



First Session  
Thirty-seventh Parliament 2001-02

SENATE OF CANADA

---

*Proceedings of the Standing  
Senate Committee on*

**Banking, Trade and  
Commerce**

*Chair:*  
The Honourable E. LEO KOLBER

---

Wednesday, March 6, 2002

---

**Issue No. 31**

**Third meeting on:**  
Bill C-23, An Act to amend the Competition Act  
and the Competition Tribunal Act

---

WITNESSES:  
(*See back cover*)

Première session de la  
trente-septième législature, 2001-2002

SÉNAT DU CANADA

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial permanent des*

**Banques et du  
commerce**

*Président:*  
L'honorable E. LEO KOLBER

---

Le mercredi 6 mars 2002

---

**Fascicule n° 31**

**Troisième réunion concernant:**  
Le projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur  
la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence

---

TÉMOINS:  
(*Voir à l'endos*)

STANDING SENATE COMMITTEE ON  
BANKING, TRADE AND COMMERCE

The Honourable E. Leo Kolber, *Chair*

The Honourable David Tkachuk, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

* Carstairs, P.C. (or Robichaud, P.C.) Eyton Fitzpatrick Furey Hervieux-Payette, P.C. Kelleher, P.C.	Kroft * Lynch-Staunton (or Kinsella) Meighen Oliver Poulin Setlakwe
--	---

\* *Ex Officio Members*

(Quorum 4)

*Changes of membership of the committee:*

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

The name of the Honourable Senator Oliver substituted of that of the Honourable Senator Gustafson (*March 6, 2002*).

The name of the Honourable Senator Eyton substituted of that of the Honourable Senator Bolduc (*March 4, 2002*).

The name of the Honourable Senator Poulin substituted of that of the Honourable Senator Banks (*February 25, 2002*).

The name of the Honourable Senator Furey substituted of that of the Honourable Senator Gill (*February 25, 2002*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES  
BANQUES ET DU COMMERCE

*Président:* L'honorable E. Leo Kolber

*Vice-président:* L'honorable David Tkachuk

et

Les honorables sénateurs :

* Carstairs, c.p. (ou Robichaud, c.p.) Eyton Fitzpatrick Furey Hervieux-Payette, c.p. Kelleher, c.p.	Kroft * Lynch-Staunton (ou Kinsella) Meighen Oliver Poulin Setlakwe
--	---

\* *Membres d'office*

(Quorum 4)

*Modifications de la composition du comité:*

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

Le nom de l'honorable sénateur Oliver substitué à celui de l'honorable sénateur Gustafson (*le 6 mars 2002*).

Le nom de l'honorable sénateur Eyton substitué à celui de l'honorable sénateur Bolduc (*le 4 mars 2002*).

Le nom de l'honorable sénateur Poulin substitué à celui de l'honorable sénateur Banks (*le 25 février 2002*).

Le nom de l'honorable sénateur Furey substitué à celui de l'honorable sénateur Gill (*le 25 février 2002*).

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Wednesday, March 6, 2002  
(35)

[*English*]

The Standing Committee on Banking, Trade and Commerce met at 3:50 p.m. this day, in room 505, Victoria Building, the Chair, the Honourable Senator Kolber, presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Eyton, Fitzpatrick, Furey, Hervieux-Payette, P.C., Kelleher, P.C., Kolber, Oliver, Poulin, Setlakwe and Tkachuk (10).

*In attendance:* From the Parliamentary Research Branch, Library of Parliament, Law and Government Division: Mr. Geoff Kieley, Research Officer.

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

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Tuesday, February 5, 2002, the committee continued its examination of Bill C-23, An Act to amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act.

**WITNESSES:**

*From the Canadian Chamber of Commerce:*

Ms Susan Hutton, Stikeman Elliott, Member, Canadian Chamber of Commerce, Competition Law & Policy Task Force;

Mr. Matthew Ivis, Analyst, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Council for International Business.

*From the Canadian Federation of Independent Business:*

Mr. Garth Whyte, Senior Vice-President, National Affairs;

Mr. André Piché, Senior Policy Analyst, National Affairs, Ottawa.

*As an individual:*

Mr. Stanley Wong, Davis & Company.

*From Democracy Watch:*

Mr. Duff Conacher, Coordinator.

Mr. Ivis and Ms Hutton of the Canadian Chamber of Commerce and Mr. Whyte and Mr. Piché of the Canadian Federation of Independent Business made opening statements and answered questions.

Mr. Wong made a statement and answered questions.

Mr. Conacher of Democracy Watch made a statement and answered a question.

**PROCÈS-VERBAL**

OTTAWA, le mercredi 6 mars 2002  
(35)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce se réunit aujourd'hui à 15 h 50 dans la pièce 505 de l'édifice Victoria sous la présidence de l'honorable sénateur Kolber (*président*).

*Membres du comité présents:* Les honorables sénateurs Eyton, Fitzpatrick, Furey, Hervieux-Payette, c.p., Kelleher, c.p., Kolber, Oliver, Poulin, Setlakwe et Tkachuk (10).

*Également présent:* De la Direction de la recherche de la Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement: M. Geoff Kieley, attaché de recherche.

*Également présents:* Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le mardi 5 février 2002, le comité poursuit l'examen du projet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*.

**TÉMOINS:**

*De la Chambre de commerce du Canada:*

Mme Susan Hutton, Stikeman Elliott, membre, Chambre de commerce, Groupe de travail sur le droit et la politique de la concurrence;

M. Matthew Ivis, analyste des politiques, Chambre de commerce du Canada, Conseil canadien pour le commerce international.

*De la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante:*

M. Garth Whyte, premier vice-président, Affaires nationales;

M. André Piché, analyste principal des politiques, Affaires nationales, Ottawa.

*À titre personnel:*

M. Stanley Wong, Davis & Company.

*De Démocratie en surveillance:*

M. Duff Conacher, coordonnateur.

M. Ivis et Mme Hutton, de la Chambre de commerce du Canada et M. Whyte et M. Piché, de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, font des déclarations et répondent aux questions.

M. Wong fait une déclaration et répond aux questions.

M. Conacher, de Démocratie en surveillance, fait une déclaration et répond aux questions.

At 5:55 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

À 17 h 55, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

*ATTEST:*

*ATTESTÉ:*

*Le greffier du comité,*

Denis Robert

*Clerk of the Committee*

**EVIDENCE**

OTTAWA, Wednesday, March 6, 2002

The Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, to which was referred Bill C-23, to amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act, met this day at 3:50 p.m. to give consideration to the bill.

**Senator E. Leo Kolber** (*Chairman*) in the Chair.

[*English*]

**The Chairman:** Welcome. We are meeting to discuss Bill C-23. Our first group of witnesses are from the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business. I do believe that each group has a prepared statement, which I would ask you to present seriatim. Senators will then pose questions. Proceed, please.

**Mr. Matthew Ivis, Policy Analyst, Canadian Council for International Business, Canadian Chamber of Commerce:** Thank you, Mr. Chairman. Good afternoon. The Canadian Chamber of Commerce is pleased to have this opportunity to provide comments on Bill C-23, an act to amend the Competition Act and Competition Tribunal Act to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce.

The Canadian Chamber is Canada's largest and most representative business association. Through its network of some 350 local chambers of commerce and boards of trade, the Canadian Chamber represents approximately 170,000 businesses of all sizes in all sectors and all regions of the country.

Competition issues are of vital importance to the Canadian Chamber and its members. The Canadian Chamber's Competition Law and Policy Task Force has been an active participant in the consultative processes leading up to Bill C-23 and fully intends to continue its involvement in the future.

On October 16, 2001, the Canadian Chamber appeared before the House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology. At that time, the Canadian Chamber raised a number of important issues related to Bill C-23 that are still relevant today, including the most widely debated topic discussed during the Industry Committee hearing process: private access to the Competition Tribunal. The Canadian Chamber's position on this issue is well documented in our submission to the Industry Committee and thus will not be the subject of our comments here.

The topics the Canadian Chamber would like to discuss three topics today. First, the competitive effects test proposed for the acts' "refusal to deal" provision; second, additional sector-specific regulation in the form of the proposed administrative monetary penalty in air transportation and the failure to delete a now-redundant sector-specific provision related to the same industry; and third, the test for issuance of an emergency interim injunction

**TÉMOIGNAGES**

OTTAWA, le mercredi 6 mars 2002

Le Comité sénatorial des banques et du commerce, auquel a été renvoyé le projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le tribunal de la concurrence, se réunit aujourd'hui à 15 h 50 pour examiner ledit projet de loi.

**Le sénateur E. Leo Kolber** (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**Le président:** Bienvenue. Nous nous réunissons pour examiner le projet de loi C-23. Nos premiers témoins représentent la Chambre du commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante. Ils ont préparé une déclaration préliminaire que je leur demanderais de présenter à tour de rôle. Les sénateurs leur poseront ensuite des questions. Je vous prie de bien vouloir commencer.

**M. Matthew Ivis, analyste des politiques, Conseil canadien pour le commerce international, Chambre de commerce du Canada:** Je vous remercie, monsieur le président. Bonjour. La Chambre de commerce du Canada est ravie d'avoir l'occasion de présenter ses observations à propos du projet de loi C-23, Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le tribunal de la concurrence au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce.

La Chambre de commerce du Canada est l'association de gens d'affaires la plus nombreuse et la plus représentative du Canada. Par l'entremise de son réseau de quelque 350 chambres et bureaux de commerces locaux, elle est le porte-parole d'environ 170 000 entreprises de toutes tailles, représentant tous les secteurs d'activité et toutes les régions du pays.

Les questions de concurrence revêtent une importance capitale pour la Chambre de commerce du Canada et ses membres. À cet égard, le groupe de travail sur le droit et la politique de la concurrence de la Chambre de commerce a participé activement aux consultations qui ont mené au projet de loi C-23, et il entend fermement maintenir sa participation à l'avenir.

La Chambre de commerce du Canada s'est présentée devant le Comité permanent de l'industrie, de la science et de la technologie le 16 octobre 2001. Les questions importantes concernant le projet de loi C-23 qu'elle a soulevées à cette occasion restent pertinentes aujourd'hui, notamment le sujet le plus débattu au cours des consultations du Comité de l'industrie: l'accès privé au Tribunal de la concurrence. La position de la Chambre de commerce sur cette question est bien documentée dans sa présentation au Comité de l'industrie et, par conséquent, elle ne sera pas abordée dans le présent exposé.

La Chambre aimerait discuter des sujets suivants. Premièrement, le test des effets sur la concurrence proposé pour la disposition de la loi relative au refus de vendre; deuxièmement, la disposition sectorielle: les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le secteur du transport aérien et le maintien d'une disposition maintenant devenue superflue visant spécifiquement la même industrie; et troisièmement, le test relatif à la délivrance

in respect of non-criminal marketing practices and for the extension of such an order beyond 80 days. We will address each of these areas of concern in sequence.

First, inconsistencies in the competitive effects test in section 75. The “refusal to deal” provision of the Competition Act is found in section 75. The provision permits the Competition Tribunal to make an order to remedy the harm suffered when a person is refused supply of a product in circumstances where there is insufficient competition among suppliers of the product.

Bill C-23 proposes to add a competitive effects test to section 75. The Canadian Chamber understands that the proposal is a response to concerns expressed that private litigants, who could now initiate a proceeding under the proposed new private access regime, would bring cases that were not motivated by adverse effects on competition per se, but only by adverse effects to themselves.

The proposed competitive effects test, which was added at the end of the industry committee’s review of Bill C-23, and after the Canadian Chamber of Commerce had provided its input on the bill, would require that the conduct in question is “having or is likely to have an adverse effect on competition in a market.” This new competitive effects test is problematic as it creates a lower threshold for remedial action than the “substantial lessening or prevention of competition” test found elsewhere in Part VIII of the act. In turn, if Bill C-23 is passed as currently drafted, it will introduce an inconsistent standard of adjudication with regard to the competitive effects of impugned business conduct.

Moreover, when coupled with Bill C-23’s proposal to permit private access to the Competition Tribunal, the lower competitive effects threshold set out in the proposed section 75(1)(e) is, in the view of the Canadian Chamber, highly problematic. In practical terms, the use of a test that requires merely proof of “an adverse effect on competition in a market” in conjunction with a right of private access to the tribunal, raises the spectre of private litigants demonstrating a relatively minor degree of competitive harm as opposed to the substantial lessening or prevention of competition the commissioner must demonstrate under other provisions of the act before they will be entitled to relief from the tribunal. Thus, a private litigant will be able to invoke the Competition Act and the tribunal’s remedial powers to address conduct that may only have a slight impact on competition.

The Canadian Chamber fears that the very provision apparently designed to protect against strategic litigation — section 75(1)(e) — will do very little to discourage or prevent such litigation. The Canadian Chamber therefore recommends that the

d’une ordonnance provisoire d’urgence relativement aux pratiques de marketing non criminelles et le prolongement d’une telle ordonnance au-delà de 80 jours. Nous aborderons à tour de rôle chacun des ces domaines de préoccupation.

Parlons d’abord des incohérences du critère des effets sur la concurrence à l’article 75. La disposition sur les cas de «refus de vendre» de la Loi sur la concurrence se trouve à l’article 75. Elle permet au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance pour remédier au tort subi par une personne qui s’est vu refuser l’approvisionnement d’un produit alors que la concurrence entre les fournisseurs du produit est insuffisante.

Le projet de loi C-23 propose d’ajouter un critère des effets sur la concurrence à l’article 75. La Chambre du commerce du Canada est consciente que la proposition vise à répondre aux préoccupations selon lesquelles les plaideurs privés, qui pourraient maintenant introduire une instance aux termes du nouveau régime d’accès privé proposé, entameraient des instances motivées non pas par les effets négatifs sur la concurrence elle-même, mais plutôt par des effets négatifs sur eux-mêmes.

Le critère des effets sur la concurrence proposé, qui a été ajouté à la fin de l’étude du projet de loi C-23 effectuée par le Comité de l’industrie et après la présentation des observations de la Chambre de commerce du Canada sur le projet de loi, exigerait que la conduite en question «a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché». Ce nouveau critère des effets sur la concurrence est problématique car il crée un seuil plus bas pour les mesures de redressement que le critère «aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché» que l’on retrouve ailleurs dans la Partie VIII de la loi. Par contre, si le projet de loi C-23 est adopté sous sa forme actuelle, il donnera lieu à une application d’un critère inégal quant aux effets sur la concurrence de la pratique commerciale contestée.

De plus, conjugué à la proposition du projet de loi C-23 de permettre l’accès privé au Tribunal de la concurrence, le seuil moins élevé pour les effets sur la concurrence énoncé dans l’alinéa 75(1)(e) proposé est, de l’avis de la Chambre de commerce du Canada, hautement problématique. En termes pratiques, l’usage d’un critère exigeant seulement la preuve que la conduite «a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché» conjugué au droit d’accès privé au Tribunal soulève la possibilité que les plaideurs privés démontrent une entrave relativement mineure à la concurrence par opposition à l’entrave qui «aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché» que le commissaire doit démontrer en vertu des autres dispositions de la Loi pour avoir droit à un redressement de la part du Tribunal. Ainsi, un plaideur privé pourra invoquer la Loi sur la concurrence et les pouvoirs de redressement du Tribunal pour obtenir la modification d’une conduite susceptible de n’avoir qu’un léger impact sur la concurrence.

La Chambre de commerce du Canada craint que la disposition apparemment conçue pour protéger contre les litiges stratégiques, à savoir l’alinéa 75(1)(e), ne décourage ni ne prévienne ce genre de litige. La Chambre de commerce du Canada recommande par

proposed section 75(1)(e) be amended to read, “the refusal to deal prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market.”

The second area we wish to address is additional sector-specific amendments in the form of the proposed administrative monetary penalty in air transportation and the failure to delete a now-redundant, sector-specific provision related to the same industry.

The Canadian Chamber believes that by extending the scope of the tribunal’s powers in one particular sector — in this case airlines — the proposed provisions regarding administrative monetary penalties exacerbates a deeply troubling trend of using the Competition Act, a statute of general application intended to govern all sectors of Canadians economy, for sectoral regulation.

At the same time, the Canadian Chamber would like to point out, now that emergency interim orders are to be permitted in respect of a wide range of reviewable conduct in all sectors of economy under section 103.3, that section 104.1 is redundant. Thus, the Canadian Chamber agrees with the conclusion drawn by the Parliamentary Research Branch in its initial commentary on Bill C-23 in September of 2001, that the proposed new section 103.3 was based on the existing power of the commissioner to issue an interim order in respect of potentially anti-competitive conduct by a domestic air line pursuant to section 104.1.

There would seem to be no justification for continuing to single out a particular industry for special treatment where a general power exists to permit the commissioner quickly to obtain interim relief from the tribunal. The Canadian chamber urges the Senate, therefore, to amend the bill such that it repeals section 104.1 of the act.

**The Chairman:** If we repeal that section, what do you do with what is left in the Competition bill? There is still a 104 in the Competition Act, I believe.

**Ms Susan Hutton, Member, Competition Law & Policy Task Force, Canadian Chamber of Commerce:** Section 104 in the existing part of the act refers to the issuance of interim orders on application by the commissioner where an application has been made.

**The Chairman:** I am just curious as to whether your suggestion of throwing out what there is in Bill C-23 solves the entire problem. I do not know.

**Ms Hutton:** With respect, I do not think Mr. Ivis is suggesting throwing out what is in Bill C-23.

**The Chairman:** He is not?

**Senator Oliver:** He just said that section 104 should be deleted. That is what I heard him say.

conséquent que le libellé de l’alinéa 75(1)e) du projet de loi soit modifié et se lise comme suit: «que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.»

Nous voulons maintenant aborder la question des dispositions sectorielles, notamment les sanctions administratives pécuniaires imposées dans le secteur du transport aérien et le maintien dans la loi d’une disposition d’un article maintenant devenu superflu visant la même industrie.

La Chambre de commerce du Canada estime qu’en élargissant la portée du Tribunal dans un secteur particulier, en l’occurrence le transport aérien, la modification proposée exacerbe la tendance très troublante d’avoir recours à la Loi sur la concurrence, une loi d’application générale visant à régir tous les secteurs de l’économie canadienne, aux fins de réglementation sectorielle.

Par ailleurs, la Chambre de commerce du Canada aimerait signaler que l’article 104.1 de la loi devient superflu étant donné que le Tribunal pourra émettre des ordonnances provisoires d’urgence à l’égard d’une vaste gamme de conduites contestées dans tous les secteurs de l’économie en vertu de l’article 103.3. Par conséquent, la Chambre de commerce du Canada souscrit à la conclusion tirée par la Direction de la recherche parlementaire dans ses premières observations sur le projet de loi C-23 en septembre 2001, à savoir que le nouvel article 103.3 était fondé sur le pouvoir existant du commissaire de rendre une ordonnance provisoire relativement à une conduite éventuellement non concurrentielle de la part d’une compagnie aérienne intérieure en vertu de l’article 104.1.

Il semble injustifié d’accorder un traitement spécial à un secteur particulier lorsque le commissaire peut obtenir rapidement, aux termes d’un pouvoir général, un redressement provisoire du Tribunal. Par conséquent, la Chambre de commerce du Canada demande instamment au Sénat de modifier le projet de loi pour abroger l’article 104.1 de la loi.

**Le président:** Si cet article est abrogé, que faire du reste du contenu du projet de loi sur la concurrence? Si je ne m’abuse, la Loi sur la concurrence comporte toujours un article 104.

**Mme Susan Hutton, membre, Groupe de travail sur le droit et la politique de la concurrence, Chambre de commerce du Canada:** L’article 104 de la loi actuelle vise l’émission d’ordonnances provisoires lorsqu’une demande en ce sens est faite par le commissaire.

