

A-106-05
2006 FCA 233

A-106-05
2006 CAF 233

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.

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

Competition — Appeal from Competition Tribunal's decision dismissing application by Competition Commissioner for order prohibiting respondent from engaging in certain acts, practices — Respondent offering loyalty rebate program — Appellant arguing this program constituting practice of exclusive dealing (Competition Act, s. 77(2)), anti-competitive acts leading to abuse of dominant position (Act, s. 79(1)) — Appeal allowed — With respect to abuse of dominant position, Tribunal erring as to test applicable under s. 79(1)(c) — Tribunal conducted analysis from narrow, absolute perspective of whether program prevented entry, competition when should have addressed whether competitiveness substantially lessened in presence of program — Tribunal also wrong to say s. 79(1)(b) (engaging in anti-competitive acts) requiring causal link between impugned act and decrease in competition — S. 79(1)(b) concerning narrower focus of impugned act's effects on competitors — Valid business justification for impugned act not established — As to question of exclusive dealing, Tribunal adopting same approach as under s. 79(1) — As such, findings re: errors of law made under s. 79(1) also applying under s. 77(2).

Concurrence — Appel 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 interdisant à l'intimée de se livrer à certaines pratiques — L'intimée offrait un programme de fidélisation de sa clientèle — L'appelante affirmait que ce programme constituait une pratique d'exclusivité (art. 77(2) de la Loi sur la concurrence) ainsi qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels constituant un abus de position dominante (art. 79(1) de la Loi) — Appel accueilli — Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur dans son approche du critère juridique applicable sous le régime de l'art. 79(1)c) — Le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le programme avait empêché l'entrée et la concurrence lorsqu'il aurait dû orienter son attention vers la question de savoir si la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le programme — Le Tribunal a également déclaré à tort que l'art. 79(1)b) (agissements anti-concurrentiels) exigeait un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence — L'art. 79(1)b) est orienté vers les effets de l'agissement sur les concurrents — Il n'y avait pas de justification commerciale valable — Pour ce qui concerne la pratique d'exclusivité, le Tribunal a adopté la même approche que celle qu'il a appliquée à l'art. 79(1) — Ainsi, les conclusions quant aux erreurs de droit commises dans le contexte de l'art. 79(1) s'appliquaient aussi relativement à l'art. 77(2).

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Commissioner of Competition (Commissioner) under sections 77 and 79 of the *Competition Act* for an order prohibiting the respondent (Canada Pipe) from engaging in the practice of anti-competitive acts leading to an abuse of dominant position (section 79), and prohibiting the respondent from continuing to engage in the practice of exclusive dealing (section 77).

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence (la commissaire) sous le régime des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimée (Tuyauteries Canada) de se livrer à une pratique comprenant des agissements anti-concurrentiels et constituant un abus de position dominante (article 79), et lui interdisant de continuer à se livrer à la pratique de l'exclusivité (article 77).

The conduct at issue was a loyalty rebate program offered by the respondent (the Stocking Distributor Program or SDP). Under this program, distributors of the respondent's cast iron drain, waste and vent (DWV) products obtained significant rebates and discounts in return for stocking only cast iron products produced by the respondent. The Commissioner argued that the SDP constituted both a practice of exclusive dealing with exclusionary effects and a practice of anti-competitive acts, and was likely to have the effect of substantially lessening competition in the markets for DWV products by impeding the entry and expansion of competitors.

In dismissing the Commissioner's application, the Tribunal found that the requisite elements for the order requested were not met. The SDP did not qualify as an "anti-competitive act" (paragraph 79(1)(b)), the SDP had not substantially lessened or prevented competition (paragraph 79(1)(c)), and finally, while the SDP could be characterized as a practice of exclusive dealing, there was insufficient evidence to establish that it had impeded entry into or expansion of firms in a market, that it was having any other exclusionary effect on the market, or that it had caused or was likely to cause a substantial lessening of competition (subsection 77(2)).

Held, the appeal should be allowed.

On the question of abuse of dominant position, the Tribunal erred in law with respect to the legal test applicable under paragraph 79(1)(c). Paragraph 79(1)(c) permits the Tribunal to make an order prohibiting a practice which it finds "has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market." In order to achieve the inquiry dictated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is "substantial". This comparison must be done with reference to actual effects in the past and present, as well as likely future effects. One correct approach (but not necessarily the only correct one) is for the Tribunal to ask itself the following question: Would the relevant markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice of anti-competitive acts (the "but for" test)? This legal test reflects the plain meaning of the statutory language of paragraph 79(1)(c) and corresponds to the Tribunal's analysis in its previous decisions with respect to this provision. In the case at bar, the Tribunal's analysis was conducted from the narrow, absolute perspective of whether the SDP prevented entry and whether competition subsisted in

Le comportement en litige consistait en l'application par l'intimée d'un programme de fidélisation de sa clientèle (le programme des distributeurs stockistes ou PDS). Dans le cadre de ce programme, les distributeurs des produits d'évacuation et de ventilation en fonte de l'intimée avaient droit à des ristournes et à des abattements substantiels à condition de ne stocker que les produits en fonte fabriqués par l'intimée. La commissaire a affirmé que le PDS constituait à la fois une pratique d'exclusivité aux effets tendant à exclure et une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et qu'il aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés des produits d'évacuation et de ventilation en faisant obstacle à l'entrée et au développement de la concurrence.

Lorsqu'il a rejeté la demande de la commissaire, le Tribunal a conclu que les conditions qui devaient être remplies pour que soit rendue l'ordonnance demandée ne l'avaient pas été. Le PDS ne remplissait pas les conditions nécessaires pour être qualifié d'« agissements anti-concurrentiels » (alinéa 79(1)b)), le PDS n'avait pas empêché ou diminué sensiblement la concurrence (alinéa 79(1)c)) et, enfin, même si le PDS pouvait être qualifié de pratique d'exclusivité, la preuve produite ne suffisait pas à établir que le PDS eût fait obstacle à l'entrée ou au développement de firmes, ni qu'il eût sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, ni que la concurrence eût été ou serait vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence de ce programme (paragraphe 77(2)).

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur de droit relativement au critère juridique applicable sous le régime de l'alinéa 79(1)c), qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance interdisant à une personne de se livrer à une pratique qui « a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Pour mener à bien l'examen que dicte le libellé de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l'absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu'elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l'avenir. Selon une approche correcte, mais pas nécessairement la seule approche correcte, le Tribunal doit se poser la question suivante : est-ce que les marchés pertinents auraient été, ou seraient actuellement ou dans l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de la pratique attaquée d'agissements anti-concurrentiels (critère de l'« absence hypothétique »)? Ce critère juridique correspond à la fois au sens manifeste du libellé de l'alinéa 79(1)c) et à l'analyse effectuée par le Tribunal dans ses

its presence, when it should have turned its mind to the question of whether, in each of the relevant markets, competitiveness was substantially lessened in the presence of the SDP, as compared to the likely state of competition in the absence of this practice.

The second issue with respect to the question of abuse of dominant position was whether the Tribunal erred in concluding that the SDP did not constitute an “anti-competitive act” as required by paragraph 79(1)(b) before a prohibition order may issue. An anti-competitive act is identified by reference to its purpose. This requisite purpose is an intended, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. As such, the paragraph 79(1)(b) inquiry is focused upon the intended effects of the act on a competitor. Relevant factors to be considered and weighed to determine the purpose of the impugned conduct include the reasonably foreseeable or expected objective effects of the act, any business justification, and any evidence of subjective intent. The Tribunal misdirected itself as to the applicable legal test and considered irrelevant factors in making its paragraph 79(1)(b) determination. The Tribunal’s erroneous interpretation played a significant role in its analysis of the SDP. As such, it committed a reversible error of law. Particularly, it erred in requiring a causal link between the impugned act and a decrease in competition. Paragraph 79(1)(b) simply concerns whether the act displays the requisite intended effect on competitors; it is not directly concerned with the state of competition in the market or the general causes thereof. The Tribunal thus conflated the legal test for paragraph 79(1)(c) (which concerns the broader state of competition) with that applicable for paragraph 79(1)(b) (which focuses on the impugned act’s effects on competitors). The Tribunal was also wrong to suggest that “detriment to the consumer” is an independently relevant consideration for the purposes of that paragraph. Finally, there was no valid business justification in the case at bar. Such a justification is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), i.e. whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. It is properly employed to counterbalance or neutralize other evidence of an anti-competitive purpose, prior to making a determination under paragraph 79(1)(b), and must provide a credible efficiency or pro-competitive explanation, unrelated to an anti-competitive purpose, for why the dominant firm engaged in the conduct alleged to be anti-competitive. Here the justification was that the SDP makes possible the high-volume sales necessary to enable the respondent to maintain a full line of products. The Tribunal’s reasons did not establish the

décisions antérieures pour l’application de cet alinéa. En l’espèce, le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le PDS avait empêché l’entrée et si la concurrence subsistait en sa présence lorsqu’il aurait dû orienter son attention vers le point de savoir si, sur chacun des marchés pertinents, la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le PDS, en comparaison de l’état vraisemblable de la concurrence en l’absence de cette pratique.

La deuxième question en litige relative à l’abus de position dominante était celle de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée lorsqu’il a déclaré que le PDS ne constituait pas un « agissement anti-concurrentiel » comme l’exige l’alinéa 79(1)(b) avant de rendre une ordonnance d’interdiction. L’agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but. Le but qu’il faut établir est un effet négatif sur un concurrent, qui doit être intentionnel, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse à effectuer dans le cadre de l’alinéa 79(1)(b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l’agissement sur un concurrent. Parmi les facteurs pertinents à examiner et à apprécier pour établir le but du comportement attaqué, il faut mentionner les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question, la justification commerciale s’il y en a une, et tous éléments de preuve dont on dispose tendant à établir l’intention subjective. Le Tribunal s’est mépris sur le critère juridique applicable et a pris en considération des facteurs non pertinents pour rendre sa décision sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). L’interprétation erronée par le Tribunal a joué un rôle important dans son analyse du PDS. Il a donc commis une erreur de droit donnant lieu à révision. Plus particulièrement, il a commis une erreur en exigeant la preuve d’un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. L’alinéa 79(1)(b) pose purement et simplement la question de savoir si le comportement considéré a sur les concurrents l’effet intentionnel de la nature requise; il n’a pas de rapport direct avec l’état de la concurrence sur le marché ou ses causes générales. Le Tribunal a donc fusionné le critère juridique applicable à l’alinéa 79(1)(c) (qui porte sur l’état général de la concurrence) et le critère juridique applicable à l’alinéa 79(1)(b) (qui vise les effets de la pratique attaquée sur les concurrents). Le Tribunal a également commis une erreur lorsqu’il a déclaré que le « préjudice aux consommateurs » était un facteur indépendant pertinent à prendre en considération pour l’application de cet alinéa. Enfin, il n’y avait pas de justification commerciale valable en l’espèce. Une telle justification ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu’exige l’alinéa 79(1)(b), soit celle du point de savoir si le comportement avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. La justification commerciale est appliquée à bon escient pour contrebalancer ou neutraliser les éléments de preuve tendant à établir

requisite efficiency-related link between the SDP and the respondent, and hence did not supply a legitimate explanation for the latter's choice to engage in the impugned conduct, unrelated to an anti-competitive purpose. Self-interest was the only justification for the SDP. The Tribunal thus erred in concluding that the respondent had established a valid business justification for the SDP.

On the question of exclusive dealing (Act, subsection 77(2)), the first issue was whether the Tribunal erred in its determination with respect to whether the SDP had the result that competition was or was likely to be lessened substantially. Because of the parallel structure and logic between the requisite statutory elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1), the parties simply referred the Court to their arguments in the context of subsection 79(1). Although the two subsections contain some differences in wording, it was not necessary to consider these differences in the present instance. To the extent that the Tribunal erred in law in the context of paragraph 79(1)(c) in its interpretation of the test for substantial lessening of competition, the same errors of law applied with respect to subsection 77(2). The same could be said with respect to whether the Tribunal erred in its conclusion that the SDP was not likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market. The Tribunal's analysis of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP was conducted from the narrow perspective of prevention, and not the broader perspective implied by the word "impede", and as such constituted a reversible error.

l'existence d'un but anti-concurrentiel avant de prendre une décision sous le régime de l'alinéa 79(1)b), et elle doit être une explication crédible, fondée sur l'efficacité ou de nature pro-concurrentielle, et sans lien avec un but anti-concurrentiel, des motifs qu'avait l'entreprise dominante de se livrer au comportement attaqué comme étant anti-concurrentiel. En l'espèce, l'intimée avançait comme justification commerciale le fait que le PDS rendait possible les ventes en grandes quantités dont elle avait besoin pour maintenir une ligne complète de produits. L'exposé des motifs du Tribunal n'établissait pas l'existence du lien nécessaire, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donnait donc pas une explication légitime, non liée à un but anti-concurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. L'intérêt propre restait la seule justification du PDS. Le Tribunal a donc commis une erreur en concluant que l'intimée avait établi une justification commerciale valable du PDS.

Pour ce qui est de la pratique de l'exclusivité (paragraphe 77(2) de la Loi), la première question en litige était celle de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS avait eu pour effet ou risquait vraisemblablement de diminuer sensiblement la concurrence. Compte tenu de l'existence d'un parallélisme structurel et logique entre, d'une part, les conditions prévues au paragraphe 77(2) concernant l'exclusivité, et, d'autre part, celles prévues au paragraphe 79(1) touchant l'abus de position dominante, les parties se sont plutôt contentées de renvoyer la Cour aux arguments qu'elles avaient avancés relativement à cet élément dans le contexte du paragraphe 79(1). Même si le libellé des deux paragraphes diffère quelque peu, la Cour n'avait pas à se demander si elle devait prendre ces différences en considération en l'espèce. Dans la mesure où le Tribunal avait commis des erreurs de droit dans son interprétation du critère de la diminution sensible de la concurrence dans le contexte de l'alinéa 79(1)c), il pouvait être dit avoir commis les mêmes erreurs de droit relativement au paragraphe 77(2). Ces considérations s'appliquaient à la question de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aurait vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure. Le Tribunal a analysé la preuve concernant les obstacles à l'entrée et les effets du PDS du point de vue étroit qu'exprime le terme « empêcher » et non du point de vue plus large qu'appelle l'expression « faire obstacle » et l'adoption de ce point de vue constituait une erreur susceptible de révision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

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), 78 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 2000, c. 15, s. 13), 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), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

(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), 78 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 2000, ch. 15, art. 13), 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), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (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.*, [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 (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109; 2001 FCA 204; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co., [2007] 2 F.C.R. 57; (2006), 268 D.L.R. (4th) 238; 49 C.P.R. (4th) 286; 350 N.R. 264; 2006 FCA 236; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000); *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61; 182 D.L.R. (4th) 1; [2000] 4 W.W.R. 21; 142 Man. R. (2d) 161; 140 C.C.C. (3d) 449; 30 C.R. (5th) 1; 49 M.V.R. (3d) 163; 249 N.R. 201; 2000 SCC 5; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Gravel and Lake Services Ltd. v. Bay Ocean Management Inc.* (2002), 298 N.R. 369; 2002 FCA 465; *SMX Shopping Centre Ltd. v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 48; 2004 DTC 6013; (2003), 314 N.R. 365; 2003 FCA 479; *Naguib v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 215; 2004 DTC 6082; (2004), 317 N.R. 88; 2004 FCA 40; *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; (1984), 13 D.L.R. (4th) 1; [1984] 6 W.W.R. 289; 28 B.C.L.R. (2d) 205; 14 C.C.C. (3d) 385; 42 C.R. (3d) 113; 55 N.R. 1; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; (1995), 169 A.R. 50; 124 D.L.R. (4th) 289; 29 Alta. L.R. (3d)

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co., CT-1989-002 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185; 2001 CAF 204; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (Trib. conc.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, [2007] 2 R.C.F. 57; 2006 CAF 236; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, CT-1994-001 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61; 2000 CSC 5; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Gravel and Lake Services Ltd. c. Bay Ocean Management Inc.*, 2002 CAF 465; *SMX Shopping Centre Ltd. c. Canada*, 2003 CAF 479; *Naguib c. Canada*, 2004 CAF 40; *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 R.C.S. 154; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

305; 98 C.C.C. (3d) 1; 39 C.R. (4th) 205; 29 C.R.R. (2d) 256; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill-C-91*, 1st Sess., 33rd Parl., 1986.
 Competition Bureau. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Industry Canada: Ottawa, 2001.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ((2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)) dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under subsections 77(2) (exclusive dealing) and 79(1) (abuse of dominant position) of the *Competition Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Randall Hofley and Leslie J. F. Milton for appellant.
Kent E. Thomson, James W. E. Doris and Charles E. Tingley for respondent.

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.: This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (Tribunal), dated February 3, 2005, dismissing the application by the Commissioner of Competition (Commissioner or appellant) 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. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence. *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Industrie Canada : Ottawa, 2001.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, 1^{re} Sess., 33^e Lég., 1986.

APPEL d'une décision (CT-2002-006 (Trib. conc.)) 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 paragraphes 77(2) (pratique d'exclusivité) et 79(1) (abus de position dominante) de la *Loi sur la concurrence*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Randall Hofley et Leslie J. F. Milton pour l'appelante.
Kent E. Thomson, James W. E. Doris et Charles E. Tingley pour l'intimée.

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. : Il s'agit d'un appel de la décision en date du 3 février 2005, publiée sous la référence CT-2002-006, par laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence (la commissaire ou l'appelante) sous le régime des articles 77 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37(y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3] et 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.),

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.). The Commissioner sought an order against Canada Pipe Company Ltd. (Canada Pipe or respondent), to prohibit the respondent from engaging in the practice of several purported anti-competitive acts leading to an abuse of dominant position under section 79, as well as to prohibit the respondent from continuing to engage in the practice of exclusive dealing under section 77. This case also involves a cross-appeal by Canada Pipe, which is dealt with in separate reasons [[2007] 2 F.C.R. 57 (F.C.A.)].

[2] This is the first time this Court has the opportunity to consider the tests for exclusive dealing and abuse of dominant position established respectively by sections 77 and 79 of the Act. Both of these provisions, generally speaking, authorize the Tribunal to make orders prohibiting a dominant firm from engaging in conduct that has had, is having or is likely to have the effect of substantially lessening competition. While the Act has been in force since 1986, and the Tribunal has elaborated its perspective on the requirements of sections 77 and 79 in several cases, these provisions have not to date been interpreted by any Canadian court.

[3] The conduct at issue in this case consists of a “loyalty rebate” program offered by the respondent and known as the Stocking Distributor Program (SDP). Under the SDP, distributors of the respondent’s cast iron drain, waste and vent (DWV) products obtain significant rebates and discounts in return for stocking only cast iron products produced by the respondent. These distributors are free to stock other companies’ DWV products which are not made of cast iron.

[4] According to the Commissioner, Canada Pipe is a dominant firm with respect to the product markets relevant in this case. Furthermore, the Commissioner

ch. 19, art. 45; L.C. 1990, 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)]. La commissaire visait par cette demande à obtenir une ordonnance interdisant à Tuyauteries Canada Ltée (Tuyauteries Canada ou l’intimée) de se livrer à une pratique comprenant plusieurs agissements anti-concurrentiels supposés et constituant un abus de position dominante sous le régime de l’article 79, et lui interdisant en outre de continuer à se livrer à la pratique de l’exclusivité sous le régime de l’article 77. La présente affaire a aussi donné lieu à un appel incident, qui fait l’objet d’un exposé de motifs distinct [[2007] 2 R.C.F. 57 (C.A.F.)].

[2] C’est la première fois que notre Cour a l’occasion d’examiner les critères dont les articles 77 et 79 de la Loi font dépendre l’établissement de l’existence, respectivement, d’une pratique d’exclusivité et d’un abus de position dominante. Ces deux articles, considérés d’un point de vue général, habilent le Tribunal à rendre des ordonnances interdisant aux entreprises qui occupent une position dominante de se livrer à un comportement qui a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. La Loi est en vigueur depuis 1986 et le Tribunal a déjà développé dans plusieurs affaires son point de vue sur les conditions prévues aux articles 77 et 79, mais aucun tribunal judiciaire canadien n’avait jusqu’à ce jour interprété ces dispositions.

[3] Le comportement qui fait l’objet du présent litige consiste en l’application par l’intimée d’un programme de « fidélisation » de sa clientèle au moyen de ristournes et d’abattements, désigné « programme des distributeurs stockistes » (le PDS). Dans le cadre du PDS, les distributeurs des produits d’évacuation et de ventilation en fonte de l’intimée ont droit à des ristournes et à des abattements substantiels à condition de ne stocker que les produits en fonte fabriqués par cette dernière; il leur reste loisible de stocker les produits d’évacuation et de ventilation d’autres entreprises qui ne sont pas faits en fonte.

[4] Selon la commissaire, Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur les marchés de produit pertinents en l’espèce. La commissaire affirme en outre

asserts, the SDP constitutes both a practice of exclusive dealing with exclusionary effects and a practice of anti-competitive acts, and it is likely to have the effect of substantially lessening competition in the markets for DWV products by impeding the entry and expansion of competitors. The respondent contends, by contrast, that it exercises no market power in relation to the relevant product markets, when the latter are properly defined. Moreover, according to the respondent, the SDP is neither exclusionary nor anti-competitive, but rather is a voluntary, non-exclusive, incentive-based program which encourages competition between DWV distributors, is compatible with competition on the merits between suppliers and is supported by valid business justifications.

