that Canada Pipe had reacted to the entry of new cast iron suppliers, whether manufacturers (Vandem) or imports (Sierra, New Centurion), by aggressively lowering its prices. In Quebec and the Maritimes, where no such competition exists, prices had increased since 1998.

[20] Fourth, at paragraphs 101 and 102 of the reasons and order, under the heading “Substitutability” with regard to paragraph 102, the Tribunal said the following:

The competition with plastics appears to have had little effect on the prices of cast iron. Bibby devotes considerable effort to promoting the physical characteristics of cast iron products as compared to plastics, but these efforts do not lead to a reduction in price for cast iron products. From the evidence, it appears that the use of plastics is prevalent and increasing across the country. The prices of cast iron have not been decreasing with the increased use of plastics. Prices of cast iron DWV products have increased in Quebec and the Maritimes. They have decreased where Bibby has met cast iron competition—in Ontario with Vandem, in the West with importers. In other words, even though the Respondent claims that plastic is a competing material, there is no evidence that plastic products have had a constraining effect on prices of cast iron DWV products.

The experts on both sides agreed that there was a lack of data for calculating the elasticity of the demand, such that a

incombustibles, soit essentiellement la fonte, peuvent être utilisés dans les gaines verticales ».

[18] Deuxièmement, pour ce qui concerne l’utilisation finale, le Tribunal note d’autres avantages de la fonte, soit la force, la durabilité et l’absorption acoustique. Il fait ensuite observer (au paragraphe 92 de l’exposé de ses motifs) que, s’il est vrai que le plastique pourrait en fin de compte remplacer entièrement la fonte, « cette éventualité ne s’est pas encore matérialisée, et la fonte continue d’occuper une place à part » (non souligné dans l’original).

[19] Troisièmement, le Tribunal note au paragraphe 97 de l’exposé de ses motifs, sous le titre « Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs », que la preuve montre que Tuyauteries Canada a réagi à l’entrée de nouveaux fournisseurs de produits en fonte—qu’il s’agisse du fabricant Vandem ou des importateurs Sierra et New Centurion—par une stratégie offensive de réduction de ses prix. Or, au Québec et dans les Maritimes, où une telle concurrence n’existait pas, les prix avaient augmenté depuis 1998.

[20] Quatrièmement, le Tribunal fait observer ce qui suit aux paragraphes 101 et 102 de l’exposé de ses motifs (ce dernier paragraphe apparaissant sous le titre « La substituabilité ») :

La concurrence avec les matières plastiques paraît n’avoir guère eu d’effet sur les prix de la fonte. Bibby déploie des efforts considérables pour promouvoir les caractéristiques physiques de la fonte par rapport à celles des matières plastiques, mais ces efforts ne mènent pas à une réduction des prix des produits en fonte. La preuve montre que l’utilisation des matières plastiques est répandue au pays et qu’elle y progresse. Or, les prix de la fonte n’ont pas diminué parallèlement à la progression des matières plastiques. Les prix des produits d’évacuation et de ventilation en fonte ont même augmenté au Québec et dans les Maritimes. Ces prix n’ont diminué que là où Bibby s’est heurtée à la concurrence de produits en fonte—soit en Ontario avec Vandem et dans l’Ouest avec les importateurs. Autrement dit, même si la défenderesse soutient que le plastique est un matériau concurrent, la preuve n’établit pas que les produits de plastique aient exercé un effet de discipline sur les prix des produits de fonte.

Les experts des deux parties étaient d’accord pour dire qu’il n’existait pas suffisamment de données pour calculer

direct measure of substitutability was impossible. The Tribunal does not have sufficient evidence to show whether consumers (in this case, distributors) would change their behaviour because of a rise in prices. In the present context, such an analysis is impossible, and not only because of a lack of data. The fact is that the choice to buy cast iron over other products is not only a matter of price; as seen earlier in these reasons, other important considerations come into play. From the evidence of Mr. Zorko and others, we find that for certain applications, such as in vertical shafts, non-combustible material remains the only acceptable material, which in practical terms means cast iron. In certain other applications, where considerations of safety and non-combustibility are paramount (based on use, occupancy, and height of building) the use of material other than metal will be constrained. For example, a sprinkler system may be compulsory or fire separation sealants will be required. The Respondent sought to convince the Tribunal that this situation was evolving, and that plastics in particular were offering true competition. On the evidence, the Tribunal is satisfied that for certain applications, cast iron has no economic substitute. [Emphasis is mine.]

[21] On the basis of its review of the indirect evidence, the Tribunal concluded as follows on product market and geographic markets (paragraph 112 of the reasons and order):

The evidence reflects a market that is changing because of the increasing importance of plastics in the DWV industry. We find the American data presented by Dr. Ware on plastics replacing cast iron of limited assistance in the Canadian context, given the impact of Canadian regulations on the choice of materials and the absence of statistical evidence showing a similar trend in Canada. From the evidence we have heard, however, plastics seem to offer a number of advantages to the construction industry and appear to be increasingly used. Nevertheless, the Tribunal is of the view that cast iron still plays a distinct role in the DWV industry, and it is treated as a separate market by distributors and contractors. More importantly, it is treated differently by Bibby itself, in its marketing and its pricing policies. In consequence, the Tribunal finds that the product market is the cast iron DWV product market, within which three distinct markets can be identified: cast iron pipe and fittings and MJ couplings. Because of the significant price variations in cast iron DWV products from region to region, we find that there are six distinct geographic markets: British Columbia, Alberta,

l'élasticité de la demande, de sorte qu'il était impossible de mesurer directement la substituabilité. Le Tribunal ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour établir si les consommateurs (les distributeurs en l'occurrence) modifieraient leur comportement du fait d'une hausse des prix. Dans le présent contexte, une telle analyse est impossible, et pas seulement à cause du manque de données. Le fait est que le choix d'acheter des produits en fonte plutôt que d'autres ne dépend pas seulement des prix; comme on l'a vu précédemment, d'autres considérations importantes influent sur cette décision. La preuve de M. Zorko et d'autres témoins nous amène à conclure que, pour certaines applications, par exemple la tuyauterie des gaines verticales, les matériaux incombustibles—ce qui veut dire la fonte en pratique—restent les seuls autorisés. Pour certaines autres applications, où les considérations de sûreté et d'incombustibilité sont d'une extrême importance (du fait de l'usage, de l'occupation et de la hauteur du bâtiment), l'utilisation de matériaux autres que les métaux est soumise à des restrictions. Par exemple, il peut être obligatoire d'installer un réseau de gicleurs, ou des coupe-feu là où les tuyaux traversent des séparations coupe-feu. La défenderesse a essayé de convaincre le Tribunal que cette situation était en train de changer et que les matières plastiques en particulier créaient une véritable concurrence. Or, vu la preuve, le Tribunal constate que, pour certaines applications, il n'existe pas de substitut économique à la fonte. [Non souligné dans l'original.]

[21] De son examen de la preuve indirecte, le Tribunal tire les conclusions suivantes sur le marché de produit et les marchés géographiques (au paragraphe 112 de l'exposé de ses motifs) :

La preuve révèle un marché en évolution du fait de l'importance croissante des matières plastiques dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. Les données présentées par M. Ware sur la progression des matières plastiques aux dépens de la fonte aux États-Unis ne nous aident guère dans l'étude du contexte canadien, étant donné l'effet de la réglementation canadienne sur le choix des matériaux et l'absence d'éléments statistiques qui établiraient l'existence d'une tendance semblable au Canada. Cependant, d'après la preuve produite, les matières plastiques semblent présenter un certain nombre d'avantages dans le bâtiment et paraissent y être de plus en plus utilisées. Le Tribunal estime néanmoins que la fonte joue encore un rôle particulier dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et qu'elle est traitée comme un marché distinct par les distributeurs et les entrepreneurs. Chose plus importante, Bibby la traite elle-même différemment dans ses politiques de commercialisation et de prix. En conséquence, le Tribunal conclut que le marché de produit est le marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, à l'intérieur duquel

the Prairies, Ontario, Quebec and the Maritimes. [Emphasis is mine.]

[22] The Tribunal was therefore of the view (paragraph 112 of the reasons and order) that cast iron still played a distinct role in the DWV industry and was treated as a separate market by distributors and contractors, and by Canada Pipe itself. It found that the product market was the cast iron DWV product market, within which three distinct markets were identified: cast iron pipe, fittings and MJ couplings. Moreover, because of the significant price variations in cast iron DWV products, from region to region, the Tribunal found there were six distinct geographic markets: British Columbia, Alberta, the Prairies, Ontario, Quebec and the Maritimes.

MARKET POWER—ANALYSIS OF THE LAW AND THE EVIDENCE

[23] The Tribunal then addressed the issue of market power. Its analysis in this regard was divided into two sections, titled “Direct approach” and “Indirect approach”. The Tribunal explained the distinction between the two approaches as follows (at paragraph 122):

Market power is defined as the ability to set prices above competitive levels for a considerable period. The direct approach involves showing that prices are indeed above the competitive level. In *Tele-Direct*, for example, the Tribunal found that the very large accounting profits were a direct indication of market power. However, as was the case in *Laidlaw, Nielsen and NutraSweet*, this approach is not always feasible. If a market is monopolized or not perfectly competitive because of a trade restraint imposed by a major supplier, it may be difficult to determine what would be the relevant competitive benchmark. In such a case, an indirect approach can be taken, which will consider such indicia as market share, barriers to entry and customer countervailing

trois marchés distincts peuvent être définis, soit ceux des tuyaux en fonte, des raccords en fonte et des joints mécaniques. Étant donné les différences notables de prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte d'une région à l'autre, nous concluons qu'il existe six marchés géographiques distincts : la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes. [Non souligné dans l'original.]

[22] Le Tribunal estimait donc (comme il l'écrivait au paragraphe 112 de l'exposé de ses motifs) que la fonte jouait encore un rôle particulier dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et qu'elle était traitée comme un marché distinct par les distributeurs et les entrepreneurs, ainsi que par Tuyauteries Canada elle-même. Il a conclu que le marché de produit était le marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, à l'intérieur duquel trois marchés distincts pouvaient être définis, soit ceux des tuyaux en fonte, des raccords en fonte et des joints mécaniques. Le Tribunal a en outre conclu que, étant donné les différences notables de prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte d'une région à l'autre, il existait six marchés géographiques distincts : la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes.

LA PUISSANCE COMMERCIALE—ANALYSE DU DROIT ET DE LA PREUVE

[23] Le Tribunal s'attaque ensuite à la question de la puissance commerciale. Son analyse de cette question est divisée en deux sections, respectivement intitulées « L'approche directe » et « L'approche indirecte ». Le Tribunal explique dans les termes suivants la distinction entre ces deux approches (au paragraphe 122) :

La puissance commerciale est la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période. L'approche directe consiste à établir que les prix sont effectivement supérieurs au niveau concurrentiel. Dans *Télé-Direct*, par exemple, le Tribunal a conclu que le caractère très élevé des bénéfices comptables était une indication directe de puissance commerciale. Cependant, cette approche n'est pas toujours possible, comme le montrent les décisions *Laidlaw, Nielsen et NutraSweet*. Si le marché est monopolisé, ou si la concurrence y est imparfaite, à cause d'une restriction au commerce imputable à un fournisseur important, il peut se révéler difficile d'établir un niveau concurrentiel de référence qui soit pertinent. Dans un tel cas, on peut adopter une

power. [Emphasis is mine.]

[24] Later in its decision, the Tribunal explained the principles underpinning the indirect approach (at paragraphs 138 and 139):

As stated in *Laidlaw* and *Nielsen*, a large market share leads to a *prima facie* conclusion that the firm likely has market power. In order to establish market power, this conclusion must be supported by other findings on issues such as the existence of barriers to entry, the number of other competitors, excess capacity and the state of the market. Where barriers to entry are non-existent, even a very large market share will not support a finding of market power. In the case of cast iron DWV products, it would appear that the following barriers to entry should be considered: sunk costs, cost of entry, incumbent advantage and the Stocking Distributor Program.

The Tribunal must also review evidence of actual entry into the market, which would serve to negate the presence of barriers. Entry, of course, must be both effective and viable to be significant. In addition, the Tribunal must consider customer countervailing power and the state of the market. [Emphasis is mine.]

[25] It is apparent that the Tribunal correctly identified and articulated the principles applicable to the determination concerning market power, including both the direct and indirect approaches to this issue. The above-quoted passages show that the Tribunal properly understood the analytic purpose and role of the different types of direct and indirect evidence adduced with respect to the issue of market power.

[26] The Tribunal summarized the direct and indirect evidence adduced by the Commissioner on the issue of the market power (paragraphs 114 to 117 of the reasons and order) in the following manner:

The Commissioner's case for market power relies heavily on Dr. Ross's analysis of the direct evidence—i.e. evidence

approche indirecte, c'est-à-dire prendre en considération des indices tels que la part de marché, les obstacles à l'entrée et le pouvoir compensateur des consommateurs. [Non souligné dans l'original.]

[24] Plus loin dans sa décision, le Tribunal expose les principes qui sous-tendent l'approche indirecte (aux paragraphes 138 et 139) :

Selon les décisions *Laidlaw* et *Nielsen*, l'existence d'une part de marché importante mène à la conclusion *prima facie* que l'entreprise considérée dispose vraisemblablement d'une puissance commerciale. Si l'on veut établir l'existence d'une puissance commerciale, cette conclusion doit être étayée par d'autres constatations touchant par exemple la présence d'obstacles à l'entrée, le nombre des concurrents, la capacité excédentaire et l'état du marché. Dans les cas où il n'y a pas d'obstacles à l'entrée, même une part de marché considérable n'étayera pas l'existence d'une puissance commerciale. Dans le cas des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, il semble qu'il faille tenir compte des obstacles suivants à l'entrée : les coûts irrécupérables, les coûts d'entrée, l'avantage de l'entreprise en place et le programme des distributeurs stockistes.

Le Tribunal doit aussi examiner les éléments de preuve attestant l'entrée effective d'entreprises sur le marché, qui tendraient à infirmer la présence d'obstacles. L'entrée doit évidemment être à la fois efficace et viable pour pouvoir être prise en considération. En outre, le Tribunal doit tenir compte du pouvoir compensateur des consommateurs et de l'état du marché. [Non souligné dans l'original.]

[25] Le Tribunal a manifestement défini et formulé de manière juste les principes applicables à la décision relative à la puissance commerciale, dans le cadre des approches directe aussi bien qu'indirecte. Les passages cités ci-dessus montrent que le Tribunal a bien compris l'objet et le rôle respectifs, pour les besoins de l'analyse, des divers types d'éléments de preuve directe et indirecte produits à l'égard de la question de la puissance commerciale.

[26] Le Tribunal résume dans les termes suivants (aux paragraphes 114 à 117 de l'exposé de ses motifs) les éléments de preuve directe et indirecte produits par la commissaire touchant la question de la puissance commerciale :

L'argumentation de la commissaire sur la puissance commerciale repose pour beaucoup sur l'analyse proposée par

that Bibby has the ability to raise and maintain prices above competitive levels for a significant period of time. Dr. Ross never defines what the competitive price levels would be; rather, he postulates that the direct information on prices and margins leads to the conclusion that Bibby's prices are supra-competitive. More specifically, Dr. Ross relies on three elements of direct evidence to conclude that Bibby has market power in the relevant markets: 1) high profit margins; 2) prices well above the landed prices of imports; and 3) Bibby's capacity to set prices, as shown by the high prices where no competition exists (Quebec and the Maritimes) and its capacity to lower its prices dramatically in the face of competition. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 31.)

