



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, May 5, 2004
Thursday, May 6, 2004

Issue No. 5

Third and fourth 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 5 mai 2004
Le jeudi 6 mai 2004

Fascicule n° 5

Troisième et quatrième 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.

* *Ex Officio Members*

(Quorum 4)

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
BANQUES ET DU COMMERCE

Président: L'honorable Richard H. Kroft

Vice-président: L'honorable David Tkachuk

et

Les honorables sénateurs:

Angus	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.

* *Membres d'office*

(Quorum 4)

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Wednesday, May 5, 2004
(10)

[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 Biron, Harb, Hervieux-Payette P.C., Kelleher P.C., Kroft, Massicotte, Moore, Prud'homme P.C., Tkachuk (9).

Other senator present: The Honourable Senator Oliver (1).

In attendance: Mr. Daniel J. Shaw and Mr. Alexandre Laurin, 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 continued its examination of Bill C-249, An Act to amend the Competition Act. (For complete text of the Order of Reference, see proceedings of the committee, Issue No. 4.)

WITNESSES:

IN A PANEL:

As individuals:

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

Neil Finkelstein, Lawyer, Blake, Cassels & Graydon, LLP.

From the Canadian Bar Association:

Tim Kennish, Past Chair of the National Competition Law Section.

Mr. Facey and Mr. Finkelstein each made an opening statement and together the witnesses answered questions.

At 5:20 p.m., the committee suspended its sitting

At 5:25 p.m., the committee resumed its sitting

Mr. Kennish made an opening statement and answered questions.

At 6:07 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

OTTAWA, Thursday, May 6, 2004
(11)

[English]

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce met at 11:04 a.m., this day, in room 505, Victoria Building, the Chair, the Honourable Richard H. Kroft, presiding.

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mercredi 5 mai 2004
(10)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui à 16 h 10, 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, Moore, Prud'homme, c.p., et Tkachuk (9).

Autre sénateur présent: L'honorable sénateur Oliver (1).

Également présents: M. Daniel J. Shaw et M. Alexandre Laurin, analystes, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents: Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 1^{er} avril 2004, le comité poursuit son examen du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence. (*Le texte complet de l'ordre de renvoi se trouve dans le fascicule n° 4 des délibérations du comité.*)

TÉMOINS:

EN TABLE RONDE:

À titre personnel:

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

Neil Finkelstein, avocat, Blake, Cassels & Graydon, LLP.

De l'Association du Barreau canadien:

Tim Kennish, président sortant de la Section nationale du droit de la concurrence.

M. Facey et M. Finkelstein présentent chacun des remarques préliminaires et répondent ensemble aux questions.

À 17 h 20, le comité suspend ses travaux.

À 17 h 25, le comité reprend ses travaux.

M. Kennish présente des remarques préliminaires et répond aux questions.

À 18 h 07, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ:

OTTAWA, le jeudi 6 mai 2004
(11)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui à 11 h 04, dans la pièce 505 de l'édifice Victoria, sous la présidence de l'honorable Richard H. Kroft (*président*).

Members of the committee present: The Honourable Senators Biron, Harb, Hervieux-Payette P.C., Kelleher P.C., Kroft, Massicotte, Moore, Prud'homme P.C., Tkachuk (9).

Other senator present: The Honourable Senator Oliver (1).

In attendance: Mr. Daniel J. Shaw and Mr. Alexandre Laurin, 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 continued its examination of Bill C-249, An Act to amend the Competition Act. (For complete text of the Order of Reference, see proceedings of the committee, Issue No. 4.)

WITNESSES:

As an individual:

Thomas Fina, U.S. Antitrust Attorney, Howrey Simon Arnold & White, LLP, Washington, D.C.

From the Canadian Chamber of Commerce:

Kasia Majewski, Policy Analyst;

John Clifford, Partner, McMillan Binch.

Mr. Fina made an opening statement and answered questions.

At 11:50 a.m., the committee suspended its sitting.

At 11:56 a.m., the committee resumed its sitting.

Ms. Majewski and Mr. Clifford each made an opening statement and, together the witnesses answered questions.

At 12:31 p.m., the committee proceeded in camera, pursuant to rule 92(e) for the purpose of considering a draft agenda.

It was agreed that staff be permitted to stay.

At 12:43 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

La greffière suppléante du comité,

Josée Thérien

Acting Clerk of the Committee

Membres du comité présents: Les honorables sénateurs Biron, Harb, Hervieux-Payette, c.p., Kelleher, c.p., Kroft, Massicotte, Moore, Prud'homme, c.p., et Tkachuk (9).

Autre sénateur présent: L'honorable sénateur Oliver (1).

Également présents: M. Daniel J. Shaw et M. Alexandre Laurin, analystes, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents: Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 1^{er} avril 2004, le comité poursuit son examen du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence. (*Le texte complet de l'ordre de renvoi se trouve dans le fascicule n° 4 des délibérations du comité.*)

TÉMOINS:

À titre personnel:

Thomas Fina, avocat antimonopole américain, Howrey Simon Arnold & White, LLP, Washington (D.C.).

De la Chambre de commerce du Canada:

Kasia Majewski, analyste des politiques;

John Clifford, avocat-conseil, McMillan Binch.

M. Fina présente des remarques préliminaires et répond aux questions.

À 11 h 50, le comité suspend ses travaux.

À 11 h 56, le comité reprend ses travaux.

Mme Majewski et M. Clifford présentent chacun des remarques préliminaires et, ensemble, ils répondent aux questions.

À 12 h 31, le comité poursuit ses travaux à huis clos conformément à l'alinéa 92(2)e) du Règlement, pour faire l'étude d'un projet d'ordre du jour.

Il est convenu que le personnel soit autorisé à rester.

À 12 h 43, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ:

EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, May 5, 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 witnesses today are both lawyers at Blake, Cassels & Graydon. Mr. Brian A. Facey and Mr. Neil Finkelstein are both appearing as individuals. Gentlemen please proceed.

Mr. Neil Finkelstein, Lawyer, Blake, Cassels & Graydon, LLP, as an individual: Honourable senators, let me be blunt. This proposed amendment, in my view, is here because the Commissioner of Competition chooses the wrong cases to litigate. The commissioner has brought five contested merger cases in the Competition Tribunal since 1986 when the Competition Act was enacted. I have been counsel opposite the commissioner in four of those five cases, and the commissioner lost all four of them. Now the commissioner wants to change the ground rules in order to win even the wrong cases despite public policy.

I will be discussing *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. (C.A.)*. I was lead counsel for the case. Superior Propane Inc. has no interest whatsoever in this proposed bill, and I am here solely in a personal capacity.

In *Superior Propane*, the efficiencies were \$29 million and all of the bad effects combined were \$8.6 million. The efficiencies exceeded all the bad effects by a factor of 3.5 to 1.

In other words, the transaction was of a net benefit to Canada by a factor of 3.5 to 1. That means that the resource savings to the Canadian economy were \$29 million. All of the bad effects in terms of the transfer from poor consumers to Superior Propane were \$8.6 million.

Let us be clear about this. Transfers from foreign consumers, or transfers from very large corporations here in Canada controlled by foreign shareholders, which were transferred to Superior Propane Inc. through higher prices, were not included as bad effects.

The reason, I would say, is obvious. Queen Beatrix of the Netherlands is a large shareholder in Royal Dutch Shell, which is a British and Netherlands company. Why is it a bad thing if assets are transferred from the Netherlands to Canada? Why is that bad Canadian public policy? Exxon Mobile Corporation owns 70 odd per cent of Imperial Oil Limited. Why is it a bad thing if assets are transferred from U.S. shareholders to the Canadian holders of Superior Propane through price increases? The Competition Tribunal considered those questions and decided

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 5 mai 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 étudier le projet de loi.

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

[*Traduction*]

Le président: Nos premiers témoins aujourd'hui sont tous les deux avocats chez Blake, Cassels & Graydon. M. Brian A. Facey et M. Neil Finkelstein comparaissent tous deux à titre personnel. Messieurs, vous avez la parole.

M. Neil Finkelstein, avocat, Blake, Cassels & Graydon, LLP, témoignage à titre personnel: Honorables sénateurs, je n'irai pas par quatre chemins. Si l'on a proposé cette modification à la loi, à mon avis, c'est parce que le commissaire de la concurrence choisit de contester les mauvaises affaires. Depuis l'adoption de la Loi sur la concurrence, en 1986, le commissaire a contesté devant le tribunal de la concurrence cinq propositions de fusion. J'ai plaidé contre le commissaire dans quatre de ces cinq affaires, et le commissaire les a perdues toutes les quatre. Le commissaire veut maintenant changer les règles du jeu pour gagner même quand il a tort et en dépit de la politique publique.

Je vais traiter de l'affaire *Le Canada (le commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. (C.A.)*. J'étais l'avocat principal dans cette affaire. Supérieur Propane Inc. n'a absolument aucun intérêt à l'égard de ce projet de loi, et je suis ici uniquement à titre personnel.

Dans l'affaire *Supérieur Propane*, les gains d'efficacité étaient de 29 millions de dollars et les effets négatifs totalisaient 8,6 millions de dollars. Les gains d'efficacité l'emportaient sur les effets négatifs par un facteur de 3,5 à 1.

Autrement dit, la transaction comportait un avantage net pour le Canada par un facteur de 3,5 à 1. Cela veut dire que les économies de ressources pour l'économie canadienne s'élevaient à 29 millions de dollars. Tous les effets négatifs découlant du transfert des consommateurs pauvres à Supérieur Propane s'élevaient à 8,6 millions de dollars.

Soyons bien clairs là-dessus. Les transferts des consommateurs étrangers, ou les transferts de très grandes entreprises situées ici au Canada et contrôlées par des actionnaires étrangers, transferts opérés à Supérieur Propane Inc. au moyen de prix plus élevés, n'ont pas été inclus dans le calcul des effets négatifs.

Je dirais que la raison en est évidente. La reine Béatrice des Pays-Bas est un important actionnaire de Royal Dutch Shell, qui est une compagnie britannique et néerlandaise. Pourquoi est-ce une mauvaise chose que des actifs soient transférés des Pays-Bas au Canada? Pourquoi est-ce mauvais sur le plan de la politique publique canadienne? La compagnie Exxon Mobile possède environ 70 p. 100 de la société Imperial Oil Limited. Pourquoi est-ce mauvais que des actifs soient transférés des actionnaires américains aux détenteurs canadiens de Supérieur Propane au

that they are not bad effects, but actually good effects and from the perspective of the Canadian economy they did not count them against the merger.

Honourable senators, I ask you to turn to tab one, page nine of our submission. It is a passage from Honourable Mr. Justice Rothstein's decision in *Superior Propane* in the Federal Court of Appeal. Justice Marshall Rothstein was a member of the Competition Tribunal and was one of the leading competition practitioners in Canada until his elevation to the Federal Court bench. He is now a member of the Court of Appeal. He understands competition law. What he says at page 9 is this:

While the Tribunal did not adopt the precise model proposed by Professor Townley, it did use the model as a foundation for its assessment of the extent of the anti-competitive effects. To this end, having regard to the purposes set out in section 1.1 of the act, the tribunal specifically considered the following effects: dead weight loss, interdependent and coordinated behaviour of competitors, service quality and programs, impact on Atlantic Canada, interrelated markets, loss of potential dynamic efficiency gains, monopoly, and small- and medium-sized enterprises.

This is important:

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

Justice Rothstein found that what the tribunal did under section 96 was consider all of the factors and that accorded with the purpose clause of the Competition Act in section 1.1.

Please now turn to tab nine, page 11, and you will see section 1.1 which is the unifying provision of the act. It tells the purpose of the Competition Act, and so the issue for you, or one of them is, does proposed subsection 96 fit within the unifying purpose of the act? If it does, it belongs there.

Justice Rothstein says it does. Look at the purposes of the act. There are four of them.

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

moyen d'augmentations de prix? Le tribunal de la concurrence a réfléchi à ces questions et a décidé que ce ne sont pas des effets négatifs, mais en fait des effets favorables du point de vue de l'économie canadienne, et il n'en a donc pas tenu compte dans les arguments contre la fusion.

Honorables sénateurs, je vous demande maintenant de vous reporter à l'onglet un, page 9 de notre mémoire. C'est un passage de la décision rendue par M. le juge Rothstein, de la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Supérieur Propane*. Le juge Marshall Rothstein a été membre du Tribunal de la concurrence et il a été l'un des principaux avocats spécialisés dans le domaine de la concurrence au Canada avant d'être nommé juge à la Cour fédérale. Il est maintenant juge à la Cour d'appel. Il comprend le droit de la concurrence. Voici ce qu'il dit à la page 9:

Le Tribunal n'a pas adopté le modèle précis qui avait été proposé par le professeur Townley, mais il a utilisé ce modèle comme fondement de son évaluation de l'étendue des effets anticoncurrentiels. À cette fin, compte tenu des objectifs exposés à l'article 1.1 de la loi, le tribunal a considéré expressément les effets suivants: la perte sèche, l'action interdépendante et concertée des concurrents, la qualité de service et les programmes de clientèle, les provinces de l'Atlantique, les marchés liés, la perte de gains potentiels en efficacité dynamique, le monopole, et les petites et moyennes entreprises.

Le passage suivant est important:

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

Le juge Rothstein a conclu que ce que le tribunal avait fait en application de l'article 96, c'était de prendre en compte tous les facteurs, ce qui était conforme avec l'objectif énoncé de la Loi sur la concurrence, à l'article 1.1.

Je vous demande maintenant de consulter l'onglet neuf, page 11, et vous verrez le texte de l'article 1.1, qui est la disposition énonçant l'objet de la loi. Par conséquent, la question qui se pose à vous, ou en tout cas l'une des questions, est la suivante: l'article 96 proposé cadre-t-il avec l'objet de la loi? Si c'est le cas, il a sa place dans la loi.

Le juge Rothstein dit qu'il a sa place. Voyez quels sont les objectifs de la loi. Il y en a quatre.

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

Whereas the commissioner's amendment here is focused only on item 4, in fact, the purpose clause is a delicate balance of four interests, and Justice Rothstein says what the tribunal did in *Superior Propane* was balance all four of those interests.

The Chairman: Mr. Finkelstein, could I ask you to pause for a moment because I want to make sure all my colleagues are on the same page.

Mr. Finkelstein: Literally speaking. My first quote was tab one, page nine. The second was tab nine, page 11.

Mr. Finkelstein: The tab nine, from our brief to you last November, Bill C-249, An Act to amend the Competition Act, Neil Finkelstein, Brian Facey, et cetera. I appeared here in November, but the submission was dated October 30. Mr. Facey and I were here November 6. It is paragraph 37. Is that helpful?

The Chairman: Thank you very much.

Mr. Finkelstein: Our submission is that section 96, as it is written, is number one, good policy. It is good policy to permit a merger where the efficiencies outweigh the bad effects by a factor of three and one-half to one, and it is good policy to leave a provision that has been tested in court, where the court says that it is consistent with the purpose clause.

Therefore, we should leave the current rules in place so that the commissioner will be able to block mergers that are bad for Canada, in other words, where the efficiencies are less than the bad effects, but not able to block mergers that are good for Canada as she would have been able to do or as Mr. von Finckenstein would be able to do, had this amendment been in place at the time of *Superior Propane*.

When the commissioner comes tomorrow, I submit that you should ask her these questions. Many of the price increases in *Superior Propane* were to large foreign concerns or foreign controlled Canadian companies, thus transferring wealth from foreign shareholders to Canadian shareholders. Why is that a bad thing?

Many price increases were from huge companies many times Superior's size: Shell, Imperial Oil, Tech Mines, Bombardier, CN and CP. There was a transfer from one shareholder group to another. Why is that a bad thing?

While Mr. Jorré was the acting commissioner, he heard our submissions on November 6. He wrote you a letter that is dated November 10. On the second page, he responds to my comments, and says,

While it is true the large petroleum companies are important customers of Superior Propane, notably because they buy propane for resale to automotive customers, the

L'amendement que propose ici le commissaire vise seulement le quatrième de ces objectifs, alors qu'en fait, la disposition énonçant l'objet de la loi présente un équilibre délicat entre quatre pôles d'intérêt, et le juge Rothstein dit que ce que le tribunal a fait dans l'affaire *Supérieur Propane*, c'était de mettre dans la balance l'ensemble de ces quatre intérêts.

Le président: Monsieur Finkelstein, je vous demanderais de faire une brève pause, car je veux m'assurer que tous mes collègues sont à la même page.

M. Finkelstein: Oui, littéralement. Ma première citation était à l'onglet un, page 9. La deuxième est à l'onglet neuf, page 11.

M. Finkelstein: L'onglet neuf, tiré de notre mémoire qui vous a été présenté en novembre dernier sur le projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence, Neil Finkelstein, Brian Facey, et cetera. J'ai comparu ici en novembre, mais le mémoire était daté du 30 octobre. M. Facey et moi-même avons comparu ici le 6 novembre. C'est à l'article 37. Cela vous aide-t-il?

Le président: Merci beaucoup.

M. Finkelstein: Nous soutenons que l'article 96, tel qu'il est libellé actuellement, représente, premièrement, une bonne politique. C'est une bonne politique de permettre une fusion lorsque les gains d'efficacité l'emportent sur les effets négatifs par un facteur de trois et demi à un, et c'est une bonne politique de laisser en place une disposition qui a été confirmée par les tribunaux, dont les tribunaux disent qu'elle est conforme à la disposition d'objet.

Par conséquent, nous devrions laisser en place les règles actuelles pour que le commissaire soit en mesure d'empêcher les fusions qui sont mauvaises pour le Canada, c'est-à-dire lorsque les gains d'efficacité sont moindres que les conséquences négatives, mais qu'il ne puisse pas faire obstacle aux fusions qui sont bonnes pour le Canada comme elle aurait pu le faire ou comme M. von Finckenstein aurait pu le faire, si cet amendement avait été en place, au moment de l'affaire *Supérieur Propane*.

Quand la commissaire viendra demain, je vous invite à lui poser ces questions. Dans l'affaire *Supérieur Propane*, beaucoup des augmentations de prix étaient assumées par de grandes entreprises étrangères ou des compagnies canadiennes appartenant à l'étranger, opérant ainsi un transfert de richesse des actionnaires étrangers aux actionnaires canadiens. En quoi est-ce mauvais?

Beaucoup d'augmentations de prix étaient assumées par des compagnies gigantesques, beaucoup plus grandes que Supérieur: Shell, Imperial Oil, Tech Mines, Bombardier, CN et CP. Il y avait un transfert d'un groupe d'actionnaires à un autre. En quoi est-ce mauvais?

Quand M. Jorré était le commissaire par intérim, il a entendu notre présentation le 6 novembre. Il vous a écrit une lettre qui est datée du 10 novembre. À la deuxième page, il répond à mes observations en ces termes:

Bien qu'il soit vrai que les grandes sociétés pétrolières sont d'importants clients de Supérieur Propane, surtout parce qu'elles achètent du propane dans le but de le revendre

largest segment of Superior Propane's sales are to customers who use propane for heating, cooking and farming. These are residential and commercial customers and agricultural customers who are being damaged by the merger.

You have to ask the commissioner to come clean. Mr. Jorré said that propane is used for heating. This is the function of propane. Petroleum companies use it when they mine. Propane is used to heat large commercial buildings and large construction companies; it is used to heat swimming pools and country houses; it is used to heat trailer parks. The tribunal considered all of that mix.

Mr. Jorré said it is used for cooking. Yes. It is used for barbecues. We heard from many of McDonalds operators. People use it in trailer parks. The tribunal took all of these parties into consideration. He referred to agriculture where propane is used by both huge agricultural concerns, and by small farmers.

When Mr. Jorré wrote this letter he did not mention that the tribunal considered all of these factors and figured out which effects were bad and which effects were not bad. The tribunal said that after considering all of this, the bad effects were \$8.6 million. Mr. Jorré did not think that the legislation was bad but that he disagreed with the tribunal's assessment. He disagrees with the tribunal's finding as to what was bad and what was not. I do not believe that is good enough reason to change the legislation.

I have heard it said that the commissioner lost the *Superior Propane* case because he led a bad case and made errors in calculation. I am not here to protect the commissioner, as you may have guessed. However, that assessment of the commissioner's performance is harsh. The criticism has been made by academics that were not in the courtroom, and if they had been present I would have cross-examined them myself, and then we would have seen what the tribunal would have done.

Second, you do not change legislation because the commissioner may have goofed in one case. You wait until more cases are decided and the legislation has been shown to be bad policy. That was not the case in the *Superior Propane* case.

The Chairman: You know how your presentations are structured. I need your advice. Are we better off to wait for questions until you both have given your presentations?

Mr. Finkelstein: You give us too much credit when you say we know how our presentations will go. We have anticipated we would do it this way. I would speak first. Mr. Facey would speak second for not more than 15 minutes, and then the senators would ask us questions.

aux automobilistes, il n'en demeure pas moins que le gros des ventes de Supérieur Propane sont faites directement aux clients qui utilisent le propane pour le chauffage, la cuisine et l'agriculture. Ce sont des clients résidentiels et commerciaux ainsi que des clients agricoles qui subissent les conséquences négatives de la fusion.

Vous devez demander au commissaire de mettre cartes sur table. M. Jorré a dit que le propane est utilisé pour le chauffage. C'est en effet à cela que sert le propane. Les sociétés pétrolières s'en servent pour les forages. Le propane sert à chauffer de grands immeubles commerciaux et d'importantes entreprises de construction; il sert à chauffer des piscines et des chalets; il sert à chauffer des caravanes. Le tribunal a tenu compte de toutes ces utilisations.

M. Jorré a dit qu'il sert à faire la cuisine. Oui. On s'en sert pour les barbecues. Nous avons entendu beaucoup d'exploitants de restaurants McDonald. Les gens s'en servent dans leur caravane. Le tribunal a pris en compte tous ces multiples aspects. Le juge a fait allusion à l'agriculture, où le propane est utilisé à la fois par d'immenses exploitations agricoles et par de petits agriculteurs.

Quand M. Jorré a écrit cette lettre, il a omis de mentionner que le tribunal a pris en compte l'ensemble de ces facteurs et a déterminé quels effets étaient mauvais et lesquels ne l'étaient pas. Le tribunal a dit, après avoir pris en compte l'ensemble de tout cela, que les mauvais effets totalisaient 8,6 millions de dollars. M. Jorré ne croyait pas que la loi était mauvaise, seulement il était en désaccord avec l'évaluation du tribunal. Il n'est pas d'accord avec la conclusion du tribunal quant à savoir ce qui était mauvais et ce qui ne l'était pas. Je ne crois pas que ce soit une raison suffisante pour changer la loi.

J'ai entendu des gens dire que le commissaire a perdu sa cause dans l'affaire *Supérieur Propane* parce qu'il avait mal plaidé sa cause et qu'il avait fait des erreurs de calcul. Je ne suis pas ici pour protéger le commissaire, comme vous l'avez peut-être deviné. Cependant, cette évaluation de la performance du commissaire est sévère. Ces critiques ont été formulées par des universitaires qui n'étaient pas présents dans la salle d'audience; s'ils avaient été présents, je les aurais contre-interrogés moi-même et l'on aurait bien vu alors quelle décision le tribunal aurait rendue.

Deuxièmement, on ne change pas la loi parce que le commissaire a peut-être commis une gaffe dans un dossier. On attend que des décisions soient rendues dans d'autres affaires et qu'il ait été démontré que la loi est mauvaise. Ce n'était pas le cas dans l'affaire *Supérieur Propane*.

Le président: Vous savez comment nos audiences sont structurées. Je vous demande conseil. Serions-nous mieux d'attendre que vous ayez tous les deux fait votre exposé avant de poser nos questions?

M. Finkelstein: Vous nous attribuez trop de mérite quand vous dites que nous savons comment vos audiences sont structurées. Voici comment nous avons prévu de procéder. Je parlerais en premier, M. Facey parlerait ensuite pendant au plus 15 minutes, et ensuite les sénateurs nous poseraient des questions.

The Chairman: Please proceed. Mr. Facey. That is fine with us.

Mr. Brian A. Facey, Lawyer, Blake, Cassels & Graydon, LLP, as an individual: I have three points to make this afternoon. The first point is that Bill C-249 has not been the subject of sufficient input for such complex framework legislation. The language of Bill C-249 has been a moving target, so to speak, and has existed in its current form only since March 2003, when it was last amended significantly. It is reaction to the *Superior Propane* case, which is obvious. It is not supported by any studies or empirical analyses calling for the reform of this country's merger laws.

The second point is that at its best, proposed Bill C-249 greatly reduces the role of efficiencies in merger review in Canada. At its worst, it eliminates them altogether.

The third point is that the current Canadian approach is not, contrary to what some have said before you, ridiculed in other nations. In fact, if anything, it is envied by other nations.

Let me turn to my first point. No empirical studies or economic studies have been called for or shown that there is a need to amend the country's merger laws. We are talking about a reaction to one case.

I submit that the proposed legislation before you has not been sufficiently studied for the following reasons: First, it has been a bit of a moving target. Bill C-249 first appeared as Bill C-509.

The merger laws remained the same in Bill C-248 and then in Bill C-249 until March 31, 2003. On that date, the Honourable Dan McTeague, the author of the various iterations of the bill, introduced an amendment, which removed the contents entirely and replaced them with a different provision. Those who were to testify before the industry committee at that time basically admitted that their submissions were of little relevance to the bill that was in place.

In the package of materials that we have provided to you, we have included Bill C-509. I know that your materials are not tabbed, but it is at the end of our first submission. It is labelled as Bill C-509. If you would please turn to that, I will spend a few moments going through it with you.

Bill C-509 did not make a change in terms of deleting section 96(1). It added two subsections: subsection 4 and subsection 5. Subsections 4 and 5 read as follows:

(4) For the purposes of subsection (1), gains in efficiency cannot offset the effects of a lessening or prevention of competition unless the majority of the benefits derived or to

Le président: Allez-y, monsieur Facey. Cela nous convient parfaitement.

M. Brian A. Facey, avocat, Blake, Cassels & Graydon, LLP, témoignage à titre personnel: J'ai trois observations à faire cet après-midi. La première est que le projet de loi C-249 n'a pas fait l'objet de suffisamment d'interventions pour une mesure législative aussi complexe. Le libellé du projet de loi C-248 est une cible mouvante, pour ainsi dire, puisque la mesure existe dans sa forme actuelle seulement depuis mars 2003, date à laquelle elle a été modifiée en profondeur. De toute évidence, c'est une mesure proposée en réaction à la décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane*. Elle n'est pas appuyée par de quelconques études ou analyses empiriques préconisant une réforme de la législation canadienne sur les fusions.

La deuxième observation, c'est que, dans le meilleur des cas, le projet de loi C-249 réduit grandement le rôle des gains d'efficacité dans l'étude des fusions au Canada. Au pire, il élimine complètement ce rôle.

Troisièmement, l'approche canadienne actuelle n'est pas, contrairement à ce que certains vous ont dit, tournée en ridicule dans d'autres pays. En fait, je dirais plutôt qu'elle fait l'envie des autres pays.

Je reviens à mon premier point. Aucune étude empirique ou économique n'a démontré un besoin quelconque de modifier la législation canadienne en matière de fusions. Il s'agit ici d'une réaction à une seule affaire.

Je soutiens que la mesure législative dont vous êtes saisis n'a pas été suffisamment étudiée, pour les raisons suivantes: premièrement, elle a été en quelque sorte une cible mouvante. Le projet de loi C-249 est d'abord apparu sous la forme du projet de loi C-509.

La législation en matière de fusions est demeurée la même dans le projet de loi C-248 et ensuite dans le C-249, jusqu'au 31 mars 2003. À cette date, l'honorable Dan McTeague, l'auteur des diverses versions du projet de loi, a proposé un amendement consistant à en supprimer intégralement le contenu pour le remplacer par une disposition différente. Ceux qui étaient appelés à comparaître devant le Comité de l'industrie à ce moment-là ont dû admettre que leurs mémoires n'avaient que peu de pertinence compte tenu du nouveau projet de loi à l'étude.

Dans la trousse de documents que nous vous avons remise, nous avons inclus le projet de loi C-509. Je sais que votre pile de documents ne comporte pas d'onglets, mais c'est à la fin de notre premier mémoire. C'est intitulé projet de loi C-509. Je vous demanderais de tourner à cette page, car je vais passer quelques instants à discuter de cela avec vous.

Le projet de loi C-509 ne proposait pas de supprimer le paragraphe 96(1). Il ajoutait plutôt deux paragraphes: le paragraphe (4) et le paragraphe (5), dont voici le texte:

(4) Pour l'application du paragraphe (1), les gains en efficacité ne peuvent neutraliser les effets de la diminution ou de l'empêchement de la concurrence à moins que la

be derived from such gains in efficiency are being or likely to be passed on to customers within a reasonable time in the form of lower prices.

(5) This section does not apply where, after the transaction has been completed, the merger or proposed merger, will result or is likely to result in the creation or strengthening of a dominant market position.

There are seven significant changes from that bill to the amendment that was introduced on March 31. The first change is that subsection 5, which deals with the creation of a dominant position, has been deleted. The second change is that the bill before you now refers to section 93 of the Competition Act. In other words, it is no longer just changing 96(1) it is now referring you back indirectly, making a change into section 93. I will return to that, because it is critically important in terms of changing the definition of what is a substantial lessening of competition.

The third change is that it kept the concept of “greater than” and “offset,” as it initially appeared in section 96(1).

Fourth, it refers to the majority of benefits being derived from the transaction being passed on. That is a change from the current provision, which requires them all to be passed on.

Fifth, it talks about these things being passed on in a reasonable time. There is no mention of time in the current provision.

Sixth, it talks about it being done in the form of lower prices, whereas currently it talks about it in terms of competitive prices and product choices.

Those are the six changes from the amendment from the Honourable Dan McTeague on that date. I submit that they are significant.

On the same day the Commissioner of Competition at the time, appeared before the industry committee on the same day and suggested a further change. That was to change the word “shall” to “may.” Therefore, the bill that is before you now had one other change, where it says that the tribunal “may consider efficiencies,” it used to say “shall consider efficiencies.” That change was made on March 30.

Some witnesses before you have suggested that this is not a significant change, that “may” means “shall” and it is not a big deal. I submit to you that it is a very significant change. It gives the tribunal the power to completely ignore efficiencies in the context of any given case.

majorité des avantages retirés ou à être retirés de ces gains en efficacité sera transmise ou sera vraisemblablement transmise aux clients dans un délai raisonnable sous la forme d'une diminution de prix.

(5) Le présent article ne s'applique pas lorsque, après que la transaction soit complétée, le fusionnement, réalisé ou proposé, résultera ou résultera vraisemblablement en la création ou au renforcement d'une position dominante dans un marché.

Il y a sept changements importants entre ce projet de loi et l'amendement qui a été présenté le 31 mars. Le premier changement est que le paragraphe (5), qui traite de la création d'une position dominante, a été supprimé. Le deuxième changement est que le projet de loi dont vous êtes maintenant saisis mentionne l'article 93 de la Loi sur la concurrence. Autrement dit, il ne modifie plus seulement le paragraphe 96(1), il vous renvoie indirectement à l'article 93 qu'il se trouve à modifier. J'y reviendrai, parce que c'est d'une importance cruciale en ce sens que cela change la définition de ce qui constitue une réduction sensible de la concurrence.

Le troisième changement est que l'on a conservé les notions de «surpasser» et «neutraliser», telles qu'elles figuraient initialement au paragraphe 96(1).