[5] The Tribunal dismissed the Commissioner's application, based upon the following findings. With respect to the alleged abuse of dominant position under section 79, the Tribunal held that: (i) there are three relevant product markets, and six geographic markets, and the respondent substantially controls all these markets; (ii) the SDP is a practice, but does not qualify as an "anti-competitive act"; and (iii) the Commissioner had not demonstrated that the SDP had substantially lessened or prevented competition. With respect to the allegation of exclusive dealing contrary to section 77, the Tribunal found that: (i) the SDP can be characterized as a practice of exclusive dealing; (ii) the respondent is a major supplier of the products in the relevant markets; and (iii) there was insufficient evidence to establish that the SDP had impeded entry or expansion of firms, or that it is having any other exclusionary effect on the market, or that it has caused or is likely to cause a substantial lessening of competition.

[6] The Commissioner appeals from the Tribunal's decision.

[7] Broadly stated, the appeal challenges two aspects of the Tribunal's conclusions: first, the finding with respect to substantial lessening of competition for the purposes of both sections 77 and 79, and second, the

que le PDS constitue à la fois une pratique d'exclusivité aux effets tendant à exclure et une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et qu'il aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés des produits d'évacuation et de ventilation en faisant obstacle à l'entrée et au développement de concurrents. L'intimée soutient quant à elle qu'elle n'exerce pas de puissance commerciale sur les marchés de produit pertinents, s'ils sont définis comme ils doivent l'être. En outre, selon l'intimée, le PDS n'a pas d'effets tendant à exclure ni n'est anti-concurrentiel : il s'agit d'un programme volontaire, incitatif et non exclusif, qui favorise la concurrence entre les distributeurs de produits d'évacuation et de ventilation, est compatible avec la concurrence fondée sur l'efficacité entre les fournisseurs et s'appuie sur des justifications commerciales valables.

[5] Le Tribunal a rejeté la demande de la commissaire sur le fondement des conclusions suivantes. Pour ce qui concerne l'abus supposé de position dominante sous le régime de l'article 79, le Tribunal a conclu : i) qu'il y a trois marchés de produit pertinents et six marchés géographiques, et que l'intimée contrôle sensiblement tous ces marchés; ii) que le PDS est bien une pratique, mais ne remplit pas les conditions nécessaires pour être qualifié d'« agissements anti-concurrentiels »; et iii) que la commissaire n'avait pas démontré que le PDS eût empêché ou diminué sensiblement la concurrence. En ce qui a trait à l'allégation d'exclusivité formulée sous le régime de l'article 77, le Tribunal a conclu : i) que le PDS peut être qualifié de pratique d'exclusivité; ii) que l'intimée est un fournisseur important des produits en cause sur les marchés pertinents; et iii) que la preuve produite ne suffisait pas à établir que le PDS eût fait obstacle à l'entrée ou au développement de firmes, ni qu'il eût sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, ni que la concurrence eût été ou serait vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence de ce programme.

[6] La commissaire interjette appel de cette décision du Tribunal.

[7] On peut dire de façon générale que le présent appel met en cause deux aspects des conclusions du Tribunal : premièrement, la conclusion relative à la diminution sensible de la concurrence pour l'application

finding concerning exclusionary effects under section 77 or anti-competitive acts under section 79. The cross-appeal by Canada Pipe, which concerns the Tribunal's conclusions as to the definition of the relevant product markets and the issue of market power for the purpose of paragraph 79(1)(a), is discussed in separate reasons, as stated earlier.

de l'article 77 aussi bien que de l'article 79; et deuxièmement, la conclusion concernant les effets tendant à exclure visés à l'article 77 ou les agissements anti-concurrentiels visés à l'article 79. Comme nous le disions plus haut, l'appel incident interjeté par Tuyauteries Canada, qui concerne les conclusions formulées par le Tribunal sur la définition des marchés de produit pertinents et la question de la puissance commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)a, fait l'objet d'un exposé de motifs distinct.

[8] In order to facilitate the reading of these reasons, I include the following table of contents:

[8] Voici une table des matières destinée à faciliter la lecture du présent exposé.

<u>Table of Contents</u>	<u>Para.</u>	<u>Table des matières</u>	<u>Paragr.</u>
I. Facts	9	I. Les faits	9
II. Legislative framework	15	II. Le cadre législatif	15
III. Issues	23	III. Les questions en litige	23
IV. Analysis	25	IV. Analyse	25
(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially?	29	A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c, le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?	29
(1) The legal test under paragraph 79(1)(c)	35	1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)c	35
(2) Application of the statutory test for paragraph 79(1)(c)	45	2) L'application du critère prévu à l'alinéa 79(1)c	45
(3) The Tribunal's paragraph 79(1)(c) decision	49	3) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c	49
(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(c)	58	4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)c	58
(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an "anti-competitive act"?	59	B) Pour l'application de l'alinéa 79(1)b, le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?	59
(1) The legal test under paragraph 79(1)(b)	63	1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)b	63

(2) The Tribunal's paragraph 79(1)(b) decision	74	2) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)b)	74
(3) The valid business justification and paragraph 79(1)(b)	84	3) La justification commerciale valable et l'alinéa 79(1)b)	84
(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(b)	92	4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)b)	92
(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?	93	C) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?	93
(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?	96	D) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?	96
V. Conclusion	100	V. Conclusion	100
I. FACTS		I. LES FAITS	
[9] The respondent is a Canadian company based in Hamilton, Ontario, which produces and sells through its Bibby Ste-Croix division (Bibby) cast iron drain, waste and vent products. DWV products are used in a wide variety of structures to carry waste and drain water, and to vent plumbing systems. There are three components to a cast iron DWV system: pipe, fittings and mechanical joint (MJ) couplings (collectively "DWV products").		[9] L'intimée est une entreprise canadienne ayant son siège à Hamilton (Ontario), qui, par l'intermédiaire de sa division Bibby Ste-Croix (Bibby), fabrique et vend des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Les produits d'évacuation et de ventilation sont utilisés dans toutes sortes de bâtiments pour le transport des eaux usées et la ventilation des canalisations. Un système d'évacuation et de ventilation comprend trois éléments : les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques (collectivement désignés ci-après « produits d'évacuation et de ventilation »).	
[10] There are currently two domestic manufacturers of cast iron DWV products: Bibby and Vandem Industries (Vandem). Bibby manufactures cast iron DWV pipe and fittings, and imports MJ couplings from its sister companies in the United States. Vandem, which was founded in 1997 (according to the Tribunal; the respondent claims it was 1999, but little turns on this fact) by two former officers of Bibby, manufactures		[10] Il y a actuellement au Canada deux fabricants de produits d'évacuation et de ventilation en fonte : Bibby et Vandem Industries (Vandem). Bibby fabrique des tuyaux et des raccords en fonte, et importe les joints mécaniques de ses sociétés sœurs aux États-Unis. Vandem, fondée en 1997 (selon le Tribunal) par deux anciens cadres de Bibby, fabrique des tuyaux d'évacuation et de ventilation et importe les raccords et	

DWV pipe and imports fittings and couplings. The only Canadian manufacturer of MJ couplings is Rollee Industrial Products (1987) Ltd., but it is not a major player. In addition, there are a limited number of other Canadian importers of cast iron DWV products, who generally import from the United States and the Far East (mainly China and India). Imports of cast iron DWV products for all of Canada, including imports by Bibby and Vandem, represented 5% of total sales in 2002. The respondent is the only company in Canada that manufactures and sells a full range of cast iron DWV products.

[11] Distributors buy DWV products from the suppliers (either manufacturers or importers), and in turn sell to the building, mechanical or plumbing contractors involved in construction or renovation projects. Distributors generally carry DWV pipe and fittings made of various materials; cast iron DWV products usually represent only a small proportion of their inventory and sales. In Canada, there are three major distributors, all with national presence: Wolseley Canada Inc., EMCO Ltd, and Crane Supply. There are also small distributors, some of whom are members of buying groups in order to improve their bargaining power and obtain volume discount advantages.

[12] Contractors buy DWV products from distributors for construction projects upon which they bid. The bidding process is highly competitive, and contractors will try to obtain the best price possible in order to make their bids attractive. Although contractors may have some leeway in deciding what material to use in construction they will generally buy the type of DWV product that has been specified by the architect or mechanical engineer.

[13] The SDP was introduced by Bibby in January 1998. In contrast to the volume-based rebate programs typical in the industry, the SDP is premised on

les joints (l'intimée soutient que Vandem n'a été fondée qu'en 1999, mais la question importe peu en l'espèce). Le seul fabricant canadien de joints mécaniques est Rollee Industrial Products (1987) Ltd., mais il n'est pas un acteur important du marché. Il existe en outre un nombre restreint d'importateurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte, qui importent en général des États-Unis et d'Asie (principalement de Chine et d'Inde). Pour l'ensemble du Canada, les importations, y compris celles de Bibby et de Vandem, représentaient en 2002 une proportion de 5 % des ventes totales de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. L'intimée est la seule entreprise au Canada à fabriquer et à vendre une ligne complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte.

[11] Les distributeurs achètent les produits d'évacuation et de ventilation aux fournisseurs (fabricants ou importateurs) et les revendent aux entrepreneurs en bâtiment, en mécanique du bâtiment et en plomberie chargés de travaux de construction ou de rénovation. Les distributeurs stockent en général des tuyaux et des raccords d'évacuation et de ventilation faits de diverses matières : les produits en fonte ne représentent habituellement qu'une proportion restreinte de leurs stocks et de leurs ventes. On compte au Canada trois grands distributeurs, tous implantés à l'échelle nationale : Wolseley Canada Inc., EMCO Ltée et Crane Supply. Il y a aussi de petits distributeurs, dont certains ont formé des groupements d'achats afin d'accroître leur pouvoir de négociation et d'obtenir des remises sur volume.

[12] Les entrepreneurs achètent les produits d'évacuation et de ventilation aux distributeurs pour utilisation dans les travaux qu'ils soumissionnent. Les appels d'offres donnent lieu à une concurrence très vive, et les entrepreneurs essaient d'obtenir le meilleur prix possible afin de rendre leurs soumissions intéressantes. Ils disposent parfois d'une certaine latitude dans le choix des matériaux qu'ils utiliseront dans leurs travaux, mais ils doivent en général acheter les produits d'évacuation et de ventilation du type prescrit par l'architecte ou l'ingénieur mécanicien.

[13] Bibby a lancé le PDS en janvier 1998. Contrairement aux programmes de remises sur volume qui sont typiques dans ce secteur, le PDS est fondé sur

exclusivity, not the volume of purchases. Under the SDP, distributors of Bibby's DWV products obtain quarterly and yearly rebates as well as significant point-of-purchase discounts, in return for stocking only Bibby-supplied cast-iron DWV products. These distributors are free to stock other companies' DWV products which are not made of cast iron, but must purchase all three cast iron DWV products exclusively from the respondent. There are no signed contracts for the SDP: distributors can join at any time, and receive the quarterly and yearly rebates for each completed calendar quarter or year. Distributors who choose not to participate in the SDP are permitted to purchase products from Bibby, albeit at higher prices. There are no restrictions on the resale of cast iron DWV products purchased by distributors who participate in the SDP.

[14] The SDP discounts consist of point-of-sale discounts (for example, 55% of list price for stocking distributors, compared to 94% for non-stocking distributors), as well as quarterly and annual rebates (in 2002, the quarterly rebates were 7, 15 and 9 percent on pipe, fittings and MJ couplings respectively, and the annual rebate was 4 percent for all products). The point-of-sale discount and the rebates vary from one region to another. Any distributor can participate in the SDP, so long as a threshold minimum purchase is made; once this threshold is met, the rebates and discounts are the same for the given region, regardless of the size of the distributor's purchase. As a result, the SDP allows small- and medium-sized distributors to access the same prices as large distributors. The discount is applied at the time of purchase, so long as the distributor has committed to participating in the program, and is not reimbursable even if the distributor leaves the program. Except for losing the rebates, there are therefore no penalties attached to opting out of the SDP.

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[15] Three legislative provisions govern the issues to be decided in this appeal, namely sections 77, 78 [as

l'exclusivité et non sur le volume des achats. Les distributeurs des produits d'évacuation et de ventilation de Bibby qui adhèrent au PDS ont droit à des ristournes trimestrielles et annuelles, ainsi qu'à de substantiels abattements à l'achat, à condition de stocker seulement les produits d'évacuation et de ventilation en fonte fournis par Bibby. Ces distributeurs restent libres de stocker les produits d'évacuation et de ventilation d'autres entreprises qui ne sont pas faits en fonte, mais ils doivent acheter exclusivement à l'intimée l'ensemble des trois produits en fonte. Le PDS ne prévoit pas la signature de contrats : les distributeurs peuvent y adhérer n'importe quand et ils touchent les ristournes trimestrielles et annuelles pour chaque trimestre et chaque année calendaires de participation effective. Les distributeurs qui ne souhaitent pas participer au PDS peuvent néanmoins acheter des produits à Bibby, mais à des prix plus élevés. La revente des produits d'évacuation et de ventilation en fonte achetés par les distributeurs qui participent au PDS n'est soumise à aucune restriction.

[14] Les avantages du PDS consistent en abattements à l'achat (par exemple, les distributeurs stockistes ne paient que 55 % du prix de catalogue, contre 94 % pour les distributeurs non-stockistes), ainsi qu'en ristournes trimestrielles et annuelles (en 2002, les ristournes trimestrielles étaient de 7, 15 et 9 % respectivement pour les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, et tous les produits faisaient l'objet d'une ristourne annuelle de 4 %). Les abattements à l'achat et les ristournes varient d'une région à l'autre. Tout distributeur peut participer au PDS, à condition d'acheter le minimum requis; une fois ce seuil atteint, les abattements et les ristournes sont les mêmes pour l'ensemble de la région, quelles que soient les quantités que les distributeurs achètent. Il s'ensuit que le PDS permet aux petits et aux moyens distributeurs de bénéficier des mêmes prix que les grands. L'abattement est inscrit au moment de l'achat, à la seule condition que le distributeur se soit engagé à participer au PDS, et il n'est pas remboursable même si le distributeur se retire du programme. Mis à part la perte des abattements, l'abandon du PDS n'entraîne donc pas de pénalités.

II. LE CADRE LÉGISLATIF

[15] Trois articles de la Loi régissent les questions à trancher dans le présent appel, soit les articles 77, 78

enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 2000, c. 15, s. 13] and 79 of the Act. These sections set out the various elements that must be proven by the Commissioner to establish exclusive dealing and abuse of dominant position, and provide some relevant statutory definitions.

[16] With respect to an alleged abuse of dominant position, the requisite elements for an order are described in subsection 79(1):

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.

[17] Subsection 79(4) further specifies that possible superior competitive performance must be considered in making the requisite determination under subsection 79(1) concerning competition:

79. . . .

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

[18] The term “anti-competitive act”, which is a requisite element pursuant to paragraph 79(1)(b), is not defined in the Act. However, section 78 provides, under the heading “Definition”, a non-exhaustive illustrative list of 11 anti-competitive acts:

[édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 2000, ch. 15, art. 13] et 79. Ces dispositions énoncent les divers éléments que la commissaire doit prouver pour établir l'exclusivité et l'abus de position dominante, ainsi que certaines définitions pertinentes.

[16] Pour ce qui concerne l'abus supposé de position dominante, les conditions qui doivent être remplies pour que soit rendue une ordonnance d'interdiction sont énumérées au paragraphe 79(1) :

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.

[17] Le paragraphe 79(4) précise que le Tribunal doit prendre en considération le point de savoir si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur pour rendre la décision relative à la concurrence que prévoit le paragraphe 79(1) :

79. [. . .]

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

[18] La Loi ne définit pas l'expression « agissement anti-concurrentiel », qui constitue une condition préalable à l'ordonnance selon l'alinéa 79(1)b). Cependant, l'article 78 donne à titre indicatif, sous le titre « Définition », une liste de 11 exemples d'agissements anti-concurrentiels :

78. (1) For the purposes of section 79, “anti-competitive act”, without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer’s entry into, or expansion in, a market;

(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of impeding or preventing the competitor’s entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(c) freight equalization on the part of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor’s entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;

(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;

(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor’s entry into, or expansion in, a market;

(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor;

(j) acts or conduct of a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, that are specified under paragraph (2)(a); and

78. (1) Pour l’application de l’article 79, « agissement anti-concurrentiel » s’entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d’empêcher l’entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l’acquisition par un fournisseur d’un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l’acquisition par un client d’un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d’empêcher ce concurrent d’entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l’éliminer d’un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l’établissement d’un concurrent dans le but d’empêcher son entrée dans un marché ou d’y faire obstacle ou encore de l’éliminer d’un marché;

d) l’utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d’installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l’exploitation d’une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d’un marché;

f) l’achat de produits dans le but d’empêcher l’érosion des structures de prix existantes;

g) l’adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l’entrée de cette dernière dans un marché ou à l’éliminer d’un marché;

h) le fait d’inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu’à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d’exiger l’une ou l’autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d’empêcher l’entrée ou la participation accrue d’un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d’acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d’éliminer un concurrent;

j) à l’égard des exploitants d’un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l’alinéa (2)a);

(k) the denial by a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, of access on reasonable commercial terms to facilities or services that are essential to the operation in a market of an air service, as defined in that subsection, or refusal by such a person to supply such facilities or services on such terms.

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.

[19] With respect to exclusive dealing, a statutory definition is provided in subsection 77(1):

77. (1) For the purposes of this section,

[19] Quant au terme « exclusivité », il est défini au paragraphe 77(1) :

77. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

“exclusive dealing” means

« exclusivité »

(a) any practice whereby a supplier of a product, as a condition of supplying the product to a customer, requires that customer to

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :

(i) deal only or primarily in products supplied by or designated by the supplier or the supplier's nominee, or

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

(ii) refrain from dealing in a specified class or kind of product except as supplied by the supplier or the nominee, and

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

(b) any practice whereby a supplier of a product induces a customer to meet a condition set out in subparagraph (a)(i) or (ii) by offering to supply the product to the customer on more favourable terms or conditions if the customer agrees to meet the condition set out in either of those subparagraphs;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

[20] Subsection 77(2) sets out the elements required to be proven for an order to issue with respect to a practice of exclusive dealing:

[20] Le paragraphe 77(2) énonce les éléments qui doivent être prouvés pour que le Tribunal puisse rendre une ordonnance relativement à une pratique d'exclusivité :

77. . . .

77. [. . .]

(2) Where, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that exclusive dealing or tied selling, because it is engaged in by a major supplier of a product in a market or because it is widespread in a market, is likely to

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

(a) impede entry into or expansion of a firm in a market,

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché;

(b) impede introduction of a product into or expansion of sales of a product in a market, or

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;

(c) have any other exclusionary effect in a market,

with the result that competition is or is likely to be lessened substantially, the Tribunal may make an order directed to all or any of the suppliers against whom an order is sought prohibiting them from continuing to engage in that exclusive dealing or tied selling and containing any other requirement that, in its opinion, is necessary to overcome the effects thereof in the market or to restore or stimulate competition in the market.

[21] A parallel structure and logic is readily apparent between the requisite elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1). First, both provisions require an initial determination that the firm in question occupies a position of dominance: subsection 77(2) refers to a “major supplier of a product in a market”, while paragraph 79(1)(a) requires that “one or more persons substantially or completely control . . . a class or species of business”. Second, both provisions call for the identification of a particular type of conduct, namely a practice of exclusive dealing with an exclusionary effect in the case of subsection 77(2), and a practice of anti-competitive acts in the case of subsection 79(1). Third, both provisions require a finding of actual or likely substantial lessening of competition.

[22] While I would not conclude that the legal tests applicable under these two provisions would necessarily produce identical results in all cases, this parallel structure suggests that an overlapping analysis is to be expected.

III. ISSUES

[23] This appeal raises the following four issues:

(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect

c) soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

[21] On constate un parallélisme évident de structure et de logique entre les conditions auxquelles sont subordonnés l'établissement d'une pratique d'exclusivité sous le régime du paragraphe 77(2) et l'établissement d'un abus de position dominante dans le cadre du paragraphe 79(1). Premièrement, les deux paragraphes exigent d'abord une première conclusion comme quoi l'entreprise en question occupe une position dominante : cette entreprise, selon le paragraphe 77(2), doit être « un fournisseur important d'un produit sur un marché », tandis que, selon l'alinéa 79(1)a), le Tribunal doit conclure qu'« une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises ». Deuxièmement, les deux paragraphes exigent l'établissement d'un comportement particulier, soit, dans le cas du paragraphe 77(2), d'une pratique d'exclusivité qui aura vraisemblablement un effet tendant à exclure, et, dans le cas du paragraphe 79(1), d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels. Troisièmement, les deux paragraphes exigent que le Tribunal conclue à l'existence effective ou à la vraisemblance pour l'avenir d'une diminution sensible de la concurrence.

[22] Je n'irais pas jusqu'à dire que les critères juridiques applicables sous le régime de ces deux paragraphes produiront nécessairement des résultats identiques dans tous les cas, mais ce parallélisme laisse prévoir une coïncidence partielle des analyses.

III. LES QUESTIONS EN LITIGE

[23] Le présent appel soulève les quatre questions suivantes :

A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement

of preventing or lessening competition substantially?

(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an “anti-competitive act”?

(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?

(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?

[24] I will address each of these issues in turn. As the analysis of each issue depends heavily upon the Tribunal’s particular findings and approach, I will summarize the Tribunal’s decision in the context of my analysis of each question.

IV. ANALYSIS

[25] Before proceeding to an analysis of the issues listed above, a preliminary observation concerning analytic methodology and evidentiary limitations in the competition law context might be helpful. Each of the legislative provisions governing this appeal define a series of elements that must be proven in order to ground the particular order that is sought; if any of these elements is not established, the Commissioner’s application must fail. Both section 77 and section 79 specify three distinct elements, and each of these elements is at issue in the appeal or cross-appeal in this case.

[26] The multi-element structures of sections 77 and 79 suggest that the applicable legal tests consist of several discrete subtests, each corresponding to a different requisite element. Indeed, this interpretation appears necessary to give effect to the “well accepted

pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?

