



Third Session  
Thirty-seventh Parliament, 2004

SENATE OF CANADA

---

*Proceedings of the Standing  
Senate Committee on*

**Banking, Trade  
and Commerce**

*Chair:*

The Honourable RICHARD H. KROFT

---

Wednesday, April 28, 2004  
Thursday, April 29, 2004

---

**Issue No. 4**

**First and second meetings on:**

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

---

WITNESSES  
(See back cover)

Troisième session de la  
trente-septième législature, 2004

SÉNAT DU CANADA

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial permanent des*

**Banques et  
du commerce**

*Président:*

L'honorable RICHARD H. KROFT

---

Le mercredi 28 avril 2004  
Le jeudi 29 avril 2004

---

**Fascicule n° 4**

**Première et deuxième réunions concernant:**

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

---

TÉMOINS  
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON BANKING,  
TRADE AND COMMERCE

The Honourable Richard H. Kroft, *Chair*

The Honourable David Tkachuk, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Angus	Kelleher, P.C.
* Austin, P.C. (or Rompkey, P.C.)	* Lynch-Staunton (or Kinsella)
Biron	Massicotte
Fitzpatrick	Meighen
Harb	Moore
Hervieux-Payette, P.C.	Prud'homme, P.C.
* <i>Ex Officio Members</i>	

(Quorum 4)

*Change in membership of the committee:*

Pursuant to rule 85(4), membership of the committee was amended as follows:

The name of the Honourable Senator Kroft substituted for that of the Honourable Senator Chaput (*April 22, 2004*).

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	Kelleher, c.p.
* Austin, c.p. (ou Rompkey, c.p.)	* Lynch-Staunton (ou Kinsella)
Biron	Massicotte
Fitzpatrick	Meighen
Harb	Moore
Hervieux-Payette, c.p.	Prud'homme, c.p.
* <i>Membres d'office</i>	

(Quorum 4)

*Modification de la composition du comité:*

Conformément à l'article 85(4) du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit:

Le nom de l'honorable sénateur Kroft substitué à celui de l'honorable sénateur Chaput (*le 22 avril 2004*).

**ORDER OF REFERENCE**

Extract from the *Journals of the Senate*, Thursday, April 1, 2004:

Second reading of Bill C-249, An Act to amend the Competition Act.

The Honourable Senator Cools moved, seconded by the Honourable Senator Day, that the Bill be read the second time.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.

The Bill was then read the second time.

The Honourable Senator Cools moved, seconded by the Honourable Senator Rompkey, P.C., that the Bill be referred to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce.

The question being put on the motion, it was adopted.

**ORDRE DE RENVOI**

Extrait des *Journaux du Sénat* du jeudi 1<sup>er</sup> avril 2004:

Deuxième lecture du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

L'honorable sénateur Cools propose, appuyée par l'honorable sénateur Day, que le projet de loi soit lu la deuxième fois.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le projet de loi est alors lu la deuxième fois.

L'honorable sénateur Cools propose, appuyée par l'honorable sénateur Rompkey, c.p., que le projet de loi soit renvoyé au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

*Le greffier du Sénat,*

Paul C. Bélisle

*Clerk of the Senate*

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Wednesday, April 28, 2004  
(8)

[English]

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met at 4:10 p.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, Fitzpatrick, Harb, Kelleher P.C., Kroft, Massicotte, Meighen, Moore, Prud'homme P.C., Tkachuk (11).

*In attendance:* Ms. June Dewetering and Mr. Daniel J. Shaw, Analysts, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Thursday, April 1, 2004, the committee undertook its examination of Bill C-249, An Act to amend the Competition Act.

**WITNESSES:**

*As individuals:*

Robert Russell, Lawyer, Borden Ladner Gervais;

Dany H. Assaf, Lawyer, Ogilvy Renault, Co-Chair of the Firms's Competition and Trade Law Team.

Mr. Russell made an opening statement and answered questions from members of the committee.

Mr. Assaf made an opening statement and answered questions from members of the committee.

At 5:51 p.m., it was agreed that the committee adjourn to the call of the Chair.

**ATTEST:**

OTTAWA, Thursday, April 29, 2004  
(9)

[English]

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met at 11:06 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 Biron, Harb, Hervieux-Payette P.C., Kelleher P.C., Kroft, Massicotte, Meighen, Moore, Prud'homme P.C., Tkachuk (10).

*In attendance:* Ms. June Dewetering and Mr. David J. Shaw, Analysts, Library of Parliament.

*Also in attendance:* The official reporters of the Senate.

**PROCÈS-VERBAUX**

OTTAWA, le mercredi 28 avril 2004  
(8)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui, à 16 h 10, dans la salle 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Richard H. Kroft (*président*).

*Membres du comité présents:* Les honorables sénateurs Angus, Biron, Fitzpatrick, Harb, Kelleher, c.p., Kroft, Massicotte, Meighen, Moore, Prud'homme, c.p., et Tkachuk (11).

*Également présents:* Mme June Dewetering et M. Daniel J. Shaw, analystes, Bibliothèque du Parlement.

*Aussi présents:* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 1<sup>er</sup> avril 2004, le comité entreprend l'examen du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

**TÉMOINS:**

*À titre personnel:*

Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais;

Dany H. Assaf, avocat, Ogilvy Renault, coresponsable de l'équipe Droit de la concurrence et échanges commerciaux du cabinet.

M. Russell fait une déclaration puis répond aux questions des membres du comité.

M. Assaf fait une déclaration puis répond aux questions des membres du comité.

À 17 h 51, il est convenu que le comité suspende ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

**ATTESTÉ:**

OTTAWA, le jeudi 29 avril 2004  
(9)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui à 11 h 06, dans la pièce 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Richard H. Kroft (*président*).

*Membres du comité présents:* Les honorables sénateurs Biron, Harb, Hervieux-Payette, c.p., Kelleher, c.p., Kroft, Massicotte, Meighen, Moore, Prud'homme, c.p., et Tkachuk (10).

*Également présents:* Mme June Dewetering et M. David J. Shaw, analystes, Bibliothèque du Parlement.

*Aussi présents:* Les sténographes officiels du Sénat.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Thursday, April 1, 2004, the committee continued its examination of Bill C-249, An Act to amend the Competition Act.

*WITNESSES:*

*As individuals:*

Lawrence P. Schwartz, Economist, Past member of the Competition Tribunal;

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

Mr. Schwartz made an opening statement and answered questions from members of the Committee.

Mr. Townley made an opening statement and answered questions from members of the committee.

At 11:41 a.m., the Honourable Senator Tkachuk took the Chair.

At 11:45 a.m., the Honourable Senator Kroft returned to the Chair.

At 12:28 p.m., it was agreed that the committee adjourn to the call of the Chair.

*ATTEST:*

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 1<sup>er</sup> avril 2004, le comité poursuit son étude du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

*TÉMOINS:*

*À titre personnel:*

Lawrence P. Schwartz, économiste, ancien membre du Tribunal de la concurrence;

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

M. Schwartz présente des remarques préliminaires et répond aux questions des membres du comité.

M. Townley présente des remarques préliminaires et répond aux questions des membres du comité.

À 11 h 41, l'honorable sénateur Tkachuk occupe le fauteuil.

À 11 h 45, l'honorable sénateur Kroft reprend le fauteuil.

À 12 h 28, il est convenu que le comité suspende ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

*ATTESTÉ:*

*La greffière suppléante du comité,*

Josée Thérien

*Acting Clerk of the Committee*

**EVIDENCE**

OTTAWA, Wednesday, April 28, 2004

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 4:10 p.m. to give consideration to the bill.

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

[*English*]

**The Chairman:** Our first witness today is Mr. Robert Russell, who is a lawyer with Borden Ladner Gervais. May I ask you, as I often do, whether you are here on behalf of anyone?

**Mr. Robert Russell, Lawyer, Borden Ladner Gervais, As an individual:** No, I am not. The views I express today do not represent the views of my client or my firm.

**The Chairman:** Are you retaining any fees?

**Mr. Russell:** No, I am not.

**The Chairman:** Do you have an opening statement?

**Mr. Russell:** I do. I provided some written comments with respect to Bill C-249, but just initial opening words, if I could.

First, I should like to thank the members of the committee for inviting me to speak to Bill C-249. I consider this bill to be a very important bill within the sphere of competition policy and economic policy in Canada.

I should like to give a few opening comments, then answer any questions you may have. I set out on the back of my written comments a short biography, just to give you my background. I have acted on some major competition matters for the Commissioner of Competition. Hence, I have acted as the commissioner's counsel in contested merger cases, and have acted in a number of significant private-sector merger cases for private-sector clients.

I point that out because I will attempt today not to give you any public-sector or private-sector bias. It will simply be my view of Bill C-249 and where it fits into the world of competition policy.

I support Bill C-249 because I believe it accords with Parliament's intent when it enacted the Competition Act in 1986. The main objective was to provide competitive prices and product choices.

I also support Bill C-249 because I believe it is an important step in our efforts to harmonize Canadian competition policy with that of our major trading partners. I do not believe harmonization for harmonization sake is an objective, but harmonization has important ramifications for the Canadian economy.

**TÉMOIGNAGES**

OTTAWA, le mercredi 28 avril 2004

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, auquel a été renvoyé le projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence, se réunit aujourd'hui, à 16 h 10, pour en étudier la teneur.

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

[*Traduction*]

**Le président:** Notre premier témoin aujourd'hui est M. Robert Russell, qui est avocat chez Borden Ladner Gervais. Puis-je vous demander, comme je le fais souvent, si vous témoignez au nom de quelqu'un?

**M. Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais, témoignage à titre personnel:** Non, les opinions que je vais exprimer aujourd'hui ne sont pas celles de mon client ou de mon cabinet.

**Le président:** Recevez-vous des honoraires?

**M. Russell:** Non.

**Le président:** Avez-vous une déclaration à faire?

**M. Russell:** Oui. J'ai présenté un mémoire au sujet du projet de loi C-249, mais j'aurais quelques remarques liminaires à faire, si vous le permettez.

J'aimerais d'abord remercier les membres du comité de m'avoir invité à exprimer mon point de vue sur le projet de loi C-249. J'estime que c'est une mesure législative très importante pour la politique sur la concurrence et la politique économique du Canada.

Après mon exposé, je répondrai volontiers aux questions que vous voudrez bien me poser. J'ai annexé à la fin de mon mémoire un bref curriculum vitae, pour vous donner une idée de mes antécédents. J'ai conseillé le commissaire de la concurrence à propos d'importants dossiers sur la concurrence. C'est ainsi que j'ai été son procureur dans des causes de fusions contestées, et j'ai aussi représenté des clients du secteur privé pour un certain nombre de fusions importantes.

Je le souligne parce que je vais essayer aujourd'hui de ne pas prendre parti pour le secteur public ou le secteur privé. Je veux simplement vous donner mon point de vue sur le projet de loi C-249 et indiquer la place qu'il occupe dans la politique sur la concurrence.

J'appuie le projet de loi C-249 parce que je crois qu'il respecte l'intention que le Parlement avait quand il a adopté la Loi sur la concurrence en 1986. Le principal objectif était d'offrir des prix concurrentiels et un choix de produits.

J'approuve aussi le projet de loi C-249 parce que je crois qu'il marque une étape importante dans nos efforts pour harmoniser la politique canadienne de la concurrence avec celle de nos principaux partenaires commerciaux. Je ne crois pas en l'harmonisation pour l'harmonisation, mais l'harmonisation a des répercussions importantes sur l'économie canadienne.

I believe when you strip the issues associated with Bill C-249 from legalese or economic-speak, it becomes a pure matter of public policy, which the members of Parliament must decide. The debate on the role of efficiencies and competition policy went on for 18 years before the legislation was enacted in 1986. The debate over the meaning of the wording in section 96 continued for another 17 years following that enactment, and that is what it is all about today.

*Superior Propane* did not precipitate an issue. It simply put a nail in the coffin of the debate that had gone on for 35 years. The tribunal and the Federal Court of Appeal finally determined what the statutory wording of section 96 meant. That presents an issue for this committee: In other words, does the wording as now interpreted in section 96 accord with the public policy enshrined in the Competition Act? It is a simple matter of public policy. It is not a debate about whether *Superior Propane* was a good or bad case. You are presented with interpretation by a quasi-judicial body that has interpreted a provision of a statute of Canada which I believe has taken that provision outside of the policy framework we brought into existence in 1986.

If you look at the decisions in *Superior Propane*, one of the curious things I see is a lack of review of Hansard, which would set out the public policy objectives of the statute. I reviewed certain Hansards. If you have my written comments in front of you, you will see that I have set out the Hansard, the excerpts from April 7, 1986, when Mr. Michel Côté, then Minister of Consumer and Corporate Affairs, introduced the bill into Parliament for second reading. He said:

Hon. members of this House are aware that Parliament has tried several times before to enact amendments...

Honourable senators, there is no statute in this country that has had more stops and starts in terms of trying to get amendments to it than the Competition Act, and before it, the Combines Investigation Act. It takes many years of debate and review and attempted amendments before anything ever gets done in this sphere. What we have before us today is not some quick reaction to one case. The debate on efficiencies has been debated more than any other area of competition policy in this country for many decades.

Continuing with the quote:

As the Consumers Association of Canada stated after I tabled this Bill in December: "The new Competition Act promises real progress for consumers and is a major improvement over current legislation.

The purpose of Bill C-91, as stated in the purpose clause in the Bill, is to maintain and encourage competition in Canada....

There are four main objectives set out in the Bill. The first objective is to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy....

Dépouillé du jargon juridique ou économique, le projet de loi C-249 est essentiellement une question de politique publique, sur laquelle les parlementaires doivent se prononcer. Le débat sur le rôle des gains en efficacité et de la politique sur la concurrence durait depuis 18 ans quand on a adopté la loi en 1986. Un autre débat sur le sens du libellé de l'article 96 s'est poursuivi durant les 17 années qui ont suivi l'adoption de la loi, et c'est ce dont il s'agit encore aujourd'hui.

L'affaire *Supérieur Propane* n'a pas précipité les choses; elle a simplement mis fin au débat qui durait depuis 35 ans. Le tribunal et la Cour fédérale d'appel ont finalement déterminé quel était le sens de l'article 96. Le comité doit maintenant se demander si la façon dont l'article 96 est maintenant interprété est conforme à la politique énoncée dans la Loi sur la concurrence. C'est simplement une question de politique publique. Il ne s'agit pas de savoir si l'affaire *Supérieur Propane* était bonne ou mauvaise. L'interprétation qu'un organisme quasi judiciaire a faite d'une disposition d'une loi du Canada dépasse, à mon avis, le cadre stratégique qui a été adopté en 1986.

Il est curieux de constater que les décisions dans l'affaire *Supérieur Propane* ont été rendues sans qu'on n'ait pris la peine de consulter le Hansard où sont énoncés les objectifs de la politique publique de la loi. J'ai justement relu le compte rendu des délibérations du Parlement sur le sujet. Vous verrez que je cite dans mon mémoire un extrait de ce que M. Michel Côté, alors ministre de la Consommation et des Affaires commerciales, a déclaré le 7 avril 1986 quand il a présenté le projet de loi au Parlement à l'étape de la deuxième lecture. Il avait alors dit:

Les députés savent pertinemment que le Parlement a tenté à maintes reprises [...] de modifier la Loi [...]

Honorables sénateurs, aucune autre loi dans notre pays n'a fait l'objet d'autant de tentatives de modification que la Loi sur la concurrence et, avant elle, la Loi des enquêtes sur les coalitions. Les discussions, les examens, et les propositions de modification s'étirent sur des années avant qu'on arrive à quoi que ce soit dans ce domaine. Le projet de loi à l'étude aujourd'hui n'est pas le résultat d'une réaction impulsive aux conclusions d'une cause. Les gains en efficacité sont l'aspect de la politique sur la concurrence dont on a discuté le plus au Canada, depuis des décennies.

Je continue de vous lire ce que le ministre a dit:

Ainsi que l'affirmait l'Association des consommateurs canadiens lorsque j'ai déposé le projet de loi en décembre, «la nouvelle Loi sur la concurrence est prometteuse pour les consommateurs et améliore grandement la législation actuelle».

Le projet de loi C-91 a pour objet, selon son libellé même, de préserver et de favoriser la concurrence au Canada [...]

La mesure comporte quatre grands objectifs. Le premier est de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne [...]

The second objective is to give us a law which permits Canadian companies to compete effectively in world markets....

The third objective...is to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy....

The fourth but not the least objective is to provide consumers with competitive prices and product choices. As such, this objective becomes the common denominator in what we are trying to achieve. This is the ultimate objective of the Bill.

That is the ultimate objective of the Competition Act.

If honourable senators turn the page in the written documents, they will see a quote from *Superior Propane*. What the tribunal is saying in *Superior Propane* is that section 96 means this:

The existence of section 96 signals the importance that Parliament attached to achieving efficiency in the Canadian economy. Indeed, in view of the Tribunal, section 96 makes efficiency the paramount objective....

That is the contest and that is what Bill C-249 is dealing with. Is it the paramount objective of our competition policy to promote efficiency for efficiency's sake, or is it, as was said by the minister at the time, to provide competitive prices and product choices? You have heard a lot in the testimony given before me about total welfare and consumer welfare standards. You are essentially talking here about the very same thing in terms of the emphasis and paramount objectives of the act.

The controversy raged on over the years not only among academics and practitioners, such as myself and others, but also within the tribunal itself. In 1992, Madam Justice Reed, the judicial member of the tribunal, reviewed section 96 and she said that she thought the interpretation of section 96 meant that efficiencies must be passed on to consumers. The initial interpretation by the tribunal was that what Bill C-249 would enshrine was a consumer welfare standard. The debate went on from 1992 until *Superior Propane* —

**The Chairman:** What was the nature of that comment? Was that *obiter* or part of a decision?

**Mr. Russell:** That is a matter of debate, whether it was *obiter dictum* or part of the decision. Some practitioners have taken the view that it was *obiter dictum* in the case. In my view, a decision not to apply a defence is not *obiter dictum* in a case. It is a matter of litigators deciding whether, in a case, a decision not to apply a firmative defence is *obiter dictum*. I will not belabour the determination of that issue, but that is what we heard from the tribunal. For a long time, that was the only interpretation we had on section 96 from the Competition Tribunal. Let us wait until we have a final determination of what section 96 means.

Those people who show up and say that Bill C-249 is a knee-jerk reaction by the commissioner of the Competition Tribunal to something that went sour for him are incorrect.

Elle vise ensuite, deuxièmement, à aider les entreprises canadiennes à mieux affronter la concurrence étrangère sur les marchés mondiaux [...]

Si l'on veut préserver et favoriser la concurrence, c'est, troisièmement, afin que nos PME aient une chance honnête de participer à l'économie canadienne [...]

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

C'est l'objectif ultime de la Loi sur la concurrence.

À la page suivante de mon mémoire, je cite un extrait de la décision rendue par le Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Supérieur Propane*. Voici ce que le tribunal a conclu dans cette affaire à propos de l'article 96:

L'existence de l'article 96 révèle l'importance qu'attache le Parlement à l'efficacité dans l'économie canadienne. En effet, de l'avis du Tribunal, l'article 96 place l'efficacité en tête des objectifs [...]

C'est ce qui est contesté et c'est le sujet du projet de loi C-249. L'objectif primordial de notre politique sur la concurrence est-il de promouvoir l'efficacité pour l'efficacité ou, comme l'a dit le ministre à l'époque, d'offrir des prix compétitifs et un choix dans les produits? Beaucoup de témoins que vous avez entendus avant moi ont parlé du bien-être global et du bien-être des consommateurs. On parle essentiellement de la même chose pour ce qui est de la priorité et des grands objectifs de la loi.

La question a provoqué la controverse pendant des années non seulement parmi les universitaires et les juristes, comme moi-même et d'autres, mais aussi au sein même du tribunal. En 1992, d'après l'interprétation que la juge Reed, qui faisait partie du tribunal, a faite de l'article 96, les gains en efficacité devaient être refilés aux consommateurs. La première interprétation faite par le tribunal correspondait donc à ce que le projet de loi C-249 veut établir, à savoir un critère sur le bien-être des consommateurs. Le débat s'est poursuivi de 1992 jusqu'à ce que *Supérieur propane*...

**Le président:** Quelle était la nature de son commentaire? Était-ce une opinion judiciaire incidente ou faisait-il partie de la décision?

**M. Russell:** C'est un sujet de débat, s'il s'agit d'une opinion incidente ou que cela fasse partie de la décision. Certains juristes sont d'avis que c'est une opinion personnelle. Selon moi, la décision de ne pas appliquer une défense n'est pas une opinion personnelle. C'est aux plaideurs de déterminer si la décision de ne pas appliquer une défense affirmative est une opinion judiciaire incidente. Je ne vais pas m'attarder là-dessus, mais c'est ce que le tribunal a statué. Ce fut pendant longtemps la seule interprétation de l'article 96 faite par le Tribunal sur la concurrence. Attendons de savoir de façon définitive ce que l'article 96 prévoit.

Ceux qui prétendent que le projet de loi C-249 est la réaction impulsive du commissaire de la concurrence à sa défaite dans cette cause se trompent. Le débat s'éternise parce que la question n'a



This debate was allowed to sit because it was not determined. The benefit of *Superior Propane*, irrespective of your viewpoint on public policy, is that it told us what section 96 means. Bill C-249 sets the standard toward consumer welfare, as opposed to total welfare, analysis. I will take a few minutes to tell you what I think that means.

This debate of total welfare as a standard and consumer welfare has occurred around the world. Every major jurisdiction has had the same debate happening for some time now. The important point is that, after much consideration and much study, Europe issued a green paper that allowed comments for almost two years from many parties. This past February, it issued its guidelines that clearly adopt a consumer welfare standard, such as C-249 would adopt. I have put that information in the back of the written comments. I may, if time permits, speak further to that because it is instructive.

I want to make two points in respect of looking at other jurisdictions. First, it is not because they did it right and we should take their lead; it is none of that for me. Rather, it is because other jurisdictions have taken the time to study this issue, as we have done in Canada, and they have uniformly decided that a consumer welfare standard is proper in competition policy. Second, there is a net benefit to Canada issue if we have a different standard from other nations. If we have total welfare, then we would not be concerned about some of the benefits and some of the efficiencies flowing outside of Canada to foreign shareholders and companies. Total welfare means no boundaries. Under total welfare, you do not care whether it is a net benefit to Canada. I will quote from some of the proponents of total welfare that actually say that, so you need not take only my viewpoint.

Consumer welfare means net benefit to Canada — consumer written large. That does not mean you or I when we buy our airline ticket. We comprise only one of the consumers. Rather, it is every business consumer or business enterprise that produces goods or services in Canada. If senators could tolerate a short hypothetical, I will illustrate.

Let us say that we have a hypothetical monopolist, a software company, that has 95 per cent of the market for operating systems for personal computers. My hypothetical competitor, as a result of having that 95 per cent market share, is able to sell its software for \$10 more than they would be able to sell if it were a competitive market. That \$10 is a wealth transfer. It means that such a company is able to extract wealth from you, from me and from every business that uses personal computers in Canada. It becomes a \$10 tax. If you have a total welfare standard, that tax can leave Canada. The foreign corporation and shareholders extract that wealth out of Canada. If you have consumer welfare standard, it has to be net benefit to Canadian consumers — you, me and every business that produces goods and services in Canada. Otherwise, that \$10 will always be directed at us if we have a personal computer or built into our cup of coffee, if Second Cup has that software in its computer. That is what wealth transfers are. I want to strip

pas été tranchée. Indépendamment de ce qu'on peut penser de la politique publique, l'affaire *Supérieur Propane* a eu l'avantage de faire éclaircir le sens de l'article 96. Le projet de loi C-249 établit le critère du bien-être des consommateurs, par rapport au bien-être global. Je vais prendre quelques minutes pour vous expliquer ce que cela veut dire pour moi.

Le débat sur le bien-être global et le bien-être des consommateurs a eu lieu partout dans le monde. Tous les grands pays en discutent depuis un certain temps déjà. Il est important de signaler qu'en Europe, après beaucoup d'études, on a publié un livre vert qui a suscité les commentaires de nombreux intéressés pendant presque deux ans. En février dernier, l'Europe a rendu publiques ses lignes directrices qui adoptent clairement un critère sur le bien-être des consommateurs, comme le fait le projet de loi C-249. Cette information figure à la fin de mon mémoire. Si le temps le permet, je pourrai y revenir parce que c'est intéressant.

Il y a deux remarques que je veux faire au sujet des autres pays. D'abord, ce n'est pas parce qu'ils ont bien fait les choses que nous devrions les imiter; ce n'est pas la question pour moi. C'est plutôt parce que les autres pays ont pris le temps d'étudier le problème, comme nous l'avons fait au Canada, et qu'ils ont tous décidé qu'un critère sur le bien-être des consommateurs était pertinent dans une politique sur la concurrence. Ensuite, le Canada retire un avantage net si son critère est différent de celui d'autres pays. Avec le bien-être global, on ne se demande pas si certains des avantages et des gains en efficacité sont réalisés à l'extérieur du Canada par des sociétés et des actionnaires étrangers. Le bien-être global fait abstraction des frontières. Avec le bien-être global, on se moque que le Canada en retire un avantage net. Je peux vous citer des partisans du bien-être global qui le disent; donc, ce n'est pas seulement mon point de vue.

Le bien-être des consommateurs représente un avantage net pour le Canada — le mot consommateur étant pris dans son sens large. Il ne s'agit pas de vous et moi quand nous achetons un billet d'avion. Nous formons seulement une partie des consommateurs. Ce sont plutôt tous les consommateurs commerciaux ou les entreprises qui produisent des biens ou des services au Canada. Si vous le voulez bien, je vais vous donner un exemple hypothétique.

Disons, à titre d'exemple, qu'un fabricant de logiciels exerce un monopole, parce qu'il détient 95 p. 100 du marché des systèmes d'exploitation des ordinateurs personnels. Comme sa part de marché est de 95 p. 100, cette entreprise peut vendre ses logiciels 10 \$ plus cher que si le marché était plus concurrentiel. Ce montant de 10 \$ correspond à un transfert de richesse. C'est donc dire que cette entreprise est en mesure de vous enlever de la richesse, à vous, à moi et à toute entreprise qui utilise des ordinateurs personnels au Canada. Cela devient une taxe de 10 \$. Si c'est le critère du bien-être global qui s'applique, cette taxe peut quitter le Canada. Les actionnaires de cette société étrangère soutirent de la richesse au Canada. Si c'est le critère du bien-être des consommateurs qui s'applique, les consommateurs canadiens doivent en retirer un bénéfice net, c'est-à-dire vous, moi et toutes les entreprises qui produisent des biens et des services au Canada. Autrement, ce 10 \$ sera toujours facturé si nous avons un ordinateur personnel, ou il sera calculé dans le prix de la tasse de

this of the economic speak and the legalese because it is nothing more than a form of taxation on our economy; it is a wealth transfer.

The standard that Bill C-249 brings is to say, no, that for efficiencies to be recognized in our competition policy, it has to be a net benefit to the Canadian economy and to Canadian consumers — consumers written large, meaning the Canadian economy at large. That is the difference between the two standards.

There are other reasons that I believe, beyond the parliamentary intent — and it is clear that Bill C-249 brings the Competition Act back to what Parliament intended. It places the consumer welfare standard. There has been no substantive debate among people who either support or are opposed to Bill C-249 that suggests that Bill C-249 does not bring a consumer welfare standard back to our Competition Act. No one is debating that. They are debating whether we should or not, and whether total welfare is better. I do not believe it is up to a competition lawyer but rather that it is up to Canadian legislators to make that policy decision. I am concerned that if we do not focus the issue properly it will be buried in some argument about this being a knee-jerk reaction to one case. This has been written about and debated extensively in the circles in which I am involved, among the economists, and around the world. It has been given a great deal of study. The debate about what total welfare and consumer welfare mean is well delineated.

If senators have the written copy, please turn to page 8. I said that I would give you some quotes of people who are opposed to Bill C-249, to make my point. At page 8 is a quote by Mr. Brian Facey, whom you may recall appeared before your committee last fall with his co-counsel in the *Superior Propane* case, Mr. Neil Finkelstein. I quote Mr. Facey in respect of the result of the interpretation of section 96 in *Superior Propane*:

All other non-economic effects of mergers, such as job loss, plant closures, loss of sovereignty, the concentration of wealth, the protection of small business, and wealth transfers are considered neutral from an economic perspective under Canadian merger law and are, consequentially, irrelevant under this standard.

That is what total welfare means. Parliamentarians would have to convince themselves that none of those affects of mergers is important to our public policy. I would risk saying that I do not think there would be too many parliamentarians who would put their hands up and say that those things are not important to the Canadian economy.

The other reason that I believe Bill C-249 should be supported is that it is consistent with our major trading partners and that if we do not have consistency it would be the equivalent of one-way free trade. Who would support one-way free trade? Who would support wealth transfers out of Canada with a standard in

café que nous achetons, si Second Cup utilise ce logiciel. Voilà ce qu'est un transfert de richesse. Si on oublie le jargon économique et le jargon juridique, ce n'est rien de plus qu'une forme d'imposition pour notre économie, un transfert de richesse.

Selon le critère énoncé dans le projet de loi C-249, pour être reconnu dans notre politique sur la concurrence, les gains en efficacité doivent représenter un bénéfice net pour l'économie canadienne et les consommateurs canadiens, le mot consommateur étant pris dans son sens large, c'est-à-dire l'ensemble de l'économie canadienne. C'est la différence entre les deux critères.

Il y a d'autres raisons, mis à part l'intention du Parlement... mais il est clair que le projet de loi C-249 rétablit dans la Loi sur la concurrence l'intention qu'avait le Parlement. Il adopte le critère du bien-être des consommateurs. Les partisans ou les détracteurs du projet de loi C-249 n'ont jamais dit que le projet de loi ne rétablit pas le critère du bien-être des consommateurs dans la Loi sur la concurrence. Personne n'en a discuté. On discute de savoir s'il faudrait ou non l'adopter et si le bien-être global vaut mieux. Je ne crois pas que c'est à un avocat spécialisé dans le domaine de la concurrence qu'il appartient de prendre une décision à ce sujet, mais que c'est plutôt aux législateurs canadiens de le faire. Je crains que, si le problème n'est pas bien défini, on pense qu'il s'agit d'une réaction impulsive à une cause. C'est un sujet qui a fait l'objet de beaucoup d'écrits et de débats dans les milieux où j'évolue, chez les économistes et ailleurs dans le monde. On s'est beaucoup penché là-dessus. Le débat sur le sens du bien-être global et du bien-être des consommateurs est bien circonscrit.

J'ai dit que j'allais vous citer des gens qui s'opposent au projet de loi C-249 pour justifier ce que je dis. Je reprends justement à la page 8 de mon mémoire des propos tenus par M. Brian Facey qui, vous vous en rappelez peut-être, a comparu devant vous l'automne dernier en même temps que Neil Finkelstein avec lequel il a plaidé dans l'affaire *Supérieur Propane*. Voici ce que M. Facey a dit au sujet de l'interprétation de l'article 96 dans cette affaire:

Tous les autres effets non économiques des fusionnements, comme la perte d'emplois, la fermeture d'usines, la perte de souveraineté, la concentration de la richesse, la protection de la PME et le transfert de richesse, sont considérés comme étant neutres du point de vue économique en droit des fusionnements au Canada et, par conséquent, ne sont pas pris en compte pour l'application de ce critère.

Voilà ce que le bien-être global veut dire. Les parlementaires devront être convaincus qu'aucun de ces effets des fusionnements est important pour notre politique publique. Je ne crois pas qu'il y a beaucoup de parlementaires qui pensent que ces aspects ne sont pas importants pour l'économie canadienne.

J'approuve aussi le projet de loi C-249 parce qu'il concorde avec ce que font nos autres grands partenaires commerciaux et que, sans cohérence à cet égard, c'est comme si le libre-échange fonctionnait à sens unique. Qui serait en faveur de cela? Qui serait d'accord pour que la richesse sorte du Canada, si le critère des

the U.S. that would never permit, in a test of efficiencies for mergers, wealth transfers to Canada, to the detriment of U.S. consumers and the U.S. economy? Their standard and Europe's, the U.K.'s and Australia's is consumer welfare. Would we be the only nation that allows the benefits of a merger — the efficiencies derived — to be net wealth flows outside Canada? It would be like one-way free trade.

There are other provisions in the Competition Act and other amendments that the Government of Canada has endorsed. One is a review and decriminalization of our conspiracy legislation. Within the proposed draft of the new cartel legislation, there is an efficiency provision, which, as proposed for that amendment is almost identical, I believe it is identical, to the content of Bill C-249.

It is important that I add a little history on Bill C-249. Mr. McTeague put a private member's bill forward that had various provisions. There were few people who supported it. I did not support Bill C-249 before it was amended. It did not provide a proper consumer welfare standard. In the parliamentary committees, Mr. McTeague asked people about that and I was frank in telling him that I could never support it because I am a consumer welfare advocate and I believe in that standard for our legislation; but his bill did not accomplish that. There was a distillation in that committee to what you see before you in Bill C-249 today. That had the input of a number of people who appeared before the committee on the wording of the bill. Then, the honourable member amended his bill to read as it does today. That is the history.

Hence, although I accept that it is a private member's bill, it had the support of a parliamentary committee. As you know, it had full parliamentary support, as it did on the parliamentary committee. That was why, namely, it was a distilled version that moved, respectively to Mr. McTeague, a fair distance away from his original draft.

The final point I should like to make in my support for Bill C-249 is the practical effect of where we are today. Again, I will give you a quote from one of the people who are opposed to Bill C-249, because it serves my interest to make the point that they acknowledge what I am about to say to you.

