



Second Session
Thirty-seventh Parliament, 2002-03

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

Banking, Trade and Commerce

Chair:

The Honourable RICHARD H. KROFT

Thursday, November 6, 2003

Issue No. 32

Second and last meeting on:

Bill C-249, An Act to amend the
Competition Act

INCLUDING:

THE SIXTEENTH REPORT OF THE COMMITTEE
(Bill C-48, An Act to amend the
Income Tax Act (natural resources))

WITNESSES:

(See back cover)

Deuxième session de la
trente-septième législature, 2002-2003

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

Banques et du commerce

Président:

L'honorable RICHARD H. KROFT

Le jeudi 6 novembre 2003

Fascicule n° 32

Deuxième et dernière réunion concernant:

Le projet de loi C-249, Loi modifiant la
Loi sur la concurrence

Y COMPRIS:

LE SEIZIÈME RAPPORT DU COMITÉ
(Projet de loi C-48, Loi modifiant la Loi de l'impôt
sur le revenu (ressources naturelles))

TÉMOINS:

(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
BANKING, TRADE AND COMMERCE

The Honourable Senator Richard H. Kroft, *Chair*

The Honourable Senator David Tkachuk, *Deputy Chair*
and

The Honourable Senators:

Angus	* Lynch-Staunton
Biron	(or Kinsella)
* Carstairs, P.C.	Mahovlich
(or Robichaud, P.C.)	Massicotte
Fitzpatrick	Moore
Hervieux-Payette, P.C.	Oliver
Kelleher, P.C.	Prud'homme, P.C.
Kroft	

**Ex Officio Members*

(Quorum 4)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
BANQUES ET DU COMMERCE

Président: L'honorable Richard H. Kroft

Vice-président: L'honorable David Tkachuk
et

Les honorables sénateurs:

Angus	* Lynch-Staunton
Biron	(ou Kinsella)
* Carstairs, c.p.	Mahovlich
(ou Robichaud, c.p.)	Massicotte
Fitzpatrick	Moore
Hervieux-Payette, c.p.	Oliver
Kelleher, c.p.	Prud'homme, c.p.
Kroft	

** Membres d'office*

(Quorum 4)

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Thursday, November 6, 2003
(51)

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met at 11:10 a.m., this day, in room 505, Victoria Building, the Chair, the Honourable Richard H. Kroft, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Angus, Biron, Hervieux-Payette, P.C., Kelleher, P.C., Kroft, Moore, Prud'homme, P.C., and Tkachuk (8).

In attendance: From the Parliamentary Research Branch, Library of Parliament: Mr. Alexandre Laurin, Analyst.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Wednesday, September 17, 2003, the committee continued its examination of Bill C-249, An Act to amend the Competition Act.

WITNESSES:

From the Canadian Bar Association:

Tim Kennish, Executive Member, Competition Law Section.

As individuals:

Brian A. Facey, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Neil Finkelstein, Blake, Cassels & Graydon, LLP.

Peter G. C. Townley, Professor of Economics, Acadia University.

All of the witnesses made a statement and answered questions.

At 12:05 pursuant to the rule 92(2)f) the committee continued the meeting in camera.

It was agreed that a letter be sent to the Minister of Industry with regards to Bill C-249.

It was also agreed that the committee propose to the Senate amendments to the Committee's report on Bankruptcy and Insolvency tabled in the Senate on Tuesday, November 4, 2003 concerning its findings on the Workers' Compensation Board Premiums and Appendix E — Witnesses and submissions.

At 12:30 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

PROCÈS-VERBAL

OTTAWA, le jeudi 6 novembre 2003
(51)

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 11 h 10, dans la salle 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable sénateur Richard H. Kroft (*président*).

Membres du comité présents: Les honorables sénateurs Angus, Biron, Hervieux-Payette, c.p., Kelleher, c.p., Kroft, Moore, Prud'homme, c.p., et Tkachuk (8).

Aussi présent: De la Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement: M. Alexandre Laurin, analyste.

Également présents: Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mercredi 17 septembre 2003, le comité poursuit son examen du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

TÉMOINS:

De l'Association de Barreau canadien:

Tim Kennish, membre de l'exécutif, Section du droit de la concurrence.

À titre personnel:

Brian A. Facey, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Neil Finkelstein, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Peter G. C. Townley, professeur d'économie, Université Acadia.

Tous les témoins font une déclaration puis répondent aux questions.

À 12 h 05, conformément à l'alinéa 92(2)f) du Règlement, le comité poursuit ses travaux à huis clos.

Il est convenu d'envoyer une lettre au ministre de l'Industrie au sujet du projet de loi C-249.

Il est également convenu que le comité propose au Sénat des amendements concernant le rapport du comité sur la faillite et l'insolvabilité déposé au Sénat le mardi 4 novembre 2003 au sujet de ses conclusions relatives aux cotisations à une commission des accidents du travail et à l'annexe E — Témoins et mémoires.

À 12 h 30, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

Le greffier du comité,

Denis Robert

Clerk of the Committee

REPORT OF THE COMMITTEE

Thursday, November 6, 2003

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce has the honour to present its

SIXTEENTH REPORT

Your Committee, to which was referred Bill C-48, *An Act to amend the Income Tax Act (natural resources)*, has, in obedience to the Order of Reference of Monday, October 27, 2003, examined the said Bill and now reports the same without amendment.

Respectfully submitted,

Le président,

RICHARD H. KROFT

Chairman

RAPPORT DU COMITÉ

Le jeudi 6 novembre 2003

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a l'honneur de présenter son

SEIZIÈME RAPPORT

Votre Comité, auquel a été déféré le Projet de loi C-48, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu (ressources naturelles)*, a, conformément à l'Ordre de renvoi du lundi 27 octobre 2003, étudié ledit projet de loi et en fait maintenant rapport sans amendement.

Respectueusement soumis,

EVIDENCE

OTTAWA, Thursday, November 6, 2003

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, to which was referred Bill C-249, to amend the Competition Act, met this day at 11:10 a.m. to give consideration to the bill.

Senator Richard H. Kroft (*Chairman*) in the Chair.

[*English*]

The Chairman: Honourable senators, I see a quorum. I will call the committee to order so we can continue with our consideration of Bill C-249, to amend the Competition Act.

Mr. J. Tim Kennish, Executive Member, Competition Law Section, Canadian Bar Association: Honourable senators, we are pleased to have this opportunity to present the views of the National Competition Law Section of the Canadian Bar Association on the bill, which raises important issues in the context of competition policy. I am a past chair of the section.

Whether or not one agrees with the view that was expressed in the first *Superior Propane* decision, that the attainment of efficiency is the paramount object of competition law, it is certainly an important purpose of the proposed legislation. It is therefore desirable that legislation that proposes changes to the law in this important area be carefully considered and that there be full public discussion and consultation in that regard.

Due to the procedure that has been followed on this bill, that has not happened, but there is currently a public consultation process underway, convened by the Public Policy Forum, to consider other proposed major reforms to the Competition Act outlined earlier this year in the government's discussion paper.

Given the importance of efficiencies in competition analysis and the desirability of greater public consultation, our preference would be that these proposals instead be considered as part of that process.

If it is determined that there is still interest in proceeding, we would prefer that they come forward as part of the amendments coming out of the discussion paper proposals. Nevertheless, if, notwithstanding this view, it is determined to proceed with Bill C-249, it is our strong view that two features of the proposed amendment that would operate to limit the recognition of efficiencies for the purposes of the section to those that have demonstrable benefits to consumers, and, additionally, to efficiencies that are merger specific, i.e., not achievable in any other manner less restrictive of competition, should be eliminated from the bill.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le jeudi 6 novembre 2003

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 11 h 10, pour étudier le projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

Le sénateur Richard H. Kroft (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président: Honorables sénateurs, je constate que nous avons le quorum. Je déclare la séance ouverte; nous allons poursuivre notre examen du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

M. J. Tim Kennish, membre de l'exécutif, Section du droit de la concurrence, Association du Barreau Canadien: Honorables sénateurs, nous sommes heureux de profiter de cette occasion pour présenter le point de vue de la section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien relativement à ce projet de loi qui soulève d'importantes questions dans le contexte des politiques touchant la concurrence. J'ai déjà été président de cette section.

Que l'on soit d'accord ou non avec l'opinion exprimée dans le premier jugement dans l'affaire *Supérieur Propane*, à savoir que la poursuite de l'efficacité doit être le grand objectif de la législation en matière de concurrence, il s'agit certainement de l'un des principaux buts visés par le projet de loi. Il est donc souhaitable que les modifications proposées à la loi sur cet important point soient examinées avec le plus grand soin et fassent l'objet d'un débat public et des consultations les plus vastes possible.

Étant donné les procédures suivies pour l'introduction de ce projet de loi, les choses ne se sont pas passées de cette façon. Cependant, une consultation publique est actuellement en cours, sous l'initiative du Forum des politiques publiques, afin d'examiner d'autres réformes majeures proposées à la Loi sur la concurrence dont traitait le document de travail publié par le gouvernement plus tôt cette année.

Compte tenu de l'importance des gains d'efficacité dans l'analyse de la concurrence et des avantages qu'il y aurait à tenir une plus vaste consultation publique, nous préférierions que ces propositions soient plutôt examinées dans le cadre du processus déjà en marche.

S'il est déterminé qu'il convient toujours de poursuivre l'initiative, nous préconisons que cela se fasse en même temps que les modifications découlant des propositions du document de travail. Quoi qu'il en soit, si l'on décide par ailleurs d'aller de l'avant avec le projet de loi C-249, nous croyons fermement qu'il faudrait éliminer deux éléments de l'amendement proposé car ils feraient en sorte de limiter la reconnaissance des gains en efficacité pour les fins de l'application de l'article aux seuls gains qui apporteront des avantages démontrables aux consommateurs ainsi qu'à ceux qui découlent directement du fusionnement, c'est-à-dire qui ne seraient pas réalisés d'une autre manière ne portant pas autant atteinte à la concurrence.

Those restrictions are, in our view, undesirable and unnecessary in the context of what is proposed by Bill C-249, which is treatment of efficiencies not as a defence, as currently under section 96 of the act, but rather as a factor to be considered along with others in determining whether a merger is likely to give rise to a substantial lessening of competition.