There are as well, according to Dr. Ross, indirect indicators of Bibby's market power: Bibby's considerable market share and little or no sustained and successful entry for the last several years. His conclusions on this last point are summarized as follows:

While imports have made inroads periodically, they have been met by aggressive responses from Bibby, and Bibby's market share remains very high. Similarly, Vandem has been trying to establish itself as a largely domestic competitor, but has had considerable difficulty. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 32.)

Dr. Ross is of the view that there are several barriers to entry. First, he states that it would be difficult to establish a new foundry, or adapt a current foundry to produce cast iron DWV pipe and fittings. Secondly, since there is excess capacity in the industry, the industry may not be likely to attract new investment. Adapting an existing foundry to produce DWV cast iron products could represent risky sunk costs. Given the fact that Bibby itself holds much of the excess capacity, it could use or threaten to use this capacity to produce large quantities to be sold at low prices. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 68.) In addition, although not a barrier *per se*, both parties agree that the cast iron DWV industry is a mature industry, not one in which one can expect great growth or innovation.

M. Ross de la preuve directe, c'est-à-dire des éléments tendant à établir que Bibby est capable de hausser les prix au-dessus des niveaux concurrentiels et de les y maintenir durablement. M. Ross ne définit jamais les niveaux de prix concurrentiels; il postule plutôt que les éléments de preuve directe relatifs aux prix et aux marges mènent à la conclusion que les prix de Bibby sont supraconcurrentiels. Plus précisément, M. Ross invoque trois éléments de preuve directe pour conclure que Bibby dispose de puissance commerciale sur les marchés pertinents : 1) des marges bénéficiaires considérables; 2) des prix nettement supérieurs aux prix débarqués des importations; et 3) la capacité de Bibby à fixer les prix, comme l'attestent les prix élevés qu'elle demande là où elle n'a pas de concurrence (au Québec et dans les Maritimes) et son aptitude à diminuer ses prix dans une mesure spectaculaire en réaction à la concurrence. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 31.)

Il y a aussi, selon M. Ross, des indicateurs indirects de la puissance commerciale de Bibby : la part considérable du marché qu'elle détient et le fait qu'on n'y ait pas vu, ou guère vu, ces dernières années de nouveaux venus au succès durable. Il résume dans les termes suivants ses conclusions sur ce dernier point :

[TRADUCTION] S'il est vrai que les importations ont périodiquement pris pied sur le marché, Bibby y a réagi par des stratégies offensives et sa part du marché reste très grande. De même, Vandem a essayé de s'imposer comme fournisseur concurrent de produits d'origine principalement nationale, mais a rencontré dans cet effort des difficultés considérables. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 32.)

M. Ross voit plusieurs obstacles à l'entrée de concurrents. Premièrement, fait-il valoir, il serait difficile d'établir une nouvelle fonderie, ou de modifier l'équipement d'une fonderie existante, pour produire des tuyaux et des raccords de tuyaux d'évacuation et de ventilation en fonte. Deuxièmement, du fait de son excédent de capacité, l'industrie semble peu susceptible d'attirer de nouveaux investissements. Le réoutillage d'une fonderie existante en vue de fabriquer des produits d'évacuation et de ventilation en fonte pourrait entraîner des coûts irrécupérables risqués. Comme Bibby elle-même détient une grande part de la capacité excédentaire, elle pourrait l'utiliser, ou menacer de l'utiliser, pour fabriquer de grandes quantités de produits à vendre à bas prix. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 68.) En outre, même s'il ne s'agit pas là d'un obstacle à l'entrée en soi, les deux parties sont d'accord pour dire que l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation en fonte est un secteur mûr, où l'on ne peut s'attendre à une croissance considérable ou à beaucoup d'innovation.

Thirdly, Dr. Ross maintains that imports face barriers of their own. Bibby is a well-established manufacturer, offering complete lines of products. Imported product lines may be less complete, and buyers may be wary of their quality and of the warranties attached. Fourthly, Bibby's vigorous response to entry by imports and by Vandem may have had a chilling effect on potential entrants. Finally, and most importantly, the SDP program is itself a barrier to entry: entrants, whether importers or manufacturers, have difficulty having access to the distributors, already tied into Bibby's loyalty program. [Emphasis is mine.]

[27] The Tribunal then considered the direct and the indirect evidence concerning market power that was adduced before it, as the following summary and extracts demonstrate.

[28] The direct evidence related to Dr. Ross' submission in three main areas: high margins, prices substantially above import prices, and high prices absent competition with the corollary of being able to significantly lower prices where competition occurred.

[29] With regard to high margins, the Tribunal stated (at paragraph 124):

When studied closely, Dr. Ross's [sic] presentation on high margins appears somewhat strained. The margins are based on cost of production (fittings and pipe) and do not include MJ couplings (which Bibby imports). In addition, the analysis is centred on margins, not profits. Dr. Ross cautions that marginal costs do not necessarily give us an exact idea of Bibby's profits, because the costs are extrapolated from Bibby data without complete information on how those costs were established. We have no information on whether the costs include only variable costs, or also fixed costs. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 17 and footnote 6.) However, the Tribunal is prepared to accept Dr. Ross' calculations of production costs and variable costs, from which he derives gross profit margins and contribution margins. (Expert Report of Dr. Ross at Appendix 3, p. 6.) We note that the marginal costs are only based on the cost of production of pipe and fittings; they therefore exclude MJ couplings, which Bibby does not manufacture but imports from a sister company. [Emphasis is mine.]

Troisièmement, toujours selon M. Ross, les importations font face à un obstacle qui leur est propre. Bibby est un fabricant solidement établi, qui offre des lignes complètes de produits. Les lignes importées peuvent ne pas être complètes, et les acheteurs risquent de se méfier de leur qualité et des garanties qui les accompagnent. Quatrièmement, la vigoureuse réaction de Bibby à l'entrée des importateurs et de Vandem pourrait avoir eu un effet paralysant sur les entreprises susceptibles de s'établir sur le marché. Enfin, et c'est là le plus important, le PDS est lui-même un obstacle à l'entrée : les nouveaux venus, qu'ils soient importateurs ou fabricants, ont du mal à trouver accès aux distributeurs, déjà liés par ce programme de fidélisation de Bibby. [Non souligné dans l'original.]

[27] Le Tribunal a ensuite examiné les éléments de preuve directe et indirecte produits devant lui au sujet de la puissance commerciale, comme le montrent le résumé et les citations qui suivent.

[28] La preuve directe se rapportait à l'exposé de M. Ross à l'égard de trois points principaux : le niveau élevé des marges; le fait que les prix de l'intimée étaient sensiblement supérieurs à ceux des importations; et le niveau élevé des prix en l'absence de concurrence, avec pour corollaire la capacité à les baisser notablement dans les cas où la concurrence était présente.

[29] Le Tribunal formule les observations suivantes à propos du niveau élevé des marges (au paragraphe 124) :

Si on l'étudie de près, l'exposé de M. Ross sur le niveau élevé des marges paraît un peu forcé. Les marges sont fondées sur le coût de production (des tuyaux et des raccords) et ne comprennent pas les joints mécaniques (que Bibby importe). En outre, l'analyse est centrée sur les marges, et non les bénéfices. M. Ross prévient le lecteur que les coûts marginaux ne donnent pas nécessairement une idée exacte des bénéfices de Bibby, étant donné que ces coûts sont obtenus par extrapolation à partir de données communiquées par cette entreprise sans qu'on dispose d'information complète sur la manière dont ils ont été établis. Nous ne savons pas si les coûts en question sont seulement les coûts variables ou s'ils comprennent aussi les coûts fixes. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 17 et à la note 6.) Néanmoins, le Tribunal est disposé à accepter les calculs que propose M. Ross des coûts de production et des coûts variables, dont il tire des marges bénéficiaires brutes et des marges sur coûts variables. (Rapport d'expert de M. Ross, à la page 6 de l'annexe 3.) Nous notons que les coûts marginaux ne sont fondés que sur

[30] The Tribunal was apparently very critical of Dr. Ross' analysis, as also shown in paragraphs 127, 131 and 135, but nevertheless noted at paragraph 137 that Canada Pipe had offered no evidence to rebut the Commissioner's assertions of high margins.

[31] Turning to the indirect evidence of market power, the Tribunal first considered Canada Pipe's market share. It stated (at paragraph 140 of the reasons and order):

The concentration of the market in Bibby's hands, through the various buy-outs, consolidations and marketing arrangements with American sister companies, has given Bibby an overwhelming share of the market. Evidence shows that Bibby controls between 80 and 90% of the market in cast iron DWV products. Market share can be a significant indicator of market power, absent evidence of ease of entry for competitors (Tele-Direct). What needs to be considered, therefore, is whether the barriers to entry or other factors preclude other competitors from entering the market. [Emphasis is mine.]

[32] The Tribunal considered under the heading of "Barriers to Entry": sunk costs, cost of entry, incumbent advantage, stock distributor program, and actual entry. Under the heading "Other Factors", it considered countervailing power and the state of the market.

[33] Sunk costs were defined by the Tribunal as costs that cannot be recovered if investment is made to enter the market and that attempt fails. While sunk costs could be a significant barrier to entry, the Tribunal did not find them significant considering the paucity of explanation given by the Commissioner on the question (paragraph 141 of the reasons and order).

le coût de production des tuyaux et des raccords; en sont par conséquent exclus les joints mécaniques, que Bibby ne fabrique pas, mais importe d'une société sœur. [Non souligné dans l'original.]

[30] Le Tribunal avait apparemment de sérieuses réserves à propos de l'analyse de M. Ross, comme le montrent aussi les paragraphes 127, 131 et 135, mais il a néanmoins noté au paragraphe 137 que Tuyauteries Canada n'avait pas produit d'éléments de preuve pour réfuter les allégations de la commissaire lui attribuant des marges élevées.

[31] Abordant ensuite la preuve indirecte de la puissance commerciale, le Tribunal examine d'abord la part de marché de Tuyauteries Canada. Il écrit à ce sujet au paragraphe 140 de l'exposé de ses motifs :

La concentration du marché entre ses mains, obtenue au moyen de prises de contrôle, de fusions et d'accords de commercialisation avec des sociétés sœurs américaines, a donné à Bibby une part écrasante du marché. La preuve montre en effet que Bibby contrôle de 80 à 90 pour 100 du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. La part de marché peut constituer un indice révélateur de puissance commerciale en l'absence d'éléments tendant à établir la facilité d'entrée sur le marché pour d'autres entreprises (Télé-Direct). Il faut donc maintenant se demander si des obstacles à l'entrée ou d'autres facteurs empêchent d'autres entreprises de faire concurrence à Bibby. [Non souligné dans l'original.]

[32] Le Tribunal examine sous le titre « Les obstacles à l'entrée » les éléments suivants : les coûts irrécupérables, le coût de l'entrée, l'avantage de l'entreprise en place, le programme des distributeurs stockistes et l'entrée effective. Sous le titre « Autres facteurs », il étudie ensuite le pouvoir compensateur des consommateurs et l'état du marché.

[33] Le Tribunal définit les coûts irrécupérables comme étant les coûts que ne peut recouvrer en cas d'échec l'entreprise qui investit pour s'établir sur le marché. Il conclut que si ce facteur peut s'avérer un obstacle important à l'entrée, il ne convient pas de lui accorder de poids en l'espèce, étant donné l'insuffisance des explications données par la commissaire sur cette question (paragraphe 141 de l'exposé des motifs du Tribunal.)

[34] The cost of entry, wrote the Tribunal, involved either refitting an existing foundry or buying imported goods. The Tribunal estimated that the viability of the current importers did not seem threatened and imports were steadily on the rise (paragraphs 142 and 143 of the reasons and order).

[35] On the topic of the incumbent advantage, the Tribunal noted that Canada Pipe was a well-known and well-established manufacturer and that a new entrant would probably have difficulty competing with the quality and quantity of products Canada Pipe was able to offer. No other supplier, it said, had a strong national presence (paragraph 144 of the reasons and order).

[36] With regard to the factor of the Stocking Distributor Program, the Tribunal was satisfied that it had an impact in the market. There was, however, no direct evidence that would support the conclusion that it was a barrier to entry (paragraph 149 of the reasons and order).

[37] With respect to the factor of actual entry, the Tribunal came to the conclusion that successful entry was possible—but limited, considering that Canada Pipe maintained a considerable market share (paragraph 156 of the reasons and order).

[38] The Tribunal was of the view that distributors had little countervailing power, considering that Canada Pipe had maintained its SDP since 1998 (paragraph 159 of the reasons and order).

[39] The Tribunal accepted that the market was mature, i.e., it was a market with little real growth potential. This factor could therefore discourage more active entry (paragraph 160 of the reasons and order).

[40] Ultimately, the Tribunal accepted Dr. Ross' analysis that the direct and indirect evidence together established that Canada Pipe could and did exercise market power in the relevant markets (paragraph 161 of the reasons and order). This conclusion of the Tribunal

[34] Le coût de l'entrée, fait observer le Tribunal, est lié soit au réoutillage d'une fonderie existante, soit à l'achat de produits importés. La viabilité des importateurs actuels ne lui paraît pas menacée, et il constate une progression régulière des importations (paragraphes 142 et 143 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[35] À propos de l'avantage de l'entreprise en place, le Tribunal fait remarquer que Tuyauteries Canada est un fabricant réputé et solidement établi, et qu'un nouveau venu aurait probablement du mal à rivaliser avec la qualité et la quantité que cette entreprise est capable d'offrir. Aucun autre fournisseur, ajoute-t-il, ne peut se targuer d'une solide présence nationale (paragraphe 144 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[36] En ce qui a trait au programme des distributeurs stockistes, le Tribunal se déclare convaincu qu'il a eu une incidence sur le marché, mais constate l'absence de preuve directe qui étayerait la conclusion que ce programme soit un obstacle à l'entrée (paragraphe 149 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[37] Touchant l'entrée effective, le Tribunal arrive à la conclusion qu'il est possible d'entrer sur le marché et d'y réussir, mais aussi que l'entrée y est limitée, comme le montre la part considérable de ce marché que conserve Tuyauteries Canada (paragraphe 156 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[38] Le Tribunal exprime l'opinion que les distributeurs ne disposent que d'un faible pouvoir compensateur, étant donné que Tuyauteries Canada maintient son PDS depuis 1998 (paragraphe 159 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[39] Le Tribunal souscrit à la thèse de la maturité du marché, c'est-à-dire à l'idée que celui-ci n'offre guère de possibilités de croissance réelle, facteur qui est susceptible de désinciter à des efforts vigoureux d'entrée (paragraphe 160 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[40] En fin de compte, le Tribunal accepte la thèse de M. Ross que, considérées ensemble, la preuve directe et la preuve indirecte établissent que Tuyauteries Canada peut exercer, et exerce effectivement, une puissance commerciale sur les marchés pertinents (paragraphe 161

will be considered in more detail further below.

THE STANDARD OF REVIEW AND ITS APPLICATION

[41] I agree with Pelletier J.A. that to be successful on the cross-appeal, Canada Pipe must demonstrate that the Tribunal acted unreasonably, considering that product market and market power raise issues of mixed fact and law. As examined in detail above, the Tribunal articulated the correct legal tests in the course of its *determinations concerning product market and market power*. The Supreme Court's conclusion in *Southam* therefore applies with equal force in this case: "if the Tribunal erred, it was in applying the law to the facts; and that is a matter of mixed law and fact" (paragraph 44).

[42] The nature of the question is an important factor in determining the standard of review according to the pragmatic and functional approach. In general, all else being equal, a question of mixed fact and law attracts the reasonableness standard of review. However, the jurisprudence has recognized the existence of different types of questions of mixed fact and law: as McLachlin C.J. explained in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, a question of mixed fact and law "will call for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive" (paragraph 34). In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, the Court applied this analysis, observing that the question of mixed fact and law at issue in that case contained fact-intensive elements which did "not involve easily extracted and discretely framed questions of law" (paragraph 41).