Clause 96, as currently interpreted by the Competition Tribunal, will make merger review in Canada very complex and very uncertain. Business uncertainty will rule the day because we have a test where discretion is applied and where balancing takes place. However, we do not know what that balancing will be until that balancing takes place at some point before the tribunal. That means that when mergers are reviewed — and only a fraction of the reviewed mergers actually go to the tribunal — the Competition Tribunal will be required to look at efficiencies in the broad concept of total welfare that the *Superior Propane* decision now forces upon them. This multi-million dollar litigation, if it is before the tribunal, will become more expensive. However, I am not contesting the point. In

gains en efficience dans le cas des fusionnements ne permet jamais le transfert de richesse en faveur du Canada et au détriment des consommateurs américains et de l'économie américaine? Le critère qui s'applique aux États-Unis, en Europe, au Royaume-Uni et en Australie est celui du bien-être des consommateurs. Serions-nous le seul pays à permettre que les bénéfices des fusionnements — les gains en efficience qui en découlent — entraînent un transfert de richesse à l'extérieur du Canada? Ce serait comme si le libre-échange fonctionnait à sens unique.

Il y a d'autres dispositions dans la Loi sur la concurrence et d'autres modifications que le gouvernement du Canada a approuvées. Il y a, entre autres, l'examen et la décriminalisation de nos mesures législatives sur les complots. Le projet de loi sur les cartels prévoit une disposition sur les gains en efficience qui ressemble beaucoup à ce que propose le projet de loi C-249.

Je tiens à faire rapidement l'historique du projet de loi C-249. C'est M. McTeague qui a présenté un projet de loi d'initiative parlementaire comportant diverses dispositions. Peu de gens l'ont appuyé. Je n'approuvais pas le projet de loi C-249 avant qu'il soit amendé parce qu'il ne garantissait pas le critère du bien-être des consommateurs. Au cours de l'étude en comité parlementaire, M. McTeague a posé la question et je lui ai dit franchement que je ne pourrais jamais appuyer le projet de loi parce qu'il n'assurait pas le bien-être des consommateurs dont je suis un ardent défenseur. Ce qui est ressorti des travaux du comité se retrouve dans le projet de loi C-249 d'aujourd'hui. Sa formulation tient compte de l'avis de nombreuses personnes qui ont comparu devant le comité. Le député l'a modifié de cette façon. Voilà pour l'historique.

Je comprends que c'est un projet de loi d'initiative parlementaire, mais il a reçu l'appui d'un comité parlementaire. Comme vous le savez, il a été appuyé par l'ensemble du Parlement, comme il l'avait été par le comité parlementaire. C'est parce que sa version corrigée, avec tout le respect que je dois à M. McTeague, est bien différente de celle proposée à l'origine par le député.

Enfin, j'appuie le projet de loi C-249 en raison de notre situation actuelle sur le plan pratique. Pour vous prouver ce que j'avance, je vais encore citer les propos d'un de ceux qui s'opposent au projet de loi C-249 parce qu'ils reconnaissent ce que je vais vous dire.

L'article 96, tel qu'il est interprété actuellement par le Tribunal de la concurrence, va rendre l'examen des fusionnements au Canada très complexe et très incertain. Le climat commercial sera à l'incertitude parce que nous avons un critère qui laisse la place à la discrétion et au compromis. Cependant, nous ne connaissons pas ce compromis tant que le tribunal n'aura pas été saisi du problème. Ainsi, au moment de l'examen des fusionnements, le Tribunal de la concurrence, qui étudiera seulement une fraction des fusionnements, devra se pencher sur les gains en efficience dans le contexte général du bien-être global, comme nous oblige à le faire la décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane*. Cette cause de plusieurs millions de dollars va encore coûter plus cher si elle est portée devant le tribunal. Ce n'est cependant pas ce à quoi

one contested merger in which I acted for the commissioner, the opposing party disclosed publicly, when it was finished, that they had spent \$10 million in legal fees in that one contested merger. We have just found that it will be more complex — efficiencies were not even argued in that case.

I would ask you to turn to page 17 of the written submission. I included there a quote from Mr. Brian Facey, who appeared before you last fall, and Mr. Dany Assaf, who is appearing following my submissions today. They were both supporters of the total surplus standard and they were both co-counsel to Superior Propane. They lamented in an article that — and I quote — “that it appears that the application of the efficiencies defence in Canada will involve a multi-faceted analysis may will differ on a case-by-case basis with business predictability being subordinated.” Those counsel who argued the *Superior Propane* case and who won the total welfare standard in that case are telling you in that quote that business predictability has just been subordinated.

My final point is that we have confusion and a standard that is broad, uncertain and complex and one that does not accord with the parliamentary intent that it was intended to serve.

I am sorry I have taken so long in what I called my “short opening statement,” but as a litigator we always say it is shorter than it will be.

**The Chairman:** Before I go to my first question, I should like to observe a couple of things. Today, we are getting up to speed on some things that we heard about a number of months ago. I know we are all working at it diligently, but I should like to make the record a little clearer. This may only have been in my mind, but there was a suggestion earlier about broad parliamentary support and you have used it. For the record, we should make clear that the official opposition opposed this totally, in the vote. I think there was a point at which all parliamentary support was suggested and I checked that. I want to be clear that the official opposition did not support it on the vote. What that would be in terms of the newly structured opposition, I am not sure, but it was a divided Parliament on the vote. That is not determinative of anything for the purposes of our committee, but I want to make that clear.

Another thing I should like to ask you about, as you have been a close observer of the process, concerns a language change in the amendment. The word was changed, I believe, from “shall” to “may.” It was moved from the permissive to the mandatory at some point late in the procedure. Had that change been made before you and other witnesses made your comments?

**Mr. Russell:** Yes, it had been made before I had made my comments. If you wish, I can give you my reaction to the change.

**The Chairman:** I want to get the fact clear because I have advice that that was changed after all witnesses were heard. I am not challenging you, but your recollection is clear? I am trying to understand what led to that change and what the process was when that change happened.

je m'oppose. Dans une cause de fusionnement contesté pour laquelle j'étais l'avocat du commissaire, la partie adverse a annoncé à la fin du procès avoir dépensé 10 millions de dollars en frais juridiques dans cette affaire. Nous venons de constater que ce sera encore plus complexe parce qu'il n'a même pas été question des gains en efficience dans ce cas.

À la page 18 de mon mémoire, je cite les propos de M. Brian Facey, qui a comparu devant vous l'automne dernier, et de M. Dany Assaf, qui va témoigner après moi aujourd'hui. Ils sont tous les deux partisans du critère du surplus total et ont été les procureurs de Supérieur Propane. Ils déploraient, dans un article, et je cite, qu'«il semble que la présentation en défense des gains en efficience au Canada va comporter une analyse à facettes multiples qui pourrait varier d'un cas à l'autre avec les conséquences que cela suppose sur la prévisibilité pour les entreprises.» Ces avocats qui ont eu gain de cause dans l'affaire *Supérieur Propane* en faisant valoir le critère du bien-être global sont d'avis qu'il y aura des conséquences pour la prévisibilité des entreprises.

Je dirais, pour finir, qu'il y a de la confusion à propos d'un critère général, incertain et complexe qui ne correspond pas à l'intention que le Parlement avait.

Je suis désolé que ma brève déclaration ait été aussi longue, mais les plaideurs ont toujours du mal à s'arrêter.

**Le président:** Avant de passer à la première question, j'ai deux ou trois remarques à faire. Aujourd'hui, nous allons examiner certaines questions dont nous entendons parler depuis un certain nombre de mois. Je sais que nous voulons faire vite, mais j'aimerais apporter certaines précisions. J'ai peut-être imaginé cela, mais on a parlé tout à l'heure, et vous l'avez fait aussi, d'un vaste appui par le Parlement. Je tiens à dire que l'opposition officielle s'y est opposée totalement au moment du vote. Il a été question de l'appui de l'ensemble du Parlement et j'ai vérifié. Je tiens à dire que l'opposition officielle n'a pas voté en faveur. Je ne sais pas ce qu'auraient été les résultats avec la réorganisation de l'opposition, mais la mesure a été adoptée avec dissidence. Cela n'a pas d'incidence sur les travaux de notre comité, mais je tenais à le préciser.

Comme vous avez suivi la question de près, j'aimerais vous poser une question parce qu'on a remplacé le mot «doit» par «peut» dans le projet de loi. On a transformé l'obligation par la permission tard dans le processus. Ce changement a-t-il été apporté avant que vous et d'autres témoins ayez donné votre avis?

**M. Russell:** Oui, il a été fait avant. Si vous voulez, je peux vous dire ce que j'en pense.

**Le président:** Je voulais que ce soit clair parce qu'on m'avait dit que ce changement avait été effectué après avoir entendu tous les témoins. Je ne conteste pas ce que vous me dites, mais vous en êtes sûr? J'essaie de comprendre pourquoi on a fait ce changement et où on en était quand on l'a fait.

**Mr. Russell:** Officially, you are correct in your recollection. Maybe I could explain. As I recall, the Commissioner of Competition proposed that wording change. I was aware of that when I appeared before the parliamentary committee. However, it might not have been formally amended that stage. I am not sure about the process, but I was certainly aware of the wording change that you are referring to at that point in time.

**The Chairman:** Were you counsel for the Competition Bureau at that time?

**Mr. Russell:** No. None of my representations with respect to Bill C-249 has involved any retainer by the commissioner whatsoever.

**The Chairman:** I did not want to be accusatory on that. I just wanted the record to be clear.

**Mr. Russell:** That is a fair question. To be clear, I have been retained in the past to advise the commissioner on reform issues with respect to section 45, which is the conspiracy provision and the proposed draft legislation, so I have had a retainer in the nature of reviewing reform issues but not with respect to Bill C-249.

**The Chairman:** Before we go to the first substantive questions, Senator Meighen, do you have a question in relation to this issue?

**Senator Meighen:** It is a procedural matter. I do not feel strongly about this. I hope, at the very least, that Mr. Russell can stay around. Mr. Assaf, incidentally, is a partner of the firm to which I am counsel. I do not know if that puts me in a conflict of interest or not.

**The Chairman:** No, you have declared your position.

**Senator Prud'homme:** If there is a vote, we will know.

**Senator Meighen:** I do not think there will be a vote. As Mr. Russell points out in his paper, and as I know from reading Mr. Assaf's submission, they are of two diametrically opposed views on this — one for, one against. I wonder if questions would be better after we have heard the other side of the story so that we can have both of them at the table and they can answer back and forth.

However, if the committee feels that it is better to proceed with one and then with the other, then that is fine with me, too.

**The Chairman:** Let us try to get the best of both worlds. Let us put any questions we have to Mr. Russell. If you have the time, please stay.

**Mr. Russell:** I am prepared to give the committee whatever time it needs on Bill C-249. I consider it important.

**The Chairman:** Let us ask any immediate questions we have of Mr. Russell on the understanding that he will stay and listen to the discussion. We can then call him back.

**Senator Massicotte:** I can appreciate where you are coming from but the proposed amendment basically takes away the importance of the efficiency argument and gives more importance to the consumer argument. I appreciate that, in the last 15, 20 years, the consumer is king and we are all working to

**M. Russell:** En fait, c'est vous qui avez raison. Je peux peut-être m'expliquer. Si je me rappelle bien, le commissaire de la concurrence a proposé le changement de mots. J'étais au courant lorsque j'ai comparu devant le comité parlementaire, mais le changement n'avait peut-être pas été fait officiellement. Je ne sais trop comment les choses se sont passées, mais j'étais au courant du changement de vocabulaire dont vous parlez à ce moment-là.

**Le président:** Étiez-vous procureur pour le Bureau de la concurrence à cette époque?

**M. Russell:** Non. Aucune de mes interventions au sujet du projet de loi C-249 n'a été rémunérée par le commissaire.

**Le président:** Je n'ai pas posé la question pour porter d'accusation, mais seulement pour savoir?

**M. Russell:** Votre question est légitime. Pour précisément, j'ai été chargé de conseiller le commissaire sur un projet de réforme de l'article 45, qui est la disposition sur le complot et le projet de loi; j'ai donc été rémunéré pour examiner des questions de réforme, mais pas pour le projet de loi C-249.

**Le président:** Avant que nous passions aux premières questions de fond, sénateur Meighen, avez-vous une question sur ce sujet?

**Le sénateur Meighen:** C'est une question de procédure. Je n'en suis pas très convaincu. J'espère que M. Russell pourra rester. Incidemment, M. Assaf est un associé du cabinet auprès duquel j'agis en tant que conseil. Je ne sais pas si cela me met dans une situation de conflit d'intérêts ou pas.

**Le président:** Non, vous avez déclaré votre poste.

**Le sénateur Prud'homme:** S'il y a un vote, nous le saurons.

**Le sénateur Meighen:** Je ne pense pas qu'il y aura un vote. Comme M. Russell l'a indiqué dans son document, et comme je l'ai appris dans l'exposé de M. Assaf, il y a deux points de vue diamétralement opposés à ce sujet — l'un pour, l'autre contre. Je me demande s'il n'est pas préférable de poser des questions après avoir entendu l'autre version de l'histoire, ainsi, nous aurons les deux versions devant nous et il y aura des questions et des réponses.

Cependant, si le comité estime qu'il est préférable de procéder une à la fois, cela ne me dérange pas du tout.

**Le président:** Essayons d'avoir le meilleur des deux. Posons des questions à M. Russell. Si vous avez le temps, je vous prie de rester.

**M. Russell:** Je suis prêt à accorder au comité le temps qu'il faut pour le projet de loi C-249. Je juge qu'il est important.

**Le président:** Posons toutes les questions immédiates que nous avons à M. Russell en partant du principe qu'il restera et écouterait la discussion. Nous pourrions ensuite le rappeler.

**Le sénateur Massicotte:** Je comprends votre point de vue, mais l'amendement proposé élimine pratiquement l'argument de la défense des gains en efficacité et renforce l'argument en défense des consommateurs. Je comprends qu'au cours des derniers 15 ou 20 ans le consommateur est roi et nous voulons

satisfy the consumer. There are other factors in the economy, however — employees, shareholders and other components to a successful economy. What are your thoughts? There are some circumstances whereby they would not pass the test — that is, the consumer would not be a winner from a merger but maybe the economy would still benefit from it. This removes the comment.

**Mr. Russell:** It is an important question. I did read the earlier transcripts where the honourable senator posed a similar question. I do not believe there are any efficiencies that are not considered under Bill C-249. You do not look just at prices and product choices. You will see the wording says that it includes those things. The jurisdiction is quite broad, and it is clear in other jurisdictions that they consider things such as innovation and other efficiencies. You look at all the efficiencies and determine if there is a net benefit to the Canadian economy.

I will say “Canadian economy” because I think it is clearer than saying “consumer.” “Consumer” throws people off. They think of the person buying propane in Halifax. It is, but it is also the farmer, who is in business, using propane in Red Deer or wherever it may be. It is any consumer of the goods and services. It is not consumer written small, in the sense of the lady that we are trying to protect on that street who is paying too much for bread that day. That is important, obviously, but it is not confined to that.

You look at all efficiencies. You can see situations where you look at a merger and, because of R&D efficiencies, for example, somebody could come up with an AIDS vaccine because they brought two companies together, although that may mean that they are not as price competitive as they might be had they separately come up with two vaccines. We would look at all the efficiencies in that process to see if there is a net benefit to Canadians. It may subjugate price within that analysis. Price is not always the most important thing when you look at efficiencies. We look for net consumer welfare, “consumer” again translating as net benefit to Canada.

I do not agree that this standard limits the analysis. It limits where the benefit must end up. That is the difference. Total welfare means that it can be not a net benefit to Canadian consumers, to the Canadian economy, but still have enough efficiencies to outweigh the downside to those consumers. It is the standard of where the net benefit ends up that we are talking about, not the breadth of efficiencies considered.

**Senator Massicotte:** I would be more in agreement if I were convinced it said what you just said it said. You are interpreting “consumer” to be the Canadian economy, which is a very broad term. I would have thought a consumer is one who consumes the product, not someone very unrelated to that product. Do not forget that the proposed amendment says efficiency, but effectively always to the consumer — not to job creation, not to export, not to saving an industry that probably cannot compete

tous le satisfaire. Cependant, il y a d'autres facteurs dans l'économie — les employés, les actionnaires et d'autres composantes d'une économie florissante. Qu'en pensez-vous? Dans certaines circonstances, ils ne seraient pas acceptables — c'est-à-dire, que le consommateur ne profiterait pas d'un fusionnement, mais peut-être que l'économie continuerait d'en bénéficier. Cela élimine le commentaire.

**M. Russell:** C'est une question importante. J'ai lu la transcription d'audiences précédentes au cours de laquelle l'honorable sénateur a posé une question similaire. Je ne crois pas qu'il y ait de gains en efficacité dont le projet de loi C-249 ne tient pas compte. Il ne faut pas seulement regarder les prix et le choix. Vous verrez que ces choses sont incluses dans le libellé. Le champ d'application est très large et il est évident que l'innovation et d'autres gains en efficacité sont pris en compte dans d'autres pays. Examinez tous les gains en efficacité et concluez s'il y a un avantage net pour l'économie canadienne.

Je dis «économie canadienne», car je pense que c'est plus précis que «consommateur». Le mot «consommateur» rebute les gens qui imaginent que c'est quelqu'un qui achète du propane à Halifax. C'est vrai, mais c'est aussi le fermier qui, pour exploiter son entreprise, utilise du propane à Red Deer ou ailleurs. C'est n'importe quel consommateur de biens et services. Il ne s'agit pas du petit consommateur, pas de la dame que nous essayons de protéger parce qu'elle a payé trop cher le pain. C'est important, évidemment, mais ça ne se limite pas à cela.

Examinez tous les gains en efficacité. Par exemple, dans un fusionnement, grâce aux gains en efficacité de la R et D, quelqu'un peut découvrir un vaccin contre le sida, car deux compagnies ont fusionné, même si cela peut signifier que leurs prix ne sont pas aussi concurrentiels que si elles avaient trouvé chacune de leur côté le vaccin. Il faut examiner tous les gains en efficacité de ce processus pour déterminer s'il y a un avantage net offert aux Canadiens. Les prix peuvent être assujettis dans cette analyse. Le prix n'est pas toujours la chose la plus importante quand on considère les gains en efficacité. Nous recherchons le bien-être net du consommateur, le terme «consommateur» est interprété, encore une fois, au sens d'avantage net pour le Canada.

Je ne pense pas que ce critère limite l'analyse. Il établit la limite à laquelle l'avantage doit cesser. C'est cela la différence. Le bien-être global signifie qu'il ne peut ne pas être un avantage net pour les consommateurs canadiens, pour l'économie canadienne, mais avoir encore suffisamment de gains en efficacité pour neutraliser les inconvénients à l'égard de ces consommateurs. Nous parlons du critère qui met fin à l'avantage net dont nous parlons et non pas à l'ampleur des gains en efficacité.

**Le sénateur Massicotte:** Je serais plus d'accord si j'étais convaincu qu'il énonçait ce que vous venez de dire qu'il énonçait. Vous interprétez le terme «consommateur» au sens de l'économie canadienne qui a une définition très élargie. J'aurais imaginé que le consommateur est celui qui consomme un produit, pas quelqu'un qui en est très éloigné. N'oubliez pas que l'amendement proposé énonce les gains en efficacité, mais toujours au profit du consommateur: pas à la création

internationalement. Il est pour les consommateurs de ce produit. Comment pouvez-vous me convaincre que «consommateur» signifie l'économie canadienne, comme vous le dites?

**Mr. Russell:** Je suppose que c'est à cause de mon expérience. J'essaie de trouver un exemple. Nous avons étudié beaucoup de cas de cartel et de fusionnement qui ne ciblaient pas le consommateur moyen. Permettez-moi de vous donner un exemple. Le glyphosate est un produit chimique que vous n'achèterez jamais pour votre maison. Il est incorporé à divers produits. Je crois qu'il est un dérivé de l'amidon des pommes de terre, si je me souviens bien — mais, je vous prie de ne pas me citer. Voici un exemple dans lequel nous chercherons encore des consommateurs de ce produit, mais ce seront des entrepreneurs et d'autres consommateurs canadiens. Je dois dire que dans un fusionnement, nous ne considérons pas seulement les producteurs mais aussi les fournisseurs. Quiconque consomme le produit ou le service en question est un consommateur.

**Senator Massicotte:** Mais, c'est le consommateur du produit, qu'il soit un détaillant, un grossiste ou un fournisseur, ce n'est pas l'économie canadienne de votre très large interprétation.

**Mr. Russell:** Quand vous interprétez le terme «consommateur» pour englober chaque entrepreneur canadien et tout un chacun, vous parlez, en fait, de l'économie canadienne. Je veux dire que le terme «consommateur», c'est l'économie canadienne.

**Senator Massicotte:** Y a-t-il un précédent juridique qui donne au terme «consommateur» une aussi large définition?

**Mr. Russell:** Absolument. Le Tribunal de la concurrence utilise le terme «consommateur» dans ce large contexte.

**Senator Massicotte:** Cette disposition particulière à des fins d'argumentation a été utilisée dans deux affaires. Dans une récente affaire *Supérieur Propane*, le tribunal a infirmé la décision du Bureau. Comment se fait-il que nous avons ce problème? Qu'est-ce qui ne va pas? Qu'est-ce qui est si mauvais? Quel est le problème? Pourquoi dix personnes veulent-elles nous parler de cette question? Pourquoi cette urgence?

**Mr. Russell:** L'urgence, ce sont les graves répercussions sur la loi. Vous devez comprendre que ce critère a changé tellement suite à une décision qui fait une interprétation simple d'un article de la loi. J'ai dit, et c'est inscrit au procès-verbal, même quand je représentais le commissaire, que j'estimais que l'article 96 était l'un des articles les plus mal rédigés de la loi. Il était alambiqué. On en a débattu pendant des années pour comprendre ce qu'il signifiait. Était-ce une interprétation économique ou juridique? Que signifie-t-il? Aucun autre pays n'a un article aussi long.

Je me trouvais à Naples, en Italie, il y a deux ans à l'occasion de la réunion du Réseau international de la concurrence — tous les organismes de réglementation du monde. Le président sud-africain du Tribunal de la concurrence a déclaré, au podium, «Nous venons juste de commencer l'élaboration de notre nouvelle loi et le tribunal commence juste de siéger. Nous avons utilisé

d'emplois, pas à l'exportation, pas pour secourir une industrie qui ne peut probablement pas être concurrentielle sur le marché mondial. C'est pour les consommateurs de ce produit. Comment pouvez-vous me convaincre que le terme «consommateur» signifie l'économie canadienne, comme vous le dites?

**M. Russell:** Je suppose que c'est à cause de mon expérience. J'essaie de trouver un exemple. Nous avons étudié beaucoup de cas de cartel et de fusionnement qui ne ciblaient pas le consommateur moyen. Permettez-moi de vous donner un exemple. Le glyphosate est un produit chimique que vous n'achèterez jamais pour votre maison. Il est incorporé à divers produits. Je crois qu'il est un dérivé de l'amidon des pommes de terre, si je me souviens bien — mais, je vous prie de ne pas me citer. Voici un exemple dans lequel nous chercherons encore des consommateurs de ce produit, mais ce seront des entrepreneurs et d'autres consommateurs canadiens. Je dois dire que dans un fusionnement, nous ne considérons pas seulement les producteurs mais aussi les fournisseurs. Quiconque consomme le produit ou le service en question est un consommateur.

**Le sénateur Massicotte:** Mais, c'est le consommateur du produit, qu'il soit un détaillant, un grossiste ou un fournisseur, ce n'est pas l'économie canadienne de votre très large interprétation.

**M. Russell:** Quand vous interprétez le terme «consommateur» pour englober chaque entrepreneur canadien et tout un chacun, vous parlez, en fait, de l'économie canadienne. Je veux dire que le terme «consommateur», c'est l'économie canadienne.

**Le sénateur Massicotte:** Y a-t-il un précédent juridique qui donne au terme «consommateur» une aussi large définition?

**M. Russell:** Absolument. Le Tribunal de la concurrence utilise le terme «consommateur» dans ce large contexte.

**Le sénateur Massicotte:** Cette disposition particulière à des fins d'argumentation a été utilisée dans deux affaires. Dans une récente affaire *Supérieur Propane*, le tribunal a infirmé la décision du Bureau. Comment se fait-il que nous avons ce problème? Qu'est-ce qui ne va pas? Qu'est-ce qui est si mauvais? Quel est le problème? Pourquoi dix personnes veulent-elles nous parler de cette question? Pourquoi cette urgence?

**M. Russell:** L'urgence, ce sont les graves répercussions sur la loi. Vous devez comprendre que ce critère a changé tellement suite à une décision qui fait une interprétation simple d'un article de la loi. J'ai dit, et c'est inscrit au procès-verbal, même quand je représentais le commissaire, que j'estimais que l'article 96 était l'un des articles les plus mal rédigés de la loi. Il était alambiqué. On en a débattu pendant des années pour comprendre ce qu'il signifiait. Était-ce une interprétation économique ou juridique? Que signifie-t-il? Aucun autre pays n'a un article aussi long.

Je me trouvais à Naples, en Italie, il y a deux ans à l'occasion de la réunion du Réseau international de la concurrence — tous les organismes de réglementation du monde. Le président sud-africain du Tribunal de la concurrence a déclaré, au podium, «Nous venons juste de commencer l'élaboration de notre nouvelle loi et le tribunal commence juste de siéger. Nous avons utilisé

attention to their efficiency provision, and it is causing us an untold amount of grief.” They are looking at the wording of that section.

It is no surprise to me that we have had legal debate over section 96 since it came into effect in 1996. Everybody was so afraid of it, afraid to make the arguments, afraid to make a determination on the bureau’s side, in my view, and I speak for myself, because it was so poorly worded. Now what we have had is the tribunal saying, “The Federal Court of Appeal has confirmed that this is what it means.” “This is what it means” is what I am concerned about, but what it means is total welfare state. It allows those wealth transfers.

Competition policy to me is no different than tax policy written differently. It prevents people from taking wealth from others, from monopolization, and exerting prices that are too high. It prevents one corporation and its shareholders from exerting that effect on our economy to the detriment of you and I and every other producer.

If my hypothetical monopolist of consumer operating systems can extract \$10 from Canadian producers, that means it costs more to produce in Canada because of that monopolization. We are simply dealing with wealth transfers. When you read the economic literature, they acknowledge that.

Mr. Stephen Ross, who is eminent, and I respect him very much as an economist in this area, is of the other view. He said, and I quoted him in the paper I gave to you, that wealth transfers become neutral or irrelevant. He also acknowledged that total welfare is regressive. It is like regressive tax policy. That is what in essence it imposes upon our economy. To my view, it is also detrimental to our economy because it allows wealth transfers outside of Canada to foreign corporations and foreign shareholders, to the detriment of our economy, not to just my detriment as an individual consumer but to every business in Canada that uses that product as an input.

**The Chairman:** Before we go to the next questioner, I will ask you, if you would, to provide our clerk with a reference. I am getting increasingly confused. We care quite a bit about language here, and the word “consumer” is causing an enormous amount of problem for me, and, I am sure, others.

It is convenient for you to use the word “consumer,” because you want to tie your argument to the parliamentary language of the minister, and that is the language that he used. I understand the line of argument you are using.

The question was put to you, has “consumer” been judicially defined in this broad context? You said yes. If you could, please provide the references so that when we are looking at it, we have some guidance as to what these words mean. If words do not mean what they appear to mean, we can often get into trouble.

comme feuille de route, la législation du Canada, mais nous n’avons pas porté suffisamment d’attention à ses dispositions de gains en efficacité et cela nous cause énormément de tort». Ils sont en train d’étudier le libellé de cet article.

Je ne suis aucunement surpris que nous ayons eu un débat juridique sur l’article 96 depuis son entrée en vigueur en 1996. Tout le monde craignait cet article, craignait de présenter des arguments, de prendre une décision concernant le rôle du bureau, à mon avis, et cela n’engage que moi, c’est parce qu’il était très mal rédigé. Nous avons entendu le tribunal déclarer «La Cour d’appel fédérale a confirmé que c’est ce qu’il signifie». Ce qui me préoccupe c’est l’expression «C’est ce qu’il signifie», mais ce que cela signifie c’est le bien-être global. Il permet ces transferts de richesse.

Je pense que la politique sur la concurrence est similaire à une politique fiscale écrite différemment. Elle empêche les gens de prendre les richesses des autres, de monopoliser et de fixer des prix trop élevés. Elle empêche une entreprise et ses actionnaires d’exercer cet effet sur notre économie à votre détriment, au mien et à celui de tout autre producteur.

Supposons un monopoleur de systèmes d’exploitation puisse soutirer 10 \$ des producteurs canadiens, cela signifie que les coûts de production au Canada sont plus élevés à cause de cette monopolisation. Nous avons tout simplement affaire à des transferts de richesse. Les études économiques le reconnaissent.

M. Stephen Ross, pour qui j’ai le plus grand respect, est un éminent économiste dans ce domaine et il a un point de vue différent. Il a dit, je le cite dans le document que je vous ai remis, que les transferts de richesse deviennent neutres ou négligeables. Il a aussi reconnu que le bien-être global est régressif. C’est comme une politique fiscale régressive. De par sa nature, c’est ce qu’il impose à notre économie. À mon avis, il nuit également à notre économie, car il permet les transferts de richesse à l’extérieur du Canada vers des entreprises étrangères et des actionnaires étrangers au détriment de notre économie, non seulement à mon détriment en tant que consommateur individuel, mais aussi au détriment de chaque entreprise canadienne qui utilise ce produit comment entrant.

**Le président:** Avant de passer au prochain questionneur, pourriez-vous fournir une référence à notre greffier. Je suis de plus en plus confus. Nous nous intéressons beaucoup aux mots ici, et le terme «consommateur» nous cause beaucoup de problème, à moi et, j’en suis sûr, à d’autres.

Cela vous arrange d’utiliser le mot «consommateur», car vous voulez lier votre argument au langage parlementaire du ministre et c’est le terme qu’il a utilisé. Je comprends votre raisonnement.

On vous a demandé si le mot «consommateur» a été juridiquement défini dans ce large contexte? Vous avez répondu oui. Pourriez-vous, s’il vous plaît, nous fournir les références afin que nous puissions les consulter et que nous comprenions la signification de ces termes. Si les mots ne signifient pas ce qu’ils semblent signifier, nous risquons de souvent rencontrer des problèmes.



**Senator Kelleher:** Will this proposed amendment permit the Competition Bureau to revisit the *Superior Propane* case?

**Mr. Russell:** No.

**Senator Kelleher:** Are you absolutely sure on that?

**Mr. Russell:** Absolutely. Unless there are new facts that allow them to revisit that industry, they cannot revisit it — unless somebody is proposing that the amendment be retrospective, and there is certainly no proposal that that be so.

Another concern that I have about delay is that a number of mergers are being considered. If we were to put it into another process, that would take years, and I can tell you that all the processes in the amendment of the Competition Act take years, where mergers will be reviewed under the standard that I just described. That is the urgency. Do we have our public policy aligned with the true objectives of our act?

**Senator Kelleher:** I will come to that in a minute. Will this particular bill eliminate the efficiencies defence?

**Mr. Russell:** Let me answer that accurately. It eliminates efficiencies as a defence, but it does not eliminate efficiencies from being fully considered as a factor.

**Senator Kelleher:** Having said that, as you amended it for me, does it have any implications on any other sections of the Competition Act?

**Mr. Russell:** No, section 96 is applicable to merger review. As I mentioned earlier, there are other proposals that would have efficiency provisions. Those proposals mirror Bill C-249, so if amendments that are proposed continue there would be other efficiency provisions that would be similar to Bill C-249. Bill C-249 only amends section 96, which is in the merger section of the act.

**Senator Kelleher:** It will not apply to other sections of the act, or have implications for sections, such as section 79, section 77 or section 75?

**Mr. Russell:** No, your efficiencies are going to be considered. You are asking me a very broad question. The application of efficiencies with Bill C-249 with a consumer-welfare standard — when efficiencies are considered under any section of the act, you would expect them to be considered the same way as Bill C-249 sets out.

**Senator Kelleher:** One final question — and I think I know your answer to this before I even ask, given your predisposition on this matter. Is this section a little premature at this time? Have we not given it much of a chance to be reviewed, or to be discussed in other cases?

**Mr. Russell:** No. You are able to anticipate my response, but my response is — and I have said this on other occasions as well — I have spent more time, as have many practitioners in this

**Le sénateur Kelleher:** Est-ce que cet amendement proposé permettra au Bureau de la concurrence de réexaminer l'affaire *Supérieur Propane*?

**M. Russell:** Non.

**Le sénateur Kelleher:** En êtes-vous absolument certain?

**M. Russell:** Absolument. À moins de faits nouveaux qui lui permettent de réexaminer cette industrie, le Bureau ne peut pas réexaminer cette affaire — à moins que quelqu'un propose que cet amendement soit rétroactif et personne ne l'a fait.

Ce qui me préoccupe aussi à propos du retard, c'est que de nombreux fusionnements sont considérés. Si on devait l'incorporer dans un autre processus, cela prendrait des années, et je peux vous assurer que tous les processus d'amendement de la Loi sur la concurrence durent des années, pour que les fusionnements soient réexaminés selon le critère que je viens de décrire. C'est là où se situe l'urgence. Avons-nous une politique gouvernementale qui est alignée sur les objectifs réels de notre loi?

**Le sénateur Kelleher:** J'en parlerai dans une minute. Est-ce que ce projet de loi particulier éliminera la défense fondée sur les gains en efficacité?

**M. Russell:** Permettez-moi de vous répondre d'une façon précise. Il élimine les gains en efficacité en tant que défense, mais il n'empêche pas les gains en efficacité d'être entièrement considérés comme un facteur.

**Le sénateur Kelleher:** Ceci étant dit, de la façon que vous l'avez modifié pour moi, a-t-il des répercussions sur les autres articles de la Loi sur la concurrence?

**M. Russell:** Non, l'article 96 s'applique à l'examen des fusionnements. Comme je l'ai dit plus tôt, il existe d'autres propositions qui ont des dispositions relatives aux gains en efficacité. Ces propositions sont identiques au projet de loi C-249, donc, si les amendements qui sont proposés continuent, il y aura d'autres dispositions relatives aux gains en efficacité similaires au projet de loi C-249. Le projet de loi C-249 ne modifie que l'article 96 qui se trouve dans la partie des fusionnements de la loi.