**Le président:** Je me demande simplement si la suggestion que vous faites de supprimer ce qui se trouve dans le projet de loi C-23 règle vraiment le problème.

**Mme Hutton:** Sauf votre respect, je ne pense pas que M. Ivis ait proposé de supprimer ce qui se trouve dans le projet de loi C-23.

**Le président:** Non?

**Le sénateur Oliver:** Il a simplement dit qu’il faudrait abroger l’article 104. C’est ce que j’ai compris.

**Ms Hutton:** As a consequence of what is included in Bill C-23, which expands the current power under 104.1 to apply to the economy generally, as a consequence of adding 103.3, the current section 104.1 becomes redundant. Section 104.1 was added to the bill a year ago. Perhaps that would assist.

**The Chairman:** Are you suggesting we can use this as a lever to remove section 104.1 entirely?

**Senator Oliver:** From the main framework legislation?

**Ms Hutton:** Yes.

**The Chairman:** Are you sure of your ground on that?

**Ms Hutton:** Procedurally, no.

**The Chairman:** Neither are we. I am sorry. Go ahead with your presentation.

**Mr. Ivis:** That is a good question.

**The Chairman:** I know it is a good question; I would like a good answer.

**Mr. Ivis:** Not only does Bill C-23 fail to cure this redundancy, it exacerbates the problem by seeking to give the Competition tribunal the authority to levy an administrative monetary penalty of up to \$15 million against a domestic air carrier in addition to granting injunctive relief where the tribunal finds that the air carrier has abused its dominant position in the market.

Therefore, the Canadian Chamber recommends that proposed sections 11.4 and 11.5 of Bill C-23 be deleted in their entirety. If retained, however, the Canadian Chamber urges the Senate to reconsider the potential quantum of the penalty imposed. The maximum fine of \$15 million for non-criminal behaviour is out of all proportion to fines imposed for criminal behaviour under the act and sets a disturbing precedent.

My colleague Ms Hutton will discuss the test for issuance of an emergency interim injunction and for the extension of such an order beyond 80 days.

**Ms Hutton:** This relates to the very issue that Senator Kolber was asking about, which is the proposal in Bill C-23 to extend the ability to obtain an interim injunction prior to the filing of an application with the Competition Tribunal. This is at the outset of the Commissioner of Competition's investigation into a civilly reviewable practice. That power currently exists under section 104.1 of the act, only with respect to airlines. The proposed legislation in Bill C-23 would add a new section — section 103.1. This section would provide the commissioner with the ability to — at the start of an investigation, before he has sufficient evidence to make an application and to start an action before the Competition Tribunal — apply under section 103.3 for an "emergency interim injunction," something that would occur even before an application and an action has been started before the tribunal.

Bill C-23 addressed the Canadian Chamber's most fundamental concern with the proposal that had been recommended in Bill C-472. Bill C-472 would have allowed the

**Mme Hutton:** Compte tenu du fait que l'ajout dans le projet de l'article 103.3 qui propose de permettre l'émission d'ordonnances provisoires à l'égard de tous les secteurs de l'économie, l'article 104.1 actuel devient superflu. Cet article a été ajouté à la loi il y a environ un an.

**Le président:** Pensez-vous que cela justifie l'élimination complète de l'article 104.1?

**Le sénateur Oliver:** De la loi-cadre?

**Mme Hutton:** Oui.

**Le président:** Êtes-vous sûre que cela soit possible?

**Mme Hutton:** Du point de vue de la procédure, non.

**Le président:** Nous non plus. Je m'excuse. Poursuivez votre exposé.

**M. Ivis:** C'est une bonne question.

**Le président:** Je sais que c'est une bonne question et je voudrais qu'on me donne une bonne réponse.

**M. Ivis:** Non seulement le projet de loi C-23 propose-t-il le maintien de cet article devenu superflu, mais il exacerbe le problème en visant à permettre au Tribunal de la concurrence d'imposer une sanction administrative pécuniaire maximale de 15 millions de dollars en plus d'une mesure injonctive lorsque le Tribunal juge que le transporteur aérien a abusé de sa position dominante dans le marché.

La Chambre de commerce du Canada recommande donc que les articles 11.4 et 11.5 du projet de loi C-23 soient entièrement éliminés. Si on les conserve, cependant, la Chambre de commerce du Canada presse le Sénat de revoir la somme maximale qui peut être imposée. Une amende de 15 millions de dollars pour une conduite non criminelle est tout à fait disproportionnée par rapport aux amendes imposées dans le cas d'une conduite criminelle en vertu de la loi et constitue un précédent inquiétant.

Ma collègue, Mme Hutton, vous parlera maintenant du critère relatif à la délivrance d'une ordonnance provisoire et du prolongement d'une telle ordonnance au-delà de 80 jours.

**Mme Hutton:** Cette partie de notre mémoire se rapporte directement à la question que soulevait le sénateur Kolber, soit la proposition qui est faite dans le projet de loi C-23 de permettre la délivrance d'une injonction provisoire avant le dépôt d'une requête au Tribunal de la concurrence. Cette injonction serait délivrée au début de l'enquête du Commissaire de la concurrence sur une conduite pouvant être contestée dans une instance civile. Ce pouvoir, prévu à l'article 104.1 de la Loi, ne s'applique à l'actuelle qu'à l'industrie aérienne. Le projet de loi C-23 propose l'ajout de l'article 103.1 qui donnerait au commissaire le pouvoir, au début d'une enquête et avant même qu'il ait recueilli suffisamment de preuves lui permettant de présenter une requête et d'introduire une instance devant le Tribunal de la concurrence, de demander la délivrance d'une injonction provisoire d'urgence aux termes de l'article 103.3.

Au regard des ordonnances provisoires, le projet de loi C-23 élimine la proposition qui nous préoccupait le plus dans le projet de loi C-472. Précisément, alors que le projet de loi C-472 aurait



commissioner himself to issue the temporary order, whereas Bill C-23 requires the commissioner to apply to the Competition Tribunal to obtain such an order. This modification preserves the important distinction between investigator and adjudicator that would have been eradicated by Bill C-472. The Canadian Chamber supports that.

However, Bill C-23 does not address certain other deficiencies that were identified with Bill C-472 as it related to emergency interim orders. In particular, it precludes a right of appeal from the issuance of such an order, it allows temporary orders to be made without any notice whatsoever to the affected party, and it contains an inordinate focus on the potential impact of the impugned conduct on individual competitors rather than on competition.

In this latter regard, the test for potential harm to competition that must be satisfied in order for the commissioner to obtain an emergency interim order is found in paragraphs 103.3(2)(b) and (c). This would permit an order to be made if the tribunal simply found that a person is: likely to be eliminated as a competitor; likely to suffer a significant loss of market share; likely to suffer a significant loss of revenue; or is likely to suffer other harm that cannot adequately be remedied by the tribunal.

The Canadian Chamber feels that this threshold, as drafted, is unnecessarily low and could lead to the prevention of significant pro-competitive behaviour as its focus is on taking business from a rival as opposed to harming competition. Taking business from a rival is just what competition is all about. This test for harm to competition will be met even when behaviour is pro-competitive.

Therefore, the Canadian Chamber submits that these provisions should be deleted from the bill. This would leave a straightforward and appropriate test to be satisfied, which is whether injury to competition that cannot adequately be remedied by the tribunal is likely to occur.

The Canadian Chamber would also like to comment on the test in the proposed new subsection 103.3(5.3), pursuant to which the tribunal may extend an emergency interim injunction beyond the initial maximum of 80 days. This extension may be granted for as long as the commissioner requires, in order to receive and review outstanding information requested for the purpose of conducting his inquiry.

As written, the order can be extended regardless of from whom the information has been requested. It ought to be confined to a situation in which the party under investigation has not provided information, thus delaying its own investigation and potentially leading to a situation in which the order expires and the investigation has not been significantly advanced.

It ought not to be possible for delay by someone other than the person against whom the order has been issued — delay on the part of someone else in not providing information — to cause the order to be extended and thereby perpetuating in an open-ended manner the extraordinary interim order.

permis au commissaire d'émettre l'ordonnance provisoire, le projet de loi C-23 exige que le Tribunal de la concurrence rende l'ordonnance. Cette modification protège la distinction importante entre enquêteur et arbitre que le projet de loi C-472 aurait éliminée. La Chambre de commerce du Canada appuie cette mesure.

Cependant, le projet de loi C-23 ne règle pas certaines lacunes du projet de loi C-472 liées aux ordonnances provisoires. En particulier, il obvie au droit d'en appeler de la délivrance d'une ordonnance provisoire, il permet la délivrance d'ordonnances provisoires sans avis à la partie affectée et il se focalise indûment sur les retombées éventuelles de la conduite reprochée pour les concurrents individuels, plutôt que pour la concurrence.

À cet égard, les alinéas 103.1(2)b) et c) autoriseraient le Tribunal à rendre une ordonnance s'il détermine qu'une personne: sera vraisemblablement éliminée comme compétiteur; subira vraisemblablement une réduction importante de sa part de marché; subira vraisemblablement une perte importante de revenu; subira vraisemblablement des dommages auxquels le Tribunal ne pourra adéquatement remédier.

La Chambre de commerce du Canada estime que le projet de loi sous sa forme actuelle prévoit un seuil inutilement bas qui pourrait empêcher une conduite favorisant grandement la concurrence puisqu'il met l'accent sur la protection du concurrent par opposition à la protection de la concurrence. Or, la concurrence vise justement à permettre à une entreprise d'attirer les clients d'une autre. Ce critère sera satisfait même si la conduite favorise la concurrence.

Nous faisons valoir que ces dispositions devraient être retirées du projet de loi. Ainsi, il s'agirait simplement de déterminer, à l'aide d'un critère explicite et approprié, si la concurrence subira vraisemblablement un préjudice auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier.

La Chambre de commerce du Canada aimerait également commenter le critère énoncé dans le nouveau paragraphe 103.3(5.3) du projet de loi, en vertu duquel le Tribunal peut ordonner que la période de validité de l'ordonnance provisoire soit prolongée au-delà de la période maximale initiale de 80 jours, si le commissaire démontre que les renseignements nécessaires à l'enquête n'ont pas encore été fournis ou qu'un délai supplémentaire nécessaire pour les étudier.

Selon le libellé actuel, l'ordonnance peut être prolongée quel que soit l'auteur de la demande de renseignements. Or, elle devrait se limiter au cas où la partie faisant l'objet de l'enquête n'a pas fourni les renseignements, entravant ainsi sa propre enquête et entraînant éventuellement l'expiration de l'ordonnance et le piétinement de l'enquête.

On ne devrait pas permettre, cependant, qu'un délai causé par une personne non visée par une ordonnance puisse prolonger indéfiniment une ordonnance d'urgence provisoire extraordinaire.

We also note that as written, section 103.3 does not require the tribunal when extending such an order beyond 80 days, to consider whether sufficient grounds continue to exist for the continuance of the order. This loophole ought to be closed and the tribunal ought to be required to consider whether the potential harm to competition continues to exist.

We respectfully suggest that section 103.3(5).3, should be amended, first, by clarifying that the information must be outstanding from the person against whom the order is issued, and, second, by repeating the test for potential harm to competition and thus requiring that the conditions which justify the issuance of the extraordinary remedy continue to exist before it is extended beyond 80 days.

Rather than reading aloud through these lengthy clauses, I would refer you to our submission.

In conclusion, we greatly appreciate the opportunity to provide these comments to the committee and look forward to working constructively with the committee, the minister and the Competition Bureau to improve the Competition Act to ensure it contains the tools required to permit Canadian business to continue to enjoy the benefits provided by the Canadian marketplace.

**The Chairman:** You are a lawyer. Could you just shed light on one thing? You mentioned an emergency and a situation where the commissioner must have an injunction immediately. How long does it take a normal lawyer in a normal court to get an injunction? What would be the timelines?

**Ms Hutton:** Typically an action would need to be started. You would need to file an application asking for the final relief.

**The Chairman:** This is before the tribunal.

**Ms Hutton:** In front of the tribunal.

**The Chairman:** Right.

**Ms Hutton:** Procedurally, that would take as long as it takes to get the tribunal together. I do not think you can get the tribunal to hear you in three seconds, but it could be done, I would expect, in a day or two.

**The Chairman:** Is this a power the commissioner needs? That is what our committee wants to know.

**Ms Hutton:** His justification, as I understand it, for having this power is that otherwise he would have to wait until his investigation was sufficiently advanced and he had gathered enough evidence to actually file an application in the main action. He is asking for this power so that he need not wait until he has gathered all the evidence. It is not a question of how long it takes him to get before the tribunal.

**The Chairman:** Same evidence, same test he needs anyhow?

La Chambre de commerce fait remarquer également que le libellé actuel de l'article 103.3 n'oblige pas le Tribunal, lorsqu'il prolonge l'ordonnance au-delà de 80 jours, à déterminer s'il existe des motifs suffisants justifiant la délivrance de l'ordonnance. Cette échappatoire doit être éliminée et le Tribunal doit être tenu d'établir si la concurrence continue d'être compromise.

La Chambre de commerce recommande respectueusement que le projet de loi 103.3(5.3) soit modifié de manière, premièrement, à faire en sorte que le commissaire démontre que les renseignements nécessaires à l'enquête n'ont pas été fournis par la personne visée par l'ordonnance et, deuxièmement, à réitérer nouveau le critère visant à établir si la concurrence risque d'être sérieusement compromise et, par conséquent, que les circonstances ayant justifié la délivrance de l'ordonnance provisoire continuent d'exister avant de prolonger cette ordonnance au-delà de 80 jours.

Au lieu de vous lire ces passages assez longs de notre mémoire, je me permets de vous demander de vous y reporter.

En conclusion, nous sommes très reconnaissants d'avoir eu la possibilité de présenter ces observations et nous envisageons avec enthousiasme de travailler effectivement avec le comité, le ministre ou le Bureau de la concurrence pour améliorer la Loi sur la concurrence et assurer qu'elle renferme les outils nécessaires pour que les entreprises canadiennes continuent à profiter des avantages découlant d'un marché concurrentiel.

**Le président:** J'aimerais obtenir une précision de votre part à titre d'avocate. Vous avez parlé d'une situation d'urgence qui justifierait que le commissaire obtienne une injonction immédiatement. Combien de temps un avocat normal dans un tribunal normal met-il à obtenir une injonction? Quel est le délai prévu à cet égard?

**Mme Hutton:** Il faut normalement introduire une instance pour obtenir une injonction. Il faudrait présenter une requête demandant la délivrance d'une injonction.

**Le président:** Il faut le faire devant un tribunal.

**Mme Hutton:** Oui.

**Le président:** Très bien.

**Mme Hutton:** Pour ce qui est de la procédure, le délai pour la délivrance d'une ordonnance est celui qui est nécessaire pour constituer un tribunal. On ne peut pas constituer un tribunal en trois secondes, mais on pourrait le faire dans un jour ou deux.

**Le président:** Est-ce un pouvoir dont le commissaire a besoin? C'est ce que souhaite savoir le comité.

**Mme Hutton:** La raison pour laquelle il veut ce pouvoir, c'est qu'il devrait autrement attendre que son enquête soit suffisamment avancée pour qu'il ait recueilli les renseignements voulus pour présenter une requête dans l'instance principale. Il réclame ce pouvoir pour ne pas devoir attendre qu'il ait recueilli tous les renseignements voulus. Ce n'est pas que le Tribunal met trop de temps à rendre l'ordonnance.

**Le président:** Il faut recueillir les mêmes renseignements et satisfaire au même critère, n'est-ce pas?

**Ms Hutton:** No. To file the main application, he would need evidence of a substantial lessening or prevention of competition, which is different from potential harm to competition that the tribunal cannot remedy.

**Mr. Garth Whyte, Senior Vice-President, National Affairs, Canadian Federation of Independent Business:** On behalf of the 102,000 small- and medium-sized enterprises owners across Canada who the Canadian Federation of Independent Business represents today, we want to thank the committee for allowing us to appear today to talk about the Competition Act.

The purpose of our presentation is threefold. First, we want to talk about the importance of small and medium-sized enterprises in the Canadian economy; second, we will describe the long-standing concerns of our members with respect to the Competition Act; and, third, we will outline the main reasons for our support for Bill C-23 — specifically the changes relating to limited right of private access, which we support. Our presentation is based on surveys and comments from our members across the country.

Small- and medium sized businesses play an important role in Canada's economy. Of the approximately 1 million businesses in Canada, over three-quarters employ five or fewer people, and over 95 per cent of businesses have less than 50 employees.

We also want to address the question as to why policy changes are being looked at and why we need to change the Competition Act. Our economy has changed. The share of total employment by small- and medium-sized enterprises, SMEs, and its importance to the Canadian economy has been steadily growing over the years. Today, small and medium-sized enterprises account for 50 per cent of the GDP, over 50 per cent of total employment and virtually all the new jobs being created in last several years.

Small businesses not only play a major role in job creation and economic growth, they are also a major contributors to their communities' well-being. However, to fulfil their role, SMEs need not only fair rules of competition but also fair and efficient redress process.

The stated purpose of the Competition Act is to maintain and encourage competition in Canada to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy to ensure, among other things, that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy to provide consumers with competitive prices and product choices.

CFIB has repeatedly pushed over the years for review of the Competition Act to address its apparent inability to deliver on its intended purpose, which is to enforce fair rules of competition while not impeding the dynamic nature of the Canadian economy. We have also seen in recent years industry and

**Mme Hutton:** Non. Dans l'instance principale, il lui faudrait recueillir suffisamment de renseignements pour prouver que la conduite aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, ce qui n'est pas la même chose que de prouver qu'un tort peut être causé à la concurrence auquel le Tribunal ne pourra pas remédier.

**M. Garth Whyte, premier vice-président, Affaires nationales, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante:** Au nom des 102 000 propriétaires de petites et moyennes entreprises au Canada qui sont membres de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, nous remercions le comité de nous avoir invités aujourd'hui afin de discuter des modifications proposées à la Loi sur la concurrence.

L'objectif de notre exposé d'aujourd'hui comporte trois volets. D'abord, nous voulons brièvement parler du rôle que jouent les PME dans l'économie canadienne, deuxièmement, nous allons présenter certaines des préoccupations de longue date de nos membres quant à la Loi sur la concurrence et, troisièmement, nous allons préciser les raisons majeures pour lesquelles nous soutenons pleinement le projet de loi C-23, et plus précisément les modifications concernant le droit limité à l'accès privé, que nous appuyons. Notre exposé se fonde sur des enquêtes et sur les commentaires recueillis auprès de nos membres au Canada.

Les petites et moyennes entreprises jouent un rôle important dans l'économie du Canada. Sur environ un million d'entreprises canadiennes, plus des trois quarts emploient cinq personnes ou moins, et plus de 95 p. 100 des entreprises ont moins de 50 employés.

Nous voulons aussi examiner les raisons pour lesquelles on envisage de modifier la politique et pourquoi il faut changer la Loi sur la concurrence. Notre économie a évolué. La part de l'emploi total des PME ne cesse d'augmenter au fil des ans. Aujourd'hui, ces petites et moyennes entreprises représentent 50 p. 100 du PIB, et plus de 50 p. 100 de l'emploi total et la quasi-totalité des nouveaux emplois créés ces dernières années.

Non seulement les PME jouent un rôle majeur dans la création d'emplois et la croissance économique, mais elles contribuent grandement au bien-être de leur collectivité. Cependant, pour bien remplir leur rôle, ces PME requièrent non seulement des règles de concurrence justes mais aussi un processus juste et efficace de réparation.

Le but convenu de la Loi sur la concurrence consiste à maintenir et à encourager la concurrence au Canada afin de promouvoir l'efficacité et l'adaptabilité de l'économie canadienne, dans le but d'assurer notamment que la petite et moyenne entreprise a une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

La FCEI demande depuis des années l'examen de la Loi sur la concurrence afin de remédier à son incapacité apparente d'atteindre le but visé, c'est-à-dire appliquer des règles de concurrence justes sans nuire à la nature dynamique de l'économie canadienne. De plus, ces dernières années, l'industrie

consumer groups turn to provincial governments for help as a result of perceived lack of effectiveness of the Competition Act. CFIB made several representations to boards of inquiry into the issue of gasoline pricing, for example, set up both by the Quebec and New Brunswick governments.