[43] The issues raised in the case at bar contain fact-intensive elements which do not involve easily extracted and discretely framed questions of law.

de l'exposé des motifs du Tribunal). Cette conclusion du Tribunal fera ci-dessous l'objet d'un examen plus détaillé.

LA NORME DE CONTRÔLE ET SON APPLICATION

[41] Je pense comme le juge Pelletier que, pour voir accueillir son appel incident, Tuyauteries Canada doit établir que le Tribunal a rendu une décision déraisonnable, étant donné que le marché de produit et la puissance commerciale soulèvent des questions mixtes de droit et de fait. Comme nous l'avons vu en détail plus haut, le Tribunal a formulé les critères juridiques appropriés pour arriver à ses conclusions sur le marché de produit et la puissance commerciale. La conclusion à laquelle se trouve amenée la Cour suprême dans *Southam* s'applique donc tout autant à la présente espèce : « si le Tribunal a commis une erreur c'est en appliquant le droit aux faits; ce qui est une question de droit et de fait » (au paragraphe 44).

[42] La nature de la question est un facteur important dans l'établissement de la norme de contrôle suivant l'approche pragmatique et fonctionnelle. En général, toutes choses égales d'ailleurs, c'est la norme de la décision raisonnable qu'il convient d'appliquer à une question mixte de droit et de fait. Cependant, la jurisprudence reconnaît l'existence de différents types de questions mixtes de droit et de fait; comme l'expliquait la juge en chef McLachlin au paragraphe 34 de *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, « sur les questions mixtes de fait et de droit, ce facteur appelle une déférence plus grande si la question est principalement factuelle, et moins grande si elle est principalement de droit ». La Cour suprême a appliqué cette analyse dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, faisant observer (au paragraphe 41) que la question mixte de droit et de fait qui se posait dans cette affaire comprenait des éléments fortement factuels qui ne « comport[aient] pas de questions de droit faciles à cerner et à formuler distinctement ».

[43] Les points que soulève la présente espèce comprennent des éléments fortement factuels qui ne comportent pas de questions de droit faciles à cerner et à formuler distinctement.

[44] I agree with Pelletier J.A. that the analysis of the categories or factors referred to in the Guidelines as indirect evidence for the determination of product market (namely the views, strategies, behaviour and identity of buyers; trade views, strategies and behaviours; end use; physical and technical characteristics; and price relationships and relative price levels) is a matter of weighing evidence. It therefore falls within the province of the Tribunal. Consequently, unless the Tribunal's conclusion is unreasonable, it is of no concern to this Court. Substitutability is always a question of degree (*The Queen v. S.J. Mills & Sons Ltd. et al.*, [1968] Ex.C. R. 275, cited with approval in *Canada (Director of Investigation and Reserach) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748). Since the Tribunal considered the appropriate elements and arrived at a reasonable conclusion, its finding on product market is therefore immune from judicial intervention.

[45] I do not share Pelletier J.A.'s view, however, that the Tribunal's findings on market power in four of the six geographic markets, namely British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario, are flawed and warrant the intervention of this Court.

[46] My analysis with respect to the Tribunal's determination on market power is the following.

[47] As stated earlier, the Tribunal was highly critical of Dr. Ross' analysis of the direct evidence of market power, as evidenced in paras 124 to 137 of the reasons and order, and of Canada Pipe's lack of response on the topic (paragraph 137 of the reasons and order).

[48] The Tribunal, with hesitation, I would say, accepted Dr. Ross' calculations of production costs and variable costs from which he derived gross profit margins and contribution margins. However, the Tribunal noted (at paragraph 124 of the reasons and

[44] Je suis d'accord avec le juge Pelletier pour dire que l'analyse des catégories ou facteurs énumérés dans les Lignes directrices au chapitre de la preuve indirecte pour la définition du marché de produit (soit : les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l'utilisation finale; les caractéristiques physiques et techniques; et les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs) relève de l'appréciation de la preuve et ressortit donc au Tribunal. Par conséquent, notre Cour n'a pas à remettre en cause la conclusion du Tribunal à moins qu'elle ne soit déraisonnable. La substituabilité est toujours une question de degré : *The Queen v. J.W. Mills & Sons Ltd. Et al.*, [1968] R.C.É. 275, citée avec approbation dans *Caada (Directeur des enquêtes et recherches Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. Comme le Tribunal, relativement au marché de produit, a pris en considération les éléments qu'il fallait et est arrivé à une conclusion raisonnable, cette conclusion n'est pas susceptible de révision judiciaire.

[45] Je ne partage cependant pas l'opinion du juge Pelletier selon laquelle les conclusions du Tribunal sur la puissance commerciale à l'égard de quatre des six marchés géographiques—soit la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies et l'Ontario—seraient défectueuses et justifieraient l'intervention de notre Cour.

[46] Mon analyse des conclusions du Tribunal sur la puissance commerciale est la suivante.

[47] Comme nous l'avons vu plus haut, le Tribunal émet de sérieuses réserves sur l'analyse proposée par M. Ross de la preuve directe relative à la puissance commerciale, ainsi que le montrent les paragraphes 124 à 137 de l'exposé de ses motifs, tout comme il s'explique mal que Tuyauteries Canada n'essaie pas de réfuter la thèse de la commissaire sur ce point (paragraphe 137 du même exposé).

[48] Le Tribunal—non sans hésitation—a accepté les calculs des coûts de production et des coûts variables proposés par M. Ross, dont ce dernier a tiré les marges bénéficiaires brutes et les marges sur coûts variables. Cependant, le Tribunal note au paragraphe 124 de

order) that the marginal costs were only based on the cost of production of pipe and fittings: they therefore excluded MJ couplings which Canada Pipe did not manufacture but imported from its sister company. The Tribunal indicated that Dr. Ware, for Canada Pipe, cast some doubt on Dr. Ross' calculations.

[49] The Tribunal concluded, at paragraph 136 and 137 of the reasons and order:

Notwithstanding the statistical debate between the two experts, the fact remains that prices in the West are significantly lower than prices in the East, and the obvious explanation, confirmed by witnesses appearing before the Tribunal, is the presence of imports. Prices for Bibby products are lower in British Columbia than in Quebec, yet the products are manufactured in Quebec, and the cost of transport has to be added to the cost of production for items sold in British Columbia. The Tribunal is therefore satisfied, from consideration of the price differentials, particularly in British Columbia and Alberta, that imports have had an impact on prices of cast iron DWV products. Similarly, the Tribunal is satisfied that Vandem's entry in Ontario has exerted downward pressure on the prices in that province. No such movement is noted in Quebec and the Maritimes.

It is somewhat puzzling that Bibby offers no evidence to rebut the Commissioner's assertions of high margins. Dr. Ware and counsel for the Respondent certainly have shown the frailties of the Commissioner's position, but the Tribunal notes that no cost calculations are provided in response. It would have been within Bibby's power to present the true profitability of pipe and fittings sales. No such evidence is before us. We are left with Bibby's hefty margins and its significant ability to vary prices across the regions. [Emphasis is mine.]

[50] The Tribunal bolstered the conclusions derived from the direct evidence with a careful analysis of the elements contained in the indirect approach, stressing the positive elements and the drawbacks. The Tribunal then concluded (at paragraph 161):

The Tribunal is of the view that Bibby can and does exercise market control in the three product markets and the six geographic regions. The evidence provided by the direct approach was incomplete, since the high margins dealt only with two of the three products. For those two products, the Tribunal finds that Bibby is pricing above marginal cost. For

l'exposé de ses motifs que les coûts marginaux ne sont fondés que sur le coût de production des tuyaux et des raccords, de sorte qu'en sont exclus les joints mécaniques, que Tuyauteries Canada ne fabrique pas, mais importe de sa société sœur. Il ajoute que M. Ware, l'expert de Tuyauteries Canada, a émis des doutes sur les calculs de M. Ross.

[49] Le Tribunal conclut dans les termes suivants aux paragraphes 136 et 137 de l'exposé de ses motifs :

Malgré le débat statistique entre les deux experts, il reste que les prix sont notablement plus bas dans l'Ouest que dans l'Est et que la raison évidente, confirmée par les témoins qui ont comparu devant le Tribunal, en est la présence d'importations. Les prix des produits de Bibby sont plus bas en Colombie-Britannique qu'au Québec: pourtant, ils sont fabriqués au Québec, et le coût du transport doit être ajouté au coût de production des articles vendus en Colombie-Britannique. L'examen des différences de prix, en particulier en Colombie-Britannique et en Alberta, convainc par conséquent le Tribunal que les importations ont influé sur les prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. De même, le Tribunal est amené à conclure que l'entrée de Vandem en Ontario a exercé une pression à la baisse sur les prix dans cette province. On ne constate en effet aucune variation de cette nature au Québec ou dans les Maritimes.

On s'explique mal que Bibby n'ait pas produit d'éléments de preuve pour réfuter les conclusions de la commissaire touchant le niveau élevé des marges. M. Ware et l'avocat de la défenderesse ont certes attiré l'attention sur les points faibles de la position de la commissaire, mais ils n'ont pas produit de calculs des coûts en réponse. Or, il aurait été possible pour Bibby de faire état de la rentabilité réelle de ses ventes de tuyaux et de raccords. Ne disposant d'aucun élément de preuve de cet ordre, le Tribunal ne peut que constater les marges considérables de Bibby et son aptitude marquée à faire varier ses prix d'une région à l'autre. [Non souligné dans l'original.]

[50] Le Tribunal étaye les conclusions tirées de la preuve directe par une analyse rigoureuse des éléments de l'approche indirecte, relevant à cet égard aussi bien les aspects positifs que les lacunes. Il formule ensuite la conclusion suivante (au paragraphe 161) :

Le Tribunal estime que Bibby peut exercer, et exerce effectivement, un contrôle sur les trois marchés de produit et les six marchés géographiques. La preuve découlant de l'approche directe était incomplète, puisque le niveau élevé des marges ne concernait que deux des trois produits considérés. Pour ces deux produits, le Tribunal conclut que

all three products, Bibby's ability to lower prices indicates supra-competitive pricing. With regards to the indirect approach, the Tribunal finds that on balance the evidence indicates that Bibby has market power. The evidence on barriers to entry is not entirely conclusive. However, Bibby's large market share, its range of products and national presence, the limited penetration of competitors and the fact that this market offers only limited growth potential are sufficient to establish that Bibby does control a substantial part of the cast iron DWV products market. [Emphasis is mine.]

[51] Considering the evidence, with all its flaws, left uncontradicted by Canada Pipe, it was open to the Tribunal to conclude on the direct approach that Canada Pipe was pricing pipe and fittings with "hefty margins" (paragraph 137 of the reasons and order), and that for pipe, fittings and MJ couplings, Canada Pipe had a "significant ability to vary prices across the regions" (paragraph 137 of the reasons and order). This indicated supra-competitive pricing. On the indirect approach, it was open to the Tribunal, on the balance of the evidence, to conclude that Canada Pipe had market power.

CONCLUSION

[52] The Tribunal correctly interpreted and applied the law with respect to paragraph 79(1)(a) throughout in its reasons. Market power is not an easy concept to handle. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at paragraph 101, the Supreme Court of Canada noted that with regard to paragraph 79(1)(a) of the Act (formerly section 51 [*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 51 (as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47)]), alleged holders of a dominant position must be shown to "substantially or completely control, throughout Canada or any other area thereof, a class or species of business". Gonthier J. for the Court added "The required degree of market power under s. 51 of the Act comprises 'control', and not simply the ability to behave independently of the

Bibby fixe des prix supérieurs aux coûts marginaux. Pour l'ensemble des trois produits, la capacité de Bibby à baisser ses prix atteste la fixation de prix supraconcurrentiels. En ce qui a trait à l'approche indirecte, le Tribunal conclut que la preuve, considérée dans son ensemble, indique que Bibby dispose d'une puissance commerciale. La preuve relative aux obstacles à l'entrée n'est pas entièrement concluante. Cependant, la part de marché considérable que Bibby détient, l'éventail de ses produits, sa présence nationale, le caractère restreint de la pénétration de ses concurrents et le fait que le marché en question ne présente que des possibilités limitées de croissance suffisent à établir que Bibby contrôle effectivement une part substantielle du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. [Non souligné dans l'original.]

[51] Vu la preuve, que, malgré ses défauts, Tuyauteries Canada n'avait pas essayé de réfuter, il était loisible au Tribunal de conclure, dans le cadre de l'approche directe, que cette entreprise fixait les prix de ses tuyaux et de ses raccords en se réservant des « marges considérables » (paragraphe 137) et que, pour ce qui concerne les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, elle présentait une « aptitude marquée à faire varier ses prix d'une région à l'autre » (paragraphe 137). Cette situation témoignait de la fixation de prix supraconcurrentiels. Dans le cadre de l'approche indirecte, il était loisible au Tribunal de conclure, suivant la prépondérance de la preuve, que Tuyauteries Canada disposait d'une puissance commerciale.

CONCLUSION

[52] Pour ce qui concerne l'alinéa 79(1)a), le Tribunal a correctement interprété et appliqué le droit tout au long de l'exposé de ses motifs. La puissance commerciale n'est pas un concept facile à manier. Au paragraphe 101 de *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, la Cour suprême rappelait que, sous le régime de l'alinéa 79(1)a) de la Loi (dont les dispositions se trouvaient auparavant à l'article 51 [*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 51 (édicte par S.C. 1986, ch. 26, art. 47)]), il faut montrer que les personnes qu'on affirme détenir une position dominante « contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions ». « Le degré requis de puissance commerciale au sens de l'art.

market.” The Tribunal in the case at bar complied with this analysis.

[53] The factual analysis by the Tribunal is sometimes not as clearly stated and analyzed as one might have wished. This may be explained in part by the variety of factors the Tribunal was called upon to consider. But one cannot ignore, on the point raised by Pelletier J.A., that the Tribunal considered not only the direct evidence of market power, but also extensive indirect evidence. On both approaches, it was satisfied that Canada Pipe exercised market power. I cannot say that the Tribunal acted unreasonably in so concluding: the Tribunal demonstrably “had its reasons for doing so, and those reasons cannot be said to be without foundation or logical coherence” (S.C.C., *Southam*, at paragraph 68).

[54] Considering the standard of review and the intense fact-finding character of these issues, the further intervention of this Court is, in my view, unwarranted.

[55] I would dismiss this cross-appeal with costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A. (dissenting):

INTRODUCTION

[56] In response to the Commissioner’s appeal of the dismissal of her application, Canada Pipe has cross-appealed from the Competition Tribunal’s (the Tribunal) finding that it dominated the market for cast iron DWV pipes, joints and fittings. Canada Pipe attacks both aspects of that finding, namely the definition of the

51 de la Loi [ajoutait le juge Gonthier au nom de la Cour] comprend le “contrôle” et non simplement la capacité d’agir indépendamment du marché. » Le Tribunal s’est conformé à cette analyse dans la présente espèce.

[53] Il arrive parfois que l’analyse du Tribunal ne soit pas conduite et formulée de manière aussi claire qu’on aurait voulu. Cela peut s’expliquer en partie par la variété des facteurs qu’il était appelé à prendre en considération. Mais on ne peut s’empêcher de constater, pour ce qui concerne la question soulevée par le juge Pelletier, que le Tribunal a examiné non seulement les éléments de preuve directe tendant à établir l’existence d’une puissance commerciale, mais aussi une quantité considérable d’éléments de preuve indirecte. Dans le cadre des deux approches, la preuve l’a convaincu que Tuyauteries Canada exerçait une puissance commerciale. Je ne puis dire que le Tribunal ait agi de manière déraisonnable en arrivant à cette conclusion : visiblement, il « avait ses raisons pour le faire, et il est impossible d’affirmer que ces raisons sont sans fondement ou cohérence logique » (C.S.C., *Southam*, au paragraphe 68).