**Le sénateur Kelleher:** Il ne s'appliquera pas aux autres articles de loi ou n'aura pas de répercussions sur les articles, tels que l'article 79, l'article 77 ou l'article 75?

**M. Russell:** Non, vos gains en efficacité vont être pris en compte. Votre question est très vaste. L'application des gains en efficacité avec le projet de loi C-249 avec un critère de bien-être du consommateur — quand les gains en efficacité sont considérés en vertu de tout article de la loi, on s'attend à ce qu'ils soient considérés tels qu'énoncés dans le projet de loi C-249.

**Le sénateur Kelleher:** Une dernière question — et je crois connaître la réponse, étant donné votre position sur cette question. Cet article n'est-il pas un peu prématuré? Ne pensez-vous pas qu'il aurait fallu consacrer plus de temps pour l'examiner ou pour en débattre?

**M. Russell:** Non. Vous pouvez prévoir ma réponse, mais je dis que — je l'ai aussi dit à d'autres occasions — j'ai passé plus de temps, ainsi que de nombreux experts dans ce domaine, à parler

field, talking about efficiencies than any other topic. What you are talking about here is a policy issue. Bill C-249 is just wording that accomplishes that policy position. We were able to get the instruction, if you will, from other jurisdictions that looked at the wording and considered the wording in their courts.

I reviewed the American case law, for example, on the application of efficiencies. That was one of the things I did in terms of my review of the cartel legislation for the commissioner. I also reviewed European decisions with respect to the limited consideration that they give to efficiencies or have given in the past. There is nothing about Bill C-249 that is untoward that will make Canada more restrictive of efficiencies in those other jurisdictions.

When you ask whether it is premature, I think we have had lots of debate, lots of minds being brought to bear on the issue, and Bill C-249, as I said, is a distillation out of the parliamentary committee that brought many of the people there.

Now, people who will believe in total welfare do not like Bill C-249, and will never say they like Bill C-249 because it is a consumer welfare standard. The wording no one has quibbled with — I read Mr. Kennish's view. He appeared before you with respect to the Canadian Bar Association. He admits the bar is divided. The bar is divided on this issue, no doubt about that. On the wording, he does not like the fact that it has to be merger-specific. That is what he said to you. Again, other jurisdictions, the benefits have to be merger-specific. That simply means this: You could not have gotten the efficiencies some other way and that is the standard.

Here is how it works. We will not let you merge when it is anti-competitive because you are only considering efficiencies when you have already said it is anti-competitive to allow this merger. We would not allow you to make an efficiencies argument, to say you can go ahead with your anti-competitive merger if you could have gotten the efficiencies some other way but merging, which is anti-competitive. That is what that means.

**Senator Kelleher:** I am through questioning, but one of the problems I have here, given my disposition of this matter in my own mind, is that I cannot recall, unfortunately, what happened with our previous witnesses. Were they for it or against it? I do not have the recall, and there is nothing in our documentation that helps me in that regard.

**The Chairman:** We will bring back all the prior evidence. I can characterize that evidence, but I am not sure it would be appropriate for me to do so.

**Senator Kelleher:** I do not know how many witnesses there were and how they were divided.

**The Chairman:** It is all in our records. It is part of your file.

**Senator Kelleher:** I know, but I certainly did not take the time to go back and —

des gains en efficacité plus que n'importe quel autre sujet. Ce dont il est question ici, c'est une politique. Le projet C-249 n'est qu'un libellé qui permet d'instaurer cette politique. Nous avons pu obtenir les directives, pour ainsi dire, d'autres pays qui ont examiné le libellé et l'ont présenté à leurs tribunaux.

Par exemple, j'ai étudié la jurisprudence américaine relative à l'application des gains en efficacité. C'était une des choses que j'ai faites dans le cadre de mon étude de la Loi sur le cartel pour le commissaire. J'ai également étudié des décisions européennes concernant le peu de considération qu'ils ont ou avaient pour les gains en efficacité. Rien dans le projet de loi C-249 ne rendra le Canada plus restrictif en matière de gains en efficacité en comparaison à ces autres pays.

Quand vous demandez si c'est prématuré, je crois que nous avons eu beaucoup de débats et beaucoup de personnes pour régler le problème et, le projet de loi C-249, comme je l'ai dit, a été exprimé du comité parlementaire qui a amené tant de gens ici.

Aujourd'hui, ceux qui croient au bien-être global n'aiment pas le projet de loi C-249 et ne diront jamais qu'ils aiment le projet de loi C-249, car c'est un critère de bien-être du consommateur. Personne n'a contesté le libellé — j'ai lu le point de vue de M. Kennish. Il s'est présenté devant vous par rapport à l'Association du Barreau canadien. Il a admis que le Barreau était divisé. Le Barreau est divisé sur cette question, il n'y a aucun doute. En ce qui concerne le libellé, il n'aime pas le fait que les gains en efficacité soient propres au fusionnement. C'est ce qu'il vous a dit. Encore une fois, dans d'autres pays, les avantages doivent être propres au fusionnement. Cela signifie simplement que: les gains en efficacité ne peuvent être réalisés que de cette façon et c'est le critère.

Voici comment cela fonctionne. Nous n'autoriserons pas de fusionnement quand c'est anticoncurrentiel, car vous ne prenez en compte que les gains en efficacité alors que vous avez déjà dit que c'est anticoncurrentiel d'autoriser ce fusionnement. Nous ne vous permettrons pas de présenter un argument en défense des gains en efficacité, pour dire que vous pouvez entreprendre votre fusionnement anticoncurrentiel si vous avez pu obtenir les gains en efficacité d'une autre façon que par le fusionnement, qui est anticoncurrentiel. Voilà ce que cela signifie.

**Le sénateur Kelleher:** Je n'ai plus de question à vous poser, mais le problème est que, vu l'intérêt que je porte à cette question, je ne peux, malheureusement, pas me souvenir de ce qui s'est passé avec nos témoins précédents. Étaient-ils pour ou contre? Je ne m'en souviens pas et je ne trouve rien dans notre documentation qui pourrait m'aider à me souvenir.

**Le président:** Nous rapporterons toutes les preuves préliminaires. Je peux qualifier ces preuves, mais je ne pense pas qu'il soit convenable que je le fasse.

**Le sénateur Kelleher:** Je ne sais pas combien de témoins se sont présentés et comment ils ont été répartis.

**Le président:** Vous trouverez cela dans nos comptes rendus. Ces renseignements sont dans votre dossier.

**Le sénateur Kelleher:** Je sais, mais je ne l'ai pas consulté et...

**The Chairman:** Well, you will have the time.

**Senator Kelleher:** I will have all summer — is that what you are saying?

**The Chairman:** No, you will have until tomorrow. It is a long night.

**Senator Kelleher:** Just thought I would ask.

**Senator Angus:** They were all against.

**Mr. Russell:** If I can help, I have read the transcripts. You had three witnesses on one day — Mr. Kennish, on behalf of the Canadian Bar Association, Mr. Finkelstein, was here as an individual — he was one of the counsel to Superior Propane — and Mr. Facey, who was along with Mr. Finkelstein, who was counsel to Superior Propane. The committee also heard from Mr. Peter Townley, an economist, was retained by the Commissioner of Competition in respect of Superior Propane. You had a good part of Superior Propane before you. Then, another day, you had a number of representatives from the Competition Bureau, including the acting director, Mr. Gaston Jorré, who gave their comments and views on Bill C-249.

**The Chairman:** Part of the problem is that we do not have a significant reference back to the House of Commons hearings, because the list of appearances there was not very extensive, neither very long nor very representative. To that extent, we are digging into some material.

**Senator Kelleher:** This is my problem.

**The Chairman:** I should like to come back and, if I could, ask you a very specific question, because it is important to me. I asked you before whether, when you gave your evidence, the language of the amendment was the same as it is now. We had our discussion about that.

Let me go beyond that. It seems to me that, if it had been mandatory to consider the efficiency factor, the efficiency case would have still been left stronger than if it became permissive. Can I ask you to either speculate or speak from your knowledge why that language was diluted at the time?

**Mr. Russell:** I think your instincts are probably right on why it was suggested the change be made. My own reaction was that it was a difference without much of a difference. I have argued enough cases where “shall” means “may” and “may” means “shall” — and I am not kidding, in terms of judicial consideration of statutes — that I do not have any confidence that it changed the necessary application of efficiencies for consideration. The factors that need to be reviewed in a merger require consideration; people advocate consideration of those factors. The process, which has to be a fair process in front of the tribunal, allows people to make out their case with respect to those issues. The balancing of those various factors that the tribunal has to consider in a merger are part of the discretion the tribunal has.

**Le président:** Eh bien! Vous aurez le temps de le faire.

**Le sénateur Kelleher:** J'aurai tout l'été — c'est ce que vous voulez dire?

**Le président:** Non, vous avez jusqu'à demain. C'est une longue nuit.

**Le sénateur Kelleher:** J'ai pensé que je demanderais.

**Le sénateur Angus:** Ils étaient tous contre.

**M. Russell:** Si je peux me permettre, j'ai lu les transcriptions. Vous aviez trois témoins en une journée — M. Kennish, au nom de l'Association du Barreau canadien, M. Finkelstein, qui s'est présenté à titre individuel — il était l'un des avocats de Supérieur Propane — et M. Facey, qui était avocat de Superior Propane et qui accompagnait M. Finkelstein. Le comité a aussi entendu M. Peter Townley, un économiste, qui a été retenu par le Commissaire de la concurrence dans l'affaire *Supérieur Propane*. Une bonne partie de Supérieur Propane a comparu devant vous. Puis, un autre jour, vous avez reçu des représentants du Bureau de la concurrence, notamment le directeur par intérim, M. Gaston Jorré, qui ont fait des commentaires sur le projet de loi C-249.

**Le président:** Une partie du problème provient du fait que nous n'avons pas beaucoup de références des délibérations de la Chambre des communes, car la liste des personnes qui s'y sont présentées n'était ni très longue ni très représentative. C'est la raison pour laquelle nous fouillons dans des documents.

**Le sénateur Kelleher:** J'ai le même problème.

**Le président:** J'aimerais revenir et, si je le peux, poser une question très spécifique, car je la juge importante. Je vous avais demandé si, lorsque vous avez témoigné, le libellé de l'amendement était le même qu'aujourd'hui. Nous en avons discuté.

Permettez-moi d'aller plus loin. Il me semble que, s'il fallait obligatoirement tenir compte du facteur des gains en efficience, l'argument en défense des gains en efficience aurait encore eu plus de poids que s'il devenait permissif. Puis-je vous demander soit de formuler des hypothèses soit de parler en connaissance de cause pour dire pourquoi ce libellé a été édulcoré à cette époque?

**M. Russell:** Je pense que vous êtes probablement dans le vrai en ce qui concerne les raisons pour lesquelles il a été suggéré de faire des changements. Personnellement, j'ai pensé que c'était une différence sans trop de différence. J'ai plaidé suffisamment d'affaires dans lesquelles «doit» signifie «peut» et «peut» signifie «doit» — et je ne plaisante pas, dans le cadre d'examen judiciaires des statuts — que je ne suis pas du tout convaincu que cela a changé l'application nécessaire des gains en efficience à prendre en compte. Les facteurs devant être examinés dans un fusionnement doivent être pris en compte; les gens veulent que ces facteurs soient pris en compte. Le processus, qui doit être équitable devant le tribunal, permet aux gens de présenter leur argumentation concernant ces questions. L'équilibrage des divers facteurs dont le tribunal doit tenir compte dans un fusionnement entre dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Hence, I believe, saying “may” or “shall,” if they believe it is applicable, they will consider it. I do not think it is much of a change.

**The Chairman:** They are not obliged to under the language. Anyway, we need not argue.

**Mr. Russell:** I know there are a number of lawyers here. I think proper process to not consider the issue would be a ground for appeal in my own view.

**Senator Meighen:** Senator Kelleher asked the questions that I had in mind, but I will go back to this question of urgency. First of all, am I dreaming, or is there not an overall comprehensive review ongoing in the Competition Bureau — or review of policy?

**Mr. Russell:** There is not a comprehensive review going on. This is a review of various provisions in the act and various issues.

**Senator Meighen:** Is this one of them?

**Mr. Russell:** No, this is not one of them. This was not part of the initial process in which I participated. There were a number of roundtables, a parliamentary committee report on that, and a response from the government. If you forgive me, I can give you some of them, but not the full list because I do not remember them.

Section 45 is up for consideration for amendment. Administrative monetary penalties: Currently you can abuse your dominant position in Canada without being subject to any penalty whatsoever, and again that is different than other jurisdictions. AMPs, as they are being called, are being considered. Giving greater rights to individuals to sue is being considered. There are a number of things like that, but this was not part of it.

However, this bill, before it was amended, had been around for some time. I can tell you, there is an annual event at Langdon Hall to consider various issues of the act. Efficiencies will be on the panel tomorrow; they were on last year, and the year before that. Efficiencies have been part of the CBA annual conference since its inception.

This issue has been around for a long time, and I guess this is what I am trying to delineate. That debate about what is the right approach has been there. We have the tribunal saying what section 96 means and then Parliament saying that that is not the policy, at least thus far, we want the act to achieve.

The wording is at issue, in my opinion. I do advocate consumer welfare, so there is no doubt that I have a bias toward a consumer welfare standard for our act. However, I can legitimately say that the issue is yours. You can say what the policy should be.

Je crois donc que l'utilisation de «peut» ou «doit» sera considérée s'ils jugent que leur utilisation est appropriée. Je ne pense pas que ce soit un grand changement.

**Le président:** Ils ne sont pas obligés en vertu du libellé. De toute façon, il est inutile d'en débattre.

**M. Russell:** Je sais que des avocats sont présents. À mon avis, un processus approprié qui ne tiendrait pas compte de la question constituerait un motif de contestations.

**Le sénateur Meighen:** Le sénateur Kelleher a posé les questions que je voulais poser, mais je reviens à la question de l'urgence. Tout d'abord, est-ce que je rêve ou n'y a-t-il pas un examen compréhensif en cours au Bureau de la concurrence — ou un examen de la politique?

**M. Russell:** Il n'y a pas d'examen compréhensif en cours. Il s'agit d'une étude des diverses dispositions de la loi et de différentes questions.

**Le sénateur Meighen:** Cette question en fait-elle partie?

**M. Russell:** Non, elle n'en fait pas partie. Elle ne faisait pas partie du processus initial auquel j'ai participé. Il y a eu des tables rondes, un rapport d'un comité parlementaire à ce sujet et une réponse du gouvernement. Si vous me le permettez, je peux vous en citer quelques-uns, mais pas toute la liste, car je ne m'en souviens pas.

L'article 45 va faire l'objet d'un examen à des fins de modification. Des sanctions pécuniaires administratives: vous pouvez, aujourd'hui, abuser de votre position dominante au Canada sans être passibles de sanction et c'est une autre chose qui est différent dans les autres pays. Les sanctions pécuniaires administratives sont étudiées. L'octroi aux individus d'une plus grande marge de manoeuvre pour poursuivre en justice est étudié. Il y a plusieurs choses de ce genre, mais cela n'en faisait pas partie.

Cependant, le projet de loi existait depuis un bon moment avant qu'il ne soit modifié. Un événement annuel a lieu à London Hall pour étudier les diverses questions suscitées par la loi. Les gains en efficience seront discutés demain; on en a débattu l'année dernière et aussi il y a deux ans. Depuis leur mise en vigueur, les gains en efficience font partie de la conférence annuelle de l'Association du Barreau canadien.

La question est débattue depuis longtemps et c'est ce que j'essaie de souligner. Le débat tournant autour de la bonne approche a eu lieu. Nous avons une interprétation de l'article 96 par le tribunal, puis le Parlement déclare que ce n'est pas conforme à la politique, du moins jusqu'à présent, visant les objectifs de la loi.

À mon avis, le problème se situe au niveau du libellé. Je suis pour le bien-être du consommateur, donc, j'ai évidemment un préjugé favorable envers le critère du bien-être du consommateur dans notre loi. Cependant, je peux déclarer à juste titre que cette question est de votre ressort. Vous pouvez décider de ce que la politique devrait être.

I can say, without equivocation, that Bill C-249 does it, if you want consumer welfare, if you want efficiencies that will be fully considered and have that net benefit to the Canadian economy — C-249 does it.

**Senator Meighen:** Could you tell me with equal assurance that, without Bill C-249, it could not happen?

**Mr. Russell:** Without Bill C-249, you have a total welfare standard. That is what we know from the *Superior Propane* decision. Quite frankly, I believe that has a significant effect on competition policy in Canada.

**Senator Meighen:** Should we not wait to see how the *Superior Propane* decision plays out in subsequent cases? Alternatively, is it your view that all judges will read *Superior Propane*, salute and say that is it, that there is no room for interpretation, and that the results will be as dire as you forecast in terms of consumer welfare?

**Mr. Russell:** The decision in that case is binding upon the Competition Tribunal. Henceforth, they will have to apply this standard when they hear cases. That is the effect of the decision. That is what I say conclusively determined that that standard shall be applied by the Competition Bureau.

It definitely sends it back. If that is not the public policy desired by Canada, then it is back to parliamentarians to decide what they will do about it.

**Senator Meighen:** It is not applied in a vacuum, is it? Are there not other factors that weigh in the decision? If that is the law or that is what it says, then it must be applied, I understand. However, are there not other factors that weigh in, as well as efficiency?

**Mr. Russell:** Most definitely there are other factors in consideration of what makes a merger anti-competitive. We look at barriers to entry.

Remember, the way it applies today is that if the merger is anti-competitive — you have looked at all the other factors, you have weighed them, the tribunal has weighed them and has determined that the merger would substantially lessen the competition, that it is anti-competitive, then, as is said by many of the commentators, section 96 is clearly the trump card. So, yes, you consider those factors, and only consider section 96 in terms of the trump card; in other words, it is the defence.

Something has not been said on this. I actually believe that, by making efficiencies a factor, you are giving fairer consideration to innovation and other benefits to consumers in the initial determination of whether a merger is anti-competitive. I think that is healthy. If the two drug companies can come up with a vaccine to cure AIDS, then let us look at that up front as one of the factors in consideration of the merger of the two companies. Let us not leave it to an affirmative defence by the party.

Je peux dire, sans équivoque, que le projet de loi C-249 est conforme à la politique, si vous voulez le bien-être du consommateur, si vous voulez que les gains en efficacité soient entièrement pris en compte et avoir cet avantage net pour l'économie canadienne — le projet de loi C-249 le permet.

**Le sénateur Meighen:** Pouvez-vous nous dire avec la même assurance que sans le projet de loi C-249, cela n'aura pas lieu?

**M. Russell:** Sans le projet de loi C-249, vous avez un critère de bien-être global. C'est ce que nous a appris la décision concernant *Supérieur Propane*. Franchement, je crois que cela a un effet significatif sur la politique sur la concurrence au Canada.

**Le sénateur Meighen:** Ne devrions-nous pas attendre de voir l'effet de la décision concernant *Supérieur Propane* dans les affaires ultérieures? Par ailleurs, pensez-vous que tous les juges liront *Supérieur Propane*, applaudiront et diront que c'est la solution, qu'il n'y a pas de place à l'interprétation et que les conséquences pour le bien-être du consommateur seront aussi fâcheuses que vous le prévoyez?

**M. Russell:** Dans cette affaire, la décision lie le Tribunal de la concurrence. Dorénavant, ils devront appliquer ce critère lorsque des affaires leur sont présentées. C'est le résultat de la décision. Je le dis de façon concluante, c'est ce qui a établi la mise en vigueur de ce critère par le Bureau de la concurrence.

Il l'a assurément renvoyée. Si ce n'est pas la politique gouvernementale que veut le Canada, il incombe alors aux parlementaires de décider de ce qu'ils en feront.

**Le sénateur Meighen:** Il n'est pas mis en vigueur dans un vide, n'est-ce pas? N'y a-t-il pas d'autres facteurs qui interviennent dans la décision? Si cela est la loi ou ce qu'elle énonce, il faut alors l'appliquer. Cependant, n'y a-t-il pas d'autres facteurs dont il faut tenir compte, en plus de l'efficacité?

**M. Russell:** Absolument, il y a d'autres facteurs à prendre en compte pour déterminer si un fusionnement est anticoncurrentiel. Nous examinons les obstacles à l'entrée.

N'oubliez pas que tel qu'il est appliqué aujourd'hui, si le fusionnement est anticoncurrentiel — vous avez examiné tous les autres facteurs, vous les avez évalués, le tribunal les a évalués et a conclu que le fusionnement réduirait considérablement la concurrence, qu'il est anticoncurrentiel, donc, ainsi que l'ont déclaré de nombreux commentateurs, l'article 96 est réellement la carte maîtresse. Alors, oui, vous prenez en compte ces facteurs et vous considérez l'article 96 seulement en termes de carte maîtresse; autrement dit, il constitue une défense.

Quelque chose n'a pas été dit à ce sujet. Je crois sérieusement qu'en considérant les gains en efficacité comme un facteur, vous permettez de considérer plus équitablement l'innovation et d'autres avantages aux consommateurs dans la décision visant à déterminer si un fusionnement est anticoncurrentiel. Je pense que c'est positif. Si deux établissements pharmaceutiques peuvent découvrir un vaccin qui guérit le sida, acceptons, donc, cela comme l'un des facteurs à prendre en compte pour le fusionnement des deux établissements. Évitions une défense affirmative des parties.

We were the only country that did that. In the United States, although they called it that, the courts clearly factored it in — as well as the Federal Trade Commission, I should add; I do not want to misstate it. They factor efficiencies in when they consider a merger, as does Europe, Australia and other countries.

Hence, this is a positive step in one way for efficiencies, in that we will consider it as one of the factors. However, we will require that those efficiencies have that net benefit to consumers — in other words, the Canadian economy.

On that note, I certainly will provide what I can to this committee about my definition. I do not use it conveniently, I can say with confidence.

**The Chairman:** You mentioned that it had been judicially defined.

**Mr. Russell:** I will follow up on that point.

**Senator Meighen:** In terms of the wider context, someone passed me a note that says, “Public consultation process on merger enforcement guidelines has begun in April 2004.” Are you aware of that?

**Mr. Russell:** Yes. Merger enforcement guidelines are the stated views of the Competition Bureau on how to enforce the act. It does not lead to any change in legislation whatsoever.

**Senator Meighen:** I have two final questions, if I may. You talked about wealth transfer in the case of a 95 per cent monopolist, as I understood it. Would that transfer pertain only if the corporation were a non-Canadian corporation? I heard you say, “transfer out of the country.”

**Mr. Russell:** Wealth transfers can occur from any merger. If we had a monopolist that operated only in Canada, we would still have wealth transfers; it occurs all the time. What I am saying is that total welfare allows the transfers to go out of Canada in terms of what we will recognize in overcoming an otherwise anti-competitive merger. That is the problem with total welfare.

If you apply the test in consumer welfare, you still look at the net benefit to the Canadian economy. In other words, I may pay more for the vaccine I am getting, but it would not have come about as quickly if the merger had not occurred, because there are efficiencies that are derived from the merger. The tribunal will have to weigh the net benefit to the Canadian economy and to the consumer. Innovation, in this case — the efficiencies that would drive the innovation to get the product to market — outweigh the cost increase to you for the product. They will have to balance that; they will have to balance it in consumer welfare as well.

Le Canada est le seul pays qui a fait cela. Aux États-Unis, même si l'on qualifiait ainsi, les tribunaux l'ont manifestement pris en compte — et aussi la Federal Trade Commission; je ne veux pas faire de fausse déclaration. Ils prennent en compte les gains en efficacité en cas de fusionnement, l'Europe, l'Australie et les autres pays font de même.

Donc, pour les gains en efficacité cela représente une mesure positive puisque nous les considérerons comme l'un des facteurs. Cependant, nous exigerons que ces gains en efficacité aient un avantage net pour les consommateurs — autrement dit, pour l'économie canadienne.

À propos, en ce qui concerne ma définition, je fournirai tout ce que je peux au comité. Je vous assure que je ne l'utilise pas à la légère.

**Le président:** Vous avez mentionné qu'elle avait été défini juridiquement.

**M. Russell:** Je reviendrai sur ce point.

**Le sénateur Meighen:** Au sujet du contexte plus large, quelqu'un vient de me passer une note qui dit: «Un processus de consultation public concernant les Lignes directrices de l'application de la Loi sur le fusionnement a commencé en avril 2004.» Le saviez-vous?

**M. Russell:** Oui. Les Lignes directrices de l'application de la Loi sur le fusionnement représentent la position officielle du Bureau de la concurrence sur la façon d'appliquer la loi. Elle ne change en aucune façon la loi.

**Le sénateur Meighen:** J'ai deux dernières questions à vous poser, si je peux. Vous avez mentionné le transfert de richesse dans le cas d'un monopoleur à 95 p. 100, si j'ai bien compris. Est-ce que ces transferts ne seraient possibles que si la société était une société non canadienne? Je vous ai entendu dire «transfert à l'extérieur du pays».

**M. Russell:** Les transferts de richesse sont possibles dans tous les fusionnements. Si nous avons un monopoleur qui ne travaillait qu'au Canada, il y aurait encore des transferts de richesse; il y en a tout le temps. Je veux dire que le bien-être global permet les transferts à l'extérieur du Canada pour contourner un fusionnement qui serait autrement anticoncurrentiel. C'est le problème avec le bien-être global.

Si vous appliquez le critère au bien-être du consommateur, vous continuez à examiner l'avantage net pour l'économie canadienne. En d'autres mots, je peux payer plus pour acheter le vaccin, mais il n'aurait pas été découvert aussi vite sans fusionnement, car des gains en efficacité dérivent du fusionnement. Le tribunal devra évaluer l'avantage net pour l'économie canadienne et pour le consommateur. L'innovation, dans ce cas — les gains en efficacité qui favoriseront l'innovation pour la mise en marché du produit — surpassent l'augmentation du coût que vous devez payer pour le produit. Ils devront équilibrer cela; ils devront l'équilibrer également dans le bien-être du consommateur.

The tribunal will always have to look at what is the best outcome for the Canadian economy, and that has to be done under what you see in Bill C-249 as well.

**Senator Meighen:** What would your response be to those who say that the smaller markets in Canada, New Zealand, Ireland and the like, where the efficiencies defence is used, need it and that it is of greater benefit to them than it is to the larger economies of the U.S., the EEC, or whatever?

**Mr. Russell:** It is absolutely the contrary. A smaller economy, such as Canada's, has the potential for an industry in Canada to be acquired by an American company and have Canadian consumers in a smaller, more concentrated market.

At one time, 20 years ago, it was oft quoted that the Canadian economy was already four times more concentrated than the U.S. economy. We are more vulnerable in Canada to anti-competitive effects because we are already more concentrated. We need a standard that protects the Canadian economy even more so than a large economy because the Canadian economy has diversity.

The *Superior Propane* case makes it so clear. We were talking about two companies acquiring up to 90 per cent of a market. It was recognized in the decision that there were six players in the U.S. That is the point. They have six players, and we have two, with 90 per cent. We are more concentrated, so we need to ensure that our policy is strong to protect our economy, particularly from the kind of transfers that could occur with total welfare standards.

**The Chairman:** Thank you, Mr. Russell. Do not go far, in case we need to call on you to answer an additional question or two.

**Mr. Russell:** Thank you, Mr. Chairman.

**The Chairman:** We will now hear Mr. Dany Assaf, a lawyer with Ogilvy Renault and co-chair of the firm's competition trade law team. He is here representing his firm, but he has no other client interest; is that correct?

**Mr. Dany H. Assaf, Lawyer, Ogilvy Renault, Co-Chair of the Firm's Competition and Trade Law Team, As an Individual:** I am here representing my own personal views, which do not reflect the views of the firm. I am chair of the economics and law committee of the CBA, and my comments do not reflect their position either.

**The Chairman:** It is a personal presentation. I do not think we have anything on paper, do we?

**Mr. Assaf:** I brought a submission with me today. Things came together very quickly.

Thank you, honourable senators, for allowing me to participate in your hearings. It is a pleasure to be here. I come here to echo some of the sentiments of Mr. Russell, not only in the capacity of someone who has acted for Superior Propane or

Le tribunal devra toujours chercher ce qui profitera le plus à l'économie canadienne, cela doit être également fait en vertu de ce que vous voyez dans le projet C-249.

**Le sénateur Meighen:** Que répondriez-vous à ceux qui disent que les petits marchés du Canada, de la Nouvelle-Zélande, de l'Irlande, et cetera, qui utilisent la défense fondée sur les gains en efficacité, en ont besoin et en tireront un plus grand avantage que les pays comme les États-Unis, la CEE, et cetera qui ont de plus grands marchés?

**M. Russell:** C'est tout à fait le contraire. Dans une économie plus petite comme la nôtre, une société américaine peut acquérir une industrie et avoir des consommateurs canadiens dans un marché plus petit et plus concentré.

Il y a 20 ans, on entendait souvent dire que l'économie canadienne était déjà quatre fois plus concentrée que l'économie américaine. Le Canada est plus vulnérable aux effets anticoncurrentiels, car son économie est déjà plus concentrée. Du fait de sa diversification, l'économie canadienne a un plus grand besoin d'être protégée par un critère qu'une économie plus grande.

L'affaire *Supérieur Propane* le montre bien. Nous parlions de deux sociétés qui détenaient jusqu'à 90 p. 100 d'un marché. Il a été constaté dans la décision qu'il y avait six intervenants aux États-Unis. Voilà le point essentiel. Ils ont six intervenants et nous en avons deux qui détiennent 90 p. 100 d'un marché. Notre économie est plus concentrée, donc, nous devons être sûrs que notre politique protège notre économie, surtout du type de transferts qui seraient possibles avec des critères de bien-être global.

**Le président:** Merci, monsieur Russell. Ne vous éloignez pas trop, au cas où nous aurions besoin de vous pour répondre à une ou deux questions supplémentaires.

**M. Russell:** Merci, monsieur le président.

**Le président:** Nous allons, maintenant, entendre M. Dany Assaf, un avocat chez Ogilvy Renault et coresponsable de l'équipe Droit de la concurrence et échanges commerciaux du cabinet. Il est ici pour représenter son cabinet, mais il n'a pas d'autres intérêts de client; est-ce exact?

**M. Dany H. Assaf, avocat, Ogilvy Renault, coresponsable de l'équipe Droit de la concurrence et échanges commerciaux du cabinet, témoignage à titre personnel:** Je suis ici pour exposer mes points de vue qui ne reflètent pas ceux du cabinet. Je suis président du comité du droit économique de l'Association du Barreau canadien et mes commentaires ne reflètent également pas leurs opinions.

**Le président:** C'est un témoignage à titre individuel. Je ne crois pas que nous avons quelque chose sur papier, n'est-ce pas?

**M. Assaf:** J'ai apporté un mémoire. Les choses se sont passées si rapidement.

Merci, honorables sénateurs, de me permettre de participer à vos audiences. Je suis très heureux d'être ici. Je suis venu pour faire écho à bon nombre de points de vue exprimés par M. Russell, non seulement parce que j'ai représenté Supérieur

other clients, but also in my capacity as a practitioner in this area who has had experience in cases, and as a participant in many other forums, non-client related, to advance the development of this law and to try to provide my views about where the policy is and where it should go. In that regard, I hope I will be able to convey to you my broader interests in being here today. I have a few items to clarify, and then I will continue with my remarks. In connection with what has been discussed today, it is important to keep a few things in mind at the outset. We will discuss those in depth later.

My first comment is that the total welfare standard is not the standard that is being applied in Canada today. That is not the case, and it is not the result that came out of the Federal Court of Appeal decisions and the tribunal decisions ultimately in *Superior Propane*. It is a much more detailed type of standard which does in fact take into account certain wealth transfers.

My second comment is in connection with the discussion earlier that efficiencies have been debated. It is true that efficiencies is an important topic that has been discussed in competition and antitrust circles for decades. Has this particular bill been subject to debate? No. That makes all the difference in the world.

In connection with where this debate will go, my opinion is that passage of Bill C-249 will mean the end, effectively, in practice, of an efficiencies exception. There is no doubt in my mind that that is what the ultimate impact will be, because the standard is just impossible, from a practical point of view.

With that in mind, I want to make three essential points that were alluded to earlier today but need elaboration. The first point is, in my observations and based on the evidence out there, there is no practical need for this amendment today. There has been no rush of mergers since *Superior Propane*, and there does not seem to be some welling up of mergers coming through the floodgates.

Second, this is a very narrow and limited exception to the law.

Third, this particular approach to mergers we have today, which I will describe later in more detail, is something that is in fact in our broader economic and national interest. It is not something that is just skewed toward one party or another. There is a legitimate basis for adopting this.

Lastly, in connection with the current approach to mergers, the process has evolved to become a transparent and fair one. The roles of the interested parties are distinct, and the questions remain distinct. Namely, the commissioner shows what the harm is from a merger, and the merging parties try to show the benefits. The matter goes to an independent tribunal or a court to be determined at the end of the day.

What is the standard applicable today? As I mentioned, it is not total surplus. The standard can be described as follows: We calculate all of the gains that society derives. I am not talking

Propane ou d'autres clients, mais aussi en tant que spécialiste dans ce domaine, qui a acquis de l'expérience dans des affaires, et en tant que participant à de nombreux autres forums indépendants, et pour accélérer l'élaboration de ce projet de loi et essayer d'exposer mon point de vue concernant le statut de la politique et l'orientation qu'elle devrait prendre. À cet égard, j'espère pouvoir vous faire part de mon grand intérêt pour les délibérations aujourd'hui. Je voudrais clarifier quelques points et je continuerai mes remarques. En ce qui concerne les discussions d'aujourd'hui, il est important de ne pas oublier certaines choses. Nous en parlerons de manière plus approfondie plus tard.