In 1999, we surveyed members across Canada on the issue of whether the federal government should strengthen the Competition Act. Of the 8,700 respondents who had an opinion, 64 per cent said yes and 35 per cent said no. CFIB wrote to the House Standing Committee on Industry, Science and Technology in April 1999 to express support for Bill C-235, sponsored by Member of Parliament Mr. Dan McTeague, which sought to strengthen the predatory pricing provisions of the Competition Act. We commended the House Standing Committee at that time for its decision to take a closer look at the Competition Act and its enforcement.

Subsequently, a series of studies was commissioned by the Competition Bureau. In the Van Duzer Report, which looked into the effectiveness of the Competition Act and the performance of the bureau, the authors pointed out that over a five-year period, the Competition Bureau had received 931 complaints about alleged unfair pricing practices, but that very few had been the subject of formal inquiries and even fewer were the subject of litigation. In fact, out of 931 complaints, there were only three formal enforcement proceedings.

It is impossible to determine how many businesses have refrained from complaining to the Competition Bureau, believing that it is a waste of time or out of fear of retaliation from the sources of unfair competition. However, anecdotal evidence heard by the Canadian Federation of Independent Business, CFIB, over the years, tells us that this is a significant problem.

The Van Duzer Report also highlighted the need for more jurisprudence. The authors pointed out that some minimum number of formal enforcement proceedings is essential to private sectors to attach any credibility to the Competition Bureau and hence be motivated to comply with the law.

**Mr. André Piché, Senior Policy Analyst, National Affairs, Ottawa, Canadian Federation of Independent Business:** We know of independent gas retailers who had to subsidize operations with significant injections of capital just to survive the effects of eroding price margins imposed by their wholesalers. Another example is independent auto-glaziers who had to seek an invoice number from a national competitor before initiating work on an insurance claim. These independent operators have to forward their invoice to their competitor who discounts it by up to 40 per cent before sending the invoice to the insurance company. The cheque then comes back to the competitor who takes a \$15 administration fee and eventually pays the independent operator's invoice.

A retail grocery chain in the Annapolis Valley of Nova Scotia was driven out of business through predatory pricing. This was the result of a combination of predatory pricing and control of the

et des groupes de consommateurs se sont adressés aux gouvernements provinciaux pour obtenir de l'aide en raison du manque d'efficacité de la Loi sur la concurrence. La FCEI a présenté plusieurs exposés à des commissions d'enquête sur la question du prix de l'essence mis en place par les gouvernements du Québec et du Nouveau-Brunswick.

En 1999, nous avons mené un sondage auprès de nos membres pour déterminer si le gouvernement fédéral devrait ou non renforcer la Loi sur la concurrence. Sur les 8 700 répondants ayant une opinion, 64 p. 100 ont dit oui et 35 p. 100 ont dit non. La FCEI a écrit au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie en avril 1999 pour faire part de son soutien au projet de loi C-235, parrainé par le député Dan McTeague, qui visait à renforcer les dispositions de la loi sur l'établissement de prix abusifs. Nous avons félicité le comité à ce moment-là pour sa décision d'examiner la Loi sur la concurrence et sa mise en application.

Par la suite, le Bureau de la concurrence a commandé une série d'études. Dans le rapport Van Duzer, qui examinait l'efficacité de la Loi sur la concurrence et le rendement du Bureau, les auteurs font remarquer que, sur une période de cinq ans, le Bureau de la concurrence a reçu 931 plaintes sur de supposées pratiques d'établissement des prix injustes, mais que très peu ont fait l'objet d'une enquête officielle et qu'un nombre encore moindre ont fait l'objet d'un litige. En fait, pour les 931 plaintes, il y a eu trois procédures officielles d'application.

Il est impossible de déterminer combien d'entreprises ont préféré ne pas déposer de plainte auprès du Bureau de la concurrence, estimant que c'était une perte de temps ou par crainte de représailles de la part des concurrents visés. Cependant, selon les informations recueillies par la FCEI au fil des ans, c'est un problème sérieux.

Le rapport Van Duzer met également en lumière la nécessité d'une plus grande jurisprudence. Les auteurs indiquent qu'un nombre minimal de procédures officielles d'application est essentiel si l'on veut que le secteur privé accorde une certaine crédibilité au Bureau de la concurrence et soit donc incité à respecter la loi.

**M. André Piché, analyste principal des politiques, Affaires nationales, Ottawa, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante:** Nous connaissons des gérants de stations d'essence indépendantes qui ont dû injecter des capitaux considérables dans leur entreprise uniquement pour survivre à l'érosion de leur marge bénéficiaire imposée par les grossistes. Il y a aussi l'exemple des vitriers d'automobile indépendants qui devaient rechercher un numéro de facture d'une concurrence nationale avant de commencer à travailler sur une réclamation d'assurance. Ils devaient ensuite transmettre leur facture au concurrent, qui la réduisait jusqu'à 40 p. 100 avant de l'envoyer à la compagnie d'assurances. Le chèque était émis au concurrent, qui prélevait des frais administratifs de 15 \$ pour ensuite payer la facture du vitrier.

Une chaîne d'épicerie dans la vallée d'Annapolis en Nouvelle-Écosse a fait faillite en raison de l'établissement de prix abusifs. Cette chaîne a dû fermer ses portes en raison des prix

wholesale market by the two largest supermarket chains in the region. These types of pressures have also affected other small grocery chains, such as Capitol Stores in the Halifax region.

[*Translation*]

Nova Scotia greenhouse operators provided examples of price intimidation and dumping on the part of local dominant retailers, which resulted in a reduction in the number of greenhouse operators in the province from 16, five years ago, to 7 as of June of this year. For instance, you would have a large producer in Ontario with an order for 100 tonnes of tomatoes for the Boston market. In order to ensure the best quality, 120 tonnes would be produced with the remaining 20 tonnes dumped in the Nova Scotia market.

Last fall, the CFIB contributed to an issue being dealt with by the Competition Bureau regarding the acquisition of Multi-Marque by Canada-Bread. Without any intervention, this would have led to a control of 90 per cent of the Atlantic Canada market, with the remaining 10 per cent divided among several small players. Following an extensive review by the Competition Bureau, market shares were divested to some other players and minimal level of competition was maintained.

More recently, some foreign manufacturers of printing equipment have been trying to squeeze out Canadian small and medium-sized businesses that remanufacture printing supplies such as ribbons, toner cartridges and ink jet cartridges. These SMEs have created 5,000 direct and indirect jobs in Canada and saved through recycling 3,200 tonnes of plastic and metal last year.

The Competition Bureau has limited resources, as the Commissioner pointed out in his presentation to the House Standing Committee on Industry, Science and Technology last fall, and the Bureau has to give priority to issues of national importance, such as merger proposals in the banking sector or air transportation sector. Hence the need to give SMEs an alternate process to get redress.

[*English*]

Late last fall, CFIB surveyed its members across Canada about whether individuals or businesses should have the direct access to the Competition Tribunal. Of the 13,500 business owners who responded, 50 per cent said, yes; 17 per cent said, no; and 33 per cent were either undecided or had no interest in the question. The results are in graph 3 of the presentation and we can provide more details upon request.

In conclusion, we believe that the proposed amendments are a step in the right direction to improve the fairness and effectiveness of the Competition Act. With respect to the private right of access, we strongly support the proposal. The amendment will ultimately benefit both large and small businesses because it will help clarify certain aspects of the law for all. There is little jurisprudence regarding reviewable matters under the

abusifs et du contrôle du marché de gros par les deux plus grosses chaînes de supermarchés de la région. Ce type de pressions a aussi touché d'autres petites chaînes d'épicerie, notamment Capital Stores dans la région de Halifax.

[*Français*]

Les serristes de la Nouvelle-Écosse ont fourni des exemples d'intimidation et de dumping de la part des détaillants locaux dominants, ce qui a entraîné la diminution du nombre de serristes de 16, il y a cinq ans, à sept en juin de l'année passée dans cette province. Par exemple, un important producteur de l'Ontario doit livrer 100 tonnes de tomates au marché de Boston. Dans le but d'assurer la qualité du produit, il produit 120 tonnes, et offre les 20 tonnes restantes à un prix abusif en Nouvelle-Écosse.

L'automne passé, la FCEI a travaillé sur une affaire soumise au Bureau de la concurrence quant à l'acquisition de Multi-Marque par Canada-Bread. S'il n'y avait pas eu d'intervention, cette transaction aurait permis à cette société de contrôler 90 p. 100 du marché au Canada atlantique, les 10 p. 100 restants étant partagés entre divers petits joueurs. Après un examen approfondi par le Bureau de la concurrence, des parts de marché ont été cédées aux autres joueurs et une concurrence minimale a été maintenue.

Finalement, des fabricants étrangers d'équipement d'impression tentent d'étouffer les petites et moyennes entreprises canadiennes qui remettent à neuves des fournitures d'impression comme des rubans, des cartouches de toner et des cartouches d'encre. Ces PME ont créé 5 000 emplois directs et indirects au Canada et ont permis de recycler 3 200 tonnes de plastique et de métal l'année dernière.

Le Bureau de la concurrence dispose de ressources limitées, comme l'a rappelé le commissaire lors de sa présentation au Comité permanent de l'Industrie, de la science et de la technologie et il doit traiter des questions d'importance nationale en priorité, par exemple les fusions proposées dans le secteur bancaire ou l'industrie aérienne. Il faut donc établir d'autres façons pour les PME de se faire entendre.

[*Traduction*]

À la fin de l'automne dernier, la FCEI a fait un sondage auprès de ses membres à travers le pays sur la question suivante: les particuliers ou entreprises devraient-ils avoir directement accès au Bureau de la concurrence? Sur les 13 500 propriétaires d'entreprises qui ont répondu au sondage, 50 p. 100 ont dit oui, 17 p. 100 ont dit non et 33 p. 100 n'avaient pas d'opinion ou n'avaient pas d'intérêt pour cette question. Vous trouverez ces résultats au graphique 3 de notre document et nous pouvons vous communiquer des renseignements supplémentaires au besoin.

En conclusion, nous croyons que les modifications proposées sont un pas dans la bonne direction, alors qu'on cherche à améliorer l'équité et l'efficacité de la Loi sur la concurrence. En ce qui a trait au droit d'accès privé, nous sommes très favorables à cette proposition. Elle profitera à la fois aux petites et aux grandes entreprises, car elle aidera à clarifier certains aspects de la loi. La jurisprudence sur les pratiques sujettes à révision en vertu de la

Competition Act. Private access will help to alleviate that problem, as was the case in Australia, the U.S. and New Zealand when private access was introduced.

We are satisfied that the proposed measures to prevent strategic litigations will prevent potential abuse because remedies available to the tribunal are in the form of an injunction as opposed to monetary damages and the award of costs.

We firmly believe that any small- and medium-sized business, whose very survival is being threatened by an unfair competitor, ought to have the right to fight back and have its day in court. We are heartened by the fact this is also the position of the Competition Commissioner and his predecessor.

Finally, with respect to the need for consensus to proceed with the private right of access, we respectfully submit that there is strong support for the proposed amendments. As our survey results clearly show, small and medium-sized business owners favour private right of access. Given the predominance of small- and medium-sized businesses in Canada we believe that strong support exists for this progressive change in the legislation. Not to proceed at this time with these amendments would be tantamount to giving veto power on matters of public interest to a few large, corporate concerns.

We believe that you have an opportunity with Bill C-23 to make a significant improvement in respect of the fairness of the workings of the Competition Act. We urge you to give it your full support.

**The Chairman:** Ms Hutton, at some time today or at a later date, could you call Mr. Kieley, who is seated on my right. The answer you gave is a little confusing, because I either posed an improper question or I did not understand the answer. However, it does not seem to square with what I am reading. Just to set the record straight, it would be helpful if both of you could discuss it so that we could issue a statement about our intent.

**Ms Hutton:** Certainly, I would be happy to do that.

**Senator Oliver:** Mr. Piché and Mr. Whyte, I gather most of your presentation was a summary of what has happened in the past, of how Mr. McTeague got his amendments into the House of Commons and of what we now have in Bill C-23 in respect of private access; and you are in agreement with that.

You said that the Competition Act should be contemporary. Would you agree to the inclusion of a clause that says that every five years, a framework piece of legislation like that must come before both Houses of Parliament for a review?

**Mr. Whyte:** If not sooner — that is a very good point.

Loi sur la concurrence est minimale. L'accès privé remédiera en partie à ce problème, comme ce fut le cas en Australie, aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande quand l'accès privé a été permis.

Nous pensons que les mesures proposées pour éviter les litiges stratégiques empêcheront les abus potentiels, car les recours utilisés par les tribunaux prendront la forme d'une injonction, et non pas celle de dommages pécuniaires et de l'allocation des dépens.

Nous sommes convaincus que toute petite ou moyenne entreprise dont la survie est menacée par un concurrent déloyal devrait avoir le droit de riposter et de se faire entendre, et nous sommes ravis de voir que cela est aussi l'avis du commissaire à la concurrence et de son prédécesseur.

Finalement, en ce qui a trait au consensus nécessaire pour accorder le droit d'accès privé, nous estimons respectueusement qu'il existe déjà une base solide de support en faveur de la modification proposée. Comme les résultats de notre sondage le montrent clairement, les petites et moyennes entreprises sont en faveur de cette modification. Compte tenu de la prédominance des petites et moyennes entreprises au Canada, comparativement aux grosses sociétés, nous croyons qu'il existe un appui très solide en faveur d'une modification à la loi. Le fait de ne pas aller de l'avant avec cette modification équivaldrait à accorder à quelques grosses sociétés un droit de veto sur les changements qui sont dans l'intérêt public.

Nous pensons que ce projet de loi vous permettra d'apporter des améliorations considérables à l'équité de la Loi sur la concurrence et nous vous pressons d'y accorder votre plein support.

**Le président:** Madame Hutton, pourriez-vous, un peu plus tard dans la journée ou un autre jour, appeler M. Kieley, qui est assis à ma droite? Votre réponse n'était pas très claire, soit parce que j'avais mal formulé ma question ou que je n'ai pas bien compris la réponse. Toutefois, elle ne semble pas concorder avec ce que je lis. Pour que les choses soient claires, il serait bon que vous en discutiez ensemble pour que nous puissions émettre une déclaration d'intention.

**Mme Hutton:** Certainement.

**Le sénateur Oliver:** Monsieur Piché et monsieur Whyte, l'essentiel de votre exposé était une récapitulation de l'évolution passée. Vous avez parlé de la façon dont M. McTeague a présenté ses amendements à la Chambre des communes et du projet de loi C-23 que nous avons maintenant et qui concerne l'accès privé; et vous êtes d'accord avec cela.

Vous avez dit que la Loi sur la concurrence devait être adaptée à l'époque contemporaine. Seriez-vous d'accord pour y inclure une clause stipulant qu'une loi-cadre de ce genre doit être réexaminée par les deux Chambres du Parlement tous les cinq ans?

**M. Whyte:** Sinon même plus souvent, oui, c'est une très bonne remarque.

**Senator Oliver:** I am a little surprised at item two in your summary where you state that to prevent strategic litigation — which is really an American concern not a Canadian concern because we have no experience with it here — you feel that there should be no award of damages. However, if a person felt aggrieved because of predatory pricing and finally came before a tribunal that agreed there was such an activity and the person suffered a great deal of monetary damages, why would award of damages not be appropriate? It is appropriate in other areas of commerce in Canada. Why do you say that?

**Mr. Piché:** We believe that the current recommendation is a good first step, and we believe that more could be done. The idea of damages may be appropriate and so that should be looked at.

**Mr. Whyte:** That is an excellent point. We were, perhaps, overcompensating for being concerned about frivolous submissions, but yes, there are some industries — not just businesses — that have been damaged. That may be something you would want to look at.

**Senator Oliver:** You were sitting there when the Canadian Chamber of Commerce made their points of view known in respect of sections 75 and 104. Those views are contrary to your position. You did not address either section 75 or section 104. I would like to here your view on their concerns.

**Mr. Whyte:** I have not seen their brief; the first statement said it all. We will back off from contesting it with the frontal attack, and we will try to water it down from behind with clauses 71(e) and 104. Whatever one they are going after, let us water down as much as we can. We trust the commission on this one. We trust the process. We think it has been working in Australia and New Zealand and we do not see the need to do that.

I am not a lawyer, but I have been involved with drafting of consumer legislation. When you add words like “significantly” without defining it, all you are doing is adding words. I do not understand why, quite frankly, other than trying to water down this whole idea of giving people a day in court.

**Senator Oliver:** I have a question for Ms Hutton. In your analysis, you are against section 104.1 as presently written. What you would like to see is 103.3.2 strengthened. Could you elaborate on that for me? Assuming that 104.1 is removed, how would you like to see 103 strengthened to ensure there is this protection?

**Ms Hutton:** Thank you for asking that. I believe section 103.3 as written is designed to extend 104.1 without changing it. That is, take it from being a special application to only one sector and make it a general application to the entire economy. There are some significant differences that the Canadian Chamber of Commerce wholeheartedly supports. That is, that 103.3 requires the commissioner to apply to the tribunal to have the order issued; he cannot issue the order himself.

**Le sénateur Oliver:** Je suis un peu étonné par le point deux de votre résumé où vous dites que pour éviter les litiges stratégiques — ce qui est plutôt une préoccupation des Américains, car nous n’avons pas cela au Canada — vous pensez qu’on ne devrait pas attribuer de dommages pécuniaires. Pourtant, si quelqu’un s’estime lésé par des prix d’éviction et fait appel à un tribunal qui conclut que c’est effectivement le cas et que cette personne a subi des torts pécuniaires importants, pourquoi ne pourrait-on pas octroyer des dommages pécuniaires? C’est normal dans d’autres secteurs du commerce au Canada. Pourquoi dites-vous cela?

**M. Piché:** Nous estimons que la recommandation actuelle est un bon premier pas et nous croyons qu’on pourrait faire plus. L’idée des dommages pécuniaires est peut-être justifiée et mériterait d’être examinée.

**M. Whyte:** C’est une excellente remarque. Nous avons peut-être tendance à réagir un peu trop au problème des requêtes frivoles, mais c’est vrai que certaines industries — pas seulement des entreprises — ont subi de graves torts. C’est peut-être quelque chose qu’il faudrait envisager.

**Le sénateur Oliver:** Vous étiez là quand les représentants de la Chambre de commerce du Canada ont présenté leur point de vue sur les articles 75 et 104. Ce point de vue est en contradiction avec le vôtre. Vous n’avez pas parlé de ces articles 75 et 104. J’aimerais savoir ce que vous pensez de leur position.

**M. Whyte:** Je n’ai pas vu leur mémoire; la déclaration initiale était explicite. Nous nous abstenons d’une contestation de front et nous essaierons d’atténuer les choses avec l’alinéa 71e) et l’article 104. Quel que soit le cas, essayons d’atténuer le plus possible les choses. Nous faisons confiance à la commission sur ce point. Nous avons confiance dans le processus. Nous pensons qu’il a bien fonctionné en Australie et en Nouvelle-Zélande et nous ne voyons pas la nécessité de faire ce genre de choses.

Je ne suis pas avocat, mais j’ai participé à la rédaction de la législation sur la consommation. Quand on ajoute des termes tels que «sensiblement» sans les définir, on ne fait qu’ajouter des mots. Franchement, je ne vois pas d’explication, sauf si c’est pour affaiblir toute cette idée de permettre aux personnes de faire appel aux tribunaux.