[54] Vu la norme de contrôle applicable et la nature fortement factuelle de ces questions, il n’y a pas lieu, à mon sens, que notre Cour intervienne à cet égard.

[55] Je rejetterais le présent appel incident, avec dépens.

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

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissent) :

INTRODUCTION

[56] En réponse à l’appel interjeté par la commissaire contre le rejet de sa demande, Tuyauteries Canada interjette un appel incident de la conclusion du Tribunal de la concurrence (le Tribunal) selon laquelle elle occupe une position dominante sur le marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte, soit les

product and geographic markets, as well as the finding that it has market power in the relevant markets.

[57] As my colleague Desjardins J.A.'s reasons allowing the Commissioner's appeal make clear, the Tribunal was required to decide a number of discrete questions in disposing of the Commissioner's application for an order against Canada Pipe pursuant to section 79 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act). The Commissioner's appeal deals with two of those questions, namely whether Canada Pipe's Stocking Distributor Program (SDP) was a practice of anti-competitive acts, and whether the SDP had the effect of substantially preventing or lessening competition in a market. This cross-appeal deals with the issue of whether Canada Pipe occupies a dominant position in that market; in other words, does Canada Pipe "substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business", to use the words of paragraph 79(1)(a) of the Act?

[58] That question can be broken down into two other questions: the definition of the product and geographic markets in which Canada Pipe trades, and whether Canada Pipe exercises market power within those markets. The Tribunal decided that there were three product markets, namely the markets for cast iron pipe, cast iron fittings and cast iron joints, and six geographical markets, namely British Columbia, Alberta, the Prairies, Ontario, Quebec and the Maritimes. It also decided that Canada Pipe exercised market power in all those markets and that, as a result, the conditions of paragraph 79(1)(a) of the Act were satisfied. It is those conclusions which are in issue in this cross-appeal.

[59] As an aside, the Tribunal decision refers to Canada Pipe as Bibby because the Stocking Distributor Program is operated by its Bibby Ste-Croix division. In these reasons, I will refer to the cross-appellant as Canada Pipe and to the respondent by cross-appeal as

tuyaux, les raccords et les joints. Tuyauteries Canada conteste les deux aspects de cette conclusion, à savoir la définition des marchés de produit et géographiques, ainsi que la constatation voulant qu'elle exerce une puissance commerciale sur les marchés pertinents.

[57] Comme il ressort clairement de l'exposé des motifs de ma collègue la juge Desjardins, le Tribunal avait à répondre à un certain nombre de questions distinctes pour trancher la demande de la commissaire tendant à obtenir une ordonnance contre Tuyauteries Canada sous le régime de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi). L'appel de la commissaire concerne deux de ces questions, soit les points de savoir si le programme des distributeurs stockistes de Tuyauteries Canada (le PDS) est une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et si le PDS a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché. Le présent appel incident a pour objet la question de savoir si Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur le marché, autrement dit, si cette société « contrôle [...] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », pour reprendre les termes de l'alinéa 79(1)a) de la Loi.

[58] Cette question peut se diviser en deux sous-questions : la définition des marchés de produit et géographiques sur lesquels opère Tuyauteries Canada, et le point de savoir si elle exerce une puissance commerciale sur ces marchés. Le Tribunal a conclu à l'existence de trois marchés de produit—les tuyaux en fonte, les raccords en fonte et les joints mécaniques pour produits en fonte—et de six marchés géographiques—la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes. Il a aussi conclu que Tuyauteries Canada exerçait une puissance commerciale sur tous ces marchés, de sorte qu'étaient remplies les conditions de l'alinéa 79(1)a) de la Loi. Ce sont ces conclusions qui sont en litige dans le présent appel incident.

[59] Soit dit par parenthèse, la décision du Tribunal parle de Bibby plutôt que de Tuyauteries Canada, parce que le programme des distributeurs stockistes est géré par sa division Bibby Ste-Croix. Dans le présent exposé de mes motifs, je désignerai la contre-appelante

the Commissioner.

THE TRIBUNAL DECISION

[60] The first question which the Tribunal had to address was the definition of the product and geographic markets in which Canada Pipe trades. This question is fundamental because any finding of abuse of market dominance must be in relation to those markets.

[61] This Court took up the question of the definition of a product market in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557 (*Southam*, F.C.A.) where the following appears (at page 632):

Products can be said to be in the same market if they are close substitutes. In turn, products are close substitutes if buyers are willing to switch from one product to another in response to a relative change in price, i.e. if there is buyer price sensitivity.

Whether products are close substitutes for one another can be proven either directly or indirectly (at paragraph 161):

Direct evidence of substitutability includes both statistical evidence of buyer sensitivity and anecdotal evidence, such as the testimony of buyers on past or hypothetical responses to price changes. However, since direct evidence may be difficult to obtain, it is also possible to measure substitutability and thereby infer price sensitivity through indirect means. Such indirect evidence focusses on certain practical indicia, such as functional interchangeability and industry views/behaviour, to show that products are close substitutes.

The Tribunal noted that direct evidence of substitutability was not available and went on to examine the indirect evidence. It considered the views, strategies, behaviour and identity of buyers, the trade's views, strategies and behaviour, end use, physical and technical characteristics, price relationships and relative price levels, and substitutability.

« Tuyauteries Canada » et la contre-intimée « la commissaire ».

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[60] La première question que le Tribunal devait examiner était la définition des marchés de produit et de marchés géographiques sur lesquels opère Tuyauteries Canada. Cette question est fondamentale, parce que toute conclusion sur l'abus de position dominante doit être établie par rapport à ces marchés.

[61] Notre Cour a examiné la question de la définition du marché de produit dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557 (*Southam*, C.A.F.), où l'on peut lire les observations suivantes (à la page 632) :

On peut dire que des produits sont sur le même marché s'ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l'un à l'autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c'est-à-dire s'il existe une sensibilité aux prix de la part des acheteurs.

La preuve que des produits sont de proches substituts l'un de l'autre peut se faire directement ou indirectement (au paragraphe 161) :

La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique comme les témoignages d'acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d'obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte consiste en certains indices pratiques, comme l'interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l'industrie, qui montrent que des produits sont de proches substituts.

Le Tribunal, ayant constaté qu'il n'était pas possible d'obtenir de preuve directe relative à la substitutabilité (c'est-à-dire le « caractère substitutif », selon la terminologie de *Southam*), a examiné la preuve indirecte y afférente. Il a pris en considération les facteurs suivants : les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l'utilisation finale; les caractéristiques physiques et techniques; les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs; et la substitutabilité.

[62] Under the heading of views, strategies, behaviour and identity of buyers, the Tribunal noted that while contractors used both plastic and cast iron products, cast iron was the product of choice for certain applications. As for the trade's views and strategies, the Tribunal found that the fact that the National Building Code specifies cast iron for certain applications, notably vertical shafts in highrise buildings, was an important consideration. The industry view appeared to be that there was no substitute for cast iron in that application, notwithstanding the development of non-combustible plastic pipe. The Tribunal's conclusion was that "in high-rise buildings, cast iron offers the advantage of meeting all requirements for fire and life safety purposes, and that only non-combustible materials, essentially cast iron, can be used in vertical shafts" (Tribunal reasons, paragraph 82).

[63] The Tribunal then considered the issue of functional interchangeability under the heading of "End Use". In other words, are plastic DWV (drain, waste and vent) products and cast iron DWV products interchangeable? The Tribunal reviewed the evidence as to the advantages and disadvantages of each material. It noted the growing prevalence of plastic products in Canada, but could draw no conclusion as to the pace of change, in the absence of detailed data for the Canadian marketplace. In the end, the Tribunal concluded that, by reason of its strength, durability, lower noise level as well as non-combustibility, cast iron "continues to be in a class of its own" (Tribunal reasons, paragraph 92).

[64] Under the heading of "Physical and Technical Characteristics", the Tribunal briefly touched upon the same physical properties as in prior parts of its analysis.

[65] The Tribunal then considered the issue of price relationships and relative price levels. It quoted a passage from the *Enforcement Guidelines on the Abuse*

[62] Sous la rubrique des opinions, des stratégies, du comportement et de l'identité des acheteurs, le Tribunal constate que, si les entrepreneurs utilisent aussi bien les produits en plastique que les produits en fonte, ils accordent la préférence à la fonte dans certaines applications. Pour ce qui concerne les opinions et les stratégies des intervenants du milieu commercial, le Tribunal conclut à l'importance du fait que le Code national du bâtiment prescrit expressément l'utilisation de la fonte pour certaines applications, notamment les gaines verticales des bâtiments élevés. Le point de vue du secteur semble être qu'il n'existe pas de substitut pour la fonte dans cette application, en dépit d'améliorations récentes permettant l'usage restreint de tuyaux en plastique dans des applications incombustibles. Le Tribunal conclut, au paragraphe 82 de l'exposé de ses motifs, que, « dans les bâtiments élevés, la fonte présente l'avantage de remplir toutes les prescriptions axées sur la sûreté des personnes et la protection contre les incendies et que seuls les matériaux incombustibles, soit essentiellement la fonte, peuvent être utilisés dans les gaines verticales ».

[63] Le Tribunal étudie ensuite la question de l'interchangeabilité fonctionnelle sous le titre « L'utilisation finale ». Il s'agit ici de savoir si les produits d'évacuation et de ventilation en plastique et les produits d'évacuation et de ventilation en fonte sont interchangeables. Examinant la preuve relative aux avantages et aux inconvénients de chacun de ces matériaux, il note la progression des produits en plastique au Canada, mais se déclare incapable de tirer une conclusion sur le rythme de cette progression, faute de données détaillées concernant le marché canadien. Il conclut en fin de compte au paragraphe 92 de l'exposé de ses motifs que, du fait de ses avantages sous les rapports de la force, de la durabilité et de l'absorption acoustique, aussi bien que de son incombustibilité, la fonte « continue d'occuper une place à part ».

[64] Pour ce qui concerne le facteur des caractéristiques physiques et techniques, le Tribunal récapitule brièvement les propriétés physiques qu'il a examinées dans ses analyses antérieures.

[65] Le Tribunal examine ensuite la question des liens entre les prix et des niveaux de prix relatifs. Il cite à ce sujet, au paragraphe 96 de l'exposé de ses motifs, un

of *Dominance Provisions* (Competition Bureau, 2001) (Enforcement Guidelines) to the effect that the absence of a correlation in price movements between two products over a significant period of time is an indication that the two products are not in the same market, while the presence of such a correlation is an indication that the two products compete in the same market (Tribunal reasons, paragraph 96).

[66] The Tribunal specifically noted the absence of evidence of relative price movement between cast iron DWV products and products made from other materials. However, it also noted that Canada Pipe's prices dropped where it faced competition from other cast iron product suppliers, whereas prices increased in those markets where there was no such competition (Tribunal reasons, paragraph 97). This is not to say that Canada Pipe ignored competition from plastic products; the Tribunal found that it devoted considerable marketing resources to persuading buyers of the advantages of cast iron over plastic. But these efforts did not include price reductions. The Tribunal's key conclusions on this issue are found in the following passage (at paragraph 101):

The prices of cast iron have not been decreasing with the increased use of plastics. Prices of cast iron DWV products have increased in Quebec and the Maritimes. They have decreased where [Canada Pipe] has met cast iron competition—in Ontario with Vandem, in the West with importers. In other words, even though the Respondent [Canada Pipe] claims that plastic is a competing material, there is no evidence that plastic products have had a constraining effect on prices of cast iron DWV products.

[67] The Tribunal concluded its analysis of the market definition by considering the issue of substitutability. It noted that the question of whether to use cast iron DWV products or plastic DWV products is not simply a question of price. Cast iron is the only material which, in practical terms, meets current National Building Code requirements as to the use of non-combustible materials.

passage des *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (Bureau de la concurrence, 2001) (les Lignes directrices), selon lequel l'absence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix de deux produits au cours d'une période relativement longue indique généralement que ces produits ne font pas partie du même marché, tandis que la présence d'une telle corrélation indique que les deux produits font partie du même marché (au paragraphe 96 des motifs du Tribunal).

[66] Le Tribunal constate explicitement l'absence de preuve touchant la corrélation des variations des prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte et des mêmes produits faits d'autres matières. Cependant, il note aussi que les prix de Tuyauteries Canada ont baissé dans les régions où elle a dû soutenir la concurrence d'autres fournisseurs de produits en fonte, tandis que ses prix ont augmenté sur les marchés où une telle concurrence était absente (paragraphe 97 de l'exposé des motifs du Tribunal). Cela ne veut pas dire que Tuyauteries Canada n'ait pas tenu compte de la concurrence des produits en plastique; le Tribunal conclut au contraire qu'elle a mis en œuvre des ressources de marketing considérables pour persuader les acheteurs des avantages de la fonte par rapport au plastique. Mais la réduction de ses prix ne faisait pas partie de cette stratégie. C'est dans le passage suivant qu'on trouve les principales conclusions du Tribunal sur cette question (au paragraphe 101) :

[...] les prix de la fonte n'ont pas diminué parallèlement à la progression des matières plastiques. Les prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte ont même augmenté au Québec et dans les Maritimes. Ces prix n'ont diminué que là où [Tuyauteries Canada] s'est heurtée à la concurrence de produits en fonte—soit en Ontario avec Vandem et dans l'Ouest avec les importateurs. Autrement dit, même si la défenderesse [Tuyauteries Canada] soutient que le plastique est un matériau concurrent, la preuve n'établit pas que les produits de plastique aient exercé un effet de discipline sur les prix des produits en fonte.

[67] Le Tribunal conclut son analyse relative à la définition du marché par l'examen de la question de la substituabilité. Il fait observer à ce sujet que le choix d'acheter des produits d'évacuation et de ventilation en fonte ou en plastique ne dépend pas seulement des prix. La fonte est le seul matériau qui, en pratique, remplit les prescriptions en vigueur du Code national du bâtiment

On balance, the Tribunal concluded that “for certain applications, cast iron has no economic substitute”. (Tribunal reasons, paragraph 102).

[68] Having regard to the fact that “all three products [pipe, fittings and joints] can be bought separately from different suppliers and the pricing trends for each appear independent”, [at paragraph 103] the Tribunal decided that there are three relevant product markets, namely cast iron pipe, cast iron fittings and cast iron joints.

[69] On the issue of geographic markets, the Tribunal attributed some importance to the fact that while Canada Pipe has a national presence, its competitors do not. The result is that competition is regionalized so that prices are constrained by competition from cast iron products in Ontario, for example, but they are not so constrained in Quebec and the Maritimes. This led the Tribunal to conclude that there are six geographic markets, defined by the competitive environment, namely British Columbia, Alberta, the Prairies, Ontario, Quebec, and the Maritimes.

[70] The Tribunal then turned to the second step of its inquiry under paragraph 79(1)(a) of the Act, the issue of market power. Market power is defined as the ability to raise and maintain prices above competitive levels for a significant period of time: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.), at page 82.

[71] As in the case of close substitutes, market power can be proven directly or indirectly. In this case, the Tribunal considered both the direct and the indirect evidence of market power. It considered high margins, prices substantially above import prices, high prices absent competition (or lower prices in the presence of competition) as direct evidence of market power.

touchant l'utilisation de matériaux incombustibles. Le Tribunal conclut que, tout bien considéré, « pour certaines applications, il n'existe pas de substitut économique à la fonte » (paragraphe 102 de l'exposé de ses motifs).