Je voudrais commencer par dire que le critère de bien-être global n'est pas le critère en vigueur aujourd'hui au Canada. Ce n'est pas le cas et cela n'est pas dû aux décisions finales de la Cour d'appel fédérale et du tribunal dans l'affaire *Supérieur Propane*. C'est un critère beaucoup plus détaillé qui, en fait, prend en compte certains transferts de richesse.

Ma deuxième observation se rapporte à la discussion de tout à l'heure concernant le débat des gains en efficacité. Il est vrai que la question des gains en efficacité est importante et a été débattue pendant des décennies dans les milieux de la concurrence et des antitrust. Est-ce que ce projet de loi particulier avait fait l'objet d'un débat? Non. Voilà toute la différence.

Où ce débat va-t-il nous conduire? Je pense que l'adoption du projet de loi C-249 signifiera la fin, de façon efficace, en pratique, de l'exception d'efficacité. Je n'ai aucun doute que ce sera l'incidence ultime, car le critère est tout simplement impossible du point de vue pratique.

C'est sous cet angle que je veux aborder trois points essentiels auxquels on a fait allusion plus tôt aujourd'hui, mais qui demandent à être élaborés. En me fondant sur mes observations et sur les preuves présentées ici et là, il n'y a aucun besoin pratique d'avoir cet amendement aujourd'hui. Il n'y a pas eu de ruée vers les fusions depuis *Supérieur Propane* et il ne semble pas qu'une avalanche de fusions se prépare.

Deuxièmement, il s'agit ici d'une exception à la loi qui est très circonscrite et limitée.

Troisièmement, cette approche particulière que nous adoptons aujourd'hui dans le dossier des fusions et que je décrirai tout à l'heure de façon plus détaillée est en fait conforme à nos intérêts économiques et nationaux au sens le plus large du terme. Cela ne favorise nullement l'une ou l'autre des parties. Il y a des raisons légitimes et fondamentales d'adopter cette position.

Enfin, au sujet de l'approche actuelle face aux fusions, le processus a évolué pour devenir transparent et juste. Les rôles des parties intéressées sont distincts et les questions demeurent distinctes. En effet, le commissaire indique quelles sont les conséquences négatives d'une fusion et les parties à la fusion tentent d'en démontrer les avantages. L'affaire est portée devant un tribunal indépendant qui rend une décision en dernière analyse.

Quelle est la norme applicable aujourd'hui? Comme je l'ai dit, ce n'est pas le surplus total. On pourrait décrire la norme de la manière suivante. Nous calculons tous les gains obtenus par la



about general gains, I am talking about specific resource savings. In *Superior Propane*, there used to be two or three propane trucks traveling down the same road and waving to each other every morning, and Bill would get out and deliver the propane to 344, and John would get out and deliver the propane to 341. Now you have one truck going up that road and one driver. Resources are freed up in the other parts of the economy. That is important. Therefore, where a company used to use 22 trucks to deliver propane, they now use 10. That puts 12 more trucks and the steel and the rubber all the other things used to make that truck back into the marketplace, which should theoretically have the impact of lowering prices in those particular markets because they have been freed up to be put to more valued uses. I am talking about real resource savings. You put those on one side of the ledger.

You then try to figure out if they exceed the harm. This is where we depart from what is traditionally called the total welfare approach. The harm is a two-part component today, subsequent to *Superior Propane*.

The first part of it is trying to figure out what the loss to the economy is in resources. That means that, if a merger causes prices to increase, people will buy less, output will go down, and then people may start to use materials and resources from other areas to make less effective substitutes. You have a situation where people are trying to shove a square peg into a round hole. That is referred to as the dead weight loss. We do not just take the hard numbers to try to figure that out. The price goes up so much, consumers will buy a lesser quantity, and that means a certain dead weight loss. The tribunal has said that we must look at the dead weight loss qualitatively. That means estimating poorer service. When a company merges, it might do away with, say, frequent flier programs or customer programs that one of the merging parties offered, so there is poorer service. There is poorer quality. We try to factor all those in and put those in as the harm that is caused.

That is not the end of it in trying to establish the harm. There is a plus factor. The commissioner and the bureau advocated initially the balancing weights test, that is, taking on what are called "socially adverse effects." What are the socially adverse effects? The Federal Court of Appeal decided that it should not be based on total surplus alone, because the purpose clause covers more than just efficiency. They looked at the impact on customers. The court tried to figure out who those customers were, and if they were disadvantaged, add the money taken from them to the equation.

You have real resource savings. As well, there would be higher prices charged to, for instance, lower income people who would use propane not to heat pools, luxury items, but to cook or heat

société. Je ne parle pas de gains généraux, mais bien d'économies précises sur le plan des ressources. Dans le cas de *Supérieur Propane*, il y avait deux ou trois camions de propane qui roulaient côte à côte et dont les conducteurs se saluaient tous les matins; Jean allait livrer du propane au numéro 344 et Jacques s'en allait livrer du propane au numéro 341. Aujourd'hui, il n'y a plus qu'un seul camion et un seul conducteur sur cette route. Des ressources sont donc libérées dans d'autres secteurs de l'économie. C'est important. Par conséquent, une compagnie qui utilisait auparavant 22 camions pour livrer du propane n'en utilise plus que 10 aujourd'hui. Cela permet à l'économie de récupérer 12 camions, ainsi que l'acier et le caoutchouc et toutes les autres composantes qui entrent dans la fabrication de ces camions, ce qui devrait théoriquement avoir pour conséquence d'abaisser les prix dans ce marché en particulier parce que des ressources ont été libérées et peuvent être consacrées à des utilisations plus valables. Je parle donc d'économie réelle de ressources. On inscrit ce gain d'un côté du grand livre.

Ensuite, on essaie de calculer si ce gain l'emporte sur les préjudices. C'est ici que l'on s'éloigne de ce que l'on appelle traditionnellement l'approche du bien-être total. Aujourd'hui, dans la foulée de l'affaire *Supérieur Propane*, le préjudice se décompose en deux parties.

La première partie consiste à essayer de calculer à combien s'élève la perte de ressources pour l'économie. Cela veut dire que si une fusion cause une hausse des prix, les gens achèteront moins, la production diminuera et les gens pourraient alors commencer à utiliser des matériaux et des ressources d'autres secteurs pour fabriquer des produits de remplacement moins efficaces. On est dans une situation où les gens essaient de résoudre la quadrature du cercle. C'est ce qu'on appelle des pertes économiques. On ne calcule pas cela simplement au moyen de chiffres bruts. Les prix montent, les consommateurs achètent moins, et il en résulte une perte économique. Le tribunal a dit que nous devons examiner la perte économique qualitativement. Cela veut dire faire une estimation de la dégradation du service. Quand une compagnie fusionne, elle peut se débarrasser de, disons, son programme pour grands voyageurs ou d'autres programmes destinés à la clientèle que l'une des parties à la fusion offrait, de sorte qu'il y a réduction du service. Il y a une baisse de la qualité. Nous essayons de prendre en compte tous ces facteurs pour calculer le tort qui est causé.

Mais ce n'est pas le seul élément de l'équation, pour l'établissement du préjudice. Il y a un facteur positif. Le commissaire et le bureau préconisaient initialement le critère du poids compensateur, c'est-à-dire qu'il fallait prendre en compte ce que l'on appelle les conséquences socialement négatives. En quoi consistent-elles? La Cour d'appel fédérale a décidé qu'il ne faut pas se fonder uniquement sur le surplus total, car la disposition de déclaration d'objet ne porte pas seulement sur l'efficacité. La cour s'est donc penchée sur les répercussions pour les clients. Les juges ont tenté de déterminer qui étaient les clients et, s'ils étaient désavantagés, d'ajouter à l'équation l'argent qui leur est enlevé.

Il y a de véritables économies en termes de ressources. De plus, on ferait payer des prix plus élevés, par exemple aux personnes à faible revenu qui utiliseraient du propane non pas pour chauffer

their homes. The court decided to take the extra that they would pay and add that to the harm and figure out, at the end of the day, if the country would be better off. Did we gain more than we lost?

Already, as articulated by the courts, the current standard is not total welfare. It does incorporate a wealth transfer, but it does not look at the money taken from wealthy people or the money that people spend on the use of a luxury item. It tries to zero in on exactly those who would be harmed. It is a more accurate reflection of a consumer surplus standard because it zeros in on identifying the vulnerable and the weakest customers. That is what the standard is, not total welfare.

As to the practical need for this bill, we can look at the history of the Competition Act and its development and the various iterations. We have heard that this is somehow an advancement and that we are progressing in the consideration of efficiencies. In fact, we are regressing, because many of these pass-on requirements, limitations that efficiency exception cannot be used in circumstances where you have control of a market or if you have to pass on to consumers, were already contemplated in previous versions of a bill that were proposed — for instance, Bill C-256 in the early 1970s and the various iterations of Bill C-42 and Bill C-19. At the end of the day, through all of that, we came out with where we are today in section 96. It depends where you want to start in history if you want to justify your position about what Hansard said or did not say. The reality is this is where we are. The act has four goals. They are all equally weighted and the section is worded like it is not by accident, because other versions were considered that had limitations, and rejected.

Now we must consider what is the standard of a defence. What burden of proof do parties have to meet? A merging party cannot just walk into the tribunal or the office of the commissioner or the bureau and say, “I have these efficiencies, therefore, the merger should be approved.”

First, as was stated earlier, only one case in the history of the act has ever benefited from this exception. We are not talking about a three-alarm blaze. Second, it was not an easy road. It was a rigorous exercise. The parties have the onus to prove that they are going to get the efficiency. The efficiency must be real and cognizable, not something that is in the air. It must be proven.

In the *Superior Propane* case, the tribunal, which is viewed as having been favourable to Superior Propane, went through in painstaking detail every claimed efficiency and agreed with the commissioner in many cases to eliminate some of the efficiency considerations from the total. They went through the process, and the tribunal rejected some of them.

leur piscine et autres utilisations de luxe, mais pour faire la cuisine ou chauffer leur maison. La cour a décidé de prendre le supplément que ces gens-là paieraient et de l'ajouter au total des préjudices pour calculer, au bout du compte, si le pays serait globalement avantage. Avons-nous gagné plus que nous n'avons perdu?

Déjà, telle qu'énoncée par les tribunaux, la norme actuelle n'est pas le bien-être total. Elle englobe un transfert de richesses, mais elle ne tient pas compte de l'argent enlevé aux riches ou de l'argent que les gens dépensent pour des articles de luxe. L'opération consiste à tenter de cibler exactement les personnes qui subiraient un préjudice. Il s'agit davantage d'une norme axée sur le surplus pour le consommateur, car elle s'attarde à l'identification des clients les plus vulnérables et les plus faibles. Voilà quelle est la norme actuelle; ce n'est pas l'équivalent du bien-être total.

Quant à la nécessité de ce projet de loi sur le plan pratique, nous pouvons nous pencher sur l'historique de la Loi sur la concurrence, en examiner la genèse et les diverses versions. On nous a dit qu'il s'agit là d'un progrès et que nous progressons dans l'étude des gains d'efficacité. En réalité, nous régressons, parce que bon nombre de ces exigences et contraintes empêchant d'appliquer les exceptions à l'efficacité lorsqu'il y a un contrôle d'un marché ou bien s'il faut répercuter le gain sur les consommateurs avaient déjà été envisagées dans divers projets de loi qui avaient été proposés, par exemple le projet de loi C-256 au début des années 70 et les diverses versions successives des projets de loi C-42 et C-19. En fin de compte, nous avons abouti à la situation actuelle, c'est-à-dire l'article 96. Tout dépend du point de départ que vous choisissez dans l'histoire, quand vous voulez justifier votre position sur ce qui a été ou n'a pas été dit et consigné au Hansard. La réalité, c'est que nous en sommes là. La loi a quatre objectifs. On leur accorde le même poids à tous et la disposition est formulée de telle manière que ce n'est pas par accident, car d'autres versions qui comportaient des limitations avaient été envisagées et rejetées.

Maintenant, nous devons réfléchir à ce qui constitue la norme pour la défense. Quel fardeau de preuve les parties doivent-elles assumer? Une partie à une fusion ne peut pas simplement se présenter devant le tribunal ou le bureau du commissaire et dire: «J'ai tel ou tel gain d'efficacité et par conséquent la fusion doit être approuvée».

Premièrement, comme on l'a dit tout à l'heure, un seul cas dans toute l'histoire de l'application de la loi a bénéficié de cette exception. Ce n'est pas comme s'il y avait le feu. Deuxièmement, ce ne fut pas chose facile. Ce fut un exercice rigoureux. Il incombe aux parties de prouver qu'elles vont réaliser des gains d'efficacité. Le gain d'efficacité doit être réel et tangible, non pas théorique et hypothétique. Il faut en faire la preuve.

Dans l'affaire *Supérieur Propane*, le tribunal, dont on dit qu'il s'est montré favorable à Supérieur Propane, a scruté à la loupe et dans les moindres détails tous les gains d'efficacité prétendus et a convenu avec le commissaire, dans bien des cas, d'éliminer du total certaines considérations d'efficacité. Les juges ont donc fait diligence et le tribunal a rejeté certaines prétentions.

In that regard, even if you can show an efficiency, it cannot be something that is a mere pecuniary gain. It has to be a real resource savings. For example, if I claim that, by merging, I will have more buying power and, as a result, I will be able to buy this input for 50 cents instead of a dollar, that is not a resource savings, that is just a matter the merged company getting a better deal because it got bigger. That does not count.

What would count is, instead of having three people on the phone purchasing those inputs there would be one or, instead of using four computers or inventory management systems to develop inventory only one is used. That is a resource saving because the three other computers go back into the marketplace. Those are the things we count. It is not something that is just an easy card to play when you walk in before the bureau or before the tribunal. You must meet a rigorous standard.

At the end of the day, we get to the point where we did not allow a merger just because it was big in cost efficiencies. As far as I know, and I checked, it is still not permitted to engage in a merger where the only benefit to the economy is you raise prices by gaining market power. That is still not allowed under the Competition Act. What is permitted is a limited exception, in controlled circumstances, after we have carefully considered all of the factors and come out the other end and said we gain more than we lose as a society. Why would we want to preclude ourselves from that possibility by saying the answer to that question today is always going to be no? We have decided today that the answer will always be no. Forget about those. It is just not prudent. There has not been a floodgate of cases coming through, so there is no practical need that this amendment will address.

We have a vibrant but small export driven economy, so having this kind of efficiency exception is not something that just appeals to lawyers or economists who want to help get deals through. This is something that must appeal to all of us at a certain level. It is a limited exception that says, in a particular case, in a very limited number of circumstances, we look to see whether it is in our interests to let these companies merge. That is because we see there is a vital worldwide industry where we wanted to have a key player. Therefore, we say in that context, in our national interest, we want to permit two Canadian companies to merge in order to allow Canada to have a voice at that table in those key industries in the future. Why would we want to effectively say no to those cases for the future?

The reality is that the act has four goals: to promote the efficiency and adaptability of the economy, so efficiency; to expand opportunities for Canadian participation in world markets; to ensure small and medium enterprises have an

À cet égard, même si vous pouvez démontrer un gain d'efficacité, ce ne peut pas être un simple gain pécuniaire. Ce doit être une véritable économie de ressources. Par exemple, si j'affirme qu'après la fusion, j'aurai un plus grand pouvoir d'achat et qu'en conséquence je serai en mesure d'acheter tel ou tel intrant pour 50 cents au lieu de 1 \$, ce n'est pas une économie de ressources, c'est seulement que la nouvelle compagnie fusionnée fera une meilleure affaire parce qu'elle est plus grosse. Cela ne compte pas.

Ce qui compterait, c'est si, au lieu d'avoir trois personnes au téléphone pour acheter ces intrants, il n'y en aurait plus qu'une, ou encore si, au lieu d'utiliser quatre ordinateurs ou systèmes de gestion de l'inventaire pour établir l'inventaire, on n'en utilisait plus qu'un seul. Voilà une économie de ressources parce que les trois autres ordinateurs sont réintégrés dans le marché. Voilà ce que nous prenons en compte. Ce n'est donc pas une tâche facile quand on se présente devant le bureau ou devant le tribunal. Il faut respecter des critères rigoureux.

En bout de ligne, nous en sommes au point où nous n'avons pas autorisé de fusion pour la simple raison qu'elle comportait des gains d'efficacité importants. Que je sache, et j'ai vérifié, il n'est toujours pas permis d'opérer une fusion lorsque le seul avantage pour l'économie est d'augmenter les prix en obtenant une plus grande part du marché. Ce n'est toujours pas permis aux termes de la Loi sur la concurrence. Ce qui est permis, c'est une exception limitée, dans des circonstances contrôlées, après qu'on ait soigneusement pris en compte tous les facteurs et abouti à la conclusion que nous gagnons plus que nous ne perdons, en tant que société. Pourquoi voudrait-on interdire à tout jamais cette possibilité en disant dès aujourd'hui que la réponse à cette question sera toujours non? On a maintenant décidé que la réponse sera toujours non. Oubliez tout cela. Ce n'est tout simplement pas prudent. Il n'y a pas eu d'avalanche de cas et il n'y a donc aucun besoin d'ordre pratique auquel cet amendement répondrait.

Nous avons une économie dynamique, mais de taille restreinte, axée sur l'exportation, de sorte que le fait d'avoir ce type d'exception relativement à l'efficacité n'est pas attrayant seulement pour les avocats ou les économistes qui veulent aider à faire accepter des fusions. C'est quelque chose qui doit être attrayant pour nous tous à un certain niveau. C'est une exception limitée qui stipule, dans un cas particulier, dans un nombre de situations très limité, que nous devons examiner l'affaire pour voir s'il est dans notre intérêt de permettre à des compagnies de se fusionner. C'est dans le cas où nous constatons qu'il y a un secteur économique mondial et vital dans lequel nous voulons compter un intervenant important. Par conséquent, nous disons que dans ce contexte, dans notre intérêt national, nous voulons permettre à deux compagnies canadiennes de fusionner afin de permettre au Canada d'avoir voix au chapitre dans ce secteur clé à l'avenir. Pourquoi voudrions-nous dire non à toute possibilité de ce genre pour l'avenir?

La réalité est que la loi comporte quatre objectifs: promouvoir l'efficacité et la souplesse de l'économie; multiplier les possibilités de participation canadienne dans les marchés mondiaux; assurer aux petites et moyennes entreprises des chances équitables; et

equitable opportunity; and to provide consumers with competitive prices. Section 249 essentially tells us today that we will skew the efficiencies considerations to facilitate only one of those goals.

While the goal of providing lower prices to consumers cannot be underestimated, why is it that we would say today it is always the most important, and more important than the other goals? In this regard, I would refer to a Federal Court of Appeal decision. Incidentally this is the one the commissioner won. This is what our federal court says in connection with interpreting generally how we approach considering efficiencies in the context and purpose of the act. It tells us clearly:

...a purpose clause serves as a guide to the court or tribunal in its interpretation of other statutory provisions...and may establish parameters within which it must interpret the provisions of the statute...

In my view, section 1.1 suggests that an interpretation of "effects" should not focus exclusively on *one* of the objectives of promoting competition, namely, promoting the efficiency and adaptability of the economy.

In that case the court said that we cannot have one goal guide the entire process of merger efficiencies, we need to consider all of the goals. In this case it is maybe the reverse in terms of context, but the same principle should apply. We should have an efficiencies exception that will effectively facilitate or potentially facilitate all four of the goals.

Where are we today? We still have an effective Competition Act that prevents mergers that result in market power that harm consumers without any other benefit to society. That is still not permitted. What have we got then? We have a limited exception that permits us to say that in these cases we want to allow a particular merger so we can participate and have a voice in world markets in particular industries. We have an exception that will permit a merger between two larger companies that may want to merge in order to promote or develop some research, some key technology. That may be in our national interest. There may be some developing technology where we want to have a strong player on the front end so that we can adopt and adapt that technology.

In terms of the other goal of ensuring medium-size business an opportunity to participate, the current act permits that and, in connection with the current efficiencies defence it does help it too. There could be two smaller national players, for example, two credit unions, in a rural market that, together, have a large local market share. Why would we want to stop them from merging to gain the scale and the ability to develop into a viable tier competitor in the financial industry when we know we have much

offrir aux consommateurs des prix compétitifs. L'article 249 nous dit essentiellement aujourd'hui que nous allons fausser les considérations relatives à l'efficience pour faciliter un seul de ces objectifs.

Bien que l'on ne saurait sous-estimer l'importance de l'objectif d'offrir des prix plus bas aux consommateurs, pourquoi devrait-on dire aujourd'hui qu'il sera toujours le plus important, et surtout plus important que les autres objectifs? À cet égard, je renvoie à une décision de la Cour d'appel fédérale. En passant, c'est l'affaire dans laquelle le commissaire a eu gain de cause. Voici ce que dit notre Cour fédérale au sujet de l'interprétation générale de la manière de prendre en compte les gains d'efficience dans le contexte et aux fins de la loi. La Cour nous dit clairement:

[...] une disposition de déclaration d'objet sert de guide au tribunal dans son interprétation des autres dispositions de la loi [...] et peut établir des paramètres à l'intérieur desquels la Cour doit interpréter les dispositions de la loi [...]

À mon avis, l'article 1.1 indique qu'une interprétation des «conséquences» ne doit pas s'attarder exclusivement à l'un des objectifs en matière de promotion de la concurrence, nommément stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie.

Dans cette affaire, la Cour a dit que nous ne pouvons pas permettre qu'un seul objectif guide le processus tout entier de l'examen des gains d'efficience, que nous devons prendre en compte tous les objectifs. En l'occurrence, c'est peut-être le contraire étant donné le contexte, mais le même principe doit s'appliquer. Nous devrions avoir une exception qui va faciliter, effectivement ou potentiellement, l'atteinte des quatre objectifs.

Où en sommes-nous aujourd'hui? Nous avons encore une Loi sur la concurrence efficace qui empêche les fusions qui déboucheraient sur une position dominante sur le marché entraînant un préjudice pour les consommateurs en l'absence de tout autre avantage pour la société. Cela n'est toujours pas permis. Alors, qu'avons-nous d'autre? Nous avons une exception limitée qui nous permet de dire que dans certains cas, nous voulons permettre une fusion en particulier afin de pouvoir participer et d'avoir voix au chapitre sur le marché mondial dans un secteur en particulier. Nous avons une exception qui permet la fusion de deux grandes entreprises qui veulent fusionner afin de promouvoir certains travaux de recherche, ou certaines technologies clés. Il se peut que ce soit dans notre intérêt national. Il est possible que dans certains secteurs technologiques de pointe, nous voulions posséder un intervenant solide en première ligne pour que nous puissions adopter et adapter la technologie en question.

Quant à l'autre objectif, qui est de donner à une moyenne entreprise l'occasion de participer, la loi actuelle permet cela, et elle aide également l'entreprise en question dans sa défense fondée sur les gains d'efficience. Il pourrait y avoir, par exemple, deux entreprises nationales de petite taille, disons deux sociétés de crédit, qui ont ensemble, dans un marché rural, une part importante du marché. Pourquoi voudrions-nous les empêcher de fusionner pour réaliser des économies d'échelle et pouvoir

larger players than them? It is something that could benefit not just big companies, but smaller companies that may have large local market share.

In connection with the current approach to the merger efficiency exception, it is a clear process, like I say, that was largely proposed by the previous commissioner. The commissioner said that we would deal with the efficiencies exception in a real transparent and fair way, and he laid out how it will break out. It evolved through case law as well. The commissioner is in the best position to investigate what the harm from a merger is, including whether or not there is a substantial lessening of competition, and determining the adverse part of the wealth transfer. Commissioners are in the best position to investigate and prove that. The parties have access to the information in connection with their efficiencies. They are in the best position to describe and prove those, and then they go to the tribunal and they put their positions forward in a de-politicized adjudicative forum, where there are not the pressures of all the stakeholders, and the tribunal makes the decision. There are contentious cases.

On another level Bill C-249 commingles two separate questions — efficiencies and harm — because either something will cause a substantial lessening of competition or it is not. Efficiency is a separate question that you are weighing in the balance to determine whether you will allow this merger to proceed on an exceptional basis. It brings them together, commingles them, and, in effect, procedurally, it will throw the whole issue back into the commissioner's lap in isolation because it is brought into this initial phase. Why, on a practical level, the commissioner may want to have that kind of pressure and isolation is not clear when we already have an existing, transparent and fair process.

I want to cover a few things off because they were raised today. I agree with Mr. Russell that this is an issue of policy. The policy we have now is a good one. It is to prevent anti-competitive mergers in limited exceptions where it is in all our greater interests to do that. We have a law that permits that, as opposed to saying that we will never allow that.

In my opinion, *Hillsdown* is clearly obiter. Basically, the court questioned the relevant standard and they left it open to conjecture. That was obiter because, number one, even in its context, it did not provide a clear direction. Second, it was once removed from the question they were answering.

In connection with one-way trade, we must ask, in connection with Bill C-249, what does it prevent? It prevents mergers that may even result in modest price increases to consumers when

devenir un concurrent viable dans le secteur financier, alors que nous savons que nous avons des entreprises colossales beaucoup plus importantes? Cela pourrait avantager non pas seulement les grandes entreprises, mais aussi des entreprises de plus petite taille qui peuvent obtenir une part importante d'un marché local.

Au sujet de l'approche actuelle quant à l'exception relativement aux gains d'efficacité permis par une fusion, c'est un processus clair, comme je le disais, qui a été essentiellement proposé par l'ancien commissaire. Ce dernier a dit que nous devrions appliquer l'exception de manière transparente et juste et il a indiqué comment les choses devraient se passer. Il y a eu également l'influence de la jurisprudence. Le commissaire est le mieux placé pour faire enquête sur les éventuels préjudices causés par une fusion, y compris une éventuelle réduction sensible de la concurrence, et déterminer l'incidence négative du transfert de richesse. Les commissaires sont les mieux placés pour faire enquête et prouver cela. Les parties ont accès à l'information sur leurs gains d'efficacité. Elles sont les mieux placées pour décrire et établir ces gains, et ensuite elles s'adressent au tribunal et présentent leur position à une tribune décisionnelle dépolitisée, qui n'est pas sujet à des pressions exercées par tous les intervenants, et c'est au tribunal de rendre sa décision. Il y a des cas controversés.

Par ailleurs, le projet de loi C-249 mêle deux questions séparées, les gains d'efficacité et le préjudice, car ou bien une fusion causera une réduction sensible de la concurrence, ou bien elle n'aura pas cet effet. Quant aux gains d'efficacité, c'est une question distincte que l'on met dans la balance pour déterminer si l'on doit permettre la fusion à titre exceptionnel. La mesure mêle tout cela pêle-mêle et, en réalité, sur le plan de la procédure, cela reviendrait à renvoyer toute l'affaire au commissaire qui serait chargé de prendre une décision de manière isolée parce que c'est dans la phase initiale. Pourquoi, sur le plan pratique, le commissaire voudrait-il être soumis à de telles pressions et travailler de manière aussi isolée, ce n'est pas clair, alors même que nous avons déjà un processus existant qui est transparent et juste.

Je veux aborder deux ou trois autres questions qui ont été soulevées aujourd'hui. Je suis d'accord avec M. Russell pour dire que c'est une question de politique. La politique que nous avons actuellement est bonne. Elle consiste à empêcher les fusions anticoncurrentielles, sauf dans le cas d'exceptions limitées lorsqu'il est dans notre intérêt supérieur à tous de le permettre. Nous avons une loi qui permet cela, par opposition à une loi qui dirait que nous ne permettrons jamais cela.

À mon avis, la décision *Hillsdown* est clairement incidente. Essentiellement, la Cour s'est interrogée sur la norme pertinente et a ouvert la porte à des conjectures. C'est une décision incidente parce que, premièrement, même dans le contexte, elle n'a pas établi d'orientation claire. Deuxièmement, les juges répondaient à une question qui ne se posait pas directement dans l'affaire en instance.

Pour ce qui est du commerce à sens unique, nous devons poser la question, au sujet du projet de loi C-249: qu'est-ce qu'il empêche? Il empêche les fusions qui pourraient même déboucher

there are outweighing benefits. In reality, the way it is worded, we do not even ask who are the consumers. Are they wealthy or poor? Do we want to help wealthy consumers? Are they producers or consumers? The identity of the consumers has to be relevant. Who will suffer the price increases? Canadian customers? Foreign customers? Do we care if foreign customers pay more?

The existing standard permits an assessment of which particular customers will be harmed and brings that into the balance. At the end of the day, if we do have a problem, the Competition Act should not be looked at as the only act that can address issues. Other policy tools can be used to try to rectify the balance, instead of using a blunt tool like the Competition Act to fulfil all these other goals and say, well, the sacrificial lamb at the table will be this merger because we will use this blunt tool of the Competition Act to facilitate tax policy, employment policy and all of these things.

We have much more experience and we have the ability now to be much more sophisticated in our approach. That is why my last line here is: In many respects, the cure here is worse than the disease that it seeks to remedy.

Regarding the quote used by Mr. Russell, from me, about a total welfare standard that permits all those things, those comments were made in the context of advocating a total surplus, a total welfare standard. That is not the case today. We have experience now with this new standard. The issues can be adjudicated, determined and proven. There is no practical need to change that at all and to disturb the very good policy foundations in our economic and broader national interests.

**The Chairman:** Thank you very much.

**Senator Massicotte:** To make sure I understand the existing legislation, section 96(1), you interpret the efficiency argument. You use the words loosely that all matters relative to the economy are considered, not only the efficiencies to the company and the industry. It is everything that is important to our national economy. Is that correct?

**Mr. Assaf:** With the existing legislation, that is correct. There is an analysis of harm.

**Senator Massicotte:** I am asking from a macro-economic perspective.

**Mr. Assaf:** It absolutely does permit us to contemplate every one of those goals. At the end of the day, we make a judgment call.

**Senator Massicotte:** Were you here for Mr. Russell's presentation?

**Mr. Assaf:** Yes.

sur des augmentations de prix minimales pour les consommateurs lorsqu'il y a des avantages qui l'emportent par ailleurs. En réalité, de la façon dont c'est formulé, nous ne demandons même pas qui sont les consommateurs. Sont-ils riches ou pauvres? Voulons-nous aider les consommateurs riches? Sont-ils des producteurs ou des consommateurs? Il faut bien que l'identité des consommateurs soit pertinente. Qui subira les augmentations de prix? Les consommateurs canadiens? Les consommateurs étrangers? Est-ce qu'on s'en fiche, que les consommateurs étrangers paient plus cher?

La norme actuelle permet d'évaluer tout cela et de dire quel consommateur en particulier subira un préjudice et de mettre cet élément dans la balance. Au bout du compte, si nous avons un problème, la Loi sur la concurrence ne doit pas être considérée comme la seule et unique loi susceptible de régler le problème. D'autres outils de politique peuvent être utilisés pour tenter de rectifier la balance, au lieu d'utiliser un outil contondant comme la Loi sur la concurrence pour atteindre tous les autres objectifs en disant: Voilà, la fusion en question sera sacrifiée parce qu'on utilisera cet outil contondant de la Loi sur la concurrence pour faciliter la politique fiscale, la politique de l'emploi et tout le reste.

Nous avons beaucoup plus d'expérience et nous sommes maintenant capables d'adopter une approche beaucoup plus sophistiquée. C'est pourquoi je dis, en définitive: à bien des égards, le remède proposé ici est pire que la maladie que l'on cherche à guérir.

Au sujet des propos de moi que M. Russell a cités, relativement à une norme du bien-être total qui permet tout cela, ces commentaires ont été formulés dans le contexte de la défense d'un surplus total, une norme du bien-être total. Ce n'est pas le cas aujourd'hui. Nous avons maintenant de l'expérience avec cette nouvelle norme. Les problèmes peuvent être déterminés, circonscrits et faire l'objet d'une décision. Il n'y a absolument aucun besoin, sur le plan pratique, de changer cela et de déranger les très bonnes politiques en vigueur, dans l'intérêt supérieur de notre économie et de notre nation.

**Le président:** Merci beaucoup.

**Le sénateur Massicotte:** Pour m'assurer que je comprends bien la loi existante, au paragraphe 96(1), vous interprétez l'argument des gains d'efficacité. Vous dites que l'on tient compte de tout ce qui concerne de près ou de loin l'économie, pas seulement les gains d'efficacité de la compagnie et de l'industrie. C'est tout ce qui est important pour notre économie nationale. C'est bien cela?

**M. Assaf:** Dans la loi existante, c'est exact. Il y a une analyse du préjudice.

**Le sénateur Massicotte:** Je pose la question sous l'angle macroéconomique.

**M. Assaf:** Absolument, la loi nous permet de nous pencher sur chacun de ces objectifs. Au bout du compte, il faut rendre un jugement.

**Le sénateur Massicotte:** Avez-vous assisté à l'exposé de M. Russell?

**M. Assaf:** Oui.

**Senator Massicotte:** Would you agree with his definition of “consumer” being as large as the Canadian economy? Is there any support for that?

**Mr. Assaf:** Consumers as a particular group in a particular context are different from consumers generally. It is easy to refer to all consumers, but we must be a little more specific — it is all consumers in the context of those particular markets. I may not buy propane, so how would I gain from what happens in that market? I could, perhaps buy the trucks that the propane companies otherwise will not use, so I would gain. By limiting it to “consumers,” you are precluding yourself from contemplating other real benefits to the economy. It does not help you just to say “consumers.”

**Senator Massicotte:** Is there any jurisprudence to determine how the courts will interpret “consumer” in this amendment?

**Mr. Assaf:** In this amendment what we have is *Superior Propane*, a case that showed how you would do this analysis.

**Senator Massicotte:** Does *Superior Propane* go on to define the term “consumer?”

**Mr. Assaf:** We can define “consumer” in two different ways. We are familiar with the definitions: Somebody who purchases and consumes something. We know that.

**Senator Massicotte:** It must have something to do with the product being consumed. We are all consumers.

**Mr. Assaf:** That is exactly my point. What is the product being consumed? Who is paying more for that product? That is what our current standard allows us to do. That is exactly right.