**Le sénateur Oliver:** J’ai une question pour Mme Hutton. Dans votre analyse, vous dites que vous êtes opposée à l’article 104.1 tel qu’il existe actuellement. Vous voudriez qu’on renforce l’article 103.3.2. Pourriez-vous m’expliquer cela un peu plus? À supposer qu’on supprime l’article 104.1, comment faudrait-il renforcer l’article 103 pour garantir cette protection?

**Mme Hutton:** Merci pour cette question. Je crois que l’article 103.3 tel qu’il est rédigé vise à élargir l’article 104.1 sans le modifier. Autrement dit, on prend une disposition qui ne s’applique qu’à un seul secteur et on l’élargit à l’ensemble de l’économie. Il y a des différences assez importantes que la Chambre de commerce approuve entièrement. Notamment, l’article 103.3 stipule que le commissaire doit présenter une demande au tribunal pour émettre l’ordonnance; il ne peut pas l’émettre lui-même.

The test for potential harm to competition, which is currently contained in section 103.3, is exactly the same, I believe. It is in slightly different format, but it is essentially the same test that is contained in the provision that applies only to airlines. It is the position of the Canadian Chamber that it is hard to conceive of any situations in which that test could not be fulfilled. Any competitive practice, whether anti-competitive or not, that makes a successful sale will, by necessity, take potential revenue away from a competitor.

It is our position that the test for harm that must be satisfied before the extraordinary measure of issuing an interim injunction — even before an application is filed with the tribunal — is actually too low in the current section 104.1 and it has been repeated in the proposed section 103.3.

**Senator Oliver:** Are you saying there is redundancy?

**Ms Hutton:** Section 104.1 will be completely replaced by section 103.3, but will remain on the books. We are suggesting that Bill C-23 could be amended by simply deleting 104.1. That would not deprive the commissioner of the power to deal with an emergency situation, be it in airlines or any other sector of the Canadian economy.

**Senator Oliver:** I would like to ask you the question I asked the other people sitting on your left. What did you think of their conclusions, where they are so much in favour of the right of private access as put in C-23? Do you have any concerns about what they had to say today?

**Mr. Ivis:** Thank you for that question. I do not know if the Chamber has concerns with what was said. Our position continues to be the same that we have held before the industry committee: That private right of access should be positioned so as to help small- and medium-sized businesses have more efficient and effective access to enforcement for competition issues.

We are not fully convinced that private right of access is the best instrument to achieve what goal. Let me underscore that we are a strong ally in ensuring small business have access to efficient and effective enforcement in competition issues.

**Senator Oliver:** Do they support the right to have direct access to the tribunal?

**Mr. Ivis:** Our concern is that that may not be the most effective instrument to achieve effective enforcement.

**Senator Oliver:** What would be most effective?

**Mr. Ivis:** If you would like to refer to our brief to the industry committee, we put forward a number of alternative approaches that may better address SME concerns.

For example, increased funding to the Competition Bureau for more effective enforcement, particularly with respect to SMEs; the possibility of creating a SME fast-track branch within the bureau that can concentrate on the concerns and complaints of the SME community; introducing a mechanism similar to the one that we understand exists in France now, whereby the bureau

Le critère du tort potentiel infligé à la concurrence, qui figure actuellement à l'article 103.3, est exactement le même à mon avis. La présentation est légèrement différente, mais c'est en gros le même critère que dans la disposition concernant les compagnies aériennes. La Chambre de commerce estime qu'il est difficile d'imaginer des situations où ce critère ne pourrait pas être établi. Toute entreprise concurrente, qu'elle ait une activité anticoncurrentielle ou non, qui réalise une vente réussie, prive par définition un concurrent d'un revenu potentiel.

Nous estimons que le critère de détermination du tort qui doit être établi avant qu'on puisse recourir à la mesure extraordinaire que constitue la délivrance d'une injonction — avant même que la requête ne soit présentée au tribunal — est trop indulgent dans l'article 104.1 actuel, et il se retrouve dans l'article 103.3 proposé.

**Le sénateur Oliver:** Vous voulez dire qu'ils font double emploi?

**Mme Hutton:** L'article 103.3 va complètement remplacer le 104.1, mais ce dernier figurera toujours dans la législation. Nous disons qu'on pourrait modifier le projet de loi C-23 en supprimant tout simplement l'article 104.1. Cela ne priverait pas le commissaire du pouvoir d'intervenir en cas d'urgence, qu'il s'agisse de compagnies aériennes ou d'un autre secteur de l'économie canadienne.

**Le sénateur Oliver:** Je voudrais vous poser la même question que celle que j'ai posée aux gens qui sont assis à votre gauche. Que pensez-vous de leurs conclusions, où ils se déclarent tellement en faveur du droit d'accès privé prévu dans le projet de loi C-23? Avez-vous des objections à ce qu'ils nous ont dit aujourd'hui?

**M. Ivis:** Je vous remercie de cette question. Je ne sais pas si la Chambre a des objections à ce qu'ils ont dit. Nous maintenons la position que nous avons toujours tenue auprès du Comité de l'industrie: le droit d'accès privé devrait être conçu de manière à permettre aux PME de faire appliquer plus efficacement les dispositions d'application de la loi en matière de concurrence.

Nous ne sommes pas totalement convaincus que le droit d'accès privé soit le meilleur instrument pour y parvenir. Je tiens cependant à souligner que nous sommes clairement les alliés des PME pour leur permettre de faire appliquer de façon efficace la législation en matière de concurrence.

**Le sénateur Oliver:** Vos membres sont-ils d'accord avec le droit d'accès direct au tribunal?

**M. Ivis:** Notre objection, c'est que ce n'est peut-être pas l'instrument le plus efficace pour bien faire appliquer la loi.

**Le sénateur Oliver:** Et quel serait l'instrument le plus efficace?

**M. Ivis:** Si vous vous reportez au mémoire que nous avons présenté au Comité de l'industrie, vous y trouverez plusieurs autres propositions de formules qui répondraient peut-être mieux aux préoccupations des PME.

Par exemple, on pourrait augmenter le financement du Bureau de la concurrence pour lui permettre de mieux faire appliquer la loi, notamment en ce qui concerne les PME; on pourrait créer un service de procédure accélérée pour les PME au Bureau de la concurrence pour examiner les problèmes et les plaintes des PME; on pourrait mettre en place un mécanisme analogue à celui qui



would be required to provide a written response explaining why it has decided not to take enforcement action in response to a complaint. This would increase the accountability and transparency of both the system and the bureau in this respect.

Finally, another possibility would be to decriminalize the provisions of the act relating to predatory pricing, price discrimination and price maintenance while reinforcing the abuse of dominance provisions by inserting an administrative fine power and lowering the anti-competitive threshold that must be satisfied to trigger the potential application of those provisions.

We believe that these approaches should be seriously considered not only as alternatives to private access, but alongside private access through a thorough consultation process where all these potential instruments could be weighed to achieve the goal of ensuring efficient access and enforcement for small businesses.

**The Chairman:** Just to clarify, in section 75 they use the words “adverse effect on competition.” You are suggesting that we stay with what the rest of the act says, which is substantial lessening of competition on which there is a body of jurisprudence. Are you able to tell us what the difference between adverse effect and substantial lessening is?

**Ms Hutton:** From my perspective as a lawyer, there is jurisprudence interpreting what substantial lessening or prevention of competition means. Without the word substantial, I am not quite sure what any adverse effect could be. That would be something the tribunal would have to create new law on. I would also suggest that the jurisprudence has established a meaning for substantial lessening or prevention of competition.

**The Chairman:** Bringing in a new expression would be a mistake?

**Ms Hutton:** That is certainly our position.

[Translation]

**Senator Poulin:** I would like to thank the representatives from the Chamber of Commerce and from the Canadian Federation of Independent Business for their excellent presentations.

It is interesting to see two associations representing Canadian businesses and taking a healthy and competitive environment to heart take a different stand on the same piece of legislation.

My question is for the representatives from the Chamber of Commerce. You stated that you were not comfortable with the amendments to Bill C-23 or to the existing competition act, because they would result in changes to the role of the commissioner as well as the tribunal.

existe actuellement en France, je crois, en vertu duquel le Bureau devrait fournir une réponse écrite expliquant pourquoi il n’a pas pris de mesures d’application en réponse à une plainte. De cette façon, on accroîtrait la reddition de comptes et la transparence du système et du Bureau.

Enfin, on pourrait aussi décriminaliser les dispositions de la loi concernant les prix d’éviction, la discrimination par les prix ou le régime de prix imposés tout en renforçant les dispositions concernant l’abus de position dominante grâce à un pouvoir d’imposer des amendes administratives et en abaissant le seuil de détermination d’un comportement anticoncurrentiel permettant de déclencher l’application potentielle de ces dispositions.

Nous pensons qu’il faudrait sérieusement envisager ces formules non seulement comme des formules de remplacement de l’accès privé, mais aussi parallèlement à la formule de l’accès privé dans le cadre d’un vaste processus de consultation où l’on pourrait soupeser tous ces instruments potentiels dans le but de permettre aux petites entreprises d’avoir le meilleur accès possible aux dispositions d’application de la loi.

**Le président:** Une petite précision. À l’article 75, on parle de «nuire à la concurrence». Est-ce que vous voulez dire qu’il faudrait conserver ce que l’on a dans le reste de la loi, c’est-à-dire une réduction sensible de la concurrence pour laquelle il existe toute une jurisprudence? Pouvez-vous nous dire la différence entre le fait de nuire à la concurrence et le fait de la réduire sensiblement?

**Mme Hutton:** En tant qu’avocate, je vous dirais qu’il y a une jurisprudence permettant d’interpréter ces deux expressions. Sans le terme sensiblement, je ne sais pas exactement en quoi peut consister le fait de nuire. Il faudrait que le tribunal légifère là-dessus. Je dirais aussi que la jurisprudence a établi un sens à la notion de réduction sensible ou d’empêchement de la concurrence.

**Le président:** Ce serait une erreur d’utiliser une nouvelle expression?

**Mme Hutton:** C’est certainement ce que nous croyons.

[Français]

**Le sénateur Poulin:** J’aimerais remercier les représentants de la Chambre de commerce et les représentants de la Fédération canadienne de l’entreprise indépendante d’avoir présenté un excellent mémoire.

Il est intéressant de voir deux associations qui représentent des entreprises canadiennes et qui ont à coeur un environnement sain et concurrentiel, prendre une position différente sur une même législation.

J’aimerais poser ma question aux représentants de la Chambre de commerce. Vous avez parlé du fait que vous n’êtes pas à l’aise avec les amendements apportés au projet de loi C-23 ou à la loi existante sur la concurrence, parce que cela changerait le rôle du commissaire ainsi que celui du Tribunal.

Did I understand correctly, Ms Hutton, that you were uncomfortable with broadening the investigative role of the commissioner and the tribunal's role as judge? I would like to know why you are uncomfortable with that.

[English]

**Ms Hutton:** That is certainly not an area of discomfort for me. I have no trouble whatsoever with section 103.3 permitting the commissioner to apply to the tribunal for an emergency interim order with respect to any aspect of the Canadian economy. Our concern was with respect to a previous version of this legislation, in which the commissioner would not have been required to apply to the tribunal for an order, but would have been allowed to issue the order of his own volition. He would be acting as investigator and adjudicator in respect of the same matter, which is an area of significant concern to us. That aspect was addressed in Bill C-23 and we have no further concern in that regard with respect to section 103.3. It continues to be the case in 104.1.

[Translation]

**Senator Poulin:** Mr. Piché, are you comfortable with the definition of the role of the commissioner and the tribunal as it appears as a result of the changes made to Bill C-23?

**Mr. Piché:** We agree with what is being proposed in Bill C-23. We do not have a problem with that.

[English]

**Senator Tkachuk:** Would the Canadian Federation of Independent Business have a problem if the provision of the act that deals with airlines applied universally to all business?

**Mr. Piché:** I do not see why not. What applies to airlines should apply to all sectors of the economy.

**Senator Tkachuk:** You could do an order without going to the tribunal and prevent someone from doing business in any sector of the economy under the provisions that exist in the bill now?

**Mr. Whyte:** If I may, Mr Chairman, we have one point. I am sitting here trying to stay calm. Business people come to us and say, "I am going under. My wholesaler is competing with me directly and is charging less than the wholesale price at which he sold it to me." They have no redress. If the Competition Bureau cannot help, where do we go? Can we go to Industry Canada, Can we go to the provinces? Some of the practices that have been happening would not be allowed in the United States or other places. Take gas prices, for example, where it is two, three or even five cents below the wholesale price.

We could go through it clause-by-clause but as long as there is a principle. It is not just one small business, it is a collection of small business owners who have come together. Do you know how hard it is to be form an association? An independent gas retailers' association formed because they felt they were being

Ai-je bien compris, madame Hutton, que vous n'étiez pas à l'aise avec le fait que le rôle d'enquêteur du commissaire serait élargi et que le rôle du Tribunal d'agir comme juge serait aussi élargi? J'aimerais comprendre pourquoi vous êtes mal à l'aise.

[Traduction]

**Mme Hutton:** Cela ne m'inquiète pas. Je ne vois aucune objection à ce que l'article 103.3 autorise le commissaire à demander au Tribunal de rendre une ordonnance provisoire à l'égard d'un secteur donné de l'économie. C'est plutôt la version précédente du projet de loi qui m'inquiétait puisque le commissaire aurait pu rendre de son propre chef cette ordonnance sans avoir à demander au Tribunal de le faire. Il aurait alors agi comme enquêteur et arbitre dans un même dossier, et cela nous inquiétait énormément. L'article 103.3 du projet de loi C-23 corrige le problème. Il en va de même de l'article 104.4.

[Français]

**Le sénateur Poulin:** Monsieur Piché, en ce qui concerne le rôle du commissaire et du Tribunal, êtes-vous à l'aise avec la définition des rôles telle qu'elle apparaît suite aux changements apportés par le projet de loi C-23?

**M. Piché:** Nous sommes d'accord avec ce qui est proposé dans le projet de loi C-23. Nous n'avons pas de problème de ce côté.

[Traduction]

**Le sénateur Tkachuk:** La Fédération canadienne de l'entreprise indépendante s'opposerait-elle à ce que la disposition qui s'applique au transport aérien s'applique de la même façon à tous les autres secteurs d'activité?

**M. Piché:** Pourquoi pas. Ce qui s'applique au transport aérien devrait s'appliquer à tous les secteurs de l'économie.

**Le sénateur Tkachuk:** Les dispositions actuelles du projet de loi permettraient d'obtenir une ordonnance sans passer par le Tribunal pour empêcher quelqu'un de s'adonner à une activité quelconque dans tous les secteurs de l'économie?

**M. Whyte:** Si vous me le permettez, monsieur le président, nous aimerions faire un commentaire. Je suis assis là et je tente de rester calme. Les gens d'affaires viennent nous dire: «je suis au bord de la faillite. Mon grossiste me fait directement concurrence et fixe des prix inférieurs au prix du gros auquel il me vend le même produit.» Nous n'avons aucun recours. Si le Bureau de la concurrence ne peut nous aider, à qui pouvons-nous nous adresser? Pouvons-nous nous adresser à Industrie Canada? Pouvons-nous nous adresser aux provinces? Certaines des pratiques dont nous sommes victimes seraient interdites aux États-Unis et ailleurs. Prenez par exemple le prix de l'essence qui est parfois de 2,3, voire 5 cents en dessous du prix de gros.

Nous pourrions dresser la liste des problèmes article par article, mais ce qui compte c'est le principe. C'est un groupe de propriétaires de petites entreprises, et pas un seul, qui font front commun. Savez-vous à quel point il est difficile de former une association? Il s'est formé une association des détaillants d'essence

crushed by the industry; an association of independent grocers formed because they felt they were being crushed by the industry. These groups are getting together and have not had a chance to have their day in court.

Another point the commissioner made was that we need to build up more up-to-date jurisprudence on how to deal with the changing economy because the fact is that now 50 per cent of the economy are from small and medium-sized enterprises. As long as these changes are in there, then we would support the bill.

**Senator Tkachuk:** What is there in this bill that increases competition outside of the fact that it makes it easier to stop what a business would consider an organization that was practising predatory pricing?

**Mr. Whyte:** I think the commissioner said it best: That they would look at limiting the bill to deal with four particular issues, one was predatory pricing — I cannot see the rest — with which we agreed. We thought those four issues were appropriate. I guess the Van Duzer report, when there were 938 cases and only three actions, spoke volumes to us. It certainly was not our members who had the three actions. You can set up all the processes you want, whether it is with internal trade or NAFTA. Small business does not go through those processes. Therefore, this will help them at least have a day in court, through organizations such as our own, and be able to go forward to the tribunal because we do not have a team of lawyers or large sums of money to do so.

**Senator Tkachuk:** The way I understand the process now is that if a business who feels it has been inappropriately dealt with in the marketplace, it can go to the department now and begin a process to get to the tribunal. There are the investigations that go on, et cetera, and it gets to the tribunal. I am trying to get at — not that I am not on the side of competition because I am; I do not like predatory pricing either — what seems to be the problem now. Is it that people had to investigate the facts, which slowed down the process — in other words, the bureaucracy itself was not very helpful to the laws that exist. Is that what the problem is?

**Mr. Piché:** In part, with today's economy, time is of the essence and this probably applies to the situation with Air Canada, for example. If Air Canada has some policies that they want to put a company under, they can do so in very little time and the process through which anyone could have recourse are lengthy. The company may not survive. The issue today is the fact that companies cannot survive very long in today's economy without having things redressed.

**Mr. Whyte:** It is not just tight selling; it is a refusal to deal, exclusive dealing and market restrictions. If I may, Mr. Chair, I would like to give an example that I know of concerning trademark legislation. It is not about competition. As some may know, independent operators Fred and Cynthia Brick owned Brick's Fine Furniture. They were sued by The Brick furniture.

indépendants parce que ces derniers avaient l'impression d'être écrasés par l'industrie; une association d'épiciers indépendants a été formée parce que ces derniers avaient l'impression d'être écrasés par l'industrie. Ces groupes se forment et n'ont pas eu la chance de présenter leur version des faits.

Le commissaire a aussi fait valoir que nous devons renouveler la jurisprudence pour qu'elle reflète mieux la nouvelle économie et notamment le fait que les petites et moyennes entreprises comptent maintenant pour 50 p. 100 de l'économie. Tant que ces changements figurent dans le projet de loi, nous l'appuierons.

**Le sénateur Tkachuk:** Qu'y a-t-il dans ce projet de loi pour accroître la concurrence à part le fait qu'il est plus facile d'empêcher une entreprise d'imposer des prix d'éviction?

**M. Whyte:** Je crois que c'est le commissaire qui l'a expliqué le mieux: qu'on tenterait de limiter la portée du projet de loi pour ne traiter que de quatre grandes questions, dont les prix d'éviction — je n'arrive pas à voir le reste — et nous sommes d'accord avec cela. Nous étions d'accord avec les quatre sujets choisis. Nous avons bien apprécié le rapport Van Duzer qui faisait état de 938 cas dont 3 seulement ont donné lieu à des enquêtes. Ce ne sont certainement pas nos membres qui les ont lancées. Vous pouvez mettre en place toutes les procédures que vous voudrez, que ce soit en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur ou l'ALENA. Les petites entreprises ne se prévalent pas de ces procédures. Ces changements leur ouvrent à tout le moins un recours par l'entremise d'organisations comme la nôtre qui les aideront à défendre leur cause devant le Tribunal même si nous n'avons pas à notre service toute une équipe d'avocats ou des ressources financières importantes.