[68] Étant donné que « les trois produits [les tuyaux, les raccords et les joints] peuvent être achetés séparément à des fournisseurs différents et que la courbe des prix de chacun paraît être indépendante » [au paragraphe 103], le Tribunal conclut à l'existence de trois marchés de produit pertinents, soit ceux des tuyaux en fonte, des raccords en fonte et des joints mécaniques pour produits en fonte.

[69] Concernant la question des marchés géographiques, le Tribunal attribue une certaine importance au fait que Tuyauteries Canada est implantée à l'échelle nationale, alors que ce n'est pas le cas de ses concurrents. Il s'ensuit une régionalisation de la concurrence, les prix étant limités par la concurrence de produits en fonte en Ontario, par exemple, mais pas au Québec et dans les Maritimes. Ce raisonnement amène le Tribunal à conclure à l'existence de six marchés géographiques, définis par l'environnement concurrentiel : la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes.

[70] Le Tribunal passe ensuite à la deuxième étape de son analyse fondée sur l'alinéa 79(1)a) de la Loi, soit l'étude de la question de la puissance commerciale. La puissance commerciale est définie comme étant la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL), au paragraphe 225.

[71] Comme l'existence de proches substituts, celle d'une puissance commerciale peut être prouvée directement ou indirectement. Dans la présente affaire, le Tribunal a pris en considération aussi bien la preuve directe que la preuve indirecte tendant à établir l'existence d'une puissance commerciale. Il a examiné trois points au titre de la preuve directe : le niveau élevé des marges, la supériorité notable des prix de Tuyauteries Canada par rapport aux prix des importations, et le niveau élevé des prix de cette

[72] The Tribunal found that the evidence of high margins was not persuasive. The Commissioner's expert purported to calculate Canada Pipe's profit margins on the basis of partial data supplied by Canada Pipe. However, there was no way of comparing Canada Pipe's margins with those of other vendors. In any event margins varied across geographic regions: consistently high in Quebec and the Maritimes, but dipping into the negative for considerable periods of time in Alberta, the Prairies and British Columbia (Tribunal reasons, paragraph 127).

[73] The Tribunal considered the evidence of the Commissioner's expert Dr. Ross, who attempted to show that Canada Pipe's prices were above competitive levels by comparing them to the price of imported products. The Tribunal discounted this evidence because of an absence of raw data, and an absence of information on the pricing philosophy of offshore producers, who may be selling at artificially low prices to achieve market penetration.

[74] Finally, the Tribunal considered the argument that regional price disparities suggested that prices were above competitive levels in the high price regions. For example, certain Canada Pipe products cost the same in Ontario, where they are produced, and in British Columbia. It is clear that if prices were at competitive levels, the price would be higher in British Columbia given the cost of transporting the product from Ontario to British Columbia.

[75] The Tribunal was persuaded that the price differentials between those regions where Canada Pipe faced competition from cast iron products and those regions where it did not indicated that prices in the latter areas were above competitive levels.

[76] The indirect evidence of market power related to market share, barriers to entry and the state of the market.

dernière là où la concurrence est absente (ou sa capacité à diminuer les prix là où il y a concurrence).

[72] Le Tribunal a conclu que la preuve relative au niveau élevé des marges n'était pas convaincante. L'expert de la commissaire a déclaré avoir calculé les marges bénéficiaires de Tuyauteries Canada en se fondant sur des données partielles communiquées par celle-ci. Cependant, il n'y avait aucun moyen de comparer les marges de Tuyauteries Canada avec celles d'autres fournisseurs. Quoi qu'il en soit, les marges variaient d'une région à l'autre, se révélant uniformément élevées au Québec et dans les Maritimes, mais négatives sur des durées considérables en Alberta, dans les Prairies et en Colombie-Britannique (paragraphe 127 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[73] Le Tribunal a examiné la preuve de l'expert de la commissaire, M. Ross, qui avait essayé de montrer que les prix de Tuyauteries Canada étaient supraconcurrentiels en les comparant aux prix des importations. Le Tribunal a décidé d'écarter cette preuve aux motifs de l'absence de données brutes et de l'absence d'information sur la politique des prix des producteurs étrangers, qui vendent peut-être à des prix artificiellement bas afin de pénétrer le marché canadien.

[74] Enfin, le Tribunal a examiné l'argument selon lequel les disparités régionales de prix donnaient à penser que les prix étaient supraconcurrentiels dans les régions à prix élevés. Par exemple, Tuyauteries Canada vend certains de ses produits au même prix en Ontario, où ils sont fabriqués, et en Colombie-Britannique. Il est évident que si les prix se situaient aux niveaux concurrentiels, ils seraient plus élevés en Colombie-Britannique, étant donné le coût du transport de l'Ontario vers cette province.

[75] Le Tribunal a conclu que les différences de prix entre les régions où Tuyauteries Canada devait affronter la concurrence de produits en fonte et les régions où elle en était exempte attestaient le caractère supraconcurrentiel des prix pratiqués dans ces dernières régions.

[76] La preuve indirecte tendant à établir l'existence d'une puissance commerciale se rapportait à la part de marché, aux obstacles à l'entrée et à l'état du marché.

[77] Based upon its definition of the product market, the Tribunal concluded that Canada Pipe had an overwhelming share of the market, somewhere between 80% and 90% of the market for cast iron products. However, market share alone does not indicate market power if there are no barriers to entry to that market. The Tribunal noted that there was little evidence of sunk costs as a barrier to entry. In particular, the importation of product does not require a significant physical plant.

[78] The Tribunal considered whether the SDP itself operated as a barrier to entry. The emergence of another cast iron manufacturer, Vandem, suggested that the SDP was not an effective barrier to entry. Entry is one thing, viability is another. The Tribunal did not have evidence before it of Vandem's viability but it did have evidence that it had captured a not insignificant share of the market in a relatively brief period of time. Canada Pipe, however, continued to have by far the largest market share. Importers had also succeeded in establishing themselves in the West. But both Vandem and the importers had achieved only limited market penetration.

[79] A final consideration is the state of the market. The market for cast iron DWV products is a mature market in the sense that there is not likely to be significant growth in the size of the market, which operates to discourage entry since growth potential is limited.

[80] The Tribunal concluded that Canada Pipe "can and does exercise market power in the three product markets and the six geographic regions" (Tribunal reasons, paragraph 161). In particular, the Tribunal found that Canada Pipe's ability to lower prices to meet competition indicated that prices in the areas where there was no competition were supra-competitive. As regards the indirect evidence of market power, the Tribunal found that Canada Pipe's "large market share, its range of products and national presence, the limited penetration of competitors and the fact that this market offers only limited growth potential are sufficient to

[77] Se fondant sur sa définition du marché de produit, le Tribunal a conclu que Tuyauteries Canada possédait une part écrasante du marché des produits en fonte, soit de 80 à 90 %. Cependant, la part de marché n'établit pas à elle seule l'existence d'une puissance commerciale en l'absence d'obstacles à l'entrée sur le marché en question. Le Tribunal a noté le caractère insuffisant de la preuve relative aux coûts irrécupérables comme obstacle à l'entrée. En particulier, l'importation des produits considérés n'exige pas d'installations importantes.

[78] Le Tribunal s'est demandé si le PDS en soi jouait le rôle d'un obstacle à l'entrée. L'émergence d'un autre fabricant de produits en fonte, Vandem, donnait à penser que le PDS n'était pas un réel obstacle à l'entrée. Cependant, l'entrée est une chose, la viabilité en est une autre. Le Tribunal ne disposait pas d'éléments tendant à établir la viabilité de Vandem, mais il disposait d'éléments prouvant qu'elle s'était appropriée une part non négligeable du marché en relativement peu de temps. Tuyauteries Canada, néanmoins, conservait la part de loin la plus importante du marché. De même, les importateurs avaient réussi à prendre pied dans l'Ouest. Mais Vandem aussi bien que les importateurs n'avaient accompli qu'une pénétration limitée du marché.

[79] Le dernier facteur pris en considération dans le cadre de l'approche indirecte était l'état du marché. Le marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte est un marché mûr, c'est-à-dire un marché qui n'a guère de chances de se développer sensiblement et désincite donc à l'entrée du fait des perspectives limitées qu'il offre aux investisseurs.

[80] Le Tribunal conclut au paragraphe 161 de l'exposé de ses motifs que Tuyauteries Canada « peut exercer, et exerce effectivement, un contrôle sur les trois marchés de produit et les six marchés géographiques ». Le Tribunal constate en particulier que la capacité de Tuyauteries Canada à baisser ses prix pour soutenir la concurrence atteste le caractère supraconcurrentiel des prix pratiqués dans les régions où la concurrence est absente. En ce qui a trait à la preuve indirecte relative à la puissance commerciale, le Tribunal conclut, toujours au paragraphe 161 de l'exposé de ses motifs, que « la part de marché considérable que [Tuyauteries Canada]

establish that [Canada Pipe] does control a substantial part of the cast iron DWV products market” (Tribunal reasons, paragraph 161).

[81] In the end result, the Tribunal found that the conditions of paragraph 79(1)(a) of the Act were satisfied.

STANDARD OF REVIEW

[82] Given that any challenge to the Tribunal’s conclusions must be assessed through the lens of the appropriate standard of review, I propose to deal with that question first.

[83] It was in the course of disposing of a competition law case, *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (*Southam*, S.C.C.), that the Supreme Court of Canada recognized the possibility of a standard of review other than the correct or the patently unreasonable decision, namely the reasonable decision. Given that this appeal raises many of the same questions as were raised in *Southam*, S.C.C., it seems to me that one can usefully refer to that case in undertaking the pragmatic and functional analysis with respect to this appeal.

[84] The Supreme Court noted at paragraphs 30 and 31 of its decision that there is a statutory right of appeal under the Act. In the same way, this case raises no issues of jurisdiction, save for one discreet argument by the Commissioner to the effect that since leave was not obtained to appeal questions of fact, this Court has no jurisdiction to consider an appeal on the question of the definition of the product and geographic markets because those determinations are findings of fact. That argument leads into the second question in the pragmatic and functional analysis, namely the nature of the question before the Court.

[85] In *Southam*, F.C.A., this Court held that the question of the analytical framework to be applied in

détient, l’éventail de ses produits, sa présence nationale, le caractère restreint de la pénétration de ses concurrents et le fait que le marché en question ne présente que des possibilités limitées de croissance suffisent à établir que [Tuyauteries Canada] contrôle effectivement une part substantielle du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte ».

[81] Le Tribunal a conclu en dernière analyse que les conditions de l’alinéa 79(1)a) de la Loi étaient remplies.

LA NORME DE CONTRÔLE

[82] Étant donné que toute contestation des conclusions du Tribunal doit être évaluée en fonction de la norme de contrôle applicable, qu’on me permette de commencer par l’examen de cette question.

[83] C’est dans le cadre d’une affaire mettant en jeu le droit de la concurrence, soit *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam/C.S.C.*), que la Cour suprême du Canada a établi la possibilité d’une norme de contrôle autre que celles de la décision correcte et de la décision manifestement déraisonnable, soit celle de la décision raisonnable. Étant donné que le présent appel soulève un bon nombre des mêmes questions que *Southam/C.S.C.*, il me semble utile de se référer à cette affaire dans l’analyse pragmatique et fonctionnelle qu’exige le présent appel.

[84] La Cour suprême notait aux paragraphes 30 et 31 de l’arrêt *Southam* que la Loi prévoit un droit d’appel. De même, la présente espèce ne soulève pas de questions de compétence, mis à part l’argument isolé avancé par la commissaire suivant lequel, l’autorisation d’appeler des conclusions sur des questions de fait n’ayant pas été accordée, notre Cour n’a pas compétence pour examiner en appel la question de la définition des marchés de produit et des marchés géographiques, au motif que les constatations y afférentes sont des conclusions de fait. Cet argument nous amène à la deuxième étape de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, soit l’examen de la nature de la question dont la Cour est saisie.

[85] Dans *Southam/C.A.F.*, notre Cour a conclu que la question du cadre d’analyse applicable à la définition

defining a product market was a question of law, and therefore a matter on which the Court owed no deference to the Tribunal's decision. Before the Supreme Court, the argument turned on whether the Tribunal had in fact properly applied the test for defining the product market. In *Southam*, S.C.C., the Supreme Court held that if the Tribunal erred, it was in the application of the law to the facts, a question of mixed fact and law. It was therefore entitled some deference on the part of the Court.

[86] The question as to whether Canada Pipe exercised market power is, it seems to me, a question of the same order. There is no particular dispute as to the nature of the factors to be considered; the disagreement is as to whether those factors were properly considered. In the circumstances, I conclude that both questions raised by the cross-appeal are questions of mixed law and fact.

[87] The next issue is the purpose of the statute administered by the Tribunal. The Supreme Court referred to the purpose clause found at section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] of the Act to conclude that the aims of the legislation are more economic than legal. Concepts like "the efficiency and adaptability of the Canadian economy" and the effect of foreign competition on Canadian companies are better understood by businessmen and economists than by judges. This is as true in this case as it was in *Southam*, S.C.C.

[88] This led the Court to consider the expertise of the Tribunal. The Court recognized the Tribunal's expertise in economics and commerce. The Court's review of the Tribunal's expertise in light of the problem which it had before it is particularly apposite to this case [*Southam*, S.C.C., at paragraph 52]:

The particular dispute in this case concerns the definition of the relevant product market—a matter that falls squarely within the area of the Tribunal's economic or commercial expertise. Undeniably, the determination of cross-elasticity of demand, which is in theory the truest indicium of the dimensions of a product market, requires some economic or

d'un marché de produit est une question de droit, sur laquelle, par conséquent, elle n'a pas à exercer de retenue judiciaire à l'égard de la décision du Tribunal. Devant la Cour suprême, il s'agissait de savoir si le Tribunal avait en fait appliqué correctement le critère afférent à la définition du marché de produit. Dans *Southam/C.S.C.*, la Cour suprême a conclu que si le Tribunal avait commis une erreur, c'était dans l'application du droit aux faits, qui constitue une question mixte de droit et de fait, de sorte qu'il avait droit à une certaine retenue de la part de la Cour.

[86] Le point de savoir si Tuyauteries Canada exerçait une puissance commerciale est, il me semble, une question du même ordre. La nature des facteurs à prendre en considération n'est pas contestée : le litige porte plutôt sur la question de savoir si ces facteurs ont été correctement pris en considération. Cela étant, je conclus que les deux questions que soulève l'appel incident sont des questions mixtes de droit et de fait.

[87] La question suivante est celle de l'objet de la loi que le Tribunal est chargé d'appliquer. La Cour suprême a conclu de l'examen de l'article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] de la Loi (qui en énonce l'objet) que les buts de celle-ci sont plutôt de nature économique que juridique. Les gens d'affaires et les économistes sont mieux placés que les juges pour comprendre des concepts tels que « l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne » et l'effet de la concurrence étrangère sur l'entreprise canadienne. Cela est aussi vrai dans la présente espèce que ce l'était dans *Southam/C.S.C.*

[88] La Cour suprême s'est ainsi trouvée amenée à étudier la question de l'expertise du Tribunal. Elle a reconnu l'expertise de ce dernier dans les domaines de l'économique et du commerce. Son examen de l'expertise du Tribunal à la lumière de la question dont elle était saisie est particulièrement pertinent au regard de la présente espèce [*Southam/C.S.C.*, au paragraphe 52] :

Dans le présent pourvoi, le point particulier en litige concerne la définition du marché pertinent pour ce qui est du produit—question qui relève nettement de l'expertise du Tribunal en matière économique et commerciale. Il est indéniable que pour déterminer l'élasticité croisée de la demande, qui est en théorie l'indice le plus juste des

statistical skill. But even an assessment of indirect evidence of substitutability, such as evidence that two kinds of products are functionally interchangeable, needs a variety of discernment that has more to do with business experience than with legal training. Someone with experience in business will be better able to predict likely consumer behaviour than a judge will be. What is more, indirect evidence is useful only as a surrogate for cross-elasticity of demand, so that what is required in the end is an assessment of the economic significance of the evidence; and to this task an economist is almost by definition better suited than is a judge.