**Senator Tkachuk:** What difference will Bill C-249 make to a bank merger?

**Mr. Assaf:** A bank merger is a bit of an odd animal because you have so many different levels of legislation.

**Senator Tkachuk:** Let us talk about a merger between two of the big five.

**Mr. Assaf:** There could be components of the merger that would be permitted, let us say the investment banking component or some other component that allows them to compete better internationally. Perhaps they would benefit from a merger in that context from the efficiencies defence. We see that, on balance, we had the ability to contemplate the winners and losers. We realize that the consumers in those cases are not disadvantaged or vulnerable. Maybe some of them are foreign. In that context, we say that aspect of the merger should be permitted, although there may be some lessening of competition because there is a broader economic interest to allow the scale of capacity in those particular niches of, perhaps, investment banking or some other international banking fora. They would benefit from that.

**Le sénateur Massicotte:** Êtes-vous d'accord avec sa définition de «consommateur», qu'il étend à la grandeur de l'économie canadienne? Cela peut-il se défendre?

**M. Assaf:** Les consommateurs comme groupe particulier dans un contexte particulier sont différents des consommateurs au sens large. C'est facile de parler de l'ensemble des consommateurs, mais il faut être un peu plus précis: ce sont tous les consommateurs qui se trouvent dans le contexte du marché en question. Je n'achète peut-être pas de propane, alors quels gains pourrais-je tirer de ce qui se passe dans ce marché-là? Je pourrais peut-être acheter les camions que les compagnies de propane n'utiliseront plus, et je réaliserais donc un gain. En limitant cela aux «consommateurs», vous fermez la porte à l'examen d'autres avantages réels pour l'économie. Cela n'aide pas de dire seulement «les consommateurs».

**Le sénateur Massicotte:** Y a-t-il une jurisprudence permettant de déterminer comment les tribunaux vont interpréter le mot «consommateur» dans cet amendement?

**M. Assaf:** Relativement à cet amendement, il y a l'affaire *Supérieur Propane*, laquelle démontre comment on peut faire cette analyse.

**Le sénateur Massicotte:** Dans la décision *Supérieur Propane*, le terme «consommateur» est-il défini?

**M. Assaf:** On peut définir «consommateur» de deux manières différentes. Nous connaissons bien les définitions: quelqu'un qui achète et consomme quelque chose. Nous le savons.

**Le sénateur Massicotte:** Cela doit avoir quelque chose à voir avec l'achat d'un produit. Nous sommes tous des consommateurs.

**M. Assaf:** Précisément. Quel est le produit que l'on consomme? Qui paie plus cher pour ce produit? C'est ce que notre norme actuelle nous permet de faire. C'est très bien.

**Le sénateur Tkachuk:** Quelle différence le projet de loi C-249 fera-t-il dans le cas d'une fusion de banques?

**M. Assaf:** Une fusion bancaire est un peu particulière parce qu'il y a tellement de niveaux différents de législation.

**Le sénateur Tkachuk:** Parlons alors d'une fusion entre deux des cinq grandes banques.

**M. Assaf:** Certains éléments de la fusion pourraient être autorisés, par exemple les services bancaires d'investissement ou autres secteurs d'activité où la nouvelle banque pourrait être compétitive internationalement. Peut-être pourrait-elle bénéficier d'une fusion dans le contexte des gains d'efficacité. En somme, on constate que nous avons la capacité de déterminer les gagnants et les perdants. Nous nous rendons compte qu'en pareil cas, les consommateurs ne sont pas désavantagés ni vulnérables. Peut-être que certains d'entre eux sont étrangers. Dans ce contexte, nous disons que cet aspect de la fusion devrait être autorisé, même s'il peut y avoir réduction de la concurrence, parce qu'il y a un intérêt économique plus large à permettre les économies d'échelle dans ce créneau particulier de la banque d'affaires ou dans d'autres domaines des services bancaires internationaux. Les banques seraient avantagées à cet égard.

Then you can look at other components and say that the efficiencies there do not outweigh the benefits. If we look at merging, say, retail banking, we see there is a loss to the economy, including a large wealth transfer that is taken not from large, foreign, rich, sophisticated companies, but from everyday banking clients. In that case, we would say the efficiencies do not help. That is the flexibility that the current standard permits.

**Senator Tkachuk:** Are you saying that, if Bill C-249 were passed, some of the considerations, in particular, the investment banking part, would not be allowed?

**Mr. Assaf:** It would be very difficult because it says you have to show benefits to consumers. It says that. It says "may." Do you want to exercise your discretion to maybe help the banks? Maybe I do not. It is not "shall;" it is "may." As well, you have to show benefits to consumers. That is what the section says.

There are no benefits to consumers in that sense. We looked at it. We researched it. We thought about it. Those consumers are not really people we want to help because the Canadian economy benefits more, and the consumers are not people we want to protect in that particular case.

**The Chairman:** We have just a few minutes. Do you each have one matter on which you would like to challenge the other? This is an unusual procedure but it has been requested.

**Mr. Russell:** I am a litigator, so I enjoy rebuttal.

**The Chairman:** It is with a great deal of nervousness that I allow this. After each has listened to the other, I will invite each of you to suggest one point on which we could benefit from some clarification. We are tight on time.

**Mr. Russell:** I will respond to the last question first, if I could.

To try to anticipate how this bill would affect bank mergers, anybody at this table would be pretty bold to say how that would work out because you have to be able to analyze the evidence. However, I do not believe, as I understand the markets where banks operate, that Bill C-249 would affect the equation to any extent whatsoever.

We have many retailers, such as grocers. I acted for Loblaw's and its acquisition of Provigo. We have had many similar retail acquisitions in terms of the effects on the economy. I do not believe that Bill C-249 will affect the issue. I would have argued anything that I had to argue with efficiencies on the retail case, after *Superior Propane*, with the current section 96 and if Bill C-249 were in place. We could mystify you more with our debate. The balancing weights and this other that I will refer to, is simply taking total welfare, looking at the pluses, minuses, who is hurt, who is not hurt and allowing the tribunal to decide, with you harmed but in a position of gain, how it will balance those things.

Ensuite, on peut examiner d'autres secteurs d'activité et conclure que les gains d'efficience ne l'emportent pas sur les avantages. Si l'on prend par exemple la fusion des banques de détail, on constate qu'il y a une perte pour l'économie, notamment un important transfert de richesse qui est pris non pas à même les grandes entreprises étrangères, riches et sophistiquées, mais des clients ordinaires des banques. Dans ce cas, on conclut que les gains d'efficience n'aident pas. C'est la souplesse que la norme actuelle permet.

**Le sénateur Tkachuk:** Êtes-vous en train de dire que si le projet de loi C-249 était adopté, certaines considérations, notamment en ce qui a trait à la banque d'affaires, ne seraient pas autorisées?

**M. Assaf:** Ce serait très difficile parce que l'on dit qu'il faut démontrer que les consommateurs en tirent un avantage. C'est dit en toutes lettres. Le texte dit «peut». Voulez-vous exercer votre pouvoir discrétionnaire en vue d'aider peut-être les banques? Ou peut-être que non. Ce n'est pas «doit»; c'est «peut». De plus, il faut montrer que le consommateur est avantagé. Voilà ce que cette disposition stipule.

Il n'y a aucun avantage pour les consommateurs en ce sens. Nous avons examiné la question. Nous avons fait des recherches. Nous y avons réfléchi. Ces consommateurs ne sont pas vraiment des gens que nous voulons aider parce que l'économie canadienne est avantagée, et les consommateurs ne sont pas des gens que nous voulons protéger dans ce cas particulier.

**Le président:** Il reste seulement quelques minutes. Est-ce que chacun de vous voudrait débattre un point avec l'autre témoin? C'est une procédure inhabituelle, mais on en a fait la demande.

**M. Russell:** Je suis un avocat plaidant, alors j'aime bien la réfutation.

**Le président:** J'hésite énormément à permettre cela. Je vous invite à écouter ce que votre interlocuteur a à dire, après quoi j'inviterai chacun de vous à demander des précisions sur un point. Il nous reste peu de temps.

**M. Russell:** Je vais répondre à la dernière question en premier, si vous permettez.

Quand on tente de prévoir comment ce projet de loi influencerait sur les fusions bancaires, je dis que quiconque autour de la table serait bien audacieux de dire comment les choses se passeraient parce qu'il faut pouvoir analyser la preuve. Cependant, d'après ma compréhension du marché bancaire, je ne crois pas que le projet de loi C-249 jouerait un rôle le moins important dans cette équation.

Nous avons de nombreux détaillants, par exemple dans l'alimentation. J'ai travaillé pour Loblaw's lors de son acquisition de Provigo. Dans le secteur du détail, il y a eu beaucoup d'acquisitions semblables dont on a étudié l'effet sur l'économie. Je ne crois pas que le projet de loi C-249 aura une influence. Si le projet de loi C-249 avait été en vigueur, j'aurais invoqué exactement les mêmes arguments au sujet des gains d'efficience dans le secteur du détail, après l'affaire *Supérieur Propane*, en invoquant l'article 96 actuel. Nous pourrions vous emberlificoter avec notre débat. Il faut mettre dans la balance le bien-être total, examiner les avantages et les inconvénients, voir



The tribunal has to determine the net beneficial economic effect of that merger. There is delegation of authority to decide what is more important in Canadian society: the welfare of certain consumers or certain kinds of businesses.

One thing about banks that you raise illustrates the point with consumers. Who are the consumers of banks? You and I and every single business in this country are those consumers.

**Senator Tkachuk:** When you say that Bill C-249 would not have any effect whatsoever. On whom would it have an effect?

**Mr. Russell:** I am no expert on *Superior Propane* but my friend and others argued it as various counsel for the commission. In respect of the distribution efficiencies that Mr. Assaf referred to, they were ready and exported to the U.S. They were already trying to gain the benefits in being stronger by their activity of distributional efficiencies, that is, not sending two trucks to the same place. You could come up with any number of such examples of distribution efficiencies. They were able to provide the overall efficiencies gained and the figures. Mr. Finkelstein provided the committee with the relevant math and said that the benefits outweighed the cost that consumers would pay, in Halifax and other places, in higher prices for propane. The tribunal, having weighed all of that, let the merger proceed. That is the balancing aspect to which my friend referred.

The consumer welfare standard would say that the balance must be in favour of the consumer, writ large, whether there are innovation or distribution efficiencies to be passed on. You could have distribution efficiencies by sending one truck but it has to mean that you and I will derive some benefit out of it. Mr. Finkelstein referred to a fact in the west about drying wheat with propane when you cannot use other things. That kind of business consumer has to derive some net benefits from the efficiencies of the merger.

You are setting a standard. My friend is right in saying that you define markets and decide who the consumers are. However, I do not think he would purport to say to you today that "consumer" means only individuals on the street.

**Mr. Assaf:** "Consumer" is not synonymous with "citizen."

**Mr. Russell:** That is what I said.

**Mr. Assaf:** It is not though. In the context of a particular merger, you cannot say that consumer equals citizen.

**Mr. Russell:** In a relevant market, it is everybody who consumes the product.

**Mr. Assaf:** That is right and we weigh it. I agree that consumers benefit the economy. However, let us be more specific. Which consumers benefit and who in the economy benefits? In a particular merger, they are not the same person and,

qui est lésé et qui ne l'est pas et laisser le tribunal décider. Le tribunal doit déterminer l'avantage économique net d'une fusion. Il y a délégation de pouvoirs pour ce qui est de décider ce qui est le plus important dans la société canadienne: le bien-être de certains consommateurs ou de certaines entreprises.

Vous avez parlé des banques et cela illustre ce qu'on disait au sujet des consommateurs. Qui sont les consommateurs des banques? Vous et moi et toutes les entreprises du Canada, sans exception, sont des consommateurs.

**Le sénateur Tkachuk:** Vous dites que le projet de loi C-249 n'aurait absolument aucun effet. Qui donc serait touché?

**M. Russell:** Je ne suis pas expert dans l'affaire *Supérieur Propane*, mais mon collègue et d'autres ont plaidé à divers titres dans cette affaire. Au sujet des gains au chapitre de la distribution, dont M. Assaf a parlé, la compagnie était prête et exportait aux États-Unis. Elle essayait déjà de se renforcer afin d'en tirer des avantages au chapitre de la distribution, c'est-à-dire en évitant d'envoyer deux camions au même endroit. On pourrait trouver bon nombre d'exemples semblables de gains au chapitre de la distribution. La compagnie était capable de donner tous les chiffres relativement aux gains d'efficacité. M. Finkelstein a expliqué au comité les calculs pertinents et a dit que les avantages l'emportaient sur le coût que les consommateurs auraient à payer, à Halifax et ailleurs, en prix plus élevés pour le propane. Le tribunal, ayant pesé le pour et le contre, a autorisé la fusion. C'est de cela que mon collègue parle quand il dit que c'est une question d'équilibre.

Selon la norme du bien-être du consommateur, la balance doit pencher en faveur du consommateur, pris au sens large du terme, s'il y a des gains au chapitre de l'innovation ou de la distribution que l'on peut répercuter. On peut réaliser des gains au chapitre de la distribution en envoyant un seul camion, mais cela doit vouloir dire que vous et moi en tirerons un avantage quelconque. M. Finkelstein a fait allusion au caractère essentiel du propane utilisé dans l'Ouest pour sécher le blé. Ce type de consommateur commercial doit tirer des avantages nets des gains réalisés par la fusion.

Vous établissez une norme. Mon collègue a raison de dire que vous définissez les marchés et décidez qui sont les consommateurs. Cependant, je ne pense pas qu'il irait jusqu'à vous dire aujourd'hui que le «consommateur» décrit exclusivement les citoyens ordinaires.

**M. Assaf:** Consommateur n'est pas synonyme de citoyen.

**M. Russell:** C'est bien ce que je dis.

**M. Assaf:** Mais ça ne l'est pas. Dans le contexte d'une fusion en particulier, vous ne pouvez pas dire que consommateur égale citoyen.

**M. Russell:** Dans un marché pertinent, c'est tous ceux qui consomment le produit.

**M. Assaf:** C'est vrai et nous en tenons compte. Je conviens que les consommateurs avantagent l'économie. Cependant, soyons plus précis. Quels consommateurs sont avantagés et qui, au sein de l'économie, est avantagé? Dans une fusion en particulier, ces

in fact, consumers do not equal citizens, writ large. It boils down to who gains and who loses in society. Ask the economists, because they know. They will be here tomorrow. Is the approach being put forward today and followed, based on the Federal Court of Appeal decision, equal to total welfare or total surplus? Ask the economists tomorrow and I suspect the answer will be, no.

**The Chairman:** I have a supplementary. You asked who might be affected. Is it obvious that, if this bill were in effect, *Superior Propane* would not have been allowed to merge? Is that a given?

**Mr. Assaf:** In my opinion, yes, because it says, “benefits to consumers.” The efficiencies have to reflect in benefits to consumers. People such as Robert Pitofsky, former Chairman of the Federal Trade Commission in the U.S., have called this kind of qualification, “the killer qualification.” That means you would not meet it, so do not worry about it. That is essentially what Bill C-249 will do.

To put it back into perspective, we are not saying that every big merger should go through — absolutely not. We are simply saying that there should be a legal regime that permits an exception in limited circumstances, where we, as reasonable people and members of society and Canada, all gain more than we lose. There is a defence to murder, but there is not be a defence to mergers.

**Mr. Russell:** In respect of *Superior Propane*, I would have to say that it is likely that, given the difference, it would not have passed under the new standard, although I do not know that for sure. The real difference would have been that they would have to prove that the efficiencies would lead to a net benefit to consumers. I know the term “consumer” is an issue today, whether in Europe, the U.S. or anywhere else. I will send the quotes to the committee that say it has been interpreted to mean “anyone who takes the input.” My friend is simply saying that, if the product were widgets, not everyone in Canada consumes widgets. Therefore, it is only the people who consume widgets. I accept that. It is the consumer of the product, but it is not individuals and business. They are both consumers. If I could confine him enough, he would have to at least acknowledge that.

**Mr. Assaf:** I agree with that. We have identified it is the consumers of the product. The existing standard allows us to go one step further and ask who those consumers are. Are they rich people heating their pools with propane? Do we want to stop this merger that may benefit the economy because we want wealthy people to have cheap propane to heat their pools? This standard allows us to at least ask the question. I do not understand why we would want to preclude that question from being asked.

deux entités ne sont pas la même personne; en fait, le consommateur n'est pas synonyme de citoyen au sens large. En fin de compte, il s'agit de savoir qui est gagnant et qui est perdant dans la société. Demandez aux économistes, car eux le savent. Ils seront ici demain. Est-ce que l'approche proposée aujourd'hui, inspirée de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale, est l'équivalent du bien-être total ou du surplus total? Demandez demain aux économistes et je soupçonne que la réponse sera non.

**Le président:** J'ai une question supplémentaire. Vous avez demandé qui pourrait être touché. Est-il évident que, si ce projet de loi avait été en vigueur, la fusion n'aurait pas été autorisée dans l'affaire *Supérieur Propane*? Est-ce établi?

**M. Assaf:** À mon avis, oui, parce qu'on dit «avantageux pour les consommateurs». Les gains doivent se traduire par des avantages pour les consommateurs. Des gens comme Robert Pitofsky, l'ancien président de la Commission fédérale du commerce aux États-Unis, ont qualifié ce critère de «critère légal». Cela veut dire qu'on ne pourrait pas le respecter et qu'il n'y a donc pas à s'en soucier. C'est essentiellement ce que ferait le projet de loi C-249.

Pour remettre les choses en contexte, nous ne disons pas que toute fusion de grande envergure devrait être autorisée, absolument pas. Nous disons simplement qu'il doit y avoir un régime juridique qui permet une exception dans des circonstances limitées, dans les cas où nous jugeons raisonnablement que l'ensemble de la société et du Canada gagne plus qu'elle ne perd. Il y a une défense en cas de meurtre, mais il n'y aurait pas de défense en cas de fusion.

**M. Russell:** Au sujet de *Supérieur Propane*, je dois dire que la fusion n'aurait probablement pas été autorisée aux termes de la nouvelle norme, bien que je n'en sois pas certain. La véritable différence aurait été celle-ci: il leur aurait fallu prouver que les gains se traduiraient par un avantage net pour les consommateurs. Je sais que le mot «consommateur» fait l'objet d'une controverse aujourd'hui, que ce soit en Europe, aux États-Unis ou n'importe où ailleurs. Je vais envoyer au comité des références montrant que ce mot a été interprété comme signifiant «quiconque prend l'intrant». Mon collègue dit simplement que si le produit en question est un gadget, ce ne sont pas tous les Canadiens qui consomment des gadgets. Par conséquent, cela s'appliquerait seulement aux consommateurs de gadgets. J'accepte cela. C'est le consommateur du produit, mais ce ne sont pas les particuliers et les entreprises. Dans les deux cas, ce sont des consommateurs. Si je pouvais circonscrire suffisamment la notion, il lui faudrait au moins reconnaître cela.

**M. Assaf:** Je suis d'accord avec cela. Nous avons déterminé que ce sont les consommateurs du produit. La norme actuelle nous permet d'aller plus loin et de demander qui sont ces consommateurs. S'agit-il de gens riches qui réchauffent leur piscine avec du propane? Voulons-nous interdire une fusion qui peut être avantageuse pour l'économie parce que nous voulons que les gens riches puissent acheter du propane bon marché pour réchauffer leur piscine? Cette norme nous permet au moins de poser la question. Je ne comprends pas pourquoi nous voudrions empêcher que cette question soit posée.

**Mr. Russell:** I personally believe that it is perverse for a tribunal of three people to decide who is wealthy, who deserves, who should get benefits and who should not get benefits. That is a public policy delineation that Parliament makes in every sphere of our economy. That is, perhaps, the core of the issue. You have distilled that from this debate. Should it be a public policy standard, or should it be at the discretion of the tribunal to weigh what it considers important? Who is wealthy? You and I are wealthy, so it does not matter whether we pay too much for gasoline. Some people would agree with that. Whether we are wealthy will be in the eyes of someone else. All those things are to be considered within the ambit of a litigation process in front of a tribunal. We will decide who is worthy and who is not worthy, and who should benefit and who should not benefit, because we declined to set a standard. Every other nation in the world says that, if you want to overcome an anti-competitive merger, show that it benefits the people of Canada who are the consumers of the product.

**Senator Massicotte:** I have a quick question, and yes or no will do as a response. If you have three players in a non-profitable industry and two players are about to go insolvent because there is too much competition, would the proposed provisions of this bill allow the merger of two if it represented a 5 per cent or 10 per cent increase in pricing while saving 1,000 jobs? What would be the result? Mr. Russell, would such a merger be permitted?

**Mr. Russell:** I need to insert a few facts. The two companies might be able to say that they both had production efficiencies. For example, each company is running one line. Now, they will be able to take one plant and run the line two shifts. That creates efficiency.

**Senator Massicotte:** Hypothetically, the consumer will face a 10 per cent price increase.

**Mr. Russell:** Your price standard means that I would not find it anti-competitive in the first place. If you gave me a 20 per cent price increase, then I can answer your question. We would then look to see whether the production efficiency would be passed on to consumers.

**Senator Massicotte:** Presume it would not be passed on. It saves 1,000 jobs but the "consumer" by your definition, suffers from the increase in price.

**Mr. Russell:** If the consumers, wherever they are, will be the only beneficiaries of that efficiency, then it would not pass the tribunal.

**Senator Massicotte:** What about the 1,000 jobs that would be saved?

**M. Russell:** Je crois personnellement qu'il est inique qu'un tribunal de trois personnes décide qui est riche, qui est méritant, qui devrait être avantagé et qui ne devrait pas l'être. C'est une décision d'affaires publiques que le Parlement prend dans toutes les sphères de notre économie. C'est peut-être là le noeud du problème. Vous avez réussi à extraire cette question du débat actuel. Devrait-il s'agir d'une norme établie dans le cadre d'une politique publique, ou bien faut-il s'en remettre à la discrétion du tribunal pour mettre dans la balance les éléments qu'il juge important? Qui est riche? Vous et moi sommes riches, alors peu importe que nous payions trop cher notre essence. Il y en a qui seraient d'accord avec cela. Quant à savoir si nous sommes riches, c'est à un tiers de se prononcer. Tous ces éléments doivent être pris en compte dans le cadre d'un processus de litige devant un tribunal. Nous déciderons qui est méritant et qui ne l'est pas, qui devrait être avantagé et qui ne le devrait pas, parce que nous avons refusé de fixer une norme. Dans tous les autres pays du monde, on dit que les partisans d'une fusion anticoncurrentielle doivent démontrer qu'elle est avantageuse pour la population du Canada qui regroupe les consommateurs du produit.

**Le sénateur Massicotte:** J'ai une brève question à laquelle on pourra répondre par oui ou par non. Si vous avez trois intervenants dans un secteur non rentable et que deux d'entre eux sont sur le point de faire faillite parce qu'il y a trop de concurrence, les dispositions proposées dans ce projet de loi permettraient-elles la fusion de deux entreprises si cela représentait une augmentation de 5 p. 100 ou 10 p. 100 des prix, tout en sauvant par ailleurs 1 000 emplois? Quel serait le résultat? Monsieur Russell, une telle fusion serait-elle permise?

**M. Russell:** Je dois appuyer ma réponse sur des faits. Les deux compagnies pourraient être en mesure de dire qu'elles ont toutes les deux réalisé des gains au chapitre de la production. Par exemple, chaque compagnie a une chaîne de montage. Après la fusion, elles pourront exploiter une seule usine avec deux quarts de travail sur la même chaîne. Cela crée des gains d'efficacité.

**Le sénateur Massicotte:** Hypothétiquement, le consommateur serait confronté à une augmentation de 10 p. 100 des prix.

**M. Russell:** Si l'on appliquait votre norme relative au prix, la fusion ne serait pas jugée anticoncurrentielle au départ. Si vous me donnez une augmentation de 20 p. 100 des prix, alors je peux répondre à votre question. Il faudrait alors se demander si les gains réalisés au chapitre de la production seraient transmis aux consommateurs.

**Le sénateur Massicotte:** Supposons qu'ils ne seraient pas transmis. Cela permet de sauver 1 000 emplois, mais le «consommateur», d'après votre définition, subit une augmentation de prix.

**M. Russell:** Si les consommateurs, peu importe qui ils sont, seront les seuls bénéficiaires de ce gain d'efficacité, alors la fusion ne serait pas acceptée par le tribunal.

**Le sénateur Massicotte:** Et les 1 000 emplois que l'on sauverait?

**Mr. Russell:** Neither one of us is saying that the Competition Act would preserve jobs. Jobs and job losses in the competition policy of Canada — I cannot speak for any nation other than the U.S. and Europe — are not relevant. In places such as South Africa and New Zealand, it is a criterion in the statute to examine those other kinds of issues, but it is not in the statutes of Canada.

**Mr. Assaf:** The answer is no. On the other fact, if the tribunal would not consider a 10 per cent price increase as material, that would be the bigger problem.

**The Chairman:** Thank you, gentlemen. Your evidence has been helpful and stimulating.

The committee adjourned.

---

OTTAWA, Thursday, April 29, 2004

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 11:06 a.m. to give consideration to the bill.

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

[*English*]

**The Chairman:** Our first witness this morning is Mr. Schwartz, an economist and past member of the Competition Tribunal. We have had the pleasure of your company before Mr. Schwartz. We welcome you back again.

I believe you have an opening statement. Please proceed.

**Mr. Lawrence P. Schwartz, Economist, Past member of the Competition Tribunal, As an individual:** Honourable senators, I come to you with a background in economics. I had the singular honour of serving our country for the past five years of my term as a full-time lay member of the Competition Tribunal. I sat on panels for various cases, including *Air Canada*, *Canadian Waste*, a variety of consent order cases and a case involving the merger of Superior Propane and ICG Propane.

I hope I can contribute to the deliberations of this committee through my independence. I am not working for anybody who has an issue in this matter or for any law firm or client who has an issue coming before the bureau or the Competition Tribunal. Indeed, my contribution would be my knowledge of the history of the Competition Act and why certain things are there, including the defence of efficiency in section 96 that Bill C-249 addresses.

My position is very simple. This proposes a major change in Canada's competition policy, not a minor or trivial one. It is completely lacking in economic support.

**M. Russell:** Ni l'un ni l'autre d'entre nous ne dit que la Loi sur la concurrence permettrait de sauver des emplois. Les emplois et les pertes d'emplois, dans la politique de la concurrence au Canada — je ne sais pas ce qu'il en est dans les autres pays, sauf les États-Unis et l'Europe — ne sont pas pertinents. En Afrique du Sud et en Nouvelle-Zélande, c'est un critère de la loi; il faut examiner d'autres questions de ce genre, mais cela ne figure pas dans la loi canadienne.

**M. Assaf:** La réponse est non. Sur l'autre aspect, si le tribunal ne jugeait pas importante l'augmentation de 10 p. 100 des prix, c'est là que se situerait le principal problème.

**Le président:** Merci, messieurs. Votre témoignage a été utile et stimulant.

La séance est levée.

---

OTTAWA, le jeudi 29 avril 2004

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, auquel a été renvoyé le projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence, se réunit aujourd'hui à 11 h 06 pour examiner le projet de loi.

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

[*Traduction*]

**Le président:** Ce matin, notre premier témoin est M. Schwartz, économiste et ancien membre du Tribunal de la concurrence. Monsieur Schwartz, nous avons déjà eu le plaisir de vous accueillir et nous vous souhaitons de nouveau la bienvenue.

Je crois que vous avez une déclaration préliminaire. Nous vous écoutons.

**M. Lawrence P. Schwartz, économiste, ancien membre du Tribunal de la concurrence, témoignage à titre personnel:** Honorables sénateurs, j'apporte avec moi mon expérience en économie. J'ai eu l'insigne honneur de servir le Canada à titre d'«autre membre» à temps plein du Tribunal de la concurrence pendant cinq ans. J'ai fait partie des formations du Tribunal qui ont entendu notamment les affaires *Air Canada* et *Canadian Waste*, diverses affaires d'ordonnance par consentement et le fusionnement Supérieur Propane-ICG Propane.

J'espère pouvoir contribuer aux travaux du comité par mon indépendance. Je ne travaille pour personne qui aurait des intérêts dans cette affaire, ni pour aucun client ou cabinet d'avocat qui serait concerné par une affaire dont le Bureau ou le Tribunal de la concurrence est saisi. Ma contribution sera ma connaissance de l'historique de la Loi sur la concurrence et des raisons pour lesquelles on y trouve certains éléments, dont la défense fondée sur l'efficacité prévue à l'article 96 que vise le projet de loi C-249.

Ma position est très simple. Ce projet de loi propose un changement majeur dans la politique de concurrence du Canada, et non pas un changement mineur ou anodin. Il n'est absolument pas justifié d'un point de vue économique.

I believe section 96 works well. It works as it is intended to work. The bill on the other hand is unnecessary and possibly harmful. It is premised, if I may say, on a misunderstanding of the role, the intent and the purpose of merger law in our Competition Act.

In regard to the bill, it removes the defence of efficiency to an anti-competitive merger and makes efficiency, instead, a factor that the Competition Tribunal may consider in its decision as to whether this merger violates section 92. I emphasize the words "may consider." At the moment, under the efficiency defence in section 96, gains in efficiency must be considered. There is no discretion. One of the things this bill would do would make efficiencies a totally discretionary factor. No matter how large they are, the tribunal would have the discretion to ignore them completely when deciding whether a merger lessens competition substantially. I note the discretionary element that Bill C-249 contains.

Also, the bill speaks to benefits to consumers. The efficiencies that may be considered have to be such as to provide benefits to consumers, including competitive prices and product choices.

In my reading, there is a little ambiguity in this. I read from it the requirement that any efficiency gains the tribunal may consider have to be such as to reduce the price down to the competitive level.

That rather assumes that we know what the competitive level is. In the real world, on a day-to-day basis, I do not know where the competitive price is. I have an idea. Things that are clear in economic theory are not necessarily so clear in day-to-day business transactions. I am not saying it cannot be estimated, but it will be difficult.

What do you do when the price before the merger at issue is already above the competitive level? Under those conditions, if you are to require efficiency gains to be considered, it ought to be enough that they lower the price below the pre-merger price. I do not understand the necessity of requiring that the price decline all the way to the competitive level. As long as the price goes down, we are all better off. I am not sure I understand why the price must be the competitive price. Although, perhaps, in many cases, it might not matter, there will be cases in which it will matter.

The worrying consequence for me is that because efficiency becomes a discretionary factor, the emphasis on efficiencies will be diminished. We will end up with the American approach or the more rigid European competition regime that I will submit to you is the opposite of what was thought of in the 1986 amendments to the Combines Investigation Act that created the Competition Act and gave us the efficiency defence as we know it.

The central focus on efficiency in merger review accounts for why Parliament made efficiency a defence rather than a factor in 1986. It did not want to risk going the American route in which

À mon avis, l'article 96 donne de bons résultats. Il donne, en fait, les résultats escomptés. Par contre, le projet de loi n'est pas nécessaire et pourrait même causer du tort. Il est fondé, si je peux dire, sur une mauvaise compréhension du rôle, de l'intention et de l'objet du droit concernant les fusionnements qu'encadre la Loi sur la concurrence.

Le projet de loi élimine la défense fondée sur l'efficience qu'on peut actuellement invoquer dans le cas d'un fusionnement anticoncurrentiel et ferait plutôt de l'efficience un facteur que le Tribunal de la concurrence peut prendre en considération pour déterminer si ce fusionnement est contraire à l'article 92. J'appuie sur les mots «peut prendre en considération». À l'heure actuelle, les gains en efficience doivent être considérés, conformément à l'article 96 sur la défense fondée sur l'efficience. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire. Or, ce projet de loi ferait de l'efficience un facteur tout à fait discrétionnaire. Peu importe l'importance de ces gains, le Tribunal pourrait en faire abstraction lorsqu'il décide si un fusionnement affaiblit considérablement la concurrence ou non. Je souligne l'élément discrétionnaire que contient le projet de loi C-249.

Par ailleurs, le projet de loi fait état des avantages aux consommateurs. Les gains en efficience à considérer doivent apporter des avantages aux consommateurs, notamment des prix compétitifs ou un choix dans les produits.

Selon mon interprétation, il y a un peu d'ambiguïté ici. Cette disposition exigerait que les gains en efficience que le Tribunal peut considérer doivent nécessairement entraîner une réduction des prix à un niveau concurrentiel.

Cette exigence implique que nous connaissons le niveau concurrentiel. Or, dans la réalité et au quotidien, je ne sais pas où se situe le prix compétitif. J'en ai une idée. Les choses qui sont claires en théorie économique ne le sont pas nécessairement dans les transactions commerciales de tous les jours. Je ne dis pas que c'est impossible à évaluer, mais bien que ce sera difficile.

Que fait-on si le prix avant le fusionnement se situe déjà au-dessus du niveau concurrentiel? Dans ces circonstances, si l'on exige que les gains en efficience soient considérés, ces gains doivent être suffisants pour entraîner une baisse des prix en dessous du niveau antérieur au fusionnement. Je ne comprends pas pourquoi on exige que le prix atteigne un niveau concurrentiel. Pourvu que le prix baisse, nous y gagnons tous. Je ne comprends pas bien pourquoi ce prix doit être un prix compétitif. Dans de nombreux cas, ce détail n'aura peut-être pas d'importance, mais il en aura certainement dans d'autres cas.

Ce qui m'inquiète, c'est que les gains en efficience auront moins de poids s'ils deviennent un facteur discrétionnaire. Nous finirons par adopter le modèle américain ou le régime de concurrence plus rigide de l'Europe qui, à mon avis, est à l'opposé de ce que visaient les modifications apportées en 1986 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, dont a découlé la Loi sur la concurrence et qui nous ont donné la défense fondée sur l'efficience telle que nous la connaissons aujourd'hui.

C'était pour mettre l'accent sur l'efficience et l'examen des fusionnements que le Parlement a fait de l'efficience un élément de défense plutôt qu'un facteur en 1986. On ne voulait pas emprunter

things would be so discretionary they might not get any weight at all or get weight in such an ambivalent way that we would not know what the policy was.