In that context, the overriding consideration is whether there will be a substantial lessening of competition. All potential efficiency considerations are relevant to that determination.

By limiting efficiencies that may be considered to those that provide consumer benefits, we may be ignoring important savings that come out of a merger, such as fixed-cost savings and other kinds of efficiencies where it is difficult to demonstrate that they will in fact be enjoyed by consumers. Innovation gains and productivity improvements are all upstream of consumers. It becomes a matter of proof as to the prospects to be enjoyed by consumers.

I think it is similarly undesirable to require parties to choose a particular method of attaining efficiencies, other than by way of a merger, in the context of treating efficiency as a factor as opposed to a defence, which might allow a merger to proceed, overriding substantial lessening of competition.

If it is determined that, having regard to all of the considerations — efficiencies, other circumstances — there would be a substantial lessening of competition, then presumably the merger would not proceed.

There are additional burdensome obligations of proof regarding both of these matters that go beyond what is already rather difficult to do — to demonstrate credibly that forecasted efficiencies arising out of the merger will likely be attained. It is important, because frequently parties enter into mergers for the very purpose of trying to improve their cost situation and achieve efficiencies in various ways. Attainment of efficiencies, as I said at the outset, is one of the main objectives of our law.

Our view is that the role played by efficiencies under the act in merger review to date has been marginal at best. We think that is an unfortunate situation. As you have heard, the defence in section 96 has been successfully invoked only once in its 16-year history, and there is a view expressed — which I have not independently validated — that had the dead-weight loss in the *Superior Propane* case been calculated on a different basis than it was, perhaps it might not have even been available there.

One reason why efficiencies have received so little attention in merger review is that they are recognized as coming into play as a defence, and therefore only after you have made a judgment that the merger will be anti-competitive. In the context of making that first judgment, efficiencies do not seem to be considered.

À notre avis, ces restrictions sont peu souhaitables et inutiles dans le contexte des mesures proposées par le projet de loi C-249, qui vise le traitement des gains d'efficacité non pas comme un argument de défense, comme c'est actuellement le cas avec l'article 96 de la loi, mais plutôt comme un facteur à considérer parmi d'autres pour déterminer si un fusionnement est susceptible de donner lieu à une réduction sensible de la concurrence.

Ainsi, il faut se demander d'abord et avant tout si la concurrence sera réduite de façon considérable. Toutes les considérations possibles relativement aux gains en efficacité sont fonction de la réponse à cette question.

En limitant l'analyse aux seuls gains en efficacité qui procurent des avantages aux consommateurs, nous pourrions négliger d'importantes économies résultant d'une fusion, comme celles au chapitre des coûts fixes, et d'autres types de gains en efficacité pour lesquels il est difficile d'établir qu'ils profitent effectivement aux consommateurs. Les innovations et les améliorations de la productivité sont des phénomènes se déroulant en amont par rapport aux consommateurs. Dans ces cas, il faut déterminer si les consommateurs vont effectivement en profiter en bout de ligne.

Il est également peu souhaitable de demander aux parties de choisir un mécanisme particulier, autre qu'un fusionnement, pour obtenir des gains en efficacité, alors qu'en considérant ces gains comme un facteur plutôt que comme un argument de défense, on pourrait procéder à une fusion dont les avantages surpasseraient les effets d'une diminution substantielle de la concurrence.

S'il est déterminé que, compte tenu de tous les facteurs à considérer — gains en efficacité, autres éléments —, il y aurait diminution sensible de la concurrence, alors il est probable que le fusionnement n'aurait pas lieu.

Pour ces deux éléments, le fardeau de la preuve ne se limite pas à la seule obligation de démontrer — ce qui n'est déjà pas chose facile — que les gains en efficacité découlant d'une fusion seraient probablement réalisés. C'est un point important, parce que les organisations optent fréquemment pour le fusionnement dans le but justement de réduire leurs coûts et de réaliser des gains en efficacité de différentes façons. Et, comme je l'ai dit au départ, l'accroissement de l'efficacité est l'un des principaux objectifs de la loi.

Selon nous, les gains d'efficacité ne jouent pour l'instant qu'un rôle marginal dans les analyses de fusionnement réalisées en application de la loi. Nous croyons que cette situation est regrettable. Comme vous le savez, l'argument de défense prévu à l'article 93 n'a été invoqué avec succès qu'une seule fois en 16 ans d'existence. Certains soutiennent d'ailleurs — mais je n'ai pas moi-même vérifié ce point de vue — que si la perte sèche dans l'affaire *Supérieur Propane* avait été calculée différemment, cette solution n'aurait pas nécessairement été possible.

Si les gains d'efficacité sont autant négligés dans les analyses de fusionnement, c'est notamment parce qu'ils sont considérés comme des moyens de défense et ne sont donc invoqués qu'à la suite d'un jugement indiquant que la fusion est néfaste pour la concurrence. Il ne semble pas que les gains en efficacité soient pris en compte pour en arriver à ce premier jugement.

That creates a scenario in which efficiencies are really only considered, taken into account or prevail in circumstances where you have an anti-competitive merger and it becomes an all-or-nothing situation. The attitude of the bureau in approaching that sort of situation has ranged from suspicious to hostile, which is not entirely surprising because the effect of the implication of the defence is that it allows the transaction to proceed notwithstanding potential substantial anti-competitive effects.

As mentioned, the section has not been invoked more than once in 16 years. That is why I say that it has been of limited assistance. Efficiency factors, which are important, have only occasionally been considered.

If section 96 were to remain in the law without amendment, we think that in addition to having somewhat limited scope for application now that it has been interpreted by the Competition Tribunal and the Federal Court of Appeal, particularly with the “balancing weights” test becoming the determining factor, there are some rather difficult judgments to be made as to when it would be available. Not only do the efficiencies, as measured, have to exceed the dead-weight loss, but also — and let me give my lawyer’s understanding of it — the “socially adverse” portion of the wealth transfer that is expected to come about as a result of the merger.

I would say that the application of the section, as it has been interpreted, becomes highly uncertain as well as limited in scope, and it is very difficult, from a predictive point of view, to advise clients whether or not it may be available to them. In this respect, treating efficiencies as a factor represents something of an improvement, in that it will allow their consideration in virtually every case. Certainly their relevance is acknowledged — and it follows the approach by which I believe efficiencies are considered in the U.S. — and it would integrate their consideration into the overall judgment as to whether or not a merger has net anti-competitive effects. It would create more of a rule-of-reason approach under section 93, which is the section that acknowledges the various factors that are taken into account in reviewing a merger.

However, as I said at the outset, this approach becomes much less desirable if the new provision is to be hobbled by these twin requirements of consumer benefit and merger specificity.

I would just like to conclude by mentioning two other more or less technical suggestions. Rather than proceeding with the proposed amendment, we would prefer that section 96 be repealed, and that the treatment of efficiencies as a factor be added to section 93. Section 93 in the current act provides for factor review of mergers. It would complement that approach to include it there as opposed to section 96.

Second, we would urge the repeal of the existing subsections (2) and (3) of section 96, which, in the context of a factorial approach to efficiencies, is unnecessary and not a particularly helpful additional requirement.

Il s’ensuit que les gains d’efficience ne sont vraiment considérés que dans les cas où le fusionnement porte atteinte à la concurrence, ce qui crée une situation de tout ou rien. Dans ce genre de scénario, le Bureau de la concurrence adopte une attitude pouvant aller du soupçon jusqu’à l’hostilité, ce qui n’est guère surprenant étant donné les répercussions de cet argument de défense qui permet à une transaction d’aller de l’avant sans égard aux grands risques de diminution sensible de la concurrence.

Comme je l’ai déjà mentionné, cet article n’a été invoqué qu’à une reprise en 16 ans. C’est pourquoi je dis que son utilité est plutôt restreinte. Les facteurs relatifs à l’efficience, qui sont tout de même importants, ne sont considérés qu’à l’occasion.

Si l’article 96 devait demeurer dans la loi sans modification, nous croyons qu’outre la réduction de son champ d’application attribuable aux interprétations qu’en ont faites le Tribunal de la concurrence et la Cour d’appel fédérale, notamment en faisant du critère des «coefficients pondérateurs» un facteur déterminant, il pourrait devenir très difficile de déterminer quand cet article peut être invoqué. Non seulement les gains d’efficience, tels que mesurés, devraient-ils surpasser les pertes sèches, mais également — et permettez-moi de vous donner mon point de vue d’avocat à ce sujet — la portion «socialement néfaste» du transfert de richesse devant découler de la fusion.

Compte tenu de l’interprétation qui en a été donnée, les possibilités d’application de cet article deviennent grandement incertaines et de portée limitée, ce qui rend très difficile de conseiller les clients quant à l’alternative d’invoquer ou non l’article en question. À cet égard, le fait de considérer les gains en efficience comme un facteur constitue une amélioration, car cela permet de les prendre en compte dans à peu près tous les cas. Il ne fait aucun doute que l’on reconnaît ainsi la pertinence de ces facteurs — conformément à l’approche utilisée aux États-Unis à ce chapitre, je crois — et qu’ils sont pris en compte dans la décision globale visant à déterminer si les répercussions nettes d’une fusion sont néfastes pour la concurrence. Il serait plus logique que les gains d’efficience soient considérés en application de l’article 93, qui définit les différents facteurs à prendre en compte pour l’analyse d’un fusionnement.

Cependant, je le répète, cette approche devient moins intéressante si la nouvelle disposition est entravée par l’application des deux exigences touchant les avantages pour le consommateur et la nécessité que les gains proviennent du fusionnement.

Pour conclure, j’aimerais seulement vous laisser avec deux autres suggestions plus ou moins techniques. Plutôt que d’aller de l’avant avec l’amendement proposé, nous préconisons que l’article 96 soit abrogé et que le traitement des gains en efficience comme facteur à considérer soit ajouté à l’article 93 qui prévoit les éléments à prendre en compte pour les fusionnements.

Deuxièmement, nous demandons l’abrogation des paragraphes (2) et (3) de l’article 96 actuel, lesquels sont inutiles dans le contexte d’une approche factorielle des gains en efficience.

Thank you for attention. I would be pleased to respond to any questions later.