B) Pour l’application de l’alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?

C) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?

D) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l’entrée ou au développement d’une firme, ou encore au lancement ou à l’expansion des ventes d’un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?

[24] Je traiterai ces questions successivement. Comme l’analyse de chacune dépend dans une mesure considérable des conclusions et de l’approche correspondantes du Tribunal, je résumerai la décision de ce dernier dans le contexte de mon examen de chaque question.

IV. ANALYSE

[25] Il ne serait peut-être pas inutile de proposer, avant d’entreprendre l’analyse des questions énumérées ci-dessus, quelques observations préliminaires sur la méthode d’analyse à suivre et les limites auxquelles la preuve est soumise dans le contexte du droit de la concurrence. Chacune des dispositions législatives applicables au présent appel définit une série d’éléments qu’il faut prouver pour justifier l’ordonnance souhaitée; si l’un ou l’autre de ces éléments n’est pas établi, la demande du commissaire doit être rejetée. L’article 77 aussi bien que l’article 79 spécifient trois éléments distincts, dont chacun est en question dans le présent appel et dans l’appel incident interjeté parallèlement.

[26] La pluralité des conditions prévues aux articles 77 et 79 donne à penser que les critères juridiques applicables doivent se décomposer en plusieurs sous-critères distincts, chacun correspondant à une condition distincte. En fait, cette interprétation paraît nécessaire

principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage” (*R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28; see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27). Each statutory element must give rise to a distinct legal test, for otherwise the interpretation risks rendering a portion of the statute meaningless or redundant.

[27] The difficulty arises, however, when the necessary distinct subtests are examined in light of the available evidence in a given case. In the abuse of dominance context, the economic concepts upon which the legal tests are based often cannot be readily extracted from the available evidence. For example, in many cases the foundational concept of market power cannot be established directly; instead, one must look to relevant indirect indicators. However, these indirect indicators are often relevant with respect to more than one element. As a result, the same evidence—for example, concerning barriers to entry, or market share—is potentially and unavoidably relied upon at several points in the analysis, in respect of different requisite elements. In its first abuse of dominance case, *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (*NutraSweet*), the Competition Tribunal noted that this difficulty “is pervasive in competition law because the relevant factors in the different statutory elements are rarely distinct and it is impossible not to draw on common factors whenever required” (page 28).

[28] However, it is important that the correct approach to the overlapping use of supporting evidence in the competition context be properly understood, so as to avoid the interpretive danger of impermissible erosion or conflation of the discrete underlying statutory tests. Although a particular piece of supporting evidence may be employed as an indirect indicator in respect of more than one element, the elements themselves must remain conceptually distinct. I will return to this point in my analysis of the questions at issue in the appeal at bar.

pour mettre en œuvre le « principe d’interprétation législative reconnu [suivant lequel] une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire » : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27. À chaque condition prévue par la loi applicable doit correspondre un critère juridique distinct, faute de quoi l’interprétation risque de priver de sens ou de rendre superflue une partie de cette loi.

[27] Il se pose cependant un problème lorsque les sous-critères distincts reconnus comme nécessaires sont examinés à la lumière de la preuve produite dans une affaire déterminée. Dans le contexte de l’abus de position dominante, il arrive souvent qu’on ne puisse extraire facilement de la preuve au dossier les concepts économiques sur lesquels se fondent les critères juridiques. Dans bien des cas, par exemple, l’élément fondamental qu’est la puissance commerciale ne peut être établi directement, mais doit l’être au moyen d’indicateurs indirects pertinents. Cependant, ces indicateurs indirects sont souvent pertinents à l’égard de plus d’un élément. Par suite, il se révèle possible et inévitable de se fonder sur les mêmes éléments de preuve—concernant par exemple les obstacles à l’entrée ou la part de marché—à divers moments de l’analyse et à l’égard de conditions différentes prévues par la loi. Dans sa première décision relative à l’abus de position dominante, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (*NutraSweet*), le Tribunal de la concurrence notait que ce problème « est courant dans le droit de la concurrence parce que les facteurs pertinents des différentes dispositions législatives sont rarement distincts et [que] l’on doit nécessairement se fonder sur des facteurs communs au besoin » (page 55).

[28] Il est toutefois important de bien comprendre quelle est la manière juste d’aborder cette difficulté de l’utilisation coïncidente des éléments de preuve dans le contexte de la concurrence si l’on veut éviter le danger que représente pour l’interprétation l’inacceptable érosion ou fusion des critères juridiques distincts qui doivent la guider. S’il est permis d’utiliser un élément de preuve donné comme indicateur indirect à l’égard de plus d’une condition prévue par la Loi, les conditions elles-mêmes doivent rester conceptuellement distinctes.

(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially?

[29] I begin my analysis with the issue of substantial lessening of competition for the purposes of paragraph 79(1)(c), for it is on this question that I am most clearly convinced that this Court's intervention is required. My conclusion in this regard follows directly from an interpretation of the governing statutory language. In short, I have concluded that the Tribunal erred in law in its analytic approach with respect to the legal test applicable under paragraph 79(1)(c).

[30] Before this Court, the appellant argued that the Tribunal erred in law in its interpretation of paragraph 79(1)(c) and failed to apply the correct legal test. The appellant argued that the statutory language—and in particular the use of the relative concept “lessening”—mandates an assessment of the effect of the impugned practice on competition in the relevant markets, which can only be properly accomplished by comparing the competitiveness of the relevant markets in the presence and absence of the impugned practice. The appellant submitted that the correct legal test for assessing competitive effects therefore involves a “but for” analysis: would markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice? Or, in other words, but for the impugned practice, would markets be characterized by greater price competition, choice, service or innovation than exists in the presence of this practice? The Tribunal thus erred, the appellant contended, in that its assessment of substantial lessening of competition focussed virtually exclusively on the narrow question of whether the SDP prevented entry or switching of suppliers, or in other words, whether a substantial level of competition continued to exist in the relevant market. Rather, the Tribunal should have considered the broader question of whether the SDP impeded or hindered the competition that would otherwise exist if the program were absent from the market.

Je reviendrai sur ce point dans mon analyse des questions en litige dans le présent appel.

A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?

[29] Je commence mon analyse par la question de la diminution sensible de la concurrence pour l'application de l'alinéa 79(1)c), parce que c'est sur cette question que je suis le plus convaincue que notre Cour doit intervenir. Ma conclusion à cet égard découle directement d'une interprétation du libellé des dispositions législatives applicables. Je dirai d'emblée que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son approche analytique du critère juridique applicable sous le régime de l'alinéa 79(1)c).

[30] L'appelante soutient devant notre Cour que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 79(1)c) et n'a pas appliqué le critère juridique qui convient. Elle fait valoir que le libellé de la Loi—en particulier par son emploi du concept relatif qu'exprime le verbe « diminuer »—commande une évaluation de l'effet de la pratique attaquée sur la concurrence dans les marchés pertinents, évaluation qu'on ne peut bien effectuer qu'en comparant les niveaux de ladite concurrence qui correspondent respectivement à la présence et à l'absence hypothétique de cette pratique. Selon l'appelante, le critère juridique qu'il faut appliquer à l'évaluation des effets sur la concurrence nécessite donc une analyse fondée sur l'« absence hypothétique » (“*but for*” analysis) : il convient de se demander si les marchés auraient été, ou seraient actuellement ou dans l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de (*but for*) la pratique contestée. Autrement dit, en l'absence de la pratique attaquée, les marchés se caractériseraient-ils par une plus grande concurrence des prix, un choix plus large, un meilleur service ou une tendance plus forte à l'innovation que dans le cas où cette pratique est présente? Le Tribunal s'est donc trompé, affirme l'appelante, en axant son évaluation de la diminution sensible de la concurrence à peu près exclusivement sur la question restreinte de savoir si le PDS empêchait l'entrée de concurrents (*competitors*) ou le changement

[31] In response, the respondent submitted two main arguments challenging the Commissioner's proposed "but for" test. First, the respondent argued that the "but for" test was a "novel approach", which the Commissioner had never before advocated before the Tribunal, either in this case or in prior proceedings under section 79. As a result, the respondent contended, the appellant is precluded from introducing this new argument at the appellate level. In this regard, the respondent cited this Court's comments in *Gravel and Lake Services Ltd. v. Bay Ocean Management Inc.* (2002), 298 N.R. 369, at paragraph 8; *SMX Shopping Centre Ltd. v. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 48, at paragraph 32; and *Naguib v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 215, at paragraph 7 for the proposition that a new argument may not be raised for the first time on appeal if the responding party would be prejudiced by having had no opportunity to adduce evidence that could, if accepted, defeat the argument. In this case, the respondent maintained that the record contains little or no evidence to establish the likely characteristics of the necessary hypothetical "but for" market. Moreover, Canada Pipe would have argued its case very differently had it had notice at the Tribunal level of the Commissioner's new "but for" test; in particular, it would have retained experts to model the hypothetical comparator markets that would exist "but for" the SDP.

[32] Second, or in the alternative, the respondent asserted that the Tribunal adopted the correct, well-established approach in its determination under paragraph 79(1)(c), and properly considered all relevant factors. The Tribunal reached its conclusion by carefully exercising its considerable expertise in appraising and weighing the relevant factors, and the respondent argued that since its conclusion on this question of mixed law and fact was not unreasonable, this Court should not

de fournisseurs, autrement dit sur la question de savoir si un niveau sensible de concurrence était maintenu sur le marché pertinent; il aurait plutôt dû se poser la question plus large de savoir si le PDS représentait un obstacle ou un frein pour la concurrence qui caractériserait le marché en l'absence de ce programme.

[31] L'intimée oppose deux arguments principaux au critère de l'« absence hypothétique » proposé par la commissaire. Premièrement, soutient-elle, ce critère constitue une [TRADUCTION] « approche inédite », que la commissaire n'a jamais invoquée devant le Tribunal, que ce soit dans la présente affaire ou dans d'autres relevant de l'article 79. Par conséquent, fait valoir l'intimée, il est interdit à l'appellante de présenter ce nouveau moyen en appel. À ce propos, l'intimée a invoqué, à l'appui de la thèse qu'un nouvel argument ne peut être avancé pour la première fois en appel dans le cas où la partie intimée en subirait un préjudice du fait de n'avoir pas eu la possibilité de produire des éléments de preuve qui, acceptés, eussent pu réfuter cet argument, les observations formulées par notre Cour : au paragraphe 8 de *Gravel and Lake Services Ltd. c. Bay Ocean Management Inc.*, 2002 CAF 465; au paragraphe 32 de *SMX Shopping Centre Ltd. c. Canada*, 2003 CAF 479; et au paragraphe 7 de *Naguib c. Canada*, 2004 CAF 40. Pour ce qui concerne la présente espèce, l'intimée soutient que le dossier ne contient pas, ou guère, d'éléments de preuve tendant à établir les caractéristiques probables du marché hypothétique qu'il faudrait décrire aux fins de comparaison. En outre, Tuyauteries Canada aurait fait valoir des moyens très différents si elle avait été informée au niveau du Tribunal du nouveau critère de l'« absence hypothétique » proposé par la commissaire; en particulier, elle aurait engagé des experts pour modéliser, aux fins de comparaison, le marché qui existerait hypothétiquement « en l'absence » du PDS.

[32] Deuxièmement, ou subsidiairement, l'intimée soutient que le Tribunal a adopté l'approche qui convient, déjà bien établie, pour arriver à sa conclusion sous le régime de l'alinéa 79(1)c), et qu'il a régulièrement pris en considération tous les facteurs pertinents. Le Tribunal est arrivé à cette conclusion en exerçant avec soin son expertise considérable dans l'appréciation et la pondération des facteurs pertinents et, comme sa décision sur cette question mixte de droit

interfere.

[33] Although initially appealing, the respondent's first argument cannot be sustained, for several reasons. The legal principle cited by the respondent, with respect to the impropriety of an appellate court considering an entirely new argument which had not been raised below and in relation to which additional evidence is required, is indeed well established: see, for example, *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at page 240; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at paragraph 26; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 58. However, this principle is inapplicable in the instant case, for the appellant's argument is not in fact "entirely new" (*Perka*, at page 240). As I explain further below, although the Competition Tribunal has not used the "but for" wording in its previous cases, this wording appears in *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* issued by the appellant, and the substance of this legal test has been articulated and applied by the Tribunal in prior decisions. The respondent thus had ample notice of this argument. Moreover, the primary concern underlying the general prohibition—namely, that the evidentiary record is insufficient to support the new argument (*Keegstra*, at paragraph 26)—also does not apply in this case, for the Commissioner bears the burden of establishing each statutory element; if insufficient evidence exists to meet the "but for" test, no order will issue.

[34] As to the respondent's second argument, I am not persuaded that the Tribunal's error with respect to its determination under paragraph 79(1)(c) is one of mixed law and fact. The appellant's argument calls for an exercise of statutory interpretation, to determine whether the statutory language indeed mandates a particular analytic approach. As the Supreme Court of Canada noted in *Canada (Director of Investigation and*

et de fait n'est pas déraisonnable, la Cour ne devrait pas la remettre en cause.

[33] Bien que séduisant à première vue, le premier argument de l'intimée ne peut être retenu, pour plusieurs raisons. Le principe juridique invoqué par l'intimée, selon lequel il n'est pas permis à une cour d'appel de prendre en considération un argument entièrement nouveau qui n'a pas été avancé en première instance et à l'égard duquel de nouveaux éléments de preuve sont nécessaires, est effectivement bien établi; voir par exemple : *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 R.C.S. 154; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la page 240; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, au paragraphe 26; et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 58. Cependant, ce principe n'est pas applicable à la présente espèce, car l'argument de l'appelante n'est pas en fait « entièrement nouveau » (*Perka*, à la page 240). Comme je l'explique de manière plus détaillée ci-dessous, s'il est vrai que le Tribunal de la concurrence n'a pas employé la terminologie de l'« absence hypothétique » dans sa jurisprudence, l'expression « en l'absence de » figure textuellement à ce propos dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* publiées par l'appelante, et le Tribunal a formulé et appliqué la substance de ce critère juridique dans des décisions antérieures. L'intimée a donc été informée largement à l'avance de cet argument. En outre, la crainte principale qui sous-tend l'interdiction générale—à savoir celle que le dossier de la preuve ne suffise pas à étayer le nouvel argument (*Keegstra*, au paragraphe 26)—n'a pas lieu d'être dans la présente espèce, étant donné que la commissaire a la charge d'établir la réalisation de chacune des conditions prévues par la Loi; si la preuve produite ne suffit pas à remplir le critère de l'« absence hypothétique », il ne sera pas rendu d'ordonnance.

[34] Quant au deuxième argument de l'intimée, je ne suis pas persuadée que l'erreur commise par le Tribunal dans la conclusion qu'il a formulée sous le régime de l'alinéa 79(1)c) ait pour objet une question mixte de droit et de fait. L'argument de l'appelante nécessite une opération d'interprétation de la Loi, destinée à établir si le libellé de celle-ci prescrit effectivement un mode d'analyse déterminé. Comme la Cour suprême du

Research) v. *Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 36 (*Southam*), questions of statutory interpretation “are generally questions of law,” as such questions have “the potential to apply widely to many cases”. In the case at bar, the Tribunal’s actual appraisal and weighting of different factors—that is, the question of mixed law and fact—is a secondary question, arising only once it has been determined whether the correct legal test was applied. While the Tribunal has economics and competition law expertise in relation to the determinations of fact and mixed law and fact required for the application of the correct legal test, this is not sufficient to displace the expertise of this Court with respect to statutory interpretation itself. As this Court has previously determined—and indeed, the parties do not dispute—the Tribunal’s conclusions on questions of law are to be reviewed on the standard of correctness: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185 (C.A.) (*Superior Propane*), at paragraph 88.

(1) The legal test under paragraph 79(1)(c)

[35] In light of the appellant’s argument, I must consider the correct statutory interpretation of paragraph 79(1)(c), which, for convenience’s sake, I set out again:

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

...

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

[36] Two aspects of the scope of paragraph 79(1)(c) are immediately evident from the wording. First, the effect on competition is to be assessed by reference to up to three different time frames: actual effects in the past or present, and likely effects in the future. Second, the effect on competition which must be proven to ground an order prohibiting an abuse of dominance is one of substantial preventing or lessening. The requisite

Canada le faisait observer au paragraphe 36 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*), les questions d’interprétation des lois « sont généralement des questions de droit », étant donné qu’elles sont « susceptible[s] de s’appliquer à un grand nombre de cas ». Dans la présente espèce, l’opération effective d’évaluation et de pondération de divers facteurs accomplie par le Tribunal—c’est-à-dire la question mixte de droit et de fait—est une question secondaire, qui se pose seulement une fois qu’on a établi si le Tribunal a appliqué le critère juridique qui convient. S’il est vrai que le Tribunal possède une expertise en science économique et en droit de la concurrence pour ce qui concerne les conclusions de fait et les conclusions mixtes de droit et de fait qu’exige l’application du critère juridique approprié, cette expertise ne suffit pas à remplacer celle de notre Cour en matière d’interprétation des lois. Or, comme notre Cour l’a déjà établi—et, en fait, les parties ne le contestent pas—, les conclusions du Tribunal sur des questions de droit doivent être contrôlées suivant la norme de la décision correcte : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.) (*Supérieur Propane*), au paragraphe 88.

1) Le critère juridique prévu à l’alinéa 79(1)(c)

[35] L’argument de l’appelante m’oblige à examiner la question de l’interprétation correcte de l’alinéa 79(1)(c), que je reproduis ici de nouveau pour la commodité du lecteur :

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

[. . .]

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

[36] Deux aspects de la portée de l’alinéa 79(1)(c) ressortent immédiatement de son libellé. Premièrement, l’effet sur la concurrence doit être évalué par rapport aux trois divisions du temps : il faut prendre en considération l’effet réel dans le passé et dans le présent, et l’effet vraisemblable dans l’avenir. Deuxièmement, l’effet sur la concurrence qui doit être établi pour motiver une ordonnance d’interdiction d’abus de

assessment is thus a relative one: it is not the absolute level of competition in a market which must be substantial, but rather the preventing or lessening of competition that results from the impugned practice must be substantial.

[37] The test mandated by paragraph 79(1)(c) is not whether the relevant markets would or did attain a certain level of competitiveness in the absence of the impugned practice, or whether the level of competitiveness observed in the presence of the impugned practice is “high enough” or otherwise acceptable. These are absolute evaluations, while the statutory language of “effect of preventing or lessening . . . substantially” clearly demands a relative and comparative assessment. In order to achieve the inquiry dictated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”. This comparison must be done with reference to actual effects in the past and present, as well as likely future effects. Only through such a comparative approach can the Tribunal determine, as the statutory provision requires, whether the impugned practice “has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially”.

[38] The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. Apart from its arguments concerning the evidentiary difficulties involved in the application of such a test at the appeal stage in this case, the respondent did not advance any reasons of principle or statutory interpretation as to why this approach to paragraph 79(1)(c) is incorrect or inappropriate. I would therefore endorse the formulation of the legal test proposed by the appellant: the question that must be assessed for the purposes of paragraph 79(1)(c) is, would the relevant markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice of anti-competitive acts?

position dominante est le fait de l’empêcher ou de la diminuer sensiblement. L’évaluation prescrite revêt donc un caractère relatif : ce n’est pas le niveau absolu de la concurrence sur un marché qui doit être sensible, mais plutôt la mesure dans laquelle la concurrence est empêchée ou diminuée par suite de la pratique attaquée.

[37] Le critère dont l’alinéa 79(1)c) prescrit l’application ne consiste pas à se demander si les marchés pertinents atteindraient ou ont atteint un niveau déterminé de concurrence en l’absence de la pratique attaquée, ou si le niveau de concurrence observé sur le marché tel qu’il est déterminé par la présence de cette pratique est « suffisamment élevé » ou acceptable pour d’autres raisons. Ce sont là des évaluations dans l’absolu, alors que le libellé de la Loi (« pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement ») commande à l’évidence une évaluation relative et comparative. Pour mener à bien l’examen que dicte le libellé de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l’avenir. Ce n’est que par cette approche comparative que le Tribunal peut établir, comme la disposition applicable l’exige, si la pratique attaquée « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence ».

[38] Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. Mis à part ses arguments touchant les difficultés relatives à la preuve qu’entraîne l’application d’un tel critère à l’étape de l’appel dans la présente affaire, l’intimée n’a avancé aucun argument de principe ou d’interprétation des lois qui tendrait à démontrer le caractère erroné ou incorrect de cette manière d’aborder l’alinéa 79(1)c). En conséquence, je suis d’avis de souscrire à la formulation du critère juridique proposée par l’appelante : la question qui doit être examinée pour l’application de l’alinéa 79(1)c) est celle de savoir si les marchés pertinents auraient été, ou seraient actuellement ou dans

[39] It is important to note that the “but for” wording appears in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* issued by the appellant, which Guidelines are expressly intended to “help the general public, business people, and their legal and economic advisors to better understand . . . the general approach taken by the Competition Bureau . . . to enforce these provisions” (see *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*, section 1.1). In describing the Commissioner’s approach to assessing the effects of anti-competitive acts for the purposes of paragraph 79(1)(c), the Guidelines employ the “but for” wording (see section 3.2.4).

[40] The expression “but for” has also appeared in American antitrust jurisprudence. In *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), at page 1055, the Court referred to the difficulty of constructing a hypothetical market:

Notwithstanding the complex nature of the conduct at issue, Dr. Hall was required to construct a hypothetical market, a “but for” market, free of the restraints and conduct alleged to be anticompetitive. The difficulty of such a task has long been recognized by courts in antitrust cases. [Emphasis added.]