Quatrièmement, on dit que la majorité des avantages découlant de la transaction doivent être transmis. C'est un changement par rapport à la disposition actuelle, qui exige que la totalité des avantages soient transmis.

Cinquièmement, on dit que les avantages en question doivent être transmis dans un délai raisonnable. Le temps n'est pas pris en compte dans la loi actuelle.

Sixièmement, on dit que cela doit se faire sous la forme d'une diminution de prix, alors que dans la mesure proposée, il est plutôt question de prix compétitifs ou d'un choix dans les produits.

Ce sont les six changements figurant dans l'amendement proposé ce jour-là par l'honorable Dan McTeague. Je soutiens qu'ils sont importants.

Le même jour, le commissaire de la concurrence de l'époque a comparu devant le Comité de l'industrie et a proposé un autre changement. Il s'agissait de remplacer le mot «doit» par «peut». Par conséquent, le projet de loi dont vous êtes maintenant saisis a subi encore un autre changement puisqu'il stipule que le tribunal «peut tenir compte des gains en efficacité», alors qu'il se lisait auparavant «doit tenir compte des gains en efficacité». Ce changement a été apporté le 30 mars.

Certains témoins que vous avez entendus ont déclaré que ce n'est pas un changement important, que «peut» signifie «doit» et que cela revient au même. Je vous affirme que c'est un changement très considérable. Cela donne au tribunal le pouvoir de ne tenir aucun compte des gains d'efficacité dans le contexte d'une affaire donnée.

In our submission, on page 6, there is a passage I would like to draw your attention to. In response to questioning from Mr. McTeague questioning the former commissioner about the change from “shall” to “may,” the commissioner stated:

If you put in the word “shall” as you have, it is automatically part of every challenged merger. I do not think that is the intent you had in mind. You want to ensure the tribunal would look at these things this context.

In response, Mr. McTeague commented:

I was convinced the word was significant, so I thank you for pointing that out.

I will return to that in a moment.

In addition, I want to draw to your attention a recent publication by the Public Policy Forum. The Public Policy Forum has been retained by the Competition Bureau in respect of other changes that are going on to the Competition Act. We outlined some of those changes the last time we were here. That process was completed, and on April 8, the Public Policy Forum issued its report entitled “The National Consultation on the Competition Act Final Report.”

In that report, there is an amendment to what is currently section 45 of the Competition Act. It is a rather large amendment, which is in a new section, section 79.11. In that, it sets out language identical to Bill C-249, although note that it is not a stand-alone provision. It is built into the provision. In any event, here is what the PPF has to say about the same language as Bill C-249. I am reading from page 7 of our submission.

The Chairman: Is this April 2004?

Mr. Facey: Yes, April 8, 2004.

The highlighted portion in our submission says:

At some round tables, intervenors discussed the treatment of efficiencies proposed in the draft civil strategic alliances provisions, as well as the role of efficiencies under the act generally, and the approach proposed in Bill C-249. Although intervenors agreed that efficiencies ought to be considered in the review of strategic alliances and mergers, opinions diverged on how best to deal with efficiencies in those contexts.

Then they conclude the following:

A large majority of intervenors reported concerns with the draft provisions proposed in the discussion paper and indicated that any changes should be approached with more study and careful consideration.

Dans notre mémoire, à la page 6, il y a un passage sur lequel j'attire votre attention. En réponse à des questions posées par M. McTeague au sujet du remplacement de «doit» par «peut», l'ancien commissaire a déclaré:

Si vous gardez le mot «shall», comme dans votre proposition, ce facteur devra être pris en compte chaque fois qu'il y a contestation d'un fusionnement. À mon avis, telle n'était pas votre intention. Vous voulez plutôt vous assurer que le tribunal tiendra compte de ce facteur selon le contexte.

En réponse, M. McTeague a dit:

J'étais convaincu de l'importance de ce mot-là, et je vous remercie donc pour cette précision.

J'y reviendrai dans un instant.

En outre, je veux attirer votre attention sur une publication récente du Forum des politiques publiques. Le Bureau de la concurrence a retenu les services du Forum des politiques publiques pour examiner d'autres changements qui sont apportés à la Loi sur la concurrence. Nous avons exposé certains de ces changements la dernière fois que nous avons comparu devant vous. Ce processus a été complété et le 8 avril, le Forum des politiques publiques a publié son rapport intitulé «Consultation nationale au sujet de la Loi sur la concurrence — Rapport final».

Dans ce rapport, on propose d'apporter une modification à l'actuel article 45 de la Loi sur la concurrence. C'est un amendement assez volumineux qui prendrait la forme d'un nouvel article numéroté 79.11. En fait, son libellé est identique à celui du projet de loi C-249, mais il faut noter que ce n'est pas une disposition en soi. Le texte est intégré au libellé de la loi. Quoi qu'il en soit, voici ce que le FPP a à dire au sujet d'un libellé identique à celui du C-249. Je lis la page 7 de notre mémoire.

Le président: C'était en avril 2004?

M. Facey: Oui, le 8 avril 2004.

Voici le passage surligné de notre mémoire:

Au cours de tables rondes, les intervenants ont débattu du traitement des gains en efficacité proposé dans l'ébauche des dispositions civiles sur les alliances stratégiques, de leur rôle en général aux termes de la loi et de l'approche proposée dans le projet de loi C-249. Ils ont convenu qu'on devait tenir compte des gains en efficacité au cours de l'examen des alliances stratégiques et des fusionnements, mais ils ne se sont pas entendus sur la meilleure manière de le faire dans ces contextes.

Et l'auteur conclut en ces termes:

Une grande majorité des intervenants ont soulevé leur inquiétude au sujet des amendements proposés dans le document de travail et ont souligné le besoin de faire preuve de prudence et d'étudier la question plus à fond.

Two observations are important here. First, there is agreement that efficiencies should be considered in the review of mergers; yet the change from “shall” to “may,” as I have discussed, clearly runs counter to this agreed upon view.

Second, a large majority of intervenors reported concerns and indicated that further study and careful consideration ought to be had before we tinker with legislation of this importance. That is my conclusion on the first point.

At best, Bill C-249 greatly reduces the role of efficiencies and merger review, and at worst, it eliminates them altogether. This is rather technical in terms of being a matter of economics and law and economics, but I have three points to make here.

The first is that efficiencies do not affect the determination of whether there has been a substantial lessening of competition. The ability to reduce your costs has nothing to do with your ability to raise prices. That is why changing the legislation to say that in considering substantial lessening of competition you look at efficiencies is significant, because efficiencies do not impact on the ability to raise price.

Point two is that the requirement of a pass on to consumers in the form of price reductions as a matter of basic economics eliminates all fixed-cost savings from being submitted. Fixed-cost savings are the reduction of things that do not vary with your output. They are all irrelevant because they have no direct impact on price, yet they are an important aspect of resource savings to an economy like ours.

Last, the use of word “may” rather than “shall” further reduces the role of efficiencies in Canada’s merger policies because the tribunal can completely ignore them, at its discretion.

I note that Mr. Tom Fina from Howrey and Simon will be here tomorrow and he will speak to this issue in greater detail. He will be able to address this issue from an American perspective. However, a witness before you has suggested that other countries ridicule the current Canadian approach.

The current Canadian approach is not ridiculed in other countries. It is instead a sophisticated, made-in-Canada approach that requires us to look at the net benefit of the Canadian economy. Neither Mr. Finkelstein nor myself, or any of the members of our firm have had that experience.

We would be happy now to take questions.

Senator Harb: You mentioned the consumer as well as the economy as a whole, when you discussed efficiencies.

Ces deux observations sont importantes en l’occurrence. Premièrement, on s’entend pour dire que les gains d’efficience doivent être pris en compte dans l’étude des fusions; or le remplacement de «doit» par «peut», comme je l’ai expliqué, est clairement contraire à ce point de vue qui fait consensus.

Deuxièmement, une grande majorité des intervenants soulèvent des inquiétudes et soulignent qu’il faut faire preuve de prudence et étudier la question plus à fond avant de retoucher une loi d’une telle importance. C’est ma conclusion sur le premier point.

Au mieux, le projet de loi C-249 réduit grandement le rôle de l’examen des gains d’efficience dans l’étude des fusions, et au pire, il l’élimine complètement. Mon argumentation devient maintenant assez technique parce qu’elle soulève à la fois des points de droit et d’économie, mais j’ai trois observations à faire.

Premièrement, les gains d’efficience n’entrent nullement en ligne de compte quand il s’agit de déterminer s’il y a eu réduction sensible de la concurrence. La possibilité de réduire ses coûts n’a rien à voir avec la capacité d’augmenter ses prix. C’est pourquoi le fait de changer la loi pour stipuler que, pour déterminer s’il y a diminution sensible de la concurrence, il faut examiner les gains d’efficience constitue un changement important, parce que les gains d’efficience n’influent pas sur la capacité d’augmenter les prix.

Deuxièmement, l’obligation de transmettre les avantages aux consommateurs sous forme de baisse de prix exclut du champ d’étude toutes les économies au chapitre des coûts fixes, pour des raisons élémentaires en sciences économiques. Les coûts fixes, ce sont tous les coûts qui ne varient pas en proportion de la production. Ils sont ainsi exclus puisqu’ils n’ont aucune incidence directe sur les prix, mais ils n’en demeurent pas moins un facteur important des économies de ressources dans une économie comme la nôtre.

Enfin, l’utilisation du mot «peut» au lieu de «doit» réduit encore davantage le rôle des gains d’efficience dans l’étude des fusions au Canada parce que le tribunal peut choisir de n’en tenir aucun compte, à son gré.

Je signale que M. Tom Fina, de Howrey et Simon, témoignera devant vous demain et traitera de cette question de façon plus détaillée. Il pourra aborder cette question du point de vue américain. Cependant, un témoin qui a déjà comparu vous a dit que dans d’autres pays, on tourne en ridicule l’approche canadienne actuelle.

L’approche actuellement adoptée au Canada n’est pas ridiculisée à l’étranger. C’est plutôt une approche sophistiquée et typiquement canadienne, qui nous oblige à tenir compte de l’avantage net pour l’économie canadienne. Ni M. Finkelstein ni moi-même ni aucun autre avocat de notre cabinet n’a jamais eu vent de tels commentaires négatifs.

Nous sommes maintenant à votre disposition pour répondre aux questions.

Le sénateur Harb: Vous avez mentionné le consommateur ainsi que l’économie dans son ensemble, au sujet des gains d’efficience.

At what point in time would you determine that a particular merger would benefit the consumer in reduced prices as opposed to the merger benefiting the Canadian economy?

How do you manage that balancing act?

I am referring to your statement that the merger would create a company that would become one of the largest 15 in the world, and, therefore, benefit the Canadian economy as a whole.

Mr. Finkelstein: To clarify, I did not say anything about top 15.

Senator Harb: It is in your brief.

Mr. Finkelstein: I see.

Senator Harb: The brief is part of your presentation, is it not?

Mr. Finkelstein: Yes, I just misunderstood. I thought you were saying I said something, but let me answer your questions.

If prices go down as a consequence of the merger, then this amendment is irrelevant because there will be no substantial lessening of competition.

You will recall that the tribunal only has jurisdiction to take apart a merger if there are price increases. That is where there is a substantial lessening of competition. If there are decreases in price to consumers, this whole discussion is irrelevant.

The discussion only becomes relevant when there are price increases. At that point, you must refer to section 96 that says that when the efficiencies are greater than and offset the effects of lessening of competition, the merger must proceed. In other words, if they cause a transfer from a foreign corporation or foreign shareholders to a Canadian corporation or Canadian shareholders they are not bad. If the bad effects are less than the efficiencies, the merger goes through. That is consistent with the purpose clause, which says that a balance has to be made of the four factors that I recited to you. That is what the tribunal does on a case-by-case basis.

The tribunal asks about the efficiencies and the bad effects. They question the bad effects based on whether they are poor consumers, or whether they are bad because of the nature of consumers. In other words, the example given by Peter Townley is of a very poor group of producers creating a type of car seat that is used only by owners of Rolls Royce and Mercedes Benz cars. If you raise the price of those car seats, there is a transfer from the very rich consumer to the poor producer. That would be considered a good transfer.

À partir de quel point en arriveriez-vous à la conclusion qu'une fusion en particulier apporterait un avantage pour le consommateur sous forme de baisses de prix, par opposition à une fusion qui avantagerait l'économie canadienne?

Comment faites-vous la part des choses entre les deux?

Vous avez dit que la fusion créerait une compagnie qui deviendrait l'une des 15 plus grandes au monde et que, par conséquent, la fusion avantagerait l'économie canadienne globalement.

M. Finkelstein: Je voudrais préciser que je n'ai pas parlé des 15 plus grandes.

Le sénateur Harb: C'est dans votre mémoire.

M. Finkelstein: Je vois.

Le sénateur Harb: Le mémoire fait partie de votre présentation, n'est-ce pas?

M. Finkelstein: Oui, j'avais mal compris. Je pensais que vous disiez que j'avais dit quelque chose, mais permettez que je réponde à vos questions.

Si les prix baissent en conséquence de la fusion, alors cet amendement n'entre pas en ligne de compte parce qu'il n'y aura pas réduction sensible de la concurrence.

N'oubliez pas que le tribunal a seulement compétence pour bloquer une fusion s'il y a des augmentations de prix. C'est le cas lorsqu'il y a diminution sensible de la concurrence. Si les prix à la consommation baissent, toute cette discussion n'est pas pertinente.

La discussion ne devient pertinente que s'il y a augmentation des prix. À ce moment-là, il faut se reporter à l'article 96 qui stipule que lorsque les gains d'efficacité surpassent ou neutralisent les effets de la diminution de la concurrence, la fusion doit être autorisée. Autrement dit, si les gains causent un transfert d'une entreprise étrangère ou d'actionnaires étrangers à une entreprise canadienne ou à des actionnaires canadiens, ils ne sont pas mauvais. Si les effets nocifs sont moins importants que les gains d'efficacité, la fusion a lieu. C'est conforme à la disposition qui énonce l'objet de la loi, laquelle stipule qu'il faut établir l'équilibre entre les quatre facteurs que je vous ai énumérés. C'est ce que le tribunal fait au cas par cas.

Le tribunal s'interroge sur les gains d'efficacité et sur les effets négatifs. Il se demande si les effets négatifs sont mauvais parce qu'ils touchent des consommateurs pauvres, ou bien à cause de la nature des consommateurs. Autrement dit, l'exemple donné par Peter Townley est celui d'un groupe de producteurs très pauvres qui créent un type de siège d'automobile utilisé seulement par les propriétaires de voitures Rolls Royce et Mercedes-Benz. Si l'on augmente le prix de ces sièges, il y a un transfert d'un consommateur très riche à un producteur pauvre. Ce serait considéré comme un bon transfert.

You have asked me if I have considered any particular case. It is not a consideration, sir, of a particular case. It is a set of principles enunciated in section 1.1, given effect to by section 96, which the tribunal deals with on a case-by-case basis.

Senator Harb: What would you say to some who may achieve merger, notwithstanding whether or not it will improve on the whole issue of competition in the marketplace, efficiency in the marketplace, or the national interests in terms of economic benefit to society as a whole? What would you say to those who achieve mergers through acquisitions? In other words, what would you say in the case where a merger is achieved through the back door of acquisitions?

Mr. Finkelstein: Well, again, section 96, as it is written now, only allows the efficiencies to be counted, which would not be achieved absent the merger. I understand the premise of your question to be this: If efficiencies could be achieved with a merger, or they could be achieved in a different way without the merger, what would I say to that merger?

What the current section says is those efficiencies that would be achieved other than through the merger do not count, and so, for example, we had what in *Superior Propane*. ICG Superior Propane was a merger between Superior and ICG. ICG was going to set up call centres to achieve enormous efficiencies through the use of these call centres. They had not been achieved yet at the time of the merger, but they were on the drawing board very close to implementation. Those efficiencies were not counted in favour of the merger and were not part of the \$25 million.

Your question is a good one, but it is already comprehended by the section that is in force now.

Senator Tkachuk: Please help me with this concept of efficiencies. I have always thought that efficiencies would result in cheaper prices. I need to understand how economists can mark up efficiencies.

I believe one of the witnesses used the example of two or three trucks hauling when one truck could do the job. It reminded me of when a socialist candidate for the NDP in Saskatoon in the 1970s ran a campaign on getting rid of service stations because there were too many of them. The candidate said it would be more efficient to have a gas station every five blocks rather than have three in one block. Someone would have to control that kind of monopoly, which would not decrease the price of gas but would make it more expensive. It would create a situation where everyone would then be lining up rather than having the convenience of a service station at his or her disposal. There are also other factors.

I just do not understand how people can add up non-existent efficiencies when they are charging higher prices to absorb them. If they are more efficient, then the price of propane should be cheaper.

Vous m'avez demandé si j'ai tenu compte d'un cas en particulier. Il ne s'agit pas, monsieur, de s'attarder à un cas particulier. C'est une série de principes énoncés à l'article 1.1, dont l'application est prévue à l'article 96, et que le tribunal applique au cas par cas.

Le sénateur Harb: Que diriez-vous d'une société qui réaliserait une fusion, peu importe qu'elle ait des résultats favorables en termes de concurrence, d'efficacité, de l'intérêt national, du bien-être économique de la société dans son ensemble, si une telle fusion était réalisée au moyen d'acquisitions. Autrement dit, que diriez-vous si quelqu'un réalisait une fusion indirectement, en procédant à des acquisitions?

M. Finkelstein: Eh bien, encore une fois, l'article 96, tel qu'il est libellé actuellement, permet seulement de tenir compte des gains d'efficacité qui ne seraient pas réalisés en l'absence de la fusion. Si je comprends bien, votre question est la suivante: si des gains d'efficacité pouvaient être réalisés au moyen d'une fusion, ou s'ils pouvaient être réalisés d'une manière différente, sans procéder à une fusion, qu'est-ce que je dirais de cette fusion?

Actuellement, la loi dit que les gains d'efficacité qui pourraient être obtenus autrement que par la fusion ne comptent pas, comme nous l'avons vu dans l'exemple de *Supérieur Propane*. Il s'agissait d'une fusion entre Supérieur Propane et ICG. La compagnie ICG s'apprêtait à mettre sur pied des centres d'appel qui lui permettraient de réaliser des gains d'efficacité énormes. Ce n'était pas encore chose faite au moment de la fusion, mais c'était prévu et l'on s'apprêtait à le faire. Ces gains d'efficacité n'ont pas été comptés en faveur de la fusion et ne faisaient donc pas partie des 25 millions de dollars.

Vous posez une bonne question, mais la réponse à cette question est déjà prévue par l'article actuellement en vigueur.

Le sénateur Tkachuk: Veuillez m'aider à comprendre cette notion de gain d'efficacité. J'ai toujours cru que des gains d'efficacité entraînent une baisse des prix. Je dois essayer de comprendre comment les économistes peuvent intégrer les gains d'efficacité dans la marge bénéficiaire.

Je crois que l'un des témoins a donné l'exemple de deux ou trois camions utilisés pour transporter des matériaux alors qu'un seul camion ferait l'affaire. Cela m'a rappelé un candidat socialiste du NPD qui faisait campagne à Saskatoon durant les années 70 et qui proposait de fermer des stations-service parce qu'il y en avait trop. Le candidat disait que ce serait plus efficace d'avoir un seul poste d'essence à toutes les cinq rues au lieu d'en avoir trois à la même intersection. Il faudrait que quelqu'un contrôle un tel monopole, ce qui ne ferait pas baisser le prix de l'essence, qui coûterait au contraire plus cher. Tout le monde ferait alors la queue pour acheter de l'essence, au lieu d'avoir la commodité d'aller faire le plein à la station-service au coin de la rue. Et puis il y a aussi d'autres facteurs.

Je ne comprends absolument pas comment on peut additionner des gains d'efficacité non existants alors que l'on exige des prix plus élevés pour les absorber. Si l'entreprise est plus efficace, alors le propane devrait coûter moins cher.

How can it be more expensive? How can they possibly justify the higher price?

I do not care where the transfers come from because sooner or later, there should be a price decrease to affect that efficiency or, put simply, they are not efficient. They are price gouging, if they are a monopoly. That is what everyone wants to be: a monopoly.

How do you add that up and justify it? In three to five years, how can someone say that they are more efficient?

Mr. Finkelstein: Let us talk for a moment about the difference between the monopolist you are talking about in Saskatoon and the case we are talking about here.

It may well be that simply closing service stations is not efficient in the way that we are talking. Allow me to give you the example in *Superior Propane*. I am exaggerating to make a point but this is how the logistical efficiencies were achieved in the *Superior Propane* case.

Assume a situation where you have a street with houses on both sides, and Superior Propane has all the customers on the left side of the street and ICG has all the customers on the right side of the street. You will have one Superior truck driving up the left side of the street to serve customers and one ICG truck driving up the other side of street to serve ICG customers. That is not efficient. You can have one truck driving up the street to serve customers on both sides of the street.

Senator Tkachuk: Yes, but at a higher price.

Mr. Finkelstein: One minute, senator. Pricing is different. The point is —

Senator Tkachuk: No, it is not different.

Mr. Finkelstein: The point is that a real saving can occur with one truck serving both sides of the street. Everyone is being served. Will prices go down? Maybe. Will prices go up? Maybe.

The issue I suggest to you is the question that the tribunal asked: Who is paying the higher prices? How big are the efficiencies savings to the Canadian economy? To what other use can that truck be put?

I know that Mr. Facey is dying to give you the economic answer to your question. I have given you the practical answer to your question, which was dealt with in this case.

Mr. Facey: Very few mergers rely on the efficiencies defence and in few cases does this arise. There can be multiple effects in a troublesome merger where you have both an increase in prices and a huge resource savings to the Canadian economy. You can have multiple effects: prices can go up and costs can go down; trucks that used to deliver propane

Comment peut-il coûter plus cher? Comment peut-on justifier d'exiger un prix plus élevé?

Peu importe d'où viennent les transferts parce que, tôt ou tard, il devrait y avoir une baisse de prix reflétant ce gain d'efficacité, ou alors c'est qu'ils ne sont pas efficaces, purement et simplement. Ils augmentent les prix et pressurent le consommateur, s'ils détiennent le monopole. C'est ce que tout le monde voudrait: un monopole.

Comment pouvez-vous additionner tout cela et justifier l'opération. Comment quelqu'un peut-il prétendre être devenu plus efficace après trois ou cinq ans?

M. Finkelstein: Attardons-nous un instant à la différence entre le monopoliste dont vous parlez à Saskatoon et l'affaire dont nous discutons.

C'est bien possible que la simple fermeture de stations-service ne soit pas efficace de la manière dont nous l'entendons ici. Permettez que je revienne à l'exemple de *Supérieur Propane*. J'exagère aux fins de la démonstration, mais voici comment les gains d'efficacité logistique ont été réalisés dans le cas de *Supérieur Propane*.

Supposons une rue bordée de maisons des deux côtés; Supérieur Propane a tous les clients du côté gauche de la rue et ICG a tous les clients du côté droit. Un camion de Supérieur roule du côté gauche de la rue pour servir les clients, tandis qu'un camion d'ICG roule de l'autre côté de la rue pour servir les clients de la compagnie ICG. Cela n'est pas efficace. On pourrait avoir un seul camion dans cette rue pour servir les clients des deux côtés de la rue.

Le sénateur Tkachuk: Oui, mais à un prix plus élevé.

M. Finkelstein: Un instant, sénateur. Le prix, c'est différent. L'argument...

Le sénateur Tkachuk: Non, ce n'est pas différent.

M. Finkelstein: L'argument est qu'on peut réaliser des économies réelles en ayant un seul camion pour servir les clients des deux côtés de la rue. Tout le monde est servi. Le prix va-t-il baisser? Peut-être. Le prix va-t-il monter? Peut-être.

La problématique, à mon sens, se résume à la question que le tribunal a posée: qui paye les prix plus élevés? Quelle est l'ampleur des gains d'efficacité pour l'économie canadienne? À quel autre usage ce camion peut-il servir?

Je sais que M. Facey meurt d'envie de vous donner la réponse d'un économiste à votre question. J'ai répondu à votre question sur le plan pratique, comme on l'a fait dans l'affaire en question.

M. Facey: Très peu de fusions comptent sur une défense fondée sur les gains d'efficacité et cela se produit rarement. Une fusion problématique peut avoir des effets multiples quand on a à la fois une augmentation des prix et d'énormes économies sur le plan des ressources pour l'économie canadienne. Les effets peuvent être multiples: les prix peuvent monter et ils peuvent aussi baisser; des

can now be used to do something else; and head offices for one process can be now used for something else. It is all part of being put back into the economy.

The question is: What does current law do? The current law asks: Do we care about the price increase to the customer? Yes, we do. We look at that when we look at the deadweight loss. We also look at it in terms of price increases.

The current law states that you have to know who the customers are, how serious the price increases are, whether the customers are low-income Canadians, or people who can bear higher prices because of other benefits to the economy.

The current law says that where the efficiencies are substantial and the socially adverse effects of higher prices are not substantial, we, as a whole, benefit the economy by allowing the merger. In other words, we do not try to protect the small group of customers when there is a much larger benefit for Canada. That is what current law says. In our submission, that is a good test. It looks at the net welfare of Canada over time.

Senator Tkachuk: I am trying hard to understand the economics of the subject. Perhaps it is because I am a little slow but it seems to me that you are justifying efficiencies on the basis that you will be charging a higher price for people who are rich. If you are creating efficiencies, you do not identify to which consumers they apply. You are creating efficiencies so that you have cheaper prices. If there are five competitors, they compete, and the best price wins. Everyone who wants to buy will buy. Government should not decide who buys what or whether rich or poor people should pay. You cannot say that this product is from the Netherlands so they can pay more; who cares about them? What has that to do with anything? Certainly, what has that to do with economics?

I do not understand the scenario with the one truck versus two trucks. If the truck is used for one thing in one place and then used somewhere else for another purpose, what has that to do with the truck because the truck is running? What has that to do with saving anything on the economy?

If you were to bomb the truck and never have to use it again, and not have to pay for the depreciation, I suppose that would be a saving to the economy. If the truck is running somewhere else, what saving is that? Someone else is simply paying for that truck.

Mr. Finkelstein: I will try it another way. I guess if it is your view that, as a matter of public policy it does not matter whether dollars are transferred from a foreign country or foreign shareholders to Canada, if that is not a matter of Canadian policy, then I do not have an answer to that question.

camions qui servaient à livrer du propane peuvent maintenant servir à autre chose; et un siège social peut maintenant être utilisé à d'autres fins. Tout cela se produit quand des ressources sont réinjectées dans l'économie.

La question est: que dit la loi actuelle? Elle pose la question suivante: nous soucions-nous de l'augmentation du prix pour le consommateur? Oui, nous nous en soucions. Nous examinons ce facteur quand nous prenons en compte la perte sèche. Nous étudions aussi cette perte sous l'angle des augmentations de prix.

La loi actuelle stipule qu'il faut savoir qui sont les consommateurs, quelle est l'ampleur de l'augmentation des prix, si les clients sont des Canadiens à faible revenu, ou bien des gens qui peuvent absorber des prix plus élevés étant donné des avantages réalisés par ailleurs dans l'économie.

La loi actuelle stipule que lorsque les gains d'efficacité sont importants et que les effets socialement négatifs de la hausse des prix ne sont pas considérables, nous devons permettre la fusion parce que, globalement, elle est avantageuse pour l'économie. Autrement dit, nous n'essayons pas de protéger le petit groupe de clients quand il y a par ailleurs un avantage plus important pour le Canada. Voilà ce que dit la loi actuelle. Dans notre mémoire, nous disons que c'est un bon critère. Il tient compte du bien-être net de l'ensemble du Canada sur une longue période.

Le sénateur Tkachuk: Je fais des efforts pour comprendre la dimension économique de la question. Je ne suis peut-être pas vite sur mes patins, mais il me semble que vous justifiez des gains d'efficacité en disant que vous ferez payer un prix plus élevé aux gens qui sont riches. Quand on crée des gains d'efficacité, on n'identifie pas les clients auxquels ils s'appliquent. On crée des gains d'efficacité pour offrir des prix plus bas. S'il y a cinq concurrents, celui qui offre les meilleurs prix l'emporte. Tous les acheteurs potentiels vont acheter. Le gouvernement ne devrait pas décider qui achète quoi ou bien si ce sont les riches ou les pauvres qui doivent payer. On ne peut pas dire que tel ou tel produit vient des Pays-Bas, alors ils peuvent bien payer plus cher. Qu'est-ce que ça peut nous faire? Qu'est-ce que cela a à voir avec la question qui nous occupe? Et surtout, qu'est-ce que cela a à voir avec les sciences économiques?

Je ne comprends pas le scénario du camion unique par opposition à deux camions. Si le camion est utilisé à une fin à un endroit, et qu'il est ensuite utilisé à d'autres fins quelque part d'autre, quelle différence cela peut-il faire, puisque le camion roule? En quoi cela permet-il à l'économie d'économiser quoi que ce soit?

Si l'on faisait sauter le camion et que l'on ne s'en servait plus jamais, sans avoir à payer l'amortissement, je suppose qu'il y aurait là une économie nette pour l'économie. Si le camion roule quelque part ailleurs, en quoi cela permet-il d'économiser? Quelqu'un d'autre paye tout simplement pour ce camion.

M. Finkelstein: Je vais essayer d'aborder la question sous un autre angle. Je suppose que si vous êtes d'avis qu'il importe peu, sur le plan de la politique publique, que de l'argent soit transféré d'un pays étranger ou d'actionnaires étrangers au Canada, si cela n'est pas pertinent à la politique canadienne, alors je n'ai pas de réponse à donner à cette question.

My view is that transfers from outside into Canada are good things but, of course, it is not my choice because it is your choice.

On the issue of what that has to do with economics, the current law is not dealt with solely on an economic basis; that is the point.

The Federal Court of Appeal said that section 96 means you consider all of the bad effects. I was careful in my comments to phrase it that way: all of the bad effects. That means economic effects, which are small in this case. The deadweight loss transfer is small. The Federal Court of Appeal said you must also consider bad social effects.

My submission to you is that, as a matter of policy when you are considering social effects, income distribution is important. That is not new. We do that in the Income Tax Act and have done so for many years since the 1919 temporary Income War Tax Act.

Senator Tkachuk: That does not mean it is good.

Mr. Finkelstein: It may not, but I suggest that it is an important variant of Canadian public policy. You may disagree with that, as you are entitled.

You have to be clear that we are talking about are these propositions. Transfers from foreign companies to Canadian companies are good. Section 96 is not just a piece of economic legislation. The court has made it clear that it is socio-economic because social factors must be and are considered.

Senator Tkachuk: I have one more question.

How can you justify taking money from foreign companies, and not giving it to poor people who use propane? How can you justify putting that money into the company's coffers?

What has that got to do with the price of the product? How does that help the poor customer? What does that have to do with income redistribution? What does it have to do with anything? It did not help the poor people in the trailer park; they all paid higher prices.

Mr. Finkelstein: I say this with respect: We are dealing only with the Competition Act. If there are problems of redistribution, those problems are dealt with in many other ways through the Income Tax Act, through various regional grants, and through various social programs.

The Competition Act is concerned only with balancing the four purposes in section 1.1. It is not omnibus legislation; it deals with industrial organization. If there is a problem of rich companies being too rich, that is dealt with in other ways.