Mr. Neil Finkelstein, Blake, Cassels & Graydon, LLP, As an individual: Honourable senators, I have argued four of the five contested merger cases that have gone before the Competition Tribunal. I won the four of them against the commissioner.

The problem, in my submission, is not the law; it is the cases that the commissioner chooses to prosecute. *Superior Propane* is a good example. The Competition Tribunal and the Federal Court of Appeal held that the efficiencies outweighed all of the adverse economic and social effects, including monopoly, by a factor of 3.5 to 1.

That is a good merger. It makes Canada wealthier by a factor of 3.5 to 1. That merger would not pass under this amendment.

This amendment is entirely misconceived. It is perverse in its effects. I will explain that in a moment.

I should say that, while I am here as an individual, a great many of the leading members of the competition law bar agree with me. Notwithstanding the comments by Mr. Kennish on behalf of the Canadian Bar Association, many members of the competition law bar disagree with that submission. You should be aware of that.

Section 96, as it now stands, provides that a merger must be passed if it increases net Canadian wealth. As interpreted by the Federal Court of Appeal and applied by the Competition Tribunal, if the addition to Canadian wealth exceeds all the adverse economic and social affects, the merger must be passed.

In *Superior Propane*, the efficiencies were \$29.2 million. The adverse economic effects were \$6 million. All the adverse social effects, that is, the transfer from poor people to Superior Propane, were \$2.6 million, for a total of \$8.6 million in adverse effects of all kinds.

The amount of \$29.2 million is much bigger than \$8.6 million, and that is why the merger passed. It did not pass because there was anything wrong with the law, but because the Competition Tribunal and the Federal Court of Appeal said the efficiencies are much greater than all of the bad effects.

This amendment says that unless efficiencies are passed on to consumers, and it is only a factor, the merger will not pass.

I understand that "consumers" is a politically attractive word, but look at the consumers in *Superior Propane*. Most of them were many times larger than Superior Propane. Imperial Oil was

Merci de votre attention. Je suis disposé à répondre à vos questions après les présentations.

M. Neil Finkelstein, Blake, Cassels & Graydon, LLP, témoignage à titre personnel: Honorables sénateurs, j'ai plaidé dans quatre des cinq causes de fusionnement contesté qui ont été entendues par le Tribunal de la concurrence. J'ai gagné ces quatre causes au détriment du commissaire.

À mon avis, le problème ne réside pas dans la loi, mais bien dans les causes que le commissaire choisit de porter devant les tribunaux. L'affaire *Supérieur Propane* en est un bon exemple. Le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel fédérale ont déterminé que les gains en efficience surpassaient tous les effets socioéconomiques néfastes, y compris le monopole, dans une proportion de 3,5 pour 1.

Il s'agit d'un fusionnement très profitable. Il améliore la situation financière du Canada dans un rapport de 3,5 pour 1. Cette fusion n'aurait toutefois pas été possible en vertu de l'amendement proposé.

Cet amendement fait totalement fausse route. Ses effets seraient dévastateurs. Je vais vous expliquer mon point de vue dans un moment.

Je dois préciser que, bien que je compare ici à titre personnel, bon nombre des chefs de file du droit de la concurrence abondent dans le même sens. En effet, de nombreux membres du Barreau spécialisés en la matière désapprouvent l'amendement proposé, comme l'a fait M. Kennish au nom de l'Association du Barreau canadien. C'est une réalité que vous devez prendre en compte.

L'article 96, dans sa forme actuelle, prévoit qu'un fusionnement doit être approuvé s'il accroît la richesse nationale nette. Selon l'interprétation de la Cour d'appel fédérale et la décision rendue par le Tribunal de la concurrence, si l'apport à la richesse canadienne excède tous les effets socioéconomiques néfastes, le fusionnement doit être approuvé.

Dans l'affaire *Supérieur Propane*, les gains d'efficience se chiffraient à 29,2 millions de dollars. Les effets néfastes sur l'économie ont été évalués à 6 millions de dollars. L'ensemble des répercussions sociales défavorables, c'est-à-dire le transfert de revenus des pauvres consommateurs à Supérieur Propane, s'élevaient à 12,6 millions de dollars, ce qui donne un total de 8,6 millions de dollars pour les effets néfastes de toutes sortes.

Comme les gains de 29,2 millions de dollars dépassaient de beaucoup les répercussions de 8,6 millions de dollars, le fusionnement a pu être réalisé. Si ce fut le cas, ce n'est pas parce que la loi est déficiente, mais bien parce que le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel fédérale ont déterminé que les gains en efficience étaient beaucoup plus élevés que les effets négatifs.

Selon l'amendement proposé, un fusionnement ne pourrait être approuvé que si les gains en efficience sont transférés aux consommateurs, entre autres facteurs.

Je comprends bien que «consommateurs» est un terme qui sonne bien du point de vue politique, mais il faut se demander qui sont les consommateurs clients de Supérieur Propane. Il s'agissait

one of Superior Propane's biggest customers. Imperial Oil is owned 70 per cent by Exxon. It has American shareholders. Under this proposed legislation, unless Superior Propane, which is owned largely by Canadian pensioners, passed on the efficiencies to Imperial Oil and, effectively, its American shareholders, that merger would not pass. That is perverse.

Shell was another of Superior's biggest customers. The largest shareholder in Royal Dutch Shell is Queen Beatrice. Unless the efficiencies are passed on to Queen Beatrice, under this amendment, the merger would not pass. That is perverse. It is also bad policy.

Let us go back to Superior Propane. I see that most of the bureau is here. They do not like Superior Propane. If they had their way, the Superior Propane merger would not pass. Imperial Oil would be a lot happier. Shell would be a lot happier, but the Canadian pensioner would not. I say it is bad policy.

Take again Superior Propane. In the United States, there are six retail propane distribution companies that are larger than Superior Propane — six!

The merger was Superior Propane and Inter-City Gas, ICG, and on their own, they had \$29 million worth of inefficiencies. That is what the tribunal said. How will we compete with six larger American companies if we are inefficient? Yet this legislates inefficiency, because this merger would not pass. Let us face it; this is a Superior Propane amendment. That is why it is here. This merger would not pass, and we would not be able to compete.

You have heard from the acting commissioner that he effectively wants a per se rule against "monopoly." That is another politically charged word. I will make three points on monopoly.

First, subsection 92(2), which is not being amended, says that you do not pay attention to market share. There is no difference between 80 per cent, 90 per cent or 100 per cent. You do not pay attention to market share. You are not changing that.

Second, the current section 96 considers monopoly. The second competition tribunal decision considered monopoly. It said that in considering monopoly, and everything else, \$29 million beats \$8.6 million.

Third, monopoly can be highly competitive. Ask the bureau's economists. Ask every other economist, but also ask the bureau's economists. You can have a situation of 100 per cent monopoly in

dans bien des cas d'entreprises beaucoup plus grandes que Supérieur Propane elle-même. Imperial Oil était d'ailleurs l'un de ses principaux clients. Exxon détient 70 p. 100 des parts d'Imperial Oil qui a donc des actionnaires américains. En vertu du projet de loi, le fusionnement ne serait approuvé que si Supérieur Propane, qui appartient en grande partie à des pensionnés canadiens, transférerait les gains en efficacité à Imperial Oil et, par le fait même, à ses actionnaires américains. Ce n'est certes pas l'effet désiré.

Shell était l'un des autres gros clients de Supérieur Propane. L'une des principales actionnaires de Royal Dutch Shell est la reine Beatrice. Encore là, l'amendement proposé ne permettrait pas le fusionnement à moins que les gains en efficacité soient transférés à la reine Beatrice. C'est totalement inacceptable.

Revenons-en à Supérieur Propane. Je constate que la plupart des membres du Bureau de la concurrence sont présents ici. Ils n'aiment pas Supérieur Propane. Si on les laissait agir à leur guise, la fusion de Supérieur Propane ne serait pas approuvée. Et c'est Imperial Oil qui s'en réjouirait. Shell également, mais pas les pensionnés canadiens. Ce n'est pas une bonne affaire, je vous le dis.

Aux États-Unis, il y a six entreprises de distribution de propane au détail qui sont plus grandes que Supérieur Propane — six!

Le fusionnement de Supérieur Propane et Inter-City Gas, ICG, permettait de gains d'efficacité de 29 millions de dollars. C'est ce que le tribunal a déterminé. Comment peut-on soutenir la concurrence de six entreprises américaines de plus grande taille sans l'efficacité suffisante? Eh bien, ce projet de loi favorise le manque d'efficacité, parce que ce fusionnement n'aurait pas été approuvé. Voyons les choses bien en face: cet amendement ne vise que Supérieur Propane. C'est sa seule raison d'être. Cette fusion ne serait pas approuvée et nous serions dans l'impossibilité de soutenir la concurrence.

Le commissaire par intérim vous a dit qu'il voulait une règle rendant illégal le monopole. Voilà un autre terme qui a beaucoup d'importance du point de vue politique. J'aimerais faire valoir trois points au sujet du monopole.

Premièrement, le paragraphe 92(2), qui n'est pas modifié, indique qu'il ne faut pas tenir compte de la part de marché. Qu'elle soit de 80 p. 100, 90 p. 100 ou 100 p. 100, peu importe. Vous ne prenez pas en considération la part de marché. Rien n'est changé à cette disposition.

Deuxièmement l'article 96 actuel traite du monopole. Le Tribunal de la concurrence a pris cette question en considération dans sa seconde décision. Il a conclu que même en tenant compte du monopole et de tous les autres facteurs, 29 millions de dollars, c'est préférable à 8,6 millions de dollars.

Troisièmement, une situation de monopole peut être extrêmement concurrentielle. Demandez aux économistes du Bureau. Demandez à n'importe quel autre économiste, mais

which the monopolist thinks that if he raises the price by a penny, other competitors will rush in. It is called, in the jargon, “poised competition.”

In this case, the jargon also makes sense in the real world. We all understand that if we do certain things, it will engender reaction. There are examples of where you have a highly competitive market.

In fact, one of the cases in which I was successful against the bureau was the *Hillsdown* case. My clients merged to a 67 per cent market share. The Competition Tribunal said, never mind efficiencies, there is no substantial lessening of competition. Poised competition was one of the reasons. Other competitors were not in the market, but they would have come in if the price had gone up.