[41] In substance, the “but for” interpretation of paragraph 79(1)(c) is also accordant with the Tribunal’s interpretations in earlier abuse of dominance cases. Although the “but for” wording does not appear in the statutory provision or in previous Tribunal decisions, this legal test does not, as the respondent alleges, “amount . . . to an attempt by the Commissioner to re-write the Act at the appellate stage of this

l’avenir, sensiblement plus concurrentiels en l’absence de la pratique attaquée d’agissements anti-concurrentiels.

[39] Il est important de noter que les termes « en l’absence de » (*but for*) apparaissent à ce propos dans les *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante* publiées par l’appelante, lesquelles, expressément, « s’adressent au grand public, ainsi qu’aux gens d’affaires et à leurs conseillers juridiques et économiques » et ont été conçues « pour les aider à mieux comprendre l’objet des dispositions sur l’abus de position dominante, et l’approche généralement suivie par le Bureau de la concurrence [...] pour assurer leur application » (voir *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante*, section 1.1). Dans l’exposé que proposent les Lignes directrices de l’approche suivie par le commissaire dans l’évaluation des effets des agissements anti-concurrentiels pour l’application de l’alinéa 79(1)c), on retrouve textuellement les termes « en l’absence de » (*but for*) (voir la section 3.2.4).

[40] L’expression *but for* (« en l’absence de » ou « absence hypothétique ») apparaît aussi dans la jurisprudence antitrust américaine. On trouve ainsi à la page 1055 de *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), le passage suivant touchant la difficulté de construire un marché hypothétique :

[TRADUCTION] Malgré la nature complexe du comportement en question, il a été demandé à M. Hall de construire un marché fondé sur l’« absence hypothétique » des restrictions et du comportement dont on affirme le caractère anti-concurrentiel. La difficulté d’une telle tâche est reconnue depuis longtemps par les tribunaux judiciaires appelés à statuer dans des affaires antitrust. [Non souligné dans l’original.]

[41] L’interprétation de l’alinéa 79(1)c) fondée sur le critère de l’« absence hypothétique » s’accorde aussi en substance avec les interprétations données par le Tribunal dans les affaires antérieures d’abus de position dominante. Bien que les expressions « en l’absence de » ou « absence hypothétique » ne figurent à ce propos ni dans la disposition législative applicable ni dans les décisions antérieures du Tribunal, ce critère juridique

proceeding” (respondent’s memorandum of fact and law, paragraph 102). Rather, the “but for” test reflects the plain meaning of the statutory language of paragraph 79(1)(c), and corresponds to the Tribunal’s analysis in its previous decisions with respect to this provision.

[42] The Tribunal’s use of a comparative and relative test for paragraph 79(1)(c) is evident in its descriptions, in previous abuse of dominance cases, of the appropriate analytic approach for determining whether there exists an actual or likely substantial lessening of competition. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.) (*Laidlaw*), the Tribunal specifically endorsed an assessment based upon comparison of the competitiveness of the relevant markets with and without the impugned practice (at pages 344-346):

Laidlaw argues that the Director has not demonstrated that there has been any substantial lessening of competition in the relevant markets. It is argued that no analysis has been done of the state of competition in the markets before Laidlaw entered compared to what exists now.

...

It is not just the number of competitors and comparative market shares which are relevant in considering whether a substantial lessening of competition has occurred. . . . [T]he substantial lessening which is to be assessed need not necessarily be proved by weighing the competitiveness of the market in the past with its competitiveness at present. Substantial lessening can also be assessed by reference to the competitiveness of the market in the presence of the anti-competitive acts and its likely competitiveness in their absence. [Emphasis added.]

Similarly, in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (*D & B*), the Tribunal described as follows the appropriate approach to assessing the existence of a substantial lessening of competition (at page 267):

n’équivaut pas, comme l’affirme l’intimée, [TRADUCTION] « à une tentative de réécriture de la Loi par la commissaire à l’étape de l’appel de la présente affaire » (exposé des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 102). Le critère de l’« absence hypothétique » correspond en effet à la fois au sens manifeste du libellé de l’alinéa 79(1)c) et à l’analyse effectuée par le Tribunal dans ses décisions antérieures pour l’application de cet alinéa.

[42] L’utilisation par le Tribunal d’un critère comparatif et relatif pour l’alinéa 79(1)c) ressort à l’évidence des définitions qu’il a proposées dans les affaires antérieures d’abus de position dominante du mode d’analyse à appliquer pour établir s’il y a eu, s’il y a ou s’il y aura vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Ainsi aux pages 116, 118 et 119 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (*Laidlaw*), le Tribunal a expressément souscrit à l’idée d’une évaluation fondée sur la comparaison des niveaux de concurrence des marchés pertinents selon que la pratique attaquée y est ou non présente :

Laidlaw soutient que le directeur n’a pas fait la preuve qu’il y eu diminution sensible de la concurrence dans les marchés pertinents. Elle soutient qu’aucune analyse n’a été effectuée eu égard à l’état de la concurrence dans ces marchés avant et après l’entrée dans les marchés de Laidlaw.

[. . .]

Il ne faut pas s’en tenir seulement au nombre de concurrents et à leur part relative du marché pour établir s’il y a eu diminution sensible de la concurrence [...] [P]our établir qu’il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n’est pas nécessaire de comparer, chiffres à l’appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd’hui. On peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anticoncurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l’absence de ces agissements. [Non souligné dans l’original.]

De même, à la page 88 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, CT-1994-001 (*D & B*), le Tribunal décrivait comme suit la marche à suivre pour établir s’il existe une diminution sensible de la concurrence :

First, we must establish what the conditions of entry would be without the exclusives [the impugned practice of anti-competitive acts] and, then, determine how the anti-competitive acts altered the prospects for economically feasible entry.

The correspondence between these formulations and the “but for” test described above is readily apparent.

[43] The Tribunal’s previous abuse of dominance decisions also highlight the centrality of relative comparison in the test mandated by paragraph 79(1)(c). The test for substantial lessening of competition articulated by the Tribunal in *NutraSweet, Laidlaw*, and *D & B*, in all cases depends upon this relative comparative aspect (*NutraSweet*, at page 47):

The factors to be considered in deciding whether competition has been or is likely to be substantially lessened are similar to those that were discussed in concluding that NSC [NutraSweet Co.] has market power [that is, market share and entry barriers]. In essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by NSC preserve or add to NSC’s market power.

The issue with respect to the contract terms associated with exclusivity and the use of the United States patent as leverage in competing for Canadian customers is the degree to which these anti-competitive acts add to the entry barriers into the Canadian market and, additionally therefore, into the industry. [Emphasis added.]

Laidlaw, at pages 347-348:

There is no reason to doubt that based solely on the economics of lift-on-board service that these should be highly competitive markets. The evidence shows, however, that the effect of the contracts is to make entry sufficiently difficult so that it no longer effectively polices the market. The evidence demonstrates that a new firm can acquire a certain number of customers but that it cannot establish a customer base with sufficient rapidity to make entry attractive. In the markets in question there is no doubt that acquisition practices of *Laidlaw* buttressed by the creation of artificial barriers to entry through the contracts have resulted in a substantial lessening of competition. [Emphasis added.]

Premièrement, nous devons déterminer quelles seraient les conditions d’accès au marché en l’absence des clauses d’exclusivité [la pratique d’agissements anti-concurrentiels attaquée], puis dans quelle mesure les agissements anti-concurrentiels ont modifié la perspective d’une entrée économiquement viable sur le marché.

On constate une correspondance manifeste entre ces formulations et le critère de l’« absence hypothétique » défini plus haut.

[43] Les décisions antérieures du Tribunal en matière d’abus de position dominante font également ressortir le caractère central de la comparaison relative dans le critère dont l’alinéa 79(1)c prescrit l’application. Le critère de la diminution sensible de la concurrence formulé par le Tribunal dans *NutraSweet, Laidlaw* et *D & B*, dépend dans tous les cas de cet aspect relatif et comparatif (*NutraSweet*, à la page 91) :

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer si la concurrence a été ou risque d’être diminuée sensiblement sont semblables à ceux qui ont été mentionnés au moment où il a été conclu que NSC [NutraSweet Co.] constitue une puissance sur le marché [ces facteurs sont la part de marché et les obstacles à l’entrée]. Essentiellement, il faut déterminer si les agissements anticoncurrentiels auxquels se livre NSC préservent ou augmentent son emprise sur le marché.

Par rapport aux modalités des contrats relatives à l’exclusivité et à l’utilisation du brevet américain pour gagner les clients canadiens, la question est de savoir dans quelle mesure ces agissements anticoncurrentiels renforcent les obstacles à l’accès au marché canadien et, partant, à l’industrie [Non souligné dans l’original.]

Laidlaw, à la page 123 :

Il n’y a pas lieu de douter qu’en se fondant seulement sur les réalités économiques du service de vidage de conteneurs sur place, il devrait régner une vive concurrence dans les marchés. Toutefois, les éléments de preuve révèlent que les contrats ont pour conséquence de rendre l’entrée dans le marché suffisamment difficile de sorte que l’arrivée de nouvelles entreprises ne s’avère plus un moyen efficace de contrôler les prix. La preuve révèle également qu’une nouvelle entreprise peut recruter un certain nombre de clients mais qu’elle ne peut y parvenir dans un délai suffisamment court pour faire de l’entrée dans un marché une perspective attrayante. Dans les marchés en cause, il n’y a aucun doute que les pratiques d’acquisition de *Laidlaw*, conjuguées à l’imposition d’obstacles artificiels à l’entrée dans le marché, obstacles que constituent les contrats, se sont traduites par une diminution sensible de la concurrence. [Non souligné dans l’original.]

D & B, at pages 266-267:

The central issue to be decided in determining whether the Director has satisfied this third element [of subsection 79(1)] is the effect of the exclusives with retailers and the long-term contracts with customers on the conditions of entry into the market. Or, to paraphrase the words of the Tribunal in *NutraSweet*, in essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by Nielsen [*D & B*] preserve or add to Nielsen's market power. [Emphasis added.]

Clearly, the assessment envisaged and undertaken by the Tribunal in all these cases was not merely an absolute evaluation of the level of competition in the relevant markets, but rather a relative comparison: did the impugned practice result in a preventing or lessening of competition as compared to the conditions governing in the absence of the practice, and was this lessening of a degree sufficient to be considered substantial?

[44] Based upon the plain meaning of the statutory language, and supported by the interpretation advanced by the Tribunal in its earlier cases, I conclude therefore that paragraph 79(1)(c) mandates an approach that properly accentuates these comparative and relative aspects, and enables this analysis to be undertaken in respect of each of the three specified time frames (past, present and future). As I have explained, the “but for” test is one such approach. I must emphasize, however, as the Tribunal rightly implied in the passage from *Laidlaw* quoted in paragraph 39 above, that the “but for” test is not necessarily the only correct approach. I therefore expressly leave open the possibility that the Tribunal might in a future abuse of dominance case find evidence corresponding to a different test sufficient to discharge the burden placed upon the Commissioner by virtue of paragraph 79(1)(c). However, as the “but for” test describes an approach that corresponds to the requirements mandated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), it is one that the Tribunal must consider in all cases—although it may in future cases choose to consider other appropriate tests as well.

D & B, à la page 88 :

La principale question à trancher lorsqu'il s'agit de décider si le directeur a fait la preuve de ce troisième élément [du paragraphe 79(1)] se rapporte à l'effet des clauses d'exclusivité liant les détaillants et des contrats à long terme conclus avec les clients sur les conditions d'entrée dans le marché. En se basant sur la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*, il faut essentiellement déterminer si les agissements anti-concurrentiels de Nielsen [*D & B*] préservent ou augmentent son emprise sur le marché. [Non souligné dans l'original.]

Manifestement, l'examen envisagé et effectué par le Tribunal dans toutes ces affaires ne consistait pas simplement en une évaluation dans l'absolu du niveau de concurrence sur les marchés pertinents, mais plutôt en une comparaison relative : la pratique attaquée, se demandait-il, a-t-elle eu pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence en comparaison de la situation définie par l'absence de cette pratique, et cette diminution, le cas échéant, était-elle suffisante pour être considérée comme sensible?

[44] Me fondant sur le sens manifeste du libellé de la Loi et, accessoirement, sur l'interprétation proposée par le Tribunal dans ses décisions antérieures, je conclus que l'alinéa 79(1)c) prescrit une approche mettant l'accent qui convient sur ces aspects comparatifs et relatifs et permettant l'application de cette analyse à chacune des trois divisions du temps visées par la Loi (passé, présent et futur). Comme je l'ai expliqué, le critère de l'« absence hypothétique » est une approche de cette nature. Je dois cependant souligner le fait que, comme le Tribunal le laisse entendre avec raison dans le passage de *Laidlaw* cité au paragraphe 39 du présent exposé, le critère de l'« absence hypothétique » n'est pas nécessairement la seule approche correcte. Je laisse donc expressément ouverte la possibilité que le Tribunal, dans une affaire ultérieure d'abus de position dominante, déclare la preuve correspondant à un critère différent suffisante pour acquitter le commissaire de la charge que prévoit l'alinéa 79(1)c). Cependant, comme le critère de l'« absence hypothétique » est une approche correspondant aux conditions qui doivent obligatoirement être remplies selon le libellé de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal doit en envisager l'application dans tous les cas—encore que, dans des affaires ultérieures, il puisse

décider d'envisager également l'utilisation d'autres critères appropriés.

(2) Application of the statutory test for paragraph 79(1)(c)

[45] In practice, the application of the “but for” test, and in particular, determination of the appropriate methodology in any given case, is a matter for which the Tribunal is better qualified than this Court. This Court should not attempt to prescribe in the abstract the “correct” methodology, for “[s]uch a task is beyond the limits of the Court’s competence” (*Superior Propane*, at paragraph 159). As the Supreme Court of Canada observed in *Southam*, at paragraph 52, for the questions of mixed law and fact involved in the application of the legal tests set out in the *Competition Act*, “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”.

[46] As suggested by the parties in the case at bar, application of the “but for” test could conceivably involve the construction of a hypothetical comparator model, a market identical to reality in all respects except that the impugned practice is absent. In appropriate circumstances, the “but for” test might also be applied by comparing the competitiveness of the market across time, and treating the market conditions before and after the introduction of the impugned practice as proxies for the market with and without the practice. However, I would not want to be seen to suggest that any particular type of evidence would necessarily be required. Ultimately, the Commissioner bears the burden of proof for each requisite element, and the Tribunal must be convinced on the balance of probabilities. The evidence required to meet this burden can only be determined by the Tribunal on a case-by-case basis.

2) L'application du critère prévu à l'alinéa 79(1)c)

[45] Du point de vue pratique, le Tribunal est plus qualifié que notre Cour pour appliquer le critère de l'« absence hypothétique » et, en particulier, pour établir la méthode qui convient à un cas déterminé. Notre Cour ne devrait pas essayer de prescrire dans l'abstrait la méthode « correcte », car « [c]ette tâche va au-delà des limites de sa compétence » (*Supérieur Propane*, au paragraphe 159). Comme le faisait observer la Cour suprême du Canada au paragraphe 52 de *Southam*, à propos des questions mixtes de droit et de fait que soulève l'application des critères juridiques prévus par la *Loi sur la concurrence*, « 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 ».

[46] Ainsi que l'ont fait remarquer les parties à la présente espèce, il se pourrait bien que l'application du critère de l'« absence hypothétique » comporte la construction d'un modèle hypothétique aux fins de comparaison, c'est-à-dire d'un marché identique au marché réel à tous égards, sauf que la pratique attaquée en serait absente. Dans le cas où le contexte s'y prêterait, on pourrait aussi appliquer le critère de l'« absence hypothétique » en comparant les niveaux de concurrence du marché dans le temps et en considérant les caractéristiques du marché avant et après l'introduction de la pratique attaquée comme des valeurs de remplacement des caractéristiques du marché avec et sans la pratique en question. Cependant, je ne voudrais pas qu'on croie que je laisse ici entendre que tel ou tel type de preuve devrait nécessairement être produit. En dernière analyse, c'est au commissaire qu'incombe la charge de la preuve de la réalisation de chaque condition prévue par la Loi, et il doit convaincre le Tribunal suivant la prépondérance de la preuve. La nature des éléments de preuve nécessaires pour s'acquitter de cette charge ne peut être établie que par le Tribunal, au cas par cas.

[47] The Act does, however, provide some guidelines which should be borne in mind in undertaking the assessment mandated by paragraph 79(1)(c). In this regard, I would adopt *mutatis mutandis* the advice provided by Evans J.A. in *Superior Propane* [at paragraph 160] with respect to the methodology appropriate for determining the anti-competitive “effects” of a merger under section 96 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] of the Act:

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

Similarly, whatever methodology the Tribunal chooses in any given case in its application of the “but for” analysis required under paragraph 79(1)(c) must be sufficiently flexible to allow a full assessment of all factors relevant in the particular fact situation at issue, and must be reflective of the different objectives of the Act.

[48] In *Superior Propane*, at paragraphs 104-112, this Court looked to the purposes provision of the Act, section 1.1 [as enacted *idem*, s. 19], to inform its analysis of the meaning of the word “effects” in section 96. Similarly, for the purposes of paragraph 79(1)(c), in undertaking its assessment of whether there is an actual or likely substantial preventing or lessening of competition, the Tribunal must ensure that the methodology chosen to apply the “but for” test reflects the multiple purposes or objectives set out in section 1.1. Four different purposes are described in section 1.1:

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

[47] La Loi, cependant, donne certaines lignes directrices qu’il convient de ne pas oublier lorsqu’on entreprend l’examen prescrit par l’alinéa 79(1)c). À ce propos, je reprends à mon compte, *mutatis mutandis*, les observations formulées par M. le juge Evans dans *Supérieur Propane* [au paragraphe 160], touchant la méthode appropriée pour établir les « effets » anti-concurrentiels d’un fusionnement sous le régime de l’article 96 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45] de la Loi :

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

De même, quelle que soit la méthode que le Tribunal choisisse dans une affaire déterminée pour effectuer l’analyse fondée sur l’« absence hypothétique » qu’exige l’alinéa 79(1)c), elle doit être suffisamment souple pour permettre la pleine appréciation de tous les facteurs pertinents dans la situation de fait particulière qui lui est présentée et elle doit refléter les différents objectifs de la Loi.

[48] Aux paragraphes 104 à 112 de *Supérieur Propane*, notre Cour a examiné la disposition de déclaration d’objet (l’article 1.1 [édicte, *idem*, art. 19]) de la Loi pour éclairer son analyse de la signification du terme « effets » aux fins d’application de l’article 96. De même, pour l’application de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal doit s’assurer, avant d’entreprendre son analyse pour établir si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, que la méthode choisie pour appliquer le critère de l’« absence hypothétique » reflète bien les objets ou objectifs multiples énoncés à l’article 1.1. Cet article énumère quatre objets distincts :

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

participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

All of these purposes must be reflected in the methodology adopted by the Tribunal to assess the existence of an actual or likely substantial lessening of competition for the purposes of paragraph 79(1)(c).

(3) The Tribunal's paragraph 79(1)(c) decision

[49] Having articulated the legal test for paragraph 79(1)(c), I turn now to an analysis of what the Tribunal actually did in the case at bar. The Tribunal's analysis directly concerning paragraph 79(1)(c) is brief, and I will therefore quote it in its entirety (at paragraphs 263-266):

The Tribunal, as stated above, is satisfied that Bibby does exercise market control. This can be traced to a number of factors and specifically to the fact that Bibby is the only Canadian supplier able to supply full product lines. The SDP is certainly an instrument that helps Bibby market its products, but the Tribunal is not satisfied that the SDP has been shown to be a practice of anti-competitive acts. If, however, the Tribunal has erred in this assessment, the Tribunal is also of the view that the SDP has not been shown to be a practice that has substantially lessened or prevented competition, for the reasons that follow.

The Tribunal has accepted the Commissioner's submission that there are three distinct product markets, and six geographic markets. Therefore, the Commissioner has the onus of establishing a substantial lessening or prevention of competition in eighteen separate markets. Yet the Commissioner has not established to the Tribunal's satisfaction that the SDP has led to substantial lessening or prevention of competition in any of these markets.

In Western Canada and in Ontario, which represent approximately 75 percent of Bibby's market, there is significant evidence of competitive pricing, notwithstanding the SDP. This competitive pricing is due to imports and to the emergence of a new manufacturer. Although imports still represent a relatively small portion of the cast iron DWV markets, they have been steadily increasing and have had a noticeable impact on prices of cast iron DWV products. In

canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Tous ces objets doivent trouver leur expression dans la méthode qu'adoptera le Tribunal en vue d'établir, sous le régime de l'alinéa 79(1)c), si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement.

3) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c)

[49] Après avoir formulé le critère juridique applicable dans le cas de l'alinéa 79(1)c), j'aborderai maintenant l'examen des conclusions que le Tribunal a effectivement établies dans la présente affaire. L'analyse du Tribunal qui concerne directement l'alinéa 79(1)c) est brève, de sorte que j'en citerai ici l'intégralité (aux paragraphes 263 à 266) :

Le Tribunal, comme nous le disions précédemment, constate que Bibby exerce effectivement un contrôle sur le marché. Ce contrôle s'explique par plusieurs facteurs, notamment par le fait que Bibby est le seul fournisseur canadien capable d'offrir des lignes complètes. Le PDS aide certes Bibby à commercialiser ses produits, mais le Tribunal estime qu'il n'a pas été établi que ce programme constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Toutefois, pour le cas où cette conclusion serait erronée, le Tribunal conclut aussi qu'il n'a pas été établi que le PDS soit une pratique qui ait eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, et ce, pour les motifs que nous allons exposer.