**Le sénateur Tkachuk:** Si j'ai bien compris le déroulement de la procédure, une entreprise qui se croit victime d'agissements déloyaux sur le marché peut actuellement s'adresser au ministère pour enclencher le recours devant le Tribunal. Après enquête, le dossier est transmis au Tribunal. Je tente de bien cerner le problème tel qu'il existe maintenant — ce n'est pas que je sois contre la concurrence, loin de là; je n'aime pas non plus les prix d'éviction. Est-ce l'étape de l'enquête qui ralentit la procédure — autrement dit, les bureaucrates n'étaient pas très serviables lorsque venait le moment de faire appliquer les lois qui existent. Est-ce là le problème?

**M. Piché:** Dans une certaine mesure car, dans l'économie d'aujourd'hui, le temps est une denrée précieuse et cela s'applique sans doute aussi au cas d'Air Canada. Si Air Canada a pour projet d'éliminer un concurrent, elle peut le faire en très peu de temps tandis que les recours en exigent beaucoup. Le concurrent pourrait ne pas survivre. Le problème tient au fait que dans l'économie aujourd'hui, une entreprise ne peut pas survivre très longtemps si elle n'obtient pas un redressement très rapidement.

**M. Whyte:** Il n'y a pas que les ventes liées; il y a aussi le refus de vendre, l'exclusivité et la limitation du marché. Si vous me le permettez, monsieur le président, j'aimerais donner un exemple concernant la Loi sur les marques de commerce. Ce n'est pas un problème de concurrence. Certains d'entre vous savent peut-être que les exploitants indépendants Fred et Cynthia Brick étaient

Under the law and \$100,000 later, Fred and Cynthia won. Most businesses will disappear before that happens. The way the process is set up; right now, you need \$100,000 to get through it.

I went to the Web site of the Competition Bureau today to check out how easy it is to find out what the rules are and what you have to do. Meanwhile, you are trying to support your business and survive. I do not see this as a one-off frivolous case deal where one independent gas station or grocer comes forward. I do see it as a community of gas owners coming forward saying, "There are no longer independent gas stations in Newfoundland and there are fewer in Nova Scotia and we see it happening in Quebec. Maybe we should have a chance to go forward en masse to the tribunal to do something about this." I do not see that it is frivolous at all.

**Senator Tkachuk:** Let us go to the survey you conducted to make sure I understand it. When you surveyed your members on whether they should have direct access to the Competition Bureau, 50 per cent said yes, and you give the actual numbers in your document. How many felt that they would attempt to gain access to the Competition Bureau presently — did you ask that question?

**Mr. Whyte:** We did not ask that question. We worked with the Competition Bureau; we worked with the committee, because at the time people were saying, "No-one has asked small business." In fact, it was the Chamber that said no-one is really asking for this. We thought we would survey our members and ask the exact question and give the results to the committee. We provided a background; we outlined what supporters and opponents had said. We did not give the question a bias, we gave the background in order to gauge small business's opinion. Of course, some business people have no interest or who are undecided — it is like people unconcerned about people running through stop signs until they get hit and then they are interested." Of those who expressed an opinion, three to one were in favour of this question.

We bring to the table a significant response of 13,500 following the House of Commons committee and we are releasing it today in your committee. We are prepared to say, "Here is what small business thinks." We checked it out by sector and by each province; in every sector it was the same ratio. I thought it would be useful information for the committee on this one issue about which many other groups, predominantly big business groups, were saying there is no demand for it. We wanted to give a different point of view.

[Translation]

**Senator Hervieux-Payette:** Thank you for your presentation. My question is for the members of the Chamber of Commerce. When we adopted special legislation to allow Air Canada to

propriétaires de Brick's Fine Furniture. Ils ont été poursuivis par les magasins The Brick. Fred et Cynthia ont finalement eu gain de cause, mais cela leur avait coûté 100 000 \$. La plupart des entreprises font faillite bien avant cela. À l'heure actuelle, il en coûte 100 000 \$ pour obtenir un redressement.

J'ai visité aujourd'hui le site Web du Bureau de la concurrence pour voir s'il est facile de se renseigner sur les règles et les procédures. Pendant que la procédure suit son cours, il faut tenter de survivre et d'éviter la faillite. Je ne crois pas qu'il s'agisse d'une affaire vexatoire engagée par un détaillant d'essence indépendant ou un épicier indépendant. Il s'agit plutôt d'un regroupement de détaillants d'essence qui disent: «Il n'y a plus de détaillants d'essence indépendants à Terre-Neuve, ils sont moins nombreux en Nouvelle-Écosse et la même chose se produit au Québec.» Nous devrions pouvoir nous regrouper pour saisir le Tribunal. Je ne crois pas que cela soit vexatoire.

**Le sénateur Tkachuk:** Parlons maintenant du sondage que vous avez réalisé car je voudrais m'assurer d'avoir bien compris. Quand vous avez interrogé les membres de votre association pour savoir s'ils devraient avoir directement accès au Bureau de la concurrence, 50 p. 100 d'entre eux ont répondu oui et vous donnez le chiffre exact dans votre mémoire. Leur avez-vous demandé combien d'entre eux tenteraient de s'adresser au Bureau de la concurrence à l'heure actuelle?

**M. Whyte:** Nous n'avons pas posé cette question. Nous avons travaillé avec le Bureau de la concurrence; nous avons travaillé avec le comité car à l'époque les gens disaient: «Personne n'a demandé ce qu'en pensent les petites entreprises.» De fait, c'est la Chambre de commerce qui a dit que personne ne réclame ces changements. Nous avons donc décidé d'interroger nos membres et de leur poser directement la question afin de transmettre les résultats au comité. Nous avons expliqué la situation; nous avons présenté les arguments pour et contre. Nous n'avons pas posé une question tendancieuse, nous avons expliqué la situation afin de pouvoir connaître l'opinion des petites entreprises. Bien entendu, certains gens d'affaires se désintéressent de la question ou sont indécis — comme certains se préoccupent peu de savoir qui ne respectent pas le code de la route jusqu'à ce qu'ils soient eux-mêmes victimes d'un accident. Parmi les répondants, la proportion d'appui à cette question était de trois pour un.

Après les travaux du comité de la Chambre des communes, nous avons recueilli 13 500 réponses que nous vous présentons aujourd'hui. Nous sommes prêts à dire: «Voici ce que pensent les petites entreprises». Nous avons fait une ventilation par secteur et par province; le ratio était le même dans tous les secteurs. Il m'a semblé que le comité trouverait cette information utile puisque de nombreux autres groupes, surtout les représentants de la grande entreprise, prétendaient que personne ne réclamait ce changement. Nous voulions donner un autre son de cloche.

[Français]

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Merci pour votre présentation. Ma question s'adresse aux membres de la Chambre de commerce. Lorsqu'on a passé une loi spéciale qui permettait à Air Canada

acquire Canadian International, did you take a stand either for or against the merging of these two airline companies?

[English]

**Mr. Ivis:** I would have to go back to check on that. I do not believe we did, but I could get back to you on that question.

[Translation]

**Senator Hervieux-Payette:** Since we have such an important national carrier, it is good to know your position.

I have read through your recommendations. If the committee does not eliminate the clause that you were recommending we eliminate, considering your proposal to reduce the penalty in accordance with other legislation, would you say — even if this is not what you prefer — that the measure should apply to other sectors generally, without targeting a sector in particular? I would like to hear the Chamber of Commerce's philosophy on having a measure, in a piece of legislation, that applies solely to one sector of the economy.

[English]

**Ms Hutton:** The Canadian Chamber does not think that the Competition Act is the appropriate place to regulate any particular sector of the Canadian economy, any particular industry, be it airlines, the grocery industry, et cetera. Therefore, we would not support continual amendments to the Competition Act to deal with sector-specific regulation.

I hope that answers your question.

[Translation]

**Senator Hervieux-Payette:** Earlier, the chairman talked about a remedy via normal injunction before a civil tribunal or the possibility of going to a specialized tribunal such as the Transportation Agency. Instead of amending the Competition Act, should we take remedial measures that would prevent competition, but that would also allow for a choice in transportation in the sector itself? Would your remedy be a general civil tribunal or a specialized commission in the sector?

[English]

**Ms Hutton:** I believe our position is that the Competition Act, as amended by Bill C-23 with the addition of clause 103.3, which provides the commissioner with the power at the outset of his investigation to obtain an emergency interim injunction, provides him with the tools of general application that could be used to address and prevent anti-competitive behaviour in any industry. The definition of abuse of dominant position in clause 79 is extremely broad and it permits extension beyond the specific enumerated examples in clause 78. This provides the commissioner with adequate tools to address, on a case-by-case basis, anti-competitive behaviour that arises. Structural difficulties with particular industries are more amenable to

d'acquérir Canadien International, êtes-vous intervenus pour vous prononcer pour ou contre la fusion des deux compagnies aériennes?

[Traduction]

**M. Ivis:** Il faudra que je le vérifie. Je ne le crois pas, mais je pourrai vous donner une réponse plus précise après vérification.

[Français]

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Quand on a un transporteur national aussi important, il est bon de connaître votre position.

J'ai pris connaissance de vos recommandations. Si le comité n'éliminait pas la clause que vous recommandez d'éliminer, tout en considérant votre proposition de diminuer l'amende afin de s'adapter aux autres législations, est-ce que vous diriez — même si ce n'est pas votre préférence — que cette mesure devrait s'appliquer dans d'autres secteurs et ce, de façon générale, sans viser un secteur en particulier? J'aimerais connaître la philosophie de la Chambre de commerce sur le fait d'avoir, dans une loi, une mesure qui s'adresse à un seul secteur de l'économie.

[Traduction]

**Mme Hutton:** La Chambre de commerce du Canada ne croit pas que la Loi sur la concurrence soit le bon outil pour réglementer un secteur donné de l'économie canadienne, qu'il s'agisse du transport aérien, de l'épicerie, ou quoi encore. Par conséquent, nous n'appuyons pas la modification périodique de la Loi sur la concurrence dans le but de réglementer un secteur donné.

J'espère que cela répond à votre question.

[Français]

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Le président parlait tantôt de la question d'un remède via une injonction normale devant un tribunal civil ou la possibilité d'intervention devant un tribunal spécialisé comme, par exemple, la Commission des transports. Plutôt que de modifier la Loi sur la concurrence, devrions-nous prendre des mesures de redressement qui empêcheraient la concurrence, mais qui permettraient également d'avoir un choix dans le transport via le secteur lui-même? Votre remède serait-il le tribunal civil général ou une commission spécialisée dans le secteur?

[Traduction]

**Mme Hutton:** Nous sommes d'avis que la Loi sur la concurrence, modifiée par le projet de loi C-23, et plus particulièrement par l'ajout de l'article 103.3, lequel donne au commissaire le pouvoir d'obtenir, dès le début de son enquête, une ordonnance provisoire, ce qui lui donne un outil d'application générale qu'il peut utiliser pour empêcher ou corriger un comportement anticoncurrentiel dans n'importe quel secteur. La définition d'abus de position dominante à l'article 79 est extrêmement large et peut être élargie au-delà des exemples précis énumérés à l'article 78. Ainsi, le commissaire dispose d'outils suffisants pour interdire, au cas par cas, les comportements anticoncurrentiels, le cas échéant. Il est

being dealt with by sector-specific regulations, special purpose legislation, and that may require a particular regulator. I cannot comment on any particular industry and I do not think the Canadian Chamber necessarily has a position on a particular industry.

**The Chairman:** Does clause 103 allow the commissioner to go to the tribunal for any industry?

**Ms Hutton:** Exactly.

**The Chairman:** Does clause 104 restrict them with what some people think are horrible powers, but only for airlines?

**Ms Hutton:** That is right. Clause 104.1 permits him to issue the order himself without asking a third party.

**The Chairman:** Is that only for airlines?

**Ms Hutton:** Exactly.

**Senator Fitzpatrick:** I have a supplementary question. I heard what you said with respect to the Competition Tribunal not acting as a regulator. You commented on regulations being drafted. In the case of clause 104.1 and the airline industry, whom are you suggesting to be the regulator?

**Ms Hutton:** I do not believe we have a particular regulator in mind. The government's job is to determine that. We are not here today to express a policy on any particular industry, rather that the Competition Act is an act of general application. It applies to the entire economy; it sets the ground rules for economic behaviour that keeps the Canadian economy competitive and efficient. In a great number of industries there are rules and regulations that apply over and above the touchstone of the Competition Act, and we ought not to move the Competition Act from that position as a piece of solid framework legislation.

**The Chairman:** How about the Department of Transport as a possible answer to your question?

**Senator Fitzpatrick:** I wanted to pursue that. I think from your comments you indicated that regulation might be required and so who would be the regulator? Would it be the Department of Transport or would you have some other body? I realize you are not the government but I would like to have your view on that.

**Mr. Ivis:** I would echo what my colleague has said before, and that many industries have industry specific regulators. If there is something particular to that industry then I think it would be possibly better dealt with there, whereas the Competition Act framework legislation that is a statute of general application, it is the position of chamber that it should not be used to engage in sector-specific legislation as for a particular industry, so we do not have a position on that.

préférable de corriger les difficultés structurelles dans certains secteurs donnés au moyen de règlements applicables à ces secteurs, ou par une loi spéciale, et il faudrait peut-être alors créer un organisme de réglementation particulier. Je ne peux pas parler d'un secteur en particulier et je ne crois pas que la Chambre de commerce du Canada ait pris position sur un secteur en particulier.

**Le président:** L'article 103 permet-il au commissaire de s'adresser au Tribunal peu importe le secteur mis en cause?

**Mme Hutton:** Tout à fait.

**Le président:** L'article 104 impose-t-il des restrictions que certains jugent excessives, mais seulement pour le secteur du transport aérien?

**Mme Hutton:** C'est exact. L'article 104.1 lui permet de rendre une ordonnance de sa propre initiative sans autorisation d'un tiers.

**Le président:** Cela ne vaut que pour le transport aérien?

**Mme Hutton:** Exactement.

**Le sénateur Fitzpatrick:** J'aurais une question complémentaire. J'ai noté que vous dites que le Tribunal de la concurrence n'agit pas à titre d'organisme de réglementation. Vous avez parlé de règlements en voie d'élaboration. Dans le cas de l'article 104.1 qui s'applique au secteur du transport aérien, qui à votre avis devrait être chargé de la réglementation?

**Mme Hutton:** Je ne crois pas que nous ayons de candidats particuliers en tête. C'est au gouvernement d'en décider. Nous ne sommes pas venus aujourd'hui pour prendre position à l'égard d'un secteur particulier de l'économie mais plutôt pour réclamer que la Loi sur la concurrence soit une loi d'application générale. Elle doit s'appliquer à l'économie toute entière; elle doit fixer les règles régissant les comportements économiques dont dépendent la compétitivité et l'efficacité de l'économie canadienne. Dans un grand nombre de secteurs de notre économie, des règlements s'appliquent en sus de la Loi sur la concurrence et nous ne devrions pas faire de la Loi sur la concurrence autre chose qu'une solide loi-cadre.

**Le président:** Que pensez-vous du ministère des Transports comme réponse possible à votre question?

**Le sénateur Fitzpatrick:** J'allais y venir. J'ai cru comprendre que vous admettez qu'une réglementation puisse être nécessaire, alors à qui confier la réglementation? Est-ce que ce serait le ministère des Transports ou un autre organisme? Je sais bien que vous ne parlez pas au nom du gouvernement, mais j'aimerais savoir ce que vous en pensez.

**M. Ivis:** Je ne peux que répéter ce qu'a dit ma collègue plus tôt, à savoir que de nombreux secteurs ont leur propre organisme de réglementation. S'il y a un problème dans un secteur donné, il serait préférable que la réglementation se fasse à ce niveau-là. La Loi sur la concurrence par contre est une loi-cadre qui doit s'appliquer de façon générale. La Chambre de commerce estime qu'il ne faut pas y greffer des dispositions qui ne s'appliquent qu'à certains secteurs. En ce qui a trait à votre question, nous n'avons pas de position arrêtée.

**Senator Kelleher:** Can someone explain why there is a clause in the proposed legislation that deals specifically with the airline industry? Who prompted this, who is behind it and why is it necessary?

**Ms Hutton:** It is our position that the clause should not be there. You would have to ask the people who moved to amend the act in the first place about a year ago.

**Senator Kelleher:** As a witness, can you not suggest to us why you think this happened?

**Ms Hutton:** I could express personal views but I do not think they would be relevant to this conversation; they are certainly not to the Canadian Chamber of Commerce.

**Senator Kelleher:** They might be relevant to my question. I am not part of the airline industry. I was not involved in the consultations. I would like to know the underlying reasons for the particular clause before I decide whether I think we should or should not approve this bill. What do you think prompted this?

**Ms Hutton:** It is my belief that the commissioner supports the extension of the emergency interim power to the economy generally, and that is reflected in Bill C-23 in clause 103.3. I can only speculate that at the time when he was introducing it in clause 104.1, he saw the need first and foremost with respect to that particular industry. However, now he has requested that Parliament include clause 103.3 in this bill, which extends the emergency interim power generally and makes it applicable to the entire economy and to all sectors.

**Senator Kelleher:** Why do we single out the airline industry?

**Ms Hutton:** That is a very good point and the Canadian Chamber of Commerce would not support such a thing.

**Mr. Ivis:** That is an excellent question. We have continually advocated and held the position that there should not be sector-specific or targeted provisions in framework legislation of general application such as the Competition Act. Our position is similar to yours.

**Mr. Whyte:** Air Canada is not a member of ours. I do think it is worth looking at the commissioner's testimony to your committee when he said that, with the departure of CanJet, Royal and Canada 3000, Air Canada now accounts for approximately 80 per cent of the domestic airline market.

**The Chairman:** I am not sure that that is accurate. You should check on it. I could be wrong.

**Mr. Whyte:** I am reading what he said.

**The Chairman:** Senator Kelleher, I have the same question you do. When the government allowed these two major airlines to merge, they created a dominant airline. I am guessing that perhaps they wanted to give the Competition Bureau or the Competition Commissioner the powers to ensure that it did not get out of hand. That is a possibility.

**Le sénateur Kelleher:** Quelqu'un peut-il m'expliquer pourquoi il a dans le projet de loi une disposition qui s'applique exclusivement au secteur du transport aérien? Qui a eu cette idée, en réaction à quoi, et pourquoi est-ce nécessaire?

**Mme Hutton:** Nous sommes d'avis que cette disposition ne devrait pas figurer dans la loi. Vous devriez poser la question à ceux qui ont décidé, il y a environ un an, de modifier la loi.

**Le sénateur Kelleher:** Avez-vous une idée de ce qui a pu motiver ce changement?

**Mme Hutton:** Je pourrais vous donner un avis personnel mais je ne crois pas que ce soit pertinent; l'idée ne vient certainement pas de la Chambre de commerce du Canada.

**Le sénateur Kelleher:** Votre avis pourrait avoir un rapport avec ma question. Je ne suis pas associé au secteur du transport aérien. Je n'a pas participé aux consultations. J'aimerais savoir pour quelle raison on a ajouté cet article avant de décider si nous devrions ou non approuver ce projet de loi. À votre avis, qu'est-ce qui a motivé ce changement?

**Mme Hutton:** Je crois que le commissaire approuve l'idée d'élargir le pouvoir de rendre une ordonnance provisoire de façon à ce qu'il s'applique à tous les secteurs de l'économie, et cela se reflète à l'article 103.3 du projet de loi C-23. Je ne peux que supposer qu'au moment où il a proposé ce changement à l'article 104.1, il était d'avis que le besoin s'en faisait sentir d'abord dans ce secteur en particulier. Toutefois, il a maintenant demandé d'ajouter au projet de loi l'article 103.3 qui élargit l'application du pouvoir de rendre une ordonnance provisoire et qui le rend applicable à tous les secteurs de l'économie.

**Le sénateur Kelleher:** Pourquoi le secteur du transport aérien est-il dans le collimateur?

**Mme Hutton:** C'est une excellente question et la Chambre de commerce du Canada s'y oppose.

**M. Ivis:** C'est une excellente question. Nous avons toujours maintenu que la Loi sur la concurrence est une loi-cadre, d'application générale, et qu'elle ne doit pas renfermer de dispositions ciblées ou applicables à certains secteurs seulement. Notre position est semblable à la vôtre.