Monopoly is just a word. You have to look at the situation. If the commissioner wants a per se rule against monopoly, it is misconceived. Thank you.

Mr. Brian A. Facey, Blake, Cassels & Graydon, LLP, As an individual: Honourable senators, I want to address three questions. The first is why are we changing the law? The second is what does the new law mean, both on its face and to the country? My third question is, what is the rush?

Turning to the first question — why are we changing the law — is it because the current law is too permissive, that it is basically a green light for monopolies to be created? I would submit the answer is no. The current section 96 has been on the books since 1986. During part of that time, since 1991, the bureau has used the most permissive interpretation of that section in its merger enforcement guidelines.

At the same time, we have had two major merger waves — one in the late 1980s and one in the late 1990s. During that time, the bureau regularly reviewed over 400 mergers per year, yet there was only ever this one case. It cannot be that the law is too permissive, especially since this case, according to the Federal Court of Appeal, has made the defence more difficult than it was previously. Therefore, in my submission, it cannot be because the law is too permissive.

Second, is it because we need to be more like the United States? Some people have suggested that. My answer there is no, for a couple of reasons. First, Canada is too small, too geographically diverse and perhaps too inherently inefficient to have the sort of antitrust laws that the United States has.

I have included an excerpt, which I would like to quickly read to you, on page 12 of our submission that is a quote from the Economic Council report of 1968, which is, in essence, the genesis of section 96. It is a very short quote and it gets to the point. Again, it is from 1968 and is comparing U.S. antitrust laws with Canada's.

demandez aussi à ceux du Bureau. Il est possible qu'une entreprise se retrouvant dans une situation de monopole à 100 p. 100 estime que si elle augmente ses prix, ne serait-ce que d'un sou, d'autres compétiteurs feront leur apparition. C'est ce que dans le jargon du métier on appelle la «concurrence potentielle».

En l'espèce, le jargon est compréhensible pour le commun des mortels. Nous savons tous que si nous faisons certaines choses, cela entraînera des réactions. Il y a des exemples de cela dans des marchés fortement concurrentiels.

L'une des causes que j'ai gagnées contre le Bureau de la concurrence était l'affaire *Hillsdown*. Mes clients ont fusionné pour s'assurer une part de marché de 67 p. 100. Le Tribunal de la concurrence a conclu que les gains en efficience étaient sans importance, parce qu'il n'y avait pas réduction sensible de la concurrence. Cette décision s'expliquait notamment par la concurrence potentielle. D'autres compétiteurs n'étaient pas sur le marché, mais ils y auraient fait leur apparition si les prix avaient augmenté.

Il ne faut pas s'arrêter au seul terme monopole; il faut examiner l'ensemble de la situation. Si le commissaire veut une règle interdisant le monopole, il fait fausse route. Merci.

M. Brian A. Facey, Blake, Cassels et Graydon, LLP, témoignage à titre personnel: Honorables sénateurs, j'ai trois questions pour vous. Premièrement, pourquoi modifions-nous la loi? Deuxièmement, que signifie la nouvelle loi, tant en elle-même qu'aux yeux du pays? Troisièmement, qu'est-ce qui presse tant?

Concernant ma première question — pourquoi modifions-nous la loi? — est-ce parce que la loi actuelle est trop permissive, c'est-à-dire qu'elle donne à toute fin pratique le feu vert à la création de monopoles? Je répondrais non à cette question. L'article 96 est en vigueur depuis 1986. Depuis 1991, le Bureau s'en remet à l'interprétation la plus permissive possible de cet article pour établir ses lignes directrices en matière de fusionnement.

Par ailleurs, nous avons connu deux grandes vagues de fusions — l'une à la fin des années 80 et l'autre à la fin des années 90. Pendant ces périodes, le Bureau examinait souvent plus de 400 propositions de fusionnement par année, mais seul ce cas en est ressorti. Ce n'est certainement pas parce que la loi est trop permissive, d'autant plus que, selon la Cour d'appel fédérale, l'affaire en question a rendu la défense encore plus difficile auparavant. Je crois donc qu'il faut écarter l'hypothèse d'une loi trop permissive.

Ou alors est-ce parce que nous devons nous aligner davantage sur les États-Unis? Certains l'ont laissé entendre. Encore là, je réponds non pour différentes raisons. Premièrement, le Canada est trop petit, trop diversifié du point de vue géographique et peut-être aussi trop intrinsèquement inefficace pour appliquer le type de lois antitrust qui sont en vigueur aux États-Unis.

J'ai inclus à la page 12 de notre mémoire un extrait d'un rapport du Conseil économique que j'aimerais vous lire. Il s'agit du rapport de 1968 qui est essentiellement à l'origine de l'article 96. C'est un très court extrait qui va droit au but. Je vous rappelle que nous sommes en 1968 et que nous comparons les lois antitrust américaines avec celles en vigueur au Canada.

It says:

Although competition policies in Canada and the United States as instituted in the late 19th century were in many ways a response to common concerns, their subsequent divergence has been partly a reflection of certain rather deep-seated differences between the two countries, and the smaller size, greater openness and world trade orientation of the Canadian economy.

I would submit that that has not changed today.

Last week, on October 30, I was here to speak but we were not heard. However, I picked up *The Globe and Mail* that morning, and thought it was interesting that the headline was "Economic Ranking Deals Blow to Canada: Global competitiveness rating falls from third to 16th in two years."

I am not suggesting that the competition laws are either a cause of or an answer to this. However, do we really want to take away a competitive advantage for Canadian businesses by effectively deleting section 96 from the act? In my submission, the answer should be no. Why are we changing the law? I think the answer is that it is simply in response to one case in the 15-year history of the section.

The second question is what does the new law mean on its face, and what does it mean to Canada? On its face, the new law raises many questions. As you are aware, Mr. Finkelstein has argued most of the merger cases, and I argued the *Superior Propane* case with him. We have looked in great detail at the meaning of these sections.

Bill C-249 talks about "consumers." Which consumers? Are these the consumers of the merging parties? Is it consumers as a class? Is it shareholders, who are also consumers? These issues were all litigated in *Superior Propane*, and they are not answered by this bill.

Second, which economic standard is to apply? Mr. Townley, I understand, will speak to that in greater detail, but is it the so-called price standard, the consumer surplus standard, the consumer welfare standard, the *Hillsdown* standard? There are many standards in the economic literature that were all debated in the propane case, none of which are answered by Bill C-249.

The third point is how does this section interact with the rest of the Competition Act? Section 1.1 of the Competition Act provides four goals of competition under the legislation. They are efficiency, international competitiveness, small business, and, enumerated last, consumers. The Federal Court of Appeal in the *Superior Propane* case said that section 1.1 was relevant for interpreting the statute, and yet this section focuses only on

Le voici:

Bien que les politiques de concurrence établies au Canada et aux États-Unis, vers la fin XIX^e siècle, aient été sous plusieurs rapports inspirées par des préoccupations communes, leur évolution divergente a été en partie causée par certaines différences profondes entre les deux pays et le fait que l'économie canadienne est de moindre taille, plus ouverte et plus orientée vers l'exportation que l'économie américaine.

Rien n'a changé aujourd'hui.

La semaine dernière, je me suis présenté ici mais je n'ai pas pu témoigner. Je me souviens toutefois très bien de la manchette du *Globe and Mail* en ce matin du 30 octobre. «Le Canada en chute libre: Il passe du troisième au seizième rang en deux ans au chapitre du taux de compétitivité à l'échelle mondiale.»

Je ne veux pas dire que les lois sur la concurrence sont la cause de cette régression ou une solution à ce problème. Cependant, voulons-nous vraiment priver les entreprises canadiennes d'un avantage concurrentiel en supprimant l'article 96 de la loi? Il faut répondre non à cette question-là aussi. Pourquoi voulons-nous modifier la loi? Je crois qu'il s'agit simplement d'une solution à une situation qui ne s'est présentée qu'une seule fois dans les 15 années d'application de cet article.

Je vous rappelle ma deuxième question: Que signifie la nouvelle loi en elle-même et aux yeux de l'ensemble du pays? À première vue, la nouvelle loi soulève de nombreuses questions. Comme vous le savez, M. Finkelstein a plaidé dans la plupart des causes touchant les fusions, et j'ai plaidé avec lui dans celle de *Supérieur Propane*. Nous avons étudié très minutieusement le sens de ces articles.

Dans le projet de loi C-249, il est question de «consommateurs». De quels consommateurs s'agit-il? Parle-t-on des consommateurs qui sont clients des entreprises qui fusionnent? S'agit-il des consommateurs en tant que groupe social? Fait-on référence aux actionnaires, qui sont aussi des consommateurs? Toutes ces questions ont été débattues dans la cause *Supérieur Propane*, et le projet de loi n'apporte aucune réponse.

Il faut aussi se demander quelle norme sociale doit s'appliquer. Je crois que M. Townley vous parlera plus en détail de cette question, mais s'agit-il de la norme du prix, de la norme du surplus pour le consommateur, de la norme des avantages pour le consommateur ou de la norme *Hillsdown*? Les ouvrages économiques traitent de nombreuses normes qui ont toutes été examinées dans l'affaire *Supérieur Propane*; le projet de loi C-249 ne dit pas laquelle doit s'appliquer.

Il convient en outre de déterminer de quelle façon cet article s'inscrit dans l'ensemble de la Loi sur la concurrence. L'article 1.1 définit les quatre grands objectifs de la Loi sur la concurrence. Ils concernent l'efficacité, la compétitivité à l'échelle internationale, les petites entreprises et, en dernier lieu, les consommateurs. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, la Cour fédérale d'appel a déterminé que l'article 1.1 permettait une interprétation valable de la loi,

consumers. That is the mistake the tribunal made in the first case, in focusing solely on efficiencies, according to the Court of Appeal.

Finally, there is another section in the act that has an efficiencies defence; section 86 deals with specialization agreements. It is essentially the same language as section 96, yet there is no movement to change that section. There is also discussion about adding an efficiencies defence of some sort to the price-fixing section, section 45 of the act. If this passes, we could have one efficiency test for mergers, a different one for specialization agreements and a different one for strategic alliances between businesses. The current section does not consider the interplay with the rest of act.