Le Tribunal a accepté la conclusion de la commissaire selon laquelle nous avons ici affaire à trois marchés de produit distincts et à six marchés géographiques. Par conséquent, il incombait à la commissaire de prouver que la concurrence est empêchée ou diminuée sensiblement sur 18 marchés distincts. Or, elle n'a pas convaincu le Tribunal que le PDS ait eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur aucun de ces marchés.

Des éléments de preuve convaincants établissent que, malgré le PDS, des prix concurrentiels ont cours dans l'Ouest canadien et en Ontario, qui représentent environ 75 pour 100 du marché de Bibby. Cette concurrence des prix est attribuable aux importations et à l'émergence d'un nouveau fabricant. Si elles ne forment qu'une proportion relativement restreinte du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, les importations progressent régulièrement et exercent un effet

addition, a new competing manufacturer has emerged for the first time in thirty years and has succeeded in capturing 10 percent of the market in Canada within four years, while the SDP was in effect. There is clearly effective entry in the market by Vandem, as evidenced by the lowering of prices for cast iron DWV products in Ontario. As discussed earlier, in these reasons, its viability remains to be determined. It is the Tribunal's view, however, that the evidence shows that a number of factors, unrelated to the SDP, will bear on Vandem's future. In consequence, the Tribunal is of the view that the SDP has not brought about a substantial lessening or prevention of competition for the Ontario and Western markets.

The Tribunal acknowledges that for Quebec and the Maritimes, which represent 25 percent of the market, prices appear not to have been constrained by competition. This, however, does not necessarily lead to a conclusion that the SDP has caused the lack of competition. The data provided by the Commissioner relate only to the period of time when the SDP was operating. Dr. Ross based his arguments concerning market power on pricing information covering the period of January 1998 to September 2003. The Tribunal has no historical data which would allow it to measure the state of competition before and after the SDP came into effect. Canada Pipe bought the assets of Canada's only manufacturer of cast iron DWV products, the Gooding foundries, a well-established player with no significant rivals. As well, Bibby has been and continues to be the only producer of a full line of products. The Tribunal therefore finds that there is insufficient evidence for it to conclude that the SDP is responsible for a substantial lessening or prevention of competition. [Footnote omitted.]

[50] The Tribunal's substantive analysis for the purpose of paragraph 79(1)(c) is contained in two paragraphs, 265 and 266. Paragraph 265 considers the evidence with respect to the geographic markets of Western Canada and Ontario, and paragraph 266 considers that with respect to Quebec and the Maritimes. The Tribunal's stated reasons for concluding that substantial lessening of competition had not been established are very different for the two geographic groupings. In both cases, however, the Tribunal's reasoning evinces errors of law.

[51] For Western Canada and Ontario, the reasons show that the Tribunal's conclusion was based upon its appreciation of three main factors: the existence of

sensible sur les prix de ces produits. De plus, un nouveau fabricant est entré en lice pour la première fois en 30 ans et a réussi à s'emparer de 10 pour 100 du marché canadien en quatre ans, pendant que le PDS était en vigueur. L'entrée de Vandem sur le marché est manifestement productrice d'effet, comme le montre la baisse des prix des produits considérés en Ontario. Ainsi que nous le notions précédemment, la viabilité de Vandem reste à déterminer. Cependant, selon le Tribunal, la preuve montre que l'avenir de Vandem dépend de plusieurs facteurs, qui ne sont pas liés au PDS. En conséquence, le Tribunal conclut que le PDS n'a pas eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de l'Ontario et de l'Ouest.

Le Tribunal reconnaît que, au Québec et dans les Maritimes, qui représentent 25 pour 100 du marché, les prix ne paraissent pas avoir subi l'effet de la concurrence. Mais ce fait ne mène pas nécessairement à la conclusion que l'absence de concurrence soit attribuable au PDS. Les renseignements produits par la commissaire ne portent que sur la période où le PDS était en vigueur. M. Ross a fondé son argumentation concernant la puissance commerciale sur des renseignements relatifs aux prix applicables à la période de janvier 1998 à septembre 2003. Le Tribunal ne dispose pas de données chronologiques qui lui permettraient de mesurer l'état de la concurrence avant et après l'entrée en vigueur du PDS. Tuyauteries Canada a acquis le capital des fonderies de Gooding, entreprise solidement établie et sans rivaux importants, qui était alors le seul fabricant canadien de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. En outre, Bibby était et continue d'être la seule entreprise à produire une ligne complète. En conséquence, le Tribunal estime ne pas disposer d'une preuve suffisante pour conclure qu'il faille attribuer au PDS l'effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. [Note de bas de page omise.]

[50] L'analyse de fond du Tribunal, pour ce qui concerne l'alinéa 79(1)c), tient toute dans les paragraphes 265 et 266. Le paragraphe 265 examine la preuve en ce qui a trait aux marchés géographiques de l'Ouest canadien et de l'Ontario, et le paragraphe 266 fait de même pour le Québec et les Maritimes. Les motifs exposés par le Tribunal pour étayer sa conclusion qu'une diminution sensible de la concurrence n'a pas été établie sont très différents d'un groupement géographique à l'autre. Mais dans les deux cas, son raisonnement est entaché d'erreurs de droit.

[51] Pour ce qui concerne l'Ouest canadien et l'Ontario, l'exposé de ses motifs montre que le Tribunal fonde sa conclusion sur l'appréciation de trois facteurs

competitive pricing, the increasing presence of imported cast iron DWV products, and the effective entry of a new cast iron DWV manufacturer, Vandem. The Tribunal emphasized that these significant features have been observed “notwithstanding the SDP” and “while the SDP was in effect” (paragraph 265), and thus concluded that the SDP had not brought about a substantial lessening or prevention of competition in Western Canada or Ontario.

[52] The occurrence of entry, both by importers and a new manufacturer, was evidently the key consideration in the Tribunal’s analysis with respect to the absence of substantial lessening of competition. In the context of its direct analysis of paragraph 79(1)(c), the Tribunal’s explanation of its use, for the purposes of paragraph 79(1)(c), of the evidence concerning entry is very brief: it merely noted that “a new competing manufacturer has emerged for the first time in thirty years and has succeeded in capturing 10 percent of the market in Canada within four years, while the SDP was in effect”, and concluded that “[t]here is clearly effective entry in the market by Vandem” (paragraph 265). The Tribunal also noted the “steadily increasing” presence of imports, which “[a]lthough imports still represent[ing] a relatively small portion of the cast iron DWV markets”, are said to “have had a noticeable impact on prices” (paragraph 265).

[53] This analysis of the occurrence of entry in the Western Canada and Ontario markets provides no indication that the Tribunal considered expressly whether the SDP was responsible for a substantial increase in the difficulty of gaining entry in the market, and hence a substantial lessening of competition. The occurrence of entry and the consequent existence of a certain level of competition relate to an absolute evaluation of the state of the market in the presence of the SDP, which is neither an equivalent of nor a substitute for the relative and comparative assessment that is required by the statutory language of paragraph 79(1)(c). The fact that entry has been observed in the presence of the SDP, and that barriers to entry are

principaux : l’existence de prix concurrentiels, la progression des importations de produits d’évacuation et de ventilation en fonte, et l’entrée effective d’un nouveau fabricant de tels produits, Vandem. Le Tribunal souligne que ces caractéristiques importantes ont été observées « malgré le PDS » et « pendant que le PDS était en vigueur » (paragraphe 265), et il en conclut que le PDS n’a pas eu pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de l’Ouest canadien et de l’Ontario.

[52] L’entrée effective de concurrents (*competitors*), à savoir d’importateurs aussi bien que d’un nouveau fabricant, est à l’évidence le principal facteur que le Tribunal a pris en considération dans l’analyse qui l’amène à conclure à l’absence d’une diminution sensible de la concurrence. Dans le contexte de son analyse directe de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal n’explique que très brièvement son utilisation, pour l’application de cet alinéa, de la preuve concernant l’entrée : « un nouveau fabricant est entré en lice pour la première fois en 30 ans et a réussi à s’emparer de 10 pour 100 du marché canadien en quatre ans, pendant que le PDS était en vigueur », se contente-t-il de noter, pour ensuite conclure que « [l’]entrée de Vandem sur le marché est manifestement productrice d’effet » (paragraphe 265). Le Tribunal note aussi que les importations « progressent régulièrement » et que « [s]i elles ne forment qu’une proportion relativement restreinte du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte », elles « exercent un effet sensible sur les prix de ces produits » (paragraphe 265).

[53] Rien n’indique expressément dans cette analyse de l’entrée effective de concurrents sur les marchés de l’Ouest canadien et de l’Ontario que le Tribunal ait pris en considération le point de savoir si le PDS était la cause d’un accroissement sensible de la difficulté d’entrer sur le marché, et donc d’une diminution sensible de la concurrence. L’entrée effective de concurrents et l’existence qui s’ensuit d’un certain niveau de concurrence se rapportent à une évaluation dans l’absolu de l’état du marché où le PDS est appliqué, ce qui n’équivaut pas ni ne peut se substituer à l’appréciation relative et comparative que prescrit le libellé de l’alinéa 79(1)c). Le fait que l’entrée de concurrents ait été constatée alors que le PDS était en

therefore not total, does not by itself address the question of whether, in the absence of the SDP, there would be substantially more competition in the relevant markets, in the past, present or future. In short, the Tribunal's analysis with respect to these geographic markets does not address the "but for" question.

[54] The Tribunal provided different reasoning for its conclusion in this regard concerning the Quebec and Maritimes markets (at paragraph 266). In these geographic markets, the Tribunal acknowledged that competitive pricing is absent, but cautioned that this "does not necessarily lead to a conclusion that the SDP has caused the lack of competition," as the Commissioner had not led any evidence concerning the period before the SDP was in effect. Without "historical data which would allow it to measure the state of competition before and after the SDP came into effect," and in light of other market considerations (Canada Pipe's acquisition of the assets of another cast iron DWV manufacturer, and Bibby's status as the only full-line supplier), the Tribunal concluded that "there is insufficient evidence for it to conclude that the SDP is responsible for a substantial lessening or prevention of competition" (paragraph 266).

[55] The legal error inherent in this portion of the Tribunal's paragraph 79(1)(c) analysis is manifest. As the Tribunal itself recognized in *Laidlaw*, substantial lessening "need not necessarily be proved by weighing the competitiveness of the market in the past with its competitiveness as present", for "[s]ubstantial lessening can also be assessed by reference to the competitiveness of the market in the presence of the anti-competitive acts and its likely competitiveness in their absence" (page 346). For the purposes of paragraph 79(1)(c), it is insufficient to conclude that the Commissioner had not met her burden because no historical data was provided, for the Tribunal was required to also consider whether the evidence on record demonstrated that the SDP had the effect of substantially lessening competition in the past, present or future, as compared to the markets'

vigueur et que les obstacles à l'entrée ne soient donc pas absolus dans ce contexte ne répond pas à la question de savoir si, en l'absence du PDS, il aurait existé dans le passé, ou existerait dans le présent ou l'avenir, sensiblement plus de concurrence sur les marchés pertinents. Bref, l'analyse du Tribunal concernant ces marchés géographiques ne prend pas en considération la question de l'« absence hypothétique ».

[54] Le Tribunal fonde sur un raisonnement différent sa conclusion à cet égard pour ce qui concerne le Québec et les Maritimes (paragraphe 266). Le Tribunal reconnaît que les prix ne sont pas concurrentiels sur ces marchés géographiques, mais ajoute que ce fait « ne mène pas nécessairement à la conclusion que l'absence de concurrence soit attribuable au PDS », la commissaire n'ayant pas produit d'éléments de preuve concernant la période où le PDS n'était pas encore en vigueur. Ne disposant pas de « données chronologiques qui lui permettraient de mesurer l'état de la concurrence avant et après l'entrée en vigueur du PDS » et s'appuyant sur d'autres caractéristiques des marchés (l'acquisition par Tuyauteries Canada du capital d'un autre fabricant de produits d'évacuation et de ventilation en fonte et le fait que Bibby soit la seule entreprise à fournir une ligne complète), le Tribunal déclare « ne pas disposer d'une preuve suffisante pour conclure qu'il faille attribuer au PDS l'effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence » (paragraphe 266).

[55] Cette partie de l'analyse effectuée par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c) est entachée d'une erreur de droit manifeste. Comme le Tribunal l'a lui-même reconnu dans *Laidlaw*, « pour établir qu'il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n'est pas nécessaire de comparer, chiffres à l'appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd'hui », car « [o]n peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anti-concurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l'absence de ces agissements ». Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), il ne suffit pas de conclure que la commissaire ne s'est pas acquittée de sa charge au motif qu'elle n'a pas produit

likely competitiveness in the absence of the practice. The failure to consider this possibility in this case constitutes an error of law.

[56] Can it be argued, as the respondent suggests, that the Tribunal implicitly took into account the relative and comparative considerations required under paragraph 79(1)(c)? In this vein, it could be argued that the Tribunal's paragraph 79(1)(c) reasoning depends implicitly upon its analysis undertaken in earlier sections of its decision, for the purposes of its determinations under paragraphs 79(1)(a) and (b), of the evidence concerning entry conditions and the effects of the SDP (paragraphs 141-156; and 204-254 and 260-261, respectively).

[57] However, the Tribunal's treatment in these earlier sections of its decision of the evidence concerning entry and effects reinforces my conclusion that it erred in law in its paragraph 79(1)(c) analysis. In general, this earlier analysis treats the question of entry in an absolute sense, and appears to be guided by such questions as, has entry been prevented completely, or is a certain level of competition observed in the presence of the SDP? The evidence of actual entry is explicitly accorded a dominant and even preeminent role in the Tribunal's analysis (see, for example, paragraphs 149, 156 and 161). Throughout the Tribunal's decision, evidence concerning entry or the effects of the SDP is considered against the standard of "prevention" in an absolute sense, rather than a more relative standard such as that implied by the words "impeding" or "lessening" (see paragraphs 150, 155, 207, 225, 226, 237, 241, 245, 254, 255, 260, 261). The decision does employ the words "impede" or "lessening" at several points (see paragraphs 2, 6, 53, 113, 162, 263-266, 280, 282), but these occur when the Tribunal is citing the text of the statutory provisions or paraphrasing the Commissioner's submissions, and not in the context of the Tribunal's own conclusions or analysis. In short, these earlier sections of the decision provide little if any support for the argument that the Tribunal implicitly took into account the relative and comparative considerations

de données chronologiques : il incombait au Tribunal de se demander également si la preuve au dossier établissait que le PDS avait eu, avait ou aurait pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, par comparaison au niveau de concurrence qui caractériserait vraisemblablement les marchés en cause en l'absence de la pratique attaquée. Le fait de ne pas avoir pris cette possibilité en considération constitue une erreur de droit.

[56] Peut-on soutenir, comme l'intimée le laisse entendre, que le Tribunal a implicitement pris en considération les facteurs relatifs et comparatifs dont l'alinéa 79(1)c prescrit l'examen? Dans cet ordre d'idées, on pourrait faire valoir que le raisonnement du Tribunal touchant l'alinéa 79(1)c dépend implicitement de l'analyse, qu'il a effectuée dans les sections antérieures de sa décision pour l'application des alinéas 79(1)a [paragraphes 141 à 156] et 79(1)b [paragraphes 204 à 254, 260 et 261], de la preuve relative aux conditions d'entrée et aux effets du PDS.

[57] Cependant, l'utilisation que le Tribunal a faite dans ces sections antérieures de la preuve concernant l'entrée et les effets du PDS me conforte dans ma conclusion qu'il a commis une erreur de droit dans son analyse relative à l'alinéa 79(1)c). En général, ces analyses antérieures traitent le sujet de l'entrée dans l'absolu et paraissent être guidées par des questions telles que celles de savoir si l'entrée a été complètement empêchée ou si l'on observe un certain niveau de concurrence sur les marchés caractérisés par la présence du PDS. Le Tribunal attribue explicitement dans son analyse un rôle dominant, et même le rôle principal, à la preuve de l'entrée effective (voir par exemple les paragraphes 149, 156 et 161). Tout au long de sa décision, le Tribunal examine la preuve relative à l'entrée et aux effets du PDS en fonction du critère qu'exprime le verbe « empêcher » entendu au sens absolu, plutôt que d'un critère relatif tel que sous-entendu par l'expression « faire obstacle » ou le terme « diminuer » (voir les paragraphes 150, 155, 207, 225, 226, 237, 241, 245, 254, 255, 260 et 261). On trouve bien l'expression « faire obstacle » ou le terme « diminuer » dans certains passages de la décision (voir les paragraphes 2, 6, 53, 113, 162, 263 à 266, 280 et 282), mais c'est lorsque le Tribunal cite le texte des dispositions applicables ou paraphrase les conclusions de la commissaire, et non dans le contexte de sa propre

required under paragraph 79(1)(c). To the contrary, a careful reading of the Tribunal's reasons indicates that the analysis throughout was conducted from the narrow, absolute perspective of preventing entry and competition, and not from the broader, relative and comparative perspective of "impeding" or "lessening".

(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(c)

[58] In summary, the Tribunal should have turned its mind to the question of whether, in each of the relevant markets, competitiveness was substantially lessened in the presence of the SDP, as compared to the likely state of competition in the absence of this practice. In other words, the Tribunal should have considered whether, without the SDP, the relevant product market would be substantially more competitive. Proper examination of this question might include the following considerations: whether entry or expansion might be substantially faster, more frequent or more significant without the SDP; whether switching between products and suppliers might be substantially more frequent; whether prices might be substantially lower; and whether the quality of products might be substantially greater. In this regard, identification of the occurrence of entry, or reference to evidence of competition subsisting in the presence of the impugned practice, is insufficient. I conclude therefore that the Tribunal erred in law in its analysis, for the purposes of paragraph 79(1)(c), as to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the relevant markets.

(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an "anti-competitive act"?

[59] The statutory test for an abuse of dominant position set out in section 79 is a conjunctive one: each

analyse ou de ses propres conclusions. Bref, ces sections antérieures de la décision n'étaient guère, si même elles le font tant soit peu, l'argument suivant lequel le Tribunal aurait implicitement pris en considération les facteurs relatifs et comparatifs dont l'alinéa 79(1)c) commande l'examen. La lecture attentive de l'exposé des motifs du Tribunal indique au contraire qu'il a effectué l'ensemble de son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si l'entrée et la concurrence se trouvaient empêchées, et non du point de vue plus large, relatif et comparatif, que traduisent l'expression « faire obstacle » et le terme « diminuer ».

4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)c)

[58] En résumé, le Tribunal aurait dû orienter son attention vers le point de savoir si, sur chacun des marchés pertinents, la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le PDS, en comparaison de l'état vraisemblable de la concurrence en l'absence de cette pratique. Autrement dit, le Tribunal aurait dû se demander si, en l'absence du PDS, le marché de produit pertinent aurait été sensiblement plus concurrentiel. L'examen de cette question tel qu'il doit être effectué pourrait comprendre l'analyse des points de savoir : si l'entrée ou le développement de concurrents pourrait se révéler sensiblement plus rapide, plus fréquent ou plus important en l'absence du PDS; si le changement de produits et de fournisseurs pourrait être sensiblement plus fréquent; si les prix pourraient être sensiblement plus bas; et si la qualité des produits pourrait être sensiblement supérieure. À cet égard, il ne suffit pas de constater l'entrée effective de concurrents ou d'invoquer les éléments tendant à prouver que la concurrence subsiste malgré la présence de la pratique attaquée. Je conclus donc que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'analyse qu'il a effectuée afin d'établir si, pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents.

B) Pour l'application de l'alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?

[59] Le critère que prévoit l'article 79 pour l'établissement d'un abus de position dominante est de

of the three distinct elements must be found if an order is to issue. The Tribunal found that the market control element required under paragraph 79(1)(a) was established, and this finding, which is the subject of the cross-appeal, is upheld by this Court in separate reasons. This Court must also determine whether the Tribunal erred in its findings with respect to paragraph 79(1)(b).

[60] Paragraph 79(1)(b) calls for a determination as to whether the respondent, through the SDP, “ha[s] engaged in or [is] engaging in a practice of anti-competitive acts”. The Tribunal had no difficulty recognizing the SDP as a “practice”. It wrote, at paragraph 171, that the term entails more than an isolated act but may be one occurrence that is sustained and systemic, or that has had a lasting impact on competition. It explained at paragraph 200 of its reasons that the SDP is structured, organized and applied throughout Canada, albeit with some variations in the multiplier and rebates in the different regions and that the various components of the program add up to a practice. The respondent does not appear to contest this particular finding. The dispute arises with respect to whether the SDP can be characterized as composed of “anti-competitive acts” (*agissements anti-concurrentiels*).

[61] The Commissioner argued that while the Tribunal stated the correct legal test for anti-competitive acts, which was established in previous Tribunal decisions, this was not the test that it ultimately applied in its analysis of the SDP. The Tribunal erred in law, the Commissioner asserts, by requiring proof of a link between the SDP and a decrease in competition, and by improperly extending the scope of the valid business justification doctrine. As a result, according to the Commissioner, the approach to paragraph 79(1)(b) adopted by the Tribunal conflated the discrete statutory tests established by paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c).

[62] This question is further complicated in the case at bar by the fact that this appeal represents the first time that a court has considered the legal test applicable for

nature conjonctive : chacune des trois conditions distinctes doit être remplie pour qu’une ordonnance puisse être rendue. Le Tribunal a conclu qu’était remplie la condition du contrôle du marché que prévoit l’alinéa 79(1)a), et cette conclusion, qui fait l’objet de l’appel incident, est confirmée par notre Cour dans un exposé de motifs distinct. Notre Cour doit aussi établir si le Tribunal a formulé une conclusion erronée pour ce qui concerne l’alinéa 79(1)b).