**M. Whyte:** Nous ne comptons pas Air Canada parmi nos membres. Je crois qu'il serait utile de revoir le témoignage du commissaire quand il a comparu devant votre comité. Il a dit que depuis la disparition de CanJet, Royal et Canada 3000, Air Canada contrôle maintenant environ 80 p. 100 du marché intérieur du transport aérien.

**Le président:** Je ne suis pas convaincu de l'exactitude de ce chiffre. Vous devriez le vérifier. Je me trompe peut-être.

**M. Whyte:** Je lis ce qu'il a dit.

**Le président:** Sénateur Kelleher, j'aimerais poser la même question que vous. Quand le gouvernement a permis aux deux grands transporteurs de fusionner, il a créé un transporteur aérien dominant. Je suppose qu'il a voulu donner au Bureau de la concurrence ou au commissaire le pouvoir d'empêcher les excès. C'est une possibilité.

**Senator Tkachuk:** That is hard to swallow. They gave them 85 per cent of the action and then said, “Oh, we have created a problem here, so now we have to pass legislation.”

**The Chairman:** I do not think it is anywhere near 85 per cent.

**Senator Eyton:** I think our witnesses are telling us that they cannot express an opinion on Air Canada and its importance in the market until Air Canada, as is inevitable, becomes a medium-sized business.

**The Chairman:** I thank you all for attending this afternoon. It was very interesting.

Our next witness is Stanley Wong. Mr. Wong, would you care to tell us who you are and make your opening statement, please, sir.

**Mr. Stanley Wong, Davis & Company:** I apologize for not having a written brief. I am not here to represent anyone but myself. I am a partner with the law firm of Davis & Company. I practice both in Vancouver and Toronto, and I am certainly a frequent user of Air Canada. From that perspective, I am happy to comment on airlines.

I practice principally in the area of competition law, although I do some work in the intellectual property area. I both litigate as well as advise on acquisitions and competition practices.

Prior to becoming a lawyer, I was a professor of economics for 11 years. I left that honourable profession to become a lawyer. I think my mother thought that was a fall from grace. I am immediate Past-chair of the National Competition Law section of the Canadian Bar Association. I am still on the executive, but I do not speak on behalf of the section today. The National Competition Law section will be appearing before this committee I believe on March 13.

My background in practice includes having acted for the Commissioner of Competition in the *Southam* case, which went to the Supreme Court of Canada. I speak with experience having acted for government as well the private sector, where I have acted for a range of industries, large and small.

I want to make some general comments, but I will principally focus on the context. I have said a lot of things before the Industry Committee. Mr. Conway, one of the staff members, reminded me he has read it thoroughly. I would not want to contradict myself with anything that has been written.

I will commence with the consent provisions in the proposed bill, section 105. Currently, under the Competition Act, when the commissioner and a party consent, they apply for an order before the Competition Tribunal, which was formed in 1986. At that time, when there was consent, it went before the tribunal and it would, among other things, be open to intervenors.

**Le sénateur Tkachuk:** C'est difficile à croire. Il leur a permis de contrôler 85 p. 100 du marché pour leur dire ensuite: «Ah, nous avons créé un problème et nous allons maintenant devoir légiférer».

**Le président:** Je ne crois pas que ce soit 85 p. 100, tant s'en faut.

**Le sénateur Eyton:** Je crois que nos témoins essaient de nous dire qu'ils ne peuvent pas prendre position à l'égard d'Air Canada et de son importance sur le marché jusqu'à ce qu'Air Canada ne devienne, et c'est inévitable, une entreprise de taille moyenne.

**Le président:** Je vous remercie tous d'être venus cet après-midi. La séance a été très intéressante.

Nous accueillons maintenant Stanley Wong. Monsieur Wong, pouvez-vous nous dire qui vous êtes et faire votre exposé liminaire. Allez-y, monsieur.

**M. Wong, Davis & Company:** Je m'excuse de ne pas avoir de mémoire écrit. Je comparais à titre personnel uniquement. Je suis associé du cabinet d'avocats Davis & Company. Je pratique à Vancouver et à Toronto et j'utilise souvent les services d'Air Canada. Cela étant, je me ferai un plaisir de parler des transporteurs aériens.

Je pratique surtout le droit de la concurrence bien que je travaille aussi dans le domaine de la propriété intellectuelle. Je plaide des causes et je travaille comme conseiller en matière d'acquisitions et de pratiques concurrentielles.

Avant de devenir avocat, j'ai été professeur d'économie pendant 11 ans. J'ai quitté cette honorable profession pour embrasser celle d'avocat. Ma mère a sans doute pensé que c'était une déchéance. Je suis le président sortant de la section sur le droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien. Je fais toujours partie du conseil exécutif, mais ce n'est pas au nom de la section que je vous parle aujourd'hui. La Section sur le droit de la concurrence comparaitra devant le comité le 13 mars, je crois.

Pour ce qui est de mon expérience professionnelle, j'ai représenté le commissaire de la concurrence dans l'affaire *Southam* qui a été portée devant la Cour suprême du Canada. J'ai représenté aussi bien le gouvernement que le secteur privé pour le compte de diverses entreprises, grandes et petites.

Je voudrais faire quelques observations générales, mais je me concentrerai surtout sur le contexte de cette réunion. J'ai dit beaucoup de choses devant le Comité de l'industrie. M. Conway, l'un des membres du personnel, m'a rappelé qu'il avait lu attentivement mes propos. Je ne voudrais pas que mes déclarations contredisent ce qui est inscrit noir sur blanc.

Je commencerai par les dispositions du projet de loi concernant le consentement, à l'article 105. Pour le moment, aux termes de la Loi sur la concurrence, lorsque le commissaire et une partie donnent leur consentement, ils demandent une ordonnance au Tribunal de la concurrence, qui a été constitué en 1986. À l'époque, lorsqu'il y avait consentement, l'affaire allait devant le Tribunal et le public pouvait intervenir.



The early days of the consent process were very tortuous. Some may remember that the Imperial Oil consent proceeding took longer than if it had proceeded on a contested basis. Through the passage of time, the tribunal has altered its rules and made interventions more difficult. It is at the stage now that interventions are not such a great issue.

What has caused the commissioner grief and what drives this proposal, is that he has been unhappy — and, correspondingly, the party that has agreed with the commissioner is also unhappy — that on several occasions the tribunal has rejected a consent order on the grounds, for example, that it is not enforceable. That is the background.

It is proposed that the consent process be taken out of the tribunal process in the first instance. In other words, when the commissioner and a party make an agreement — this also applies when we deal with private access with — the tribunal just has to register it. It is no more than a registry office. The tribunal does not look behind the paper.

That is terrible public policy. Let us not forget that in 1986, the competition tribunal was brought into place because there was widespread feeling that the restrictive trade practice commission had served its usefulness, and we needed an independent adjudicative body. That is what brought in the competition tribunal, which is composed of judicial and lay members. The tribunal was also to address the issue of fairness and due process and the like.

At present, the tribunal is bypassed unless there is an application at some later date to amend the order.

Contrast this with the United States. In the United States, they have the Tunney Act. This act applies to agreements made by the U.S. government. With respect to the Microsoft case, nine of 18 states, as well as the U.S. Department of Justice, have settled with Microsoft. They have applied for approval under the Tunney Act.

The test for the court is one of public interest. While that is ongoing, the nine states that have not settled are pressing ahead with litigation. The two processes will clash shortly.

The reason we had the tribunal was to act as an independent adjudicator of the process in the public interest. Wearing my private hat, if I have an agreement with the commissioner and the agreement is registered, then that is great. Wearing my public policy hat, I think that is terrible.

Next, I would like to comment on private access. One must appreciate the context of private access. Currently we have two parts to the Competition Act, the criminal and non-criminal provisions. The criminal provisions go through the courts. The non-criminal provisions or the reviewable practices or part A — all mean the same thing — go before the tribunal.

With the criminal provisions, there is a right of private access, if you will, in the ordinary courts. Section 36 of the act gives you a right of action for damages suffered, as a result of conduct

Au début, la procédure de consentement était très compliquée. Certains se souviennent peut-être que dans le cas d'Imperial Oil, la procédure de consentement a pris plus de temps que si l'affaire avait été contestée. Avec le temps, le Tribunal a modifié ses règles et rendu les interventions plus difficiles. À l'heure actuelle, les interventions ne posent pas de sérieux problèmes.

Ce qui a conduit à ce projet de loi c'est que le commissaire, de même que la partie au consentement, ont déploré qu'à plusieurs reprises le Tribunal a rejeté une ordonnance de consentement pour le motif qu'elle n'était pas applicable, par exemple. Voilà le contexte.

On propose que la procédure de consentement soit dissociée du processus du Tribunal. Autrement dit, lorsque le commissaire et une partie signe un consentement — cela s'applique également lorsqu'il est question de l'accès privé — il suffit au Tribunal de l'enregistrer. Ce n'est rien de plus qu'un bureau d'enregistrement. Le Tribunal n'examine pas le bien-fondé du document.

Il s'agit d'une politique désastreuse. N'oublions pas qu'en 1986, le Tribunal de la concurrence a été mis sur pied parce que tout le monde estimait que la Commission sur les pratiques restrictives du commerce était devenue inutile et que nous avions besoin d'un organisme d'arbitrage indépendant. Voilà ce qui a amené à la création du Tribunal de la concurrence qui est composé de juristes et de profanes. Ce tribunal devait également tenir compte de l'équité, de l'application régulière de la loi et de questions de ce genre.

Maintenant, le Tribunal n'a plus à se prononcer à moins que la modification de l'ordonnance ne soit demandée ultérieurement.

À titre de comparaison, les États-Unis ont la loi Tunney. Cette loi s'applique aux ententes conclues par le gouvernement des États-Unis. Dans le cas de l'affaire Microsoft, neuf des dix-huit États, de même que le ministère de la Justice des États-Unis, ont conclu une entente avec Microsoft. Ils ont demandé qu'elle soit approuvée aux termes de la loi Tunney.

Le tribunal doit tenir compte de l'intérêt public. Pendant ce temps, les neuf États qui n'ont pas conclu d'arrangements poursuivent l'affaire devant les tribunaux. Les deux procédures vont bientôt se téléscoper.

Nous avons constitué ce tribunal pour qu'il joue le rôle d'arbitre indépendant dans l'intérêt public. Si je signe un consentement avec le commissaire et que ce consentement est enregistré, c'est une excellente chose pour moi personnellement. Mais pour ce qui est de l'intérêt public, c'est catastrophique.

Je voudrais maintenant parler du droit d'accès privé. Il faut bien comprendre le contexte. À l'heure actuelle, la Loi sur la concurrence comporte deux parties, les dispositions pénales et non pénales. Les dispositions pénales sont du ressort des tribunaux. Les dispositions non pénales, ou encore les comportements susceptibles de poursuites en vertu du projet de loi, sont du ressort du tribunal de la concurrence.

Pour ce qui est des dispositions pénales, on a le droit d'accès privé aux tribunaux ordinaires. L'article 36 de la loi vous confère le droit d'intenter une poursuite pour les dommages subis à cause

contrary to a criminal provision. That is now available has been since 1976. The Supreme Court of Canada upheld its constitutionality in the 1980s. There have been few cases, but the landscape has changed as a result of the availability of class actions. Last Wednesday's newspaper featured a notice of an application to certify and approve a settlement with respect to the international conspiracy involving citric acid.

In Quebec, Ontario, British Columbia and Saskatchewan, the Supreme Court Canada has determined that the rules of procedure in virtually all the common law provinces provide for class action, notwithstanding the earlier jurisprudence in a case called *Naken v. General Motors*.

On the reviewable side, the commissioner bringing an application to the tribunal does not have a remedy in damages. He applies for an order asking that the merger stop, and the like. One small exception that has gone unnoticed is a provision for administrative monetary penalty with respect to advertising matters that go before the tribunal. We have a dual track. There is a criminal misleading advertising provision that goes before the courts and there is a non-criminal provision that goes before the tribunal. This provision provides for administrative monetary penalties.

There are very few countries in the world where there are criminal competition offences. The United States and Ireland have them. The U.K. has announced it will bring them in. The European Union does not.

In the international vitamins cartel, Hoffmann-La Roche of Switzerland was fined U.S. \$500 million. In Canada, they were fined Can. \$50 million. We have a lower dollar; I guess 10 per cent is the rule of thumb. That is for conspiracy. In the European Union, they have no criminal offences. Hoffmann-La Roche was initially fined 900 million euros. A euro is worth Can. \$1.40. In mitigation, the fine was reduced to 450 million euros. Hoffmann-La Roche is still a very viable business today. You can see the context; the landscape is very different.

With respect to non-criminal provisions of our act, there is no monetary penalty. Outside Canada, people do not understand why there is not a penalty. In the United States, it is called the "offence of monopolization"; in the EU, it is called "abuse of dominance." There is no reason there should not be monetary penalties. "Monetary fine" is a phrase you only use on the criminal side. A monetary payment should be extracted from the wrongdoers. There is nothing in principle.

In that context, you now see private access. In this environment, private access is about allowing a party to go to the tribunal only in limited circumstances, which are set out in sections 75, 76 and 77 of the act: Refusal to deal, market restriction, exclusive dealing and tied selling. Abuse of dominance is not contained in the act, and that is really what the non-criminal side of the act is about, other than mergers. There are

d'une conduite contraire à une disposition criminelle. Ce recours existe depuis 1976. La Cour suprême du Canada l'a déclaré constitutionnel dans les années 80. Il y a eu peu de causes de ce genre, mais la situation a changé en raison des recours collectifs. Le journal de mercredi dernier publiait l'avis d'une demande de certification et d'approbation d'entente concernant le complot international relatif à l'acide citrique.

Au Québec, en Ontario, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan, la Cour suprême du Canada a déterminé que les règles de procédure en vigueur dans pratiquement toutes les provinces où s'applique le régime de la common law permettent des recours collectifs, quelle que soit la décision rendue antérieurement dans l'affaire *Naken c. General Motors*.

En ce qui concerne les comportements qui peuvent faire l'objet de poursuites, le commissaire qui demande une ordonnance au tribunal ne peut pas demander de dommages et intérêts. Il demande une ordonnance pour empêcher une fusion, par exemple. Une petite exception qui est passée inaperçue est celle prévoyant une sanction pécuniaire administrative pour les questions de publicité qui vont devant le Tribunal. Il y a deux voies parallèles. D'une part il y a une disposition concernant la publicité trompeuse qui vont devant les tribunaux et une disposition qui relève du Tribunal de la concurrence. Ces dispositions prévoient des sanctions pécuniaires administratives.

Rares sont les pays où les comportements anticoncurrentiels constituent des infractions criminelles. C'est le cas aux États-Unis et en Irlande. Le Royaume-Uni a annoncé qu'il créerait ce type d'infraction. Il n'y en a pas dans l'Union européenne.

Dans l'affaire du cartel international des vitamines, Hoffmann-La Roche, de Suisse, a été condamnée à une amende de 500 millions de dollars US. Au Canada, l'amende imposée était de 50 millions de dollars canadiens. Notre dollar est plus faible; je suppose que nous nous contentons de 10 p. 100. C'est pour le complot. L'Union européenne ne prévoit pas d'infraction pénale. Hoffmann-La Roche a été condamnée au départ à une amende de 900 millions d'euros. Un euro vaut 1,40 \$ canadien. L'amende a finalement été réduite à 450 millions d'euros. Hoffmann-La Roche demeure une entreprise très rentable. Vous pouvez voir le contexte; la situation est très différente.

En ce qui concerne les dispositions non pénales de notre loi, il n'y a pas de sanctions pécuniaires. À l'étranger, on ne comprend pas pourquoi. Aux États-Unis, c'est ce qu'on appelle une «infraction de monopolisation»; dans l'Union européenne on appelle cela un «abus de position dominante». Il n'y a aucune raison de ne pas imposer de sanctions pécuniaires. On parle de «sanctions pécuniaires» uniquement dans les dispositions pénales. Il faudrait imposer une amende aux fautifs. Ce principe n'est pas là.

Dans ce contexte, le droit d'accès privé permet à une partie de s'adresser au tribunal mais seulement dans certaines circonstances qui sont énoncées aux articles 75, 76 et 77 de la loi: en cas de refus de vendre, de pratiques restrictives du commerce, d'exclusivité et de ventes liées. L'abus de position dominante n'est pas prévu dans la loi et, à part les fusions, c'est ce qui constitue, en réalité, les aspects non criminels de la loi. Il s'agit de trois types

basically three things. There are mergers where people wearing eyeshades in the middle of the night are making deals; there are mergers where people are making deals in public, and then there is abuse of dominance where monopoly power or dominant power is used inappropriately.

There is no provision for abuse of dominance in the current bill.

You might ask “Why not?” That is a good question. You want to ask the commissioner that.

The motivation for the current bill is that small businesses, which I have acted for, come before the commissioner saying, “Take this case on. Look what they have done to me. They have cut me off so-and-so.” The commissioner says, “I have very limited resources.” He is increasingly getting more powers, some of which he has asked for, but he has more things to do. He says, “I cannot take on cases without national significance” and that is very understandable.

This is an avenue for private parties who feel aggrieved and feel they cannot convince the commissioner to bring a case in the name of the government, if you will. Remember that all the litigant will do is step into the shoes of the commissioner and go through a number of tests. He has to seek leave from the tribunal before the case can start.

The remedies that the private litigant can get are exactly the same kind of remedies the commission can get, except that the commissioner, under this bill, will get the Air Canada penalties dealing with the administrative monetary penalty of up to \$15 million. Putting that aside, they will get exactly what the commissioner gets.

We have a rather bizarre situation. If one were to rewrite the act, one would want to provide for some monetary penalties for reviewable matters. There is nothing wrong with a party who has been aggrieved by anti-competitive conduct — whether criminal or non-criminal — saying that, as these people have been judged to have breached the Competition Act and, as a result of that bad conduct, I have suffered damages, I should be compensated. That is the way it would work.

The trouble is that we have not yet arrived at allowing the commissioner, other than in the Air Canada case, or cases of misleading advertising, to say there should be monetary awards for non-criminal conduct. The act is not designed to protect the individual or the independent small business that may be out of business for a whole host of reasons. It is designed to protect the competitive process.

That is why you hear time and again — certainly from the group that preceded me — and throughout competition law and policy debates, about protection of the competitive process and not competitors per se. The nature of the competitive process, of course, is that there are winners and losers.

With regard to section 75, I share with my colleagues their concerns about the adverse effects. In the Competition Act, there are basically two types of tests. Remember that it is not all anti-competitive conduct that you want to capture in the act. It is only

d’agissements: les fusions où vous avez des gens qui concluent des marchés au milieu de la nuit en cachant leurs yeux derrière des verres fumés; des fusions qui se transigent en public, et l’abus de position dominante dans lequel on profite indûment d’un monopole ou d’une position dominante.

Il n’y a aucune disposition dans le projet de loi en ce qui concerne l’abus de position dominante.

Il serait bon de se demander pourquoi. C’est une question que vous devriez poser au commissaire.

Si nous avons ce projet de loi c’est parce que les petites entreprises, que j’ai représentées, viennent dire au commissaire: «Voyez ce que m’a fait cette société. C’est de la concurrence déloyale.» Le commissaire leur répond qu’il dispose de ressources très limitées. Il a des pouvoirs de plus en plus importants, certains qu’il a demandé, mais il a bien d’autres choses à faire. Il leur dit qu’il ne peut pas s’occuper des affaires qui n’ont pas une importance nationale, ce qui est très compréhensible.