The problem before this Court is exactly the same problem as was before the Court in *Southam*, S.C.C. I have little difficulty in coming to the same conclusion as the Supreme Court did on this issue, which is that the Tribunal is better equipped to decide such questions than are the courts.

[89] Having reviewed these factors, the Supreme Court found that they called for a standard less deferential than the patently unreasonable decision but more deferential than correctness. This led it to conclude that the standard of review of a decision of the Competition Tribunal on the issue of market definition was reasonableness. In my view, that conclusion applies equally well to this case in so far as the issue of market definition is concerned. The question of market power raises the same kinds of issues as does the question of market definition and leads to the same conclusion with respect to the standard of review.

[90] I therefore conclude that the standard of review of the Tribunal's decision with respect to the issues raised in this cross-appeal is that of the reasonable decision.

ANALYSIS OF CANADA PIPE'S GROUNDS OF APPEAL

[91] Canada Pipe's position on the issue of product market definition is that the relevant product market

dimensions du marché d'un produit, il faut certaines connaissances en économie ou en statistique. Toutefois, même l'appréciation de la preuve indirecte du caractère substitutif, par exemple la preuve que deux types de produit sont fonctionnellement interchangeables, exige une capacité de discernement participant davantage de l'expérience des affaires que de la formation juridique. Des gens d'affaires expérimentés sont plus aptes qu'un juge à prédire le comportement probable des consommateurs. Qui plus est, la preuve indirecte n'est utile qu'en tant que facteur de remplacement de l'élasticité croisée de la demande, de sorte que ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c'est l'appréciation de l'importance de la preuve sur le plan économique, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu'un juge.

Le problème dont notre Cour est saisie est exactement le même que celui que la Cour suprême avait à résoudre dans *Southam/C.S.C.* Je n'hésite pas à formuler ici la même conclusion que la Cour suprême a formulée sur cette question, à savoir que le Tribunal de la concurrence est mieux placé que les tribunaux judiciaires pour trancher les questions de cette nature.

[89] Ayant examiné ces facteurs, la Cour suprême a constaté qu'ils appelaient l'application d'une norme comportant moins de retenue que celle de la décision manifestement déraisonnable, mais plus que celle de la décision correcte. Elle s'est ainsi trouvée amenée à conclure que la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal de la concurrence sur la question de la définition du marché est celle de la décision raisonnable. À mon sens, cette conclusion s'applique tout autant à la présente espèce, pour ce qui concerne la question de la définition du marché. Le problème de la puissance commerciale soulève le même genre de questions que celui de la définition du marché et mène à la même conclusion en ce qui a trait à la norme de contrôle.

[90] Je conclus par conséquent que la norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal concernant les questions soulevées dans le présent appel incident est la norme de la décision raisonnable.

ANALYSE DES MOYENS D'APPEL DE TUYAUTERIES CANADA

[91] La thèse de Tuyauteries Canada sur la question de la définition du marché de produit est que le marché

includes competing DWV products made from a variety of materials. In support of its position, it refers to a number of discrete arguments which I reproduce below in a summary way:

(a) the Tribunal ignored its own conclusion that there was competition between cast iron products and those made of other materials in all applications except vertical shafts in highrise buildings;

(b) the Tribunal ignored evidence that manufacturers market their products by comparing products made of different materials to each other;

(c) the Tribunal erred in requiring complete overlap in the applications in which competing DWV products can be used;

(d) the Tribunal failed to quantify the extent of the use of cast iron pipe in vertical shafts in highrise buildings in order to determine if it was material to the issue;

(e) the Tribunal failed to consider whether Canada Pipe is able to price discriminate based upon end use in applications for which it has no substitute; and

(f) the Tribunal ignored evidence of price relationships between cast iron and other materials.

[92] As noted earlier, the issue with respect to market definition is whether products are close substitutes for each other. All are agreed that there was no direct evidence on that issue. Consequently, the Tribunal proceeded on the basis of the indirect evidence of close substitutability. In *Southam, S.C.C.*, the Court noted that the Tribunal considered the following as *indicia* of close substitutes (at paragraph 16):

Accordingly, the members determined that recourse should be had to "indirect evidence" of substitutability. Indirect *indicia*

de produit pertinent comprend les produits d'évacuation et de ventilation concurrents faits de toutes sortes de matières. Elle avance à l'appui de cette thèse un certain nombre d'arguments distincts que je résumerais comme suit :

a) le Tribunal n'a pas tenu compte de sa propre conclusion qu'il y avait concurrence entre les produits en fonte et ceux faits d'autres matières dans toutes les applications sauf les gaines verticales des bâtiments élevés;

b) le Tribunal n'a pas tenu compte des éléments de preuve établissant que les fabricants commercialisent leurs produits en comparant les uns avec les autres les produits faits de matières différentes;

c) le Tribunal a commis une erreur en estimant nécessaire une coïncidence complète des applications dans lesquelles les produits d'évacuation et de ventilation concurrents peuvent être utilisés;

d) le Tribunal n'a pas quantifié l'importance de l'utilisation des tuyaux de fonte dans les gaines verticales des bâtiments élevés afin de déterminer s'il s'agissait d'un fait substantiel dans le cadre du litige;

e) le Tribunal n'a pas pris en considération le point de savoir si Tuyauteries Canada est capable de pratiquer une différenciation des prix fondée sur l'utilisation finale dans les applications pour lesquelles les produits en fonte n'ont pas de substituts;

f) le Tribunal n'a pas tenu compte de la preuve touchant les corrélations des prix des produits en fonte et des produits faits d'autres matières.

[92] Comme on l'a vu plus haut, la question à se poser pour la définition du marché est celle de savoir si les produits sont de proches substituts l'un de l'autre. Tous sont d'accord pour constater l'absence de preuve directe sur cette question. Par conséquent, le Tribunal a fondé son analyse sur la preuve indirecte relative à la substituabilité. Dans *Southam/C.S.C.*, la Cour a fait observer que le Tribunal avait examiné les éléments suivants comme indices du caractère substitutif (au paragraphe 16) :

En conséquence, les membres du Tribunal ont décidé qu'il fallait recourir à la « preuve indirecte » du caractère

of substitutability include (at p. 179) “the physical characteristics of the products, the uses to which the products are put, and whatever evidence there is about the behaviour of buyers that casts light on their willingness to switch from one product to another in response to changes in relative prices”. Also relevant are “[t]he views of industry participants about what products and which firms they regard as actual and prospective competitors”.

[93] At page 630 of the Court’s reasons in *Southam*, F.C.A., the Competition Bureau’s Enforcement Guidelines were quoted at length and were incorporated into the Court’s analysis. I do not propose to reproduce them here due to their length but I note that they identify the following as indications that products are close substitutes: Views, strategies, behaviour and identity of buyers; trade views, strategies and behaviour; end use, physical and technical characteristics. These are the very criteria which the Tribunal applied in this case.

[94] The Enforcement Guidelines are not binding on this Court, but they are an indication of the Competition Bureau’s views as to the factors to be considered. Given the Competition Bureau’s role in the enforcement of the legislation, the Enforcement Guidelines are an element to be taken into account in the interpretation of the legislative requirements. The ultimate question is always one for the Court, but it may find some assistance in the Competition Bureau’s views.

[95] If these are the appropriate factors to take into account in deciding whether products are close substitutes, then the weight to be assigned to those factors is a matter for the Tribunal. The parties, or this Court, might assign them more, or less, weight than did the Tribunal but in the end, it is the Tribunal’s assessment which is to prevail. In this case, the Tribunal acknowledged that there was competition between DWV products made from different materials but discounted this apparent competition because it found it had no effect on prices (Tribunal reasons, paragraph 101). It treated the evidence of comparison marketing between products made from different materials in the same way (Tribunal reasons, paragraph 98).

substitutif, et mentionné (à la p. 179), comme indices indirects du caractère substitutif, [TRADUCTION] « les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d’un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs ». « L’opinion des participants de l’industrie sur les produits et les firmes qu’ils considèrent comme étant leurs concurrents réels et potentiels » est aussi un facteur pertinent.

[93] À la page 630 de l’exposé de ses motifs, la Cour dans *Southam/C.A.F.* a cité de longs passages des Lignes directrices du Bureau de la concurrence, qu’elle a incorporés dans son analyse. Je ne les reproduirai pas ici, étant donné leur longueur, mais je note qu’ils énumèrent les facteurs suivants comme indicateurs de substituabilité : les opinions, les stratégies, le comportement et l’identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l’utilisation finale; et les caractéristiques physiques et techniques. Ce sont là les critères mêmes que le Tribunal a appliqués dans la présente affaire.

[94] Les Lignes directrices ne sont pas contraignantes pour notre Cour, mais elles donnent une idée du point de vue du Bureau de la concurrence sur les facteurs à prendre en considération. Étant donné le rôle que joue ce dernier dans l’exécution de la Loi, les Lignes directrices sont un élément dont il faut tenir compte dans l’interprétation des prescriptions législatives. C’est toujours à la Cour qu’il appartient de décider en fin de compte, mais les opinions du Bureau de la concurrence peuvent l’aider dans cette tâche.

[95] Si ce sont là les facteurs qu’il convient de prendre en considération pour décider si les produits sont ou non de proches substituts, le poids à leur attribuer est une question qui relève du Tribunal. Les parties, ou notre Cour, peuvent leur assigner plus ou moins de poids que ne l’a fait le Tribunal, mais en définitive, c’est l’appréciation de ce dernier qui doit l’emporter. Dans la présente espèce, le Tribunal a reconnu qu’il y avait concurrence entre les produits d’évacuation et de ventilation faits de matières différentes, mais il a écarté cette concurrence manifeste au motif qu’elle n’avait pas d’effet sur les prix (paragraphe 101 de l’exposé des motifs du Tribunal). Il a analysé de la même manière la preuve relative au marketing comparatif des produits faits de matières

[96] The Tribunal did not misapprehend the evidence when it noted that, for all practical purposes, cast iron is the only product to be used in vertical shafts in highrise buildings. The weight to be assigned to that evidence is a matter for the Tribunal. The fact that there was no quantitative evidence in support of that conclusion does not detract from the Tribunal's ability to take it into account.

[97] The fact that price discrimination by end-use may be evidence of different markets (as set out in paragraphs 148-150 of Canada Pipe's memorandum) does not mean that the opposite is true, namely that the inability to price discriminate according to end use indicates a common market.

[98] It is true that the Tribunal did not consider evidence of price relationships between cast iron and other products; it is not true to say that it ignored such evidence since even Canada Pipe agrees that there was no such evidence before the Tribunal (see Canada Pipe's memorandum of fact and law). The Tribunal cannot ignore what is not before it. The Tribunal did attach considerable significance to the fact that the price of cast iron products dropped in the presence of competition from cast iron products but that it remained high when there were no other cast iron suppliers in a given geographic market.

[99] As Iacobucci J. pointed out in *Southam, S.C.C.*, "the weighing of criteria in a balancing test must be largely a matter of discretion. The very purpose of a multi-factored test, such as the one that the Tribunal used to determine the dimensions of the relevant product market, is to permit triers of fact to do justice in diverse particular cases" (paragraph 66). The Tribunal exercised its discretion in the weighing of the various factors which it considered and defined the product market accordingly. Having regard to the evidence and to its reasons, I cannot say that its conclusion was

différentes (paragraphe 98 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[96] Le Tribunal n'a pas commis une erreur d'appréciation de la preuve lorsqu'il a noté que, en pratique, on n'utilise que les produits en fonte dans les gaines verticales des bâtiments élevés. C'est au Tribunal qu'il appartient de décider le poids à attribuer à ces éléments de preuve. L'absence de preuve quantitative à l'appui de cette conclusion n'interdit en rien au Tribunal de la prendre en compte.

[97] Le fait que la différenciation des prix selon l'utilisation finale puisse tendre à établir l'existence de marchés différents (comme le soutient Tuyauteries Canada aux paragraphes 148 à 150 de son mémoire) ne signifie pas que l'inverse soit vrai, c'est-à-dire que l'incapacité à différencier les prix selon l'utilisation finale indique l'existence d'un marché commun.

[98] Il est vrai que le Tribunal n'a pas pris en considération d'éléments de preuve relatifs à la corrélation des prix entre les produits en fonte et les autres produits, mais il n'est pas vrai qu'il ait refusé de tenir compte de tels éléments, puisque même Tuyauteries Canada reconnaît qu'il n'en a pas été produit devant lui (voir l'exposé des faits et du droit de Tuyauteries Canada). On ne peut dire que le Tribunal ait refusé de tenir compte de ce qui ne lui a pas été présenté. Le Tribunal a cependant accordé une importance considérable au fait que les prix des produits en fonte de Tuyauteries Canada baissaient là où ils se trouvaient en concurrence avec d'autres produits en fonte, mais restaient élevés sur les marchés géographiques où n'opéraient pas d'autres fournisseurs de tels produits.

[99] Je reprends ici à mon compte les observations formulées par le juge Iacobucci au paragraphe 66 de *Southam/C.S.C.* : « l'appréciation des divers éléments d'un critère de pondération doit, dans une large mesure, être laissée au pouvoir discrétionnaire du décideur. L'objet même d'un critère comportant de multiples facteurs, tel celui qu'a utilisé le Tribunal pour déterminer les dimensions du marché pertinent pour ce qui est du produit, est de permettre au juge des faits de rendre justice dans des situations de fait particulières. » Le Tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire dans

unreasonable.

[100] The Tribunal's conclusions with respect to market power is another matter.

[101] Section 79 of the Act provides as follows:

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

[102] The expression "market power" does not appear in section 79. What does appear is the requirement that a person "substantially or completely control . . . a class or species of business." The use of market power as a proxy for the element of control is one which has been developed in the jurisprudence, both that of the Tribunal and of this Court.

[103] That position is expressed with admirable concision in the Enforcement Guidelines:

3.2.1(d) "Substantially or completely control"? Market Power.

Once the universe of existing competitors is delineated, it is necessary to assess the extent to which these rivals constrain any market power that the dominant firm(s) might otherwise possess. The Bureau considers control to be synonymous with market power, where market power is the ability to profitably set prices above competitive levels for a considerable period of time.

The same idea appears frequently in the Tribunal jurisprudence (*Tele-Direct*, at pages 33-34):

l'appréciation des divers facteurs qu'il a pris en considération et il a défini le marché de produit en conséquence. Vu la preuve et les motifs du Tribunal, je ne puis dire que sa conclusion soit déraisonnable.

[100] Mais il n'en va pas de même des conclusions du Tribunal touchant la puissance commerciale.

[101] L'article 79 de la Loi porte les dispositions suivantes :

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

[102] L'expression « puissance commerciale » n'apparaît pas dans l'article 79. Ce qu'on y trouve, c'est la condition suivant laquelle une personne doit « contrôle[r] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises ». C'est la jurisprudence, celle du Tribunal aussi bien que celle de notre Cour, qui a fait de la puissance commerciale un indicateur de remplacement du contrôle.