As to the history of the act, I suspect that many Canadians wonder where section 96 as it appears today came from. It comes from a 1969 report of the Economic Council of Canada, which on a reference from the federal government undertook a study of competition policy in an attempt to amend the old Combines Investigation Act. Many of you will know that that act made merger and monopolization a criminal offence. On the merger side, there were no convictions because the Crown could never establish to the criminal standard of proof that the merger violated the act.

One of the things the Economic Council of Canada said was that criminal law is the wrong framework to evaluate mergers. They also said that merger are normal. There should be no presumption that a merger is bad. It is part of normal economic activity. It should not be criminal. They took notice based on their research of the economic evidence that suggested that Canadian factories and plants were below world scale, serving mainly the home market protected by high tariffs and trade barriers, and prospectively, in the council's view, unable to compete in the forthcoming world of more liberal trade and investment.

They said that, for these two reasons, to make competition policy more effective, we should make merger a civil offence rather than a criminal offence. They also said that they need the civil law regime to bring efficiency into consideration. The economic council report of 1969 explicitly said that, with respect to mergers, there should be a defence of efficiency. They acknowledge that it was possible for an anti-competitive merger to create gains in efficiency so large when judged against the harms to competition that the merger should nonetheless be permitted.

I should like to emphasize a point that you will understand. The Economic Council of Canada was an independent and research-based organization. It was in that research-based framework that this efficiency defence had its birth.

Honourable senators will also know that the attempts to amend the Combines Investigation Act throughout the 1970s and 1980s was a tortured process. My understanding is that that was due to the concern of the business community about conspiracy provisions. Others perhaps can speak to that.

There was not much concern about the merger law being civil and even having an efficiency defence, although the first efficiency defence that the government introduced following the report of the Economic Council of Canada limited the availability of the

la voie prise par les Américains, c'est-à-dire faire en sorte que les choses deviennent si discrétionnaires qu'elles n'ont plus de poids ou encore qu'elles prennent une importance de façon si ambivalente qu'on ne sait plus ce qu'est la politique.

Quant à l'historique de la loi, bon nombre de Canadiens doivent se demander d'où vient l'article 96 qui existe aujourd'hui. Son origine remonte à un rapport de 1969 du Conseil économique du Canada qui, à la demande du gouvernement fédéral, avait entrepris une étude sur la politique de concurrence en vue de modifier l'ancienne Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Vous êtes nombreux à savoir qu'en vertu de cette loi, le fusionnement et le monopole étaient des infractions criminelles. En ce qui concerne les fusionnements, aucune condamnation n'a jamais été prononcée parce que l'accusation n'a jamais réussi à satisfaire aux critères criminels de la preuve que le fusionnement était contraire à la loi.

Le Conseil économique du Canada a fait valoir notamment que l'évaluation des fusionnements ne devait pas relever du droit pénal. Il considérait en outre que le fusionnement était normal. Il ne fallait pas présumer qu'un fusionnement était mal en soi. Les fusionnements constituaient un élément normal de l'activité économique et ne devaient pas être considérés comme des infractions criminelles. Cette prise de position faisait suite à une recherche qui avait révélé que les usines canadiennes étaient en dessous de l'échelle mondiale, qu'elles desservaient surtout le marché intérieur protégé par d'importants tarifs et barrières commerciales et que, par conséquent, elles n'étaient pas en mesure de compétitionner dans un monde caractérisé par la libéralisation du commerce et des investissements.

Pour ces deux motifs, le Conseil a soutenu que, pour rendre la politique de concurrence plus efficace, il fallait décriminaliser le fusionnement pour en faire une infraction de nature civile. Il a aussi affirmé que le régime de droit civil était nécessaire pour que les gains en efficacité soit pris en considération. Dans son rapport de 1969, le Conseil économique dit explicitement que, dans le cas des fusionnements, il fallait prévoir une défense fondée sur l'efficacité. Il a reconnu qu'il était possible de permettre un fusionnement anticoncurrentiel si les gains en efficacité étaient plus importants que le tort causé à la concurrence.

J'aimerais souligner un aspect que vous comprendrez. Le Conseil économique du Canada était un organisme de recherche indépendant. C'est dans ce cadre de recherche que la défense fondée sur l'efficacité a été conçue.

Les membres du comité sauront également que les tentatives visant à modifier la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions dans les années 70 et 80 ont été semées d'embûches, probablement parce que les dispositions concernant la conspiration inquiétaient les gens d'affaires. D'autres que moi pourraient peut-être parler de cet aspect.

On se préoccupait peu que le fusionnement prenne un caractère civil ou que la défense fondée sur l'efficacité soit prévue, même si la première disposition concernant la défense fondée sur l'efficacité que le gouvernement a proposée à la suite du

defence to those cases where the gains in efficiency would be passed on to consumers in the form of lower prices. That is clearly stated in Bill C-256.

That bill did not go anywhere. It was replaced a few years later. The history is in my report.

The next efficiency defence dropped the passing-on requirement and said that they want the efficiency defence but that it would not be available where the merger would result in complete control of a product in a market. That kind of gets to the question of monopoly. That provision did not survive.

The Liberal government introduced Bill C-29 in 1982. That was a simple statement, as I put in my paper to you. There were no limitations on the defence of efficiency. There was no pass-on requirement and no limitation in the event of monopoly. The Conservative government that finally passed the 1986 amendments to the civil side of the Combines Investigation Act — they renamed it the Competition Act — are as we have today.

There have been various attempts over the history of this act that have been thrown aside to limit the availability of the efficiency defence. Why was that? I commend to you that the reason was that the people who drafted the more recent 1986 amendments saw the fundamentally economic character of the defence of efficiency. They wanted to stop anti-competitive mergers, but they also wanted to take the benefits of efficiency from anti-competitive mergers when they are large enough to exceed the harms to competition.

There are other efficiency-oriented provisions on the civil law side of the Competition Act. I will note section 79. We now call it abuse of dominant position. It was called the offence of monopolization. There is a part of section 79 that says that if the challenged practice leading to the abuse is the result of superior competitive performance, then the tribunal shall consider that factor. I emphasize the use of the words “shall consider.” They cannot avoid it. This suggests that an anti-competitive practice could be nevertheless sustained if it resulted from superior competitive performance, among other considerations.

Section 75, refusal to deal, had its roots in protecting small business from arbitrary terminations of supply by dealers and manufacturers. There have been a couple of cases before the tribunal on section 75. The small businessman always wins, as it should be under section 75 as it had been. It is clear.

More recently, Parliament amended section 75 so that if someone feels that they have been terminated in their supplies, they not only have to show their own harm but also they have to

rappart du Conseil économique du Canada permettait cette défense seulement si les gains réalisés étaient transmis aux consommateurs sous forme d'une baisse de prix. C'est ce que prévoyait le projet de loi C-256.

Ce projet de loi n'a pas été adopté. Il a été remplacé quelques années plus tard. Son historique est exposé dans mon rapport.

Par la suite, l'exigence voulant que les gains soient transmis aux consommateurs a été écartée; la défense fondée sur l'efficacité était maintenue sauf dans le cas où le fusionnement devait entraîner le contrôle presque total d'un produit dans un marché. Cette disposition touchait à la question du monopole, mais elle n'a pas survécu.

Le gouvernement libéral a déposé le projet de loi C-29 en 1982. Il s'agissait d'un texte simple, que j'ai reproduit dans mon rapport. La défense fondée sur l'efficacité ne faisait l'objet d'aucune contrainte. On n'exigeait plus que les gains soient transmis aux consommateurs et on n'imposait aucune limite en cas de monopole. Le gouvernement conservateur a finalement adopté les modifications de 1986 du volet civil de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, qui est devenue la Loi sur la concurrence, et c'est ce que nous avons aujourd'hui.

Tout au long de l'histoire de cette loi, diverses tentatives visant à limiter le recours à la défense fondée sur l'efficacité ont échoué. Pourquoi? À mon avis, c'est parce que les rédacteurs des plus récentes modifications de 1986 ont vu le caractère fondamentalement économique de la défense fondée sur l'efficacité. Ils voulaient certes mettre un terme aux fusions anticoncurrentielles, mais souhaitaient aussi profiter des gains en efficacité issus des fusions anticoncurrentielles lorsque ces gains dépassent les torts causés à la concurrence.

Le volet civil de la Loi sur la concurrence comporte d'autres dispositions concernant l'efficacité. Prenons par exemple l'article 79. Nous parlons maintenant d'abus de position dominante, alors qu'il s'agissait autrefois de l'infraction de monopolisation. Une partie de l'article 79 stipule que si la pratique controversée conduisant à un abus résulte d'un rendement économique supérieur, le tribunal doit alors tenir compte de ce facteur. Je souligne l'utilisation du mot «doit». Le tribunal ne peut faire fi de ce facteur. Il est donc possible qu'une pratique non concurrentielle puisse être défendue si elle résulte d'un rendement concurrentiel supérieur, entre autres considérations.

L'intention première de l'article 75, qui porte sur le refus de vendre, était de protéger les petites entreprises dans les cas où un négociant ou un fabricant déciderait arbitrairement de mettre fin à son approvisionnement. Le tribunal a été saisi d'un certain nombre de causes portant sur l'article 75. La petite entreprise a toujours gain de cause, comme il se doit en vertu de l'article 75. Cette chose est claire.

Plus récemment, le Parlement a modifié l'article 75 de manière à ce que la partie qui se sent lésée par un refus d'approvisionnement doit non seulement prouver qu'elle a

show that competition itself has been adversely affected. This is not the same as substantial lessening of competition under the merger provisions, but it goes to the same idea.

We have here another example of how the Competition Act is evolving on the civil side, that we need an economic focus in our Competition Act to promote our long-term economic development.

The final point I would make on this is the rather strange provision that you may see in the statute, section 92(2). Section 92 empowers the tribunal to make an order when a merger is found to be anti-competitive. However, section 92(2) says that if the only evidence that comes up to the tribunal is market share or concentration evidence, the tribunal cannot find a substantial lessening of competition. If the only evidence that comes up is that this merger will raise market share of the merged company from 20 per cent to 30, 40 per cent to 50, or 50 per cent to 75, whatever percentage you want to name, that is insufficient. The Commissioner of Competition has to adduce other evidence because market share and concentration is not enough.

You may ask why this is. It is clear to me that if we were to rely, as the Americans have largely done, although they have come off of it in the last 20 years, on market share evidence, then forget it, we will never have a merger that is permitted in Canada because market share in many of our industries is already high. Hence, if we were to rely solely on market share or concentration evidence, no merger of our larger firms would ever be entertained. They would all be found to lessen competition substantially.

I submit to you that the original thinking of the economic council was that we need mergers to rationalize our industry, to promote world-scale plant and equipment, or what I would simply call economic efficiency in our industry, and that this is why, under section 92(2), we cannot rely solely on evidence of market share.

We have a number of parts of the civil side of the Competition Act that are more economically focused than the criminal side — bid-rigging conspiracy, predatory pricing, which are rigidly focused and properly so on consumer welfare.

I believe the intent of Parliament was very clear. The 1986 amendments to the Competition Act, or the old Combines Investigation Act, are not part of social policy, except maybe in some very indirect sense. They represent fundamental economic framework legislation similar to the laws of corporation, bankruptcy, and intellectual property.

I draw attention to an extract in my report to you from Minister Côté, in 1986, when he introduced this Bill C-91. This is what he said, among other things, in my extract: “Mr. Speaker, economically oriented major statutes such as the laws on

souffert de ce refus, mais elle doit aussi établir que ce refus nuit à la concurrence. Ce n'est pas la même chose qu'une diminution substantielle de la concurrence que prévoient les dispositions sur le fusionnement, mais l'idée est la même.

Nous avons ici un autre exemple de la façon dont les dispositions civiles de la Loi sur la concurrence évoluent, qui montre qu'il faut mettre l'accent sur le caractère économique de cette loi pour promouvoir le développement économique à long terme.

Le dernier point que j'aimerais souligner à ce sujet porte sur la disposition un peu étrange que comporte le paragraphe 92(2). L'article 92 permet au tribunal de prendre une ordonnance lorsqu'il détermine qu'un fusionnement est anticoncurrentiel. Toutefois, le paragraphe 92(2) précise que le tribunal ne peut conclure qu'un fusionnement diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part du marché. Il ne suffit donc pas de prouver que par suite du fusionnement, la part du marché de l'entreprise fusionnée passera de 20 à 30 p. 100, de 40 à 50 p. 100, de 50 à 75 p. 100, ou peu importe le pourcentage. Le Commissaire de la concurrence doit apporter d'autres preuves parce que la part et la concentration du marché ne suffisent pas.

Vous pouvez vous demander pourquoi. À mon avis, il est clair que si nous devons fonder nos décisions sur la part du marché, comme les Américains l'ont fait, bien que dans une moindre mesure au cours des 20 dernières années, aucun fusionnement ne serait permis au Canada parce que la part du marché est déjà élevée dans de nombreux secteurs. S'il fallait s'en remettre à ce seul facteur, aucun fusionnement de nos grandes entreprises ne serait possible. On conclurait dans tous les cas à une diminution substantielle de la concurrence.

À mon avis, le Conseil économique avait d'abord déterminé qu'il nous fallait des fusionnements pour rationaliser notre industrie, pour promouvoir des usines et des équipements à l'échelle mondiale, ou ce que j'appellerais tout simplement l'efficacité économique de notre industrie, et c'est pour cette raison que le paragraphe 92(2) interdit de s'en remettre uniquement à la part du marché.

Certaines dispositions civiles de la Loi sur la concurrence sont plus axées sur l'aspect économique que les dispositions criminelles — le truquage des offres, l'établissement d'un prix abusif — qui visent spécifiquement et adéquatement le bien-être des consommateurs.

Je crois que l'intention du Parlement était très claire. Les modifications apportées en 1986 à la Loi sur la concurrence, ou plutôt à l'ancienne Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, ne font pas partie d'une politique sociale, sauf peut-être d'une manière très indirecte. Ce sont des dispositions législatives fondamentales qui touchent au cadre économique de la même façon que le droit en matière de sociétés, de faillite et de propriété intellectuelle.

J'attire votre attention sur un extrait de mon rapport, qui reprend des paroles prononcées par le ministre Côté en 1986 lorsqu'il a déposé le projet de loi C-91: «Monsieur le Président, les lois-cadres à caractère économique comme les lois sur la



competition, bankruptcy, corporations, copyright and trademarks provide essential tools for the orderly trade as they establish the basic rules for a competitive and fair market-based economy.”

This tells you something, that Parliament viewed the Competition Act on the same level as the laws governing intellectual property, bankruptcy and the corporate law.

I submit to you that those laws are sensitive to social policy but that social policy is not why they are there. We need these fundamental statutes to guide our long-term economic development.

When people say to you that something else was intended — and I must say I believe a previous witness has taken this same speech, a portion of it and not told you what I have just told you — I am very discouraged by that. The idea that the Competition Act was mainly social policy is patently false. It is not that Parliament cannot change it, but there will be a cost in my view to doing so.

I have a few final remarks. There is no sense in which an anti-competitive merger that promises gains in efficiency will always win. Section 96 calls for a trade-off; — that is to say, it is possible that the gains in efficiency would be so large that compared to the harm to competition the merger should be permitted even though it is anti-competitive. That is what section 96 does. It does not say that the anti-competitive merger will always survive because it can show some gains in efficiency. I believe the word is “trump.” Efficiencies do not trump anything in the merger sections of our law. Our law now requires what I have just referred to as a trade-off.

So, yes, there will be mergers that result in higher prices, but they will be very rare. I will say to you that it is my view, as I stated in my submission, that the propane case could have been won. There is enough information on the record to show that the commissioner did not adduce all of the information in his possession. Why that was, I do not know. I have asked this question many times, and I do not get answers. I am told that legal opinions were given; I do not know what that means.

As the tribunal said in its second decision in the propane case, if the commissioner had introduced this information properly, and if it had withstood rebuttal, there is every reason to suspect that the propane merger would have been stopped under the approach that the tribunal took in its first decision, which was the approach in the commissioner’s merger guidelines, since disavowed.

I do not believe in any way, shape or form that the decision in *Superior Propane* opens the floodgates. You have with you a couple of extracts from my written submission; I believe the clerk distributed those extracts.

One is not included in my written submission — and that is extract “C” at the bottom. It addresses this point. Professors Mathewson and Winter thought the propane decision followed

concurrence, la loi sur la faillite, les sociétés, le droit d’auteur et les marques de commerce nous fournissent les instruments essentiels au bon fonctionnement du commerce car elles établissent les règles fondamentales pour qu’une économie de marché soit concurrentielle et équitable».

Ces propos montrent que le Parlement considérait la Loi sur la concurrence de la même manière que les lois régissant la propriété intellectuelle, la faillite et les sociétés.

Je dirais que la politique sociale agit sur ces lois, mais n’en est pas la cause. Nous avons besoin de ces lois fondamentales pour guider notre développement économique à long terme.

Lorsque des gens vous disent qu’il y avait une autre intention — et je crois qu’un témoin antérieur a pris une partie du même discours et ne vous a pas dit la même chose que moi — j’en suis très découragé. Il est tout à fait erroné de dire que la Loi sur la concurrence constituait essentiellement une politique sociale. Le Parlement peut certainement la modifier, mais cette modification aura un prix, à mon avis.

Il me reste quelques observations à faire. Un fusionnement anticoncurrentiel qui promet des gains en efficacité ne pourra pas toujours être justifié. L’article 96 prévoit un compromis — c’est-à-dire, il est possible que les gains en efficacité soient si importants par rapport aux torts causés à la concurrence que le fusionnement doit être permis même s’il est anticoncurrentiel. C’est ce que dit l’article 96. Il ne dit pas que le fusionnement anticoncurrentiel sera toujours autorisé parce qu’un certain gain en efficacité peut en découler. Je crois qu’il convient d’utiliser le verbe «éclipser» ici. Les gains en efficacité n’éclipsent rien de ce qui est prévu dans les dispositions sur le fusionnement. Nos lois exigent à l’heure actuelle ce que je viens de qualifier de compromis.

Oui, certains fusionnements entraîneront une hausse des prix, mais ce sera très rare. Comme je l’ai mentionné dans mon exposé, je crois qu’on aurait pu gagner dans l’affaire *Supérieur Propane*. Il existe assez d’informations pour montrer que le commissaire n’a pas produit tous les renseignements dont il disposait. Je ne sais pas pourquoi. J’ai posé la question à maintes reprises, sans obtenir de réponse. On me dit que des avis juridiques ont été donnés; je ne sais pas ce que cela signifie.

Comme le tribunal l’a déclaré dans sa deuxième décision dans l’affaire *Supérieur Propane*, si le commissaire avait présenté cette information correctement et si on avait réfuté la contre-preuve, on a toutes les raisons de croire que le fusionnement aurait été interdit, conformément à la première décision rendue par le tribunal, qui était fondée sur les lignes directrices sur le fusionnement du commissaire, qui ont été écartées par la suite.

Je ne crois en aucune façon que la décision rendue dans l’affaire *Supérieur Propane* donne lieu à des débordements. Le greffier vous a remis, je crois, certaines citations qui se retrouvent dans mon exposé écrit.

Une de ces citations n’est pas incluse dans mon exposé écrit; il s’agit de l’extrait «C», qui porte sur cet aspect. Les professeurs Mathewson et Winter sont d’avis que le tribunal a suivi la bonne

the right procedure but came to the wrong conclusion. In retrospect, they are probably right. If the commissioner had adduced this other information that I alluded to, the bureau might well have won.

Extract C is there for you to read. Mathewson and Winter ask, "Will Superior Propane open the flood gates for mergers in Canada?" I will not go into it; you can read it. They clearly conclude that the answer is no and they state *Superior Propane* should have been won by the Competition Bureau.

Finally, let us deal with this point about convergence. Here, I would refer you to extract A from the sheet. Extract A is from the 1969 interim report of the Economic Council of Canada. It hits the convergence issue very nicely. This is what they said about the difference between Canada and the United States:

In drawing lessons from abroad, appropriate allowance must of course be made for differences between the Canadian and foreign economic environments.

I will not read it all; it is there for you to read.

However, it is clear that in 1969 the Economic Council of Canada said that we cannot afford the regime of American antitrust with its rigid focus on consumers. We need a more economically sensitive competition policy.

Thus, when people come before you, and in the public domain, and say that we have to converge our laws, well, maybe when our economy gets to be that size we should consider it.

I have a chart at the end of my submission where I have put some statistics together for Canada versus the United States. I call it economic openness. It is simply exports plus imports as a fraction of gross domestic product. Canada is up around 80 per cent. The United States is around 20 per cent. I am not prepared to support the convergence idea just yet.

I draw to your attention to a recent book by Israeli competition law professor, Michal S. Gal. His book has achieved, I understand, much attention. He studied in Canada in the last number of years, at the University of Toronto law school, and last year published a book entitled *Competition Policy for Small Market Economies*. I understand that this book has been seized on in competition law and policy circles with strong endorsement that the smaller economies should not go the way the Americans have gone or the way the European Union has gone. We need efficiency in our long-term economic development statutes. I commend the book to you.

procédure dans l'affaire *Supérieur Propane*, mais qu'il a rendu la mauvaise décision. En rétrospective, ils ont probablement raison. Si le commissaire avait produit ces autres renseignements dont j'ai fait allusion, on aurait peut-être eu gain de cause.

Je vous invite à lire cet extrait, dans lequel Mathewson et Winter se demandent si l'affaire *Supérieur Propane* ouvrira toute grande la voie aux fusions au Canada. Je n'en dirai pas plus; vous pouvez lire ce texte. Ils concluent par la négative et ils affirment que le Bureau de la concurrence aurait dû gagner dans l'affaire *Supérieur Propane*.

Parlons, en dernier lieu, de la convergence. Je vous renvoie ici à l'extrait A, qui vient du rapport provisoire de 1969 du Conseil économique du Canada. On y aborde très justement la question de convergence. Voici ce qui est écrit au sujet des divergences entre le Canada et les États-Unis:

En tirant des enseignements de l'expérience acquise à l'étranger, il importe de tenir compte de façon adéquate des différences qui existent entre l'environnement économique du Canada et celui d'autres pays.

Je ne vous lirai pas tout l'extrait; vous pourrez le faire vous-même.

Il est toutefois clair que le Conseil économique du Canada a précisé en 1969 que notre pays ne pouvait pas se permettre le régime antitrust en vigueur aux États-Unis où l'on s'intéresse d'abord et avant tout aux intérêts des consommateurs. Il nous faut une politique de la concurrence qui tienne davantage compte des réalités économiques.

Aux gens qui se présentent devant vous, ou sur les tribunes publiques, pour clamer que nous devrions harmoniser nos lois, je répondrai donc que c'est une solution que nous pourrions peut-être envisager lorsque notre économie aura atteint une taille comparable à celle de l'économie américaine.

Vous trouverez à la fin de mon exposé un graphique où j'ai établi une comparaison statistique entre le Canada et les États-Unis. J'appelle ça l'ouverture économique. Il s'agit simplement de calculer le total des exportations et des importations en proportion du produit intérieur brut. On obtient environ 80 p. 100 pour le Canada et à peine 20 p. 100 pour les États-Unis. Je ne suis donc pas encore prêt à appuyer les partisans de la convergence.

Je porte à votre attention un ouvrage récent de l'Israélien Michal S. Gal, professeur en droit de la concurrence. C'est un livre qui suscite, m'a-t-on dit, beaucoup d'intérêt. Après un certain nombre d'années d'études à la faculté de droit de l'Université de Toronto, il a publié l'an dernier ce livre intitulé *Competition Policy for Small Market Economies*. Il semble que les spécialistes en politique et en droit de la concurrence aient repris à leur compte les théories qui y sont exposées pour faire valoir avec vigueur que les petits pays ne devraient pas fonctionner de même façon que les États-Unis ou que l'Union européenne. La notion de l'efficacité doit être présente dans nos lois en faveur du développement économique à long terme. Je vous recommande fortement cet ouvrage.

Finally, it is interesting to me that the idea that there is something wrong with section 96 as it came out only during the *Superior Propane* case. It was only after the case was lost that we began to hear statements that Canada does not need an efficiency defence. It was only after they lost the case that they said that; they did not say that before the case. Their own merger guidelines, issued in 1991, reflect the basic concerns of the Economic Council of Canada. Those guidelines were reaffirmed by the Competition Bureau, in 1997, when it put the same comment into its bank merger guidelines.

Nevertheless, it is possible that Canada does not need the defence of efficiency in its merger law, but I should like to see the real economic evidence of that. If it is true that our plants and factories have reached world scale, then, arguably, we would not need the defence of efficiency.

It is not enough to go before government without such evidence and say that this law must be changed. I do not particularly care how many people call themselves experts and come before you and say that we do not need it; I am prepared, as an economist and as a social scientist, to say that they could be right, but I would like them to do their homework of the sort done by the economic council in its 1969 report that led it to make the recommendation. Many explosive comments have been made about this bill, which I reject out of hand.

My final position is that the efficiency defence, as we know it, works well is important for Canada's long-term economic development strategy. I submit that Bill C-249 should be rejected entirely pending economic evidence. I support the recommendation of the House of Commons Committee on Industry, Science and Technology that in the wake of the *Superior Propane* case a panel of experts be established to give an opinion on how section 96 should be viewed by Parliament and, perhaps, by the tribunal. Now that the propane litigation is finally over, that committee could take a look at what the tribunal did in the second propane decision. However, that recommendation was not accepted. The government did not produce that panel of experts and that report; and I do not know why.

If Parliament, after all I have said and all everyone else has said, wishes to make efficiency gains a factor to be considered rather than a defence, so be it. I advocate a change in Bill C-249 from "may consider" to "shall consider" in section 79. The

En terminant, il est intéressant de noter que ce n'est que durant l'affaire *Supérieur Propane* que l'on a commencé à remettre en question la teneur de l'article 96. Ce n'est qu'une fois cette affaire perdue que l'on a commencé à entendre des gens déclarer que le Canada n'avait pas besoin d'une défense fondée sur l'efficacité. Ce n'est qu'après coup qu'on a eu droit à de tels commentaires. Il n'y a eu aucune déclaration en ce sens avant cette affaire. Les préoccupations fondamentales du Conseil économique du Canada sont bien traduites dans les lignes directrices sur les fusions qu'il a émises en 1991. Le Bureau de la concurrence a confirmé la pertinence de ces lignes directrices en 1997 lorsqu'il a adopté la même approche dans ses propres directives sur le fusionnement des banques.

Il reste néanmoins possible que le Canada n'ait pas besoin d'une défense fondée sur l'efficacité dans ses dispositions législatives sur le fusionnement, mais j'aimerais mieux que quelqu'un me le prouve en s'appuyant sur des données économiques concrètes. S'il est bien vrai que nos usines et nos manufactures sont maintenant d'envergure mondiale, on pourrait alors prétendre que nous n'avons effectivement pas besoin d'une défense fondée sur l'efficacité.

Il ne sert à rien de se présenter devant le gouvernement pour affirmer que la loi doit être changée, si on ne dispose pas de preuves concrètes à l'appui d'une telle affirmation. Peu importe le nombre de gens qui se disent experts et se présentent devant vous pour affirmer que cela n'est pas nécessaire; ma formation d'économiste et de spécialiste des sciences sociales me permet de dire qu'ils ont peut-être raison, mais qu'il vaudrait mieux qu'ils étayent leurs affirmations en s'appuyant sur un travail semblable à celui accompli par le Conseil économique pour son rapport de 1969 qui a mené à cette recommandation. Ce projet de loi a donné lieu à de nombreux commentaires draconiens que je rejette d'emblée.

En conclusion, je dirais que la défense fondée sur l'efficacité, dans sa forme actuelle, fonctionne bien et contribue à la stratégie de développement économique à long terme du Canada. Selon moi, le projet de loi C-249 devrait être rejeté dans sa totalité, tant et aussi longtemps que les preuves n'auront pas été produites pour étayer sa pertinence du point de vue économique. J'appuie la recommandation formulée par le Comité de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes à l'effet qu'un panel d'experts soit constitué dans la foulée de l'affaire *Supérieur Propane* pour exprimer une opinion quant à la façon dont l'article 96 devrait être interprété par le Parlement et peut-être aussi par le Tribunal. Maintenant que l'affaire *Supérieur Propane* est finalement réglée, ce groupe pourrait se pencher sur la façon dont le Tribunal en est arrivé à sa seconde décision. Mais cette recommandation n'a malheureusement pas été acceptée. J'ignore pour quelle raison, mais le gouvernement n'a pas mis sur pied le panel d'experts proposé ni produit le rapport attendu.

Si, après tout ce que j'ai dit et tout ce que tous les autres ont affirmé, le Parlement décide tout de même que les gains d'efficacité devraient devenir un facteur à considérer plutôt qu'un argument de défense, et bien soit. Je proposerais alors un

consumer pass-on requirement should be removed because, in my mind, it becomes a prescription for avoiding consideration of efficiencies entirely.

**Senator Meighen:** Welcome, Mr. Schwartz. Speaking as a lawyer who is familiar with the phrase of on the one hand one thing but on the other hand the other thing, I congratulate you for being clear in your point of view. It is easy to grasp on which side of the issue you stand.

I think that for the most part you answered my question in the last part of your presentation. I do not want to put words in your mouth, but I understand your preferred course of action would be to abandon Bill C-249 until such time as there is empirical evidence that the efficiency defence is no longer required.

**Mr. Schwartz:** That is correct.

**Senator Meighen:** Your second and less favoured solution would be to adopt the amendment that you proposed a moment ago.

**Mr. Schwartz:** It is a much less favoured view, in my opinion, but if Parliament chooses to do this, I hope they will make the changes that I have suggested.

**Senator Meighen:** Did you follow the deliberations before the House of Commons committee? I ask that because there is suggestion that the full discussion did not take place, for whatever reason.

**Mr. Schwartz:** I believe that is the case. I did follow it and I sent this committee a letter to say that this is an important change that has been rushed. I congratulate the chair of this committee for not rushing it.

**Senator Meighen:** If we were to pursue the amendments that you propose, where would that leave us as opposed to the status quo? Would we be 80 per cent there or 20 per cent there?

**Mr. Schwartz:** That is difficult to say because I am an economist and not a lawyer. The economic council felt strongly that efficiency in merger review should be a defence because, I believe, if they deemed it not a defence, then ways would be found to get around considering it.

**Senator Meighen:** Would that occur even if it were a company such as Shell?

**Mr. Schwartz:** That is my second-best attempt to get around it. You will hear other people say that it could be made a factor for consideration; however, I should leave the competition bar to speak to that. I hope they would agree with me that if that is the route, "may" should be changed to "shall." As I understand these things, as an economist and from my

changement dans le cadre du projet de loi C-249 pour que l'expression «peut évaluer» soit remplacée par «doit évaluer» à l'article 79. L'allusion au bénéfice pour les consommateurs devrait être supprimée parce que, à mon avis, cela devient une façon d'éviter totalement d'avoir à prendre en compte les gains d'efficacité.

**Le sénateur Meighen:** Bienvenue, monsieur Schwartz. En ma qualité d'avocat qui entend souvent des argumentations du genre «d'une part, il y a ceci; d'autre part il y a cela», je vous félicite d'exprimer aussi clairement votre point de vue. Il est très facile de voir de quel côté vous penchez.

Je crois que vous avez déjà répondu en grande partie à ma question dans la dernière portion de votre exposé. Je ne voudrais vous faire dire ce que vous n'avez pas dit, mais, si je comprends bien, vous préféreriez que nous abandonnions le projet de loi C-249 tant qu'il n'aura pas été établi de façon probante que la défense fondée sur l'efficacité n'est plus nécessaire.

**M. Schwartz:** C'est exact.

**Le sénateur Meighen:** Votre deuxième solution par ordre de préférence serait d'adopter l'amendement que vous venez tout juste de proposer.

**M. Schwartz:** Selon moi, c'est une solution beaucoup moins souhaitable, mais si le Parlement va de l'avant avec le projet de loi, j'espère qu'on y apportera les changements que j'ai suggérés.

**Le sénateur Meighen:** Avez-vous suivi les délibérations du comité de la Chambre des communes? Si je pose la question, c'est que certains ont laissé entendre que l'on n'avait pas discuté de tous les aspects de la situation, pour une raison ou une autre.

**M. Schwartz:** Je crois que c'est ce qui s'est produit. J'ai suivi les délibérations et j'ai écrit au comité pour lui faire valoir qu'il s'agissait d'un important changement dont on avait précipité l'examen. Je félicite d'ailleurs le président de votre comité qui a choisi de prendre tout le temps nécessaire.

**Le sénateur Meighen:** Si nous choisissons d'adopter les amendements que vous proposez, où cela nous mènerait-il par rapport à la situation actuelle? Parle-t-on de progrès de 80 p. 100 ou de 20 p. 100?

**M. Schwartz:** Je peux difficilement vous répondre parce que je suis économiste et non avocat. Le Conseil économique était persuadé que l'efficacité devait constituer un argument de défense dans les cas de fusionnement parce qu'autrement, si j'ai bien compris, on pourrait trouver des moyens de ne pas considérer cet aspect.

**Le sénateur Meighen:** Est-ce que cela se produirait même dans le cas d'une entreprise comme Shell?

**M. Schwartz:** C'est l'autre façon de contourner la question. D'autres pourraient faire valoir que l'efficacité devrait devenir un facteur à considérer; mais je vais laisser aux spécialistes en droit de la concurrence le soin d'en discuter. J'espère qu'ils conviendront avec moi que si cette option est retenue, il faudrait remplacer «peut» par «doit». Selon ma perspective d'économiste et mon

experience as a member of the tribunal, lay members are not trained in consideration of evidence in a quasi-judicial setting. That was something I learned.