C’est donc là un recours pour les intérêts privés qui se sentent lésés et qui ne pensent pas pouvoir convaincre le commissaire d’intenter une poursuite au nom du gouvernement. N’oubliez pas que le demandeur va tout simplement agir à la place du commissaire et il devra démontrer que sa cause répond à certains critères. Il devra commencer par obtenir l’autorisation du tribunal.

Le demandeur privé peut obtenir exactement les mêmes réparations que la commission. Toutefois, en vertu de ce projet de loi, le commissaire pourra obtenir des sanctions pécuniaires administratives allant jusqu’à 15 millions de dollars contre Air Canada. À part cela, ce sera exactement la même chose.

Ça donne une situation plutôt bizarre. Si l’on révisait la loi, il faudrait prévoir des sanctions pécuniaires pour les comportements susceptibles de poursuites. Une partie qui a été lésée par des agissements anticoncurrentiels, qu’ils soient criminels ou non, devraient pouvoir être dédommagés des torts causés par une société dont le comportement a été jugé contraire à la Loi sur la concurrence. C’est ce que devrait prévoir la loi.

Malheureusement, sauf dans l’affaire Air Canada ou dans des cas de publicité trompeuse, nous ne permettons pas encore au commissaire de dire qu’un comportement non criminel doit donner droit à des dommages-intérêts. La loi n’est pas conçue pour protéger la personne ou la petite entreprise indépendante qui a été évincée du marché pour toutes sortes de raisons. Elle vise à protéger la concurrence.

Voilà pourquoi vous entendez constamment parler, comme l’a fait le groupe qui m’a précédé, dans tous les débats sur la loi et la politique de concurrence, du fait que l’on protège la concurrence plutôt que les concurrents comme tel. Le jeu de la concurrence veut qu’il y ait, bien entendu, des gagnants et des perdants.

En ce qui concerne l’article 75, je partage les inquiétudes de mes collègues quant à ses effets négatifs. Dans la Loi sur la concurrence, il y a en fait deux types de critères. N’oubliez pas que la loi ne veut pas s’attaquer à tout comportement

that which is substantial — which is most of the act — or unduly, which is found in the criminal provisions. There is yet another provision, section 32, which deals with IP matters.

By and large, the existing jurisprudence is all around the concept of “substantial lessening” and “unduly.” Putting “unduly” aside, “substantial lessening” is the test that is used in the United States, which test we certainly rely on in the development of our own jurisprudence, and it is a concept that the European Union will probably move toward in their laws.

With regard to adverse effects, depending upon who is paying me, I could argue that adverse effects is a higher standard than substantial lessening or that it is the other way. That is what lawyers train to do. However, as a matter of policy, I think it is bad policy. I do not know how we got there. Everyone can point fingers about who did it, but the point is that it is bad and it should be corrected.

There is one more little wrinkle here. In section 106.1 of the act, there is a provision for settlements between private parties. Section 106.1(4) says:

The consent agreement shall be registered within 30 days ...

That is to say, when you have two parties, they should be registered within 30 days. However, the French version is completely different. It reads:

Le consentement est enregistré à l'expiration d'un délai de trente jours suivant sa publication [...]

That is saying that after it is gazetted you wait 30 days and before you can register. The English version says that you can register within 30 days of publication. There is clearly a mistake here. It is not a question of reading the French and the English in order to figure it out. You cannot do that. That is a minor point.

With regard to airlines, the problem we have is that in our public policy we have chosen by and large to not regulate transport. The authority under the Transportation Act is really one of a complaints process. It is not like the old days of the Canadian Transportation Agency. The Canadian Transportation Commission is relatively inactive, with all due respect to those who know more about it than I.

Our airline situation is very complex. We are a large country with a very scattered population. We have rules about foreign ownership and we believe that every community must be served by an airline. I have sympathy with the situation in which Air Canada is placed. It has made all these arrangements to serve every small community, and it is clearly losing money. This is a problem and there is no easy solution. The problem with which we as a country are faced is that we do not want foreign ownership and that every little community must have an airline service.

anticoncurrentiel. Elle intervient seulement si la concurrence a été réduite de façon importante — ce qui représente la majeure partie des dispositions — ou indue, ce qui constitue les dispositions criminelles. Il y a une autre disposition, l'article 32, qui porte sur les brevets.

Dans l'ensemble, la jurisprudence est centrée sur le concept d'une réduction sensible et indue. Le critère utilisé aux États-Unis est celui d'une limitation importante de la concurrence. C'est le critère sur lequel se base notre propre jurisprudence et celui que l'Union européenne adoptera probablement dans ses lois.

Pour ce qui est des effets négatifs, selon celui qui me paye, je pourrais faire valoir qu'il s'agit d'une norme plus stricte qu'une réduction sensible ou l'inverse. Tel est le rôle des avocats. Toutefois, je crois que c'est une mauvaise politique. Je me demande comment nous en sommes arrivés là. Peu importe qui est le coupable, c'est répréhensible et il faudrait y remédier.

Il y a un petit défaut de plus. L'article 106.1 de la loi contient une disposition concernant les ententes entre les parties. Le paragraphe 106.1(4) est ainsi formulé:

The consent agreement shall be registered within 30 days [...]

Cela veut dire que s'il y a deux parties en cause, l'enregistrement devra être fait avant l'expiration d'un délai de 30 jours. Toutefois, la version française est entièrement différente. Elle dit ceci:

Le consentement est enregistré à l'expiration d'un délai de trente jours suivant sa publication [...]

Cela veut dire qu'une fois que le consentement a été publié dans *La Gazette du Canada*, vous devez attendre 30 jours avant de pouvoir l'enregistrer. Selon la version anglaise, l'enregistrement peut être fait dans les 30 jours suivant la publication. De toute évidence, il y a une erreur ici. Il ne s'agit pas de dire qu'il suffit de lire l'anglais et le français pour comprendre. Cela ne peut pas marcher. C'est un défaut mineur.

En ce qui concerne les transporteurs aériens, le problème est que nous avons pris la décision politique de ne pas réglementer le transport. En fait, la Loi sur les transports prévoit plutôt une procédure de plainte. Ce n'est pas comme du temps de la Commission canadienne des transports. L'Office national des transports est relativement inactif, sans vouloir insulter ceux qui connaissent le sujet mieux que moi.

La situation de nos lignes aériennes est très complexe. Nous sommes un grand pays avec une population très clairsemée. Nous avons des règles de propriété étrangère et nous croyons que chaque localité devrait être desservie par un transporteur aérien. J'ai beaucoup de sympathie pour Air Canada. Cette entreprise a pris toutes ces dispositions pour desservir toutes les petites localités et, de toute évidence, elle perd de l'argent. Cela pose un problème auquel il n'y a pas de solution toute faite. Notre problème tient au fait que nous ne voulons pas de la propriété étrangère et que chaque petite localité doit avoir son service de transport aérien.

We know that the government will never allow Air Canada to fail. It is kind of a brinkmanship game. Air Canada says, "If you do this to me, I may fail." The government would not want Air Canada to fail. It would be catastrophic. Apart from the issues I have identified, there will be issues about employment, which is, of course, not a Competition Act issue. That is another reason this should be dealt with in a different forum where all these social, political, economic and regional policies can interplay. Putting it in the Competition Act is really bad.

The commissioner himself has said that the competition situation could be solved if we allowed foreigners to set up domestic airlines. He has had a few tussles with Minister Collenette about that.

In addition to this \$15 million penalty, we have this interim order that a number of people have talked about. One must also appreciate the context of the interim order. This was brought in in Bill C-20, where the commissioner issues the order and the dominant airline — that being Air Canada — can challenge.

After that was done, there was a view that it should be generalized. In the House of Commons private members' bill there was a proposal to generalize, which had the commissioner's support. It was basically to make section 104.1 available to the rest of the non-criminal side.

After the private members' bill came out, the Commissioner of Competition retained me to advise on what I thought would be an appropriate interim order. As a term of my retainer — which I extracted from his staff — I am free to talk about the legislation. Obviously, I cannot share with you what I told the commissioner, but I can freely comment on it. I want that background to be on the record.

There are criminal provisions under the Competition Act that we will put aside. On the non-criminal side, interim powers are generally available after the commissioner has applied to the tribunal on a foreign order. That is section 104. If he has applied, he can go and get it, but he must apply first. That is, he must make a full application saying that so and so is engaging in an abuse of dominance and he wants a certain type of order.

**Senator Oliver:** Is that *ex parte*?

**Mr. Wong:** No, it is not. Once he has filed an application he goes before the tribunal on notice, and they argue it. I did that in the *Southam* case with respect to the merger. I argued that the merger must be held apart and that we must not scramble the eggs, as they say, because it will lead to difficulty for the tribunal in making a remedial order.

Section 100 of the act allows for application before an application is filed. That was only available for mergers. You could do it on an *ex parte* basis if there were exigent circumstances.

Nous savons que le gouvernement ne laissera jamais Air Canada faire faillite. C'est la politique de la corde raide. Air Canada dit au gouvernement: «Si vous m'imposez ceci ou cela, je risque de faire faillite.» Le gouvernement ne voudrait pas qu'Air Canada fasse banqueroute. Ce serait catastrophique. À part les problèmes dont j'ai parlé, il y a celui de l'emploi qui évidemment ne relève pas de la Loi sur la concurrence. C'est une raison de plus pour examiner ces questions dans une autre tribune où toutes les politiques sociales, politiques, économiques et régionales pourront intervenir. Il n'est vraiment pas souhaitable d'inscrire cela dans la Loi sur la concurrence.

Le commissaire a déclaré lui-même que le problème de la concurrence serait réglé si nous laissions des étrangers établir des lignes aériennes chez nous. Il a eu quelques prises de bec avec le ministre, M. Collenette, à ce sujet.

En plus de cette amende de 15 millions de dollars, il y a l'ordonnance provisoire dont plusieurs personnes ont parlé. Il faut également comprendre le contexte de cette ordonnance provisoire. Elle figurait dans le projet de loi C-20. Le commissaire rendait une ordonnance que le transporteur dominant — c'est-à-dire Air Canada — pouvait contester.

Ensuite, on a estimé qu'il faudrait généraliser ce principe. Le projet de loi d'initiative parlementaire de la Chambre des communes proposait de le généraliser, avec l'appui du commissaire. Il s'agissait d'étendre l'application de l'article 104.1 aux autres comportements non criminels.

Quand la Chambre a été saisie du projet de loi d'initiative parlementaire, le commissaire à la concurrence a engagé mes services pour que je lui dise quelle serait l'ordonnance provisoire à rendre. Le contrat que j'ai réussi à extraire de son personnel me permet de parler de la loi, mais je ne peux évidemment pas vous faire part de ce que j'ai dit au commissaire. Je peux toutefois formuler librement certaines observations.

La Loi sur la concurrence contient des dispositions pénales que nous laisserons de côté. Sous l'angle non pénal, une ordonnance provisoire peut généralement être rendue une fois que le commissaire a fait une demande au Tribunal à propos d'une ordonnance internationale. Cela figure à l'article 104. S'il a fait sa demande, il peut obtenir l'ordonnance, mais il doit d'abord en faire la demande. Autrement dit, il doit faire une demande en bonne et due forme disant que la société XYZ abuse de sa position dominante et qu'il veut un certain type d'ordonnance.

**Le sénateur Oliver:** S'agit-il d'une demande *ex parte*?

**M. Wong:** Non. Une fois qu'il a présenté une requête, il va la défendre devant le Tribunal. Je l'ai fait dans l'affaire *Southam* à propos de la fusion. J'ai fait valoir que la fusion devait être arrêtée et qu'il fallait éviter de brouiller les cartes parce qu'il aurait été difficile au tribunal de rendre une ordonnance correctrice.

L'article 100 de la loi autorise une ordonnance provisoire avant qu'une demande n'ait été présentée. Ce n'était possible que pour les fusions. On pouvait le faire dans les cas de demandes *ex parte* à condition que les circonstances l'exigent.

That is the background. The first to come up was the Air Canada situation. We now have that in section 104.1. Section 103.3 is really a different version of 104.1 in the sense that the commissioner cannot issue out of his own office. He must go to the tribunal to apply.

However, many of the problems with section 104 are present, and I will identify some of them. First, let us think about injunctions. Typically, an injunction is where you say that someone is about to commit an offence or to breach a contract and here is the harm that follows from which I need protection now.

You will note that in section 104, which is the post-application injunction application, you apply the normal test of interlocutory injunctions in Superior Courts. That is basically what it says. However, proposed section 103.3 is quite different. I hate to take you through the wording, but please bear with me. It is important to understand the intent of the proposed 103.3, which you can find on page 31 of Bill C-23.

Proposed section 103.3 (2) states:

The Tribunal may make the interim order if it finds that the conduct or measures could be of the type described in paragraphs (1)(a) and (b) ...

They are actually saying that an interim order prevents the continuation of conduct that could be the subject of an order, which essentially means that if this conduct could be the subject of order, then we have jurisdiction. I will return to that.

In addition, it has to make a finding about, let us put it loosely, "irreparable harm." I will return to the "harm" issue. In a typical injunction, you have to show that there is a likelihood of a breach of the act. That test is missing here. There is no requirement for the commissioner to prove that there is likelihood, whether high or low, that there will be a breach of a section of Part 8 of the act. Nothing is required. It may be buried in section 10.1(b), which says that the commissioner can initiate an inquiry if he has reason to believe that the grounds exist for making an order. That part is not subject to challenge.

Essentially, he is saying only that this type of conduct can be subject to an order, such as abuse of conduct and tied selling. Those actions could be subject to an order. That is all he has to demonstrate.

Then he has to demonstrate that injury to competition cannot be adequately remedied and then there are the "ors." The act should stop right here, but it does not. It states that a person is likely to be eliminated as a competitor or a person is likely to suffer a significant loss of market share and revenue, or suffer other irremediable harm.

Voilà le contexte. Le premier cas de ce genre concernait Air Canada. Nous retrouvons maintenant cette possibilité à l'article 104.1. L'article 103.3 est en réalité une version différente du 104.1 dans la mesure où le commissaire ne peut pas rendre lui-même cette ordonnance. Il doit transmettre la demande au Tribunal.

Néanmoins, l'article 104 continue à contenir nombre des problèmes pré-existants et je me permets de vous en citer quelques-uns. Prenons pour commencer les injonctions. Généralement, vous procédez par injonction lorsque vous dites que quelqu'un est sur le point de commettre un délit ou de rompre un contrat avec telle ou telle conséquence contre lesquelles vous avez besoin d'être protégés immédiatement.

Vous remarquerez qu'à l'article 104, qui correspond à la demande d'injonction après qu'une demande a été déposée, c'est le critère habituel des injonctions interlocutoires devant les cours supérieures qui est appliqué. C'est en gros ce que cela dit. Cependant, la proposition d'article 103.3 est assez différente. Je ne voudrais pas vous ennuyer mais je vous demande votre indulgence. Il est important de comprendre l'intention de la proposition d'article 103.3 que l'on peut trouver à la page 31 du projet de loi C-23.

La proposition de paragraphe 103.3(2) se lit comme suit:

Le Tribunal peut rendre l'ordonnance s'il conclut que le comportement ou les mesures pourraient être du type visé aux alinéas (1)a) ou b) [...]

En réalité, ce qu'ils disent c'est qu'une ordonnance provisoire interdit la poursuite d'un comportement qui pourrait faire l'objet d'une ordonnance, ce qui pour l'essentiel signifie que ce comportement pourrait faire l'objet de l'ordonnance ce qui confère la juridiction. J'y reviendrai.

De plus, il faut déterminer qu'il y a, disons, «des dommages irréparables». Je reviendrai à cette notion de «dommages» dans une injonction, généralement, il faut démontrer la vraisemblance d'une atteinte à la loi. Ici, il n'en est pas question. Le commissaire n'a pas à prouver qu'il y a vraisemblance, qu'elle soit forte ou faible, d'atteinte à un article de la partie VIII de la loi. Il n'y est pas tenu. Cette notion est peut-être cachée quelque part dans l'alinéa 10.1b) qui dit que le commissaire peut ordonner une enquête s'il a des raisons de croire qu'il y a des motifs de rendre une ordonnance. Il n'y a pas de contestation possible.

Pour l'essentiel, il dit que seul ce type de comportement peut faire l'objet d'une ordonnance dans les cas de comportements abusifs ou de ventes liées, par exemple. Ces actes pourraient faire l'objet d'une ordonnance. C'est tout ce qu'il a à démontrer.

Il doit ensuite démontrer que la concurrence subira vraisemblablement un préjudice auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier et cela devrait s'arrêter là. Mais la loi ne s'arrête pas là elle va plus loin. Elle ajoute d'autres cas, qu'à défaut d'ordonnance un compétiteur sera vraisemblablement éliminé; qu'une personne subira vraisemblablement une réduction importante de sa part de marché, une perte importante de revenu ou des dommages auxquels le Tribunal ne pourra adéquatement remédier.

Remember, it protects the competitive process. If there are only two competitors, then you will certainly lead to a serious loss of competition if you eliminate one competitor. However, if there are 50 competitors, losing one competitor may be because that competitor was incompetent in the marketplace. It is completely redundant if you are faithful to the concept of protecting competition.

There is a need for an interim order power — pre-application — that is, to apply for an interim order, but this is not the right one, in my view.

**Senator Tkachuk:** Are you referring to section 104?

**Mr. Wong:** I refer to both section 104 and proposed section 103.

**Senator Tkachuk:** In answer to my first question, in other words, do you want the elimination of 104 and 103?

**Mr. Wong:** Nobody has asked me to rewrite the act, but if you were asking me what I would like to see happen, I believe that there should be one provision for this issue. I would recommend that you take 100, which is currently only available for mergers, and generalize it to include all parts of the jurisdiction of the tribunal. That is what I would do. We are far too detailed.

One observation: unlike the United States, which rarely amends their antitrust statutes, we seem to have a habit of amending everything. Each time there is an unhappy result in the courts or the tribunal, we try to amend it. It makes it increasingly difficult to read and to figure out. You almost feel that we should start over and rewrite the act.

**Senator Tkachuk:** What is the relevance of the commissioner's proposition that because the airline industry is specific in its nature? We have also heard the stories about the cable industry, which is so unique compared to other industry that it needs the unrestrained power to move at will against a dominant carrier.

**Mr. Wong:** If that is the case, the commissioner can apply to the tribunal. I heard an earlier question: How fast can you go in the tribunal? You can go as fast as you are prepared to pay for. We have injunctions all the time in the civil courts, and it can be done within hours. There is no reason why you should not go before an independent, adjudicative body. I am not here to defend the tribunal; rather I am trying to defend the process we have.

**Senator Tkachuk:** The act bypasses the process in the name of expediency or efficiency.

**Mr. Wong:** Section 104.1 clearly does that. Proposed section 103.1 looks like it would repair some of the deficiencies of section 104.1 but there are some serious flaws, which I have just identified.

N'oubliez pas que c'est le principe de concurrence qu'il s'agit de protéger. S'il n'y a que deux concurrents, il est évident que l'élimination d'un concurrent entraîne automatiquement une perte sérieuse de concurrence. Par contre, s'il y a 50 concurrents, c'est son incompetence qui peut être la cause de l'élimination d'un concurrent. Si l'objectif est la fidélité au concept de protection de la concurrence, c'est absolument superflu.

Un pouvoir d'ordonnance provisoire, soit la possibilité de faire une demande d'ordonnance provisoire, est indispensable, mais à mon avis, ce n'est pas le bon.

**Le sénateur Tkachuk:** C'est l'article 104 que vous citez?

**M. Wong:** Je me réfère à la fois à l'article 104 et à la proposition d'article 103.

**Le sénateur Tkachuk:** En d'autres termes, pour répondre à ma première question, voulez-vous éliminer le 104 et le 103?