Je suis d'avis que des transferts de l'étranger au Canada sont une bonne chose mais, évidemment, ce n'est pas mon choix, parce que c'est votre choix.

Quant à savoir ce que cela a à voir avec la science économique, la loi actuelle ne traite pas strictement du point de vue économique; tout est là.

La Cour d'appel fédérale a dit qu'aux termes de l'article 96, il faut prendre en compte la totalité des effets négatifs. J'ai fait bien attention de formuler cela de cette manière: la totalité des effets négatifs. Cela veut dire les effets économiques, qui sont minimales dans le cas qui nous occupe. Le transfert de pertes sèches est minime. La Cour d'appel fédérale a dit qu'il faut aussi prendre en compte les effets sociaux négatifs.

Ce que je vous dis, c'est que, quand on examine les effets sociaux, en application de la politique, la répartition des revenus est importante. Cela n'est pas nouveau. Nous le faisons en application de la Loi de l'impôt sur le revenu et nous le faisons depuis de longues années, depuis la Loi de l'impôt sur le revenu en temps de guerre adoptée temporairement en 1919.

Le sénateur Tkachuk: Cela ne veut pas dire que c'est une bonne chose.

M. Finkelstein: Peut-être pas, mais je vous dis que c'est une variante importante de la politique publique canadienne. Vous n'êtes peut-être pas d'accord avec cela, comme vous en avez le droit.

Vous devez bien comprendre que ces propositions sont au coeur de notre discussion. Les transferts des compagnies étrangères à des compagnies canadiennes sont une bonne chose. L'article 96 n'est pas une législation purement économique. La cour a dit clairement que c'est socio-économique parce que les facteurs sociaux doivent être pris en compte et le sont effectivement.

Le sénateur Tkachuk: J'ai une autre question.

Comment pouvez-vous justifier de prendre de l'argent à des compagnies étrangères et de ne pas le donner aux gens pauvres qui utilisent du propane? Comment pouvez-vous justifier de verser cet argent dans les coffres de la compagnie?

Qu'est-ce que cela a à voir avec le prix du produit? En quoi cela aide-t-il le consommateur pauvre? Qu'est-ce que cela a à voir avec la redistribution des revenus? Qu'est-ce que cela a à voir avec quoi que ce soit? Cela n'a pas aidé les gens pauvres qui habitent le parc à roulettes; ils ont tous payé des prix plus élevés.

M. Finkelstein: J'ose dire que notre discussion porte seulement sur la Loi sur la concurrence. S'il y a des problèmes de redistribution, il y a bien d'autres moyens de s'attaquer à ces problèmes: la Loi de l'impôt sur le revenu, divers programmes de subventions régionales et divers programmes sociaux.

La Loi sur la concurrence s'intéresse strictement à mettre dans la balance les quatre objectifs énoncés à l'article 1.1. Ce n'est pas une loi fourre-tout; elle traite de l'organisation industrielle. Si les compagnies riches sont trop riches et que cela pose un problème, il y a d'autres moyens de s'occuper de ce problème.

The Chairman: In these hearing we are constantly made aware of the fact that the *Superior Propane* case was the one and only case of this type. Can you explain why you think there has only been one such case?

Does the existence of the efficiency defence have some kind of a chilling effect to keep other cases away? I am interested and I invite you to explain why there has only been one such case is 16 years.

One of the questions we have in going through all this is whether this is one response to one case. Do you think there might be more cases? I would like to put that case in a context based on your experience.

Mr. Finkelstein: Honourable senators, both Mr. Facey and I will try to answer those questions. I am a litigator; I only do litigation. Mr. Facey is more broadly based; he deals with the bureau, which I do not, and as well, he helps me litigate, thank goodness.

I would broaden the question. I told you at the outset there have been only five contested merger cases since 1986, and I have been counsel in four of them.

The *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* case started in 1991 and finished in the Supreme Court of Canada in 1997. There was enormous uncertainty in the organization throughout that six-year period and Southam Inc. won the case.

In *Director of Investigations and Research v. Hilldown Holdings (Canada) Ltd.*, the commissioner stopped at first instance, and it took only one year.

We had a hearing in the national transportation agency concerning the *CP Ships merger case* that took two weeks; CP Ships won. The commissioner did not agree with the national transportation agency, started proceedings, spent over a million dollars in fees, took almost two more years, and dropped the case before hearing it. The result was enormous cost and enormous uncertainty.

Superior Propane took four years, two Competition Tribunal hearings, and two trips to the Federal Court of Appeal.

Despite the fact that the commissioner lost all those cases it remains that there is an enormous deterrent to taking on the commissioner. The pain that the commissioner can impose is enormous, even though at the end of the day in those four cases it was no more than a heckler's veto.

One of the reasons why there have been so few cases litigated is because, win or lose, the commissioner can make it so painful for a company to take the bureau on, the commissioner has so much power in his or her ability to take the case to the Competition

Le président: Tout au long de nos audiences, on nous rappelle constamment que l'affaire *Supérieur Propane* a été la seule et unique affaire de ce type. Pouvez-vous expliquer pourquoi, à votre avis, il n'y a eu qu'une seule affaire de ce genre?

Est-ce que l'existence même de la défense fondée sur les gains d'efficacité a en quelque sorte un effet repoussoir, empêchant d'autres affaires de se rendre devant les tribunaux? Cette question m'intéresse et je vous invite à nous expliquer pourquoi il n'y a eu qu'une seule affaire de ce genre en 16 ans.

L'une des questions que nous nous posons dans tout ceci, c'est de savoir s'il s'agit d'une réaction unique à une seule affaire. Pensez-vous qu'il pourrait y avoir d'autres affaires? Je voudrais que vous établissiez le contexte de cette affaire, en vous fondant sur votre expérience.

M. Finkelstein: Honorables sénateurs, M. Facey et moi-même tenterons tous deux de répondre à ces questions. Je suis un avocat plaident; je m'occupe seulement de litiges. M. Facey a une pratique plus étendue; il traite avec le bureau, contrairement à moi, et il m'aide aussi à plaider dans les affaires dont je m'occupe, Dieu merci.

Je poserais la question dans un contexte plus général. Je vous ai dit au début qu'il n'y a eu que cinq contestations de fusion depuis 1986 et que j'ai plaidé dans quatre de ces causes.

L'affaire *Canada (directeur des enquêtes et de la recherche) c. Southam Inc.* a été lancée en 1991 et a connu son aboutissement à la Cour suprême du Canada en 1997. Il y a eu énormément d'incertitude dans l'organisation tout au long de cette période de six ans, et Southam Inc. a gagné sa cause.

Dans l'affaire *Le directeur des enquêtes et de la recherche c. Hilldown Holdings (Canada) Ltée*, le commissaire s'est arrêté après la première instance et toute l'affaire n'a duré qu'un an.

Nous avons eu une audience qui a duré deux semaines à l'Office national des transports dans l'affaire de la fusion de CP Navigation; CP Navigation a gagné. Le commissaire n'était pas d'accord avec l'Office national des transports, a contesté sa décision devant les tribunaux, a dépensé plus d'un million de dollars en frais, a consacré près de deux ans à l'affaire et a fini par laisser tomber avant l'audition de la cause. Il en est résulté un coût énorme et énormément d'incertitude.

L'affaire *Supérieur Propane* a pris quatre ans, deux pour les audiences au Tribunal de la concurrence et deux audiences devant la Cour d'appel fédérale.

En dépit du fait que le commissaire a perdu dans toutes ces affaires, il n'en demeure pas moins que l'éventualité d'affronter le commissaire constitue une puissante dissuasion. Le commissaire peut infliger des dommages considérables, même si, au bout du compte, dans ces quatre affaires, son intervention n'a été rien de plus qu'une nuisance temporaire.

L'une des raisons pour lesquelles si peu d'affaires ont été entendues par les tribunaux, c'est que, qu'il gagne ou qu'il perde, le commissaire peut rendre la vie tellement difficile à une compagnie qui décide de l'affronter, le commissaire a tellement

Tribunal, that the vast majority of cases are either dropped or settled by divestiture before they ever get to the tribunal. This is because people do not have the stomach to take on the bureau.

The Chairman: Of those five cases, only one would be affected by the change in Bill C-249?

Mr. Finkelstein: *CP Ships*, as I told you, was never litigated. We raised an efficiencies issue and the commissioner dropped the case. I do not know whether that would have been affected or not.

The Chairman: There is only one clear-cut case where it was raised?

Mr. Finkelstein: Yes, in *Superior Propane*.

Mr. Facey: No client really wants to be another *Superior Propane* and spend that kind of time in the courts. The vast majority of cases do settle. The bureau at one point was looking at 400 cases a year. I am sure that figure is down now. Very rarely do they get litigated. There is also a section 100 power that the Competition Bureau has and that is to get an injunction preventing closing for a period of time. It is very easy to get that kind of injunction, and that is another impediment. If the bureau succeeds, the parties may not want to go ahead with the deal. In terms of the standards, it is interesting, because they all affect how significant efficiencies are in merger analysis.

Over the last few years, the initial standard has been the total surplus standard. That was the bureau's position from 1991-99. That is the most permissive standard. You do not have to look at anything other than inefficiency loss or the deadweight loss. All these wealth transfers, small business, and all that stuff are totally irrelevant when you are doing the balance.

In 1999-2002, the Competition Bureau adopted the balancing weights approach of Professor Townley. In 2002-03, it adopted the consumer welfare standard. At the present time it is the modified price standard.

These are the different standards that have been articulated over time. The point is that we do not have the total surplus standard any more. *Superior Propane* clearly changed that standard. We used to look at only deadweight loss, whereas, now we look at wealth transfers, whether they are socially adverse, the effects on small business, and the effect on international trade.

Given that larger basket of effects that must be balanced against efficiency gains, I do not think we will see more cases. We should see fewer cases, which is hard to imagine.

de pouvoirs, par le fait qu'il peut saisir d'une affaire le Tribunal de la concurrence, que la grande majorité des intervenants laissent tomber leur cause ou bien règlent l'affaire en se désistant de certains actifs avant même l'audition au tribunal. C'est parce que les gens n'ont pas l'estomac assez solide pour affronter le Bureau.

Le président: De ces cinq affaires, une seule serait touchée par le changement proposé dans le projet de loi C-249?

M. Finkelstein: Comme je l'ai dit, l'affaire de *CP Navigation* n'a jamais donné lieu à un litige. Nous avons soulevé la question des gains d'efficacité et le commissaire a laissé tomber. J'ignore si cette cause aurait été touchée ou non.

Le président: Il n'y a qu'une seule affaire dans laquelle la question a été clairement soulevée?

M. Finkelstein: Oui, dans l'affaire *Supérieur Propane*.

M. Facey: Aucun client ne veut vraiment revivre l'expérience de *Supérieur Propane* et passer autant de temps devant les tribunaux. La grande majorité des intervenants règlent à l'amiable. À un moment donné, le bureau examinait 400 cas par année. Je suis certain que ce chiffre a maintenant baissé. Les dossiers aboutissent très rarement à des litiges. Par ailleurs, le Bureau de la concurrence possède aussi un pouvoir aux termes de l'article 100, celui d'obtenir une injonction bloquant la transaction pendant une certaine période. C'est très facile d'obtenir une telle injonction, et c'est un autre obstacle. Si le bureau réussit, les parties peuvent décider de laisser tomber. Pour ce qui est des critères, c'est intéressant, parce qu'ils influent tous sur l'importance accordée aux gains d'efficacité dans l'analyse des fusions.

Ces dernières années, le critère initial a été celui du surplus total. C'était la position du bureau de 1991 à 1999. C'est le critère le plus permissif. Il suffit d'examiner la perte due à l'inefficacité ou la perte sèche, et rien d'autre. Tous les transferts de richesses, petites entreprises, et tout le reste, ne sont absolument pas pris en compte dans l'établissement de la position définitive.

En 1999-2002, le Bureau de la concurrence a adopté l'approche des coefficients de pondération préconisée par le professeur Townley. En 2002-2003, il a adopté le critère du bien-être du consommateur. À l'heure actuelle, il applique le critère du prix modifié.

Voilà donc les différents critères qui ont été appliqués au fil des années. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'on n'applique plus le critère du surplus total. La décision dans l'affaire *Supérieur Propane* a clairement changé cette norme. Auparavant, on tenait uniquement compte de la perte sèche, tandis que maintenant, on tient compte des transferts de richesses, on se demande s'ils ont des effets socialement négatifs, on tient compte de l'effet sur les petites entreprises et sur le commerce international.

Étant donné cet éventail plus étendu d'effets qu'il faut mettre dans la balance en regard des gains d'efficacité, je ne pense pas que le nombre de cas va augmenter. Il devrait plutôt diminuer, ce qui est difficile à imaginer.

Currently, we have a very difficult standard. This is not a blueprint for monopoly in Canada. It is not, it never was, and certainly since *Superior Propane*, it is a harder test.

Senator Harb: Have you had a chance to go over a Government of Canada discussion paper that was produced in June 2003 with regard to an amendment to the Competition Act? Are you aware of that discussion paper?

Mr. Facey: What is the title of that paper?

Senator Harb: “Discussion Paper — Options for Amending the Competition Act: Fostering the Competitive Marketplace.”

Mr. Facey: Yes, I am familiar with that paper.

Senator Harb: In your presentation you brought up the fact that Bill C-249 was amended a number of times, and evolved over a period of time.

A part of that discussion paper, there is an element where the government supposedly will consider whether or not they will agree to a merger if the merger meets certain criteria.

One of the criteria, on page 36 of that particular paper states:

(h) whether the agreement or arrangement has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will provide benefits to consumers, including competitive prices or product choices, and that would not likely be attained in the absence of the agreement or arrangement.

I suggest that this particular paragraph is almost the same as what is in Bill C-249. It seems that you are a bit fixated on the issue of efficiencies.

You have taken the position that sometimes you can have efficiency in the marketplace even though the prices are higher because there would be a side effect to the economy, and there is a net benefit. You have fewer trucks on the road, therefore you are saving, and so on.

If the word “efficiency” is taken out and everything else left in the paragraph how would you see your position vis-à-vis Bill C-29?

Mr. Finkelstein: Honourable senators, my view is that it would be a disaster. I told you at the beginning that I wanted you to let me be blunt. It would be a disaster for this reason. I already took you to the four purposes of the purpose clause.

If you eliminate the word “efficiency” from it, you will have one purpose covered, which is the benefit to consumer. This act was enacted with four purposes. If you look only at benefit to consumers, without regard to anything else, without regard to the degree of inefficiency in the economy, Canada will be poorer.

Actuellement, nous avons une norme très difficile. Ce n'est pas une recette pour l'établissement de monopoles au Canada. Ça ne l'est pas, ça ne l'a jamais été et il est certain que depuis l'affaire *Supérieur Propane*, le critère est encore plus difficile.

Le sénateur Harb: Avez-vous pris connaissance d'un document de discussion publié par le gouvernement du Canada en juin 2003 au sujet d'une modification à la Loi sur la concurrence? Connaissez-vous ce document?

M. Facey: Quel en est le titre?

Le sénateur Harb: «Document de travail — Options pour la modification de la Loi sur la concurrence: La promotion de marchés concurrentiels».

M. Facey: Oui, je connais ce document.

Le sénateur Harb: Dans votre présentation, vous avez évoqué le fait que le projet de loi C-249 a été modifié plusieurs fois, qu'il a évolué avec le temps.

Dans ce document de travail, on dit notamment que le gouvernement prendra en compte certains critères pour décider s'il y a lieu d'accepter une fusion.

L'un des critères, à la page 36 de ce document, est le suivant:

h) le fait que l'accord ou l'arrangement a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui assureront des avantages aux consommateurs, y compris des prix compétitifs ou un choix de produits, et qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence de l'accord ou de l'arrangement.

Je vous fais remarquer que ce paragraphe est quasi identique à la teneur du projet de loi C-249. Il semble que vous soyez un peu obnubilé par la question des gains d'efficacité.

Vous avez dit qu'il peut arriver à l'occasion qu'il y ait des gains d'efficacité même si les prix augmentent, parce qu'il y aurait par ailleurs un avantage net pour l'économie. Il y a moins de camions sur la route, ce qui permet d'économiser, et cetera.

Si l'on supprimait l'expression «gain d'efficacité» en laissant intact tout le reste du paragraphe, quelle serait votre position sur le projet de loi C-249?

M. Finkelstein: Honorables sénateurs, je suis d'avis que ce serait catastrophique. Je vous ai dit au début que je n'irais pas par quatre chemins. Ce serait catastrophique pour la raison suivante. Je vous ai déjà énuméré les quatre objectifs énoncés dans la disposition sur l'objet.

Si l'on élimine le mot «efficacité», il ne resterait qu'un seul objectif, nommément l'avantage pour le consommateur. Cette loi a été adoptée pour atteindre quatre objectifs. Si l'on tient seulement compte de l'avantage pour les consommateurs, laissant de côté tout le reste, sans tenir aucun compte du degré d'inefficacité de l'économie, le Canada s'en trouvera appauvri.

I use *Superior Propane* as an example. All things considered, and that includes the social and economic losses, the *Superior Propane* case cost us \$8.6 million. On the test you have just proposed, the merger would have failed and the Canadian economy would have lost the \$29 million.

That is not consistent with the purpose clause of the act, and it is, for what it is worth in my opinion, bad policy because you leave \$29 million on the table for an \$8 million gain. The numbers do not work.

Senator Harb: Mr. Chairman, I am extremely interested in what the witnesses are putting before us. However, the question again is: Have you had a chance to see the position paper? Have you made a presentation to the government in terms of how you see the package as it is proposed?

The fact is that we are dealing with one element of the Competition Act rather than dealing with it as a whole. Therefore, you do not have all the things that you would need. There are missing elements.

Have you had a chance to see the paper and, if you have, have you made a submission to the Government of Canada vis-à-vis their discussion paper?

Mr. Facey: Yes. Part of that package is in our submission that we sent to you today. I was speaking earlier about the paragraph you just mentioned.

I have not made submissions to the PPF on this paper; I was not invited to do so. However, I have written on this topic. It is a slightly different topic in the sense that we are looking at section 45, which is the conspiracy section of our Competition Act. The proposal is that we would get rid of a certain word, "unduly," and this is far beyond the scope of Bill C-249.

The Chairman: I am concerned that we are wandering from the subject.

Is it fair to say that you are inviting this committee to face the fact that this is a piece of economic framework legislation and not a piece of social legislation, and that we have to accept the fact of what we have to do in order to achieve the purposes of the act?

Are you saying that if it gets us to a social purpose or it gets us to a consumer purpose, your position is that this is outside the bounds of this act?

Mr. Finkelstein: Sir, I would refine it this way: This clearly is, as you put it, framework legislation, that the factors to be considered are those in section 1.1, and that having regard to that, section 96 is a balancing of a host of factors that are not exclusively economic. They consider consumer interests, social interests and economic interests. That is what the Federal Court of Appeal said section 96 means. That is the way that the Competition Tribunal applies it. It is a very delicate balancing of a whole series of interests.

J'ai utilisé l'affaire *Supérieur Propane* comme exemple. En fin de compte, en incluant les pertes sociales et économiques, l'affaire *Supérieur Propane* nous a coûté 8,6 millions de dollars. Si l'on appliquait le critère que vous venez de proposer, la fusion aurait été refusée et l'économie canadienne aurait perdu 29 millions de dollars.

Cela n'est pas compatible avec l'objet de la loi et ce serait à mon avis, pour ce qu'il vaut, une mauvaise politique parce qu'on laisserait 29 millions de dollars sur la table pour réaliser un gain de huit millions de dollars. Les chiffres sont là; le calcul ne ment pas.

Le sénateur Harb: Monsieur le président, je trouve extrêmement intéressant ce que les témoins nous présentent. Cependant, la question demeure: avez-vous eu la chance de prendre connaissance du document de travail? Avez-vous fait une présentation au gouvernement pour exprimer votre point de vue sur le train de mesures proposées?

C'est un fait que nous traitons d'un seul élément de la Loi sur la concurrence, au lieu de l'aborder comme un tout. Par conséquent, on n'a pas tous les outils dont on aurait besoin. Il y a des éléments qui manquent.

Avez-vous eu la chance de lire le document et, dans l'affirmative, avez-vous présenté un mémoire au gouvernement du Canada sur le document de travail?

M. Facey: Oui. Une partie de ce document est reprise dans le mémoire que nous vous avons fait parvenir aujourd'hui. J'ai justement parlé tout à l'heure du paragraphe que vous venez de lire.

Je n'ai pas fait de présentation au Forum des politiques publiques sur ce document; je n'ai pas été invité à le faire. Cependant, j'ai écrit sur la question. C'est une question légèrement différente en ce sens qu'elle met en cause l'article 45 de la Loi sur la concurrence, traitant du complot. La proposition consiste à se débarrasser d'un certain mot, le mot «indûment», et cela dépasse de loin la portée du projet de loi C-249.

Le président: Je crains que nous soyons en train de nous éloigner du sujet.

Est-il juste de dire que vous invitez notre comité à admettre le fait qu'il s'agit d'une loi cadre de nature économique et non pas sociale et que nous devons accepter le fait que c'est ce que nous devons faire pour atteindre les objectifs de la loi?

Êtes-vous en train de dire que si cela nous amène à poursuivre un objectif social ou à nous intéresser aux consommateurs, votre position est que tout cela dépasse la portée de cette loi?

M. Finkelstein: Monsieur, je préciserais davantage la question de la manière suivante: il est clair que, comme vous le dites, il s'agit d'une loi cadre, que les facteurs à prendre en compte sont ceux énumérés à l'article 1.1 et que, dans cette optique, l'article 96 exige de mettre dans la balance une foule de facteurs qui ne sont pas exclusivement d'ordre économique. Il faut tenir compte de l'intérêt du consommateur, de facteurs sociaux et de questions économiques. C'est l'interprétation de l'article 96 qui a été donnée par la Cour d'appel fédérale. C'est de cette manière que le

What it does not do is go so far as to become omnibus legislation, as was suggested to me, dealing with redistribution of income from foreign trading partners or redistribution of income from rich to poor in a host of ways.

Senator Oliver: I wonder if the reason there is so little litigation is because there is some ADR that is employed. If that is the case, what form does it take or is it just that it is so expensive and it is just that the commission has so much power and influence that they can drag it out for years?

Is there an alternative method being used to the litigation?

Mr. Facey: There is not really a formal ADR process in merger review, but are you exactly right. The way it works is that businesses are very time-sensitive to making a major merger transaction. We are talking often of months or weeks, and certainly not years. Years will kill a deal. It will kill 99 per cent of the deals.

You are right in the sense that the government has much discretion and power. It has many formal tools. It can use section 11 orders to compel the production of documents. There is a notification procedure. They can easily go to the tribunal and block or delay closing. That is why as a business reality, people do not want to fight these things on a regular basis. There have been five cases since 1986.

Senator Oliver: Earlier you were talking generally about the difference in a type one error and a type two error, and you gave us a brief description of the efficiency defence approach and the price standard approach.

One question that had been suggested to put to you involves the burden of proof. I wanted to know if you could compare the evidentiary burden imposed on the parties to a proposed merger and the Commissioner of Competition entailed in both the modified total surplus standard and under the efficiency defence and the price standard approach taken in Bill C-249.

In other words will there be a shifting in the burden of proof and in what way will it be affected?

Mr. Finkelstein: The burden of proof is on the commissioner to show that there is a substantial lessening of competition.

Senator Oliver: Is it under Bill C-249 or elsewhere?

Mr. Finkelstein: Both.

Tribunal de la concurrence l'applique. C'est un exercice très délicat consistant à mettre dans la balance toute une série d'intérêts divers.

Par contre, cette interprétation ne va pas jusqu'à en faire une loi omnibus, comme certains me l'ont dit, qui traiterait de la répartition des revenus provenant de partenaires commerciaux étrangers ou de la redistribution des revenus entre les riches et les pauvres d'une foule de manières diverses.

Le sénateur Oliver: Je me demande si la raison pour laquelle il y a si peu de litiges, ce ne serait pas parce qu'il y a règlement extrajudiciaire des différends. Si tel est le cas, quelle forme ces règlements prennent-ils, ou bien est-ce simplement que cela coûte tellement cher et que la commission a tellement de pouvoir et d'influence qu'elle peut faire durer les causes pendant des années?

Fait-on appel à des règlements extrajudiciaires pour régler les litiges?

M. Facey: Il n'y a pas vraiment de processus formel de RED dans le cadre de l'examen des fusions, mais vous avez absolument raison. Voici comment cela fonctionne: dans le cas d'une importante transaction de fusion, le facteur temps est très important pour les entreprises. On parle souvent de mois ou même de semaines, certainement pas d'années. Un délai qui se compte en années torpille une transaction envisagée, dans 99 p. 100 des cas.

Vous avez raison en ce sens que le gouvernement a beaucoup de pouvoirs discrétionnaires. Il a beaucoup d'outils à sa disposition. Il peut invoquer l'article 11 pour obtenir une ordonnance de production de documents. Il y a une procédure de notification. Il peut facilement s'adresser au tribunal et bloquer ou retarder la conclusion d'une entente. C'est pourquoi les gens d'affaires, confrontés à la réalité du monde des affaires, veulent rarement se rendre devant les tribunaux. Il y a eu cinq cas depuis 1986.

Le sénateur Oliver: Vous avez évoqué tout à l'heure, en termes généraux, la différence entre une erreur de type un et une erreur de type deux et vous nous avez donné une brève description de la défense fondée sur les gains d'efficacité et de l'approche du critère des prix.

On nous a suggéré de vous interroger sur le fardeau de la preuve. Je voulais savoir si vous pouviez comparer le fardeau de la preuve imposé aux parties dans une fusion proposée et au commissaire de la concurrence, d'une part en application du critère modifié du surplus total, et d'autre part selon l'approche adoptée dans le projet de loi C-249, nommément la défense fondée sur les gains en efficacité et le critère des prix.

Autrement dit, est-ce que cela va changer quelque chose quant au fardeau de la preuve, et de quelle manière?

M. Finkelstein: Le fardeau de la preuve incombe au commissaire, qui doit démontrer qu'il y a diminution sensible de la concurrence.

Le sénateur Oliver: Aux termes du projet de loi C-249 ou d'une autre disposition?

M. Finkelstein: Les deux.

Senator Oliver: There is no change in Bill C-249?

Mr. Finkelstein: There is no change. You asked about persuasive burden and legal burden. The legal burden is on the commissioner. I have always approached it on the basis that if I do not lead any evidence about that, I am dead. Therefore, as a persuasive matter, we lead evidence on that issue too.

The burden to prove efficiencies is on the merging parties. That is the legal burden.

Senator Oliver: That is where you would naturally expect it to be.

Mr. Finkelstein: Precisely. The commissioner is in a better position to prove the price increases, because he can find out what competitors are doing. He can subpoena their prices; the merging parties cannot. In fact, if they tried to get hold of their competitors' pricing, they would be charged with conspiracy. So the commissioner can prove that, the parties can prove efficiencies and, as I understand it, the burdens will not change under Bill C-249.

The Chairman: Thank you very much. We appreciate the ongoing efforts to enlighten us on this subject.

Our next witness is Mr. Tim Kennish.

Mr. Tim Kennish, Past Chair of the National Competition Law Section, Canadian Bar Association: Mr. Chairman, Joan Bercovitch, Director of Legal and Public Affairs sends her regrets, as she is unable to be here today.

Thank you for the opportunity to present our views on this proposed legislation. It is an important piece of competition law. You have a copy of our prior submission from last fall. In the time available, I plan to highlight the main points from that submission, and also to elaborate on a number of issues that I think may be of particular interest to you.

The changes proposed in Bill C-249 are important and because of their importance we consider it would be preferable to include them in the broader Competition Act amendment package that is being developed by the Competition Bureau. We would like to see this done with a view to including it in the public consultation process already under way in order to obtain the views of interested members of the public.

The CBA's section on competition law is opposed to the proposed legislation because it would confine the recognition of efficiencies to those that are of benefit to consumers, and which are demonstrably merger-specific. We believe that will prevent efficiencies from having any real consequence in the merger review process.

Le sénateur Oliver: Le projet de loi C-249 n'apporte aucun changement à cet égard?

M. Finkelstein: Aucun changement. Votre question porte sur le fardeau de la preuve à la fois du point de vue juridique et dans l'optique de convaincre. Légalement, le fardeau de la preuve incombe au commissaire. J'ai toujours abordé ces causes en me disant que si je ne produis pas de preuve là-dessus, je suis fait. Par conséquent, pour convaincre, nous produisons toujours des preuves à cet égard nous aussi.

Quant aux gains en efficacité, c'est aux parties à la fusion qu'il incombe d'en prouver l'existence, aux termes de la loi.

Le sénateur Oliver: C'est bien ce à quoi on s'attendrait tout naturellement.

M. Finkelstein: Précisément. Le commissaire est mieux placé pour prouver qu'il y a eu augmentation de prix, parce qu'il peut vérifier ce que les concurrents font. Il peut les forcer à dévoiler leurs prix; les parties à la fusion ne le peuvent pas. En fait, si elles tentaient de s'emparer de la liste de prix de leurs concurrents, elles se feraient accuser de complot. Le commissaire est en mesure de démontrer tout cela, les parties peuvent prouver leurs gains d'efficacité et, d'après mon interprétation, le fardeau de la preuve ne changera pas aux termes du projet de loi C-249.

Le président: Merci beaucoup. Nous vous sommes reconnaissants de vos efforts continus pour nous éclairer sur cette question.

Notre témoin suivant est M. Tim Kennish.

M. Tim Kennish, président sortant de la Section nationale du droit de la concurrence, Association du Barreau canadien: Monsieur le président, Joan Bercovitch, directrice des affaires juridiques et gouvernementales, vous part de ses excuses de ne pouvoir être présente aujourd'hui.

Je vous remercie de nous donner l'occasion de vous faire part de notre point de vue sur ce projet de loi. C'est un élément important de la législation sur la concurrence. Vous avez reçu copie de notre mémoire présenté l'automne dernier. Dans le temps dont je dispose, je vais passer en revue les faits saillants de ce mémoire et je m'attarderai sur un certain nombre de points qui me semblent présenter un intérêt particulier pour vous.

Les changements proposés dans le projet de loi C-249 sont importants et à cause de leur importance, nous considérons qu'il serait préférable de les incorporer dans la refonte de la Loi sur la concurrence à laquelle travaille actuellement le Bureau de la concurrence. Ainsi, ce changement serait inclus dans le processus de consultation publique déjà en cours, de manière à obtenir les vues des personnes intéressées.

La section du droit de la concurrence de l'ABC est contre la mesure proposée parce qu'elle limiterait les gains d'efficacité pris en compte à ceux qui avantagent le consommateur et dont on peut démontrer qu'ils sont spécifiques à la fusion. Nous croyons que dans un tel scénario, l'étude des gains d'efficacité n'aurait plus aucune incidence réelle dans le cadre de l'examen des fusions.

If it is your determination, notwithstanding what we said today, to proceed with this proposed legislation, then the proposed amending legislation should be revised, in our view, to remove two of the features of it: the consumer pass on requirement, and the merger specificity requirement.

I should explain we are lawyers, not economists, and I do not propose to weigh into the debate concerning the relative competing merits of the various economic theories of efficiency. However, because of the role we play in advising our clients in planning their business affairs, including mergers, and in presenting submissions to the bureau in respect of mergers that they are proposing, we are very interested in how efficiencies factor into the merger review process. We are aware also of the treatment of efficiencies, which is in the bureau's existing practice.