My last point is, what is the rush? There is a much larger amendments package that has been debated and discussed in the antitrust competition law community over the last several years. In June, the bureau issued a wide-ranging discussion paper, and is today, as we speak, holding round tables on those amendments. None of that process is taking place in respect of this bill. I submit — and agree with the CBA, to this extent — that there should have been further consultation with stakeholders and with people practising in the area.

Those are my submissions and I look forward to questions.

The Chairman: Thank you. The final presentation is by Mr. Townley.

Mr. Peter G. C. Townley, Professor of Economics, Acadia University, As an individual: Thank you, honourable senators, for inviting me to speak today. This is a most complex issue.

I have been a professor of economics at Acadia University since 1981. For the two years ending June 30 of this year, I held the TD MacDonald Chair in Industrial Economics at the Competition Bureau. Currently, I am taking a sabbatical leave at the Institute for Policy Analysis at the University of Toronto.

You have a fuller written submission. I will use my time to speak to the essence of that.

When it has been found that a proposed merger will result in, or likely result in, a substantial lessening or prevention of competition according to section 92 of the act — the burden of which is on the Commissioner of Competition to demonstrate to the tribunal — the parties may appeal through section 96 of the act regarding cost savings — efficiencies, if you like — that are expected to result from the merger. The burden to demonstrate that the good of an anti-competitive merger would outweigh the bad falls mostly on the parties.

mais l'amendement proposé s'arrête seulement aux consommateurs. Selon la Cour d'appel, le tribunal ayant rendu la première décision avait fait l'erreur de ne s'intéresser qu'à l'efficience.

Enfin, un autre article de la loi propose une argumentation de défense invoquant les gains en efficience: il s'agit de l'article 86 traitant des accords de spécialisation. Le libellé est à peu près le même que celui de l'article 96; pourtant, personne ne veut modifier cet article. On parle également d'ajouter une disposition traitant des gains d'efficience dans l'article 45 de la loi qui traite de la fixation des prix. Si ce changement est apporté, nous aurions un critère relatif à l'efficience pour les fusionnements, un autre pour les accords de spécialisation et un troisième pour les alliances stratégiques entre sociétés. Les interactions entre l'article dans sa forme actuelle et le reste de la loi ne sont pas prises en considération.

Ma dernière question maintenant: qu'est-ce qui presse tant? Un ensemble beaucoup plus imposant de modifications fait l'objet de discussions et de consultations dans le domaine des lois antitrust depuis plusieurs années. En juin, le bureau a rendu public un document de travail d'une très large portée et tient en ce moment même des tables rondes au sujet des modifications. Rien de tel n'est fait pour le projet de loi C-249. Je soutiens — et je suis d'accord avec l'Association du Barreau canadien sur ce point — que l'on devrait mener des consultations plus poussées auprès des intervenants et des avocats qui pratiquent dans ce secteur.

Je vous ai présenté mon point de vue et j'attends vos questions.

Le président: Merci. Passons maintenant à la dernière présentation, celle de M. Townley.

M. Peter G. C. Townley, professeur d'économie, Université Acadia, témoignage à titre personnel: Merci, honorables sénateurs, de m'avoir invité à m'adresser à vous. C'est une question fort complexe.

J'enseigne l'économie à l'Université Acadia depuis 1981. Pendant deux ans, et ce jusqu'au 30 juin dernier, j'ai été titulaire de la Chaire T.D. MacDonald en économie industrielle au Bureau de la concurrence. Je profite maintenant d'un congé sabbatique pour travailler à l'Institute for Policy Analysis de l'Université de Toronto.

Je vous ai remis le texte intégral de ma présentation. Je vais utiliser le temps qui m'est imparti pour vous en exposer l'essentiel.

Aux termes de l'article 92 de la loi, lorsqu'il est déterminé qu'un fusionnement proposé empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence, ou aurait vraisemblablement cet effet — le fardeau de la preuve revenant au commissaire de la concurrence devant le tribunal —, les parties peuvent interjeter appel en vertu de l'article 96 de la loi relativement aux économies de coût — aux gains en efficience, si vous préférez — qui devraient résulter de la fusion. C'est principalement aux parties en cause qu'il revient de démontrer que les avantages d'un fusionnement anticoncurrentiel surpasseront les inconvénients.

Section 96 is all about balancing things that are good and bad for Canadians with respect to mergers and acquisitions. In the propane case, I was the commissioner's expert on how this balancing might be accomplished in an economically valid and sound manner.

Prior to the propane case, the commissioner applied a test known as the "total surplus standard." In the case of a merger that would cause consumers to lose and producers to gain, a merger would satisfy this test if the dollar gains of producers exceeded the dollar losses of consumers.

I argued against this test in *Superior Propane*. It misses the point that those dollar gains may not increase the well-being of those who gain by enough to offset the loss of well-being of those who lose.

We expect a relatively poor individual to value extra dollars more than a relatively wealthy one. Therefore, in the case of a merger, where the gainers are wealthy relative to the losers, passing the total surplus standard may not signal an increase in aggregate well-being. Such a merger will be said to have adverse distributional impacts. The total surplus standard treats distributional impacts as if they are negligible, whether they are indeed or not.

It is necessary to take into account the distributional impacts of a merger. This is what the approach I advocated in the case accomplishes. It is called the "balancing weights approach."

The first Federal Court of Appeal in this case determined that the total surplus standard was not flexible enough to accommodate the elements of section 1.1 of the act that Mr. Facey enumerated, that is, the purpose clause, and further determined that the balancing weights approach had the desired flexibility. That is now the law, the jurisprudence; balancing weights.

At the other extreme from the total surplus standard is the price standard, which Bill C-249 resembles. Like the total surplus standard, it is arbitrary and inflexible. A merger does not satisfy this test if it causes anyone to lose, regardless of the magnitude of the gains that might accrue to the rest of the economy. It takes just one loser.

In essence, this test treats distributional impacts as egregious in the extreme, both when they are and when they are not. The balancing weights approach, the current jurisprudence after *Superior Propane* says to look at the distributional impacts of the merger. If they are egregious, treat them as egregious; if they are negligible, treat them as negligible. Look to the evidence on a case specific-basis instead of applying an arbitrary, inflexible test

L'application de l'article 96 consiste à trouver le juste équilibre entre les mesures qui sont profitables ou non pour les Canadiens en ce qui concerne les fusionnements et les acquisitions. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, j'ai conseillé le commissaire quant à la façon de trouver ce juste équilibre d'une manière qui soit économiquement viable.

Avant la cause *Supérieur Propane*, le commissaire a appliqué une norme connue sous le nom de critère des surplus totaux. Dans le cas d'un fusionnement qui entraînerait des pertes pour les consommateurs et des gains pour les producteurs, la norme serait respectée si la valeur des gains des producteurs dépassait celle des pertes des consommateurs.

Je me suis opposé à l'application de ce critère dans l'affaire *Supérieur Propane*. Il ne tient pas compte du fait que les gains n'améliorent peut-être pas suffisamment le sort de ceux à qui ils profitent pour compenser la perte de bien-être de ceux qui sont lésés.

Il est normal qu'un individu relativement pauvre accorde une plus grande importance à une entrée d'argent supplémentaire qu'un individu relativement riche. Par conséquent, dans le cas d'un fusionnement, où les gagnants sont au départ plus riches que les perdants, le fait de satisfaire à la norme du surplus total ne signifie pas nécessairement une augmentation du bien-être global. On dirait qu'un tel fusionnement aurait des effets distributifs défavorables. Le critère du surplus total considère les effets distributifs comme négligeables, qu'ils le soient vraiment ou non.

Il faut absolument prendre en compte les effets distributifs d'un fusionnement. C'est exactement ce que fait l'approche que j'ai préconisée pour cette affaire: la méthode des coefficients pondérateurs.

Dans sa première décision en l'espèce, la Cour d'appel fédérale a déterminé que le critère du surplus total n'était pas suffisamment flexible pour permettre la concrétisation des objectifs prévus à l'article 1.1 de la loi que M. Facey vous a énumérés. La cour a également conclu que l'approche des coefficients pondérateurs offrait la souplesse voulue. C'est désormais comme cela que la loi s'applique: au moyen des coefficients pondérateurs.

Tout à l'opposé du critère du surplus total, on retrouve la norme du prix, à laquelle est assimilé le projet de loi C-249. Tout comme le critère du surplus total, cette norme est arbitraire et inflexible. Un fusionnement ne satisfait pas à ce critère s'il entraîne des pertes pour une seule personne, sans égard à l'ampleur des gains qu'il peut procurer au reste de l'économie. Il suffit d'une seule personne lésée.

En fait, ce critère considère les effets distributifs comme s'ils se manifestaient au maximum, que ce soit le cas ou non. L'approche des coefficients pondérateurs, qui fait jurisprudence depuis la cause *Supérieur Propane*, exige qu'on examine les effets distributifs du fusionnement. S'ils sont énormes, il faut les traiter comme tels; s'ils sont négligeables, on doit agir en conséquence. Il convient donc d'examiner la preuve suivant les

that ignores the facts of the case and the multiple objectives of the act given in section 1.1.

This is my main problem with Bill C-249. It imposes a state of ignorance on the Competition tribunal, the same tribune that did apply a variation of the balancing weights approach in its redetermination decision in *Superior Propane*. It did account for the distributional impacts of the merger.

We worry about allowing welfare decreasing mergers and preventing welfare increasing mergers; that is, we worry about making mistakes. The price standard, Bill C-249, would prevent too many welfare increasing mergers and the total surplus standard has a potential to allow too many welfare decreasing mergers. The current jurisprudence, what is the evidence, reduces the likelihood and costs of making both kinds of mistakes.

Section 96, as it is, augmented by the jurisprudence of the Federal Court of Appeal in *Superior Propane*, does not require amendment. Bill C-249 would mean a radical change in how mergers are assessed and prosecuted, to the detriment of Canadians.

The Standing Committee on Industry, Science and Technology hearing transcripts reveal that the principal motivation for Bill C-249 was the outcome of *Superior Propane*, especially with respect to those geographical markets classified as “monopoly” post merger.