The lay members may feel that they have discretion to do things that the act does not confer on them. If it is the will of Parliament that efficiency should be considered, then the word has to be "shall" because if "may" remains in respect of "consider," it would be possible for a lay member, or even a judicial member, to be purely arbitrary and veto a merger for any reason whatsoever. Even though you cannot convict under section 92 on the basis of market share, someone could say that he does not like the market share and therefore would not consider efficiency gains. This truly goes against the philosophy of section 92, in which market share was never to have that kind of significance. I make this point in my written submission better, perhaps, than I have made it here.

I have the sense that we are better off with efficiency as a defence rather than as a factor to ensure that efficiencies are not ignored. American history is compelling and it has sway over all of us. I do not know if I want to take the committee's time, but it is in our second decision in the propane case. One of the first to consider efficiencies was the case of *Brown Shoe*, a shoe retailer, which acquired one other company. It claimed significant cost savings at the first stage of the litigation and the U.S. court found that the efficiencies, in a sense, emphasized the anti-competitive nature of the merger because it meant that competitors would find it more difficult to compete with a merged company, even though the increase in market share was relatively small.

When it reached the Supreme Court, *Brown Shoe* took the position that its mergers created no efficiencies whatsoever because it knew it would lose. The government prosecuting agency said that there were tremendous efficiencies in the merger and it should be deemed illegal because it would lower its price. This firm, the government said, produced so much in the way of efficiencies that the merged company would lower its price, thereby making it harder for smaller businesses competing with the merged firm.

This is a conflation of so many issues that the economic council was aware of because the *Brown's Shoe* case was decided in the U.S. Supreme Court in 1962. This kind of perversion where economies work against the merger rather than for is a topsy-turvy interpretation. I submit that this is part of why efficiency is a defence. It is explicitly, statutorily a defence so we do not end up with the American situation.

expérience comme membre du Tribunal, les membres non judiciaires ne reçoivent pas de formation en examen de la preuve dans un processus quasi judiciaire. C'est un fait que j'ai pu constater.

Ces membres peuvent ainsi avoir l'impression qu'ils disposent de pouvoirs que la loi ne leur confère pas en réalité. Si le Parlement décide que les gains d'efficacité doivent être considérés, il faut changer le libellé pour indiquer «doit» parce que si le «peut» demeure devant «évaluer», un membre non judiciaire, voire même un membre judiciaire, pourrait tout à fait arbitrairement imposer son veto à un fusionnement pour à peu près n'importe quelle raison. Même s'il est impossible de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92 en raison de la part de marché, un membre pourrait toujours prétendre que la part de marché ne lui convient pas et qu'il n'a donc pas à prendre en compte les gains d'efficacité. Cela va tout à fait à l'encontre de l'article 92 par lequel on n'a jamais voulu accorder à la part de marché une si grande importance. Vous trouverez dans mon exposé écrit une argumentation à ce sujet qui est peut-être plus probante que celle que je viens de vous présenter.

J'ai l'impression qu'il est préférable que l'efficacité soit un argument de défense plutôt qu'un facteur à considérer, si l'on veut s'assurer que les gains d'efficacité sont effectivement pris en compte. L'expérience américaine est très révélatrice à ce sujet et a des répercussions pour chacun d'entre nous. Je ne voudrais pas abuser de votre temps, mais il y a un renvoi à ce sujet dans notre seconde décision pour l'affaire *Supérieur Propane*. C'est dans l'affaire *Brown Shoe*, un détaillant de chaussures qui a fait l'acquisition d'une autre entreprise, que les gains d'efficacité ont été considérés pour l'une des premières fois. *Brown Shoe* a soutenu au départ que cette acquisition lui permettait de réaliser d'importantes économies de coûts; le tribunal américain a déterminé que ces gains d'efficacité contribuaient, en un sens, à exacerber les effets néfastes de ce fusionnement sur la concurrence parce qu'il deviendrait plus difficile pour les autres entreprises de soutenir la concurrence de l'entreprise fusionnée, même si celle-ci accroissait relativement peu sa part de marché.

Lorsque la cause a été entendue par la Cour suprême, *Brown Shoe*, sachant qu'elle serait déboutée, a plutôt soutenu que le fusionnement ne produirait absolument aucun gain d'efficacité. Les procureurs du gouvernement ont pour leur part fait valoir que le fusionnement entraînerait d'énormes gains d'efficacité et devrait être considéré illégal parce qu'il permettrait une baisse des prix. Selon leur argumentation, les gains d'efficacité seraient tels que l'entreprise fusionnée pourrait offrir des prix plus bas, ce qui rendrait la tâche d'autant plus difficile aux entreprises plus petites qui cherchent à soutenir sa concurrence.

On retrouve là un amalgame de très nombreuses questions que le Conseil économique a pu prendre en considération parce que la Cour suprême des États-Unis a rendu sa décision dans l'*Affaire Brown Shoe* en 1962. Cet effet plutôt pervers qui fait en sorte que les économies réalisées vont à l'encontre d'un fusionnement plutôt qu'en sa faveur témoigne d'une interprétation plutôt confuse des faits. Selon moi, cela explique en partie pourquoi l'efficacité doit être un argument de défense. Lorsque l'efficacité est considérée de

**Senator Tkachuk:** Who won *Brown Shoe*?

**Mr. Schwartz:** The government won. That set off a train of cases in the United States that became surprising. I did not put all of that into my submission to you, but the second tribunal decision in the propane case did review the American experience and the train of cases that came in the wake of *Brown Shoe*. You will find them very puzzling.

I have the decision with me. It was *United States v. Philadelphia National Bank*. Philadelphia National Bank said, "This merger would be good for the economy." They did not claim efficiencies, just that it is good for the economy. The Supreme Court said, "We are not going to contest that this merger is good for the economy." The court said this, as quoted by the tribunal: "We are clear, however, that a merger, the effect of which may be substantially to lessen competition, is not saved because on some ultimate reckoning of social or economic debits and credits, it may be deemed beneficial."

There were other cases in the United States. *Philadelphia National Bank* and *Brown Shoe* are perhaps the leading decisions. In the United States, even by now, it is clear they do not follow those dicta any longer. The United States is pretty far away from where we are in terms of allowing efficiencies as an affirmative defence. The U.S. is nowhere near there.

There was a lively debate in American antitrust as to whether they should not move more in that direction. My prediction is that they will because the nature of the American economy has changed, as have all economies. There are not the smoke stack industries any longer, and they may need efficiency defences in the future.

**Senator Massicotte:** In the way the act is currently worded with the efficiency as a defence, some people would suggest that the wording is vague and not clear to the industry and practitioners how to interpret and how to apply that defence argument.

You sat on the tribunal for quite a period of time. From a practice sense, how is that applied? How do you measure whether the efficiency argument is greater than the competitive effect on the pricing to the consumers?

**Mr. Schwartz:** You are referring to the law the way it is today?

**Senator Massicotte:** Exactly.

façon explicite et obligatoire comme un argument de défense, on évite de se retrouver dans la situation qui s'est produite aux États-Unis.

**Le sénateur Tkachuk:** Qui a gagné dans l'affaire *Brown Shoe*?

**M. Schwartz:** C'est le gouvernement. Cela a préparé le terrain pour différentes causes dont l'issue a été plutôt surprenante aux États-Unis. Je ne traite pas de toutes ces affaires dans l'exposé que je vous ai remis, mais la seconde décision du Tribunal dans l'affaire *Supérieur Propane* fait référence à l'expérience américaine et aux différentes causes qui ont suivi dans la foulée de *Brown Shoe*. Je suis certain que vous trouverez tout cela très intéressant.

J'ai un exemple ici. L'affaire opposait les États-Unis et la *Philadelphia National Bank*. La banque soutenait que le fusionnement serait bon pour l'économie. Elle ne disait pas que des gains d'efficacité seraient réalisés, seulement que ce serait bon pour l'économie. La Cour suprême a indiqué qu'elle n'avait pas contesté le fait que le fusionnement serait bon pour l'économie. Le Tribunal de la concurrence citait comme suit la conclusion de la Cour suprême dans cette affaire: «Cependant, il ne fait aucun doute qu'un fusionnement, qui peut avoir pour effet de réduire considérablement la concurrence, ne peut être justifié par une analyse des avantages et inconvénients sociaux et économiques qui amène à le juger profitable».

Il y a eu d'autres cas du genre aux États-Unis. *Philadelphia National Bank* et *Brown Shoe* sont peut-être les deux affaires les plus marquantes. On ne pourrait d'ailleurs pas affirmer que la façon de voir les choses a beaucoup évolué aux États-Unis, même actuellement. Les États-Unis ne sont pas du tout rendus où nous en sommes pour ce qui est de permettre le recours aux gains d'efficacité comme argument de défense positive. Les Américains sont encore très loin de là.

Les autorités responsables de la législation antitrust américaine discutent ferme de la pertinence d'évoluer dans cette direction. Je prévois qu'ils le feront parce que la nature de l'économie américaine a changé, au même titre que celle de toutes les autres économies. On n'est plus à l'époque des industries à grandes cheminées; il est fort possible que les Américains aient besoin d'arguments de défense fondés sur l'efficacité pour l'avenir.

**Le sénateur Massicotte:** Certains font valoir que le libellé actuel de la loi est plutôt vague et ne permet pas à l'industrie et aux praticiens de savoir clairement comment l'interpréter et comment appliquer cet argument de défense.

Vous avez été membre du Tribunal de la concurrence pendant une assez longue période. Du point de vue strictement pratique, comment cet argument s'applique-t-il? Comment déterminez-vous que les gains d'efficacité étaient plus importants que les répercussions sur la concurrence et les prix pour les consommateurs?

**M. Schwartz:** Parlez-vous de la loi dans sa forme actuelle?

**Le sénateur Massicotte:** Tout à fait.

**Mr. Schwartz:** In the propane case, which was the only case in 16 years since the 1986 amendments, there was one case that got to the tribunal in which the efficiency defence was invoked. It goes to some extent to show how infrequently it will be used.

The merging parties hired professional engineers and accountants to do valuations. The engineers had expertise in logistics because Superior Propane is a distribution business. These engineers, who had experience in logistics and transportation, put together their estimate of how many trucks would be needed, how many drivers would be needed, to do the same amount of work the two firms were doing. Having regard to that, as well the elimination of two head offices, presidents and computer systems, they provided estimates.

The burden fell to the commissioner of competition to rebut those claims. The commissioner had experts, and they did make some effective rebuttal. The merging parties claimed \$40 million per year of cost savings for 10 years. The commissioner claimed the figure was lower. I think they said \$17 million a year in cost savings. The tribunal had to figure out which of the competing claims was correct. We settled with a savings of \$29 million.

**Senator Massicotte:** What happens with that number? I understood from your earlier comments that it is not an argument about numbers; it is about the impact to the economy. How does that quantum sum get interpreted to say that, in spite of the fact that the consumer will pay more, Canada gains. How does that get interpreted?

**Mr. Schwartz:** When you put the two firms together, resources will be redundant and found to be redundant. Those resources of capital and labour will be redeployed elsewhere through the market system. If the benefit from that redeployment is larger than what economists call the “dead weight loss,” the harm to competition or the inefficiency — you might say we compare the efficiencies gains produced by the merger with the efficiency losses produced by the merger. If there is a net gain to efficiency that offsets the negative effect, we say the merger contributes to the efficiency of the economy. The higher price that may be paid is there; there is no doubt about it. However, if we give sole weight to the price effect on consumer, the efficiency gains will probably never pass.

**Senator Massicotte:** You are saying, for example, that you have \$20 million or \$40 million in efficiency gains, as a quantum. There is a calculation done about the economic impact of the price increase or lesser competition, and whichever number is the greater wins. Is that it?

**Mr. Schwartz:** In principle, yes.

**M. Schwartz:** L'affaire *Supérieur Propane* a été le seul cas en 16 ans depuis les modifications de 1986 où l'argument de défense fondé sur l'efficacité a été invoqué devant le Tribunal. Voilà qui démontre très bien à quel point ces cas sont peu fréquents.

Les entreprises qui fusionnaient ont fait appel à des ingénieurs et à des comptables pour effectuer des évaluations. Les ingénieurs avaient de l'expertise en logistique parce que *Supérieur Propane* est une entreprise de distribution. Ces ingénieurs, qui avaient de l'expérience en logistique et en transport, ont effectué une estimation du nombre de camions qui seraient nécessaires, du nombre de chauffeurs qui seraient requis, et cetera pour faire la même quantité de travail que les deux entreprises effectuaient. À la lumière de ces données, et en tenant compte du fait qu'on n'aurait plus besoin de deux sièges sociaux, deux présidents et deux systèmes informatiques, ils ont présenté leurs estimations.

C'est au commissaire à la concurrence qu'il incombait de réfuter ces affirmations. Le commissaire disposait de ses propres experts qui lui ont effectivement permis de présenter une contre-preuve très bien étayée. Les entreprises souhaitant fusionner soutenaient qu'elles allaient réaliser des économies de coûts de 40 millions par année pendant 10 ans. Le commissaire a fait valoir que ces prévisions étaient trop optimistes. Je crois qu'il a parlé de 17 millions de dollars par année en économies. Le Tribunal devait déterminer laquelle de ces estimations était correcte. Nous avons tranché pour en arriver à des économies de 29 millions de dollars.

**Le sénateur Massicotte:** Qu'est-il advenu de ce résultat? Si je me fie à vos commentaires antérieurs, ce n'est pas une question de chiffres, mais plutôt de répercussions sur l'économie. Comment en est-on arrivé à l'interprétation voulant que la fusion soit profitable pour le Canada, même s'il en coûterait plus cher pour le consommateur?

**M. Schwartz:** En fusionnant les deux entreprises, on crée un dédoublement de certaines ressources. Ces ressources en capital et en main-d'oeuvre sont redéployées ailleurs dans le système économique. Si les avantages d'un tel redéploiement sont supérieurs à ce que les économistes appellent la perte économique, c'est-à-dire les préjudices pour la concurrence ou les pertes d'efficacité — on pourrait dire que l'on compare les gains d'efficacité découlant de la fusion et les pertes d'efficacité qui en résultent. Donc, s'il y a un gain net d'efficacité qui compense pour les répercussions négatives, nous concluons que la fusion contribue à la bonne marche de l'économie. Reste quand même que les consommateurs doivent payer un prix plus élevé; il n'y a pas de doute à ce sujet. Cependant, si l'on tenait compte seulement des répercussions sur le prix à la consommation, il est probable qu'aucune fusion ne serait approuvée en raison des gains d'efficacité qu'elle procure.

**Le sénateur Massicotte:** Vous dites que si, par exemple, les gains d'efficacité atteignent 20 millions de dollars ou 40 millions de dollars, on calcule les répercussions économiques de l'augmentation du coût ou de la réduction de la concurrence, et c'est l'écart le plus prononcé qui l'emporte. Est-ce bien cela?

**M. Schwartz:** En principe, oui.

**Senator Massicotte:** Is using those mechanics consistent with the betterment of Canadians from the economic theory sense?

**Mr. Schwartz:** Yes. That is to say, the negative effect on competition was quantified by the Competition Bureau at \$3 million, plus some other components that it found hard to measure, which is legitimate to say, so the tribunal doubled to \$6 million to take account of some of the non-quantifiable effects.

The very first decision of the tribunal said that it is \$29 million of efficiency gains versus \$6 million of negative effects to competition. Therefore, the statutory requirement that gains in efficiency be shown to exceed and offset were met.

**Senator Massicotte:** That is consistent with sound economic theory?

**Mr. Schwartz:** Yes.

**Senator Massicotte:** If that is the case, why is it that an amendment to the act is being proposed, if it is not in Canada's best interest?

**Mr. Schwartz:** Bill C-249 is motivated by the consumer interest.

**Senator Massicotte:** Is that a political objective? If it is not in Canada's best interest, why is it being proposed?

**Mr. Schwartz:** As I have tried to suggest, the economic council and others said that our economy cannot afford to lose significant improvements in efficiency. The economic council knew that anti-competitive mergers lead to higher prices. They said if you believe the gains in efficiency exceed the negative effects on competition, then the Canadian economy as a whole is better off, even if some groups in that economy are made worse off.

**Senator Hervieux-Payette:** I am puzzled because you always refer to efficiency. In my mind, bigger meant more efficient.

For example, Air Canada is a large firm with the biggest percentage of clientele, but it is not doing well. Another large corporation in Canada, Nortel, is in the same situation. Parmalat is another example. Even those companies that are surviving — for example, Bombardier has a large market share of the production of railway vehicles in the world. In Canada, they are the biggest one. If we look at their size, normally they would reduce the efficiency that you are talking about. Another example is Mercedes, which acquired Chrysler and other Japanese companies, and they have a poor performance.

This theory of efficiency, because you are big and are engaged in merger and acquisition, to my mind, seems to be on a one-by-one case; otherwise, with respect to the theory, I do not see it.

**Le sénateur Massicotte:** Est-ce que le recours à ces mécanismes contribue à améliorer la situation des Canadiens du strict point de vue de la théorie économique?

**M. Schwartz:** Oui. En l'espèce, les effets néfastes sur la concurrence ont été quantifiés par le Bureau de la concurrence à 3 millions de dollars, un nombre qui a été doublé à 6 millions de dollars pour tenir compte de certains effets non quantifiables qui, pourrait-on dire, sont plutôt difficiles à évaluer.

Dans sa première décision, le Tribunal a comparé des gains d'efficacité de 29 millions de dollars à des effets néfastes sur la concurrence évalués à 6 millions de dollars. On avait ainsi satisfait à l'exigence obligatoire voulant qu'il soit établi que les gains d'efficacité compensent pour les effets négatifs.

**Le sénateur Massicotte:** Et cela est conforme à une théorie économique acceptable?

**M. Schwartz:** Oui.

**Le sénateur Massicotte:** Si tel est le cas, pourquoi propose-t-on une modification à la loi si cela n'est pas dans le meilleur intérêt du Canada?

**M. Schwartz:** Le projet de loi C-249 trouve sa justification dans l'intérêt du consommateur.

**Le sénateur Massicotte:** S'agit-il d'un objectif purement politique? Si ce changement n'est pas dans le meilleur intérêt du Canada, pourquoi le propose-t-on?

**M. Schwartz:** Comme j'ai essayé de le faire valoir, le Conseil économique et d'autres intervenants ont indiqué que notre économie ne pouvait pas se permettre de perdre des gains d'efficacité considérables. Le Conseil économique savait que les fusionnements anticoncurrentiels donnent parfois lieu à une hausse des prix. Il a conclu que si l'on croyait que les gains en efficacité surpassaient les effets négatifs sur la concurrence, alors l'économie canadienne s'en porterait mieux, même si certains groupes qui en font partie s'en trouveraient lésés.

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Je suis un peu intriguée parce que vous parlez toujours d'efficacité. J'ai toujours pensé que plus une entreprise est grande, plus elle est efficace.

Par exemple, Air Canada est une grande entreprise qui profite de la plus importante part de son marché, mais elle connaît des difficultés. Une autre grande société canadienne, Nortel, se retrouve dans une situation semblable. Parmalat est un autre exemple. Même chose pour certaines entreprises qui se tirent d'affaires — par exemple, Bombardier a une importante part du marché mondial de la production de véhicules ferroviaires. Au Canada, ce sont les plus grandes entreprises. Compte tenu de la taille de ces entreprises, elles devraient normalement produire les gains d'efficacité dont vous nous parlez. Il y a aussi l'exemple de Mercedes, qui a acquis Chrysler et d'autres sociétés japonaises, mais dont la performance laisse à désirer.

Cette théorie voulant qu'il y ait efficacité quand l'entreprise est grande et qu'elle est engagée dans des fusionnements et des acquisitions semble reposer sur le cas par cas; autrement, je ne vois pas.



Even with respect to the banks, which are widely held, I am still looking for the evidence that mergers will be in the best interests of Canada, that is would be progress, that many good things will be done around the world if they merge, that we are now so small that we cannot succeed.

I am trying to find the right theory to prove efficiency. Is efficiency big? Is efficiency something that you have to look at case-by-case, or is it just a concept that economists are using, where there are no specific examples of efficient merger? We need to some success stories to prove the efficiency theory. In theory, I have no problem.

In the case of the City of Montreal, amalgamation was supposed to result in efficiencies the less costs, except that we are now told that the costs will not exceed more than 5 per cent of previous costs.

As far as I am concerned, I have a hard time buying this concept, because I have not seen any concrete evidence, in the marketplace or in public administration.

**Mr. Schwartz:** You are quite right. The notion of size — I do not necessarily say that size and efficiency gains are correlated. In fact, in the last 10 years or so in western economy, certainly in the United States and Canada, we have seen a lot of divestitures, large companies selling off divisions, getting smaller in some sense. They say they are returning to their core. That is simply a business interpretation of saying, “We will be more efficient if we are smaller.” That is what it means. Hence, I agree that a business undertaking could be more efficient by getting smaller. However, that is a question that is usually sorted out in the marketplace.

We have, getting to the heart of your question, an adversarial system in our competition law. Whoever wants to invoke the defence of efficiency has to prove it. Therefore, they have to show on normal legal standards under civil law that these gains in efficiency will be obtained on a balance of probabilities. If they can do that and survive rebuttal — I am not a magician. I listen to the evidence from both sides. That is the job of the tribunal, which in some respects is more like a court. It is not like the CRTC or the NEB. We do not have a public interest mandate. We just listen to the evidence. If the gains in the efficiency are there and they withstand the adversarial process, then the tribunal should accept them. Size per se is not the issue.

**Senator Kelleher:** Yesterday, when we had witnesses before us, they tried to define this nebulous person called the “consumer.” What is your definition of what you think this section means when it talks about the consumer?

**Mr. Schwartz:** That is an interesting observation, senator.

**Senator Kelleher:** This is one of the problems we are seeing. How do you define who a consumer is?

Même en ce qui concerne les banques, qui ont un grand nombre d'actionnaires, je continue de chercher la preuve que les fusionnements seraient dans le meilleur intérêt du Canada, qu'ils seraient synonymes de progrès, que de grandes merveilles s'accompliraient dans le monde s'il y avait fusionnement, que nous sommes si peu de taille actuellement que nous ne pouvons pas réussir.

Je suis à la recherche de la bonne théorie de l'efficacité. Passe-t-elle par la taille de l'entreprise? Faut-il l'évaluer au cas par cas ou est-ce simplement un grand concept qu'utilisent les économistes alors qu'il n'existe pas d'exemple précis de fusionnement efficace? Nous avons besoin de certaines grandes réussites pour prouver la théorie de l'efficacité. Donc, en théorie, je n'ai pas de problème.

Dans le cas de la Ville de Montréal, la fusion était censée produire des gains en efficacité sur le plan des coûts. Or, nous apprenons maintenant que les coûts n'excéderont pas par plus de 5 p. 100 les coûts antérieurs.

Pour ma part, j'ai beaucoup de difficulté à accepter ce principe, parce que je n'ai rien vu de concret encore, sur le marché comme dans l'administration publique.

**M. Schwartz:** Vous avez tout à fait raison. La notion de taille de l'entreprise — je ne dis pas forcément que la taille et les gains en efficacité vont de pair. En fait, au cours des dix dernières années à peu près, dans les économies occidentales et certes aux États-Unis et au Canada, nous avons été témoins de nombreux dessaisissements, de grandes sociétés qui vendent des filiales, qui diminuent de taille en un certain sens. Elles affirment retourner à leur activité principale. C'est tout simplement une façon pour le milieu des affaires de dire qu'il serait plus efficace s'il était plus petit. C'est ce que cela signifie. Je suis donc d'accord pour dire qu'une entreprise commerciale pourrait gagner en efficacité en réduisant sa taille. Toutefois, ce genre de choses est habituellement déterminé par le marché.

Pour en venir au point, notre droit de la concurrence repose sur un système accusatoire. Quiconque souhaite invoquer la défense de l'efficacité doit en faire la preuve. Par conséquent, il doit prouver, en fonction de normes juridiques courantes en droit civil, que selon la prépondérance des probabilités, ces gains en efficacité se réaliseront. S'il peut le faire et survivre à la contre-preuve — je ne suis pas prestidigitateur. J'écoute la preuve présentée par les deux parties. C'est là le travail du tribunal, qui à certains égards se rapproche davantage du concept d'une cour. Il n'a rien en commun avec le CRTC ou l'ONE. Il n'est pas mandaté pour voir à l'intérêt public. Il se contente d'examiner la preuve. Si les gains en efficacité sont réels et qu'ils résistent au processus accusatoire, le tribunal doit alors les accepter. La taille comme telle n'a pas d'importance.

**Le sénateur Kelleher:** Hier, nous avons entendu des témoins qui ont tenté de définir cet être nébuleux qu'est le «consommateur». Comment interprétez-vous cet article quand il est question du consommateur?

**M. Schwartz:** Voilà une observation intéressante, sénateur.

**Le sénateur Kelleher:** C'est un des problèmes avec lesquels nous sommes aux prises. Comment définissez-vous le consommateur?

**Mr. Schwartz:** It is — sometimes you might substitute the word “buyer.” The buyer could be another business. The question comes up, though, and to your point, what if the consumer and the stockholder are the same? We know the anti-competitive merger increases the profits of the merged company, but if a pension fund is a stockholder, and it has a whole range of people of largely middle incomes as its plan members, those plan members ultimately get the profits, via their pension plan. On the other hand, as consumers, they will be paying the higher price.

It was somewhat far-reaching — that is, the understanding that we do not have to worry too much about who the consumer is, especially if he is also a shareholder. This raises impossible questions. Therefore, the focus on excess profits and who gets them and who pays the higher price become almost impossible to answer.

A previous commissioner of competition, Judge Howard Wetston, made this point. This is why the merger guidelines that were produced when he was commissioner are the way they are. He said that it is very difficult to separate the consumer from the shareholder especially when you consider the economy as a whole. We need a simple test that looks at the gains in efficiency versus the harms to the competition in the economy as a whole.

The Federal Court has modified that and instructed the tribunal to do something different. In our second decision, whether I agree with it or not is irrelevant, we did make some changes to the way we looked at these problems, and I would contend that we examined the impact of this merger on the poor. We had data on the lowest 20 per cent of households in Canada and we had consumption patterns. Fortunately, our society is such that there are not that many poor people in our country. When you took the impact of those into account, the gains in efficiency still outweighed the negative effects on the economy plus the impact on the lowest income sector.

**Senator Kelleher:** Speaking of efficiencies, if you wanted to apply an efficiency standard to Canada’s competitive regime, would it be more or less efficient if Bill C-249 were to pass?

**Mr. Schwartz:** It would be less.

**Senator Kelleher:** Why?

**Mr. Schwartz:** In my understanding, it gives primacy to the consumer. We want to think more fundamentally about the role of economic efficiency in the economy as a whole.

**Senator Harb:** I am puzzled, Mr. Schwartz, by some of your comments when it comes to the efficiency in the market. In dealing with Bill C-249, my colleague raised the issue of the consumer in this equation. For example, when the price of a commodity in the market is produced by two or three companies and they sell to the consumer, do you call it efficiencies when the

**M. Schwartz:** C’est — parfois, vous pourriez le remplacer par le mot «acheteur». L’acheteur pourrait être une autre entreprise. Toutefois, en réponse à votre question, il arrive que le consommateur et l’actionnaire ne fassent qu’un. Nous savons que la fusion anticoncurrentielle augmente les bénéfices de l’entreprise fusionnée, mais que si un fonds de retraite en est actionnaire et que ses membres ont pour la plupart des revenus moyens, ce sont ces membres-là qui en fin de compte toucheront les bénéfices, plutôt que le régime de retraite. Par contre, en tant que consommateurs, ils paieront plus.

Le fait de s’entendre pour dire qu’il ne faut pas trop s’inquiéter de qui est le consommateur, surtout s’il est également actionnaire, a une grande portée. Il soulève des questions auxquelles il est impossible de répondre. Par conséquent, il devient presque impossible de répondre aux questions concernant les profits excédentaires, qui les touchent et qui absorbent l’augmentation de prix.

C’est ce qu’a fait valoir l’ancien commissaire de la concurrence, le juge Howard Wetston. C’est pourquoi les lignes directrices relatives aux fusions qui ont été produites alors qu’il était commissaire sont ce qu’elles sont. Il a dit qu’il est très difficile de faire une distinction entre le consommateur et l’actionnaire, surtout si vous examinez l’économie comme un tout. Nous avons besoin d’un critère simple qui pèse les gains en efficacité par rapport au tort causé à la concurrence au sein de toute l’économie.

La Cour fédérale a modifié ses lignes directrices et a ordonné au tribunal de trouver d’autres moyens. Dans notre deuxième décision, peu importe que je sois d’accord avec la décision ou pas, nous avons effectivement apporté certains changements à la façon dont nous examinons ces problèmes, et nous avons, je le soutiens, examiné l’impact de la fusion sur les pauvres. Nous avons des données sur les 20 p. 100 des ménages canadiens les plus pauvres et nous connaissons leurs habitudes de consommation. Heureusement, notre société est telle qu’il n’y pas beaucoup de pauvres au Canada. Quand on tenait compte de l’impact, les gains en efficacité continuaient d’excéder les effets négatifs de la fusion sur l’économie et l’impact sur le secteur des ménages à faibles revenus.

**Le sénateur Kelleher:** Puisqu’il est question d’efficacité, si vous souhaitiez appliquer un critère d’efficacité au régime concurrentiel du Canada, serait-il plus ou moins efficient si le projet de loi C-249 était adopté?

**M. Schwartz:** Il serait moins efficient.

**Le sénateur Kelleher:** Pour quelle raison?

**M. Schwartz:** Si j’ai bien compris, il fait primer le consommateur. Nous souhaitons insister davantage sur le rôle de l’efficacité économique dans l’économie en général.

**Le sénateur Harb:** Monsieur Schwartz, certains de vos propos au sujet de l’efficacité au sein du marché me laissent perplexe. À l’égard du projet de loi C-249, mon collègue a soulevé la question du consommateur, dans cette équation. Par exemple, quand un produit est vendu au détail par deux ou trois entreprises, parle-t-on d’efficacité si les prix des trois produits augmentent

price to the consumer moves constantly all the way up at the same rate, all the way down at the same rate, always in unison? I am talking about gas prices.

We have something here that might be different. It is vertical integration in the market. We are not talking about mergers here. We are talking about something similar to what Bill C-249 deals with, but on the other side, where you have all of the oil companies using the same pipelines. One of the witnesses yesterday raised the issue of buses or trucks delivering propane, where at one time there were two different buses and now you have one bus and therefore you have efficiencies.

The oil companies have dealt with this issue, and now they have one pipeline that carries the oil from one end of the market to the other. They share commonality.

Where does the consumer come into the picture in talking about efficiencies? Here we have a situation where, even though we have two or three players, the consumer does not see the benefit. Competition is literally nil, first, because we have vertical integration in the market and, second, there is commonality between all the players, whereby we cannot prove that we have price-fixing in the market. We cannot say to company A that it is fixing the prices. There is what we call an understanding in the market. In a way, what brings the companies together is the fact that the same pipeline is carrying their product.

My question to you is this: Where is the consumer, when we talk about efficiency in the marketplace, vis-à-vis your comment that Bill C-249 will not really address efficiency?

**Mr. Schwartz:** That will be the result. Efficiencies will only be considered under Bill C-249 if they result in the attainment of the competitive price. If you want a competition regime that does that, Bill C-249 will do it. I would not expect that efficiencies routinely would be so large, in those rare circumstances where they matter, as to get to the competitive price. I am not even sure how you would know that you got to the competitive price.

You have raised a number of important issues, one of which is in the gasoline industry, which is not something I know as much about, but I know the Competition Bureau has studied the industry and the practices that you point out.

The concern, as I understand it, is the practice of what is called in anti-trust "conscious parallelism." Efficiencies are, at the first point, not at issue. The question is: What do you do about conscious parallelism?

**The Chairman:** Can I ask you, witness, are we getting into an area here that is outside of the ambit of the bill?

**Mr. Schwartz:** Yes, we are. I will go to the senator's major point, if I may?

**The Chairman:** There are a lot of interesting areas here; I want to be careful.

**Mr. Schwartz:** You are correct; it is somewhat peripheral.

constamment au même rythme, baissent constamment au même rythme, qu'ils varient toujours à l'unisson? Je songe notamment aux prix de l'essence.

Nous avons ici un phénomène qui pourrait être différent. Il s'agit d'une intégration verticale. Il n'est plus question de fusion. Il s'agit d'une question analogue à l'objet du projet de loi C-249, mais à l'inverse, quand toutes les pétrolières par exemple utilisent le même oléoduc. Un des témoins entendus hier a parlé d'un camion qui livrait le propane, alors qu'à une certaine période, il y en avait deux. Il ne reste plus qu'un seul camion, de sorte que vous réalisez des gains en efficacité.

Les pétrolières ont traité de cette question et elles n'ont plus qu'un seul oléoduc qui transporte le pétrole d'un bout du marché à l'autre. Elles ont mis leur produit en commun.

Où se situe le consommateur dans le tableau global, lorsqu'il est question d'efficacité? Voilà un cas où, même s'il y a deux ou trois joueurs sur le marché, le consommateur n'est pas avantagé. La concurrence est littéralement inexistante, tout d'abord à cause de l'intégration verticale du marché et, ensuite, en raison de la mise en commun du produit qui empêche de prouver qu'il y a fixation de prix. Nous ne pouvons pas affirmer que l'entreprise fixe les prix. Il existe ce que nous qualifions une entente sur le marché. D'une certaine façon, ce qui regroupe les entreprises, c'est le fait que le même oléoduc transporte leurs produits.

Voici ma question: où se situe le consommateur lorsqu'il est question d'efficacité sur le marché, alors que vous avez dit que le projet de loi C-249 ne traite pas vraiment d'efficacité?

**M. Schwartz:** Ce sera son résultat. Il ne sera tenu compte des efficacités, sous le régime du projet de loi C-249, que si elles permettent d'obtenir un prix concurrentiel. Si vous souhaitez avoir un pareil régime, c'est ce qu'accomplira le projet de loi C-249. Je ne m'attendrais pas à ce que les efficacités soient vraiment si importantes, dans les rares circonstances où elles comptent, qu'elles permettront d'avoir un prix concurrentiel. Je ne suis même pas sûr de la façon dont vous pourriez déterminer que le prix est concurrentiel.