You have probably heard this all before. The current provisions of the act permit the Competition Tribunal to enjoin or prevent or unwind a merger that would substantially prevent or lessen competition. Section 96, though, provides a defence or exception for mergers that would otherwise be found to be offside of that standard, where the efficiencies expected to be generated by the merger are sufficient to offset and are greater than the adverse effects of lessening of competition. The tribunal must also conclude that the efficiencies would unlikely be obtained otherwise than through the merger.

This proposed legislation would effectively replace that defence with what is called a "factorial" approach. That would mean that it would become one of the factors, along with other factors such as the effect of potential entry into the business, or the strength of the remaining competitors, that would be considered in determining whether, at the outset, there would be a substantial lessening of competition. It would not be a situation in which there would be an absolute defence.

The *Superior Propane* case is critical to this whole area because it has definitively, so far at least, interpreted section 96. As has been mentioned, it is the only case in the history of the section in which the defence has been successfully invoked or, indeed, in which it has even been attempted to be invoked in a contested case, so far as I am aware.

You were talking about this earlier, and one of the reasons why the provision is not invoked more frequently has to do with it being a defence; I am talking about section 96. You have to conclude that there is a substantial lessening of competition in the first place in order to bring it into play. In fact, the bureau essentially does not consider claims of efficiency unless they get to the point where they conclude there is a substantial lessening of competition.

Many parties have also encountered a grudging approach on the part of the bureau in considering efficiencies in circumstances where they might override, or be thought to override, a

Si vous décidez, en dépit de ce que nous vous disons aujourd'hui, d'aller de l'avant et d'adopter ce projet de loi, alors il y aurait lieu de réviser la mesure législative proposée, à notre avis, de manière à en enlever deux éléments: l'obligation de transmettre le gain aux consommateurs, et le fait que le gain d'efficacité doit être spécifique à la fusion.

Je dois expliquer que nous sommes avocats, non pas économistes, et que je ne me propose pas de m'aventurer dans le débat sur les mérites relatifs des diverses théories économiques sur les gains d'efficacité. Cependant, à cause du rôle que nous jouons en conseillant nos clients dans la planification de leurs affaires commerciales, y compris d'éventuelles fusions, et en présentant des mémoires au bureau relativement aux fusions que les entreprises proposent de réaliser, nous nous intéressons beaucoup à la manière dont les gains d'efficacité sont pris en compte dans le cadre du processus d'examen des fusions. Nous sommes également au courant de la pratique actuelle du bureau relativement au traitement des gains d'efficacité.

Vous avez probablement déjà entendu tout cela auparavant. Les dispositions actuelles de la loi permettent au Tribunal de la concurrence d'interdire ou de défaire une fusion qui pourrait empêcher ou réduire sensiblement la concurrence. L'article 96 prévoit toutefois une possibilité de défense ou une exception pour les fusions dont on constate par ailleurs qu'elle créerait des gains d'efficacité suffisants pour neutraliser les effets négatifs de la réduction de la concurrence. Le tribunal doit aussi conclure que les gains d'efficacité ne seraient probablement pas réalisés autrement que par la fusion.

Le projet de loi remplacerait cette défense par ce que l'on appelle une approche «factorielle». Cela veut dire que ce ne serait plus que l'un des facteurs parmi d'autres, notamment l'effet de l'entrée potentielle dans ce secteur d'activité, ou la force des concurrents qui restent, facteurs qui seraient tous pris en compte pour déterminer si, au départ, il y aurait réduction sensible de la concurrence. Dans cette situation, ce ne serait plus une défense absolue.

L'affaire *Supérieur Propane* est cruciale dans tout ce domaine parce qu'elle a débouché sur une interprétation définitive, tout au moins jusqu'à maintenant, de l'article 96. Comme on l'a dit, c'est la seule affaire dans toute l'histoire de cette disposition dans laquelle la défense a été invoquée avec succès, ou même la seule fois que l'on ait même tenté d'invoquer cette défense dans un litige, à ma connaissance.

Vous en avez parlé tout à l'heure et l'une des raisons pour lesquelles la disposition n'est pas invoquée plus souvent, c'est en partie parce que c'est un moyen de défense; je parle ici de l'article 96. Il faut conclure pour commencer qu'il y a réduction sensible de la concurrence avant même que l'on puisse invoquer cet article. En fait, essentiellement, le bureau ne tient même pas compte des prétendus gains d'efficacité, à moins d'avoir déjà abouti à la conclusion qu'il y a effectivement diminution sensible de la concurrence.

Beaucoup de parties se sont également heurtées à des résistances de la part du bureau, qui n'accepte qu'à contrecœur d'examiner les gains d'efficacité lorsque l'on soupçonne que ceux-

substantial lessening of competition. There is an attitude, I think, whereby the bureau tends to take the position that if a party is going to assert that the efficiencies defence is operative, they will leave it to the Competition Tribunal, as opposed to the bureau making its own decision, to determine whether that is the case.

The decision of the Competition Tribunal in *Superior Propane* probably narrows the scope of section 96 from what we all thought it had, but it is now the definitive interpretation. The requirement for invocation of the defence is demonstrating that the efficiencies, as measured under this statute, offset and outweigh both the deadweight loss and the portion of the increased prices expected to result from the merger, which represent the wealth transfer from the customers, if you like, of the business that has merged to the business which is judged to be socially adverse.

Needless to say, the identification and measurement of these elements pose significant problems in terms of forecasting when the defence might be available. It is really a tough call, and I think you will find there are relatively few parties that are prepared to stake a lot in litigation on this issue because of the uncertainty of how it would be applied.

Whether or not you agree with the view expressed in *Superior Propane*, that attainment of efficiencies is the paramount objective of competition law, it is certainly an important objective of the legislation. It is therefore desirable, in proposing changes to the law in that area, that it has the benefit of full public consultation. Due to the particular process followed in regard to this proposed legislation that has not happened. However, there is a public consultation process currently under way that is considering other significant proposed reforms to the act, as outlined in the discussion paper issued in June of last year.

Given the importance of the subject matter of the proposed changes, and the desirability of enlisting public consultation in regard to it, our strong preference would be for the legislation not to go forward, and that its proposed amendments should instead be considered as part of the this broader amendment process.

It is regrettable that the opportunity was not taken earlier to include this proposal in that legislative package since it clearly has government support. However, it is not too late, in our view, to do so.

This might be achieved by providing a special abbreviated public consultation, specifically with regard to the efficiencies proposal, before the overall reform package enters the more formal parliamentary process.

ci pourraient éventuellement l'emporter sur l'argument de la diminution sensible de la concurrence. Je crois qu'il y a au bureau une attitude telle que le bureau a tendance, dès que l'une des parties soutient que la défense fondée sur les gains d'efficacité est valable, à s'en remettre au Tribunal de la concurrence pour déterminer si tel est bien le cas, au lieu que ce soit le bureau lui-même qui prenne la décision.

La décision du Tribunal de la concurrence dans l'affaire *Supérieur Propane* restreint probablement la portée de l'article 96 par rapport à l'interprétation que nous en faisons tous, mais c'est maintenant devenu l'interprétation définitive. Pour pouvoir invoquer cette défense, il est obligatoire de démontrer que les gains d'efficacité, mesurés selon les modalités énoncées dans cette loi, neutralisent et surpassent à la fois la perte sèche et la portion de l'augmentation des prix qui devrait résulter de la fusion, ce qui représente un transfert de richesses des clients de l'entreprise qui fusionne, si vous voulez, à l'entreprise elle-même, résultat que l'on estime socialement négatif.

Inutile de dire que l'identification et la mesure de ces éléments posent d'importants problèmes pour ce qui est de prédire quand cette défense pourrait être invoquée. C'est vraiment difficile et je pense que vous constaterez qu'il y a relativement peu de parties qui sont disposées de risquer de s'adresser aux tribunaux sur cette question, à cause de l'incertitude quant à l'application de la disposition.

Que vous soyez d'accord ou pas avec le point de vue exprimé dans la décision *Supérieur Propane*, à savoir que la création de gains d'efficacité est l'objectif primordial de la législation sur la concurrence, c'est assurément un objectif important de la loi. Il est donc souhaitable, dès lors que l'on propose de modifier la loi à cet égard, que les modifications proposées bénéficient d'une consultation publique pleine et entière. Étant donné le processus particulier que l'on a suivi dans le cas de la mesure proposée, cela ne s'est pas produit. Cependant, il y a actuellement un processus de consultation publique en cours pour examiner d'autres modifications en profondeur que l'on se propose d'apporter à la loi, et qui sont énoncées dans le document de travail publié en juin dernier.

Étant donné l'importance des changements proposés et puisqu'il est souhaitable de consulter le public à cet égard, nous préférons de beaucoup que le projet de loi ne soit pas adopté et que les changements qu'on y propose soient plutôt examinés dans le cadre de ce processus de refonte plus global.

Il est regrettable que l'on n'ait pas profité de l'occasion pour inclure cette proposition dans le train de mesures à l'étude puisque le changement est clairement appuyé par le gouvernement. Cependant, il n'est pas trop tard pour le faire, à notre avis.

Cela pourrait prendre la forme d'une consultation publique spéciale et abrégée, portant spécifiquement sur la proposition relative aux gains d'efficacité, avant que la refonte globale aborde l'étape plus officielle de l'étude parlementaire.

Of course, extensive public consultation is not required of private members bills such as this. Although the industry committee and your committee have received comments from a number of witnesses, that is not full public consultation.

At the same time, although this proposed legislation continues in life as a private members bill, it is now effectively a government-sponsored or bureau-sponsored or supported initiative, and logically should be the subject of public consultation.

Moreover, I think most practising lawyers in this field would say that, in terms of its relative importance, it is at least as significant a reform of the law as many of the other elements in the discussion paper, which are going through a public process. While it is trite to observe this, it is nevertheless relevant to say that the proposed bill is framework legislation of general application and should be adopted after appropriate deliberation, and with the receipt of appropriate public input.

As was pointed out in the earlier session, there is already a link between the proposed Bill C-249 and the discussion paper proposals, in that one of the provisions proposed, the amendment of section 45, actually contemplates incorporating an efficiency factor provision in that legislation in regard to horizontal agreements of a noncriminal character. This, of course, presupposes that the approach being taken in the proposed legislation before you will be adopted, because they are virtually identical provisions.

It is also worth recalling that the industry committee — in its report, I believe in April of 2002 — recommended that the whole subject of efficiencies be studied by a panel of economist experts, with a view to considering how that subject is dealt with elsewhere in the world, and also to make recommendations concerning how it should be addressed going forward. This did not happen. The more limited study on a comparative law basis of the treatment of efficiencies in other countries was commissioned and resulted in a report on the subject, but it did not conclude with any recommendations for or against reform in the area.

We think there is time to undertake this kind of consultation. We do not believe there is any urgency to legislate away the precedent created by *Superior Propane*. It seems very clear that the proposed legislation you are considering today is a direct response to the outcome in *Superior Propane*. That is even more obvious when you look at the preceding version of the bill, which would have simply eviscerated the section 96 defence without providing anything to replace it.

I believe there was a misplaced concern about the possibility that section 96, as interpreted in *Superior Propane*, could lead to a series of industry-monopolizing mergers being legitimized through reliance on merger efficiencies to the detriment of consumers, and to the benefit of merging parties. I say

Bien sûr, une consultation publique poussée n'est pas exigée dans le cas de projets de loi d'initiative parlementaire comme celui-ci. Bien que le comité sectoriel et votre comité aient reçu des observations de bon nombre de témoins, cela ne constitue pas une véritable consultation publique.

En même temps, même si le projet de loi à l'étude poursuit son cheminement sous forme de projet de loi d'initiative parlementaire, il est maintenant devenu en réalité une initiative appuyée par le gouvernement ou par le bureau et il devrait donc logiquement faire l'objet d'une consultation publique.

En outre, je pense que la plupart des avocats qui pratiquent le droit dans ce domaine diraient que, quant à son importance relative, cette mesure représente une réforme de la loi au moins aussi importante que beaucoup d'autres éléments du train de mesures évoquées dans le document en discussion, lesquels font l'objet d'une consultation publique. C'est peut-être une lapalissade, mais il vaut quand même la peine de dire que le projet de loi à l'étude est une loi cadre d'application générale qui devrait donc être adoptée après mûre réflexion et après avoir bénéficié de l'apport du public.

Comme nous l'avons fait remarquer antérieurement, il y a déjà un lien entre le projet de loi C-249 et les propositions énoncées dans le document de travail, en ce sens que l'une des dispositions proposées, la modification de l'article 45, envisage en fait d'incorporer à la loi une disposition sur les gains d'efficacité découlant d'ententes horizontales non criminelles. Bien sûr, cela présuppose que l'approche proposée dans le projet de loi à l'étude soit adoptée, parce que ce sont des dispositions quasiment identiques.

Il vaut également la peine de rappeler que le Comité de l'industrie, dans son rapport publié en avril 2002, si je me rappelle bien, a recommandé que toute la question des gains d'efficacité soit examinée par un groupe d'économistes experts, dans le but d'étudier comment cette question est abordée ailleurs dans le monde et aussi de formuler des recommandations sur la manière dont on devrait traiter cet aspect au Canada. Cela n'a pas été fait. On a bien commandé une étude comparative plus limitée sur le droit applicable au traitement des gains d'efficacité dans d'autres pays, qui a débouché sur un rapport sur la question, mais les auteurs n'ont formulé aucune recommandation pour ou contre une réforme dans ce domaine.

Nous croyons qu'il est encore temps d'entreprendre une telle consultation. Nous ne sommes pas convaincus qu'il y ait la moindre urgence à annuler le précédent créé par la décision *Supérieur Propane*. Il apparaît très clairement que la mesure législative que vous étudiez aujourd'hui résulte directement de la décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane*. C'est encore plus évident quand on examine la version précédente du projet de loi, laquelle aurait rendu impossible toute défense fondée sur l'article 96, sans rien proposer pour la remplacer.

Je pense que l'on avait des inquiétudes non fondées quant à la possibilité que l'article 96, tel qu'interprété dans la décision *Supérieur Propane*, pourrait entraîner une série de fusions créant des monopoles, qui seraient légitimés par les gains d'efficacité résultant des fusions, au détriment des consommateurs et à

misplaced, because *Superior Propane* is the only case in the history of the merger efficiency defence where the defence has been successfully invoked.

If some of our respected competition economists had studied this, the defence would not even have been available in that case if the evidence regarding the deadweight loss had been properly presented to the tribunal. I have not independently studied that but I respect the people who have that view. I do not think there is any crisis or urgency that you have to deal with in that regard. I think there is time to take a proper look at this to get it right.

Is there a need for reform? In our view, the role played by efficiencies under the act to date has been marginal at best, which is unfortunate. One reason efficiencies have received so little attention in merger review undoubtedly has to do with the fact that section 96 only comes into play when there has been determined to be a substantial lessening of competition.

In the ordinary case, where you do not have that, efficiencies simply do not come up for any discussion whatsoever, which is unfortunate because in many cases merging parties are actually entering into a combination for the explicit purpose of achieving efficiencies, which is the desirable objective of our policy in this area.

That is not to say that preserving section 96 in its present form is the only answer. While economists may applaud the theoretical elegance of the *Superior Propane* test, I defy any lawyers in fact advising their clients to predict with any degree of confidence whether the merger-efficiency defence may be invoked in a given case in light of the need to show the socially adverse portion of the wealth transfer and how it should be, whether it has been appropriately covered by the efficiencies generated.

Are there problems with Bill C-249? We do not advocate embracing Bill C-249, quite the opposite. While merger-efficiency defence, as interpreted in *Superior Propane*, is fraught with uncertainty in its application, what is proposed in Bill C-249 in our view is considerably worse. The limitations that are included in the proposed amendments are such that if the proposal is adopted, with those limitations, the role of efficiencies in merger review will be relegated to a non-meaningful role.

These limitations are twofold. I have referred to the consumer pass-on requirement. In this situation, the proposed amendment limits consideration of efficiencies to those where consumers benefit, whether through competitive prices or product choices. Merger efficiencies would first be realized upstream of consumers so it would be necessary to demonstrate that the benefit of the efficiencies is likely to be passed on to consumers by the merged enterprise. It is really difficult to understand why that should be

l'avantage des parties aux fusions. Je dis que cette inquiétude n'était pas fondée parce que l'affaire *Supérieur Propane* est la seule, dans toute l'histoire de la défense fondée sur les gains d'efficacité, dans laquelle on ait eu gain de cause en plaçant cette défense.

Si d'éminents économistes spécialisés dans la concurrence avaient étudié la question, cette défense n'aurait même pas pu être invoquée dans cette affaire si la preuve relativement à la perte sèche avait été bien présentée au tribunal. Je n'ai pas étudié la question de façon indépendante, mais j'ai beaucoup de respect pour les gens qui sont de cet avis. Je ne crois pas qu'il y ait crise ni urgence. Je pense que l'on a le temps d'étudier la question à tête reposée et de bien faire les choses.

Est-il nécessaire de procéder à une réforme? À notre avis, le rôle joué par les gains d'efficacité dans l'application de la loi jusqu'à maintenant a été tout au plus marginal, ce qui est regrettable. Si l'on a fait si peu attention aux gains d'efficacité dans l'étude des fusions, c'est indéniablement, tout au moins en partie, parce que l'article 96 entre en jeu seulement après que l'on ait déterminé qu'il y a effectivement diminution sensible de la concurrence.

Ordinairement, en l'absence d'une telle preuve, les gains d'efficacité sont purement et simplement exclus de la discussion, ce qui est malheureux parce que, bien souvent, les entités qui fusionnent le font dans le but explicite de créer des gains d'efficacité, ce qui est l'objectif énoncé par notre politique dans ce domaine.

Cela ne veut pas dire que le maintien de l'article 96 dans sa forme actuelle est la seule solution. Les économistes se frottent peut-être les mains devant l'élégance théorique du critère énoncé dans la décision *Supérieur Propane*, mais je mets n'importe quel avocat au défi de prédire avec la moindre assurance s'il sera possible d'invoquer la défense fondée sur les gains d'efficacité attribuables à la fusion dans une affaire donnée, à la lumière de la nécessité de démontrer l'incidence socialement négative du transfert de richesses et de la difficulté de déterminer si les gains d'efficacité surpassent cette incidence.

Avons-nous des objections au projet de loi C-249? Nous ne préconisons pas d'adopter le projet de loi C-249, tout au contraire. Même si la défense fondée sur les gains d'efficacité attribuables à une fusion, tels qu'interprétée dans la décision *Supérieur Propane*, est entourée d'incertitude dans son application, ce que l'on propose dans le C-249 est à notre avis bien pire. Les limites imposées par la modification proposée sont telles que si la mesure est adoptée, compte tenu de ces limites, le rôle des gains d'efficacité dans l'examen des fusions sera relégué à l'arrière-plan et deviendra insignifiant.

Il y a deux limites distinctes. J'ai évoqué l'obligation de transmettre le gain aux consommateurs. En application de la mesure proposée, l'examen des gains d'efficacité se limiterait à ceux qui avantagent le consommateur, que ce soit par des prix compétitifs ou un choix dans les produits. Dans une fusion, les gains d'efficacité sont d'abord créés en amont des consommateurs et il serait donc nécessaire de prouver que les avantages des gains d'efficacité seront probablement transmis aux consommateurs

the case in the context of a factor as opposed to a defence. First, it does create significant further difficulties of proof beyond just showing that the efficiencies you claim for the merger may be attained. That is often the difficult predictive exercise.

Imposing limitations on the recognition of efficiencies inevitably will lead to a number of the less tangible ones being not being recognized. Innovation gains, dynamic efficiencies, synergies arising through the combination of complementary assets are all things that make for efficiencies in a broader sense, but would likely not be properly considered under such a requirement. You have to demonstrate consumers enjoy the advantages of them.

More important, it raises the basic question as to why a proposed merger that will increase the net wealth to the Canadian economy as a whole, and through the efficiencies or otherwise would not be considered to have a substantial lessening of competition, should be required to conform to a higher consumer welfare standard.

I digress to say that our act does not, unlike the U.S. anti-trust laws, our counterpart of the Competition Act, assign any pre-eminence to protecting the interests of consumers. It is just one of the constituent interests along with small- and medium-sized businesses and other mentioned in the act's purpose clause. Indeed, if you go back prior to *Superior Propane*, which interpreted section 96, in light of the purpose clause, the prevailing mantra was that competition itself was the most efficient method of allocating economic resources. The act was therefore directed towards enabling competition to operate without interference or restraint in the belief that if that object were to be achieved everything else would be taken care of. However, even as interpreted in the *Superior Propane* case, the interests of consumers, albeit important, do not occupy a position of primacy in terms of the objectives of the act. That being the case, I have particular concern about provision would effectively limit the recognition of efficiencies for the purposes of the act to those which only benefit consumers.

The other limitation is the merger specificity requirement and that is that the efficiencies must be shown to be related solely to the merger and not be achievable in any other reasonable manner.

It seems to me that, again, with a factor, this is really an unnecessary additional requirement because efficiencies will now only form one element of a mix of considerations in the assessment process. Also, the limitation implies a requirement to prove the negative, that the efficiencies in question could not have been achieved in any other way, something that is notoriously difficult to demonstrate.

par l'entreprise résultant de la fusion. C'est très difficile de comprendre pourquoi tel devrait être le cas quand il s'agit d'un facteur par opposition à une défense. Premièrement, cela ajoute considérablement à la difficulté de prouver que les gains d'efficacité allégués résulteront vraiment de la fusion. C'est souvent difficile à prédire.

Imposer des limites sur l'efficacité signifiera inévitablement que les gains d'efficacité les moins tangibles seront laissés de côté. L'innovation, l'efficacité dynamique, la synergie découlant de la fusion d'actifs complémentaires, tout cela constitue des gains d'efficacité au sens large, mais ne serait probablement pas pris en compte en application d'une telle obligation. Il faut prouver que les consommateurs seront avantagés.

Encore plus important est le fait que cela pose la question fondamentale de savoir pourquoi une fusion proposée qui augmentera la richesse nette de l'économie canadienne dans son ensemble, et dont on considère qu'elle n'entraînerait pas, par des gains d'efficacité ou autrement, une diminution sensible de la concurrence, devrait être obligée de se conformer à une norme plus rigoureuse relative au bien-être du consommateur.

Je fais ici une digression pour dire que notre loi, contrairement à la législation antitrust américaine, l'équivalent de notre Loi sur la concurrence, n'accorde pas la préséance à la protection de l'intérêt du consommateur. Ce n'est que l'un des intérêts en jeu, de même que celui des petites et moyennes entreprises et d'autres intérêts énumérés dans la disposition qui énonce l'objet de la loi. En fait, si l'on remonte à la période antérieure à la décision *Supérieur Propane*, qui a interprété l'article 96, à la lumière de la disposition d'objet, le discours dominant était que la concurrence elle-même était la méthode la plus efficace pour assurer la répartition des ressources économiques. La loi visait donc à favoriser le libre jeu de la concurrence, sans entrave ni contrainte, dans l'hypothèse que si cet objectif était atteint, tout le reste irait de soi. Cependant, même selon l'interprétation donnée dans la décision *Supérieur Propane*, l'intérêt du consommateur, quoique important, n'occupe pas une position prédominante dans les objectifs de la loi. Cela étant, je trouve particulièrement inquiétante une disposition qui aurait pour conséquence de limiter la reconnaissance des gains d'efficacité aux fins de l'application de la loi à ceux qui avantagent le consommateur.

L'autre limitation est l'obligation de démontrer que les gains sont spécifiques à la fusion, c'est-à-dire qu'il faut prouver que les gains d'efficacité seraient attribuables uniquement à la fusion et ne seraient pas réalisables d'une autre manière raisonnable.

Il me semble que, dans le cas d'un facteur à prendre en compte, c'est vraiment une obligation supplémentaire inutile parce que les gains d'efficacité ne constitueront désormais qu'un seul élément d'un ensemble de considérations dans le processus d'évaluation. De plus, on serait dans l'obligation de prouver une proposition négative, nommément que les gains d'efficacité en question ne pourraient pas vraisemblablement être réalisés d'aucune autre manière, ce qui est notoirement difficile à prouver.

Certain types of efficiencies might fail a merger specificity test such as scale economies. I do not believe that competition authorities should force firms to choose less desirable means of achieving efficiencies or forgo them altogether because of some theoretical possibility that they could have done them on their own, independent of the merger, if in fact the result of the merger is that efficiencies are achieved and there is no substantial lessening of competition.

To conclude, with the third point I mentioned earlier, if a decision is taken to proceed with this proposed legislation, notwithstanding the other comments made about it, we would urge you to consider deleting both of these limitations because I think it would add considerably to the value of what was intended by providing these as factors and I do not think there will be any loss in terms of protection.

Senator Tkachuk: For the benefit of the people who might be watching this committee on television, please tell us how many lawyers you represent. How many lawyers would have been consulted on this particular proposal?

Mr. Kennish: That is a fair question. The membership of the Canadian Bar Association is in the several thousands, 30,000. The membership of the National Competition Law Section is in roughly the 1,400 range. Of that, there are possibly some 200 active members who are engaged in this full-time practice in the competition law field. Most of these people participate in one way or another in the activities of the Canadian Bar Association, but not each and every element of it. We have a variety of committees.

There is an executive of the national competition section, comprised of people who have been promoted through the organization and held responsible positions below.

In this case, the mergers section and the economics and law section combined to put in a brief on, what was then, Bill C-248. We were then given time before the industry committee, but as you may know, they changed the bill radically at the doorstep. Only the executive was able to consider the change.

We have not varied much from the position we took with the industry committee. We have promoted broader consultations in regard to this proposed legislation. Therefore, it is not as broadly consulted as we would ordinarily have done, but in this case that is the reason for it.

Normally, when the Canadian Bar Association comes here, they have people who are actively interested and involved. Certainly all the people who did review it are active practitioners and are respected within the group in general. We did not send out a survey to ask people whether they agreed with each and every line.

Certains types d'efficacités pourraient échouer le test de la spécificité, par exemple les économies d'échelle. Je ne crois pas que les autorités responsables de la concurrence devraient forcer les entreprises à choisir des moyens moins souhaitables de réaliser des gains d'efficacité ou de les laisser tomber complètement à cause d'une possibilité purement théorique voulant qu'il eût été possible d'obtenir les mêmes gains à l'interne, en l'absence de la fusion, si le résultat de la fusion est effectivement que des gains d'efficacité seront créés et s'il n'y a pas diminution sensible de la concurrence.

En conclusion, et c'est mon troisième point que j'ai mentionné tout à l'heure, si l'on prend la décision d'aller de l'avant avec cette mesure législative proposée, en dépit des autres commentaires formulés à son endroit, je vous exhorte à envisager de supprimer ces deux limitations, parce que je crois que cela ajouterait considérablement à la valeur de ce qui est après tout l'intention du législateur en stipulant de tels facteurs, et je ne crois pas qu'il y aurait la moindre perte sur le plan de la protection.

Le sénateur Tkachuk: Pour la gouverne des gens qui pourraient suivre les travaux de notre comité à la télévision, veuillez nous dire combien d'avocats vous représentez. Combien d'avocats ont été consultés au sujet de cette proposition?

M. Kennish: C'est une bonne question. L'Association du Barreau canadien compte plusieurs milliers de membres, autour de 30 000. La section nationale du droit de la concurrence compte approximativement 1 400 membres. De ce nombre, il y a peut-être 200 membres actifs qui pratiquent à plein temps le droit de la concurrence. La plupart de ces avocats participent d'une manière ou d'une autre aux activités de l'Association du Barreau canadien, mais pas à chacun de ses éléments. Nous avons divers comités.

La section nationale du droit de la concurrence comprend un exécutif formé de gens qui ont été promus dans les rangs de l'organisation et qui ont gravi les échelons en occupant des postes de responsabilité.

En l'occurrence, la section des fusions et la section de l'économie et du droit ont conjugué leurs efforts pour rédiger un mémoire sur ce qui était alors le projet de loi C-248. On nous a ensuite entendus devant le Comité de l'industrie mais, comme vous le savez sans doute, le projet de loi a alors subi des modifications radicales.

Notre position n'a pas beaucoup changé par rapport à celle que nous avons exprimée au Comité de l'industrie. Nous préconisons des consultations plus étendues sur ce projet de loi. Par conséquent, nous n'avons pas consulté autant que nous l'aurions fait d'ordinaire, mais en l'occurrence, voilà l'explication.

Normalement, quand l'Association du Barreau canadien comparait devant un comité, elle envoie des gens qui participent activement et de près à ses travaux. Chose certaine, tous ceux qui ont examiné la question sont des avocats pratiquants et sont respectés par l'ensemble du groupe. Nous n'avons pas envoyé un questionnaire pour demander aux gens s'ils étaient d'accord avec les moindres détails de notre mémoire.

Senator Tkachuk: I do not know whom you would consult on the other bill I was talking about, C-250, which was the hate propaganda legislation of Svend Robinson.

The process that we are talking about today is kind of important. Would the people involved in this have a self-interest in some way? In other words, the factor of efficiencies is a defence of some sort and it would be taken away. Do the people who you consult have a self-interest in the proposed legislation being more complicated, giving more work for lawyers, or making it easier for lawyers? How do you know on what basis a person is saying that this is a good thing or a bad thing if you are not asking for clarity and good law, which is a big difference from a personal or political point of view, which is what you have enunciated twice now?

Mr. Kennish: The political point of view.

Senator Tkachuk: Well, you have.

Mr. Kennish: I believe that I was talking about the process. In any event, most of the people involved represent business clients and advise them on how to manage their way through the process.

On a number of occasions with a merger, you would be representing a party who is promoting a merger, but on other occasions you may in fact be representing a person who is intervening against a particular merger, and so you do not invariably have the same interests each and every time. It is likely that you will want to have a workable provision that can be relied upon for fair treatment irrespective of which side you are on of the particular issue.

I do not think that people go into this out of regard for their personal professional opportunities. For example, one of the amendments currently being considered to the Competition Act would decriminalize the pricing provisions of the act. Most competition lawyers will tell you that they are called to give advice on this because being a criminal provision it is very hard to apply.

In the decriminalized world, most of those issues go away and so it is really contrary to the lawyer's interest to have that change come about in terms of business opportunities, but I think they recognize the virtue of having a better law.

Senator Tkachuk: I am asking those questions because when we get the Chamber of Commerce or Canadian Bankers, we are aware of their self-interest. I am not saying the self-interest is wrong, I am just saying we know what it is and here we are five, six senators, and we have this bill and we will have disagreements.

I am always amazed at how the Canadian Bar Association can take a political issue like this, or take one like Bill C-250 and have such unanimity or is it a percentage of your association?

Le sénateur Tkachuk: J'ignore qui vous consulteriez sur l'autre projet de loi dont j'ai parlé, le C-250, à savoir le projet de loi proposé par Svend Robinson sur la propagande haineuse.

Le processus dont nous discutons aujourd'hui est assez important. Les gens qui y participeraient seraient-ils intéressés au premier chef? Autrement dit, le facteur des gains d'efficacité est un moyen de défense et il leur serait enlevé. Les gens que vous consultez sont-ils intéressés à ce que la loi devienne plus compliquée, que l'on donne plus de travail aux avocats, ou cherchent-ils plutôt à faciliter la tâche aux avocats? Comment savez-vous sur quoi une personne se base pour dire que c'est bon ou mauvais, si vous ne demandez pas que la loi soit bonne et claire, ce qui fait une grande différence du point de vue personnel ou politique, point de vue que vous avez énoncé deux fois maintenant?