[60] L’alinéa 79(1)b) exige qu’il soit répondu à la question de savoir si l’intimée, en appliquant le PDS, « se livre [. . .] ou [s’est] livrée [. . .] à une pratique d’agissements anti-concurrentiels ». Le Tribunal a conclu sans difficulté que le PDS est une « pratique ». Il écrit au paragraphe 171 de l’exposé de ses motifs que, même si ce terme désigne plus qu’un acte isolé, un tel acte peut être considéré comme une pratique s’il est prolongé et systémique ou s’il a des répercussions durables sur la concurrence. Il explique au paragraphe 200 que le PDS est un programme structuré, organisé et appliqué à l’échelle nationale, mis à part quelques différences entre les régions sous le rapport des taux d’abattement et de ristourne, et que ses divers éléments composent effectivement une pratique. L’intimée ne semble pas contester cette conclusion. La contestation a pour objet le point de savoir si le PDS peut être défini comme composé d’« agissements anti-concurrentiels » (*anti-competitive acts*).

[61] La commissaire soutient que, si le Tribunal a formulé correctement le critère juridique applicable aux agissements anti-concurrentiels, qu’il a d’ailleurs établi dans des décisions antérieures, ce n’est pas là le critère qu’il a en fin de compte appliqué dans son analyse du PDS. Le Tribunal a commis une erreur de droit, affirme la commissaire, en exigeant la preuve d’un lien entre le PDS et un recul de la concurrence, et en étendant illégitimement la portée de la doctrine de la justification commerciale valable. Par suite, selon la commissaire, l’approche de l’alinéa 79(1)b) adoptée par le Tribunal pêche par la fusion des critères distincts que prévoient les alinéas 79(1)b) et 79(1)c).

[62] Cette question se trouve encore compliquée dans le présent appel par le fait que c’est la première fois qu’un tribunal judiciaire examine le critère juridique

the purposes of paragraph 79(1)(b). The Tribunal has considered, in prior abuse of dominance cases, the legal test and analytic methodology applicable in ascertaining the existence of an “anti-competitive act”. The Tribunal’s jurisprudence on these questions cannot by itself be determinative in the current case, as its views on questions of law are not binding on this Court. The Tribunal’s jurisprudence may however be indicative of what makes sense and what has been working in the past—if, at the same time, it corresponds to the wording of the Act.

(1) The legal test under paragraph 79(1)(b)

[63] The Act does not provide an express definition of “anti-competitive act”. Section 78 provides a list of 11 anti-competitive acts, expressly “without restricting the generality of the term”. These examples are thus illustrative only, and indeed the Tribunal has recognized in its previous decisions that conduct not specifically mentioned in section 78 can constitute an anti-competitive act (*NutraSweet*, at page 34; *Laidlaw*, at pages 331-332; *D & B*, at page 257; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) (Comp. Trib.), 1 at page 180 (*Tele-Direct*)). While clearly non-exhaustive, the illustrative list in section 78 provides direction as to the type of conduct that is intended to be captured by paragraph 79(1)(b): reasoning by analogy, a non-enumerated anti-competitive act will exhibit the shared essential characteristics of the examples listed in section 78.

[64] In *NutraSweet*, the Tribunal applied this interpretive approach to paragraph 79(1)(b), and suggested (at page 34) the following working definition of “anti-competitive act”:

A number of the acts [mentioned in section 78] share common features but . . . only one feature is common to all: an anti-competitive act must be performed for a purpose, and evidence of this purpose is a necessary ingredient. The purpose common to all acts, save that found in paragraph 78(f), is an intended negative effect on a competitor that is

applicable sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). Le Tribunal de la concurrence a lui-même examiné, dans des affaires antérieures d’abus de position dominante, le critère juridique et la méthode d’analyse à adopter pour établir l’existence d’un « agissement anti-concurrentiel ». Mais la jurisprudence du Tribunal sur ces questions ne peut en soi être considérée comme déterminante dans la présente espèce, puisque ses opinions sur les questions de droit n’ont pas valeur contraignante pour notre Cour. La jurisprudence du Tribunal peut cependant donner une idée des solutions logiques et qui se sont révélées efficaces dans le passé—à condition, toutefois, qu’elles soient conformes au libellé de la Loi.

1) Le critère juridique prévu à l’alinéa 79(1)(b)

[63] La Loi ne définit pas formellement l’expression « agissement anti-concurrentiel », mais son article 78 énumère 11 exemples d’agissements anti-concurrentiels, dont le caractère simplement indicatif est attesté par l’emploi du terme « notamment ». En fait, le Tribunal a établi dans des décisions antérieures qu’un comportement non visé explicitement à l’article 78 peut néanmoins constituer un agissement anti-concurrentiel : *NutraSweet*, à la page 65; *Laidlaw*, aux pages 87 et 88; *D & B*, à la page 70; et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (QL), au paragraphe 545 (*Télé-Direct*). Bien que manifestement exemplative et non exhaustive, la liste de l’article 78 donne une idée du type de comportement auquel le législateur veut voir s’appliquer l’alinéa 79(1)(b); il reste possible d’établir par analogie qu’un agissement anti-concurrentiel non spécifié présente les caractéristiques essentielles communes aux exemples énumérés à l’article 78.

[64] Dans *NutraSweet*, le Tribunal a appliqué ce mode d’interprétation à l’alinéa 79(1)(b) et a proposé (à la page 65) la définition opératoire suivante de l’expression « agissement anti-concurrentiel » :

Certains de ces agissements [visés à l’article 78] ont des éléments communs mais [. . .] un seul est commun à tous : l’agissement anti-concurrentiel doit avoir un but particulier dont il est nécessaire de faire la preuve. Le but commun à tous ces agissements, sauf celui de l’alinéa 78f), est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif,

predatory, exclusionary or disciplinary. [Emphasis added.]

[65] I adopt the above definition, which is very close in substance to the core characteristic of the enumerated list of section 78, save at paragraph 78(1)(f). This exception was noted by the Tribunal in *NutraSweet*.

[66] Two aspects of this definition should be noted. First, an anti-competitive act is identified by reference to its purpose. Second, the requisite purpose is an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. I will elaborate on each of these aspects in turn.

[67] First, the meaning of the term purpose deserves some comment. As the Tribunal observed in *Tele-Direct*, at page 180, “[p]urpose’ is used in this context in a broader sense than merely subjective intent on the part of the respondent . . . it might be more apt to speak of the overall character of the act in question” (emphasis added). In order to apply paragraph 79(1)(b), the purpose or character of the impugned conduct must therefore be determined. Relevant factors to be considered and weighed to determine this overarching “purpose” include the reasonably foreseeable or expected objective effects of the act (from which intention may be deemed, as I explain further below), any business justification, and any evidence of subjective intent, if available (see *Tele-Direct*, at page 180).

[68] The second aspect describes the type of purpose required in the context of paragraph 79(1)(b): to be considered “anti-competitive” under paragraph 79(1)(b), an act must have an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. The paragraph 79(1)(b) inquiry is thus focused upon the intended effects of the act on a competitor. As a result, some types of effects on competition in the market might be irrelevant for the purposes of paragraph 79(1)(b), if

viser une exclusion ou une mise au pas. [Non souligné dans l’original.]

[65] J’adopte cette définition, qui se révèle très proche en substance de la caractéristique commune fondamentale des exemples énumérés à l’article 78, exception faite de l’alinéa 78(1)(f). Cette exception est d’ailleurs notée par le Tribunal dans *NutraSweet*.

[66] Deux aspects de cette définition doivent retenir notre attention. Premièrement, l’agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but (*purpose*). Deuxièmement, le but qu’il faut établir est un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Je vais maintenant examiner successivement chacun de ces aspects de manière détaillée.

[67] Premièrement, la signification du terme but (*purpose*) appelle quelques observations. Comme le Tribunal le faisait remarquer au paragraphe 542 de *Télé-Direct* « [l’]’objet” [*purpose*] englobe davantage, dans ce contexte, que la simple intention subjective de la défenderesse [. . .] il pourrait être plus approprié de parler de la nature générale des agissements en cause » (non souligné dans l’original). Il faut donc, pour appliquer l’alinéa 79(1)(b), établir le but, l’objet ou la nature du comportement attaqué. Parmi les facteurs pertinents à examiner et à apprécier pour établir ce « but » ou cet « objet » prépondérant, il faut mentionner les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question (effets dont on peut déduire une intention réputée, comme je l’explique plus loin), la justification commerciale s’il y en a une, et tous éléments de preuve dont on dispose tendant à établir l’intention subjective (voir *Télé-Direct*, au paragraphe 543).

[68] Le deuxième aspect de la définition caractérise le but ou l’objet qu’il faut établir sous le régime de l’alinéa 79(1)(b) : pour être considéré comme « anti-concurrentiel » sous ce régime, l’agissement doit avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent, lequel effet doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse à effectuer dans le cadre de l’alinéa 79(1)(b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l’agissement sur un concurrent (*on a competitor*). Il

these effects do not manifest through a negative effect on a competitor. It is important to recognize that “anti-competitive” therefore has a restricted meaning within the context of paragraph 79(1)(b). While, for the Act as a whole, “competition” has many facets as enumerated in section 1.1, for the particular purposes of paragraph 79(1)(b), “anti-competitive” refers to an act whose purpose is a negative effect on a competitor.

[69] Adopting this interpretive approach to section 79, it is conceivable that a practice might be found to be composed of anti-competitive acts within the meaning of paragraph 79(1)(b), but at the same time, for the purposes of paragraph 79(1)(c), be held not to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the market in question.

[70] A final comment should be made with respect to the evidence required to establish an anti-competitive purpose within the meaning of paragraph 79(1)(b). It is clear from the legislative history of paragraph 79(1)(b) that evidence of subjective intent, although certainly probative if available, is not required in order to find that a given act is anti-competitive within the meaning of paragraph 79(1)(b). When Bill C-91, which eventually became the *Competition Act*, was first introduced in Parliament in December 1985, the text of paragraph (b) of the abuse of dominance provision (then section 51) read as follows:

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

...

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and the object of the practice is to lessen competition, and [Emphasis added.]

Perceived problems with the subjective intent requirement implied by the latter part of the proposed

s’ensuit que certains types d’effets sur la concurrence dans le marché pourraient se révéler dénués de pertinence pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), s’ils ne se traduisent pas par un effet négatif sur un concurrent. Il est important de bien voir que le terme « anti-concurrentiel » revêt par conséquent une signification restreinte dans le contexte de l’alinéa 79(1)(b). Si, au regard de l’ensemble de la Loi, la « concurrence » présente de multiples aspects comme en témoignent les objets énumérés à son article 1.1, le terme « anti-concurrentiel », pour l’application particulière de l’alinéa 79(1)(b), qualifie un agissement ayant pour but ou pour objet un effet négatif sur un concurrent (*competitor*).

[69] Suivant cette manière d’interpréter l’article 79, il est concevable qu’une pratique puisse être déclarée composée d’agissements anti-concurrentiels au sens de l’alinéa 79(1)(b), mais être dite en même temps, pour l’application de l’alinéa 79(1)(c), ne pas avoir pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché en question.

[70] Une dernière remarque s’impose touchant la preuve nécessaire pour établir l’existence d’un but anti-concurrentiel sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). Il ressort à l’évidence de la genèse de l’alinéa 79(1)(b) que, bien que de tels éléments soient certes probants si l’on en produit, il n’est pas nécessaire de disposer de preuve tendant à établir l’intention subjective pour conclure qu’un comportement donné est un agissement anti-concurrentiel au sens de l’alinéa 79(1)(b). Au moment de la première présentation du projet de loi C-91, qui allait devenir la *Loi sur la concurrence*, au Parlement en décembre 1985, l’alinéa b) de l’article relatif à l’abus de position dominante (alors l’article 51) était libellé comme suit :

51. (1) Lorsque le Tribunal, à la suite d’une demande du directeur, conclut :

[. . .]

b) que cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anti-concurrentiels dont le but est de réduire la concurrence, et [Non souligné dans l’original.]

Les personnes appelées à témoigner devant le Comité législatif sur le projet de loi C-91 ont été nombreuses à

paragraph (b) were frequently raised in testimony before the House of Commons Legislative Committee on Bill C-91 (see Canada, House of Commons, *Minutes of the Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-91*, First session of 33rd Parliament, 1986 at pages 2:8-9, 3:7-9, 3:17, 5:13, 5:15, 5:63-64, 6:9-10; 9:20-21; note also the contrary view expressed at pages 4:55-56, 6:57-58; 7:55-57, 7:60-63 (*Minutes of the Committee on Bill C-91*)). In response, the reference to “the object of the practice” was deleted in paragraph (b), in order to remove any subjective intent requirement from the statutory test for abuse of dominant position (see *Minutes of the Committee on Bill C-91*, at pages 11:3 and 11:32-33).

[71] On the basis of this legislative history, I would endorse the following comment by the Tribunal in *Laidlaw*, at page 342, with respect to the proper role of evidence concerning subjective intent within paragraph 79(1)(b):

Proof of subjective intention on the part of a respondent is not necessary in order to find that a practice of anti-competitive acts has occurred. Such intention is almost impossible of proof in many cases involving corporate entities unless one stumbles upon what is known as a “smoking gun”. (A document which makes it clear that the purpose of the conduct in question was to exclude competitors from the market.) Section 79 of the Act provides for a civil proceeding and civil remedies. In that context corporate actors and individuals are deemed to intend the effects of their actions.

[72] Proof of the intended nature of the negative effect on a competitor can thus be established directly through evidence of subjective intent, or indirectly by reference to the reasonably foreseeable consequences of the acts themselves and the circumstances surrounding their commission, or both.

[73] Even though evidence of subjective intent is neither required nor determinative, intention remains an important ingredient of paragraph 79(1)(b). In particular, intention is relevant in the sense that while a

évoquer les problèmes que poserait selon elles la condition de l'intention subjective impliquée par la dernière partie du texte proposé de l'alinéa b); voir Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, 1^{re} session du 33^e Parlement, 1986 (*Procès-verbaux du Comité sur le projet de loi C-91*), aux pages 2:8-9, 3:7-9, 3:17, 5:13, 5:15, 5:63-64, 6:9-10 et 9:20-21; voir aussi les pages 4:55-56, 6:57-58; 7:55-57, 7:60-63, où l'opinion contraire est exprimée. Par suite, on a rayé de l'alinéa b) la mention du « but » de la pratique, afin d'alléger de toute condition d'intention subjective le critère juridique relatif à l'abus de position dominante; voir *Procès-verbaux du Comité sur le projet de loi C-91*, aux pages 11:3 et 11:32-33.

[71] Me fondant sur cet aspect de la genèse de l'alinéa 79(1)b), j'estime devoir souscrire aux observations suivantes formulées par le Tribunal aux pages 111 et 112 de *Laidlaw*, sur le rôle qu'il convient d'attribuer à la preuve relative à l'intention subjective sous le régime de cet alinéa :

La démonstration de l'intention subjective de la défenderesse ne s'impose pas afin de conclure qu'il y a eu pratique d'agissements anticoncurrentiels. Démontrer qu'il y a eu intention subjective est souvent presque impossible lorsqu'on a affaire à de grandes entreprises, à moins de disposer d'éléments de preuve péremptoirs (par exemple, un document qui établit, sans ambiguïté, que le but visé par la pratique en question est d'évincer des concurrents du marché). L'article 79 de la Loi prévoit et des poursuites et des redressements au civil. Dans ce contexte, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'individus, ils sont réputés avoir eu l'intention de tirer profit des effets découlant de leurs agissements.

[72] On peut donc faire la preuve de la nature intentionnelle de l'effet négatif sur un concurrent soit directement, au moyen d'éléments établissant l'intention subjective, soit indirectement, en se fondant sur les conséquences raisonnablement prévisibles des agissements eux-mêmes et/ou sur les circonstances de ceux-ci.

[73] Même si la preuve de l'intention subjective n'est ni requise ni déterminante, l'intention reste un élément important de l'alinéa 79(1)b). Plus précisément, l'intention est pertinente dans la mesure où, s'il ne peut

respondent cannot disavow responsibility for the reasonably foreseeable consequences of its acts, a respondent might nevertheless be able to establish that such consequences should not, in the context of the paragraph 79(1)(b) inquiry, be considered the intended “purpose” or “overall character” of the acts in question. In appropriate circumstances, proof of a valid business justification for the conduct in question can overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable effects of the conduct, by showing that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In essence, a valid business justification provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed. To be relevant in the context of paragraph 79(1)(b), a business justification must be a credible efficiency or pro-competitive rationale for the conduct in question, attributable to the respondent, which relates to and counterbalances the anti-competitive effects and/or subjective intent of the acts. The appropriate application of the valid business justification doctrine in the context of paragraph 79(1)(b) will be further considered below, in my discussion of the Tribunal’s analysis in the case at bar.

(2) The Tribunal’s paragraph 79(1)(b) decision

[74] In the case at bar, it would appear that the Tribunal correctly articulated the legal test. At paragraph 171 of its reasons, at the outset of its review of the Tribunal’s definition of “anti-competitive acts” in its previous cases, the Tribunal stated:

In order to determine whether acts are anti-competitive, the Tribunal must consider the nature and purpose of the acts in question, as well as the impact they have or may have on the relevant market. (*Nielsen* at 257; *Laidlaw* at 333; *NutraSweet* at 34) In both *Tele-Direct* and *Laidlaw*, the Tribunal assessed the alleged anti-competitive practices by taking into account what effect they had had on competitors. [Emphasis added.]

In the course of quoting a longer passage from *Tele-Direct*, the Tribunal reproduced (at paragraph 178)

se décharger de la responsabilité des conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes, le défendeur pourrait néanmoins se révéler capable d’établir que ces conséquences, dans le contexte de l’analyse que commande l’alinéa 79(1)(b), ne devraient pas être considérées comme le « but », l’« objet » ou la « nature générale » des actes en question. Si le contexte s’y prête, la preuve d’une justification commerciale valable du comportement en cause peut l’emporter sur l’intention réputée découlant des effets réels ou prévisibles de ce comportement, en montrant que ces effets anti-concurrentiels ne constituent pas en fait l’objet prépondérant dudit comportement. Essentiellement, la justification commerciale valable forme une autre explication possible des motifs du comportement attaqué. Pour être pertinente dans le contexte de l’alinéa 79(1)(b), la justification commerciale doit être une raison fondée sur l’efficacité ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anti-concurrentiels et/ou à l’intention subjective de ce comportement et leur fait contrepoids. Je reviendrai plus loin sur l’application appropriée de la doctrine de la justification commerciale valable au contexte de l’alinéa 79(1)(b) lorsque j’examinerai l’analyse effectuée par le Tribunal dans la présente affaire.

2) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l’alinéa 79(1)(b)

[74] Dans la présente espèce, il semblerait que le Tribunal ait correctement formulé le critère juridique applicable. On peut lire ce qui suit au paragraphe 171 de l’exposé de ses motifs, au début de son examen de la définition que donne sa jurisprudence de l’expression « agissements anti-concurrentiels » :

Pour établir si des agissements donnés sont anti-concurrentiels, le Tribunal doit prendre en considération la nature et l’objet de ces agissements, ainsi que l’incidence qu’ils ont ou peuvent avoir sur le marché pertinent. (*Nielsen*, à la page 257; *Laidlaw*, à la page 333; et *NutraSweet*, à la page 34.) Dans *Télé-Direct* aussi bien que *Laidlaw*, le Tribunal a évalué les agissements dont on alléguait le caractère anti-concurrentiel en tenant compte de leurs effets sur les concurrents. [Non souligné dans l’original.]

Citant un long passage de *Télé-Direct*, le Tribunal a reproduit (au paragraphe 178) la phrase clé qu’on trouve

the key sentence from *NutraSweet*, at page 34, to the effect that the feature common to anti-competitive acts is that they are all performed for a “purpose”, namely “an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary”. This formulation was also repeated in the concluding section of the Tribunal’s decision (at paragraph 284).

[75] However, despite this correct articulation of the test, the Tribunal’s analysis of the salient features of the applicable legal test is a cause for concern. At the end of the portion of its paragraph 79(1)(b) analysis entitled “The Law”, the Tribunal summarized as follows its understanding of key aspects of the legal test (at paragraph 191):

The Tribunal [in *Tele-Direct*] has stated that there must be a link between the impugned practice and a decrease in competition. Moreover, if a practice does not appear to have an exclusionary effect or cause detriment to the consumer, it cannot be said to be anti-competitive. [Emphasis added.]

[76] This statement is incorrect, in at least two respects.

[77] First, for the purposes of paragraph 79(1)(b), a link need not be proven between the impugned practice and a decrease in competition. Quite simply, such a causal link is not part of the legal test for an anti-competitive act. Moreover, an emphasis upon evidence of this type runs the risk of obscuring the correct focus of the paragraph 79(1)(b) test. An anti-competitive act is one whose purpose is an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary. The focus of analysis is thus on the act itself, to discern its purpose. The questions as to whether a decrease in competition in the market is evident, or whether any such decrease can be causally attributed to the impugned practice, are not directly relevant for this task. Certainly, such findings are not requisite elements of the test for an anti-competitive act.

à la page 65 de *NutraSweet*, comme quoi les agissements anti-concurrentiels ont pour caractéristique commune d’avoir un « but » particulier, à savoir d’entraîner un « effet négatif intentionnel sur un concurrent [. . .] [effet qui] doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas ». Le Tribunal a aussi répété cette formule dans la conclusion de sa décision (au paragraphe 284).

[75] Cependant, bien que le Tribunal ait ainsi formulé correctement le critère juridique applicable, son analyse des caractères saillants de ce critère pose problème. À la fin de la partie de son analyse de l’application de l’alinéa 79(1)(b) intitulée « Le droit », soit au paragraphe 191, le Tribunal résume comme suit son interprétation des aspects principaux de ce critère juridique :

Le Tribunal a déclaré [dans *Télé-Direct*] qu’il doit y avoir un lien entre la pratique attaquée et la diminution de la concurrence. En outre, ne peuvent être considérées comme anti-concurrentielles les pratiques qui ne se révèlent pas avoir d’effet tendant à exclure ou causer de préjudice aux consommateurs. [Non souligné dans l’original.]