First, an amendment to the effect that the efficiencies defence would not be available in the case of elimination or near elimination of competition would have provided more clarity and would speak directly to the express concerns of House committee members. I do not agree with it, but I simply think that an amendment along those lines would do less damage to Canada than Bill C-249.

Second, there would appear to be a presumption that it is section 96 of the Competition Act that is inadequate rather than the Commissioner of Competition’s prosecution of the *Superior Propane* case.

The inadequacy of the prosecution of this case is well known. It was revealed in journals as long ago as the fall of 2000, just after the tribunal issued its original decision, well before factums for the redetermination case were prepared, and before the first Federal Court of Appeal hearing in this case. Cost savings were counted that should not have been counted and losses to the Canadian economy were understated by a factor of 8.5. That is the claim of both Professor Mathewson and Professor Winter who used to be at the University of Toronto. The factor of 8.5 has not been tested before the tribunal.

circonstances particulières à chaque cas, plutôt que d’appliquer un critère arbitraire et inflexible qui ne tient pas compte des faits en l’espèce et des différents objectifs de la loi exposés à l’article 1.1.

C’est, selon moi, le principal problème du projet de loi C-249. Il condamne à l’ignorance le Tribunal de la concurrence, cette même cour qui a appliqué une variante de l’approche des coefficients pondérateurs dans son réexamen de la décision concernant Supérieur Propane. Le tribunal a en effet alors pris en considération les effets distributifs de la fusion.

Nous craignons de permettre des fusionnements qui mineraient le mieux-être de la population et d’en empêcher d’autres qui le favoriseraient; bref, nous avons peur de commettre des erreurs. La norme du prix, telle qu’appliquée en vertu du projet de loi C-249, empêcherait un trop grand nombre de fusions favorables au mieux-être et le critère du surplus total pourrait favoriser un nombre trop élevé de fusionnements nuisibles au mieux-être. L’approche faisant désormais jurisprudence diminue les risques et les coûts associés à ce genre d’erreurs.

L’article 96, dans sa forme actuelle, avec le soutien de la jurisprudence établie par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Supérieur Propane*, n’a pas besoin d’être modifié. Le projet de loi C-249 modifierait en profondeur la façon dont les fusionnements sont évalués et traités en justice, au détriment des Canadiens.

La transcription des audiences du Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie révèle que la décision rendue dans le cas *Supérieur Propane* est le principal facteur à l’origine du projet de loi C-249, surtout dans le cas de ces marchés régionaux qualifiés de monopoles après la fusion.

Tout d’abord, un amendement voulant que les arguments relatifs à l’efficacité ne pourraient pas être invoqués comme défense dans le cas de l’élimination, totale ou presque, de la concurrence aurait eu le mérite d’être clair et de répondre directement aux préoccupations exprimées par les membres du comité de la Chambre. Je n’approuve pas une telle mesure, mais je crois simplement qu’un amendement en ce sens ferait moins de tort au Canada que le projet de loi C-249.

En second lieu, on semblerait présumer que c’est l’article 96 de la Loi sur la concurrence qui est inadéquat, plutôt que les poursuites entamées par le commissaire de la concurrence dans l’affaire *Supérieur Propane*.

L’inefficacité avec laquelle cette cause a été traitée est un fait bien connu. Les revues spécialisées en ont parlé dès l’automne 2000, juste après la décision initiale du tribunal, bien avant que les mémoires pour le réexamen de la cause ne soient préparés, et avant la première audience de la Cour d’appel fédérale dans cette affaire. On a pris en compte des diminutions de coûts qui n’auraient pas dû être considérés et les pertes pour l’économie canadienne ont été sous-estimées dans un ratio de 8,5 pour un. C’est ce qu’ont soutenu les professeurs Mathewson et Winter qui enseignaient à l’Université de Toronto. Le ratio de 8,5 n’a pas été vérifié devant le tribunal.

The tribunal was aware that evidence existed, but the commissioner did not adduce the evidence at the first tribunal hearings properly and at the redetermination hearing at all. In the redetermination decision, at paragraph 169, the tribunal states:

It therefore cannot be said that the total surplus standard necessarily would have led the tribunal to approve the instant merger had the dead weight loss been measured properly.

Thus the tribunal expresses the view that had the proper evidence been adduced the *Superior Propane* merger may not have met even the easiest test to pass, much less the balancing weights approach, the current law.

On the back of an envelope, using published numbers, it appears to me that the social costs of that merger exceed the social benefits by 14 per cent had that new evidence been adduced and stood the test.

In my view, if the outcome of the *Superior Propane* case is to be the rationale for adoption of Bill C-249, an independent inquiry into its prosecution is warranted. The merger provisions of the Competition Act as they currently exist serve Canadians and the legislated objectives of the act best.

Senator Hervieux-Payette: My first question is for the Canadian Bar Association. It seems that you had not too much time before the committee of the other place.

Did Canadian Bar Association make the same representation before the House of Commons committee?

I understand that some of the individuals who are appearing here today were not heard there.

What is the bar's opinion about making amendments to bills that are directed to one corporation?

I voted against the amendment to the Competition Act when we dealt with the question of Air Canada. To me, it is totally against the public interest to legislate for one company.

I do not have a conflict of interest. I think it is important to know the bar's position on amending bills that do not touch on any other cases but one.

Mr. Kennish: We have three times provided submissions on this legislation as predecessor bills. We presented a written submission on Bill C-248 and when it was converted into the current version we appeared before Industry Committee and presented a similar view to the one you have heard today, but primarily urging members to drop the proposed legislation in favour of broader public consultation.

Le tribunal était au courant de l'existence de telles preuves, mais le commissaire ne les a pas produites correctement à la première audience et ne les a pas soumises du tout lors du réexamen. Dans sa décision relative à la demande de réexamen, le tribunal indique ce qui suit à l'article 169:

On ne peut donc dire que le critère du surplus total aurait nécessairement mené le tribunal à approuver le fusionnement considéré si la perte sèche avait été mesurée correctement.

Le tribunal indique donc que si les preuves pertinentes avaient été produites, le fusionnement de *Supérieur Propane* n'aurait pas nécessairement satisfait même au critère le moins exigeant, et encore moins à celui des coefficients pondérateurs qui correspond à la loi actuelle.

Un calcul rapide à partir des données rendues publiques nous permet de conclure que les coûts sociaux de cette fusion auraient excédé de 14 p. 100 ses avantages pour la société si ces nouvelles preuves avaient été produites et avaient satisfait au critère.

À mon avis, si c'est la décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane* qui doit justifier l'adoption du projet de loi C-249, il convient de procéder à une enquête indépendante sur le traitement de cette cause. Dans l'intérêt des Canadiens et pour la réalisation des objectifs législatifs visés, il est préférable de s'en tenir aux dispositions actuelles de la Loi sur la concurrence concernant les fusionnements.

Le sénateur Hervieux-Payette: Ma première question s'adresse au représentant de l'Association du Barreau canadien. Il semble que vous n'ayez pas eu droit à beaucoup de temps devant le comité de la Chambre.

Est-ce que l'Association du Barreau canadien a présenté le même exposé devant le comité de la Chambre des communes?

Il semble que certains des témoins qui ont comparu ici n'ont pas pu prendre la parole à cette occasion.

Que pense le Barreau de l'idée d'apporter des amendements à un projet de loi en ciblant une seule société?

J'ai voté contre un amendement à la Loi sur la concurrence lorsque nous avons traité de la question d'Air Canada. Selon moi, il va totalement à l'encontre de l'intérêt public de légiférer en fonction d'une seule entreprise.

Je n'étais pas en situation de conflit d'intérêts. Je crois simplement qu'il est important de savoir le point de vue du Barreau concernant des amendements à des projets de loi qui ne toucheraient qu'une seule affaire.

M. Kennish: Nous avons déjà présenté trois mémoires à ce sujet à l'occasion de projets de loi antérieurs. Nous avons soumis une présentation écrite relativement au projet de loi C-248 et, lorsqu'il a été converti sous sa forme actuelle, nous avons comparu devant le Comité de l'industrie pour y présenter un point de vue similaire à celui que nous vous avons exposé aujourd'hui, mais en insistant surtout auprès des députés pour que le projet de loi soit abandonné en faveur d'une consultation publique plus vaste.

We think it is a very important issue in competition law and warrants full consideration. We now have a process ongoing; this discussion paper review. I believe that is the perfect place to have included this, and I do not think it is too late to do so because it is at least as important as many of the measures that are currently being canvassed in that process.

We did take objection before the industry committee to the process that was followed because it was not inclusive enough, in our view, for proper consideration of it.

The bar has gone on record a number of times in its opposition to industry-specific provisions because the view we take is that the Competition Act is framework legislation of general application that should not be targeting, for example, travel agents dealing with airlines. There is a provision like that in the act.

In this case, there is a proposal to change the merger efficiency defence, which is a more general issue. I appreciate it is prompted by the *Superior Propane* decision, but we have treated it on a more general basis as opposed to one case-specific situation. Nevertheless, we still think it would benefit from much more public discussion and consideration, and that is our primary position.

Senator Hervieux-Payette: Mr. Finkelstein you talked about the advantage that this would have given to Imperial Oil and Shell. Yesterday, we heard that the farmers would be the ones hurt by the adoption of the proposed legislation.

I would like to know just who you consider the consumers to be.

Mr. Facey, where do we draw the line? In the general public, there seems to be a threshold that once you attain 70 per cent, then there is practically no competition. Is that when you call it a monopoly?

My last question is to Mr. Townley. You made a good presentation. I do not mean any offence, but I am wondering whether you are doing this totally on your own and no fee has been paid to you to present this paper? I want us to be sure that it is your personal opinion.

Mr. Townley: May I answer that now? That is an important question. I am not being paid for my presentation here today.

Senator Hervieux-Payette: You are totally on your own?

Mr. Townley: I am on sabbatical leave. The good taxpayers are paying for my transportation here today.

Nous estimons cette question très importante dans l'application des lois sur la concurrence et nous croyons qu'elle exige un examen approfondi. Un processus est d'ailleurs en cours à cette fin; l'examen de ce document de travail. Je considère que c'est le mécanisme idéal pour l'étude de cet amendement, et je ne crois pas qu'il soit trop tard pour agir car il est tout au moins aussi important que bon nombre des mesures qui sont actuellement examinées dans le cadre de ce processus.