M. Kennish: Le point de vue politique.

Le sénateur Tkachuk: Oui, c'est ce que vous avez fait.

M. Kennish: Il me semble que je parlais du processus. Quoi qu'il en soit, la plupart des gens qui y participent représentent des clients d'affaires et les conseillent sur la manière de cheminer dans le processus.

Il arrive parfois, dans un dossier de fusion, que l'on représente une partie qui fait la promotion d'une fusion, mais il peut aussi arriver que l'on représente une personne qui intervient contre une fusion en particulier, et l'avocat ne défend donc pas invariablement les mêmes intérêts à chaque fois. Il est probable que l'on voudrait compter sur une disposition applicable sur laquelle on peut se fier pour obtenir un traitement équitable, peu importe de quel côté l'on se trouve.

Je ne pense pas que les gens interviennent dans ce dossier pour défendre les dossiers dont ils s'occupent personnellement. Par exemple, l'un des amendements que l'on envisage actuellement d'apporter à la Loi sur la concurrence décriminaliserait les dispositions de la loi relative à la fixation des prix. La plupart des avocats spécialisés dans le droit de la concurrence vous diront qu'ils sont appelés à conseiller des clients là-dessus parce qu'une disposition de droit criminel est très difficile à appliquer.

Si c'était décriminalisé, la plupart des dossiers en question disparaîtraient et c'est donc contraire à l'intérêt d'un avocat d'obtenir ce changement, en termes d'occasions d'affaires, mais je pense qu'ils reconnaissent qu'il est préférable d'avoir une bonne loi.

Le sénateur Tkachuk: Je pose ces questions parce que quand nous entendons les représentants de la chambre de commerce ou les banquiers canadiens, nous sommes conscients de l'intérêt qu'ils défendent. Je ne dis pas que c'est mauvais de défendre ses propres intérêts, je dis seulement que nous savons ce qu'il en est; nous sommes cinq ou six sénateurs ici présents, en train d'étudier ce projet de loi, et nous avons des divergences.

Je m'étonne toujours que l'Association du Barreau canadien puisse intervenir dans une question politique comme celle-ci, ou comme le projet de loi C-250, et faire état d'une telle unanimité, ou bien est-ce un pourcentage de votre association?

How do you figure all this out and how do you get such unanimity when you are dealing with such a large number of lawyers?

Mr. Kennish: One of the reasons the consultation was not as broad was the way in which it was encountered. We had a broad consultation on the original private member bill process. Also, we do not cover the private member bills with the same intensity as others simply because they do not as frequently emerge as laws. We tend to submit on most things but people do not take as much interest in them as when it is a government-sponsored initiative. This, of course, is a private member's bill, so there was not quite as much independent interest.

In terms of the discussion paper, that is a proposal supported and being put forward by the government and the bureau, and there is widespread interest and the bar presents its viewpoints.

You will find there are other lawyers who present different viewpoints, but the group that gets involved in commenting on this reaches its own consensus that may be 60 per cent to 40 per cent or 90 per cent to 10 per cent.

There tends to be a high level of support for the positions that we put forward. A good example is the private rights of action. The litigation bar was quite supportive of these rights, yet the bar that counsels corporations was less supportive. The CBA did not take a strong position but indicated the different viewpoints of the people involved. Therefore, we do not take a position each time, but we try to because otherwise we are always presenting two sides of every picture, and it would not be very helpful to you or be very influential.

The Chairman: We are certainly familiar with having lawyers here who do not all agree with each other and we have been watching that in the course of the hearings.

Thank you for the brief.

I have been able to understand a number of issues in light of your presentation that have not been entirely clear. You have put a great deal of emphasis on the fact that it is regrettable that efficiency is an important element of consideration, but it only comes into play at the point in which the bureau has decided there is a non-competitive merger and it is at the tribunal stage. It could be properly considered at the point in which the evaluation is being made, and that does not happen now.

Mr. Kennish: That is correct. I do not know that I expressed a regret.

The Chairman: That is why I wanted to be sure I understood what you said on top of page 5 of your brief, where you say:

Comment déterminez-vous tout cela et comment obtenez-vous une telle unanimité alors que vous traitez avec un aussi grand nombre d'avocats?

M. Kennish: L'une des raisons pour laquelle la consultation n'a pas été aussi étendue, c'est la manière dont elle a été présentée. Nous avons eu une vaste consultation sur le projet de loi original d'initiative parlementaire. De plus, nous n'étudions pas les projets de loi d'initiative parlementaire avec la même intensité que les autres, simplement parce qu'ils ne sont pas aussi souvent adoptés. Nous faisons des présentations sur la plupart des dossiers, mais les gens ne s'y intéressent pas autant que dans le cas des initiatives parrainées par le gouvernement. Cette mesure est évidemment un projet de loi d'initiative parlementaire et il n'y a donc pas eu autant d'intérêt de la part des membres individuels.

Pour ce qui est du document de travail, c'est une proposition présentée et appuyée par le gouvernement et par le bureau qui suscite un intérêt généralisé et le barreau présente son point de vue.

Vous constaterez que d'autres avocats ont des points de vue différents, mais le groupe qui s'occupe de commenter publiquement ce dossier dégage son propre consensus qui peut se situer à 60 p. 100 contre 40 p. 100, ou encore à 90 p. 100 contre 10 p. 100.

Généralement, les positions que nous défendons bénéficient d'un appui généralisé. Le droit d'intenter des poursuites en est un bon exemple. Les avocats plaidants appuyaient très majoritairement ce droit, tandis que les avocats qui conseillent les grandes entreprises étaient moins enthousiastes. L'ABC n'a pas pris fermement position, mais a fait connaître les points de vue différents des personnes en cause. Nous ne prenons donc pas position chaque fois, mais nous essayons de le faire parce qu'autrement, il nous faudrait toujours présenter le pour et le contre, ce qui ne vous serait pas très utile et nous ne serions pas très influents.

Le président: Nous sommes assurément habitués à entendre ici des avocats qui ne sont pas d'accord entre eux et nous en avons eu des exemples durant nos audiences.

Merci pour votre mémoire.

Votre présentation m'a permis de comprendre un certain nombre de points qui n'étaient pas tout à fait clairs. Vous avez beaucoup insisté sur le fait qu'il est regrettable que les gains d'efficacité soient un élément important à prendre en compte, mais que cela entre seulement en jeu une fois que le bureau a décidé qu'une fusion est anticoncurrentielle et qu'on en arrive à l'étape du tribunal. On pourrait en tenir compte au moment de l'évaluation de l'affaire, ce qui n'est pas le cas actuellement.

M. Kennish: C'est exact. Je ne crois pas avoir exprimé un regret.

Le président: C'est pourquoi je tenais à être sûr d'avoir bien compris ce que vous avez dit à la page 5 de votre mémoire, quand vous dites:

Therefore, to the extent the efficiencies are not being considered in merger analysis, this is not merely unfortunate. It is, in our view, a miscarriage of the Act's purpose.

Mr. Kennish: Yes. We were saying that there is not extensive consideration of efficiencies, and that is regrettable because it is an objective of the legislation, and it is often the purpose of the parties in going into these arrangements.

The Chairman: Would you like to see it considered before it even gets to the tribunal stage?

Mr. Kennish: If I can answer your question, if it is a defence, and we put in an efficiency argument or claim, I would like it if the bureau would consider it upfront, let us know whether they see it working, or see how much of the efficiencies they would be inclined to agree would be recognized for this purpose.

The Chairman: One thing there seems to be complete agreement on is that the whole issue of efficiency is important.

Mr. Kennish: Yes.

The Chairman: I do not think we have had one witness who has taken another position. It is just that there are different ways of getting at it.

Are there any other questions?

Senator Massicotte: Sorry I was late. You may have answered these questions already, so please be patient with me. Further to the comment of Senator Kroft regarding the efficiency argument, your presentation also notes that, as a lawyer, you would not be confident of how one would interpret that efficiency clause. In your sense, I gather, the definition or the application of the clause is complex and therefore unpredictable with regard to the result. Am I correct?

Mr. Kennish: That is correct.

Senator Massicotte: Therefore, further to that comment, are you suggesting it should not be a defence, rather as part of the factor to be considered, if one were to rewrite the act completely?

Mr. Kennish: When we all started out, we did not appreciate that it would lead to the court coming to the conclusion that in applying the defence it would be necessary to show efficiencies exceeded some portion of the wealth transfer that represented socially adverse transfers. That seems to be extraordinarily complicated.

I can tell you, I will not be recommending to our clients to take on many cases advancing an efficiency defence when I am having a hard time figuring out who is the good guy and who is the bad guy.

Senator Massicotte: Are you suggesting that despite the *Superior Propane* case, we will not see a flood of new arguments using this precedent?

Dans la mesure, donc, où les efficacités ne sont pas examinées dans l'analyse des fusions, cela n'est pas simplement fâcheux. Il s'agit, à notre avis, d'une erreur d'interprétation de l'objectif de la loi.

M. Kennish: Oui. Nous disons qu'il n'y a pas examen approfondi des gains d'efficacité et que c'est regrettable parce que c'est un objectif de la loi et que c'est bien souvent l'objectif des parties qui concluent de tels arrangements.

Le président: Voudriez-vous que ce soit examiné avant même d'en arriver à l'étape du tribunal?

M. Kennish: Si je peux répondre à votre question, si c'est une défense, et si nous plaignons en invoquant l'argument des gains d'efficacité, j'aimerais que le bureau l'examine dès le départ, qu'il nous fasse savoir ce qu'il en pense ou quelle est l'ampleur des gains d'efficacité que l'on serait prêt à reconnaître ou accepter à cette fin.

Le président: Il semble qu'il y ait accord complet sur un point, à savoir que toute la question des gains d'efficacité est importante.

M. Kennish: Oui.

Le président: Je ne pense pas que nous ayons entendu un seul témoin qui ait dit le contraire. C'est seulement qu'il y a différentes manières d'aborder la question.

Y a-t-il d'autres questions?

Le sénateur Massicotte: Je m'excuse d'être arrivé en retard. Vous avez peut-être déjà répondu à mes questions, et je vous demande donc votre indulgence. Pour faire suite à l'observation du sénateur Kroft sur l'argument fondé sur l'efficacité, vous signalez également dans votre mémoire qu'à titre d'avocat, vous n'êtes pas certain de la manière dont cette disposition sur l'efficacité serait interprétée. Si je comprends bien, vous estimez que la définition ou l'application de cette disposition est complexe et donc imprévisible quant aux résultats. Ai-je raison?

M. Kennish: C'est bien cela.

Le sénateur Massicotte: Par conséquent, suite à ce commentaire, dites-vous que cela ne devrait pas être une défense, mais plutôt l'un des facteurs à prendre en compte, si l'on devait récrire complètement la loi?

M. Kennish: Au départ, nous ne pensions pas que la cour en arriverait à la conclusion que pour invoquer avec succès la défense des gains d'efficacité, il serait nécessaire de prouver que les gains d'efficacité surpassent une certaine partie du transfert de richesses représentant des transferts socialement négatifs. Tout cela semble extraordinairement compliqué.

Je peux vous dire que je ne recommanderai pas à nos clients de se lancer dans de nombreux litiges en invoquant une défense fondée sur les gains d'efficacité, puisque j'ai du mal à discerner le bon du mauvais.

Le sénateur Massicotte: Dites-vous qu'en dépit de l'affaire *Supérieur Propane*, nous ne verrons pas une avalanche de nouveaux litiges inspirés de ce précédent?

Mr. Kennish: I think there are two things. One, I said the fact there has only been the one case is testament to the disinclination of people to raise the issue. Mergers are time-sensitive. To the extent that after a long, extensive merger review process at the Competition Bureau, which can last five months, they can then inform you that they think this merger is not something that they would allow to go forward because it involves a substantial lessening of competition.

If you argue the efficiency defence, and they say if you want to assert it, you have to go to the Competition Tribunal, you have to wait another year. There are not many mergers that can wait that amount of time without putting stress on the organization, particularly in light of the uncertainty, particularly if there are job consolidations that may come out of the merger. Customers and suppliers may start to wonder who they are dealing with, and it can have a bad effect on business. People are disinclined to invest that much time in pursuing this kind of an issue.

That is one thing. Second, the uncertainty of how this thing will be applied on a case-by-case basis is another reason why you will not see much of activity.

Senator Massicotte: As a member of the bar and a lawyer, when you read the current proposed act, in your mind, how would the word “consumer” be defined?

How do you think the courts would interpret the word? Is it very broad or is it only consumer of those units?

Mr. Kennish: You may be blindsiding me here, because I am not sure I have read every decided case on the act where the term has come up. I interpret this as the private individual consuming a product as opposed to a business person acquiring it for use in their business.

The Chairman: Thank you very much. I appreciate your time in helping us with this very complicated subject.

Senator Tkachuk: It is just a couple of lines.

The Chairman: We usually find that the shorter the bill, the tougher it is.

The committee adjourned.

OTTAWA, Thursday, May 6, 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 11:04 a.m. to give consideration to the bill.

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

M. Kennish: Je ferai deux observations. Premièrement, j'ai dit que le simple fait qu'il n'y a eu qu'une seule affaire témoigne de la répugnance des gens à soulever la question. Le facteur temps est primordial dans les fusions. Dans la mesure où, après un long processus d'examen de la fusion au Bureau de la concurrence, qui peut durer cinq mois, on peut alors vous informer que l'on n'est pas disposé à permettre la fusion en question parce qu'elle entraîne une diminution sensible de la concurrence.

Si vous invoquez la défense des gains d'efficacité et que l'on vous dit que vous devez alors vous adresser au Tribunal de la concurrence, vous devez attendre encore une année. Il n'y a pas tellement de fusions qui peuvent attendre aussi longtemps sans imposer un stress à l'organisation, particulièrement en raison de l'incertitude, surtout s'il y a une rationalisation dans la foulée de la fusion. Les clients et les fournisseurs peuvent commencer à se demander à qui ils ont affaire, et cela peut nuire aux affaires. Les gens ne sont pas enclins à investir autant de temps dans un tel litige.

Voilà pour le premier point. Deuxièmement, l'incertitude quant à la manière dont cette mesure sera appliquée au cas par cas est une autre raison pour laquelle vous n'assisterez pas à une flambée de nouveaux cas.

Le sénateur Massicotte: À titre de membre du barreau et d'avocat, en lisant le texte de loi que l'on propose actuellement, dans votre esprit, comment définiriez-vous le mot «consommateur»?

Comment pensez-vous que les tribunaux vont interpréter ce mot? Est-ce très général ou bien s'agit-il seulement des consommateurs des entités en question?

M. Kennish: Vous me prenez au dépourvu, parce que je ne crois pas avoir lu toutes les décisions judiciaires dans lesquelles le mot a été discuté. J'interprète cela comme un particulier qui achète un produit pour consommation personnelle, par opposition à une entité commerciale qui en fait l'acquisition pour utilisation commerciale.

Le président: Merci beaucoup. Je vous suis reconnaissant de nous avoir consacré de votre temps pour étudier cette question fort complexe.

Le sénateur Tkachuk: Il n'y a que deux ou trois lignes.

Le président: Nous constatons habituellement que plus un projet de loi est court, plus il est difficile.

La séance est levée.

OTTAWA, jeudi le 6 mai 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 04 pour en faire l'étude.

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

[English]

The Chairman: Procedurally, I should like to conclude the public part of this hearing by 12:30 p.m., or as close to that as possible. We will hear from two groups of witnesses today, and we will then continue in camera.

Our witnesses today have come some distance to be with us, so I want to give them the greatest possible opportunity to be heard.

I would introduce Mr. Thomas Fina, a U.S. antitrust attorney from the firm of Howrey Simon Arnold & White, LLP, of Washington, D.C. Thank you for coming to be with us today. Our practice is to invite witnesses to make an opening statement, and I would suggest that you keep that to 10 to 15 minutes, after which we move to questions.

Please proceed, sir.

Mr. Thomas Fina, U.S. Antitrust Attorney, Howrey Simon Arnold & White, LLP, Washington, D.C., as an individual: Thank you for your welcome this morning and for the opportunity to testify here today before the committee on Bill C-249. I am honoured that the Senate is interested in the views of a U.S. antitrust competition lawyer.

I have prepared short remarks which will only run about 10 or so minutes. Then I would be delighted to respond to any questions that the committee may have.

By way of background, as the chairman has mentioned, I am a partner in the Washington, D.C. office of Howrey Simon Arnold & White, LLP, where I specialize in antitrust work and, in particular, in merger and acquisition work. Our firm has the largest competition practice in the world, with over 200 lawyers practising competition law. I am also involved in the antitrust section of the American Bar Association, currently serving as the vice chair of the mergers and acquisition committee.

Obviously, the views that I present today are my own and do not reflect those of either Howrey Simon Arnold & White, LLP or of the ABA.

I have three main observations that I would like to make about Bill C-249. Before I get to those observations, I would like to interject one comment if I may. I understand there has been testimony suggesting that the Canadian efficiencies standard has been subject to ridicule in the international competition arena — among international competition authorities and international competition lawyers. My experience is very different. My experience is that the Canadian treatment of efficiencies is well-respected and considered to be on the cutting edge of the treatment of efficiencies.

To put that in context for you, I am currently chairing a working group that is commenting on the Bureau of Competition's new draft merger guidelines. It is a committee

[Traduction]

Le président: En ce qui concerne la procédure, j'aimerais conclure la partie de la séance ouverte au public d'ici 12 h 30, ou aussi près de cette heure que possible. Nous allons entendre deux groupes de témoins aujourd'hui et, ensuite, nous continuerons à huis clos.

Comme nos témoins d'aujourd'hui viennent de loin pour comparaître, je veux leur donner le plus de temps possible pour se faire entendre.

Je vous présente M. Thomas Fina, un avocat antimonopole américain de la firme Howrey Simon Arnold & White, LLP, de Washington, D.C. Je vous remercie beaucoup d'être parmi nous aujourd'hui. Habituellement, nous invitons nos témoins à faire une déclaration liminaire, que je vous suggère de limiter à une quinzaine de minutes, après quoi, nous passerons aux questions.

Vous avez la parole, monsieur.

M. Thomas Fina, avocat antimonopole américain, Howrey Simon Arnold & White, LLP, Washington (D.C.), témoignage à titre personnel: Je vous remercie de vos mots de bienvenue ce matin et de la possibilité que vous m'offrez de témoigner devant le comité chargé d'étudier le projet de loi C-249. Je suis honoré que le Sénat soit intéressé par l'opinion d'un avocat antitrust américain.

J'ai préparé de brèves remarques qui ne prendront qu'une dizaine de minutes. Par la suite, je répondrai volontiers à toutes les questions que les membres du comité voudront me poser.

Je me présente. Comme le président l'a mentionné, je suis un associé au Bureau de Howrey Simon Arnold & White, LLP, à Washington, D.C., où je me spécialise dans le droit antitrust, et notamment les fusions et les acquisitions. Notre cabinet, qui compte plus de 200 avocats spécialisés dans le droit de la concurrence, est le plus important cabinet du monde pour les affaires de concurrence. Je travaille également à la section antitrust de l'American Bar Association, où j'occupe le poste de vice-président du comité des fusions et des acquisitions de ce groupe.

Il va de soi que les points de vue présentés aujourd'hui sont les miens et ne représentent pas ceux de Howrey Simon Arnold & White, LLP, ou de l'ABA.

J'ai trois grandes observations à faire au sujet du projet de loi C-249. Avant de commencer, avec votre permission, j'aimerais faire un commentaire. Je crois savoir que certains témoins ont laissé entendre que la norme canadienne en matière de gains d'efficacité était ridiculisée dans les milieux internationaux de la concurrence, particulièrement par les autorités et les avocats spécialistes de la concurrence internationale. Ma propre expérience est bien différente. À ma connaissance, l'approche canadienne relativement aux gains en efficacité commande le respect et est considérée à la fine pointe du traitement des efficacités.

Pour mettre les choses en contexte, je précise que je dirige un groupe de travail qui se penche sur une nouvelle ébauche de lignes directrices sur les fusionnements pour le compte du Bureau of

composed of leading U.S. antitrust practitioners as well as some antitrust practitioners from Canada. During the course of our deliberations over the last month or two, as we have sought to come to some consensus as to what the comments of the ABA should be — I do not think I am telling any stories out of school here — no lawyer, and there are probably 20 or 30 leading lawyers involved in this working group, has criticized the Canadian efficiency standard.

I would also say that this is a very difficult issue — it is a difficult issue in the United States, in Europe, and in Canada.

Returning to my three main observations, I will first discuss the U.S. approach to efficiencies with respect to mergers today in the U.S. The U.S. approach continues to evolve and, as it does so, it is placing greater and greater emphasis on efficiencies.

In the U.S., efficiencies are primarily a consideration for the competition authorities in two contexts, senators. One context is understanding the rationale for the transaction. Why is it that the merging parties are coming to the agencies with the transaction? The second context is that it is important in terms of the agencies exercising prosecutorial discretion in deciding whether they wish to bring an action, whether they wish to challenge a proposed merger. However — and I will get to this later — the practical effect of efficiencies in the United States in merger litigation is quite limited.

Second, I will compare section 96 with the U.S. approach to efficiencies. There is no question that efficiencies in Canada are accorded substantially more weight in merger review than they are in the United States.

Third, I will compare the legislation with the current U.S. approach to efficiencies. There is no question that the legislation would increase convergence in the treatment of efficiencies between the United States and Canada. As an U.S. antitrust lawyer, however, I believe that the U.S. should be moving in the direction of Canada and not vice versa in terms of the treatment of efficiencies.

Turning from my summary to my first point, the U.S. approach to efficiencies in merger analysis continues to evolve toward according a greater and greater role to efficiencies over time. Forty years ago in the United States, efficiencies were viewed as being anticompetitive. They were a reason to challenge a transaction and they were often cited by the FTC and the Department of Justice as such. Today, efficiencies are recognized as being pro-competitive in America.

I would characterize the U.S. approach toward efficiencies today as one of acceptance in theory but scepticism in practice. I think that is particularly true in the context of litigation.

One of the limitations of the U.S. approach to efficiencies is the consumer welfare standard that we have in the U.S. In other words, the policy objective in the U.S. is to maximize consumer

Competition. Il s'agit d'un comité composé d'éminents avocats antitrust américains ainsi que de certains praticiens canadiens spécialisés dans ce domaine. Au cours de nos délibérations, qui durent depuis un mois ou deux, nous avons tenté de dégager un consensus sur la teneur des commentaires de l'ABA, et je ne pense pas trahir qui que ce soit ici en vous disant qu'aucun avocat sur la vingtaine ou la trentaine des praticiens éminents participant à ce groupe de travail n'a critiqué la norme canadienne en matière de gains d'efficience.

J'ajouterais qu'il s'agit d'une question très complexe, et ce tant aux États-Unis, en Europe qu'au Canada.

Pour en revenir à mes trois grandes observations, j'aborderai d'abord l'approche américaine relative aux gains en efficience dans le contexte des fusions actuelles aux États-Unis. Cette approche continue d'évoluer et ce faisant, elle met de plus en plus l'accent sur les gains en efficience.

Aux États-Unis, les organismes de surveillance de la concurrence tiennent surtout compte des gains en efficience dans deux contextes. Premièrement, pourquoi les parties à la fusion leur soumettent-elles la transaction? Deuxièmement, il est important pour les organismes de surveillance d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, autrement dit de décider s'il y a lieu de poursuivre, de s'opposer ou non à une fusion. Cependant, et j'y reviendrai plus tard, le rôle pratique des gains en efficience dans les litiges concernant les fusionnements est plutôt limité.

Deuxièmement, je comparerai l'article 96 à l'approche américaine relative aux gains en efficience. Il est indéniable qu'au Canada, on accorde beaucoup plus d'importance aux gains en efficience dans l'examen des fusions qu'aux États-Unis.

Troisièmement, je comparerai la mesure législative proposée à l'approche américaine relative aux gains en efficience. À coup sûr, la mesure augmenterait la convergence dans le traitement des gains en efficience entre les États-Unis et le Canada. Cela dit, en tant qu'avocat antitrust américain, j'estime que les États-Unis devraient suivre la voie du Canada, et non l'inverse.

Ce résumé complété, je passe à mon premier point. L'approche américaine relative aux gains en efficience dans le cadre de l'analyse des fusions continue d'évoluer et la tendance est d'accorder à un rôle de plus en plus important aux efficacités. Il y a 40 ans, aux États-Unis, on considérait les gains en efficience comme des effets anticoncurrentiels. Ils constituaient une raison de bloquer une transaction et ils étaient souvent invoqués par la FTC et le ministère de la Justice américain comme un motif de contestation. Aujourd'hui, on reconnaît que les gains en efficience représentent des avantages concurrentiels en Amérique.

Je qualifierais l'approche américaine actuelle relative aux gains en efficience dans les fusions d'acceptation en théorie et de scepticisme en pratique. Cela est particulièrement vrai dans le contexte des litiges soumis aux tribunaux.

L'une des limites de l'approche américaine relative aux gains en efficience est la norme d'avantages pour les consommateurs. Autrement dit, aux États-Unis, l'objectif de la politique est de

welfare, that is, lower prices to consumers, whoever they may be, rather than total societal welfare. As a result, the U.S. antitrust enforcement agencies could, and I think can, block transactions on the grounds that the transaction does not seek to maximize consumer welfare, even though the transaction as a whole may be pro-competitive and may benefit society as a whole.

A related concern with the U.S. approach to efficiencies is that it limits the types of efficiencies — because there are numerous types of them — that are recognized or cognizable by the U.S. antitrust authorities.

As in Canada, most government merger review analysis in the U.S. is done at the agency level, and few cases are litigated. In a typical year we might have none to two or three or four cases litigated.

Practically speaking, as I mentioned, where you see the greatest impact of efficiencies is in explaining the business rationale to the government and in its prosecutorial discretion. The practical role of efficiencies in merger litigation has been very limited and courts typically reject any efficiencies defence proffered by the parties.

There is an interesting and recent case that is worth spending a few minutes discussing. It is the *Heinz* baby food case, a case decided in 2001, if I recall correctly, by the Court of Appeals in the District of Columbia. It was a three-to-two merger meaning there were three competitors and the proposed merger would have combined two of those competitors so that, at the end, there would be only two competitors in the baby food market. Here we are talking about jarred baby food, the type that you might buy in the supermarkets for your infant or young child.

There were real, substantial efficiencies associated with the merger. The purpose of the merger was to challenge the dominant player, and the dominant player was Gerber, which had a 65 or 75 per cent share of the market in jarred baby food. At the staff level of the FTC — the bureau of competition and the bureau of economics — the lawyers felt this was, perhaps, one of the best efficiencies cases they had ever seen. It was the *Superior Propane* of the United States as it were. They recommended against a challenge to the Heinz transaction. The Federal Trade Commission, by a closely divided vote, by three to two, because there are five commissioners on the commission, the commissioners decided to challenge the transaction. At the district court level, the district court found for the parties and against the Federal Trade Commission. At the Court of Appeals level, the decision was reversed and the transaction was enjoined.

The decision has been widely criticized in the United States in the antitrust bar. There is an interesting — in fact I would argue a very interesting — postscript. After the Court of Appeals challenged the transaction and the transaction fell apart because the parties were not willing to go to the Supreme Court to challenge and appeal the decision, Heinz, one of the two ailing

maximiser les avantages pour les consommateurs, en diminuant les prix à la consommation, plutôt que l'ensemble des avantages pour la société. Ainsi, les organismes antitrust américains devraient — et peuvent, je pense — bloquer une transaction pour le motif qu'elle ne maximise pas les avantages pour les consommateurs, même si la transaction représente un avantage concurrentiel et est susceptible d'être avantageuse pour l'ensemble de la société.

Une autre préoccupation relative à l'approche américaine concernant les gains en efficience est qu'elle limite les types de gains en efficience — et il y en a plusieurs — qui sont reconnus ou «recevables» aux yeux des organismes antitrust américains.

Comme au Canada, la plupart des analyses du gouvernement sur les fusions sont effectuées au niveau des organismes antitrust et peu de cas de fusion sont plaidés. Au cours d'une année typique il y aura de zéro à trois ou quatre cas soumis aux tribunaux.

En pratique, comme je l'ai mentionné, les gains en efficience ont le plus d'importance lorsqu'il s'agit d'expliquer la justification commerciale d'une transaction au gouvernement et de permettre le pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Le rôle pratique des efficacités dans les cas de litiges sur les fusionnements a été très limité et généralement, les tribunaux rejettent presque toujours la preuve de gains en efficience des parties.

Il y a eu récemment un cas intéressant auquel il vaut la peine de consacrer quelques minutes. Il s'agit de l'affaire du fabricant d'aliments pour bébés *Heinz* qui a été tranchée en 2001, si je ne m'abuse, par la Court of Appeals du district de Columbia. C'était une fusion de trois à deux, c'est-à-dire qu'il y avait trois compétiteurs et que la fusion proposée aurait eu pour effet de combiner deux de ces trois compétiteurs. En bout de ligne, il n'y aurait eu que deux entreprises concurrentes sur le marché des aliments pour bébés. En l'occurrence, il s'agit d'aliments pour bébés en petits pots, ceux qu'on achète dans les supermarchés pour les nourrissons ou les très jeunes enfants.

Des gains en efficience réels et substantiels étaient associés à cette fusion dont le but était de faire efficacement concurrence au chef de file de l'industrie, Gerber, qui accaparait 65 ou 75 p. 100 des parts du marché des aliments pour bébés en petits pots. Le personnel de la FTC — le Bureau de la concurrence et le bureau des services économiques — estimait être en présence de l'un des meilleurs plaidoyers de gains d'efficience jamais vus. En somme, c'était le *Supérieur Propane* des États-Unis. Les avocats ont recommandé de ne pas s'opposer à la transaction. La Federal Trade Commission, qui compte cinq commissaires, a décidé par un vote serré de trois voix contre deux de bloquer la transaction. Saisi de l'affaire, le tribunal inférieur a tranché en faveur des parties et contre la Federal Trade Commission. Par la suite, la Cour d'appel a renversé la décision et empêché la transaction.

Cette décision a été largement critiquée aux États-Unis dans les milieux antitrust. Cette affaire a connu un dénouement intéressant, pour ne pas dire des plus intéressants. Après que la Cour d'appel se soit opposée à la transaction, celle-ci est tombée à l'eau parce que les parties ne souhaitaient pas contester la décision devant la Cour suprême. La société Heinz, l'une des deux parties

parties, one of the two weaker parties, decided to get out of the baby food business entirely and it sold its jarred baby food business to Delmonte, to another company.

Since then, the market share statistics indicate that the dominant player, Gerber, have increased significantly, post transaction. That would suggest to me, and it suggests to other antitrust practitioners in the United States, that the wrong decision was made and that the efficiencies defence that was rejected by the Court of Appeals was probably a mistake.

Turning to my second point, there are substantial differences between the U.S. treatment of efficiencies in the context of a merger and the Canadian treatment of efficiencies under section 96. There is no question about that at all. Canada provides for a statutory efficiency defence, the United States does not. In Canada, efficiency gains must be greater than and offset anticompetitive effects. In the U.S., efficiency gains must show that the transaction itself is not anticompetitive.

In addition, Canada appears to analyze efficiencies by a balancing-of-weights approach or some kind of a modified total welfare standard. In the U.S. we use a consumer welfare standard.