[76] Cette proposition est erronée, au moins à deux égards.

[77] Premièrement, pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), il n’est pas nécessaire d’établir un lien entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. L’établissement d’un tel lien de causalité ne fait tout simplement pas partie du critère juridique applicable aux agissements anti-concurrentiels. En outre, en mettant l’accent sur la nécessité d’une preuve de cette nature, on court le risque de faire dévier ce qui doit rester l’axe du critère de l’alinéa 79(1)(b). Un agissement anti-concurrentiel est un comportement ayant pour but un effet négatif intentionnel sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse doit donc être axée sur le comportement lui-même, dont il s’agit de discerner le but. Les questions de savoir si l’on peut constater une diminution de la concurrence sur le marché ou si la cause d’une telle diminution peut être attribuée à la pratique attaquée ne sont pas directement pertinentes à l’égard de cette tâche. De telles conclusions ne sont certainement pas des éléments nécessaires du critère de l’existence d’un agissement anti-concurrentiel.

[78] Obviously, if an act is to be found anti-competitive, there must be evidence linking the impugned practice to the requisite intended negative effect on a competitor: the practice must be found to cause or at least contribute to the intended negative effect. Such a negative effect on a competitor must also be found to be the “purpose” of the practice in question, and to this end, all relevant factors must be taken into account and weighed to determine if the requisite purpose is established. One must remember, however, that in the context of paragraph 79(1)(b), evidentiary factors are relevant only in so far as they shed light upon the paragraph 79(1)(b) statutory test, that is upon the purpose of the act vis-à-vis competitors. Evidence concerning other types of effects of the impugned act that are not related to competitors—while perhaps pertinent in respect of the paragraph 79(1)(c) assessment of competition—are not directly relevant for paragraph 79(1)(b). Similarly, evidence concerning the general competitive state and structure of the relevant market, and whether such features can be causally attributed to the impugned act, are not the direct focus of the paragraph 79(1)(b) analysis, and are more properly considered under paragraph 79(1)(c). In short, paragraph 79(1)(b) simply concerns whether the act displays the requisite intended effect on competitors; it is not directly concerned with the state of competition in the market or the general causes thereof. In directing itself to the contrary, and requiring proof of a causal link between the impugned act and a decrease in competition, the Tribunal erred.

[79] Second, the Tribunal appears mistakenly to suggest in the above-quoted passage that the impugned practice’s effects on the consumer should or could be considered within the paragraph 79(1)(b) analysis. However, contrary to what the Tribunal implies in the above quotation, “detriment to the consumer” is not a relevant independent consideration for the purposes of paragraph 79(1)(b), as evidence of this type does not relate directly to whether an act has the requisite defining characteristic of an intended negative effect on

[78] À l’évidence, pour que la pratique attaquée puisse être déclarée anti-concurrentielle, il doit y avoir des éléments de preuve qui en démontrent le lien avec le facteur nécessaire qu’est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent : il faut établir que cette pratique cause ledit effet ou, à tout le moins, y contribue. Il faut aussi établir qu’un tel effet négatif sur un concurrent constitue le « but » ou l’« objet » de la pratique en question, et il faut à cette fin prendre en considération et apprécier tous les facteurs pertinents. On doit cependant se garder d’oublier que, dans le contexte de l’alinéa 79(1)b), les facteurs de preuve n’ont de pertinence que dans la mesure où ils éclairent l’application du critère juridique de cet alinéa, c’est-à-dire le but de la pratique par rapport aux concurrents. La preuve concernant d’autres sortes d’effets du comportement attaqué qui ne sont pas liés aux concurrents, si elle peut se révéler pertinente à l’égard de l’évaluation du niveau de concurrence sous le régime de l’alinéa 79(1)c), n’a pas de pertinence directe relativement à l’alinéa 79(1)b). De même, les éléments de preuve concernant la structure et l’état généraux de la concurrence sur le marché pertinent et le point de savoir si la cause de ces caractéristiques peut être attribuée à la pratique attaquée n’intéressent pas directement l’analyse relevant de l’alinéa 79(1)b), et doivent plutôt être examinés sous le régime de l’alinéa 79(1)c). Bref, l’alinéa 79(1)b) pose purement et simplement la question de savoir si le comportement considéré a sur les concurrents l’effet intentionnel de la nature requise; il n’a pas de rapport direct avec l’état de la concurrence sur le marché ou ses causes générales. En orientant son analyse dans le sens contraire et en exigeant la preuve d’un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence, le Tribunal a commis une erreur.

[79] Deuxièmement, dans le même passage cité plus haut, le Tribunal paraît se fonder sur l’idée erronée que l’on devrait ou pourrait prendre en considération les effets de la pratique attaquée sur les consommateurs dans le cadre de l’analyse relevant de l’alinéa 79(1)b). Or, contrairement à ce que le Tribunal laisse entendre dans ce passage, le « préjudice aux consommateurs » n’est pas un facteur indépendant pertinent à prendre en considération pour l’application de l’alinéa 79(1)b), étant donné que les éléments de preuve tendant à établir

a competitor. The effect of an act on consumers may in some circumstances be relevant in assessing the credibility and weight of a proffered business justification, as I explain further below. Otherwise, however, such evidence is largely irrelevant for the purposes of the paragraph 79(1)(b) assessment, and is more appropriately considered under paragraph 79(1)(c). To the extent that the Tribunal suggests in the above-quoted sentence that “detriment to the consumer” is an independently relevant consideration for the purposes of paragraph 79(1)(b), the Tribunal therefore erred.

[80] The Tribunal thus embarked on its paragraph 79(1)(b) analysis from an incorrect foundation: it erroneously believed itself obliged to consider factors which are not relevant in the correct legal test. The Supreme Court stated in *Southam*, at paragraph 41 that “[i]f the Tribunal did ignore items of evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law.” Logically, this statement can be extended to encompass the situation of the case at bar: if the Tribunal considered items of evidence that the law requires it not to consider, then the Tribunal also erred in law. Moreover, these irrelevant factors may well have played a decisive role in this case: according to the Tribunal’s own articulation, evidence of a link between the practice and a decrease in competition was considered to be required for the purposes of paragraph 79(1)(b). Thus, to the extent that the Tribunal misdirected itself as to the applicable legal test, and as a consequence considered irrelevant factors in making its paragraph 79(1)(b) determination, the Tribunal committed a reversible error of law.

[81] The Tribunal’s erroneous interpretation of the paragraph 79(1)(b) test played a significant role in its analysis of the SDP. It is clear that in concluding that the

un tel préjudice ne se rapportent pas directement au point de savoir si un comportement donné remplit la condition nécessaire d’avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent. L’effet d’un comportement sur les consommateurs peut dans certains cas se révéler pertinent aux fins d’évaluation de la crédibilité d’une justification commerciale invoquée et de son poids, comme je l’expliquerai plus loin. Autrement, la preuve de cette nature est dans une large mesure dénuée de pertinence aux fins de l’analyse qu’exige l’alinéa 79(1)(b) et doit plutôt être prise en considération dans le cadre de l’alinéa 79(1)(c). Dans la mesure où il donne à entendre dans la phrase citée plus haut que le « préjudice aux consommateurs » est un facteur pertinent indépendant à prendre en considération pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), le Tribunal a donc aussi commis une erreur.

[80] Le Tribunal a ainsi entrepris son analyse relative à l’alinéa 79(1)(b) à partir d’un principe erroné : il s’est cru à tort obligé de prendre en considération des facteurs qui ne sont pas pertinents du point de vue du critère juridique applicable. La Cour suprême fait observer au paragraphe 41 de *Southam*, que « [s]i le Tribunal a effectivement fait abstraction d’éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit ». Logiquement, on peut étendre le sens de cette proposition de manière qu’elle s’applique à la présente espèce : si le Tribunal a pris en considération des éléments de preuve dont le droit lui commande de ne pas tenir compte, il a alors aussi commis une erreur de droit. En outre, il se pourrait bien que ces facteurs non pertinents aient joué un rôle décisif dans l’affaire qui nous occupe; si l’on en croit sa propre formulation, le Tribunal estimait nécessaire, pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), que la preuve fût faite de l’existence d’un lien entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. Par conséquent, dans la mesure où il s’est mépris sur le critère juridique applicable et a par suite pris en considération des facteurs non pertinents pour rendre sa décision sous le régime de l’alinéa 79(1)(b), le Tribunal a commis une erreur de droit donnant lieu à révision.

[81] L’interprétation erronée par le Tribunal du critère de l’alinéa 79(1)(b) a joué un rôle important dans son analyse du PDS. Il est évident que, pour conclure que le

SDP was not anti-competitive, the Tribunal relied heavily upon its mistaken understanding that a demonstrable link must exist between the impugned act and a decrease in competition. Indeed, the Tribunal expressly stated that this factor was “the most striking” basis for its conclusion (at paragraph 261):

The most striking argument against the alleged anti-competitive effect of the SDP is the fact that it has not prevented entry nor competition in certain regions. The SDP has not prevented an increase in imports, nor has it prevented the emergence, for the first time in thirty years, of a new manufacturer of cast iron DWV products. For a practice to be found anti-competitive, it must have a negative effect on competition. As was stated in *Tele-Direct*, there has to be a link between the practice and its alleged anti-competitive effect. In the instant case, the link has not been established to the Tribunal’s satisfaction. The Tribunal recognizes that entry may be difficult, but this appears unrelated to the SDP. Several other factors come into play: Bibby is a known manufacturer that offers a complete line of products; the market is not a growth market, thus limiting investment potential. Yet, it has been possible for competitors to match Bibby’s price and offer a reliable supply, to the point of making it an interesting proposition for distributors or contractors to change suppliers. This has occurred, notwithstanding the SDP, as illustrated by new entrants such as Sierra and Vandem, and by new arrangements such as Wolseley’s change of suppliers.

[82] As this passage shows, the Tribunal’s incorrect assumption that a link to a reduction in competition was required under paragraph 79(1)(b) critically influenced its reasoning. Instead of enquiring as to whether the SDP’s purpose was an intended negative effect on competitors, the Tribunal asked whether there was evidence of a decrease in competition in the relevant market, in the abstract, and whether the identified competitive problems could be causally attributed to the SDP and hence be considered its “effects”. This approach, of focussing on the general state of competition in the market rather than on the purpose of the impugned act, led the Tribunal to adopt an unwarrantedly and incorrectly narrow test for paragraph 79(1)(b): essentially, the Tribunal’s reasoning would imply that unless an impugned act prevents entry of

PDS n’était pas anti-concurrentiel, le Tribunal s’est fondé dans une large mesure sur sa conception erronée qu’il doit exister un lien démontrable entre le comportement attaqué et une diminution de la concurrence. En fait, le Tribunal écrit en toutes lettres que ce facteur est l’argument « le plus fort » qui a déterminé sa conclusion (au paragraphe 261) :

L’argument le plus fort avancé contre la thèse de l’effet anticoncurrentiel du PDS est le fait que celui-ci n’a pas empêché l’entrée ni la concurrence dans certaines régions. Le PDS n’a pas empêché la progression des importations, pas plus que l’émergence, pour la première fois en 30 ans, d’un nouveau fabricant de produits d’évacuation et de ventilation en fonte. Pour être déclarée anticoncurrentielle, une pratique doit avoir un effet défavorable sur la concurrence. Comme le Tribunal l’a fait observer dans *Télé-Direct*, il doit y avoir un lien entre la pratique attaquée et l’effet anticoncurrentiel qu’on lui attribue. Dans la présente espèce, un tel lien n’a pas été établi de manière à convaincre le Tribunal. Ce dernier reconnaît que l’entrée sur le marché considéré peut être difficile, mais cette difficulté ne paraît pas liée au PDS. D’autres facteurs jouent ici : Bibby est un fabricant bien connu qui offre une ligne complète; et le marché ne présente pas de perspectives de croissance, ce qui limite les possibilités d’investissement. Pourtant, il s’est révélé possible pour les concurrents de Bibby d’offrir des prix comparables aux siens, à tel point que le changement de fournisseur a pu paraître avantageux à certains distributeurs ou entrepreneurs. C’est ainsi que, malgré le PDS, de nouvelles entreprises telles que Sierra et Vandem ont pris pied sur le marché, et que Wolseley a accordé sa clientèle à un autre fournisseur.

[82] Comme le montre ce passage, l’hypothèse erronée du Tribunal que l’alinéa 79(1)(b) exigeait la démonstration d’un lien avec une réduction de la concurrence a exercé une influence cruciale sur son raisonnement. Au lieu de se poser la question de savoir si le PDS avait pour but un effet négatif intentionnel sur les concurrents, le Tribunal s’est demandé s’il y avait des éléments de preuve établissant une diminution de la concurrence sur le marché pertinent, dans l’abstrait, et si l’on pouvait attribuer la cause des problèmes de concurrence constatés au PDS et par conséquent les considérer comme les « effets » de ce dernier. Cette approche consistant à orienter l’attention vers l’état général de la concurrence sur le marché plutôt que vers le but de la pratique attaquée a amené le Tribunal à adopter de manière injustifiable et erronée un critère

competitors or otherwise prevents competition, or unless it is the (predominant) cause of the uncompetitive attributes observed in the market, the act cannot be considered anti-competitive. This result is clearly incorrect.

[83] In my view, the Tribunal's error of law with respect to paragraph 79(1)(b) is partly attributable to a conflation of the legal test for paragraph 79(1)(c) with that applicable for paragraph 79(1)(b). As I mentioned above at the outset of my analysis, the multi-element structure of section 79 suggests that upon proper interpretation, each statutory element must give rise to a distinct legal test. To repeat, paragraph 79(1)(b) relates to whether the impugned act exhibits the requisite anti-competitive purpose *vis-à-vis* competitors, while paragraph 79(1)(c) concerns the broader state of competition, and whether the practice has the effect of substantially lessening competition in the relevant market. A particular indirect evidentiary indicator may serve subtly different—yet importantly distinct—purposes in regard to paragraph 79(1)(b) as compared to paragraph 79(1)(c). Since paragraph 79(1)(b) focuses on whether the impugned act was performed for a particular purpose with respect to competitors, the relevant factors—that is, evidence concerning its foreseeable effects on competitors, business justifications for its adoption, and subjective intent—are to be interpreted in this particular light. By contrast, paragraph 79(1)(c) mandates an assessment of the substantiality of the practice's actual or likely effects on competition in the relevant market(s), a task that proceeds from the vantage point of the market as a whole and invites consideration of a wider range of effects of the practice in question. The approach adopted by the Tribunal in this case does not properly recognize or maintain these important conceptual distinctions between the statutory elements of paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c).

trop étroit pour l'application de l'alinéa 79(1)b); essentiellement, le raisonnement du Tribunal impliquerait que, à moins d'empêcher l'entrée de concurrents ou d'empêcher autrement la concurrence, ou à moins de constituer la cause (principale) des caractéristiques anti-concurrentielles observées sur le marché, le comportement attaqué ne peut être considéré comme un agissement anti-concurrentiel. Cette proposition est à l'évidence erronée.

[83] À mon sens, l'erreur de droit du Tribunal touchant l'alinéa 79(1)b) est en partie attribuable à une fusion du critère juridique applicable à l'alinéa 79(1)c) et de celui qui correspond à l'alinéa 79(1)b). Comme je le disais plus haut au début de mon analyse, la pluralité des conditions prévues à l'article 79 donne à penser que, si on l'interprète bien, à chacune de ces conditions doit correspondre un critère juridique distinct. Pour le redire encore une fois, l'alinéa 79(1)b) porte sur le point de savoir si la pratique attaquée a bien le but anti-concurrentiel qu'elle doit avoir à l'égard des concurrents, tandis que l'alinéa 79(1)c) concerne l'état général de la concurrence et la question de savoir si ladite pratique a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché pertinent. Un élément donné de preuve indirecte peut remplir des fonctions subtilement différentes—mais dont il est important de voir qu'elles restent bien distinctes—relativement aux alinéas 79(1)b) et 79(1)c). Comme l'alinéa 79(1)b) porte avant tout sur le point de savoir si le comportement attaqué avait un but particulier pour ce qui concerne les concurrents, les facteurs pertinents—c'est-à-dire la preuve concernant ses effets prévisibles sur les concurrents, les justifications commerciales de son adoption et l'intention subjective—doivent être interprétés dans ce cadre déterminé. L'alinéa 79(1)c), quant à lui, commande une appréciation du caractère sensible ou non des effets réels ou vraisemblables de ce comportement sur la concurrence dans le ou les marchés pertinents, tâche qu'il faut remplir à partir d'une vue d'ensemble du marché et qui appelle l'examen d'un ensemble plus vaste d'effets du comportement en question. Or, le Tribunal a adopté dans la présente affaire une approche qui ne prend pas en compte ou ne maintient pas comme il faudrait ces importantes distinctions conceptuelles entre les conditions que prévoient respectivement les alinéas 79(1)b) et 79(1)c).

(3) The valid business justification and paragraph 79(1)(b)

[84] The Tribunal's conflation of the legal tests for paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c) is also apparent in its discussion of the business justification arguments proffered by the respondent. The Tribunal noted two business justifications suggested by the respondent: first, that the SDP's uniform rebate structure encourages competition, by creating a level playing field between small and large distributors; and second, that the SDP makes possible the high-volume sales necessary to enable Bibby to maintain a full line of products.

[85] The Tribunal rejected the first business justification proposed by the respondent, but was persuaded by the second. With respect to the first justification, the Tribunal concluded (at paragraph 209) that although the creation of equitable opportunities for small- and medium-sized enterprises to participate in the Canadian economy is an objective of the Act set out in section 1.1, this is not a relevant consideration for the purposes of section 79:

While the Tribunal acknowledges this to be an enunciated purpose of the Act, the Tribunal is of the view that this purpose is unrelated to the issue of abuse of dominance. Competition between distributors is not at issue. Rather, the case is about competition between Bibby and other suppliers of cast iron DWV products. The equitable characteristics of the SDP as it relates to distributors have little to do with whether Bibby is exercising its market power in a way that precludes competition between suppliers of the product. In consequence, this argument of business justification must fail.

[86] The Tribunal was persuaded, however, by the second business justification put forward by the respondent. It explained its reasoning as follows (at paragraphs 212 and 259):

High-volume sales are also important in a business which is volume-driven, as Mr. Leonard, General Manager of Bibby, explained. Bibby argues that it needs the sales to ensure efficiencies and to lower its cost of production; the Commissioner did not challenge this assertion. The rebate

3) La justification commerciale valable et l'alinéa 79(1)b)

[84] La fusion opérée par le Tribunal entre les critères juridiques correspondant respectivement aux alinéas 79(1)b) et 79(1)c) est également manifeste dans son analyse des arguments présentés par l'intimée au titre des justifications commerciales. Le Tribunal note deux justifications commerciales avancées par l'intimée : premièrement, le fait que le système uniforme d'abattements et de ristournes du PDS favoriserait la concurrence en égalisant les chances pour les petits et les grands distributeurs; et deuxièmement, le fait que le PDS rendrait possible les ventes en grandes quantités dont Bibby a besoin pour maintenir une ligne complète de produits.

[85] Le Tribunal rejette la première justification commerciale proposée par l'intimée, mais accueille la seconde. Pour ce qui concerne la première, le Tribunal conclut (au paragraphe 209) que, si l'un des objets explicites de la Loi, énoncés à son article 1.1, est effectivement d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, cet objet n'est pas un facteur pertinent pour l'application de l'article 79 :

Le Tribunal reconnaît qu'il s'agit là d'un objet explicite de la Loi, mais estime que cet objet n'est pas lié à la question de l'abus de position dominante. La concurrence entre les distributeurs n'est pas ici en question. La présente espèce concerne plutôt la concurrence entre Bibby et les autres fournisseurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le caractère équitable du PDS par rapport aux distributeurs n'a pas grand-chose à voir avec le point de savoir si Bibby exerce sa puissance commerciale d'une manière qui entraverait la concurrence entre fournisseurs des produits susdits. En conséquence, cette justification commerciale n'est pas recevable.

[86] Le Tribunal se laisse cependant convaincre du bien-fondé de la seconde justification commerciale avancée par l'intimée. Il explique son raisonnement comme suit (aux paragraphes 212 et 259) :

En outre, la vente de volumes considérables s'avère importante dans un secteur où la quantité de la production est un facteur déterminant, ainsi que l'a expliqué M. Leonard, directeur général de Bibby. Celle-ci fait valoir qu'elle a besoin de fortes ventes pour assurer son efficacité et pour diminuer

structure provided for in the SDP does encourage distributors to deal with Bibby for all three products if they choose Bibby to supply one of them and in consequence Bibby's sales are increased. As was stated in *Laidlaw*, the self-interest justification is not sufficient. However, in this case, the Tribunal accepts, based on Mr. Leonard's evidence, that high volumes allow Bibby to maintain in inventory smaller, less profitable but nevertheless important products. As a result, items that are used less often remain available in the market. This availability serves the interests of distributors and contractors, whether or not they belong to the SDP, and ultimately benefits the consumer.

...

The Respondent's business argument that Bibby needs to sell a certain volume in all three products to be able to maintain full production of all product lines is valid. There are certainly recognizable advantages in having a reliable source able to manufacture and supply a full line of cast iron pipe DWV products for the Canadian market.