[103] Cette idée est exprimée avec une admirable concision dans les Lignes directrices :

3.2.1d) « Contrôlent sensiblement ou complètement »? Puissance commerciale

Une fois que l'univers des concurrents est délimité, il est nécessaire de chercher à savoir jusqu'à quel point ces rivaux restreignent la puissance commerciale que l'entreprise ou les entreprises dominantes pourraient par ailleurs exercer. Le Bureau donne au mot « contrôlent » le sens d'exercer une puissance commerciale, ladite puissance étant la capacité de fixer de façon rentable les prix au-delà des niveaux concurrentiels pendant une période prolongée.

La même idée apparaît souvent dans la jurisprudence du Tribunal (*Télé-Direct*, au paragraphe 71) :

A necessary first step in deciding this case is to define the relevant market. This must be done for purposes of section 79 in order to determine if Tele-Direct, as alleged by the Director, “substantially or completely control[s] throughout Canada or any area thereof, a class or species of business”. The Tribunal decided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* ((1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] C.C.T.D. No. 20 (QL) (Comp. Trib.)), that “class or species of business” means product market and “control” means market power. The remaining phrase, “throughout Canada or any area thereof”, refers to the geographic market. Therefore, in order for section 79 to apply, the Tribunal must first conclude that Tele-Direct has market power

(*NutraSweet*, at page 28)

The respondent’s view is that “control” is most meaningfully treated as synonymous with “market power”. Market power is generally accepted to mean an ability to set prices above competitive levels for a considerable period. While this is a valid conceptual approach, it is not one that can readily be applied; one must ordinarily look to indicators of market power such as market share and entry barriers. The specific factors that need to be considered in evaluating control or market power will vary from case to case.

The tribunal is persuaded that the respondent’s position is in keeping with the logic of the section and the Act.

[104] The same theme is found in the Tribunal’s decision in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289, at page 325:

In deciding whether a firm has substantial or complete control of a market, one asks whether the firm has market power in the economic sense. Market power in the economic sense is the power to maintain prices above the competitive level without losing so many sales that the higher price is not profitable. It is the ability to earn supra-normal profits by reducing output and charging more than the competitive price for a product. As was said in the *NutraSweet* decision *supra* (at p. 28): “Market power is generally accepted to mean an ability to set prices above competitive levels for a considerable period.” [Emphasis added.]

La définition du marché pertinent est la première étape obligée de la résolution de la présente affaire. Cette définition, pour les fins de l’article 79, a pour objet de déterminer si Télé-Direct « contrôle [] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions », ainsi que le déclare le directeur. Le Tribunal a statué, dans l’affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd.* ((1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] D.T.C.C. n° 20 (QL) (Trib. conc.)), que par les mots « catégorie ou espèce d’entreprises » on entendait le marché du produit et par le mot « contrôlent », la puissance commerciale. Le reste de la disposition « à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions » renvoie au marché géographique. Il faut donc, pour que l’article 79 s’applique, que le Tribunal conclue, premièrement, que Télé-Direct exerce une puissance commerciale.

(*NutraSweet*, à la page 54)

Pour sa part, la défenderesse estime que le « contrôle » est plutôt synonyme de « puissance commerciale », que l’on interprète généralement comme signifiant la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période. Cette approche théorique est valable, mais elle n’est pas facilement applicable; il faut habituellement tenir compte des indicateurs de la puissance commerciale, comme la part du marché et les obstacles posés à l’accès au marché. Les facteurs particuliers qui devront être pris en compte pour évaluer le contrôle ou la puissance commerciale varieront dans chaque cas.

Le Tribunal est persuadé que la situation de la défenderesse est conforme à l’esprit de l’article et de l’ensemble de la Loi.

[104] On retrouve le même thème dans une autre décision du Tribunal, à savoir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002, à la page 72 :

Afin de déterminer si une entreprise exerce un contrôle sensible ou complet dans un marché, il faut se demander si l’entreprise justifie, au plan économique, d’une puissance commerciale. Dans une perspective économique, puissance commerciale s’entend de la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels sans toutefois que cela ne se répercute sur ses ventes et ainsi rende la pratique d’un tel prix non rentable pour l’entreprise. Il s’agit de la capacité de réaliser des superprofits en réduisant la production et en exigeant un prix plus élevé que le prix concurrentiel pour un produit. Tel qu’indiqué par le Tribunal dans la décision qu’il a rendue dans l’affaire *NutraSweet* : « [. . .] “puissance commerciale” [. . .] [est interprétée] généralement comme signifiant la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période ». [Soulignement ajouté.]

This Court has not been previously called upon to consider this question. It has addressed the question of market power, but in the context of the review of a transaction likely to substantially lessen competition. Market power was defined as follows in *Southam*, F.C.A. (at page 608):

It is universally accepted that a merger must be examined in terms of its likely effect on competition within a relevant market. The central concern is with respect to exercise of market power by a single dominant firm or a group of firms acting collectively. In turn, market power is recognized as the ability to profitably raise prices above competitive levels without losing a significant portion of business to rival firms or firms that may become rivals as a result of the price increase: . . . [Emphasis added.]

[105] Finally, the Supreme Court of Canada considered the question of market power in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, a case involving a prosecution under the *Combines Investigations Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] (repealed) the precursor of the Act. Speaking of market power in relation to conspiracies to lessen competition, the Court described market power as the “ability to behave relatively independently of the market”(page 653). However, the Court went on to say that in the case of the abuse of dominance provisions, market power meant control and not simply the ability to behave independently of the market. This simply reflects the language of paragraph 79(1)(a) and its precursor, paragraph 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*. The Supreme Court’s comments simply confirm the Tribunal’s position with respect to market power as the test for control.

[106] In this case, the Tribunal defined market power as [at paragraph 122] “the ability to set prices above competitive levels for a considerable period,” a definition that is entirely consistent with the jurisprudence.

[107] While there appears to be broad agreement as to the use of market power as a proxy for control of the

C’est la première fois que notre Cour est appelée à examiner ce point. Elle a déjà étudié la question de la puissance commerciale, mais dans le contexte de l’examen d’une transaction devant vraisemblablement diminuer sensiblement la concurrence. Elle définissait comme suit la puissance commerciale dans *Southam*/C.A.F. (à la page 608) :

Il est accepté par tous qu’un fusionnement doit être examiné sous l’angle de son effet probable sur la concurrence dans un marché pertinent. La préoccupation centrale réside dans l’exercice d’une puissance commerciale par une entreprise dominante ou un groupe d’entreprises qui agissent de concert. On entend par puissance commerciale la capacité d’imposer avec profit une augmentation de prix à des niveaux plus élevés que le niveau concurrentiel sans perdre une partie importante de la clientèle aux mains d’entreprises qui sont des concurrents ou peuvent le devenir par suite de l’augmentation de prix [. . .] [Soulignement ajouté.]

[105] Enfin, la Cour suprême du Canada a examiné la question de la puissance commerciale dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, une affaire de poursuite sous le régime de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23] (abrogée), qui a précédé la Loi. S’exprimant dans le contexte des complots en vue de réduire la concurrence, la Cour suprême définit la puissance commerciale, à la page 653 de cet arrêt, comme étant « la capacité d’agir de manière assez indépendante du marché ». Elle ajoute cependant que, sous le régime des dispositions relatives à l’abus de position dominante, la puissance commerciale signifie le contrôle et non pas simplement la capacité d’agir de manière indépendante du marché. Cette observation reflète simplement le libellé de l’alinéa 79(1)a) et de la disposition qui l’a précédé, soit l’alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La Cour suprême ne fait ainsi que confirmer la position du Tribunal selon laquelle la puissance commerciale est le critère applicable pour établir s’il y a contrôle du marché.

[106] Dans la présente affaire, le Tribunal a défini la puissance commerciale comme étant [au paragraphe 122] « la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période », définition tout à fait conforme à la jurisprudence.

[107] Si l’on paraît s’accorder en général sur l’utilisation de la puissance commerciale comme facteur

market, there is some difference of opinion as to how that factor is to be proved. In the passage cited above from the *NutraSweet* decision, the Tribunal indicates that some regard must be had for market share and barriers to entry. These are regarded as indirect proof of market power. But where direct evidence of market power is available, it should be considered (*Tele-Direct*, at pages 82 and 83):

. . . , the Tribunal also recognized that where the available evidence does not allow the definition of market power to be applied directly, it is necessary to look to indicators of market power, such as market share and barriers to entry. (*NutraSweet*, *supra*, footnote 3; *Laidlaw*, *supra*, footnote 24; *D & B*, *supra*.)

The Tribunal has never ruled out the possibility, however, that direct indicators of market power might be available as evidence in an appropriate case. Direct indicators of market power relate to the performance of the firm or firms in question or to their behaviour. The broad question that is posed is whether the observed performance results (e.g., profits) or observed patterns of conduct (e.g., pricing policy) are more likely to be associated with a firm or firms that are competitive or with those that have market power. While there are difficulties in applying direct indicators of market power, if the evidence is available this avenue should not be excluded.

As will be seen, this is a case in which the direct evidence is available and, in my view, determinative.

[108] Canada Pipe's attack on the Tribunal's conclusions with respect to market power can be summarized as follows:

1- The Tribunal incorrectly relied upon evidence of high margins.

2- The Tribunal incorrectly relied upon Canada Pipe's ability to lower prices.

de remplacement du contrôle du marché, les opinions divergent sur la manière dont l'existence d'une puissance commerciale doit être prouvée. Dans le passage de *NutraSweet* cité ci-dessus, le Tribunal fait observer qu'il convient de prendre en compte dans une certaine mesure la part de marché et les obstacles à l'entrée, facteurs qu'il considère comme des éléments de preuve indirecte touchant l'existence d'une puissance commerciale. Mais cela n'empêche pas qu'on doive tenir compte des éléments de preuve directe concernant la puissance commerciale dans les cas où l'on dispose de tels éléments (*Télé-Direct*, aux paragraphes 226 et 227) :

[. . .] le Tribunal a aussi reconnu que, lorsque les éléments de preuve soumis ne permettent pas de déterminer directement l'existence d'une puissance commerciale, il est nécessaire d'examiner des indicateurs de puissance commerciale, par exemple, la part de marché et les entraves à l'accès. (*NutraSweet*, *supra*, note 4; *Laidlaw*, *supra*, note 33; *D & B*, *supra*.)

Toutefois, le Tribunal n'a jamais écarté la possibilité que des indicateurs directs de puissance commerciale ne soient soumis dans les éléments de preuve ayant rapport à une affaire. Les indicateurs directs de la puissance commerciale ont rapport aux résultats obtenus par l'entreprise ou les entreprises en question ou à leur comportement. De façon générale, il s'agit d'établir si les résultats (par exemple, les bénéfices) ou le comportement (par exemple, la politique d'établissement des prix) observés sont ceux qui caractérisent plus vraisemblablement l'entreprise ou les entreprises qui sont en concurrence ou celles qui exercent une puissance commerciale. S'il est difficile d'utiliser des indicateurs directs de la puissance commerciale, cette façon de procéder ne doit pas être écartée lorsque existent les éléments de preuve nécessaires.

Comme on le verra plus loin, nous avons ici affaire à un cas où l'on dispose d'éléments de preuve directe, lesquels sont, à mon avis, déterminants.

[108] Les moyens que Tuyauteries Canada fait valoir contre les conclusions du Tribunal touchant la puissance commerciale peuvent être résumés comme suit :

1- Le Tribunal a commis une erreur en se fondant sur la preuve relative au niveau élevé des marges.

2- Le Tribunal a commis une erreur en se fondant sur la capacité de Tuyauteries Canada à réduire ses prix.

3- The Tribunal erred in finding market power without conclusive evidence of barriers to entry.

[109] It is true that the Tribunal was critical of the evidence of high margins put forward by the Commissioner's expert, Dr. Ross, as can be seen from the following paragraph in the Tribunal's reasons (at paragraph 129):

When looking at the summary of gross profits margins, the numbers seem high, though negative in some cases, as stated above. Dr. Ross himself, in his report, cautions the reader as to the interpretation of these figures. Dr. Ross made his calculations based on limited data provided by [Canada Pipe], but cannot say how those costs were established by [Canada Pipe] nor what they include. Moreover, he adds, even high margins do not necessarily lead to a conclusion of high economic profits, because the extra revenues (beyond marginal costs) might be necessary to cover fixed costs. Further, the Tribunal has no data on [Canada Pipe's] ratio of fixed costs to variable costs.

It is also true that the Tribunal appears to have given this evidence some credit in that it relies upon it to conclude that in two of the product markets, Canada Pipe is pricing above marginal cost. The two markets in question are the markets for pipe and fittings (Tribunal reasons, paragraph 124).

[110] Looking at the evidence of high margins, I may not have come to the same conclusion as did the Tribunal. But as Iacobucci J. said in *Southam*, S.C.C. (at paragraph 79):

It is possible that if I were deciding this case *de novo*, I might not dismiss so readily as the Tribunal did what is admittedly weighty evidence of inter-industry competition. In my view, it is very revealing that Southam's own expert, an American newspaper consultant, identified the community newspapers as the source of Southam's difficulties in the Lower Mainland. To find, in the face of such evidence, that the daily newspapers and the community newspapers are not

3- Le Tribunal a commis une erreur en constatant l'existence d'une puissance commerciale sans disposer d'éléments établissant de manière concluante l'existence d'obstacles à l'entrée.

[109] Il est vrai que le Tribunal a émis des réserves sur les éléments avancés par l'expert de la commissaire, M. Ross, en vue d'établir l'existence de marges élevées, comme le montre le paragraphe suivant de l'exposé de ses motifs (au paragraphe 129) :

À l'examen de l'état abrégé des marges bénéficiaires brutes, les chiffres semblent élevés, encore qu'ils soient négatifs dans certains cas, comme nous le disions précédemment. M. Ross lui-même, dans son rapport, invite le lecteur à la prudence dans l'interprétation de ces chiffres. Il a effectué ses calculs en se fondant sur des données limitées communiquées par [Tuyauteries Canada], mais ne peut dire comment cette dernière a établi ces coûts ni ce qu'ils recouvrent exactement. En outre, il ajoute que même le niveau élevé des marges ne mène pas nécessairement à la conclusion que les profits économiques soient élevés, parce que l'excédent des produits d'exploitation (sur les coûts marginaux) pourrait se révéler nécessaire pour couvrir les coûts fixes. Qui plus est, le Tribunal ne dispose pas de données sur le ratio des coûts fixes aux coûts variables de [Tuyauteries Canada].

Mais il n'est pas moins vrai que le Tribunal paraît avoir ajouté foi dans une certaine mesure à ces éléments de preuve puisqu'il se fonde sur eux pour conclure que Tuyauteries Canada fixe des prix supérieurs à ses coûts marginaux sur deux des marchés de produit, soit ceux des tuyaux et des raccords (paragraphe 124 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[110] Mon propre examen des éléments de preuve relatifs au niveau élevé des marges ne m'aurait peut-être pas mené à la même conclusion que celle du Tribunal. Mais je reprends ici à mon compte les observations formulées par le juge Iacobucci dans *Southam*/C.S.C. (au paragraphe 79) :

Peut-être que si je statuais sur cette affaire *de novo*, je n'écarterais pas aussi facilement que l'a fait le Tribunal la preuve de la concurrence interindustrielle qui, reconnaît-on, a un poids considérable. À mon avis, il est très révélateur que la propre experte de Southam, une experte-conseil américaine de l'industrie des journaux, a indiqué que les journaux communautaires étaient la source des difficultés de Southam dans le Lower Mainland. Conclure, au vu d'une telle preuve,

competitors is perhaps unusual. In that sense, the Tribunal's finding is difficult to accept. However, it is not unreasonable. The Tribunal explained that, in its view, Southam was mistaken about who its competitors were; and though I may not consider that reason compelling, I cannot say that it is not a reason for which there is a logical and evidentiary underpinning. More generally, I notice that the Tribunal seems to have been preoccupied with the definition of the relevant market. It is possible that the members may occasionally have lost sight of the ultimate inquiry, which is whether the acquisition of the community newspapers by Southam substantially lessened competition. But again, I cannot say that the Tribunal's approach was unreasonable.