Nous avons soulevé une objection devant le Comité de l'industrie parce que nous croyons que le mécanisme en place n'est pas assez inclusif pour permettre un examen adéquat de la question.

Le Barreau s'est prononcé à maintes reprises contre les dispositions particulières à une industrie parce que nous sommes d'avis que la Loi sur la concurrence est une mesure législative cadre d'application générale qui ne devrait pas cibler, par exemple, les agents de voyage qui font affaire avec des compagnies aériennes. Il y a une disposition à cet effet dans la loi.

En l'espèce, il est question de changer un argument de défense invoquant les gains d'efficacité en faveur des fusions, ce qui est d'intérêt plus général. Je comprends que c'est la décision *Supérieur Propane* qui est à l'origine des modifications proposées, mais je l'ai traitée en fonction de son application générale, plutôt que de cette situation particulière. Néanmoins, nous croyons qu'il serait bon que les amendements soient soumis à un débat et à un examen public plus approfondis, et c'est là le principal point que nous voulions faire valoir.

Le sénateur Hervieux-Payette: Monsieur Finkelstein, vous avez parlé des avantages que des sociétés comme Imperial Oil et Shell auraient pu en tirer. Hier, on nous a dit que ce sont les agriculteurs qui seraient lésés en cas d'adoption du projet de loi.

J'aimerais que vous nous disiez qui sont les consommateurs d'après vous.

Monsieur Facey, où faut-il s'arrêter? Dans la population en général, on semble croire qu'à partir du moment où une société atteint 70 p. 100 de part de marché, il n'y a pratiquement plus de concurrence. Parlez-vous alors de monopole?

Ma dernière question s'adresse à M. Townley. Votre exposé était très intéressant. Sans vouloir vous offenser, j'aimerais savoir si vous faites cette démarche entièrement à titre personnel ou si des honoraires vous sont versés pour nous présenter ce mémoire. Je veux seulement m'assurer que c'est bien votre point de vue personnel.

M. Townley: Puis-je répondre tout de suite? C'est une question importante. Je ne reçois aucune rémunération pour ma présentation d'aujourd'hui.

Le sénateur Hervieux-Payette: Vous le faites entièrement à titre personnel?

M. Townley: Je suis en congé sabbatique. Ce sont les bons contribuables qui paient pour mon déplacement ici aujourd'hui.

Senator Hervieux-Payette: It is important for the record to know that you did that on your own, and your opinion has more weight because of that. Mr. Finkelstein and Mr. Facey, can I have your answers?

Mr. Finkelstein: Let me also say that we are doing this for nothing.

Senator Prud'homme: Yes sir, but it is very prestigious.

Mr. Finkelstein: Highly prestigious, senator. I am here because it gives my reputation an enormous advantage.

Senator, your question is absolutely the right question, and it is totally foreclosed by this amendment. Your question is, who is the consumer? Let us apply some judgment, asks your question, to who is the consumer.

Some consumers we will consider as having been adversely affected, and other consumers we will not. That is the balancing weights approach. Mr. Townley and I were adversaries. I cross-examined Mr. Townley and you can see how successfully; the Federal Court of Appeal accepted his method, which says that you have to look at who the consumers are.

When the commissioner told you the consumers were farmers, I find that incredible when you look at the evidence. Were they telling you the truth? Sure. Were there farmers? Absolutely. I see Mr. Lancop has his mouth open. There were farmers there. We had evidence of agricultural consumers, and I can tell you a lot of them were from very large co-ops.

We had industrial consumers: Imperial Oil, Bombardier, Shell, and McDonalds. We had construction consumers and very large developers. We had poor people living in isolated communities. We had all kinds of consumers.

What the tribunal did when it looked at the evidence, and you can see this in the redetermination hearing, is go through the various different categories of consumer and said, "For the small, poor consumer, there is an adverse social effect." How much? They measured \$2.6 million.

Was the commissioner telling you the truth? Yes, insofar as it goes.

Does it present the whole picture? No, it does not.

I was giving you a submission to prove a point, which is, do not have an absolute rule that a merger will not pass unless the efficiencies are passed on to consumers unless you are ready to say, "unless we benefit foreign consumers," because there will be situations and the merger will not pass. That is my point.

Le sénateur Hervieux-Payette: Il est important qu'il soit bien établi que votre démarche est personnelle, car votre opinion en a d'autant plus de valeur. Monsieur Finkelstein et monsieur Facey, pouvez-vous répondre à mes questions?

M. Finkelstein: Permettez-moi également de préciser que nous ne touchons aucun honoraire pour être ici.

Le sénateur Prud'homme: D'accord, monsieur, mais vous en tirez beaucoup de prestige.

M. Finkelstein: Énormément de prestige, sénateur. Je suis ici parce que c'est excellent pour ma réputation.

Sénateur, votre question est tout à fait pertinente, mais totalement négligée par cet amendement. Vous demandez qui sont les consommateurs. Servons-nous un peu de notre jugement pour y répondre.

On considérera que certains consommateurs subissent des inconvénients, alors que pour d'autres ce ne sera pas le cas. C'est l'approche des coefficients pondérateurs. M. Townley et moi-même étions adversaires dans cette cause. J'ai procédé à son contre-interrogatoire et vous pouvez constater le succès que j'ai obtenu: la Cour d'appel fédérale a fait droit à sa méthode qui exige de déterminer qui sont les consommateurs.

Lorsque le commissaire vous a dit que les consommateurs étaient des agriculteurs, c'était difficile à croire compte tenu des preuves produites. Est-ce qu'on vous disait la vérité? Certainement. Y avait-il des agriculteurs? Tout à fait. M. Lancop semble perplexe, mais il y avait effectivement des agriculteurs. Nous disposions de preuves au sujet de consommateurs dans le secteur agricole, et je puis vous affirmer que bon nombre de ces producteurs étaient regroupés au sein de coopératives très importantes.

Il y avait aussi des consommateurs dans le secteur industriel. Imperial Oil, Bombardier, Shell et McDonalds. Il y avait également des consommateurs dans le secteur de la construction ainsi que des promoteurs de grande envergure. Mais il y avait aussi des personnes pauvres vivant dans des collectivités isolées. Il y avait des consommateurs de toutes sortes.

Ce que le tribunal a fait lorsqu'il a examiné la preuve, et on le voit lors de l'audience relative au réexamen, c'est qu'il a tenu compte des diverses catégories de consommateurs et a déterminé qu'il y avait un effet social négatif pour le consommateur pauvre, effet qu'il a évalué à 2,6 millions de dollars.

Le commissaire vous a-t-il dit la vérité? Oui, dans la mesure de ce qu'il a dit.

Vous a-t-on présenté l'ensemble du portrait? Non.

Mon exposé vise à faire valoir une chose: n'adoptez pas une règle absolue qui interdirait un fusionnement si les gains en efficience ne bénéficient pas aux consommateurs, à moins que vous ne soyez prêts à préciser «aux consommateurs étrangers», parce que de telles situations se présenteront et que le fusionnement sera refusé. Voilà mon point de vue.

Mr. Facey: Regarding the question of what is “monopoly,” that is a most important question of the last century in antitrust debate. It has a popular meaning to all of us and an economic meaning. The question is, when is it a monopoly and at what market share?

I submit that it is really an empty concept, and that is what the tribunal said in the *Superior Propane* case. What we are really talking about is market power.

What is market power? We seem to think it is the ability to raise prices or reduce service. That is generally how we accept it. Monopoly is basically irrelevant to that in the sense that you could have complete perfect entry, as Mr. Finkelstein said in the *Hillsdown* case, where you could not raise prices because entry would come in and defeat any price increase.

That is why subsection 92(2) is in the act. It prohibits a finding of a substantial lessening of competition based on market share, because we are beyond using those kinds of proxies.

I also echo what Mr. Townley says. If that is really the concern, this does not fix that. The better way to fix it is to say that this does not apply in the situation of monopoly.

Senator Angus: I am tempted to ask you what you really think, but I will restrict my comment to thanking you for clear presentations, without pulling any punches.

Mr. Finkelstein, you indicated that not all members of the competition bar subscribe to the submissions put forward by Mr. Kennish.

Did I understand you correctly?

Mr. Finkelstein: You understood me correctly.

Senator Angus: Could you elaborate please?

Mr. Finkelstein: Most agree, and I agree, with Mr. Kennish's submissions on process, and we agree with his submission regarding the inflexibility of this proposed amendment given that if the efficiencies are not passed on to consumer, the merger does not pass.

Where leading members of the competition law bar, and I include, with his permission, my partner Mr. Cal Goldman, a former Commissioner Of Competition and others, strongly part company is here: Efficiencies are very important, and to make efficiencies a factor, which the commissioner can then ignore, is bad policy.

I have heard the argument put that the commissioner ignores section 96 now. If we make it a factor, then he will consider it, because it is not all or nothing. To me that argument turns the world on its head. If the commissioner is not following the law that he is supposed to follow, the proper approach is not to change the law but to get a new commissioner.

M. Facey: Quant à savoir ce qu'est un monopole, cette question a occupé tout le débat antitrust du siècle dernier. Elle a un sens courant pour nous tous, mais aussi une signification économique. À quel moment peut-on parler de monopole? Quelle doit être la part du marché?

À mon avis, il s'agit d'un concept vide de sens, et c'est ce qu'a dit le tribunal dans l'affaire *Supérieur Propane*. C'est de l'emprise sur le marché dont nous parlons.

Qu'est-ce que l'emprise sur le marché? Il s'agirait de la capacité d'augmenter les prix ou de réduire les services. Voilà, en général, comment nous concevons cette notion. La question de monopole n'a rien à voir, puisqu'on pourrait avoir un accès parfait et complet, comme M. Finkelstein l'a dit relativement à l'affaire *Hillsdown*, et qu'on ne pourrait pas augmenter les prix parce qu'un concurrent pourrait entrer en jeu et faire échouer cette hausse de prix.

C'est pour cette raison que le paragraphe 92(2) se trouve dans la loi. Il interdit de conclure que la concurrence est sensiblement diminuée en se fondant uniquement sur la part du marché, parce qu'on n'utilise plus pareille approche.