Turning to my third and last point, it appears to me that the legislation would increase convergence between Canada and the United States with respect to efficiencies. First, the legislation would move Canada from a balancing-of-weights approach or a modified total welfare test to a consumer welfare test for efficiencies. Second, the legislation appears to require that efficiencies be merger-specific. Third, the bill appears to suggest that the efficiencies must be passed through to consumers, whoever those consumers may be.

The threshold question to me, however, is why Canada would seek to converge its efficiency standard with that of the United States when one considers the very real limits of the U.S. approach to efficiencies. I would respectfully suggest to the committee that there are several reasons why it might be a mistake for Canada to adopt this bill.

First, the existing Canadian efficiency approach is more flexible. It permits a consideration of a broader range of efficiencies than the U.S. approach.

Second, I would suggest that adopting the statute might introduce structural rigidity into the Canadian treatment of efficiencies. This rigidity may make it difficult for the Competition Bureau to accommodate changes in antitrust learning over time, which is a constant hallmark of antitrust. This is important because antitrust simply evolves constantly.

mal en point, l'une des deux parties les plus faibles, a décidé de se retirer entièrement du secteur de la fabrication des aliments pour bébés et elle a vendu ses intérêts dans ce secteur à Delmonte, une autre entreprise.

Depuis lors, les statistiques sur les parts du marché indiquent que le joueur de premier plan, Gerber, a accru sensiblement sa domination à la suite de la transaction. Pour moi, comme pour d'autres avocats antitrust aux États-Unis, cela signifie que le tribunal a rendu une mauvaise décision et que c'était sans doute une erreur de la Cour d'appel de rejeter la preuve de gains en efficience.

J'arrive maintenant à mon deuxième point. Il y a des différences importantes entre le traitement américain des gains en efficience dans le cadre d'une fusion et le traitement canadien des gains en efficience en vertu de l'article 96. Cela est indéniable. Le Canada prévoit un moyen statutaire de défense basé sur les gains en efficience alors que les États-Unis ne le font pas. Au Canada, les gains en efficience doivent être plus importants que les effets anticoncurrentiels et les compenser. Aux États-Unis, la défense des gains en efficience doit démontrer qu'il est peu probable que la transaction ait un effet anticoncurrentiel.

En outre, au Canada, on semble analyser les gains en efficience selon une «approche compensatoire» ou une norme modifiée d'avantages globaux pour la société. Aux États-Unis, il y a une norme d'avantages pour les consommateurs.

Enfin, pour ce qui est de mon troisième et dernier point, je pense que le projet de loi C-249 augmenterait la convergence entre le Canada et les États-Unis relativement au traitement des gains en efficience. Premièrement, avec le projet de loi, le Canada passe de l'approche compensatrice ou d'un critère modifié d'avantages pour l'ensemble de la société à un critère d'avantages pour les consommateurs en ce qui concerne les gains en efficience. Deuxièmement, le projet de loi semble exiger que les gains en efficience soient spécifiques à la fusion. Troisièmement, le projet de loi semble indiquer que les gains en efficience doivent être transmis aux consommateurs, peu importe qui ils sont.

Cependant, à mes yeux, la question fondamentale est: pourquoi le Canada chercherait-il à faire converger sa norme d'efficience avec celle des États-Unis quand on constate les limites très réelles de l'approche américaine relativement aux gains en efficience? Je voudrais déclarer très respectueusement qu'il y a plusieurs raisons pour lesquelles le Canada aurait tort d'adopter le projet de loi C-249.

Premièrement, l'approche canadienne actuelle relativement aux gains en efficience permet la prise en compte d'une plus large gamme de gains en efficience que l'approche américaine.

Deuxièmement, l'adoption de la mesure risque d'introduire une rigidité structurelle dans le traitement canadien des gains en efficience. Cette rigidité pourrait faire que le Bureau de la concurrence aurait du mal à intégrer de nouvelles connaissances économiques dans ses normes antitrust à terme, ce qui est une nécessité constante dans les milieux antitrust. Cela est important car les mesures antitrust évoluent constamment.

Third, the evolution and merger analysis and the treatment of efficiencies over the last several decades, if you look back over the last 30 or 40 years, is clearly toward a greater role for efficiencies, a greater acceptance of efficiencies, and this proposed legislation would move Canada against that tide, and in what I think, is the opposite direction.

In conclusion, I have three basic points. First, the U.S. efficiency standard continues to evolve and continues to place greater weight on efficiencies. Second, there are significant differences between the U.S. and the Canadian approach to efficiencies and the legislation would provide convergence, if that is your goal. Third, I think the real threshold question is why Canada would seek to converge with the U.S. with respect to efficiencies.

I thank you for your time and patience. I would be happy to address any questions that the committee might have.

Senator Massicotte: Thank you for your presentation. We very much appreciate you taking your time to share your perspective and expertise.

Obviously, your opinion is that efficiencies should remain a serious consideration and should be given the prominence that we hold it here in Canada as compared with your experience in the United States. Could you, however, educate me a little on the economic implications? I know it is not your area of expertise. Why is a country best served to include that argument as opposed to simply pricing to the consumer?

Mr. Fina: That is an excellent question. I am not an economist, but I will answer your question to the best of my ability.

You want to include a broader range of efficiencies, and analyze a broader range of efficiencies to make your economy more competitive, to create more jobs and to benefit society as a whole. In the old days, consumers were people like you and me shopping at a store. Today, consumers may be large corporations, such as Wal-Mart. From an economics perspective, I believe that an economy as a whole is better off with the Canadian approach where you take a broader view of efficiencies.

Senator Massicotte: On pages 11 to 12, as part of your conclusion you state that, while the government seems to favour the efficiency argument, that is, a broader approach to the consideration of efficiencies, the courts have constantly rejected that consideration. You seem to come to the conclusion that the reason the courts are showing ambivalence to it because it is difficult to quantify. In other words, the theory sounds good but the practice is difficult to apply. That has obviously been the experience of the courts.

Troisièmement, l'évolution de l'analyse des fusionnements et le traitement des gains en efficience au cours des dernières décennies, si l'on remonte 30 ou 40 ans en arrière, s'oriente clairement vers une plus grande acceptation et un plus grand rôle des gains en efficience. Or, le projet de loi C-249 placerait le Canada à contre-courant puisqu'il irait, à mon avis, dans la direction opposée.

Trois choses. Premièrement, la norme américaine relative aux gains en efficience continue d'évoluer et accorde de plus en plus de poids aux gains en efficience. Deuxièmement, il existe des différences appréciables entre l'approche canadienne et américaine vis-à-vis des gains en efficience et la mesure à l'étude se traduirait par une convergence entre les deux, si tel est votre objectif. Troisièmement, je pense que la véritable question essentielle est de savoir pourquoi le Canada voudrait faire converger sa norme d'efficience avec celles des États-Unis.

Je vous remercie de votre temps et de votre patience. Je suis prêt à répondre aux questions du comité.

Le sénateur Massicotte: Merci de votre exposé. Nous apprécions énormément le fait que vous ayez pris le temps de partager avec nous votre perspective et votre expertise.

Manifestement, vous êtes d'avis que les gains en efficience devraient demeurer une considération sérieuse et qu'il convient de leur accorder la place prépondérante que nous leur accordons ici au Canada comparativement aux États-Unis. Cela dit, pourriez-vous m'éclairer un peu sur les répercussions économiques de cela? Je sais que ce n'est pas votre domaine de compétence. Pourquoi un pays serait-il mieux servi en incluant cet argument au lieu de tout simplement prendre en compte le prix à la consommation?

M. Fina: C'est une excellente question. Je ne suis pas économiste, mais j'essaierai d'y répondre de mon mieux.

Il est souhaitable d'inclure une plus vaste gamme de gains en efficience, d'en analyser une plus vaste gamme pour rendre son économie plus concurrentielle, pour créer davantage d'emplois et conférer des avantages à la société en général. Auparavant, les consommateurs étaient des gens comme vous et moi qui font leurs emplettes dans les magasins. Aujourd'hui, les consommateurs peuvent être de grandes sociétés, comme Wal-Mart. Dans une perspective économique, je pense qu'en tant qu'entité, une économie est avantagée par l'approche canadienne, qui permet la prise en compte d'une plus large gamme de gains en efficience.

Le sénateur Massicotte: Je ne sais plus à quelle page, mais dans le cadre de votre conclusion, vous affirmez que si le gouvernement fait preuve d'une plus grande réceptivité aux allégations de gains en efficience, c'est-à-dire à la prise en compte d'une gamme élargie de gains en efficience, les tribunaux, pour leur part, ont constamment rejeté cette considération. Vous semblez conclure que si les tribunaux font preuve d'ambivalence, c'est à cause de la difficulté de quantifier les gains en efficience. Autrement dit, c'est beau en théorie, mais en pratique, c'est difficile à appliquer. C'est manifestement ainsi que les tribunaux voient les choses.

We heard testimony that we can argue efficiencies as a defence but it is difficult and complex to define and predict the outcome. Is it so difficult to predict that maybe, as with your court experience, it is dangerous to even allow for it given its unpredictability and given the fact that it is a somewhat dangerous possibility?

Mr. Fina: Senator, whenever you are analyzing a merger, you are making predictions about the future. You have no idea whether those predictions will come to fruition or not.

It is true that efficiencies can be difficult to predict. Sometimes companies get them right, and sometimes they get them wrong. Sometimes the efficiencies are greater than they had anticipated, as we saw in the recent HP merger in the United States.

I do not believe, speaking as a U.S. practitioner, that consideration of efficiencies is so difficult or speculative that they should not be considered at all. I do not think that the standard for efficiencies should be higher than the standard of proof that the government needs to show.

In the United States, the government demonstrates a prima facie case against a merger by saying merely, "There is a high level of concentration. We believe it could lead to higher prices." In the United States, in the litigation context, it is up to the merging parties to rebut that case by demonstrating that there are efficiencies of the pro-competitive benefit of the transaction.

Senator Massicotte: Your law firm has one of the largest practices and expertise in the world. What is the experience in other parts of the world relative to the practice of considering efficiencies, in Europe for instance? What is the trend in the world in that respect?

Mr. Fina: Senator, the trend is clearly toward according efficiencies greater respect and greater weight. You see this in Europe, for example.

Senator Oliver: Toward the Canadian standard?

Mr. Fina: It is not necessarily toward the Canadian standard per se in terms of the statutory defence that you have, but in terms of according efficiencies greater weight. Historically, if you look at antitrust, efficiencies were looked at as a negative. It is only with greater economic learning and greater economic analysis that agencies throughout the world, which includes Europe and the United States, have begun to realize that efficiencies are pro-competitive. That is what antitrust is all about.

In Europe, you see a movement in the same direction. You see the same evolution moving from efficiencies as anticompetitive, or neutral at best, toward thinking that they are a real positive. We saw that in the GE-Honeywell merger, which was so widely debated in the press and among antitrust practitioners.

D'après des témoignages que nous avons entendus, il est possible de présenter une défense de gains en efficience, mais il est difficile et complexe de cerner et de prédire les résultats. Est-ce difficile au point que, comme le montre l'expérience des tribunaux américains, il est risqué même de permettre cette défense étant donné l'imprévisibilité des résultats et le fait que c'est une possibilité quelque peu dangereuse?

M. Fina: Sénateur, chaque fois que l'on analyse une fusion, on fait des prédictions pour l'avenir. On n'a aucune idée si ces prédictions s'avéreront ou non.

Il est vrai qu'il peut être difficile de prédire des gains en efficience. Parfois les entreprises tombent pile et parfois elles se trompent. Il arrive aussi que les gains en efficience soient plus élevés que prévu, comme on a pu le constater à la suite de la récente fusion HP aux États-Unis.

En tant qu'avocat américain, je ne pense pas qu'il faille se priver de prendre en compte les gains en efficience sous prétexte que cela est difficile ou spéculatif. À mon avis, la norme applicable aux gains en efficience ne devrait pas être plus élevée que la norme de la preuve que doit démontrer le gouvernement.

Aux États-Unis, le gouvernement présente un cas prima facie contre un fusionnement en se bornant à dire: «Il y a un niveau de concentration élevé qui, à notre avis, pourrait déboucher sur une hausse de prix.» Aux États-Unis, devant les tribunaux, il appartient aux parties au fusionnement de contrer cet argument en faisant la preuve que la transaction donnera lieu à des gains en efficience ayant des effets favorables à la concurrence.

Le sénateur Massicotte: Votre cabinet d'avocat est l'un des plus importants et des plus expérimentés au monde dans ce domaine. Quelle est l'expérience des autres pays en ce qui concerne la pratique visant à intégrer dans l'analyse les gains en efficience, en Europe, par exemple? Quelle est la tendance internationale à cet égard?

M. Fina: Sénateur, on accorde clairement de plus en plus de respect et de poids aux gains en efficience. On peut le constater en Europe, par exemple.

Le sénateur Oliver: À l'égard de la norme canadienne?

M. Fina: On n'adhère pas nécessairement à la norme canadienne proprement dite pour ce qui est de la défense statutaire que vous avez ici, mais on tend à accorder de plus en plus de poids aux gains en efficience. Dans le passé, les autorités antitrust considéraient de façon négative les gains en efficience. C'est à la suite de percées dans l'acquisition de connaissances économiques et dans l'analyse économique que les organismes de surveillance un peu partout dans le monde, y compris en Europe et aux États-Unis, ont commencé à se rendre compte que les gains en efficience étaient favorables à la concurrence. C'est là l'essence même de la pratique antitrust.

En Europe, on constate un mouvement dans la même direction. On voit la même évolution: d'anticoncurrentiel ou neutre au mieux, les gains en efficience tendent maintenant à être vus comme ayant véritablement des effets positifs. J'en veux pour preuve la fusion GE-Honeywell, qui a fait l'objet d'un large débat dans la presse et dans les milieux juridiques antitrust.

Senator Tkachuk: I am sorry that I was a little late. I had another meeting so I did not hear all of your presentation.

You have raised the subject of efficiencies again. I am having some trouble with that because it seems to me that it is such a stretch of an argument, but perhaps you can help me out with it. I will try to put this in my terms, which are layman's terms — being neither a lawyer nor economist, although it has not seemed to have stopped either of those professions commenting on the other — that efficiencies result in higher prices. In our case it was *Superior Propane*. The argument was that the efficiencies outweighed the consumer interest because the efficiencies were so great. That was seen to be in order because foreign buyers of propane, or companies that were well off put forward made a better argument than the people that were not well-served because of higher prices.

In other words, they tried to justify higher prices by putting forward the argument that foreigners and rich companies would buy the product and that would outweigh the problems caused to ordinary Canadians.

To me, efficiencies should create lower prices. Am I missing something? Could you help me through that?

Mr. Fina: Senator, I do not think you are missing anything. In general, a transaction may have substantial efficiencies, whether they are what we would call productive efficiencies that might be immediately passed through to consumers or innovative or managerial efficiencies, which might take longer to trickle down to consumers. You should not limit the focus on the types of efficiencies that you are willing to consider. You should, instead, broaden the efficiencies that you are willing to consider. Does the transaction as a whole make society better off? If the transaction leads to using fewer resources and fewer inputs to generate the same output, society as a whole is better off.

You may then decide that there are other things you want to do. You may decide that there are certain consumers who may be adversely impacted in the short term by the decision. You may want to compensate them in some shape, way or form. However, that is a different issue.

The point that I am trying to make is that, by focusing very narrowly on efficiencies that are passed through purely to consumers immediately, you are losing out on many other efficiencies that make your economy more competitive internationally and domestically. Those efficiencies ultimately trickle down.

As a practical matter, there are not many cases at the end of the day. I believe there have only been one or two in Canada and there have been a limited number in the United States out of the thousands or tens of thousands of mergers that have been considered where pure efficiencies defence has become a real issue.

Le sénateur Tkachuk: Je m'excuse d'être arrivé un peu en retard. J'avais une autre réunion, de sorte que je n'ai pas pu entendre la totalité de votre exposé.

Vous avez soulevé de nouveau le sujet des gains en efficience. J'ai du mal à suivre car à mon avis, c'est un argument exagéré, mais vous pouvez peut-être m'aider à comprendre. Je vais m'exprimer dans mes propres termes, c'est-à-dire en profane. En effet, je ne suis ni avocat ni économiste, bien que cela n'ait pas empêché les membres de l'une ou l'autre de ces professions de faire des commentaires sur l'autre. Les gains en efficience débouchent sur des hausses de prix. Dans notre cas, ce fut l'affaire *Supérieur Propane*. On a fait valoir que les gains en efficience étaient tellement considérables qu'ils allaient à l'encontre de l'intérêt des consommateurs. Cela a été jugé irrecevable parce que les acheteurs étrangers de propane, ou les entreprises nanties ont présenté une meilleure argumentation que celle voulant que les gens ne soient pas bien servis à cause des prix plus élevés.

Autrement dit, on a tenté de justifier une hausse de prix en faisant valoir que les acheteurs étrangers et les entreprises nanties achèteraient le produit, et que cela avait plus de poids que les problèmes causés aux Canadiens ordinaires.

Selon moi, les gains en efficience devraient se traduire par une baisse des prix. Y a-t-il quelque chose qui m'échappe? Pouvez-vous m'aider?

M. Fina: Sénateur, je ne pense pas qu'il y ait quoi que ce soit qui vous échappe. En général, une transaction peut produire des gains en efficience considérables, qu'il s'agisse d'efficience productives que l'on peut refiler immédiatement au consommateur ou d'efficience novatrices ou de gestion, dont les effets peuvent prendre plus de temps à se faire sentir au niveau de la consommation. Il ne faudrait pas restreindre les types d'efficience que l'on peut prendre en compte. Il faudrait au contraire en élargir la gamme. La transaction est-elle bénéfique pour l'ensemble de la société? Si la transaction permet d'utiliser moins de ressources et moins d'intrants pour générer les mêmes extrants, c'est la société dans son ensemble qui y gagne.

Vous pouvez alors décider de faire autre chose. Vous pouvez envisager d'indemniser d'une façon ou d'une autre certains consommateurs qui seraient désavantagés à court terme par la décision. Mais c'est une autre question.

Ce que j'essaie de vous faire comprendre, c'est qu'en s'attachant strictement aux gains en efficience qui sont immédiatement répercutés sur les consommateurs, vous risquez de vous priver de nombreux autres gains qui rendent l'économie plus compétitive sur la scène nationale et internationale. Ces gains en efficience finissent par filtrer jusqu'au consommateur.

En pratique, il n'y a pas tellement de cas de ce genre. Je crois qu'il n'y en a eu qu'un ou deux au Canada et aux États-Unis. Et sur les milliers ou les dizaines de milliers de fusions qui ont fait l'objet d'un examen il n'y a eu qu'un petit nombre où la défense des gains en efficience proprement dite est devenue un véritable enjeu.

Should more emphasis be placed on efficiencies so that society is better off, recognizing that certain pockets may be made worse off in the short term under certain circumstances?

Senator Harb: Thank you very much for your presentation which is quite a contrast from what we heard yesterday when one of the witnesses indicated that the efficiency element in Canada is a laughing matter internationally. It was quite refreshing to hear what you had to say on this.

It strikes me that the whole debate centres on how you define “efficiencies,” and it appears there can be differing interpretations of the term.

If this bill is passed and it becomes part of the Competition Act and a client of yours showed up at your doorstep and tells you that he has a company that is operating in Canada, can he make a claim? As you know, Canada, the United States and Mexico, have the NAFTA. Under chapter 11 of that agreement, companies who have an investment in member countries of NAFTA can claim injuries.

Do you think there could be a case for a company that is investing in Canada, to make a claim that they were injured as a result of a proposal for merger between that company and another company being denied, based on what we have in this bill?

If that is the case, do you think it would be appropriate for Canada, Mexico and the United States, to have some sort of a panel discussion to look at this whole notion of treatment related to mergers and acquisitions in relation to companies that may be operating in more than one jurisdiction?

Mr. Fina: Senator, with respect to your first question, I am not familiar with that subject. It is outside my area of expertise with respect to NAFTA. I can speculate and say that there would not be a cause of action, but that is purely speculation on my part.

With regard to your second question of whether or not it makes sense to have some kind of a panel discussion, when there is a merger or a transaction that implicates multiple jurisdictions there is typically formal and informal contact between the competition authorities and agencies in which they discuss theories, issues, remedies and whatnot. I would suggest that some of that is already going on right now. There is certainly a great deal of cooperation between the U.S. and Canadian competition authorities. There is increasing cooperation with the Mexican competition authorities.

Senator Harb: If you were to compare the Canadian law as we have it now with that of the United States or other jurisdictions internationally, how would we rank?

Mr. Fina: You are in the vanguard. You are leading the charge. You are doing what I believe — and I say this as a liberal democrat — is in the best interests of a jurisdiction, of a country, by considering efficiencies on a broader basis than we consider them in the United States.

Devrait-on mettre davantage l’accent sur les gains en efficacité qui sont avantageux pour l’ensemble de la société tout en reconnaissant que certains groupes risquent de se retrouver plus mal lotis qu’avant à court terme dans certaines circonstances?

Le sénateur Harb: Je vous remercie beaucoup de votre exposé qui contredit ce qu’a affirmé un témoin hier, soit que la norme des efficacités au Canada est ridiculisée sur la scène internationale. Ce fut plutôt rafraîchissant d’entendre ce que vous aviez à dire à ce sujet.

Une chose me frappe. Tout le débat s’articule autour de la définition de «gains d’efficacité», et il semble que cette expression donne lieu à des interprétations différentes.

Si la mesure à l’étude est adoptée et qu’elle devient partie intégrante de la Loi sur la concurrence et qu’un de vos clients se pointe dans votre bureau en vous disant qu’il possède une entreprise au Canada, peut-il faire valoir qu’il a subi un préjudice? Comme vous le savez, le Canada, les États-Unis et le Mexique sont cosignataires de l’ALENA. En vertu du chapitre 11 de cet accord, les entreprises qui ont des investissements dans les pays membres de l’ALENA peuvent alléguer qu’il y a eu préjudice.

Pensez-vous qu’une entreprise qui investit au Canada peut prétendre qu’elle a subi un préjudice du fait qu’une proposition de fusionnement entre sa compagnie et une autre a été rejetée en raison de la teneur du projet de loi?

Si c’est le cas, pensez-vous qu’il faudrait que le Canada, le Mexique et les États-Unis organisent un groupe d’experts pour se pencher sur cette notion du traitement réservé aux entreprises implantées dans plus d’un pays dans le contexte des fusions et des acquisitions?

M. Fina: Sénateur, pour répondre à votre première question, je ne connais pas bien le sujet. Tout ce qui touche l’ALENA n’est pas de mon ressort. Je pourrais me hasarder à dire que cela ne serait pas un motif de poursuite, mais ce ne serait que conjectures de ma part.

Pour ce qui est de votre deuxième question, à savoir si ce serait une bonne idée d’organiser un groupe d’experts lorsqu’une fusion ou une transaction met en cause plusieurs pays, il y a habituellement des contacts formels et informels entre les organismes et les agences responsables de la concurrence au cours desquels on discute de théories, d’enjeux, de recours, et ainsi de suite. D’une certaine façon, cela se fait déjà à l’heure actuelle. Chose certaine, les organismes américains et canadiens chargés de veiller à la concurrence collaborent déjà énormément. Il y a aussi une collaboration accrue avec les autorités mexicaines dans ce domaine.

Le sénateur Harb: Si l’on comparaît la législation canadienne telle qu’elle est actuellement et celle qui est en vigueur aux États-Unis et dans d’autres pays, où nous situons-nous?

M. Fina: Vous êtes à l’avant-garde. Vous êtes des chefs de file. À mon avis — et cela vient d’un démocrate libéral —, le fait que vous considériez les gains en efficacité dans une perspective plus large que nous ne le faisons aux États-Unis est dans le meilleur intérêt de votre pays.

In the United States — and I do not want to say this in a denigrating sense — there is a great deal of lip service paid to the importance of efficiencies. Efficiencies are critical, important and we consider them. The U.S. competition authorities push the European Union very hard to move their standard from one of being neutral on efficiencies to considering efficiencies to be pro-competitive.

The movement and the evolution are clearly in that direction. I would say that you are leading the charge. I would submit that that is a good place to be. Canada does many things better than the United States. This is one of them.

The Chairman: We are constantly preoccupied in Canada generally, and this committee especially, in matters that deal with financial institutions and economic issues that have cross-border and international implications. Living next to the United States, Canada can take advantage of many wonderful things but it also must deal with the problems that come with that. We are a much smaller economy. Therefore, the challenges of our industrial strategy in terms of international competitiveness, particularly with your country, are a preoccupation for us in all of our policy issues.

Imagine that you are a Canadian lawyer practising your specialty in Canada and that you are advising us on policy issues. Would you say that your perspective as a Canadian with a smaller economy against a larger economy would be the same as you are recommending to us, or would it be different? Is this issue of efficiency more important for us as a smaller economy than it is for the U.S., or is it less important, or is there any difference?

Mr. Fina: Mr. Chairman, that is an excellent question. Putting myself in the shoes of being a Canadian competition lawyer, my view would be that in the United States, because the economy is so big that we can afford it sometimes not to accord efficiencies as much weight as they should be accorded. In the *Heinz* case, which is a case most people feel was wrongly decided, the market share of the dominant player went up. That is a mistake. That is something that the U.S. economy can absorb.

In a smaller economy and in an economy that has typically accepted higher levels of concentration in businesses, because you need to be competitive internationally, I argue that you have less room to err. I would argue that efficiencies should be treated — my position would be even stronger — as very important in Canada because it is not purely a question of providing the lowest price to Wal-Mart. It is a question of Canada being as competitive as it can be internationally with other economies.

The Chairman: We tend to talk about product-producing companies. We talked about *Superior Propane* and about *Heinz* because those are cases that have been decided. Have you had direct experience in dealing with these issues in terms of the banking or

Aux États-Unis — et je ne dis pas cela de manière péjorative —, on souligne souvent du bout des lèvres l'importance des gains en efficacité. Les gains en efficacité sont cruciaux, importants, et nous en tenons compte. Les autorités américaines en matière de concurrence pressent vivement l'Union européenne de cesser de considérer les gains en efficacité comme étant neutres et d'y voir plutôt un avantage pour la concurrence.

C'est nettement dans cette direction que l'on se dirige. Je dirais que vous êtes à la tête du mouvement. Et c'est bien d'y être. Il y a quantité de choses que le Canada fait mieux que les États-Unis, et c'est l'une d'elles.

Le président: Au Canada en général, et dans notre comité en particulier, on attache beaucoup d'importance aux dossiers mettant en cause des institutions financières et des questions économiques qui ont des répercussions à outre-frontière, des répercussions internationales. En tant que voisin des États-Unis, le Canada peut tirer parti de nombreux avantages intéressants mais il lui faut aussi composer avec les problèmes associés à cette proximité. Notre économie est beaucoup plus petite que la vôtre. Par conséquent, s'agissant de notre stratégie industrielle, les défis qui se posent sur le plan de la concurrence internationale, et particulièrement de la concurrence avec votre pays, sont un sujet de préoccupation dans toutes nos politiques.

Imaginez que vous êtes un avocat canadien pratiquant dans votre domaine de spécialité au Canada et que vous deviez nous conseiller sur nos orientations stratégiques. En tant que Canadien participant à une petite économie jouxtant une grande économie, diriez-vous que votre perspective serait la même? Vos recommandations seraient-elles les mêmes ou différentes? Cette question des gains d'efficacité est-elle plus importante pour notre modeste économie que pour les États-Unis, ou moins importante, ou y a-t-il une différence?

M. Fina: Monsieur le président, c'est une excellente question. Si je mets à la place d'un avocat canadien spécialiste de la concurrence, je serais d'avis qu'aux États-Unis, compte tenu de l'envergure de l'économie, on peut se permettre parfois de ne pas accorder aux gains en efficacité autant de poids qu'on devrait leur accorder. Dans l'affaire *Heinz*, qui s'est soldée de l'avis de la plupart des observateurs par une mauvaise décision, la part du marché du joueur dominant a augmenté. C'est une erreur, mais c'est une chose que l'économie américaine peut absorber.

Dans une économie plus petite, une économie qui a jugé bon d'accepter des niveaux de concentration commerciale plus élevés pour être concurrentielle sur la scène internationale, je pense que vous avez une marge d'erreur moindre. J'estime qu'au Canada, on devrait accorder beaucoup d'importance aux gains en efficacité. En fait, j'irais même encore plus loin parce que l'enjeu ne se limite pas à offrir le plus bas à Wal-Mart. Il s'agit de faire en sorte que le Canada soit en mesure de livrer la meilleure concurrence possible aux autres économies à l'échelle internationale.

Le président: Nous parlons généralement d'entreprises de fabrication. Nous avons évoqué les affaires *Supérieur Propane* et *Heinz* qui ont déjà été tranchées. Avez-vous personnellement traité de ces questions dans le secteur bancaire ou financier? Dans

financial industry? If so, is it your observation that the principles running through these issues are fundamentally the same? I know that is a leading question, but do you have any initial observations?

Mr. Fina: Mr. Chairman, I do not have much experience in finance or banking. I know that some consideration of revised guidelines is now being considered by the Bureau of Competition. I would argue that this is a universal principle that cuts across industries and that it is not purely specific to cases such as *Heinz* or *Superior Propane*.

Senator Massicotte: I agree with your comment. In many respects, Canada is much better than the United States.

From a technical point of view, you agree that the efficiency argument has merit. As the act is currently structured, it is a defence argument. The bureau must determine non-competitive behaviour and then the party may say, irrespective of that, the efficiency argument is greater than the pricing argument. If you are to rewrite that completely and say, I accept the argument of efficiency, is that the proper way to do so? Should the efficiency argument be considered as part of the total consideration to arrive at a decision as opposed to being a defence argument?

Mr. Fina: I would argue that, by making it a factor and not an affirmative defence, as the current statute in Canada does, you are, in effect, demoting the role of efficiencies and making the consideration of efficiencies less important. My advice, as a U.S. practitioner, to my U.S. counterparts would be that we should have a statutory defence similar to what Canada has, so that we do not lose socially beneficial mergers.

Senator Massicotte: To be clear, is this your opinion we are hearing or that of your law firm?

Mr. Fina: This is my personal opinion. I would venture to say that, from my contacts with colleagues, partners and other competition lawyers in the United States, I believe that most feel that efficiencies, not specifically the Canadian statute and proposed changes, are seriously short-changed in the United States and that needs to change.

Senator Oliver: This is a small bill that has come a long way quickly. I am interested to know how an international lawyer from Washington, D.C., accustomed to big cases, would have heard about this bill. Having heard about it, what would make you come all this way to speak to the bill and the effect it will have on the efficiency test? Why did you come?

Mr. Fina: I will answer those questions one at a time. I came here because I learned of the bill through some work that I was doing with some Canadian and U.S. colleagues. We were looking at the proposed merger guidelines coming out of Canada. Periodically, every 10 to 15 years, antitrust competition authorities throughout the world update and revise their merger

l'affirmative, avez-vous pu observer que les principes en cause étaient fondamentalement les mêmes? Je sais que c'est une question tendancieuse, mais avez-vous des observations préliminaires?

M. Fina: Monsieur le président, je n'ai guère d'expérience dans le secteur financier ou bancaire. Je sais que le Bureau of Competition envisage de réviser ses lignes directrices. À mon sens, il s'agit d'un principe universel qui transcende tous les secteurs et qui n'est pas proprement spécifique à des cas comme *Heinz* ou *Supérieur Propane*.