Vous avez soulevé plusieurs questions importantes, dont le secteur de l'essence que je connais très peu, mais je sais que le Bureau de la concurrence a examiné l'industrie et les pratiques dont vous parlez.

La source de préoccupation, si j'ai bien compris, est la pratique que l'on qualifie de parallélisme conscient antitrust. Ce ne sont pas les gains en efficacité qui, au départ, posent problème. La question est de savoir ce qu'on fait au sujet du parallélisme conscient.

**Le président:** Le témoin ne croit-il pas que nous abordons là une question qui déborde du cadre d'examen du projet de loi?

**M. Schwartz:** Oui. Avec votre permission, je vais répondre au point principal soulevé par le sénateur.

**Le président:** Il y a beaucoup de sujets intéressants; je tiens à être prudent.

**M. Schwartz:** Vous avez raison de dire que la question est quelque peu hors champ.

We must make a choice in some respects. Do we want a competition and, more especially, a merger policy that favours economic development in a longer-term kind of perspective, or will we do what the Americans did for the better part of the 20th century, and that is focus their antitrust laws clearly on the impact to consumers?

This has gotten the Americans into some really puzzling outcomes — I gave the example of the *Brown Shoe* case. I believe the Americans are moving away from it toward, eventually, something like what we have in Canada. They are not there yet.

I agree with you, Senator Harb. I think the efficiency defence will come into play rarely, but when it is invoked it will not necessarily succeed. I believe the *Superior Propane* case, on the basis of what I know, should have been stopped. The evidence was not produced.

That said, if there are mergers that invoke the defence and succeed, yes, prices will go up.

**The Chairman:** Senators, I should like to take an unusual step and inject a little statement of my own here, if I could, because we have a number of unusual circumstances.

First, we are dealing with legislation that we know historically has been very difficult to deal with — like bankruptcy, which we recently had, it is a long list of attempts.

Second, the real political situation is that we do not know from day-to-day whether we will have the opportunity to examine this issue.

Third, we are dealing with a very unusual situation legislatively. We have a private member's bill here. The case was drawn in very narrow terms. It is a response to a decision; a private member's attention was caught by this. He was diligent and examined it thoroughly. There was what I would describe as a less than complete process through the House of Commons in the examination of this bill. We have the Competition Bureau, who has lent its support to it, but it is still a private member's bill and does not stand as government policy.

I was prepared to look at this and give it all of the time that we could seriously on the basis that it was a narrow, simple issue. What we have seen over the last two days, and indeed in the evidence before, is that there is much more to this. When we refer to the complete statement of the minister at the time that the bill was introduced, we are dealing with legislation that is framework legislation as part of seeking economic strength in this country. What every witness has agreed to is that this could be an important element in that legislation.

My reason for making this statement is that I should like to put on the record for the benefit of all witnesses coming forward — and the witness is finished, so this is not something put to him — to put the onus on saying, "Why are we dealing with this in this context?" All around the table we are preoccupied with policy issues that, in my understanding, should come through a

À certains égards, il faut faire des choix. Souhaitons-nous avoir une concurrence et, plus particulièrement, une politique en matière de fusionnement qui favorisent le développement économique à long terme ou allons-nous faire ce qu'ont fait les Américains pendant presque tout le XX<sup>e</sup> siècle, soit faire graviter leur loi antitrust clairement autour de l'impact sur le consommateur?

Cette stratégie a donné certains résultats vraiment étonnants — j'ai parlé de l'affaire *Brown Shoe*. Je crois que les Américains s'écartent de cette stratégie en faveur d'une politique qui, tôt ou tard, ressemblera à ce que nous avons ici, au Canada. Ils n'en sont pas là encore par contre.

Je suis d'accord avec vous, sénateur Harb. Je crois que la défense des gains en efficacité ne sera que rarement invoquée, mais quand elle le sera, elle ne sera pas forcément réussie. Il aurait fallu mettre fin à l'affaire *Supérieur Propane*, d'après ce que j'en sais. La preuve n'a pas été faite.

Cela étant dit, si la défense est invoquée dans le cas de certaines fusions et qu'elle donne gain de cause, alors effectivement, les prix vont grimper.

**Le président:** Chers collègues, je vais déroger à mes façons de faire habituelles et y aller d'une petite déclaration, si vous le permettez, car il existe plusieurs circonstances inhabituelles.

Tout d'abord, la loi que nous examinons a toujours été difficile à traiter — comme pour la loi sur les faillites que nous avons examinée récemment, la liste des tentatives en vue de la changer est longue.

Ensuite, étant donné le contexte politique actuel, nous ignorons d'une journée à l'autre si nous aurons la possibilité d'examiner la question.

Enfin, la situation, d'un point de vue législatif, est très inhabituelle. Il s'agit d'un projet de loi d'initiative parlementaire qui porte sur un sujet très précis, en réaction à une décision. La décision a retenu l'attention du député. Il était diligent et l'a examinée avec soin. Puis a suivi ce que je décrirais comme un processus incomplet d'examen parlementaire d'un projet de loi d'initiative parlementaire, plutôt que d'une politique gouvernementale.

J'étais disposé à l'examiner et à y accorder tout le temps que nous pouvions sérieusement y accorder du fait qu'il s'agit d'une simple question au champ d'application très limité. Or, depuis deux jours et, en fait, depuis le début de nos audiences sur ce point, le sujet s'est avéré beaucoup plus large. Si l'on se fie à la déclaration complète faite par le ministre lorsque le projet de loi a été déposé, il est question d'une loi-cadre visant à renforcer l'économie du pays. Tous les témoins ont reconnu que cette mesure pouvait être un élément important de la loi.

La raison pour laquelle j'en parle, c'est que j'aimerais déclarer officiellement pour le bénéfice de tous les témoins à venir — et ce témoin-ci a terminé, de sorte que ce que j'ai à dire ne s'applique pas à lui — qu'il faudrait s'interroger sur la raison pour laquelle nous traitons de cette question dans pareil contexte. Toutes les personnes assises à la table sont préoccupées par des questions de

departmental process, through legislation that will put all of this in a policy context. We do not have the opportunity for that. We have not heard from the department. We have not heard any indication from the policy-makers. We are in a difficult position. Each day we are drawn more into policy considerations and we do not have any of the policy inputs, other than the witnesses that we encouraged to come out to deal with this.

This committee has been put in an awkward position. I am making this statement on the record because we have witnesses scheduled. I would also like both the Department of Industry and the Competition Bureau — and we would make time for them — to both make it very clear to the committee why we are dealing with this as a stand-alone amendment and not part of a comprehensive policy in the context of a review, which we have been told at some level is happening in the department.

I am making this unusual statement because I feel the committee is day by day being put at a greater disadvantage by not being able to look at this in the broad policy context that we should.

I hope I have not abused the prerogatives of the chair, but if we are to proceed usefully it is my opinion that we need guidance from all of the parties as to why this is an emergent situation that must be dealt with as a stand-alone outside of a broader policy context, particularly in view of the fact that there is a review process underway.

I hope this will spark some response from the Department of Industry, the Competition Bureau and from other witnesses who may come before us.

**Senator Harb:** Have we invited the department to appear?

**The Chairman:** They have no interest so far.

**Senator Harb:** What about the Competition Bureau?

**The Chairman:** We have seen the bureau officials earlier, and they are scheduled to appear again. I should like to have it addressed in the context that I have put it.

Mr. Schwartz, I did not mean to leave you sitting in the chair for this tirade, but thank you very much. I appreciate your being here. It will be no surprise to you that your previous and today's input has been no little stimulus to what I have had to say.

Our next witness is Mr. Townley. It is a pleasure to have you back, Mr. Townley. You are more than familiar with the subject matter of today's discussion. You are more than familiar with the procedures of this place and the history of that which we speak.

I invite you to proceed.

principe qui, si j'ai bien compris, devraient nous être soumises par un ministère, par le dépôt d'un projet de loi qui situerait tout cela dans son contexte. Nous n'en avons pas la possibilité. Nous n'avons pas entendu de représentants du ministère. Les décideurs n'ont pas pipé mot. Nous nous trouvons donc dans une position difficile. Chaque jour, nous débattons davantage de questions de principe. Or, nous n'entendons personne à ce sujet, sauf ceux que nous avons invités à témoigner.

Notre comité est dans une position fâcheuse. Je le déclare officiellement parce qu'il nous reste des témoins à entendre. J'aimerais également que le ministère de l'Industrie et le Bureau de la concurrence — nous trouverions le temps de les entendre — nous expliquent clairement pourquoi nous sommes saisis de cette modification isolée, sans qu'elle fasse partie d'une politique complète dans le contexte d'une refonte qui, nous a-t-on dit, est en cours au ministère.

Je fais cette déclaration inhabituelle parce que j'estime que le comité est chaque jour plus désavantagé du fait qu'il ne peut pas examiner cette question dans le contexte d'une politique générale, comme il le faudrait.

J'espère ne pas avoir abusé de la prérogative de la présidence, mais si nous voulons faire un travail utile, il faut que toutes les parties nous expliquent pourquoi il s'agit d'une situation nouvelle qu'il faut traiter isolément, plutôt que dans le contexte général d'une politique, du fait particulièrement qu'une refonte est en cours.

J'espère par ces propos susciter une réaction du ministère de l'Industrie, du Bureau de la concurrence et d'autres témoins qui pourraient se présenter.

**Le sénateur Harb:** Avons-nous invité le ministère à comparaître?

**Le président:** Jusqu'ici, il n'a pas manifesté d'intérêt.

**Le sénateur Harb:** Qu'en est-il du Bureau de la concurrence?

**Le président:** Nous avons entendu les représentants du bureau déjà et ils doivent comparaître à nouveau. J'aimerais qu'ils traitent de la question dans le contexte que je viens de décrire.

Monsieur Schwartz, je m'excuse de vous avoir laissé en suspens ainsi pendant que je faisais ma tirade, mais je vous remercie beaucoup. Je vous suis reconnaissant d'avoir pris la peine de venir. Vous ne serez pas étonné d'apprendre que votre témoignage antérieur et celui d'aujourd'hui ont beaucoup joué dans cette tirade.

Le prochain témoin est M. Townley. Nous nous retrouvons avec plaisir, monsieur Townley. La question débattue aujourd'hui n'a pas de secret pour vous. Vous connaissez très bien la façon dont fonctionne le comité et l'historique de la question à l'étude.

Je vous invite à prendre la parole.

**Mr. Peter G.C. Townley, Professor of Economics, Acadia University, As an individual:** Honourable senators, you have before you a written statement. I gave the interpreters an oral statement that I will now change to reflect your questions, although I might need you to restate that later.

I have a brief statement for you, which I will read.

Honourable senators, thank you for inviting me again to discuss some economic aspects of merger policy with respect to section 96 of the Competition Act and Bill C-249.

My perspective is that of an academic economist. You have copies of my written and oral testimony from last November. I also enclosed a brief guide to the various standards relevant to section 96. My written testimony for this meeting explains why you have all of the other documents.

Determining whether a merger, a policy, a statute or a government project would enhance or diminish the overall well-being of people, especially when it would advantage some people and disadvantage others, is what applied welfare economists do. I have distributed my curriculum vitae in order to qualify as a scholar in this field. As an expert witness in the *Superior Propane* case for the then Commissioner of Competition, in August 1999 I swore an affidavit regarding an economic problem — that is, find a section 96 rule that would best stop mergers that would diminish the well-being of Canadians while allowing mergers that would improve the well-being of Canadians.

The result of that academic effort has been called the balancing weights approach. Its essence is this: It is not enough to say that if the gains from a merger exceed the losses, then approve the merger. It is necessary to go further to examine the income characteristics of those who would gain and those who would lose. If the distributional effects of a merger would be adverse, that is, if the merger would cause a transfer of wealth from poor consumers to relatively wealthy firm owners, then this equity impact must be weighed against the net efficiency impact.

The Federal Court of Appeal found some favour with this approach and in the re-determination decision for Superior Propane, the Competition Tribunal did, indeed, make the new jurisprudence operative. It is based on sound economic principles and has been demonstrated to be workable in an actual case.

A positive feature of the balancing weights approach is that it is flexible. This is necessary because the purpose clause of the Competition Act names multiple objectives. This approach takes account all of the case specific facts and circumstances. Bill C-249 is inferior to the balancing weights approach because it lacks the flexibility required to balance the objectives of the act in all circumstances.

**M. Peter G.C. Townley, professeur d'économie, Université Acadia, témoignage à titre personnel:** Honorables sénateurs, vous avez devant vous mon mémoire. J'ai remis aux interprètes mon exposé oral que je vais maintenant changer de manière à tenir compte de vos questions, bien que je doive peut-être, tout à l'heure, vous demander de répéter.

J'ai une brève déclaration à vous lire.

Honorables sénateurs, je vous remercie de m'avoir invité à nouveau à discuter de certains aspects économiques de la politique relative aux fusions dans le cadre de l'article 96 de la Loi sur la concurrence et du projet de loi C-249.

Mon point de vue est celui d'un économiste universitaire. Vous avez mon mémoire et mon témoignage de novembre dernier. J'ai également inclus un bref document énumérant les diverses normes qui relèvent de l'article 96. Mon mémoire explique pourquoi vous avez tous les autres documents en main.

Décider si une fusion, une politique, une loi ou un projet gouvernemental améliorerait ou réduirait le bien-être général de la population, surtout si la mesure en avantage certains et en désavantage d'autres, est le travail des économistes du secteur du bien-être social. J'ai distribué des exemplaires de mon curriculum vitae pour prouver ma compétence en tant que chercheur dans ce domaine. En tant que témoin expert dans l'affaire *Supérieur Propane* pour le commissaire de la concurrence d'alors, c'est-à-dire en 1999, j'ai fait une attestation sous serment concernant un problème économique — soit, trouver la règle qui, une fois prévue à l'article 96, empêcherait le mieux les fusionnements qui diminueraient le bien-être des Canadiens tout en permettant les fusions qui l'amélioreraient.

Le travail de recherche a eu pour résultat ce qu'on appelle la méthode des coefficients pondérateurs. Voici ce qu'il en est essentiellement: il ne suffit pas de dire que, si les gains excèdent les pertes, il faut approuver la fusion. Il faut aller encore plus loin et examiner le profil de revenu de ceux qui en seraient les gagnants et les perdants. Si les effets distributionnels d'une fusion étaient nocifs, c'est-à-dire que la fusion causait un transfert de richesse des consommateurs pauvres à des propriétaires d'entreprise relativement riches, il faut peser l'impact sur l'équité par rapport à l'impact sur les gains nets en efficience.

La Cour d'appel fédérale s'est montrée favorable à cette méthode, et le Tribunal de la concurrence a rendu la nouvelle jurisprudence applicable suite à sa révision de la décision de l'affaire *Supérieur Propane*. Cette méthode se fonde sur des principes économiques établis, et la preuve de son efficacité a été faite en situation réelle.

L'un des avantages de la méthode des coefficients pondérateurs, c'est qu'elle est souple. C'est essentiel, parce que la disposition de déclaration d'objet de la Loi sur la concurrence comprend de nombreux objectifs. Cette méthode tient compte de tous les faits et de toutes les circonstances propres à un cas donné. La méthode proposée dans le projet de loi C-249 est inférieure à la méthode des coefficients pondérateurs parce qu'elle n'offre pas la marge de manoeuvre requise pour atteindre l'équilibre entre les divers objectifs de la loi dans toutes les circonstances.

The most basic economic policy objective is to improve the well-being of citizens. The balancing weights approach accomplishes this. Adoption of Bill C-249 would jeopardize the well-being of Canadians.

I am aware of a source of great confusion that I wish to address briefly. It would appear to be the perception of some proponents of Bill C-249 that the current law is the total surplus standard — sometimes called the total welfare standard. They are misinformed.

In its decision of April 4, 2001, the Federal Court of Appeal rejected the total surplus standard because of its lack of flexibility. It does not account for the potential for merger-induced, adverse distributional impacts. The court wrote favourably of the balancing weights approach because of its flexibility. It was able to account for adverse distributional impacts. Rejection of Bill C-249 would leave us with this flexible approach, not the total surplus standard.

Bill C-249 raises complex issues that merit much review. I spent two years as a T.D. MacDonald chair at the Competition Bureau, where my role was to provide independent, economic advice from an academic perspective. It is from this same perspective that I will attempt to answer any questions you may have today.

I will now wing it.

The House committee report, which I did not truck along, has recommendation 28 in it. Recommendation 28 says that you should get together a panel of experts and determine how efficiencies fit in across the entire federal Competition Act.

The Competition Bureau took on the task of producing a report, but it was not on that topic. The commission asked Professor Thomas Ross of the University of British Columbia to see how efficiency defences fit in around the world in several countries. We already knew what other countries were doing. There is an issue that has not been addressed, and it was meant to be addressed.

The chairman asked the question about whether this should be part of wider consultations to get the policy. There is a good reason for going to wider consultation right there. There is the question of how efficiencies fit into the merger provisions of the act. The House committee already asked how they fit in everywhere across the act. That has not been answered.

My knowledge from being at the Competition Bureau is that efficiencies were very much a topic. When you start talking about splitting provisions into criminal and civil, one would have an efficiency defence, perhaps, others not. In my mind, this is not something that can be looked at on a piecemeal basis. The elements of the act fit together.

Mr. Schwartz talked about the U.S. history and how they view mergers. There is the statute. There are guidelines. There is how antitrust agencies administer the law — whether they prosecute.

L'objectif stratégique économique le plus fondamental est d'améliorer le bien-être des citoyens. La méthode des coefficients pondérateurs le permet. L'adoption du projet de loi C-249 compromettrait le bien-être des Canadiens.

Je constate qu'il y a une grande confusion, que j'aimerais essayer de lever. Certains promoteurs du projet de loi C-249 semblent croire que la loi actuelle se fonde sur le critère du surplus total, qu'on appelle parfois la norme de bien-être global. Ils sont mal informés.

Le 4 avril 2001, la Cour d'appel fédérale a rejeté le critère du surplus total en raison de son manque de souplesse. Ce critère ne tient pas compte des effets distributionnels négatifs qui pourraient résulter d'une fusion. La Cour s'est toutefois prononcée en faveur de la méthode des coefficients pondérateurs en raison de sa souplesse. Elle permet de tenir compte des effets distributionnels négatifs. Le rejet du projet de loi C-249 nous permettrait d'appliquer cette méthode souple plutôt que le critère du surplus total.

Le projet de loi C-249 soulève des questions complexes qui méritent qu'on s'y attarde. Pendant deux ans, j'ai été titulaire de la chaire T.D. MacDonald au Bureau de la concurrence, où mon rôle consistait à prodiguer des conseils indépendants en économie d'un point de vue théorique. C'est dans cette perspective que je vais essayer de répondre à vos questions d'aujourd'hui.

Je vais maintenant m'éloigner un peu de mon texte.

Le rapport du comité de la Chambre comprend toute une liste de recommandations, dont la recommandation 28 que le gouvernement constitue un groupe de travail indépendant d'experts chargés d'étudier le rôle que devraient jouer les gains d'efficacité dans tous les articles de la Loi sur la concurrence.

Le Bureau de la concurrence a entrepris de produire un rapport, mais il ne porte pas sur ce sujet. Le Bureau a demandé au professeur Thomas Ross de l'Université de la Colombie-Britannique d'examiner le traitement des gains en efficacité dans différents pays du monde. Nous savions déjà ce que les autres pays faisaient. Le véritable problème n'a pas été étudié en profondeur, alors que c'était là l'objectif.

Le président a demandé si cela devrait faire partie de consultations élargies en vue de l'établissement d'une politique. Il y aurait de bonnes raisons d'entreprendre des consultations élargies. Il faut se demander comment les gains en efficacité s'insèrent dans les dispositions de la loi concernant les fusions. Le comité de la Chambre a déjà demandé quel rôle ces gains devraient jouer dans tous les articles de la loi. Nous n'avons toujours pas de réponse à cette question.

D'après mon expérience au Bureau de la concurrence, les gains d'efficacité sont un sujet complexe. Pour toutes les dispositions de partage en droit pénal ou civil, certains sont pour la défense fondée sur les gains en efficacité et d'autres non. À mon avis, on ne peut pas répondre à cette question à la légère. Les différents éléments de la loi sont interreliés.

M. Schwartz a parlé de l'histoire américaine et de la façon dont les fusions sont perçues aux États-Unis. Il y a une loi. Il y a des lignes directrices. Il y a la façon dont les organismes antitrust

We have evidence from officials at the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice that the Americans are moving towards our approach. I am not saying they would move all the way toward the balancing weights approach that is now the jurisprudence.

When I was at the bureau, I was sent twice to Washington — once with a small group of Federal Trade Commission economists and lawyers and once in a bigger group. They were looking at how we fit efficiencies into the act. The *Brown Shoe* case was very, very odd. They knew it. They were trying to encourage firms to claim efficiencies.

I would certainly recommend that any consideration of changing sections 96 or 93 should be part of a broader package. Bill C-249 would fundamentally change the purpose clause, section 1.1. I do not know how you change parts of an act without changing the stated purpose of the act.

I hope I have addressed your question, Mr. Chairman.

**Senator Massicotte:** Maybe you could help me, Mr. Townley, and give me a quick understanding of the economic theory and what is better for Canada. Obviously, there is an argument here. I am a strong believer in competition. We see it everywhere, including it in the Olympics. Competition allows one to improve upon the economy. That is the basis of the Competition Act. As an overall theory, competition betters Canada's economy and allows it to be more productive to the betterment of all Canadians.

I understand that the debate is this: If you approve the amendment, the most important and sole criterion becomes the pricing to the consumer, whereby efficiency loses its importance, although may be considered a factor. Certainly, the way it is worded efficiency is a factor only if it helps with consumer pricing.

Could you give us a lesson in economic theory? What is the betterment of Canada? Obviously, better pricing is better for the consumer. Why would that not deliver better economic results as an overall to the nation? What distortion occurs if you limit it to the consumer only?

**Mr. Townley:** If a merger passes Bill C-249, which I call a price standard — see my excerpt with the little diagram on mergers — then you are absolutely certain that that merger is good for the economy. It probably satisfies all four elements of section 1.1. Consumers are better off. The prices falling from an anti-competitive merger must be because variable cost savings have driven that price down. If the good is traded, then I would

administrent la loi, en fonction de laquelle ils décident d'intenter des poursuites ou non. Des représentants de la Federal Trade Commission et du Département de la justice des États-Unis attestent que les Américains de dirigent de plus en plus vers notre méthode. Je ne dis pas qu'ils appuient sans réserve la méthode des coefficients pondérateurs qui fait maintenant partie de la jurisprudence.

Lorsque je travaillais pour le Bureau, je suis allé à deux reprises à Washington: une fois pour rencontrer un petit groupe d'économistes et d'avocats de la Federal Trade Commission et une autre fois pour rencontrer un plus grand groupe. Les deux se demandaient comment nous traitions les gains en efficacité dans la loi. Il y a eu l'affaire *Brown Shoe*, une affaire très bizarre. Ils le savaient. Ils essayaient d'inciter les entreprises à réaliser des gains en efficacité.

Je vous recommanderais certainement de n'envisager la modification des articles 96 ou 93 que dans un projet de modification beaucoup plus vaste. Le projet de loi C-249 changerait fondamentalement l'article de déclaration de l'objet, soit l'article 1.1. Je ne comprends pas comment vous pouvez changer une partie de la loi sans changer l'objet énoncé en son début.

J'espère avoir réussi à répondre à vos questions, monsieur le président.

**Le sénateur Massicotte:** Peut-être pouvez-vous m'aider, monsieur Townley, et m'expliquer rapidement ce qui convient le mieux au Canada selon les théories économiques. De toute évidence, il y a divergence d'opinions. Je crois fermement en la concurrence. Elle est partout, même aux Olympiques. La concurrence permet d'améliorer la situation économique. C'est le fondement même de la Loi sur la concurrence. De manière générale, la concurrence améliore l'économie canadienne et favorise sa productivité, ce qui améliore le bien-être de tous les Canadiens.

Si je comprends bien, l'argument est le suivant: si on approuve cette modification, le critère ultime deviendra le critère des prix aux consommateurs, ce qui fera diminuer l'importance des gains en efficacité, même s'ils demeurent un facteur. De toute évidence, le libellé actuel fait en sorte que les gains en efficacité ne sont un facteur que s'ils permettent d'offrir des meilleurs prix aux consommateurs.

Pouvez-vous nous donner une leçon de théorie économique? Qu'est-ce qui serait le mieux pour le Canada? De toute évidence, de meilleurs prix seraient à l'avantage des consommateurs. Pourquoi ne généreraient-ils pas de meilleurs résultats économiques pour le pays dans son ensemble? Comment l'économie sera-t-elle perturbée si on limite le critère aux consommateurs?

**M. Townley:** Si une fusion satisfait au critère établi dans le projet de loi C-249, que j'appelle le critère des prix — vous pouvez vous reporter au résumé que je vous ai fourni et au petit diagramme sur les fusions —, alors on peut être absolument certain que cette fusion est bonne pour l'économie. Elle satisfera probablement aux quatre éléments de l'article 1.1. Les consommateurs s'en porteront mieux. Les baisses de prix



suppose that exporters would find it easier to sell cheaper goods around the world. I do not know what the effect would be on small and medium-sized businesses.

The problem occurs when the merger does not satisfy Bill C-249 and is thus rejected. The chances are that we will reject mergers that could be welfare enhancing, that would be good for the economy. If a price goes up just a little bit to consumers, then we would reject the merger. The overall gains in efficiencies could be huge but we would simply ignore them.

By looking only at the effect on the consumer, you will ignore, essentially, what could be huge savings in fixed costs, which are pretty usual to receive in mergers. That is why firms merge.

If we only made policies that make at least one person better off and no person worse off, then I think we all might be out of business. How many opportunities do you see that? The more usual circumstance is that some people are made better off and some worse off, but we judge the gains to be much greater than the losses and we let it go because it is for the best.

**Senator Massicotte:** Obviously, one concern is about lessening the competition and allowing monopolies or oligopolies. The benefits may look good in the short term, but eventually, with a less competitive environment, you become less productive in the long term. I presume the analyses at the bureau and the tribunal take that into consideration. Is that considered?

In spite of that, if it is considered, irrespective of the welfare in the economic interest of Canada that it is better by the merger, describe the consequence of that policy in the United States whereby consumer price is more relevant than pricing. How is that distortion to that economy taking place?

**Mr. Townley:** You have asked me a number of questions.

**Senator Massicotte:** There are three questions, and short answers would be fine.

**Mr. Townley:** The long term is not considered in the assessment of these mergers. You are looking for a substantial lessening of competition under sections 92 and 93. The efficiency defence only applies when you have an anti-competitive merger. That is a short-term view. If you are looking for the ability to raise prices for a period of maybe one or two years, then you have to look at efficiencies in the same time frame.

Firms may say that, over the course of 10 years, there will be huge savings, but who cares? That is not relevant to the situation.

découlant de fusions non concurrentielles viendront nécessairement de diverses économies de coûts. Dans le contexte du commerce, je suppose qu'il sera plus facile pour les exportateurs de vendre des biens à l'étranger s'ils sont moins chers. Je ne sais pas quel en serait l'effet sur les petites et moyennes entreprises, par contre.

Le problème se pose lorsqu'une fusion ne répond pas aux critères du projet de loi C-249 et qu'elle est rejetée. Il y a de grands risques que nous rejeterions des fusions qui pourraient contribuer au bien-être général et qui seraient avantageuses pour l'économie. Si le prix aux consommateurs n'augmente qu'un tout petit peu, alors nous allons rejeter la fusion. L'ensemble des gains en efficacité pourrait être immense, mais nous n'en tiendrons tout simplement pas compte.

Si on n'analyse que l'effet de la fusion sur le consommateur, on fera fi d'économies qui pourraient être immenses en termes de coûts fixes, un avantage que les fusions apportent souvent. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle des entreprises fusionnent.

Si nous n'adoptons que des politiques qui améliorent la situation d'au moins une personne et n'empirent celle de personne, alors je crois que nous ne ferions rien du tout. Quand voit-on cela? En règle générale, les politiques améliorent la situation de certaines personnes et empirent celle d'autres personnes, mais nous estimons que les gains sont plus importants que les pertes et nous l'acceptons, parce que c'est dans le meilleur intérêt commun.

**Le sénateur Massicotte:** De toute évidence, on s'inquiète de voir diminuer la concurrence et naître des monopoles et des oligopolies. Les avantages ont peut-être l'air intéressants à court terme, mais à long terme, si la concurrence diminue, la production diminuera aussi. Je présume que le Bureau et le Tribunal en tiennent compte dans leurs analyses? En tiennent-ils compte?

Malgré tout, s'ils en tiennent compte, quel que soit l'avantage que la fusion comporte pour l'économie canadienne, décrivez-moi les conséquences de la politique des États-Unis selon laquelle le prix à la consommation pèse plus lourd que l'établissement des prix. Comment se traduit cette perturbation de l'économie?

**M. Townley:** Vous me posez plusieurs questions.

**Le sénateur Massicotte:** Il y a trois questions, et vous pouvez y répondre brièvement.

**M. Townley:** Le long terme n'est pas pris en compte dans l'évaluation de ces fusions. Il s'agit ici d'une diminution substantielle de la concurrence en vertu des articles 92 et 93. La défense fondée sur les gains en efficacité ne s'applique qu'aux fusions anticoncurrentielles. C'est une perception à court terme. Si l'on veut se donner le pouvoir d'augmenter les prix pendant une période d'un ou deux ans, par exemple, il faut analyser les gains en efficacité pendant cette même période.

Des entreprises vous diront qu'au bout de 10 ans, elles réaliseront d'énormes économies, mais qui s'en soucie? Ce n'est pas pertinent dans la situation.

**Senator Massicotte:** On the third part, the Americans are very consumer oriented. You said that economic theory suggests that our approach is better than their approach such that it delivers more productivity to our economy. Therefore, if they get it wrong, what is the consequence to their economy as we have seen it to date?

**Mr. Townley:** Their economy is so different that you do not know what to think. The population density and size are such that I am not sure that theirs could be compared with ours.

They worry when there are six firms in a market and they go to five. In Canada, I am certain that the Competition Bureau would not even look at that kind of merger.

Mr. Schwartz spoke to the American experience in *Brown Shoe* and its aberration. The Americans are moving toward what we have, but how far are they moving? They are not rigid; they are not satisfied with their merger laws. They see that they are giving up a great deal by not doing it.

I would also say that, in my opinion, the basis for American law is not so much economic. They went through part of their economic history dealing with the barons, or robber barons, of industry that exploited everything and everyone.

For the most part, it is not so much economic power, or the amassment of economic power, but any kind of power that might translate into political power, whereas in Canada we have a different economic history. For example, we have the Hudson Bay Company and British and French systems wherein monopolies were rewarded.

**The Chairman:** Thank you, Mr. Townley, for helping us with our deliberations.

The committee adjourned.

**Le sénateur Massicotte:** Pour revenir au troisième élément de ma question, les Américains seront très axés sur le consommateur. Selon ce que vous dites, les théories économiques sous-entendent que notre méthode est meilleure que la leur parce qu'elle génère une plus grande productivité dans l'économie. Par conséquent, Si les Américains font fausse route, quelles en sont les conséquences sur l'économie à ce jour?

**M. Townley:** Leur économie est tellement différente de la nôtre qu'il est difficile de savoir quoi en penser. La densité et la taille de leur population sont telles que je ne suis pas certain qu'on puisse comparer leur économie à la nôtre.

Ils s'inquiètent lorsqu'il y a six entreprises dans un marché, donc ils portent leur nombre à cinq. Au Canada, je suis convaincu que le Bureau de la concurrence ne prendrait même pas la peine d'examiner ce type de fusion.

M. Schwartz a parlé de l'expérience américaine et de son aberration dans l'affaire *Brown Shoe*. Les Américains se dirigent vers une méthode se rapprochant de la nôtre, mais jusqu'à quel point? Ils ne sont pas rigides; ils ne sont pas satisfaits de leur loi sur les fusions. Ils voient qu'ils perdent beaucoup à ne pas faire plus.

Je vous dirais aussi qu'à mon avis, la loi américaine ne se fonde pas tellement sur des paramètres économiques. Leur histoire économique est marquée par de nombreux requins de la finance qui ont exploité tout et tout le monde.

En gros, il ne s'agit pas vraiment d'un pouvoir économique ou d'un cumul de pouvoir économique, mais de n'importe quel type de pouvoir pouvant se traduire en pouvoir politique. Au Canada, l'histoire économique est bien différente. Par exemple, nous avons eu la Compagnie de la Baie d'Hudson et les systèmes britanniques et français dans lesquels les monopoles étaient favorisés.

**Le président:** Je vous remercie, monsieur Townley, de nous aider dans nos délibérations.

La séance est levée.





*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government Services Canada –  
Publishing and Depository Services  
Ottawa, Ontario K1A 0S5

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

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada –  
Les Éditions et Services de dépôt  
Ottawa (Ontario) K1A 0S5

---

WITNESSES

**Wednesday, April 28, 2004**

*As individuals:*

Robert Russell, Lawyer, Borden Ladner Gervais;  
Dany H. Assaf, Lawyer, Ogilvy Renault, Co-Chair of the Firms's  
Competition and Trade Law Team.

**Thursday, April 29, 2004**

*As individuals:*

Lawrence P. Schwartz, Economist, Past member of the Competition  
Tribunal;  
Peter G.C. Townley, Professor of Economics, Acadia University.

TÉMOINS

**Le mercredi 28 avril 2004**

*À titre personnel:*

Robert Russell, avocat, Borden Ladner Gervais;  
Dany H. Assaf, avocat, Ogilvy Renault, coresponsable de l'équipe  
Droit de la concurrence et échanges commerciaux du cabinet.

**Le jeudi 29 avril 2004**

*À titre personnel:*

Lawrence P. Schwartz, économiste, ancien membre du Tribunal de  
la concurrence;  
Peter G.C. Townley, professeur d'économie, Université Acadia.