Je reprends à mon compte les propos de M. Townley. Si c'est ce qui nous préoccupe vraiment, on ne règle pas le problème. Il vaudrait mieux dire que cela ne s'applique pas à la situation de monopole.

Le sénateur Angus: Je suis tenté de vous demander ce que vous pensez vraiment, mais je me contenterai de vous remercier de vos exposés clairs, qui n'ont épargné personne.

Monsieur Finkelstein, vous dites que les experts du droit de la concurrence ne sont pas tous d'accord avec les arguments présentés par M. Kennish.

Ai-je bien compris?

M. Finkelstein: Vous avez bien compris.

Le sénateur Angus: Pourriez-vous préciser votre pensée, s'il vous plaît?

M. Finkelstein: La plupart sont d'accord, comme moi, avec les arguments de M. Kennish sur le processus, et sur la rigidité de la modification proposée, qui ferait en sorte que le fusionnement serait interdit si les gains en efficience ne profitent pas aux consommateurs.

Certains membres éminents du barreau qui sont spécialisés en droit de la concurrence, parmi lesquels j'inclus, avec sa permission, mon associé, M. Cal Goldman, ancien commissaire de la concurrence, ont une vue tout à fait divergente sur la question suivante: les gains en efficience sont très importants et il ne faut pas les considérer comme un facteur, que le commissaire pourrait alors ignorer.

J'ai entendu l'argument disant que le commissaire fait fi de l'article 96, et que si les gains en efficience deviennent un facteur, il en tiendra compte, parce que ce ne sera plus tout ou rien. À mon avis, cet argument est insensé. Si le commissaire ne respecte pas la loi qu'il est censé respecter, il ne faut pas changer la loi, mais changer le commissaire.

Senator Angus: We have been reading the papers.

Mr. Finkelstein: As Mr. Facey said, section 86 of the act, regarding specialization agreements, puts forward an efficiencies defence. The idea is that where efficiencies exceed all of the anti-competitive effects that is a good merger for Canada, that should end the inquiry. It should be a defence, not simply a factor, which would permit good mergers, welfare enhancing mergers, as Mr. Townley has described them, from being refused.

That is where I, as well as others, depart company with the bar. We say it should remain as a defence and not simply be a factor.

Senator Angus: In the larger sense of being against C-249 or any technical aspect of it, are you on side with the submission of the bar?

Mr. Finkelstein: With the greatest of respect, senator, it is much more than a technical aspect. If it is only a factor, the reality is efficiency-enhancing mergers are highly vulnerable. That is not a technical issue.

Senator Angus: No, I appreciate that.

Mr. Finkelstein: We agree with the concepts.

Senator Angus: I had understood, and I think it came through, even with you, Professor Townley, that we do not want anything to do with Bill C-249, but if the powers that be want to do something in response to *Superior Propane* then here are some other ways maybe you could perhaps go. It was characterized by at least one of you that this will do less damage to Canada, but it would still do damage. I cannot see how you could subscribe to anything that would do damage to Canada.

Why would we pass a law that is doing damage to Canada?

Mr. Finkelstein: That is our point.

Mr. Townley: I would take the lesser of two evils, but yes, I agree.

Senator Angus: I have to congratulate you for your candour, Mr. Finkelstein especially, with these gentlemen and ladies sitting right there.

Mr. Finkelstein: They did not like me before.

Senator Angus: I am glad they came back. From what I understood of their testimony yesterday, first, they told us this did not start off as a government bill but a private member's bill for whatever reasons, I do not know and it has not been made clear to me. It has been quasi-converted to a public bill. I do not understand how that came to pass or why the government is bringing this thing to us at this time, especially with the discussion paper process underway, and to everybody's knowledge.

Le sénateur Angus: Nous avons lu les journaux.

M. Finkelstein: Comme M. Facey l'a dit, l'article 86 de la loi, au sujet des accords de spécialisation, permet la défense fondée sur les gains d'efficacité. Lorsque ces gains dépassent tous les effets de la non-concurrence, le fusionnement est bon pour le Canada, et l'enquête devrait s'arrêter là. C'est sur une défense, et non seulement sur un facteur, que doit reposer le refus d'un bon fusionnement, c'est-à-dire qui contribue à améliorer le bien-être, comme l'a décrit M. Townley.

C'est sur ce point que moi-même et d'autres sommes en désaccord avec le barreau. Nous disons qu'il faut conserver le principe de défense plutôt que de considérer les gains en efficacité comme un simple facteur.

Le sénateur Angus: Dans un sens plus général, êtes-vous d'accord avec la présentation du barreau, qui s'oppose au projet de loi C-249 ou à tout autre aspect technique de ce projet de loi?

M. Finkelstein: Avec le plus grand respect, monsieur le sénateur, c'est beaucoup plus qu'un simple aspect technique. Si l'on parle seulement d'un facteur, les fusionnements qui augmentent les gains en efficacité sont très vulnérables. Ce n'est pas une question technique.

Le sénateur Angus: Non, je comprends.

M. Finkelstein: Nous sommes d'accord sur les concepts.

Le sénateur Angus: J'ai compris, et je crois que c'est en entendant votre témoignage, monsieur Townley, qu'on ne veut rien entendre du projet de loi C-249, mais que si les autorités souhaitent donner suite à l'affaire *Supérieur Propane*, il y a d'autres moyens à envisager, qui causeraient moins de tort au Canada, mais des dommages seraient quand même causés. C'est ce qu'a dit au moins l'un d'entre vous. Je ne peux concevoir qu'on puisse souscrire à quelque chose qui causerait du tort au Canada.

Pourquoi devrions-nous adopter une loi qui serait dommageable au Canada?

M. Finkelstein: C'est là où nous voulons en venir.

M. Townley: Vaut mieux prendre le moindre mal, mais je suis d'accord avec vous.

Le sénateur Angus: Je dois vous féliciter, surtout M. Finkelstein, pour la franchise avec laquelle vous avez parlé devant les hommes et les femmes qui se trouvent dans cette salle.

M. Finkelstein: Ils ne n'aimaient pas auparavant.

Le sénateur Angus: Je suis content qu'ils soient revenus. D'après les témoignages qu'ils ont rendus hier, j'ai compris que ce projet de loi n'émanait pas, au départ, du gouvernement, mais bien d'un député, pour des raisons que j'ignore et qui n'ont pas été expliquées. Ce projet de loi est presque devenu un projet de loi d'intérêt public. Je ne comprends pas comment il a réussi à passer les étapes ou pourquoi le gouvernement nous le soumet maintenant, surtout qu'on en est actuellement au document de travail, et que nos discussions se font au vu et au su de tout le monde.

However, the reality is that we are here, and these folks were telling us that this would bring Canada into the 21st century and modernize our competition laws because we are in the Middle Ages. That came through yesterday and I am shocked. Please comment.

Mr. Finkelstein: I am shocked, sir, because we came through a major exercise, and Mr. Kennish was an important part of that exercise. Since the early 1970s, there have been numerous discussion papers culminating in the Competition Act of 1986.

Competition law was thought to be only foundable on the criminal law power, but it was decided that was not to the case. Therefore, the 1986 comprehensive amendments moved our merger law, and recognized it as being economic in nature. To say that this is a move forward is, in my view anyway, is a significant error.

Senator Angus: It is the reverse, it seems.

Mr. Finkelstein: Mr. Facey said this, Professor Townley will confirm it, and the tribunal said it in the second decision in *Superior Propane*, that the Americans are looking at ways to consider efficiencies. They, in their law do not, and they are looking at ways to consider efficiencies. They are going the other way.

Senator Angus: Thank you very much. I think it is *res ipsa loquitur*, Mr. Chairman.

The Chairman: Thank you, gentlemen. That concludes our time with you, and I would ask that the committee now go in camera on two matters.

The committee continued in camera.

Toutefois, nous sommes bien ici, et on nous dit que ce projet de loi amènera le Canada au XXI^e siècle et qu'il permettra de moderniser nos lois sur la concurrence, parce que nous sommes encore au Moyen Âge. C'est ce qu'on a dit hier et j'en suis consterné. J'aimerais vous entendre à cet égard.

M. Finkelstein: Je suis consterné, monsieur, parce que nous avons réalisé un exercice d'envergure, dans lequel M. Kennish a joué un rôle important. Depuis le début des années 70, il y a eu de nombreux documents de travail qui ont abouti à la Loi sur la concurrence de 1986.

On considérait que le droit de la concurrence ne pouvait être fondé que sur le droit criminel, puis il a été décidé que ce n'était pas le cas. Par conséquent, les importantes modifications de 1986 ont donné naissance à nos lois sur le fusionnement en reconnaissant leur nature économique. Ce serait une grave erreur, du moins à mon avis, de dire qu'il s'agit de progrès.

Le sénateur Angus: Il semble plutôt que ce soit le contraire.

M. Finkelstein: M. Facey l'a dit, et M. Townley pourra le confirmer, et le tribunal l'a dit dans sa deuxième décision dans l'affaire *Supérieur Propane*: Les Américains cherchent des façons de tenir compte des gains en efficience, même si leurs lois ne le font pas. Ils font l'inverse.

Le sénateur Angus: Merci beaucoup. Je crois que la chose parle d'elle-même, monsieur le président.

Le président: Merci, messieurs. Voilà qui met fin à notre entretien avec vous. Je demanderais que le comité se réunisse à huis clos pour discuter de deux sujets.

La séance se poursuit à huis clos.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada – Publishing
Ottawa, Ontario K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Communication Canada – Édition
Ottawa (Ontario) K1A 0S9

WITNESSES

On Bill C-249:

From the Canadian Bar Association:

Tim Kennish, Executive Member, Competition Law Section.

As individuals:

Brian A. Facey, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Neil Finkelstein, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Peter G. C. Townley, Professor of Economics, Acadia University.

TÉMOINS

Sur le projet de loi C-249:

De l'Association du Barreau canadien:

Tim Kennish, membre de l'exécutif, Section du droit de la concurrence.

À titre personnel:

Brian A. Facey, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Neil Finkelstein, Blake, Cassels & Graydon, LLP;

Peter G. C. Townley, professeur d'économie, Université Acadia.