[111] Faulty as the evidence of high margins appears to be, it was for the Tribunal to assess it. The fact that I may have come to a different conclusion does not make its conclusion unreasonable.

[112] The more compelling argument against Canada Pipe's possession of market power in all 18 markets identified by the Tribunal is its reaction to the emergence of competitive suppliers. The Commissioner relied on the evidence of price reductions in response to competition to argue that the ability to reduce prices indicated that they were above competitive levels to begin with. But if prices have become competitive as a result of the emergence of competing suppliers, the significance of non-competitive prices at an earlier point in time is not obvious.

[113] Since market power is defined in terms of price, the best evidence of market power is a supplier's pricing following changes in the market. One would think that a supplier who is able to maintain prices above competitive levels (however defined) would be impervious to the emergence of competing suppliers. How did Canada Pipe react to the emergence of competing suppliers of cast iron DWV products (Tribunal reasons, at paragraph 97)?

que les quotidiens et les journaux communautaires ne sont pas concurrents est peut-être étrange. En ce sens, la conclusion du Tribunal est difficile à accepter. Toutefois, elle n'est pas déraisonnable. Le Tribunal a expliqué que, à son avis, Southam se trompait au sujet de l'identité de ses concurrents; et, bien que je ne trouve pas ce motif convaincant, je ne peux affirmer qu'il est dénué de logique et sans fondement dans la preuve. De façon plus générale, je remarque que le Tribunal semble avoir été préoccupé par la définition du marché pertinent. Il est possible que ses membres aient, à l'occasion, perdu de vue la question ultime, c'est-à-dire celle de savoir si l'acquisition des journaux communautaires par Southam diminuait sensiblement la concurrence. Ici aussi, il m'est impossible d'affirmer que l'approche du Tribunal était déraisonnable.

[111] Si défectueuse que paraisse la preuve relative au niveau élevé des marges, c'est au Tribunal qu'il appartenait de l'évaluer. Le fait que je serais peut-être arrivé à une conclusion différente ne rend pas la sienne déraisonnable.

[112] L'argument le plus convaincant contre la thèse que Tuyauteries Canada posséderait une puissance commerciale sur l'ensemble des 18 marchés définis par le Tribunal est la réaction de cette entreprise à l'émergence de fournisseurs concurrents. La commissaire s'est fondée sur des éléments établissant que Tuyauteries Canada avait réduit ses prix en réaction à la concurrence pour soutenir que cette capacité à baisser les prix indiquait que ceux-ci avaient été d'abord supraconcurrentiels. Mais si les prix sont devenus concurrentiels par suite de l'émergence de fournisseurs concurrents, on ne voit pas très bien la pertinence du fait qu'ils aient été antérieurement non concurrentiels.

[113] Comme la puissance commerciale se définit sur la base des prix, la meilleure preuve de l'existence d'une telle puissance est le niveau des prix que demande le fournisseur à la suite de changements dans le marché. On aurait tendance à penser qu'un fournisseur capable de maintenir des prix supraconcurrentiels (quelque définition qu'on en donne) serait indifférent à l'émergence de concurrents. Or, comment Tuyauteries Canada a-t-elle réagi à l'émergence de fournisseurs concurrents de produits d'évacuation et de ventilation en fonte (exposé des motifs du Tribunal, au paragraphe 97)?

The evidence shows clearly that Bibby [Canada Pipe] has reacted to the entry of new cast iron suppliers, whether manufacturer (Vandem) or imports (Sierra, New Centurion) by aggressively lowering its prices. In Quebec and the Maritimes, where no such competition exists, prices have increased since 1998. Although it is shown that Bibby [Canada Pipe] monitors the prices for plastic DWV products, there is no evidence of the prices of plastic products having a disciplinary effect on the price of the cast iron products.

If Canada Pipe's prices were supra-competitive in the absence of competition, they became competitive when new suppliers of cast iron products emerged. What was the effect of these price reductions (Tribunal reasons, at paragraph 127)?

The evidence on profit margins in the present case is not as clear as it was in *Tele-Direct*. Whereas in the latter case Tele-Direct was able to consistently pay 40 percent of its revenues to the telephone companies, in this case margins vary from one region to the next. They are consistently high in Quebec and the Maritimes, but dip in other regions, to the point of being negative for considerable periods of time in Alberta, the Prairies and British Columbia.

[114] In my view, this passage documents the Tribunal's acceptance of the fact that in some markets, margins were not high, though they were in others. It also shows that the Tribunal ultimately accepted that Canada Pipe's price reductions, in those regions where they occurred, were the result of competition from new suppliers (Tribunal reasons, at paragraph 136):

Notwithstanding the statistical debate between the two experts, the fact remains that prices in the West are significantly lower than prices in the East, and the obvious explanation, confirmed by witnesses appearing before the Tribunal, is the presence of imports. Prices for Bibby [Canada Pipe] products are lower in British Columbia than in Quebec, yet the products are manufactured in Quebec, and the cost of transport has to be added to the cost of production for items sold in British Columbia. The Tribunal is therefore satisfied, from consideration of the price differentials, particularly in British Columbia and Alberta, that imports have had an impact on prices of cast iron DWV products. Similarly, the Tribunal is satisfied that Vandem's entry in Ontario has

La preuve montre à l'évidence qu'elle [Tuyauteries Canada] a réagi à l'entrée de nouveaux fournisseurs de produits en fonte—qu'il s'agisse du fabricant Vandem ou des importateurs Sierra et New Centurion—par une stratégie offensive de réduction de ses prix. Or, au Québec et dans les Maritimes, où une telle concurrence n'existe pas, les prix ont augmenté depuis 1998. S'il a été établi que Bibby [Tuyauteries Canada] surveille l'évolution des prix des produits d'évacuation et de ventilation en plastique, aucun élément ne tend à prouver que les prix de ceux-ci auraient pour effet de discipliner les prix des produits en fonte.

Si les prix de Tuyauteries Canada étaient supra-concurrentiels en l'absence de concurrence, ils sont devenus concurrentiels avec l'émergence de nouveaux fournisseurs de produits en fonte. Quel a été l'effet de ces réductions de prix (exposé des motifs du Tribunal, au paragraphe 127)?

La preuve relative aux marges bénéficiaires n'est pas dans la présente espèce aussi claire qu'elle l'était dans *Télé-Direct*. Alors que Télé-Direct pouvait payer systématiquement 40 pour 100 de ses produits d'exploitation aux compagnies de téléphone, les marges, dans le cas de Bibby [Tuyauteries Canada], varient d'une région à l'autre. Elles sont uniformément élevées au Québec et dans les Maritimes, mais beaucoup moins dans d'autres régions, et même négatives sur des durées considérables en Alberta, dans les Prairies et en Colombie-Britannique.

[114] À mon sens, ce passage atteste la reconnaissance par le Tribunal du fait que les marges n'étaient pas élevées sur certains marchés, même si elles l'étaient sur d'autres. Il montre également que le Tribunal a reconnu en dernière analyse que Tuyauteries Canada a réduit ses prix, dans les régions où elle l'a fait, par suite de la concurrence de nouveaux fournisseurs (exposé des motifs du Tribunal, au paragraphe 136) :

Malgré le débat statistique entre les deux experts, il reste que les prix sont notablement plus bas dans l'Ouest que dans l'Est et que la raison évidente, confirmée par les témoins qui ont comparu devant le Tribunal, en est la présence d'importations. Les prix des produits de Bibby [Tuyauteries Canada] sont plus bas en Colombie-Britannique qu'au Québec; pourtant, ils sont fabriqués au Québec, et le coût du transport doit être ajouté au coût de production des articles vendus en Colombie-Britannique. L'examen des différences de prix, en particulier en Colombie-Britannique et en Alberta, convainc par conséquent le Tribunal que les importations ont influé sur les prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. De même, le Tribunal est amené à conclure que

exerted downward pressure on the prices in that province. No such movement is noted in Quebec and the Maritimes.

Given the definition of market power, it is difficult to see on what basis the Tribunal could conclude that Canada Pipe had market power in British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario after the emergence of competing suppliers of cast iron products in those regions. The fact of reducing prices to respond to the emergence of new competitors is inconsistent with “the ability to set prices above competitive levels for a considerable period”.

[115] Seen in this light, Canada Pipe is only in a position to exercise market power in Quebec and the Maritimes, where it faces no competition, and where prices have risen, not fallen. In the other four geographic markets, it is constrained by the presence of importers and manufacturers of cast iron products to reduce its prices significantly. Those reductions are inconsistent with possession of market power.

[116] In its concluding paragraph on this issue, the Tribunal summarizes its position on market power, as disclosed by the indirect evidence, as follows (at paragraph 161):

The evidence on barriers to entry is not entirely conclusive. However, Bibby’s [Canada Pipe’s] large market share, its range of products and national presence, the limited penetration of competitors and the fact that this market offers only limited growth potential are sufficient to establish that Bibby [Canada Pipe] does control a substantial part of the cast iron DWV products market.

If there is a test of control other than market power, the Tribunal has not articulated it. If the test is market power, then the Tribunal’s failure to recognize the significance of the price reductions which followed the emergence of new entrants in the market in Ontario and the western geographic regions is unreasonable.

l’entrée de Vandem en Ontario a exercé une pression à la baisse sur les prix dans cette province. On ne constate en effet aucune variation de cette nature au Québec ou dans les Maritimes.

Étant donné la définition de la puissance commerciale, on ne voit pas bien sur quelle base le Tribunal a pu conclure que Tuyauteries Canada disposait d’une telle puissance en Colombie-Britannique, en Alberta, dans les Prairies et en Ontario après l’émergence dans ces régions de fournisseurs concurrents de produits en fonte. La réduction des prix en réaction à l’émergence de nouveaux concurrents n’est pas compatible avec « la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période ».

[115] De ce point de vue, Tuyauteries Canada n’est en mesure d’exercer une puissance commerciale qu’au Québec et dans les Maritimes, où elle n’a pas de concurrence et où les prix ont augmenté au lieu de baisser. Sur les quatre autres marchés géographiques, Tuyauteries Canada est contrainte à réduire sensiblement ses prix par la présence d’autres fournisseurs—importateurs ou fabricants—de produits en fonte. Or, ces réductions de prix sont incompatibles avec la possession de puissance commerciale.

[116] Le Tribunal résume comme suit sa position sur la question de la puissance commerciale, telle qu’elle se trouve éclairée par la preuve indirecte, dans son paragraphe de conclusion sur cette question (au paragraphe 161) :

La preuve relative aux obstacles à l’entrée n’est pas entièrement concluante. Cependant, la part de marché considérable que Bibby [Tuyauteries Canada] détient, l’éventail de ses produits, sa présence nationale, le caractère restreint de la pénétration de ses concurrents et le fait que le marché en question ne présente que des possibilités limitées de croissance suffisent à établir que Bibby [Tuyauteries Canada] contrôle effectivement une part substantielle du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte.

S’il y a pour le contrôle du marché un autre critère que la puissance commerciale, le Tribunal ne l’a pas formulé. Si le critère du contrôle est la puissance commerciale, le Tribunal a agi de manière déraisonnable en ne reconnaissant pas l’importance des réductions de prix qui ont suivi l’émergence de nouvelles entreprises sur les marchés de l’Ontario et des régions de l’Ouest.

[117] Canada Pipe also attacks the Tribunal's finding on barriers to entry. The Tribunal found that (at paragraph 152):

Entry must be shown to be both effective and viable. In this instance, entry by various players, especially in the West and to a lesser extent in Ontario, has certainly had an effect on prices. From Bibby's reaction to these new entrants, it can be said that they are perceived as competitors. Thus entry has been effective where it has occurred. Its viability remains to be determined.

In my view, this passage incorporates two findings of fact which are conclusive against a finding of market power on the part of Canada Pipe. New suppliers did emerge, so that barriers to entry, if present, were not determinative, and the new suppliers had an effect on Canada Pipe's prices, which is inconsistent with the latter exercising market power.

[118] As a result, I find that the Tribunal's conclusion that Canada Pipe had market power in British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario is unreasonable as it is inconsistent with its own definition of market power, the test of whether Canada Pipe had control or substantial control of the 18 markets which the Tribunal defined. As a result, the Tribunal's finding as to market power applies only to the three product markets in two of the six geographic markets which it defined, namely Quebec and the Maritimes.

CONCLUSION

[119] Having regard to the evidence which the Tribunal had before it, as well as the standard of review applicable to these questions, I find that the Tribunal's definition of the product markets do not justify this Court's intervention. However, I am of the view that we must intervene with respect to the question of Canada Pipe's market power in British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario, four of the six geographic markets

[117] Tuyauteries Canada conteste aussi les conclusions du Tribunal sur les obstacles à l'entrée. Le Tribunal avait formulé à ce sujet les observations suivantes (au paragraphe 152) :

Il faut établir que l'entrée est à la fois productrice d'effet et viable. Dans la présente espèce, l'entrée de divers acteurs—en particulier dans l'Ouest et, dans une moindre mesure, en Ontario—a certainement produit un effet sur les prix. À en juger par sa réaction à ces nouveaux venus, on peut dire que Bibby [Tuyauteries Canada] les considère comme des concurrents. Par conséquent, l'entrée s'est révélée productrice d'effet dans les régions où elle a eu lieu. Sa viabilité reste à déterminer.

À mon avis, ce passage contient deux conclusions de fait qui infirment de manière décisive la thèse que Tuyauteries Canada posséderait une puissance commerciale. De nouveaux fournisseurs sont apparus, de sorte que les obstacles à l'entrée, s'il y en avait, n'ont pas eu d'effet déterminant, et les nouveaux fournisseurs ont influé sur les prix de Tuyauteries Canada, ce qui est incompatible avec l'idée qu'elle exercerait une puissance commerciale.

[118] De ce qui précède, je conclus au caractère déraisonnable de la conclusion du Tribunal selon laquelle Tuyauteries Canada disposait de puissance commerciale en Colombie-Britannique, en Alberta, dans les Prairies et en Ontario, au motif que cette conclusion est incompatible avec sa propre définition de la puissance commerciale, soit le critère permettant d'établir si Tuyauteries Canada contrôlait, ou contrôlait sensiblement, les 18 marchés définis par le Tribunal. En conséquence, la conclusion du Tribunal relative à l'existence d'une puissance commerciale ne s'applique aux trois marchés de produit que sur deux des six marchés géographiques qu'il a définis, c'est-à-dire le Québec et les Maritimes.

CONCLUSION

[119] Vu la preuve dont disposait le Tribunal et la norme de contrôle applicable aux questions considérées, je conclus que la définition donnée par le Tribunal des marchés de produit ne justifie pas l'intervention de notre Cour. Cependant, j'estime que cette dernière doit intervenir sur la question de la puissance commerciale de Tuyauteries Canada en Colombie-Britannique, en Alberta, dans les Prairies et en Ontario, soit sur quatre

identified by the Tribunal. The fact that Canada Pipe was required to lower prices in response to competition from other suppliers of cast iron products in those markets is inconsistent with the definition of market power. Consequently, I would return the matter to the Competition Tribunal with a direction for reconsideration on the basis of these reasons.

des six marchés géographiques définis par le Tribunal. Le fait que Tuyauteries Canada ait dû réduire ses prix en réaction à la concurrence d'autres fournisseurs de produits en fonte sur ces marchés est incompatible avec la définition de la puissance commerciale. Par conséquent, je renverrais l'affaire au Tribunal de la concurrence pour qu'il la réexamine en fonction des motifs ici exposés.