[87] This analysis is problematic, as the Tribunal appears to have lost sight of the role of the valid business justification doctrine within paragraph 79(1)(b), and instead seems to grant it an independent role. A business justification for an impugned act is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), namely the determination as to whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. As I explained above in the discussion of the intentionality aspect of the paragraph 79(1)(b) test, a valid business justification can, in appropriate circumstances, overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable negative effects of the conduct on competitors, by demonstrating that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In this way, a valid business justification essentially provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed, which in the right circumstances might be sufficient to counterbalance the evidence of negative

son coût de production, affirmation que la commissaire n'a pas contestée. Or, la structure des abattements et ristournes que prévoit le PDS incite effectivement les distributeurs qui choisissent Bibby comme fournisseur d'un produit donné à acheter l'ensemble des trois à cette même entreprise, de sorte que les ventes de Bibby s'en trouvent augmentées. Comme le Tribunal l'a fait observer dans *Laidlaw*, l'intérêt propre n'est pas une justification commerciale suffisante. Cependant, dans la présente espèce, le Tribunal, se fondant sur le témoignage de M. Leonard, accepte l'argument que la vente de forts volumes permet à Bibby de garder en stock des produits qui se vendent moins et ne sont pas aussi rentables que les autres, mais qui restent néanmoins importants. Par suite, les articles d'usage peu fréquent demeurent disponibles sur le marché. Cette disponibilité sert les intérêts des distributeurs et des entrepreneurs, qu'ils soient ou non inscrits au PDS, et, en dernière analyse, les intérêts des consommateurs.

[...]

Le Tribunal estime valable l'argument commercial de la défenderesse selon lequel Bibby doit vendre un volume déterminé de chacun des trois produits pour pouvoir continuer la production intégrale de l'ensemble de ses gammes. On ne peut certainement s'empêcher de reconnaître les avantages que présente l'existence d'une entreprise fiable capable de fabriquer et de fournir une ligne complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte sur le marché canadien.

[87] Cette analyse fait problème, étant donné que le Tribunal paraît y avoir perdu de vue le rôle de la doctrine de la justification commerciale valable dans le cadre de l'alinéa 79(1)b, et semble plutôt lui attribuer un rôle indépendant. La justification commerciale d'une pratique attaquée ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu'exige l'alinéa 79(1)b, soit celle du point de savoir si le comportement attaqué avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Comme je l'ai expliqué plus haut dans l'analyse de l'aspect relatif à l'intention du critère applicable à l'alinéa 79(1)b, une justification commerciale valable peut, si le contexte le permet, l'emporter sur l'intention réputée découlant des effets négatifs, réels ou prévisibles, du comportement attaqué sur les concurrents, en démontrant que ces effets anti-concurrentiels ne sont pas en fait le but prédominant de ce comportement. De cette façon, une justification commerciale valable constitue une autre explication possible des motifs du comportement attaqué, laquelle, si la situation s'y prête,

effects on competitors or subjective intent in this vein.

[88] The valid business justification doctrine is not an absolute defence for paragraph 79(1)(b). Rather, a business justification is properly employed to counterbalance or neutralize other evidence of an anti-competitive purpose, prior to making a determination under 79(1)(b). As the Tribunal observed in *D & B*, a business justification proffered by a respondent must therefore be “weigh[ed]. . . in light of any anti-competitive effects to establish the overriding purpose” of the impugned act (at page 262, also quoted in *Tele-Direct*, at page 180). In *D & B*, the Tribunal properly emphasized this balancing exercise (at page 265):

Proof of the existence of a business motive for long-term contracts [the impugned conduct] that was unrelated to an anti-competitive purpose would undoubtedly be relevant to an evaluation of an allegation of anti-competitive acts. The mere proof of *some* legitimate business purpose would be, however, hardly sufficient to support a finding that there is no anti-competitive act. All known factors must be taken into account in assessing the nature and purpose of the acts alleged to be anti-competitive.

[89] In the case at bar, the Commissioner argued that the business justification accepted by the Tribunal is actually a self-interest argument based on selling more product, and therefore cannot qualify as a business justification for the purposes of paragraph 79(1)(b). The respondent countered that this was a mischaracterization of the Tribunal’s reasons, as in its view the business justification actually accepted by the Tribunal related to the maintenance of a full product line and the consequent benefits for consumers: according to the respondent, “it is crystal clear from the Tribunal’s reasons that the Tribunal accepted the SDP’s business purpose on the basis of its benefits to customers and end consumers, rather than Canada Pipe” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 83, emphasis in original).

peut suffire à contrebalancer la preuve des effets négatifs sur les concurrents ou d’une intention subjective orientée dans ce sens.

[88] La doctrine de la justification commerciale valable n’est pas un moyen de défense absolu dans le cadre de l’alinéa 79(1)b). Son usage légitime est autre : on doit plutôt se demander, avant de rendre une décision sous le régime de cet alinéa, si la justification commerciale contrebalance ou neutralise les éléments de preuve tendant à établir l’existence d’un but anti-concurrentiel. Comme le Tribunal l’a fait observer à la page 80 de *D & B*, il faut « évaluer [une justification commerciale avancée par un défendeur] en fonction des effets anti-concurrentiels pour établir l’objectif prépondérant » de la pratique attaquée (passage également cité au paragraphe 543 de *Télé-Direct*). Le Tribunal a mis l’accent avec raison sur cette opération d’évaluation comparative aux pages 85 et 86 de *D & B* :

La preuve de l’existence d’un motif d’ordre commercial justifiant les contrats à long terme [qui constituent le comportement attaqué], à l’exclusion de toute fin anti-concurrentielle, est sans aucun doute pertinente dans le cadre de l’évaluation d’une allégation d’agissements anti-concurrentiels. Toutefois, la seule preuve d’une *quelconque* fin commerciale légitime peut difficilement justifier une conclusion selon laquelle il n’y a pas d’agissements anti-concurrentiels. Tous les facteurs connus doivent être pris en considération pour déterminer la nature et la fin des agissements que l’on prétend être anti-concurrentiels.

[89] Dans la présente espèce, la commissaire soutient que la justification commerciale acceptée par le Tribunal est en fait un argument fondé sur l’intérêt propre, soit l’intérêt qu’il y a à vendre plus de produits, et n’est donc pas recevable pour l’application de l’alinéa 79(1)b). L’intimée réplique qu’il s’agit là d’une représentation inexacte des motifs du Tribunal. Selon elle, la justification commerciale que ce dernier a en fait accueillie se rapportait au maintien d’une ligne complète de produits et aux avantages qui s’ensuivent pour les consommateurs; [TRADUCTION] « il ressort à l’évidence de l’exposé de ses motifs [fait valoir l’intimée] que le Tribunal a accepté la justification commerciale du PDS sur le fondement de ses avantages pour les clients et pour les consommateurs finaux, plutôt que pour Tuyauteries Canada » (exposé des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 83; souligné dans l’original).

[90] In my view, the respondent's interpretation of the Tribunal's reasons with respect to the second business justification is apt. However, this reasoning, which relies solely upon consumer welfare benefits to establish the business justification, is at the core of the Tribunal's error. Simply stated, improved consumer welfare is on its own insufficient to establish a valid business justification for the purposes of paragraph 79(1)(b). A valid business justification must provide a credible efficiency or pro-competitive explanation, unrelated to an anti-competitive purpose, for why the dominant firm engaged in the conduct alleged to be anti-competitive. The business justification must therefore be attributable to the respondent, for it is the latter's allegedly anti-competitive conduct which is sought to be explained.

[91] In the case at bar, the Tribunal's reasons do not establish the requisite efficiency-related link between the SDP and the respondent, and hence do not supply a legitimate explanation for the latter's choice to engage in the impugned conduct, unrelated to an anti-competitive purpose. Without such a link, self-interest remains as the only justification for the SDP which is attributable to the respondent for the purposes of paragraph 79(1)(b). The Tribunal thus erred in concluding, on the basis of the reasoning provided in its decision, that the respondent had established a valid business justification for the SDP. While this error may not ultimately have been determinative, in that a valid business justification is at most a factor to be balanced within the paragraph 79(1)(b) determination, it may well have played an important supporting role in the Tribunal's decision with respect to paragraph 79(1)(b).

(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(b)

[92] In sum, the aspects of the Tribunal's decision discussed above admittedly represent short extracts of a long and complex analysis. However, the identified errors suggest a basic misapprehension and misapplication of the legal test for paragraph 79(1)(b),

[90] L'intimée donne là à mon sens une interprétation exacte des motifs du Tribunal pour ce qui concerne la seconde justification commerciale. Or, ce raisonnement, qui se fonde seulement sur l'accroissement du bien-être des consommateurs pour établir la justification commerciale, joue un rôle central dans l'erreur du Tribunal. Pour dire les choses simplement, l'accroissement du bien-être des consommateurs ne suffit pas à lui seul à démontrer le caractère valable d'une justification commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)b). Une justification commerciale valable doit être une explication crédible, fondée sur l'efficacité ou de nature proconcurrentielle, et sans lien avec un but anti-concurrentiel, des motifs qu'avait l'entreprise dominante de se livrer au comportement attaqué comme étant anti-concurrentiel. La justification commerciale doit donc être attribuable au défendeur, puisque c'est le comportement supposé anti-concurrentiel de ce dernier qu'il s'agit d'expliquer.

[91] Dans la présente espèce, l'exposé des motifs du Tribunal n'établit pas l'existence du lien nécessaire, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donne donc pas une explication légitime, non liée à un but anti-concurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. À défaut d'un tel lien, l'intérêt propre reste la seule justification du PDS qui soit attribuable à l'intimée pour l'application de l'alinéa 79(1)b). Le Tribunal a donc commis une erreur en concluant, sur le fondement du raisonnement exposé dans sa décision, que l'intimée avait établi une justification commerciale valable du PDS. S'il se peut que cette erreur n'ait pas en fin de compte été déterminante, au sens où une justification commerciale valable n'est tout au plus qu'un facteur parmi d'autres à prendre en compte pour la décision relevant de l'alinéa 79(1)b), elle pourrait bien avoir joué un rôle de soutien important dans la décision que le Tribunal a rendue sous le régime de cet alinéa.

4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)b)

[92] Somme toute, les aspects de la décision du Tribunal examinés plus haut ne représentent, j'en conviens, que de courts extraits d'une longue et complexe analyse. Cependant, les erreurs constatées témoignent d'une idée fautive et d'une application

and a troubling conflation between paragraphs 79(1)(b) and (c). Thus, at the very least, the extracts highlighted above render suspect the Tribunal's analysis of the relevant factors in the context of paragraph 79(1)(b). I can only conclude that the matter should be returned to the Tribunal for a reconsideration of its paragraph 79(1)(b) determination in light of the correct legal test.

(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?

[93] As I described above at paragraph 21 of these reasons, there is a parallel structure and logic between the requisite statutory elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1). The parties did not present separate arguments with respect to the substantial lessening of competition element of subsection 77(2), and instead simply referred the Court to their arguments concerning this element in the context of section 79. This same approach was adopted by the Tribunal, which concluded, “[f]or the same reasons. . . as in our analysis under section 79,” that the Commissioner had failed to establish that the exclusive dealing practice has lessened competition substantially (paragraph 282).

[94] In *NutraSweet*, the Tribunal observed that “the fundamental test of substantial lessening of competition is the same in both sections of the Act [section 79 and subsection 77(2)]” (page 56). The similarity between this element in section 79 and subsection 77(2) is indeed strong, in that both provisions employ the key concepts of substantial lessening and competition. However, the two provisions also contain some differences in wording. In particular, the scope of section 79 appears to include events of the past, which are not expressly included for the purposes of subsection 77(2): paragraph 79(1)(c) encompasses three time frames (“has had, is having or is likely to have”), while subsection 77(2) refers to only two (“is or is likely to”).

impropre du critère juridique relatif à l’alinéa 79(1)b), ainsi que d’une fusion gênante des éléments respectifs des alinéas 79(1)b) et c). Par conséquent, les extraits relevés plus haut font à tout le moins peser un soupçon sur l’analyse proposée par le Tribunal des facteurs pertinents dans le contexte de l’alinéa 79(1)b). Force m’est donc de conclure que l’affaire devrait être renvoyée au Tribunal pour qu’il réexamine sa décision relative à l’alinéa 79(1)b) en fonction du critère juridique approprié.

C) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?

[93] Comme je le disais plus haut au paragraphe 21, il existe un parallélisme structurel et logique entre, d’une part, les conditions prévues au paragraphe 77(2) concernant l’exclusivité, et, d’autre part, celles prévues au paragraphe 79(1) touchant l’abus de position dominante. Les parties n’ont pas exposé de moyens distincts à propos de la condition de diminution sensible de la concurrence que prévoit l’alinéa 77(2) et se sont plutôt contentées de renvoyer la Cour aux arguments qu’elles avaient avancés relativement à cet élément dans le contexte de l’article 79. Le Tribunal a adopté la même approche et a conclu, « [a]ux mêmes motifs [. . .] que ceux [qu’il avait] formulés dans [son] analyse fondée sur l’article 79 », que la commissaire n’avait pas établi que la pratique d’exclusivité eût diminué sensiblement la concurrence (paragraphe 282).

[94] Dans *NutraSweet*, le Tribunal faisait observer que « le critère fondamental de la diminution sensible de la concurrence est le même dans les deux articles de la Loi [soit l’article 79 et le paragraphe 77(2)] » (page 111). La ressemblance entre cet élément considéré dans le contexte de l’article 79 et cet élément considéré du point de vue du paragraphe 77(2) est effectivement forte, en ce que les deux dispositions mettent en œuvre les concepts clés de diminution sensible et de concurrence. Cependant, il y a aussi certaines différences entre les textes de ces deux dispositions. En particulier, la portée de l’article 79 s’étend aux événements du passé, qui ne sont pas expressément compris dans le champ d’application du paragraphe

[95] For the purposes of this appeal, I need not consider whether the differences in wording between paragraph 79(1)(c) and subsection 77(2) might in particular cases properly yield substantively different results with respect to the substantial lessening of competition element. In the case at bar, it is clear that the Tribunal simply adopted the same legal test and analysis in respect of the substantial lessening of competition element for both section 79 and subsection 77(2). To the extent that the Tribunal erred in law in the context of paragraph 79(1)(c) in its interpretation of the test for substantial lessening of competition, the same errors of law apply with respect to subsection 77(2).

(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?

[96] The parallel structure of subsections 77(2) and 79(1) is also apparent in comparing the second elements required by the two statutory provisions: both provisions call for the identification of a particular type of impugned conduct, namely a practice of exclusive dealing with an exclusionary effect in the case of subsection 77(2), and a practice of anti-competitive acts in the case of paragraph 79(1)(b). The parties did not present separate arguments concerning this element of subsection 77(2), but rather appear to have assimilated this element into their arguments concerning section 79.

[97] The Tribunal was satisfied that the SDP was a practice of exclusive dealing according to the statutory definition provided in paragraph 77(1)(b) (paragraph

77(2); en effet, l'alinéa 79(1)c) englobe les trois divisions du temps (« a, a eu ou aura vraisemblablement »), tandis que le paragraphe 77(2) ne s'applique qu'au présent et à l'avenir (« est ou sera vraisemblablement »).

[95] Je n'ai pas à me demander, pour les besoins du présent appel, si les différences de libellé de l'alinéa 79(1)c) et du paragraphe 77(2) pourraient à bon droit, dans des cas particuliers, donner lieu à des conclusions de fond différentes touchant la condition de diminution sensible de la concurrence. Dans la présente espèce, il apparaît à l'évidence que le Tribunal a tout simplement appliqué le même critère juridique et la même analyse à la condition de diminution sensible de la concurrence considérée dans le cadre de l'article 79 et du paragraphe 77(2). Dans la mesure où le Tribunal a commis des erreurs de droit dans son interprétation du critère de la diminution sensible de la concurrence dans le contexte de l'alinéa 79(1)c), il peut être dit avoir commis les mêmes erreurs de droit relativement au paragraphe 77(2).

D) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?

[96] Le parallélisme de structure entre les paragraphes 77(2) et 79(1) est également manifeste lorsque l'on compare les conditions qu'ils prévoient en second lieu : les deux paragraphes exigent du commissaire l'établissement d'un comportement déterminé, savoir une pratique d'exclusivité à effet tendant à exclure dans le cas du paragraphe 77(2), et une pratique d'agissements anti-concurrentiels dans le cas de l'alinéa 79(1)(b). Les parties n'ont pas fait valoir de moyens distincts au sujet de cet élément du paragraphe 77(2), mais paraissent plutôt l'avoir incorporé dans leurs argumentations respectives touchant l'article 79.

[97] La commissaire a convaincu le Tribunal que le PDS constituait une pratique d'exclusivité selon la définition de l'alinéa 77(1)(b) (paragraphe 279).

279). However, the Tribunal concluded that an exclusionary effect had not been established, based on its analysis under section 79 (at paragraphs 281 and 282):

We have concluded under section 79 that the SDP is not an anti-competitive practice because we found insufficient evidence to show that the SDP in itself had an exclusionary effect.

...

For the same reasons therefore as in our analysis under section 79, we find that the Commissioner has failed to establish that the exclusive dealing practice impedes or is likely to impede entry of a new competitor or have any exclusionary effect. . .

[98] For the purposes of this appeal, I need not decide the precise scope or nature of the similarity between the statutory element of subsection 77(2) concerning exclusionary effects, and paragraph 79(1)(b). There may well be differences between the two provisions, which could prove pertinent in a future case. However, it is sufficient in the circumstances of this case to note that the exclusionary effects required under subsection 77(2) are clearly of a relative nature, as indicated by use of the word “impede” in paragraphs 77(2)(a) and (b), rather than a more categorical verb, such as “prevent”. I have already considered in detail the Tribunal’s treatment of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP, and it is unnecessary to repeat this analysis here. My conclusion, stated above at paragraph 58, is equally applicable for the purposes of the Tribunal’s determination with respect to the exclusionary effects element of subsection 77(2): the Tribunal’s analysis of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP was conducted from the narrow perspective of prevention, and not the broader perspective implied by the word “impede”. The adoption of this unduly narrow perspective constitutes reversible error.

[99] Moreover, it should be noted that like subsection 79(1), subsection 77(2) establishes distinct statutory

Cependant, le Tribunal a aussi conclu, sur le fondement de son analyse relative à l’article 79, que la commissaire n’avait pas établi l’existence d’un effet tendant à exclure (aux paragraphes 281 et 282) :

Nous avons conclu sous le régime de l’article 79 que le PDS n’est pas une pratique anticoncurrentielle, au motif de l’insuffisance des éléments produits pour établir que le PDS aurait en soi un effet tendant à exclure

[. . .]

Aux mêmes motifs, donc, que ceux que nous avons formulés dans notre analyse fondée sur l’article 79, nous concluons que la commissaire n’a pas établi que la pratique d’exclusivité ait, ou doive vraisemblablement avoir, soit pour effet de faire obstacle à l’entrée d’un nouveau concurrent, soit quelque autre effet tendant à exclure [. . .]

[98] Je n’ai pas à décider, pour les besoins du présent appel, la portée ou la nature exactes de la similarité entre la condition relative aux effets tendant à exclure que prévoit le paragraphe 77(2) et la condition prévue à l’alinéa 79(1)(b). Il se pourrait bien qu’il y ait des différences entre ces deux dispositions, et que ces différences se révèlent pertinentes dans une affaire ultérieure. Cependant, il suffit de noter, dans le contexte des faits de la présente espèce, que les effets tendant à exclure dont le paragraphe 77(2) exige l’établissement sont manifestement de nature relative, comme l’indique l’emploi, aux alinéas 77(2)(a) et (b), de l’expression « faire obstacle » plutôt que d’un verbe plus catégorique comme « empêcher ». J’ai déjà examiné en détail l’utilisation par le Tribunal des éléments de preuve concernant les obstacles à l’entrée et les effets du PDS, et il est inutile que je répète ici cette analyse. La conclusion que j’ai formulée au paragraphe 58 ci-dessus s’applique également à la conclusion du Tribunal touchant la condition relative aux effets tendant à exclure que prévoit le paragraphe 77(2) : le Tribunal a analysé la preuve concernant les obstacles à l’entrée et les effets du PDS du point de vue étroit qu’exprime le terme « empêcher » et non du point de vue plus large qu’appelle l’expression « faire obstacle ». L’adoption de ce point de vue indûment étroit constitue une erreur susceptible de révision.

[99] En outre, il est à noter que, comme le paragraphe 79(1), le paragraphe 77(2) énumère des conditions

elements, each of which must be established before an order prohibiting exclusive dealing can issue. These distinct statutory elements must not be conflated: the existence of the various exclusionary effects described in paragraphs 77(2)(a), (b) and (c) must be considered separately from the question of whether there has been a substantial lessening of competition. Since the Tribunal relied, for the purpose of its subsection 77(2) determination concerning exclusionary effects, upon its erroneous paragraph 79(1)(b) reasoning, its conclusion in this regard cannot stand.

V. CONCLUSION

[100] For the above reasons, I would allow the appeal with costs, I would set aside the Tribunal's decision in this regard, and I would refer the matter back to the Tribunal for a redetermination in accordance with these reasons and on the basis of the evidence currently on record.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

distinctes, dont chacune doit être remplie pour que puisse être rendue une ordonnance interdisant de pratiquer l'exclusivité. Ces conditions distinctes que prévoit la Loi ne doivent pas être fusionnées : l'existence des divers effets tendant à exclure que définissent les alinéas 77(2)a), b) et c) doit être examinée séparément de la question de savoir s'il y a eu diminution sensible de la concurrence. Or, comme le Tribunal a fondé la conclusion qu'il a formulée touchant les effets tendant à exclure dans le cadre du paragraphe 77(2) sur son raisonnement erroné à propos de l'alinéa 79(1)b), cette conclusion ne peut être maintenue.

V. CONCLUSION

[100] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du Tribunal à l'égard des questions en litige dans l'appel, et je lui renverrais l'affaire pour qu'il procède à un nouvel examen conformément aux présents motifs et sur le fondement de la preuve actuellement au dossier.

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

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