Le sénateur Massicotte: Je suis d'accord avec vous. À bien des égards, le Canada est bien mieux que les États-Unis.

D'un point de vue technique, vous convenez que la défense des gains en efficacité est valable. D'après la structure actuelle de loi, c'est un moyen de défense. Le Bureau doit déterminer si elle est en présence d'un comportement anticoncurrentiel après quoi, la partie en cause peut faire valoir qu'en dépit de cela, l'argument des gains d'efficacité a plus de poids que l'argument du prix. Si vous deviez reformuler cela de fond en comble et dire que vous acceptez l'argument des gains d'efficacité, est-ce là la meilleure façon de procéder? L'argument des gains d'efficacité devrait-il être considéré comme faisant partie de l'examen global menant à une décision, par opposition à un argument strictement de défense.

M. Fina: Selon moi, en en faisant un facteur et non un argument de défense comme le fait la loi actuelle au Canada, on se trouve en fait à amoindrir le rôle des gains d'efficacité, à leur enlever de l'importance. En tant qu'avocat américain, je conseillerais à mes collègues des États-Unis d'adopter une défense statutaire analogue à celle qui a cours au Canada afin de ne pas se priver de fusions avantageuses pour la société.

Le sénateur Massicotte: J'aimerais avoir une précision. Est-ce là votre opinion personnelle ou celle de votre cabinet d'avocats?

M. Fina: C'est mon opinion personnelle. J'ajouterais qu'à la lumière des contacts que j'ai avec des collègues, des partenaires et d'autres avocats spécialistes de la concurrence aux États-Unis, la plupart estiment que les gains en efficacité — et je ne parle pas spécifiquement de la loi canadienne et des changements proposés — sont sérieusement sous-estimés aux États-Unis, et qu'il faut que cela change.

Le sénateur Oliver: Le projet de loi C-249 est un petit projet de loi qui a fait beaucoup de chemin rapidement. Je voudrais savoir comment un avocat international de Washington D.C., habitué des grandes causes, a pu en entendre parler. Et après en avoir entendu parler, qu'est-ce qui vous a poussé à venir jusqu'ici pour en discuter et nous expliquer l'incidence qu'il aura sur le critère des gains en efficacité? Pourquoi êtes-vous venu?

M. Fina: Je répondrai à ces questions une à la fois. Je suis venu ici parce que j'ai entendu parler du projet de loi dans le contexte de travaux que je faisais de concert avec des collègues canadiens et américains. Nous faisons l'examen des lignes directrices proposées émanant du Canada au sujet des fusions. Périodiquement, tous les 10 à 15 ans, les autorités antitrust du

guidelines to reflect current thinking. It was through that that I learned about the proposed legislation from a Canadian colleague.

With respect to why I came here, this issue is of some debate in the United States. I will not say that it is a painful subject, but it has the American bar exorcised. Time and time again, the U.S. agencies will say that efficiencies are important; that they factor them in; and that they want us to bring them our efficiency cases. Time and time again, as a U.S. practitioner, I will go before the Department of Justice or the Federal Trade Commission, the two agencies that enforce antitrust laws in the U.S. The efficiencies are, at best, a thumb on the scale, but only in extremely close cases. It is a matter of the discretion of agencies. In the judicial arena, which I think is lagging behind the agencies, courts routinely say that they have considered the efficiency defence and that they are not merger-specific because they are not extraordinary enough to overcome the structural presumptions — a 4 to 3 merger or a 3 to 2 merger. This is a highly significant topic in the United States, although we do not have any legislation pending. In the U.S., the statutes tend to be broader and the changes tend to occur at the agency level.

My interest was greatly piqued when I learned of the bill in Canada and I thought immediately that Canadians are doing the right thing; they are moving in the right direction. It would be a shame, from my standpoint as a U.S. competition attorney, to see a jurisdiction that is leading the charge and that is doing the right thing move in the opposite direction.

Senator Oliver: I have not read the *Heinz* case but I was interested in the way that you presented it to us today. You said that the court made a wrong decision and that it was wrong because the dominant carrier increased its market share. Why do you continue to say that it was the wrong decision of the courts? What if the Heinz senior management were not able to carry out what they had planned to do in the merger in increasing their market share? How can you blame that on the court if it were, in fact, a failure of the board or senior management in the merged company? Do you understand my question?

Mr. Fina: I do and it is a good question. It is one of speculation. What the parties in the *Heinz* case were trying to do was to take two weakened competitors. One had a great deal of capacity and a very modern plant but no brand recognition to speak of, and the other had great brand recognition but old plants where employees were working manually. The idea was to merge those two companies.

Senator Oliver: To enhance their market share.

Mr. Fina: Yes, to enhance their market share and to challenge the dominant company, Gerber.

secteur de la concurrence partout dans le monde révisent et actualisent leurs lignes directrices relatives aux fusions pour refléter la philosophie du jour. C'est ainsi que j'ai entendu parler du projet de loi par un collègue canadien.

Quant à savoir pourquoi je suis venu ici, je peux vous dire que cette question fait l'objet d'un débat États-Unis. Je n'irai pas jusqu'à dire qu'il s'agit d'un sujet pénible, mais le barreau américain est exorcisé. À maintes reprises, les organismes américains ont affirmé que les gains en efficacité sont importants, qu'ils les prennent en compte et qu'ils souhaitent que nous leur soumettions des cas de gains d'efficacité. Et à maintes reprises, en tant qu'avocat pratiquant aux États-Unis, je me présente devant le ministère de la Justice ou la Federal Trade Commission, deux agences chargées de l'application des lois antitrust aux États-Unis. Les gains d'efficacité pèsent, au mieux, un poids plume dans la balance, mais uniquement dans les cas extrêmement serrés. Cela relève de la discrétion des agences. Dans l'arène judiciaire, qui à mon avis est à la remorque des agences, les tribunaux affirment qu'ils ont tenu compte de la défense des gains en efficacité mais qu'ils ne sont pas spécifiques au fusionnement parce qu'ils ne sont pas assez considérables pour passer outre les présomptions structurelles — un fusionnement de 4 pour 3 ou de 3 pour 2. C'est un sujet qui prend beaucoup de place chez nous, même si aucune mesure législative n'est à l'étude. Aux États-Unis, les lois sont généralement plus vastes et les changements surviennent au niveau des agences.

Mon intérêt a été grandement piqué lorsque j'ai appris l'existence de ce projet de loi au Canada et j'ai immédiatement pensé que les Canadiens faisaient ce qu'il fallait, qu'ils s'orientaient dans la bonne direction. Dans mon optique d'avocat américain spécialiste de la concurrence, il serait regrettable qu'un pays qui est un chef de file et qui fait ce qu'il faut fasse volte-face.

Le sénateur Oliver: Je n'ai pas lu la cause *Heinz* mais j'ai trouvé intéressante la façon dont vous nous l'avez présentée aujourd'hui. Vous avez dit que le tribunal avait rendu une décision erronée parce que l'entreprise dominante avait accru sa part du marché. Pourquoi persistez-vous à dire que le tribunal a fait erreur? Si la haute direction de Heinz n'avait pas été en mesure de mener à bien son plan dans la foulée du fusionnement et d'augmenter sa part du marché, qu'auriez-vous dit? Comment auriez-vous pu blâmer le tribunal si, en fait, le conseil d'administration ou la haute direction de l'entreprise fusionnée avait essuyé un échec? Comprenez-vous ma question?

M. Fina: Oui, et c'est une bonne question. Elle suscite des conjectures. Dans l'affaire *Heinz*, les parties voulaient fusionner deux concurrents faibles. Le premier avait une grande capacité et une usine très moderne et aucune reconnaissance de marque alors que l'autre avait une grande reconnaissance de marque, mais des usines désuètes où les employés travaillaient manuellement. L'objectif était de fusionner ces deux entreprises.

Le sénateur Oliver: Pour accroître leur part du marché.

M. Fina: Oui, pour accroître leur part du marché et faire la lutte à l'entreprise dominante dans le secteur, Gerber.

There was a great efficiency story in this. It is particularly ironic that the government successfully blocked the transaction because they were afraid it would lead to less competition. In fact, by blocking the transaction, less competition has occurred. Heinz sold its business to a third party. Gerber, the dominant firm, has increased its share so that it has more pricing power and, ultimately, customers are worse off.

Senator Oliver: I understand now.

Senator Hervieux-Payette: If you need to change a law in the U.S., could we appear before you?

Mr. Fina: There are a number of laws that I would like to change in the U.S. I would be happy to share our president and our health care policy with you, too.

The Chairman: I take it there were no political overtones in the *Heinz* case that foresaw any of today's political scene.

Mr. Fina: No, there were not.

The Chairman: That was not a serious question.

Mr. Fina: It raises a serious issue, though, senator. Historically, the Democratic Party and the Republican Party disagreed on the antitrust enforcement. Today, in the last 20 or 25 years, there is consensus between the Democratic and Republican parties in antitrust enforcement. You do not see antitrust enforcement change materially from one administration or one party to the next.

The Chairman: If there are no further questions, I will adjourn this portion of the hearing with this witness. Thank you very much for coming. It has been a valuable, clear and interesting intervention.

Mr. Fina: I thank you and the committee very much for allowing me to appear.

The Chairman: We will continue our consideration of Bill C-249, to amend the Competition Act. Our next witnesses are Ms. Majewski and Mr. Clifford, who both represent the Canadian Chamber of Commerce. Welcome and thank you for coming.

I do not know how you wish to organize your presentation. Are you dividing it up? However you wish to do it is up to you. My main point is that we will have both of you present and then we will go to questions. It is just past 11:55 a.m. and I would like to work to our schedule of about 12:30 p.m., if we can.

Ms. Kasia Majewski, Policy Analyst, Canadian Chamber of Commerce: Honourable senators, thank you for inviting us today to speak to you on the subject of Bill C-249, to amend the Competition Act.

Cette affaire donnait lieu à des gains d'efficience considérables. Il est particulièrement ironique que le gouvernement ait réussi à bloquer la transaction parce qu'il craignait que la concurrence s'en trouve affaiblie. En fait, en empêchant la transaction, on a réduit la concurrence. Heinz a vendu son entreprise à une tierce partie. Pour sa part, la compagnie dominante, Gerber, a augmenté sa part du marché et acquis une plus grande influence sur les prix. Au bout du compte, ce sont les consommateurs qui ont été pénalisés.

Le sénateur Oliver: Je comprends maintenant.

Le sénateur Hervieux-Payette: S'il s'avérait nécessaire de modifier une loi américaine, pourrions-nous comparaître devant vos instances?

M. Fina: Il y a un certain nombre de lois que j'aimerais changer aux États-Unis. Je partagerais volontiers notre président et notre politique en matière de soins de santé avec vous également.

Le président: Je suppose que dans l'affaire *Heinz*, il n'y avait pas d'implications politiques qui auraient donné un avant-goût de la scène politique actuelle.

M. Fina: Non, il n'y en avait pas.

Le président: Ce n'était pas une question sérieuse.

M. Fina: Elle soulève tout de même un aspect sérieux, sénateur. Dans le passé, le Parti démocrate et le Parti républicain divergeaient d'opinion au sujet de l'application de la politique antitrust. Maintenant, depuis 20 ou 25 ans, les deux partis voient la chose du même oeil. On ne constate pas de changements concrets au niveau de l'exécution de la loi quand on passe d'une administration ou d'un parti à l'autre.

Le président: S'il n'y a pas d'autres questions, je vais mettre un terme à la partie de la séance consacrée à ce témoin. Je vous remercie beaucoup d'être venu. Vous nous avez livré un témoignage précieux, clair et intéressant.

M. Fina: Je vous remercie, ainsi que le comité, de m'avoir permis de comparaître.

Le président: Nous allons poursuivre notre étude du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence. Nos prochains témoins sont Mme Majewski et M. Clifford, qui représentent tous deux la Chambre de commerce du Canada. Je vous souhaite la bienvenue et je vous remercie d'être venus.

Je ne sais pas comment vous voulez organiser votre présentation. Allez-vous la diviser en deux? Vous êtes libres de faire comme bon vous semble. Je vous précise simplement que nous vous entendrons tous les deux et qu'ensuite, nous passerons aux questions. Il est un peu plus de 11 h 55, et j'aimerais que nous respections notre horaire pour terminer aux environs de 12 h 30, si possible.

Mme Kasia Majewski, analyste des politiques, Chambre de commerce du Canada: Honorables sénateurs, je vous remercie de nous avoir invités aujourd'hui à prendre la parole devant vous au sujet du projet de loi C-249, Loi modifiant la Loi sur la concurrence.

By way of introduction, the Canadian Chamber of Commerce represents roughly 170,000 businesses, both large and small and from all sectors across Canada. We also have a network of local chambers of commerce and boards of trade, roughly 350 of those, which are located in every province, territory and federal electoral constituency.

First, we would like to commend you on your previous decision, communicated in your letter of November 14 to the Minister of Industry, that this bill should be considered as part of the public consultation being undertaken in regard to other proposed reforms to the Competition Act.

The Canadian Chamber of Commerce believes that the Competition Act is a key piece of framework legislation that governs the full scope of business opportunities in Canada. Hence, it is crucial that reforms to this legislation are brought forward in the context of a thorough and open consultative process. That is the way we believe good public policy should be made.

I will now turn the microphone over to Mr. Clifford, who will make more detailed remarks on this bill on behalf of the chamber.

Mr. John Clifford, Counsel, McMillan Binch, Canadian Chamber of Commerce: Honourable senators, you have the Canadian chamber's submission on this bill, which was provided to you in October 2003. The chamber continues to believe that the efficiency defence is a vitally important part of Canada's merger review process, and that any changes should be made judicially, within the current process of reform of the Competition Act.

As you know, Bill C-249 proposes to amend section 96 of the Competition Act, which provides a so-called efficiency defence. Section 96 states that an anti-competitive merger, that is a merger that is determined to prevent or lessen competition substantially, should not be prohibited if the merger will result in gains in efficiency to the Canadian economy that are greater than, and offset the anticompetitive effects of the merger.

The intent of the Bill C-249 is to remove the efficiency defence from the act. Efficiencies, instead, would be considered as one of a number of factors in a merger analysis, without any particular weight or importance given to efficiencies vis-à-vis other factors in the Competition Act, section 93 in particular.

The amendment further instructs the Competition Tribunal and, thus the Competition Bureau, to consider only those efficiencies that are shown to benefit consumers, provided those efficiencies could not be attained in the absence of the merger.

Importantly, by using the word "may" instead of the word "shall" Bill C-249 suggests to the tribunal, and hence to the bureau, that it might consider efficiencies, but consideration of efficiencies is not mandated.

J'aimerais dire pour commencer que la Chambre de commerce du Canada compte environ 170 000 membres, qui sont des entreprises de toutes tailles qui oeuvrent dans tous les secteurs au Canada. Nous avons également un réseau d'à peu près 350 chambres de commerce qui exercent leurs activités dans la totalité des provinces, territoires et circonscriptions fédérales.

Nous aimerions d'abord vous féliciter d'avoir indiqué, dans la lettre que vous adressiez à la ministre de l'Industrie le 14 novembre, que ce projet de loi doit faire partie des consultations publiques qui sont entreprises sur les propositions de réforme de la Loi sur la concurrence.

La Chambre de commerce du Canada croit que la Loi sur la concurrence est une mesure importante du cadre législatif qui régit l'ensemble des perspectives commerciales au Canada. C'est pourquoi il est crucial que les réformes à ce sujet soient apportées à la suite d'un processus consultatif complet et transparent. C'est ainsi que les politiques d'intérêt public devraient être instaurées d'après nous.

Je vais maintenant céder la parole à M. Clifford, qui va vous parler plus en détail du projet de loi au nom de la Chambre de commerce.

M. John Clifford, avocat-conseil, McMillan Binch, Chambre de commerce du Canada: Honorables sénateurs, vous avez reçu en octobre 2003 le mémoire que la Chambre de commerce a produit sur ce projet de loi. La Chambre continue de croire que la défense fondée sur les gains en efficacité est d'une importance vitale pour le processus d'examen des fusions au Canada, et que tout changement devrait être fait de façon judicieuse, dans le cadre du processus actuel de réforme de la Loi sur la concurrence.

Comme vous le savez, le projet de loi C-249 propose de modifier l'article 96 de la Loi sur la concurrence qui établit ce qu'il est convenu d'appeler une défense fondée sur les gains en efficacité. L'article 96 prévoit qu'un fusionnement anticoncurrentiel, c'est-à-dire qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ne devrait pas être interdit s'il a pour effet d'entraîner, pour l'économie canadienne, des gains en efficacité qui surpassent ou neutralisent les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

Le projet de loi C-249 vise à supprimer de la loi la défense fondée sur les gains en efficacité. Ainsi, les gains en efficacité seraient un des nombreux facteurs à prendre en considération dans l'analyse d'un fusionnement, et n'auraient pas plus de poids ou d'importance que les autres facteurs prévus dans la Loi sur la concurrence, en particulier à l'article 93.

Le projet de loi ordonne au Tribunal de la concurrence, et donc au Bureau de la concurrence, de tenir compte seulement des gains en efficacité qui apporteront des avantages aux consommateurs, dans la mesure où ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence de ce fusionnement.

Qui plus est, l'emploi du mot «peut» au lieu de «doit» dans le projet de loi indique que le tribunal, et par le fait même le bureau, peut tenir compte des gains en efficacité, mais n'est pas obligé de le faire.

As we have stated in our submission, the Canadian Chamber of Commerce is not convinced of the merits of this bill. The chamber believes that the efficiencies defence in a merger review is a vitally important aspect of the act and that, overall, the amendments proposed to section 96 by Bill C-249 would result in the Canadian economy losing the important efficiency and productivity benefits that section 96 was designed to capture. Canada would, on average, be a poorer, less productive and less efficient economy.

Moreover, the Canadian Chamber of Commerce is concerned by the lack of open, public debate on Bill C-249. The Competition Act is an important piece of framework legislation that governs daily business activities on a variety of levels. It is not consumer protection legislation. It has an element of consumer protection or welfare, but that is not the primary goal of this legislation.

Recognizing that Canada is a very open economy with a smaller consumer base, section 96 was designed to capture benefits for the Canadian economy as a whole, which, absent such a defence, would be lost to Canada when certain mergers are prohibited by Canada's competition law regulators. In short, it is designed to help Canada create a more productive economy.

The efficiencies resulting from such a merger may increase the global competitiveness of the relevant industry sector by reducing duplication and allowing firms to engage in more efficient production. They may increase product quality or allow a firm to survive and continue to serve consumers in a region in which it is difficult to profit. That is the goal of section 96 as it exists.

This goal fits within the tradition of the Competition Act. Unlike the United States antitrust laws that are directed primarily at protecting and benefiting consumers, our competition legislation seeks to ensure that marketplace frameworks are in place to promote competition and the efficient operation of markets. This, in turn, will lead to benefits for all segments of society.

By enacting Bill C-249, the Senate would be indicating not only that efficiencies do not hold the central role that we believe they should in Canadian competition policy, but also that Canadian competition law should play a role in wealth distribution. Despite what you may have heard from other witnesses, this is a role for which Canadian competition law is not suited.

There are other mechanisms, for example the taxation system, which are better suited to wealth and income distribution. The Competition Act is best suited to maximizing total Canadian wealth — promoting the efficiency, productivity, adaptability, innovative potential, strength and size of the Canadian economy. That is to say, the act looks at the size of the entire pie, and the means to keep it growing, not to allocating the pieces. It is not and cannot effectively be a wealth distribution mechanism.

Comme nous l'indiquons dans notre mémoire, la Chambre de commerce du Canada n'est pas convaincue du bien-fondé de ce projet de loi. La chambre est d'avis que la défense fondée sur les gains en efficacité à propos de l'examen d'un fusionnement est un aspect de la loi d'une importance vitale et que, dans l'ensemble, les modifications que le projet de loi C-249 propose d'apporter à l'article 96 feraient perdre à l'économie canadienne les importants avantages sur le plan de l'efficacité et de la productivité que l'article 96 permettrait de réaliser. L'économie du pays deviendrait ainsi plus pauvre, moins productive et moins efficace.

La Chambre de commerce du Canada s'inquiète aussi du fait qu'il n'y ait pas de débat public et transparent sur le projet de loi C-249. La Loi sur la concurrence fait partie du cadre législatif qui régit les activités commerciales quotidiennes à divers niveaux. Ce n'est pas une loi sur la protection du consommateur. Il y est question de la protection ou du bien-être des consommateurs, mais ce n'est pas son objectif primordial.

Étant donné que le Canada est une économie très ouverte et de taille restreinte, l'article 96 a été conçu pour offrir à l'économie canadienne dans son ensemble des avantages qui, sans cette défense, vont lui échapper quand certains fusionnements seront interdits par ceux qui font respecter la Loi sur la concurrence au Canada. En somme, cette disposition vise à promouvoir la productivité de l'économie canadienne.

Les gains en efficacité résultant d'un fusionnement peuvent accroître la compétitivité d'un secteur de l'industrie sur la scène internationale, en réduisant les chevauchements d'activités et en permettant aux entreprises d'être plus productives. Ils peuvent permettre d'améliorer la qualité des produits ou aider une entreprise à survivre et à servir sa clientèle dans une région où il est difficile de faire des profits. C'est l'objectif de l'article 96 tel qu'il existe actuellement.

Cet objectif s'inscrit dans la tradition de la Loi sur la concurrence. Contrairement aux lois antitrust américaines qui cherchent avant tout à protéger et à avantager les consommateurs, notre Loi sur la concurrence veille à établir des cadres du marché pour promouvoir la concurrence et le bon fonctionnement des marchés. C'est ce qui aura ensuite pour effet de favoriser tous les segments de la société.

En adoptant le projet de loi C-249, le Sénat indiquerait non seulement que les gains en efficacité ne sont pas au centre des politiques canadiennes en matière de concurrence, comme nous croyons qu'ils devraient l'être, mais aussi que la Loi canadienne sur la concurrence devrait contribuer à la répartition de la richesse. Malgré ce que d'autres témoins ont pu vous dire, la Loi canadienne sur la concurrence n'a pas à jouer ce rôle.

Il y a d'autres mécanismes, comme le régime fiscal, qui sont plus aptes à assurer la répartition de la richesse et du revenu. La Loi sur la concurrence sert surtout à encourager l'enrichissement du Canada, c'est-à-dire à promouvoir l'efficacité, la productivité, l'adaptabilité, le potentiel novateur, la vigueur et la taille de l'économie canadienne. Ainsi, la loi s'intéresse à la richesse dans son ensemble et aux moyens de continuer à la faire croître, et non à qui doivent aller les parts du gâteau. Elle n'est pas et ne peut pas être un mécanisme de répartition de la richesse.

Efficiencies have been the subject of ongoing debate, however, because efficiencies are important. We believe they are so important that the treatment of efficiencies in merger review and other aspects of the Competition Act deserve more thorough consideration. It is not sufficient to study the existence of efficiencies in other jurisdictions; we need to draw conclusions about what is best for the Canadian economy.

In addition, a round of proposed reforms to the Competition Act is underway. Parliamentarians initiated this reform through a hearing held by the House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology. According to the Government of Canada in its response to the recommendations of that committee, the hearings were part of an ongoing effort to amend the act. If the government is indeed committed to a thorough review of the Competition Act in order to build a competitive business climate conducive to innovation, it is inappropriate to leave efficiencies out of its review.

You may ask, as others who have appeared before you: Does resolution of the *Superior Propane* case in favour of the merger necessitate changes to section 96? We believe the answer is a resounding no.

The efficiency defence in the Competition Act is not a relic of the original legislation. It is not an outdated, antiquated section. Rather, section 96 itself came about through a process of reform that started with the introduction of Bill C-256 in 1971 and represented the result of long deliberations between various stakeholder groups. The legislative history and debate is summarized well by the Competition Tribunal in its reconsideration decision in the *Superior Propane* case.

It is also important to note that the efficiency defence has been applied very judiciously. Since 1986, when the merger provisions of the Competition Act were adopted, including section 96, there has been no case in which the Commissioner of Competition is on record as having decided not to challenge a merger because there were greater offsetting efficiencies.

Superior Propane is the only efficiencies case in the first 18 years of the existence of the merger efficiency defence. The case was hard fought by both the commissioner and the parties, in part because the commissioner's own position in the case was inconsistent with his merger enforcement guidelines.

Superior Propane has brought clarity to the rules relevant to establishing an efficiency defence, and it has begun the important process of building a body of case law on this section of the Competition Act. The Canadian Chamber of Commerce is of the view that section 96, as interpreted by the Competition Tribunal and the Federal Court of Appeal, while not entirely free from doubt, is workable, and that no amendment to the section is needed at this time.

We believe that the reason there have been so few cases based on section 96 is that mergers that not only lead to a substantial lessening of competition but also generate efficiencies that offset and exceed the lessening of competition, are quite rare. The

Les gains en efficience font depuis longtemps l'objet d'un débat parce qu'ils sont importants. En fait, ils le sont tellement qu'il faudrait s'attarder davantage à eux dans l'examen des fusionnements ainsi qu'à d'autres aspects de la Loi sur la concurrence. Se pencher sur la situation des gains en efficience dans d'autres pays n'est pas suffisant, car il faut de déterminer ce qui convient le mieux à l'économie canadienne.

De plus, une série de réformes ont été proposées à la Loi sur la concurrence. Les parlementaires ont amorcé le processus de réforme en demandant au Comité permanent de la Chambre des communes de l'industrie, des sciences et de la technologie de tenir des audiences sur la question. D'après la réponse du gouvernement du Canada aux recommandations du comité, ces audiences faisaient partie des moyens déployés pour modifier la loi. Si le gouvernement a vraiment l'intention d'examiner en profondeur la Loi sur la concurrence pour créer un climat concurrentiel propice à l'innovation, il ne faut pas exclure les gains en efficience.

Vous vous demandez peut-être, comme d'autres qui ont comparu devant vous, si la décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane* en faveur du fusionnement nécessite de modifier l'article 96, et nous répondons catégoriquement non.

La défense fondée sur les gains en efficience dans la Loi sur la concurrence n'est pas un vestige de la loi adoptée au départ. L'article 96 n'est ni dépassé ni désuet; il a été adopté à la suite de réformes qui ont commencé avec le dépôt du projet de loi C-256 en 1971 et il est le résultat de longues discussions entre les divers intervenants. L'historique de la loi et le débat entourant la question sont bien résumés par le Tribunal de la concurrence dans sa décision de réexamen de l'affaire *Supérieur Propane*.

Il est aussi important de noter que la défense fondée sur les gains en efficience a été appliquée de façon très judicieuse. Depuis 1986, au moment de l'adoption des dispositions de la Loi sur la concurrence sur les fusionnements et de l'article 96, jamais le commissaire de la concurrence a décidé de ne pas contester un fusionnement parce que les gains en efficience surpassaient les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

L'affaire *Supérieur Propane* est la seule dont la défense ait été fondée sur le principe de l'efficience en 18 ans d'existence de ce type de plaidoyer. La lutte a été acharnée entre le commissaire et les intéressés, en partie parce que la position même du commissaire était en contradiction avec ses propres directives à l'égard des fusionnements.

Cette cause a permis de préciser les règles sur le recours à une défense fondée sur les gains en efficience et elle marque le début de l'établissement d'une jurisprudence sur cet article de la Loi sur la concurrence. La Chambre de commerce du Canada est d'avis que l'article 96, tel que le Tribunal de la concurrence et la Cour d'appel fédérale l'ont interprété, même s'il n'est pas entièrement incontestable, est valable, et qu'il n'est pas nécessaire de le modifier pour l'instant.

Nous croyons qu'il n'y a pas eu beaucoup de procès fondés sur l'article 96 parce qu'il est très rare que des fusionnements entraînent une réduction sensible de la concurrence et génèrent néanmoins des gains en efficience qui neutralisent ou surpassent la

Superior Propane decision will not change this. However, even if the existence of the efficiency defence as now understood under the *Superior Propane* interpretation did lead to such a wave of mergers, which were efficient, it is the submission of the Canadian Chamber of Commerce that Canada would be better off, because such mergers are beneficial to the economy and these mergers should be allowed to proceed.

If it is thought that an amendment to the act is required, a view with which we disagree, there is no urgency to make the amendment. Any amendment to section 96, or indeed any section of the Competition Act, should be the subject of careful study and analysis.

In fact, the House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology made this very recommendation in the report that began the current reform process. In the plan to modernize Canada's competition regime, the committee recommended that an independent task force of experts be established to study the role that efficiencies should play in all civilly reviewable sections of the Competition Act, not just within section 96.

The amendments proposed by Bill C-249 represent a fundamental change in the consideration of efficiencies in any merger analysis. In essence, the defence would be abolished and the consumer-related efficiencies left as one of a number of factors to be considered by the Competition Bureau and Competition Tribunal.

Without wading into a lengthy discussion of the relative merits of a total welfare standard versus a consumer welfare standard, the Canadian Chamber of Commerce believes that a standard that recognizes both the needs of producers and consumers is most appropriate. Such a fundamental policy change should only be made after careful consideration and discussion, which has not occurred.

In summary we believe that the Bill C-249 should not be enacted. Amending section 96 of the Competition Act, as proposed, suggests that maximizing the efficiency and strength of the Canadian economy is not a fundamental goal of the act. The chamber's view is that the amended Bill C-249 would reduce the value of efficiencies, as they will have minimal relevance in a merger analysis.

We recommend that the government pursue its commitment to study the role of efficiencies in mergers and engage in full consultations with all stakeholders on this important and complex issue.

Mr. Chairman, thank you again for this opportunity to speak. Ms. Majewski and I would welcome any questions at this time.

The Chairman: Thank you very much.

diminution de la concurrence. La décision rendue dans l'affaire *Supérieur Propane* ne va pas changer la situation. Cependant, même si la défense sur les gains en efficacité telle qu'elle a été interprétée dans cette affaire provoquait une vague de fusionnements jugés efficaces, la Chambre de commerce du Canada soutient tout de même que le Canada s'en porterait mieux parce que ces fusionnements seraient avantageux pour l'économie et devraient être autorisés.

Même si on devait envisager une modification à la loi, ce avec quoi nous ne sommes pas d'accord, il n'est pas urgent de le faire. Toute modification de l'article 96, ou de toute autre disposition de la Loi sur la concurrence, devrait faire l'objet d'une analyse et d'un examen minutieux.

C'est d'ailleurs ce que le Comité permanent de la Chambre des communes de l'industrie, des sciences et de la technologie a recommandé dans son rapport au début du processus de réforme. Dans son plan d'actualisation du régime de concurrence canadien, le comité a recommandé qu'un groupe de travail indépendant d'experts soit constitué pour étudier le rôle que devraient jouer les gains en efficacité dans tous les articles de la Loi sur la concurrence prévoyant un examen en droit civil, et pas seulement dans le cadre de l'article 96.

Les modifications proposées dans le projet de loi C-249 représentent un changement fondamental dans la façon d'examiner les gains en efficacité dans l'analyse des fusionnements. Essentiellement, la défense serait abolie et les avantages pour les consommateurs seraient l'un des nombreux éléments que devraient considérer le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence.

Sans s'engager dans une longue discussion sur les avantages d'un critère sur le bien-être global par rapport aux avantages d'un critère sur le bien-être des consommateurs, la Chambre de commerce du Canada croit qu'un critère qui reconnaît à la fois les besoins des producteurs et des consommateurs convient mieux. Un changement de politique aussi fondamental ne devrait être effectué qu'après des études et des discussions approfondies, ce qui n'a pas été fait.

En deux mots, nous croyons que le projet de loi C-249 ne devrait pas être adopté. L'entrée en vigueur de cette modification telle qu'elle est proposée veut dire que maximiser l'efficacité et la vigueur de l'économie canadienne n'est pas un objectif fondamental de la loi. Nous pensons que cette mesure réduirait la valeur des gains en efficacité, étant donné que leur pertinence serait minimale dans l'analyse d'un fusionnement.

Nous recommandons que le gouvernement étudie, comme il s'était engagé à le faire, le rôle des gains en efficacité dans les fusionnements et qu'il entreprenne des consultations exhaustives auprès de tous les intervenants sur cet enjeu important et complexe.

Monsieur le président, merci encore de nous avoir donné l'occasion d'exprimer notre point de vue. Mme Majewski et moi-même répondrons volontiers à vos questions.

Le président: Merci beaucoup.

Senator Massicotte: Thank you very much for your presentation and taking the time to appear before us and explain your view.

I will ask you to help educate me to better understand the efficiency argument. Your presentation, at the top of page 4, states that the efficiency argument will promote efficiency, productivity, adaptability, innovative potential and strengthen the size of the Canadian economy. In other words, you take the word “efficiency” and you interpret it to mean that it is for the overall good of Canada. I do not understand this.

Quantification of the anticompetitive effect versus efficiency is based on site-specific efficiency. They say that the number is greater than the effect of the price increase if it exceeds 5 per cent. From an economic sense, explain to me, if you can, how the efficiency argument becomes so broad in order to say that something is good for the economy, adaptability and innovative potential?

Mr. Clifford: I am not an economist but I am a lawyer who has practised in this area for about 15 years and has thought about efficiencies in merger analysis.

When clients come to us and propose a merger, we have to think about the likely competitive effects of the merger. We take a look at what the result will be when you put these two companies together, and our views are influenced heavily by economic thinking on how you measure the likely results of a merger in order to determine whether or not the merger might lessen competition substantially.

There is a theoretical way to measure that lessening through a comparison of price effects. For example, one of the ways to approach it is: If this merger were to be consummated, would prices increase by a material amount such that the price increase will not be disciplined away by new competition over the next two years? That is generally the test. We also look at some softer things: qualitative factors, changes in service levels, and how the merger impacts the structure of industry generally.

Then you overlay that with an analysis of what efficiencies might result from this transaction. Business people and economists do not focus on whether the efficiencies are applicable only to a particular segment of the economy. They step back and say, “If you combine these two companies, there will be a number of efficiencies that might result either because you reduced fixed costs, you have production efficiencies, or you bring together two complementary research teams that will result in some innovative efficiencies.” As well, there may be something as simple as — and I know you have talked about the *Superior Propane* case — going from two delivery trucks down to one, basic production efficiencies.

Then you try to measure the value of those efficiencies. To weigh the value of efficiencies against the anticipated substantial lessening of competition is a bit of an apples-and-oranges comparison. You have to rely heavily on economists and economic thinking to try to ascribe a value to the total efficiency gain. Some are easy to measure while others are less

Le sénateur Massicotte: Merci beaucoup de votre exposé et d’avoir pris le temps de venir nous rencontrer pour expliquer votre point de vue.

Je vais vous demander de m’aider à mieux comprendre la défense fondée sur les gains en efficacité. Dans votre déclaration, vous avez dit que cette défense va promouvoir l’efficacité, la productivité, l’adaptabilité, le potentiel novateur ainsi que la vigueur et la taille de l’économie canadienne. Autrement dit, pour vous, l’efficacité est dans l’intérêt du Canada, et je ne comprends pas cela.

On compare les effets anticoncurrentiels et les gains en efficacité en fonction de chiffres précis. On dit que les effets sont plus importants si l’augmentation de prix dépasse 5 p. 100. Sur le plan économique, expliquez-moi, si vous le pouvez, comment le plaidoyer sur l’efficacité permet de généraliser et de dire que c’est avantageux pour l’économie, l’adaptabilité et le potentiel novateur?

M. Clifford: Je ne suis pas économiste, mais j’exerce le droit dans ce domaine depuis une quinzaine d’années et j’ai réfléchi à la question des gains en efficacité dans l’analyse des fusions.

Quand des clients viennent nous proposer un fusionnement, nous devons en examiner les effets concurrentiels. Nous nous demandons ce qui va se passer quand les deux entreprises seront regroupées, et la façon de mesurer si le fusionnement entraînerait une diminution importante de la concurrence influence beaucoup notre point de vue.

Il y a une façon théorique d’évaluer cette diminution en comparant l’effet sur les prix. On peut, par exemple, se poser la question suivante: si le fusionnement était conclu, une augmentation de prix substantielle ne serait-elle pas réfrénée par une nouvelle forme de concurrence au cours des deux prochaines années? C’est généralement le critère d’évaluation. On examine aussi d’autres facteurs moins tangibles comme la qualité, les changements au niveau du service et l’impact du fusionnement sur la structure de l’industrie en général.

On ajoute à cela l’analyse des gains en efficacité que la transaction pourrait entraîner. Les gens d’affaires et les économistes ne se demandent pas si les gains en efficacité s’appliquent seulement à un secteur particulier de l’économie. Ils examinent de façon plus générale si le regroupement de deux entreprises ne permettra pas de réduire les coûts fixes et de réaliser des gains sur le plan de la production et de l’innovation avec la réunion des équipes de recherche, ce qui améliore l’efficacité. Il peut y avoir des aspects aussi simples — comme dans l’affaire *Supérieur Propane* dont vous avez discuté — que passer de deux camions de livraison à un seul, c’est-à-dire des gains élémentaires sur le plan de la production.

Puis, on essaie de mesurer la valeur de ces gains en efficacité. Évaluer ces gains par rapport à une éventuelle réduction sensible de la concurrence est un peu comme comparer des pommes et des oranges. Il faut s’en remettre aux économistes et aux sciences économiques pour déterminer la valeur de l’ensemble des gains en efficacité. Certains sont faciles à mesurer et d’autres moins. On

easy to measure. At the same time, you ascribe a value to the lessening of competition. There may be price effects and other things, but you try to put numbers against them and then draw a comparison.

Senator Massicotte: Some people have suggested that that calculation is so complex and so theoretical that a company will not want to go through the process because it will take a long time, the company does not know what the result will be, and it is very difficult to predict the outcome. Do you share that opinion?

Mr. Clifford: I share the view that it can be complex. Some industries are more complex than others. In some cases, it is very straightforward. It depends on what particular transaction you are looking at and what industry you are engaged in.

Even determining whether a merger might substantially lessen competition without regard to whether there are efficiencies that might save that transaction can be a complex consideration. It can require value judgments that business people and their informed counsel and economists have to make, based on the facts as they understand them. At the end of the day, there are very well known and understood theories that we apply to facts and try to make informed decisions. Yes, it is complex, but it can be done.

Senator Massicotte: If you buy into the efficiency argument, it should remain a defence if you were to restructure the proposed amendment, or would you make it a factor to be considered in the whole argument of whether it is anticompetitive, but make it a factor in deciding whether it is good for Canada or not?

Mr. Clifford: I think making it a factor reduces the importance of efficiencies to such a fundamental degree that efficiencies will never be given sufficient weight, that transactions that result in greater efficiencies would be allowed to proceed. I think unless efficiencies are clearly a defence to a potentially anticompetitive merger, then efficiencies will be relevant at best on borderline cases, to save the borderline case, but I think there is a huge risk that efficiencies that do offer great benefits to the economy will not be approved.

Senator Tkachuk: This efficiencies argument as it relates to a reduction of one truck is intriguing to me. Efficiency is measured by what it costs to produce something. You take all the input costs and say, here is what it costs to produce that, or for this company to produce that. Then, it may, through some efficiency measures, reduce that cost, therefore, making more profit, which it then distributes to its shareholders, pays to the tax department or else it passes it on to consumers in lower prices.

All of the discussions that we have had here from all of the witnesses have measured various costs, which has nothing to do with efficiencies if at the end it costs just as much money to make that product. It is not any more efficient unless it costs less money to make that profit. It is not more money. Should that not be the real measure? It should not be complicated. The business has to show how it can produce the same product or provide the same service for less cost and then the question is: Shall it pass it on to the consumer? The only way it will pass it on to the consumer is if there is competition. If there is no competition, it will keep it in its

évaluation en même temps la réduction de la concurrence. Il peut y avoir des effets sur les prix et d'autres aspects à considérer, mais on essaie d'obtenir une mesure et de faire des comparaisons.

Le sénateur Massicotte: Des gens disent que le calcul est tellement complexe et théorique que les entreprises laissent tomber parce que c'est trop long, que le résultat est trop incertain et très difficile à déterminer. Êtes-vous de cet avis?

M. Clifford: Je suis d'accord pour dire qu'il peut être complexe. Dans certains secteurs d'activité, c'est plus complexe que dans d'autres. Et parfois, c'est très simple. Tout dépend de la transaction et du secteur d'activité dont il s'agit.

Même déterminer si un fusionnement pourrait entraîner une diminution importante de la concurrence sans tenir compte des gains en efficacité qui pourraient en résulter peut être complexe. Les gens d'affaires peuvent avoir des jugements de valeur à porter avec l'aide de leurs avocats et économistes, en fonction de ce qu'ils comprennent de la situation. Il y a des théories très bien connues qui sont appliquées afin de prendre des décisions éclairées. Oui, c'est complexe, mais on peut le faire.

Le sénateur Massicotte: Si on accepte l'argument sur les gains en efficacité, il faudrait maintenir la défense dans la modification proposée, ou deviendraient-ils un des éléments à prendre en considération pour déterminer si le fusionnement a des effets anticoncurrentiels ou s'il est avantageux pour le Canada.

M. Clifford: En faire un des éléments à considérer réduit l'importance des gains en efficacité à un point tel qu'ils n'auront jamais assez de poids, que ce sont les transactions qui entraînent de plus grands gains en efficacité qui seraient autorisées. Si on ne peut établir clairement un plaidoyer d'efficacité contre les effets anticoncurrentiels possibles d'un fusionnement, les gains en efficacité vont faire pencher la balance seulement dans les cas limites, mais il y a fort à parier que les gains en efficacité qui ne sont pas très avantageux pour l'économie ne seront pas approuvés.

Le sénateur Tkachuk: Cela m'intrigue qu'il soit question de la réduction à un seul camion dans le plaidoyer d'efficacité. On évalue les gains en efficacité en fonction de ce qu'il en coûte pour fabriquer un produit. On calcule tous les intrants pour déterminer le coût d'un produit ou son coût de fabrication pour l'entreprise. L'entreprise peut alors, par différentes mesures, réduire ce coût et, par conséquent, réaliser des profits additionnels qui sont ensuite remis à ses actionnaires, perçus par le fisc ou encore refilés aux consommateurs grâce à des baisses de prix.

Tous les témoins avec lesquels nous avons discuté ont mesuré divers coûts qui n'ont rien à voir avec les gains en efficacité si, en bout de ligne, il en coûte aussi cher pour fabriquer le produit. Il n'y a pas de gains en efficacité à moins que le coût soit moindre et permette de réaliser des profits. Il n'y a pas plus d'argent. Cela ne devrait-il pas être la façon d'évaluer? Ce ne serait pas compliqué. L'entreprise doit démontrer comment elle peut fabriquer le même produit ou offrir le même service à moins cher, et si elle va refiler les économies aux consommateurs. Elle va le faire seulement s'il y a de la concurrence. S'il n'y a pas de concurrence, elle va garder

pocket because why would it pass it on to the consumer? What does that have to do with the total net gain to the economy? What is the difference?

Mr. Clifford: The difference is that, when you are looking at the total net gain to the economy, as I understand it, you do look at and factor in the cost savings, as you have articulated, through production efficiencies, without regard to whether or not those savings are passed through to consumers.

When looking today at a merger that might be completed two months from now, and thinking about what the result will be on efficiency and operations going forward one, two or three years from now, is crystal-ball gazing. It is difficult to predict what those efficiencies will be, although business people typically have a good idea and they have an incentive to ensure they maximize those efficiencies. It is difficult to be able to predict today, in fact I would suggest next to impossible to predict today, whether those efficiencies will be passed through to consumers and if so what portion of the efficiencies will be passed through. You could recognize that with hindsight and see how business has conducted itself, but it is very difficult to predict.

Senator Tkachuk: Would you not use economic theory to predict that?

Mr. Clifford: Economic theory will give you the theoretical outcome, and that is clearly how we do it.

Senator Tkachuk: If there is only one grocery store in Saskatoon, I guarantee you prices will be higher than if there are ten.

Mr. Clifford: What you do not know is whether the prices will be higher by 10 cents or 20 cents. You do not know what portion of those efficiencies will be passed on.

Senator Tkachuk: They will go as high as they can get without the consumer going to Regina to buy cheaper groceries. Economic theory will tell you that. How can you use an efficiency argument as in *Superior Propane*? What I do not understand about that argument is how they could sell it to someone and say it is good for the economy when, in reality, it creates a monopoly?

Mr. Clifford: If those efficiencies are achieved, there is benefit to society at the producer level to have those efficiencies recognized, even though those efficiencies are not passed through to consumers. With respect, I believe your question presumes that an efficiency is only valuable if it reaches the consumer. An economist will tell you that is not in fact the case. You should look at total producer efficiencies, consumer efficiencies and the total welfare approach — look at the entire pie without thinking about how the pie is divided.

Ms. Majewski: There is another issue we need to consider. There has only been one case and it is hard to keep that case out of mind when we talk about amendments to the efficiency defence. Not every merger that would come before the tribunal or the commissioner, speaking about efficiencies, would necessarily

l'argent pour elle; pourquoi en ferait-elle profiter le consommateur? Quel est le rapport avec le gain total net pour l'économie? Quelle est la différence?

M. Clifford: La différence est la suivante; quand on évalue le gain total net pour l'économie, on tient compte des économies, qui, comme vous l'avez expliqué, sont réalisées grâce à des gains en efficacité sur le plan de la production, indépendamment du fait que ces économies sont refilées ou non au consommateur.

Il faut avoir des dons de voyance pour évaluer les résultats d'un fusionnement qui pourrait survenir dans deux mois sur les gains en efficacité et les activités pour l'année ou les deux ou trois ans à venir. Ces gains sont difficiles à prédire, même si les gens d'affaires ont en général une bonne idée de la situation et ont tout intérêt à maximiser ces gains. Il est difficile, voire presque impossible de prédire aujourd'hui si les gains en efficacité vont être refilés aux consommateurs et dans quelle proportion. On peut reconnaître après coup comment l'entreprise s'est comportée, mais c'est très difficile à prédire.

Le sénateur Tkachuk: Ne vous serviriez-vous pas de théories économiques pour le prédire?

M. Clifford: Des théoriques économiques vont donner des résultats théoriques, et c'est évident que nous nous en servons.

Le sénateur Tkachuk: S'il n'y a qu'une épicerie à Saskatoon, je vous garantis que les prix seront plus élevés que s'il y en a dix.

M. Clifford: Mais vous ne savez pas si les prix vont être de 10 ou 20 cents supérieurs. Vous ne savez pas quelle proportion de ces gains en efficacité vont être refilés aux consommateurs.

Le sénateur Tkachuk: On va demander au consommateur le maximum qu'il est prêt à payer avant d'aller s'approvisionner à Regina pour moins cher. C'est ce que les théories économiques vont vous dire. Comment peut-on invoquer la défense des gains en efficacité comme dans l'affaire *Supérieur Propane*? Je ne comprends pas comment on peut prétendre que les gains en efficacité sont avantageux pour l'économie quand, en réalité, ils créent une situation de monopole?

M. Clifford: S'il y a des gains en efficacité, les producteurs en profitent, même si les consommateurs n'en bénéficient pas. Si je comprends bien votre question et sans vouloir vous offenser, vous semblez croire que les gains en efficacité ne sont utiles que si le consommateur en profite. Or, ce n'est pas ce que les économistes vont vous dire. Il faut tenir compte de tous les gains en efficacité pour le producteur, le consommateur et le bien-être total; il faut regarder l'économie dans son ensemble sans se demander où vont les parts du gâteau.

Mme Majewski: Il y a un autre aspect à considérer. Il y a eu seulement une cause là-dessus et il est difficile d'en faire abstraction quand on discute des modifications à la défense fondée sur les gains en efficacité. Ce ne sont pas tous les fusionnements portés à l'étude du tribunal ou du commissaire qui

be a merger to a monopoly. It could be a merger between two small firms in, say, a small market, not a market as large as a province, but some sort of sub-provincial regional market.

Senator Tkachuk: Alternatively, it could be two banks trying to convince us that, by getting together and making more money and charging more, it would be good for the economy, which is what they would be doing with the efficiency defence. They will say, "It will cost us less, we will make more money and we will charge everybody more." Is that not what it is all about?

Mr. Clifford: It is not necessarily the right conclusion that they will charge you more.

Senator Tkachuk: I think they will.

Mr. Clifford: If efficiencies result from a merger, those cost savings can be used in other parts of an entity's business to benefit other parts of the economy. It may allow them to grow or to become more international. They can do other things.

Senator Tkachuk: Economists also say that a dollar in the hands of a corporation or in my pocket is a dollar. My choice in spending that dollar is just as important to the economy as the Royal Bank of Canada spending money. They do not say it has more value because the Royal Bank of Canada spends the money. It is the same thing.

What does it do for the economy having more money in the hands of the corporation than in my pockets and I was spending the money. What is the difference?

Mr. Clifford: If I understand your comment, an economist would say there is no difference. There is savings. It may be a dollar in the hands of the producers. It may be a dollar in the hands of a consumer. The important thing is that there are recognized savings without regard to whether a dollar in the pocket of the consumer has more value than the dollar in the pocket of the producer.

Senator Massicotte: I am a bit confused with this argument.

In the example used, the banks merged and we presumed that all they did was increase the price of services. Therefore, they would make a greater profit. Am I correct in understanding that in that case there is no efficiency argument? It is simply a transfer of wealth from the consumer to the shareholder. There is no efficiency argument; therefore, it could not work.

Senator Tkachuk: Unless they use it.

Senator Massicotte: They will use it, but the consumer would use it also. Am I correct in saying that it is a zero efficiency argument in that case? Simply consolidating and charging higher prices has zilch value. Am I not correct in saying that?

Mr. Clifford: I think you are correct.

Senator Massicotte: You are not sure though.

vont nécessairement donner lieu à un monopole. Il pourrait s'agir du fusionnement de deux petites entreprises sur un petit marché, à l'échelle d'une région et non d'une province.

Le sénateur Tkachuk: Par ailleurs, deux banques pourraient essayer de nous convaincre qu'en fusionnant, qu'en faisant plus d'argent et en facturant plus cher, elles vont contribuer à l'économie, ce qu'elles feraient valoir en présentant une défense fondée sur les gains en efficacité qui dirait: «Nos coûts seront moindres, nous allons faire plus de profits et nous allons faire payer tout le monde plus cher.» N'est-ce pas la situation?

M. Clifford: Elles ne vont pas nécessairement facturer plus cher.

Le sénateur Tkachuk: Je pense que oui.

M. Clifford: Si un fusionnement entraîne des gains en efficacité, les économies réalisées peuvent servir à d'autres activités de l'entité pour profiter à d'autres secteurs de l'économie. Une entreprise peut ainsi prendre de l'expansion ou intensifier ses activités à l'étranger. Elle a d'autres choix.

Le sénateur Tkachuk: D'après les économistes, un dollar est toujours un dollar, qu'il soit à moi ou à une entreprise. Ma façon de le dépenser rapporte autant à l'économie que si c'est la Banque royale du Canada qui le dépense. Ce dollar ne vaut pas plus parce que c'est la Banque royale du Canada qui s'en sert. C'est la même chose.

Qu'est-ce que cela change pour l'économie qu'une entreprise ait plus d'argent à dépenser que moi? Quelle est la différence?

M. Clifford: Si je vous ai bien compris, un économiste dirait qu'il n'y a pas de différence. Des économies sont réalisées par le fabricant, ou par le consommateur. Il est important de reconnaître que des économies sont réalisées, peu importe si elles profitent au consommateur ou au fabricant.

Le sénateur Massicotte: Cet argument me déroute un peu.

On a donné l'exemple de banques qui ont fusionné en présumant qu'elles n'avaient fait qu'augmenter le prix des services pour, par conséquent, faire plus de profits. N'est-il pas vrai que, dans ce cas, il n'y a pas de gains en efficacité? C'est simplement un transfert de richesse du consommateur à l'actionnaire. On ne peut pas invoquer les gains en efficacité. Ce n'est pas possible.

Le sénateur Tkachuk: À moins qu'elles fassent valoir cette défense.

Le sénateur Massicotte: Elles vont le faire, mais le consommateur va se défendre. N'est-il pas vrai qu'il n'y a aucun gain en efficacité dans ce cas? Simplement fusionner pour facturer plus cher n'ajoute rien, n'est-ce pas?

M. Clifford: Je pense que vous avez raison.

Le sénateur Massicotte: Vous n'êtes quand même pas certain.

Mr. Clifford: The impact of the merger on prices is a separate inquiry from whether there are efficiencies. Assume two banks came together. Banks have a wide range of business lines. You look at various lines in which they are involved. You think about the impact on the industry — for example, in retail banking or aggressive banking — of combining these two banks. You would have regard to the fact that there are two or three other banks still remaining in those business lines. You need to assess whether the combination of those two banks will result in a substantial lessening of competition. That could mean a price increase. That is one element of it.

On the other side of the ledger, irrespective of whether there is a lessening of competition that is substantial, are there efficiency gains? What gains in efficiencies might result from this culmination of these two banks and their business lines? You try to compare those two.

Senator Massicotte: The example was two banks merging. Let us presume that they hold the same number of branches. With the increased market power, they could increase pricing. That would mean zero efficiency. Therefore, the tribunal would not allow that; is that correct?

Mr. Clifford: That is correct.

Senator Massicotte: The shareholder having a dollar more has no merit; the consumer has one dollar less.

Mr. Clifford: That is right.

The Chairman: The committee has been having some difficulty with this issue. We have spent a lot of time on it. Obviously, it is not simple.

This last discussion points to something for me on which I would appreciate your comment. We keep getting involved in policy and the technique of executing that policy. The lines between the two are blurred, which is why I found your comments in point 12 on the bottom of page 3 interesting. The thought is clearly raised by you.

Let us understand what this bill is about and, perhaps even more important, understand what it is not about. Your point is that we should be clearer on our expectations. You say that we should not look to this act as a method of wealth distribution. I think this is part of the problem.

What is policy, and what is a means of achieving that policy? That has been part of our difficulty. We have been drawn in by many of our witnesses into detailed economic analysis and technical legal arguments.

It seems to me that you are trying to define the policy objective of this act more narrowly. You are saying that the rest of it is about how you execute that policy.

Mr. Clifford: That is an excellent question, senator, and I agree with the comment. In the view of the Canadian Chamber of Commerce, and I share this view, our competition legislation should have as a cornerstone the goal of achieving maximum efficiency in our economy and ensuring in all aspects of

M. Clifford: L'impact d'un fusionnement sur les prix et les gains en efficacité sont deux choses différentes. Si on parle du fusionnement de deux banques, les banques offrent toute une gamme de produits. Il faut examiner chaque produit, déterminer l'impact sur l'industrie des services bancaires de détail du fusionnement de ces deux banques. Il faut tenir compte du fait qu'il y a deux ou trois autres banques dans les mêmes secteurs d'activités. On doit se demander si le regroupement de ces deux banques va entraîner une réduction substantielle de la concurrence, ce qui pourrait faire augmenter les prix. C'est un aspect de la question.

Par ailleurs, indépendamment d'une réduction substantielle de la concurrence, y a-t-il des gains en efficacité? Quels gains en efficacité vont découler du fusionnement de ces deux banques et de leurs produits? Il faut essayer de comparer les deux.

Le sénateur Massicotte: On a donné l'exemple du fusionnement de deux banques. Présumons qu'elles ont le même nombre de succursales. En augmentant leur pouvoir sur le marché, elles pourraient augmenter les prix, ce qui annule les gains en efficacité. Le tribunal n'autoriserait donc pas cette opération, n'est-ce pas?

M. Clifford: C'est exact.

Le sénateur Massicotte: Le fait que l'actionnaire ait plus d'argent ne compte pas parce que le consommateur en a moins.

M. Clifford: C'est exact.

Le président: Cette question donne du fil à retordre au comité. Nous y avons consacré beaucoup de temps mais, de toute évidence, ce n'est pas simple.

Pour finir, je vais aborder un aspect sur lequel j'aimerais avoir votre avis. Nous nous occupons de politiques et des moyens de les faire appliquer. La distinction entre les deux est floue, et c'est pourquoi ce que vous dites au point 12 de votre mémoire, au bas de la page 3, est intéressant. C'est vous qui en parlez.

Essayons de comprendre ce que ce projet de loi veut dire et peut-être encore plus important, ce qu'il ne veut pas dire. D'après vous, il faudrait préciser nos attentes. Nous ne devrions pas nous attendre à ce que ce projet de loi s'occupe de la répartition de la richesse. Je pense que c'est une partie du problème.

Quelle est la politique et quel est le moyen de la faire appliquer? C'est en partie ce qui nous a donné du fil à retordre. Beaucoup de témoins nous ont entraînés dans des analyses économiques et des arguments juridiques d'ordre technique.

Il me semble que vous essayez de circonscrire davantage l'objectif que doit avoir cette mesure législative sur le plan de la politique. Vous dites que le reste est lié à la mise en application de la politique.

M. Clifford: C'est une excellente question, monsieur le sénateur, et c'est un commentaire que j'approuve. D'après la Chambre de commerce du Canada, et je suis d'accord avec elle, assurer la meilleure efficacité possible devrait être l'objectif fondamental de la Loi sur la concurrence, et il faudrait veiller à

competition law enforcement that steps are not taken by those charged with the responsibility to enforce the legislation that would prohibit or lessen the importance of efficiency gains to the economy.

Section 96, which was the result of years of discussion and debate, gives the greatest weight to efficiencies when considered in the context of a merger. It allows the Competition Bureau and the Competition Tribunal to consider all efficiencies that might result from a merger. It also mandates that a merger, even if anticompetitive, should not be blocked if the gains to efficiency, as a whole, outweigh the anticompetitive effects.

That is the underlying policy that we think will be changed by this bill in two respects. First, by making efficiencies a factor instead of a defence, you send a signal that efficiencies are less important and less fundamental. This bill says that efficiencies should be considered, along with the other factors. That is in the proposed section 93. There is no relative weight to be accorded to efficiencies versus these other factors in a merger analysis. It waters down the importance of efficiencies. Second, it permits efficiencies to be considered only if it can be shown that those efficiencies will benefit consumers and those efficiencies cannot be achieved other than through the merger.

Those two qualifying factors make it difficult to be able to meaningfully rely on this provision as factor to ensure that an efficiency-enhancing merger can be completed. We believe it represents a fundamental policy change.

The Chairman: That is summed up in your statement that the act looks at the size of the entire pie and the means to keep it growing, not at allocating the pieces.

Mr. Clifford: That is correct.

We recognize that this is framework legislation. There has been great evolution of economic thought since the act was substantially amended in 1986 to implement the merger provision and other provisions. Decisions made by our Competition Bureau and Competition Tribunal are heavily influenced by economic thinking and economists, quite appropriately. The economic thinking and the economist approach inform and help us to recognize that it is the total efficiencies that really matter. We should be focusing on that.

As framework legislation, we should not tinker with it lightly.

The Chairman: Thank you very much. We appreciate you coming and the clarity and effectiveness of your report.

The committee adjourned.

ce qu'aucune mesure ne soit prise par ceux qui sont chargés de la faire respecter pour nier ou amoindrir l'importance des gains en efficacité pour l'économie.

L'article 96, qui est le résultat d'années de discussion, accorde beaucoup d'importance aux gains en efficacité dans le contexte d'un fusionnement. Il permet au Bureau de la concurrence et au Tribunal de la concurrence d'évaluer tous les gains en efficacité qu'un fusionnement pourrait entraîner. Il prévoit aussi qu'un fusionnement, même s'il est anticoncurrentiel, ne devrait pas être interdit si les gains en efficacité compense dans l'ensemble ces effets anticoncurrentiels.

C'est cette politique que le projet de loi, d'après nous, va changer de deux façons. D'abord, si on ne peut plus fonder une défense sur les gains en efficacité qui deviennent seulement un des facteurs à prendre en considération, on signale que les gains en efficacité sont moins importants et moins fondamentaux. Le projet de loi prévoit que les gains en efficacité seraient un des éléments à considérer. C'est ce qui est proposé. Il n'y a pas de pondération relative accordée aux gains en efficacité par rapport aux autres facteurs à examiner dans l'analyse d'un fusionnement. On dilue l'importance des gains en efficacité. Ensuite, les gains en efficacité ne pourront être pris en considération que si on peut démontrer qu'ils vont avantager les consommateurs et qu'ils ne seraient vraisemblablement pas réalisés en l'absence du fusionnement.

Il est difficile, avec ces deux conditions préalables, de compter sur cette disposition pour assurer la réalisation d'un fusionnement augmentant l'efficacité. Pour nous, cette mesure modifie fondamentalement la politique.

Le président: Vous résumez la situation quand vous dites que la loi s'intéresse à la richesse dans son ensemble et aux moyens de la faire croître, non à qui doivent aller les parts du gâteau.

M. Clifford: Voilà.

Nous reconnaissons que c'est une loi cadre. La pensée économique a beaucoup évolué depuis que la loi a été considérablement modifiée en 1986 avec l'adoption de différentes dispositions dont celle sur le fusionnement. Les décisions rendues par le Bureau de la concurrence et le Tribunal de la concurrence sont grandement influencées par la science économique et les économistes, à juste titre d'ailleurs. L'économie nous aide à reconnaître que c'est l'ensemble des gains en efficacité qui comptent vraiment et c'est ce qui devrait nous préoccuper.

Nous ne devrions pas modifier à la légère une loi cadre.

Le président: Merci beaucoup. Nous vous remercions d'être venus nous rencontrer et de nous avoir présenté un exposé clair et précis.

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, May 5, 2004

IN A PANEL:

As individuals:

Brien A. Facey, Lawyer, Blake, Cassels & Graydon, LLP;
Neil Finkelstein, Lawyer, Blake, Cassels & Graydon, LLP.

From the Canadian Bar Association:

Tim Kennish, Past Chair of the National Competition Law Section.

Thursday, May 6, 2004

As an individual:

Thomas Fina, U.S. Antitrust Attorney, Howrey Simon Arnold &
White, LLP, Washington, D.C.

From the Canadian Chamber of Commerce:

Kasia Majewski, Policy Analyst;
John Clifford, Partner, McMillan Binch.

TÉMOINS

Le mercredi 5 mai 2004

EN TABLE RONDE:

À titre personnel:

Brian A. Facey, avocat, Blake, Cassels & Graydon, LLP;
Neil Finkelstein, avocat, Blake, Cassels & Graydon, LLP.

De l'association du Barreau canadien:

Tim Kennish, président sortant de la Section nationale du droit de
la concurrence.

Le jeudi 6 mai 2004

À titre personnel:

Thomas Fina, avocat antimonopole américain, Howrey Simon
Arnold & White, LLP, Washington, (D.C.).

De la Chambre de commerce du Canada:

Kasia Majewski, analyste des politiques;
John Clifford, avocat-conseil, McMillan Binch.