**M. Wong:** Personne ne m'a demandé de réécrire la loi, mais si vous me demandiez ce que j'aimerais, je crois qu'il ne devrait y avoir qu'une disposition pour régler cette question. Je recommanderais de prendre l'article 100, qui ne s'applique pour le moment qu'aux fusions et de le généraliser pour y inclure tous les champs de juridiction du tribunal. C'est ce que je ferais. C'est beaucoup trop détaillé.

Une observation: contrairement aux États-Unis qui modifient rarement leur législation antitrust, nous semblons avoir pris l'habitude de tout modifier. Chaque fois qu'un tribunal ou une cour rend un jugement déplaisant, nous essayons de modifier la loi. Ainsi, il est de plus en plus difficile de s'y retrouver et on a quasiment le sentiment qu'il faut à chaque fois repartir à zéro et réécrire la loi.

**Le sénateur Tkachuk:** En quoi la proposition du commissaire est-elle pertinente étant donné la spécificité de l'industrie du transport aérien? On nous a également parlé de la câblodistribution qui ne ressemble à aucune autre industrie, à tel point, nous a-t-on dit, qu'il faudrait lui donner pleins pouvoirs pour qu'elle puisse s'opposer à un diffuseur dominant.

**M. Wong:** Si c'est effectivement le cas, le commissaire peut s'adresser au tribunal. J'ai déjà entendu demander dans quel délai est-il possible de saisir le Tribunal. Tout dépend du prix que vous êtes prêt à payer. Les tribunaux civils reçoivent sans cesse des demandes d'injonction et cela peut se faire en quelques heures. Il n'y a aucune raison de ne pas saisir un organisme indépendant, un organisme d'arbitrage. Je ne suis pas ici pour défendre le Tribunal, mais bien pour défendre le processus existant.

**Le sénateur Tkachuk:** Mais la loi passe outre au processus pour des raisons d'efficacité ou de commodité.

**M. Wong:** C'est ce que dit clairement l'article 104.1. La proposition de l'article 103.1 donne un peu l'impression de vouloir rectifier les lacunes de l'article 104.1, mais il y a en l'occurrence des carences graves dont je viens d'ailleurs de vous parler.

**Senator Hervieux-Payette:** Since you know the act very well, I would be interested in having your proposed remedy in writing, because you said that you did not want to contradict yourself. It would be useful for us to have your version of the remedy, unless you claim that the previous act is perfect.

**Mr. Wong:** Would the beginning of next week be soon enough?

**Senator Hervieux-Payette:** Yes, if my colleagues agree to that.

**Mr. Wong:** I can send that to the members of the committee, who can accept it or reject it.

**Senator Hervieux-Payette:** It would be useful for us to make comparisons. Of course, because of your experience, we would probably regard this as something quite useful. I thank you for this because I know that, as an ordinary citizen you take your own time and money to appear before the committee and that as a lawyer, you would usually work for a client. I do appreciate your time and it is a good civil gesture on your part to assist our committee.

**Senator Kelleher:** You do not seem to be as reluctant about expressing opinions as the former witnesses so I will put this question again to you. Why has the airline industry been singled out in this act, and, depending upon your answer, is it necessary or should it apply to all types of anti-competitive behaviour?

**Mr. Wong:** I have the luxury of reading the transcript. I believe that you and other senators asked on March 5 and 6 questions about each industry being a special case. Each industry is a special case, and I am not diminishing the fact. The problem, as I said earlier, is that in our transport policies put us in an impossible situation. You could have the regulation of airlines and put it in the transport commission, but the government chose not to do that. Therefore, we have the commissioner to deal with certain issues when the real solution, in the commissioner's view — and I agree with him — is such that we are no longer in a world where you have to own an airline to be a real country.

At one time, you had to own your steel mills. It is not a matter of national pride to have to have your own airline. I hope the strength of our country is more than owning airlines, railways and the like. However, we have decided that is the only way to operate, and that is why we are in this awkward situation. There is a movement to deregulate, generally, throughout western industrialized countries.

Contrast that with the fact that we are a small country with a sparse population that cannot let an airline fail. On the other hand, consumers are complaining that they are paying too much

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Comme vous connaissez fort bien la loi, j'aimerais beaucoup avoir par écrit votre proposition de solution étant donné que vous nous avez dit que vous ne vouliez pas vous contredire. Il nous serait utile d'avoir votre version de la solution, à moins bien sûr que vous ne prétendiez que la loi précédente était déjà parfaite.

**M. Wong:** Le début de la semaine prochaine vous conviendrait-il?

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Oui, si mes collègues y consentent.

**M. Wong:** Je pourrais envoyer ce texte aux membres du comité, libre à eux de l'accepter ou de le refuser.

**Le sénateur Hervieux-Payette:** Cela nous permettrait utilement de faire des comparaisons. Bien entendu, en raison de votre expérience, nous allons probablement juger que cette solution nous est utile. Je vous en remercie parce que je sais que vous êtes un simple citoyen et que vous comparez devant le comité à vos propres frais et sur votre propre temps alors qu'en votre qualité d'avocat, j'imagine qu'en temps normal vous travailleriez pour un client. Je vous sais gré de nous accorder ainsi votre temps, c'est fort civique de votre part de venir ainsi aider le comité.

**Le sénateur Kelleher:** Vous ne semblez pas hésiter autant à exprimer une opinion que les autres témoins, et c'est la raison pour laquelle je vais vous poser cette question. Pourquoi l'industrie du transport aérien a-t-elle été ainsi mise en exergue dans la loi et, selon la réponse que vous allez donner, cela est-il vraiment nécessaire ou faudrait-il faire la même chose pour tous les types de comportements anticoncurrentiels?

**M. Wong:** J'ai eu le luxe de pouvoir lire la transcription de vos travaux et si je ne me trompe pas, les sénateurs ont posé des questions les 5 et 6 mars au sujet précisément du fait que chaque industrie est un cas d'espèce. Chaque industrie est effectivement un cas d'espèce, je n'en disconviens pas. Le problème, comme je l'ai déjà dit, c'est que nos politiques en matière de transport nous mettent dans une situation intenable. Il est certes possible de réglementer le transport aérien et de le faire relever de la commission, mais ce n'est pas ce que le gouvernement a fait. Par conséquent, il y a le commissaire qui est appelé à entendre de certaines questions alors que la véritable solution, à son avis du moins — et je suis d'accord avec lui — c'est que dans le monde actuel, il n'est plus nécessaire d'avoir une compagnie aérienne pour être un véritable pays.

Jadis, il fallait qu'un pays ait une sidérurgie. Avoir une compagnie aérienne n'est pas une question de fierté nationale. J'espère à tout le moins que la puissance d'un pays ne se mesure pas seulement au fait qu'il possède des compagnies aériennes ou des chemins de fer. Par contre, nous avons décidé que c'était la seule manière possible de fonctionner, et c'est la raison pour laquelle nous nous trouvons dans cette situation baroque. Tous les pays occidentaux industrialisés sont actuellement en mode général de déréglementation.

En comparaison, nous sommes un petit pays dont la population est dispersée et nous ne pouvons pas laisser une ligne aérienne disparaître. En revanche, les consommateurs se



or that the service is declining, which is inevitable. That is because no one is keeping them on their toes. I certainly know that from all the flying I have done over the years. It is simply the competitive process: why service is better when you have more than one player.

**Senator Kelleher:** If you had the power — which you do not have — how would you settle this? Would you remove that section, would you make it a general application, or would you keep it specific the way it is in the bill?

**Mr. Wong:** There is no need to have special provisions in the act. If you want administrative monetary penalties for Part VIII of the act, that is something that should be studied. Perhaps it is not a bad idea. However, you do not want to bring it in just to do Air Canada in, because it is no more than just to do Air Canada in. It is called a dominant airline, but you could say it is Air Canada.

**Senator Kelleher:** I am concerned about that. Like you, I am a reluctant fan. I do not travel quite as much as you do, but I travel a fair amount. Surely there must be a better way to handle this than singling out Air Canada.

**Mr. Wong:** There should be a general power with section 104.1. The commissioner can convince the tribunal — the independent body — to say we need these emergency orders. The tribunal is trying to do its job. You may not always get the result you want, but that is why we have independent adjudication. We do not say, “Gee, I did not get the result I wanted at the Supreme Court of Canada, so we should abolish the Supreme Court of Canada.” That is not the right thinking here.

**Senator Kelleher:** Why would you not make the section of general application?

**Mr. Wong:** I would. I am responding to Senator Hervieux-Payette’s suggestion. I am advocating a general provision for interim powers pre-application; take Section 100 and generalize it.

**Senator Kelleher:** I am concerned that if another problem arises in industry “X,” and we do not put it in this act as proposed, then we will have to come back and make another amendment because the tribunal will say they do not have that power.

**Senator Oliver:** It is there in section 103 now, though.

**Senator Kelleher:** If we are satisfied.

**Mr. Wong:** There have been bills in the House of Commons that have not gone to a final vote. There have been bills concerning the grocery industry, the gasoline industry and the cable negative option. It is very difficult to resist. I say it is also bad policy.

**Senator Kelleher:** It is good politics, though.

**Mr. Wong:** That is not my job.

**Senator Kelleher:** I understand that.

plaignent qu’ils paient trop pour un service dont la qualité baisse, ce qui est inévitable. C’est parce qu’il n’y a pas de concurrents pour garder la ligue en éveil. Je l’ai certainement constaté, avec les ans, à force de prendre l’avion. C’est l’essence même du processus concurrentiel: le service est meilleur quand il y a plus qu’un fournisseur.

**Le sénateur Kelleher:** Je sais que vous n’en avez pas le pouvoir, mais si vous l’aviez, comment régleriez-vous le problème? Élimineriez-vous cet article, lui donneriez-vous une application générale ou garderiez-vous l’application précise prévue actuellement dans le projet de loi?

**M. Wong:** Il n’est pas nécessaire d’avoir des dispositions spéciales dans la loi. Si vous souhaitez des peines administratives sous forme d’amendes pour la partie VIII de la loi, on pourrait l’envisager. Ce n’est peut-être pas une mauvaise idée. Mais vous ne voulez pas inclure une pareille disposition simplement pour faire du tort à Air Canada, puisqu’il ne s’agit pas d’autre chose. On parle d’une ligne aérienne dominante, mais nous savons qu’il s’agit d’Air Canada.

**Le sénateur Kelleher:** Cela me préoccupe. Comme vous, je suis un partisan récalcitrant. Je ne voyage pas autant que vous, mais tout de même assez. Il doit y avoir une meilleure façon de régler le problème que de particulariser Air Canada.

**M. Wong:** Un pouvoir général devrait être prévu à l’article 104.1. Le commissaire peut convaincre le tribunal — l’organisme indépendant — de la nécessité de rendre ces ordonnances provisoires. Le Tribunal essaie de faire son travail. Vous n’avez pas toujours le résultat souhaité, mais c’est la raison d’être de l’arbitrage indépendant. On ne dit pas: «Puisque nous n’avons pas eu de la Cour suprême le résultat que nous voulions, abolissons-la.» Ce n’est pas la bonne attitude.

**Le sénateur Kelleher:** Pourquoi ne pas donner une application générale à cette disposition?

**M. Wong:** C’est ce que je ferais. Je répondais à la suggestion du sénateur Hervieux-Payette. Je propose une disposition d’application générale pour les pouvoirs intérimaires, avant que soit faite la demande; généralisons l’application de l’article 100.

**Le sénateur Kelleher:** Je crains que s’il y a un autre problème se pose dans le secteur X, et que nous n’insérons pas cette disposition dans le projet de loi, il nous faudra revenir et adopter une autre modification, parce que le tribunal déclarera ne pas avoir ce pouvoir.

**Le sénateur Oliver:** C’est déjà dans l’article 103, pourtant.

**Le sénateur Kelleher:** Si cela nous convient.

**M. Wong:** Il y a des projets de loi à la Chambre des communes qui ne se sont pas rendus au vote final. Des projets de loi sur le secteur de l’alimentation, le secteur de l’essence et sur l’abonnement par défaut pour le câble. Il est très difficile de résister. Je dirais que c’est aussi une mauvaise politique.

**Le sénateur Kelleher:** C’est pourtant politiquement bon.

**M. Wong:** Ce n’est pas mon rayon.

**Le sénateur Kelleher:** Je le comprends.

**Senator Furey:** Thank you for your erudite presentation. As a follow-up to Senator Tkachuk's question regarding the length of time it would take for the commissioner to make application to the tribunal, we heard a previous witness say that it would take a matter of days, and we just heard you say it would depend on how much money you want to spend. Are you talking days or hours?

**Mr. Wong:** It depends. In a typical injunction, you have to show that there is some serious imminent harm coming. It depends on the circumstances. It could take a day or two days, depending what it is. You have to prepare your materials. You have to convince an independent adjudicator.

Notice that this is all one-sided, all done *ex parte*, and courts generally hate *ex parte* applications. They say that fairness dictates they should hear the other side. It is only in very special circumstances that you want to allow for *ex parte* applications.

**Senator Furey:** It is your view that 104.1 is unnecessary.

**Mr. Wong:** I think it is unnecessary. That is the law. I think section 103.3 is too much tilted towards the commissioner. It is not properly balanced. In an injunction, there is typically likelihood, there is irreparable harm, and there is some balancing. Remember what section 103.3 does: It is telling a business to not do what on the surface it looks like legitimately it can do. There are consequences. You may eliminate a competitor but there could be millions of dollars lost on the other hand. There is no balancing required under the provision. That is the problem.

**The Chairman:** Do I understand that we have an overlapping power here? In other words, if the commissioner goes under section 103 and they turn him down, he can do it on his own under section 104?

**Mr. Wong:** That is a good question. In flipping through this — and I have not thought of it — I do not see there is a bar to using section 103.3 or 104.1, having failed on one. I do not see that, but I do not want to say that is my definitive answer. I have not thought of that issue, but it is conceivable.

**The Chairman:** In the final analysis, you would advise us, then, to veto section 104, and on section 103, to take out (b) and (c)?

**Mr. Wong:** In the first instance, and rework subsection (1) on a kind of likelihood test.

**The Chairman:** I see. Thank you for being with us. You have been a terrific witness. May we call you again some time?

**Mr. Wong:** Absolutely.

**The Chairman:** Our last witness today is Duff Conacher from Democracy Watch.

**Mr. Duff Conacher, Coordinator, Democracy Watch:** I hope the honourable senators have the submission we have made, which is a summary of our position.

**Le sénateur Furey:** Merci pour votre savant exposé. Comme suivi à la question du sénateur Tkachuk au sujet de la durée que prendrait la demande du commissaire auprès du tribunal, un témoin précédent a affirmé que ce serait une question de jours, et vous déclarez que tout dépendrait de l'argent qu'on est prêt à dépenser. Parlez-vous de jours ou d'heures?

**M. Wong:** Tout dépend. Habituellement, dans une injonction, il faut prouver qu'un tort grave est imminent. Tout dépend des circonstances. Cela peut prendre un jour ou deux, selon le cas. Il faut préparer les documents. Il faut convaincre l'arbitre indépendant.

Remarquez bien que tout cela se fait *ex parte*, un seul côté faisant la demande, et que les tribunaux détestent d'habitude ce genre de demandes *ex parte*. Ils estiment qu'en toute justice, il faut entendre l'autre partie. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'on permet des demandes *ex parte*.

**Le sénateur Furey:** Selon vous, l'article 104.1 est inutile.

**M. Wong:** Je pense qu'il est inutile. C'est la loi. Je pense que l'article 103.3 penche trop en faveur du commissaire. Ce n'est pas bien équilibré. Quand il y a injonction, il est plus que probable qu'il s'agit d'un préjudice irréparable, et il y a équilibre. Rappelez-vous la finalité de l'article 103.3: on dit à une entreprise de s'abstenir de faire ce qu'elle peut légitimement faire, à première vue. Il y a des conséquences. On peut se débarrasser d'un concurrent mais cela pourrait entraîner par ailleurs des pertes de millions de dollars. Cette disposition n'exige pas d'assurer un équilibre. C'est là la difficulté.

**Le président:** Dois-je comprendre qu'il y a ici chevauchement de pouvoirs? En d'autres termes, si le commissaire invoque l'article 103, sans succès, il peut agir de son propre chef en vertu de l'article 104?

**M. Wong:** C'est une bonne question. En parcourant cela — et je n'y ai pas pensé — je ne vois pas d'empêchement à recourir à l'article 103.3 ou à l'article 104.1, si on a échoué dans un cas. Il me semble que c'est ainsi à première vue mais je ne veux pas que ce soit ma réponse définitive. Je n'y avais pas pensé, mais c'est concevable.

**Le président:** Finalement, vous nous conseillez alors de nous opposer à l'article 104 et, de retirer les alinéas b) et c) de l'article 103, n'est-ce pas?

**M. Wong:** Pour commencer, puis de remanier le paragraphe (1) pour y introduire un critère de probabilité.

**Le président:** Je vois. Merci d'être venu. Vous avez été un témoin épatant. Pourrions-nous vous rappeler?

**M. Wong:** Volontiers.

**Le président:** Notre dernier témoin aujourd'hui est Duff Conacher, de Démocratie en surveillance.

**M. Duff Conacher, coordonnateur, Démocratie en surveillance:** J'espère que les honorables sénateurs ont pris connaissance du mémoire que j'ai soumis, c'est un résumé de notre position.

Thank you for the opportunity to testify. Democracy Watch is a citizen advocacy group that works on issues of democratic reform, government accountability and corporate responsibility in Canada.

Unfortunately, my colleague, Daniel Martin Bellemare, was unable to join me today. He is our expert on competition law. However, I will endeavour to present our position and answer your questions.

I would like to outline what we set out in our report in May 2000, which I will be leaving with the committee, a report entitled "Revolving Doors: The Undue Influence of Corporate Lawyers on the Competition Bureau." In that report, we documented seven cases in which outside lawyers had moved in and out of the bureau. In one case, an outside lawyer was working for the bureau and a private corporate client at the same time. The corporate client had a case before the bureau. We are seriously concerned when lawyers from the private sector are representing large corporations and also working periodically in the bureau. Obviously, in their private practice, those lawyers would be opposing stringent antitrust enforcement action; when they work for the bureau, we believe it would also influence their advice to the commissioner because stringent antitrust enforcement action might eventually be directed against their clients or potential future clients.

Therefore, we do not believe that outside lawyers can be expected to litigate cases aggressively before the tribunal as they would argue in favour of a liberal interpretation that would help their outside clients.

Second, we believe that by routinely appointing outside lawyers to assist or represent the commissioner, the Attorney General of Canada and the commissioner have delegated the administration and enforcement of the Competition Act to a few lawyers representing Canada's largest corporations. Another concern about this practice is that outside lawyers develop close links to the commissioner and the staff within the bureau, and they learn how the commissioner and the Attorney General prepare and litigate cases. We believe outside lawyers may use their contacts in the commissioner's office to negotiate favourable settlements or to obtain the discontinuance of an investigation on behalf of a client.

Overall, we believe that the use of outside lawyers discredits the Competition Bureau and the Department of Justice. In addition, we believe it violates the Department of Justice's own conflict-of-interest provisions in its civil litigation book. Essentially, the Department of Justice is classifying competition law cases as class 3 type cases, which they believe can be handled by outside counsel. We believe a class 1 case is a matter touching on new developments in the law, where it is crucial that the appropriate policy perspective be brought to bear in the early stage, consistency is required and work can be unreasonably costly or

Merci de me donner l'occasion de venir témoigner. Démocratie en surveillance est un groupe de défense des citoyens qui s'intéresse à des questions de réforme démocratique, de responsabilisation du gouvernement et de responsabilité des sociétés au Canada.

Malheureusement, mon collègue, Daniel Martin Bellemare n'a pas pu m'accompagner aujourd'hui. C'est notre expert en matière de droit de la concurrence. Toutefois, je vais essayer de présenter notre position et de répondre à vos questions.

Je voudrais signaler que dans notre rapport de mai 2000, dont je vais laisser des exemplaires ici, figure un article intitulé «Revolving doors, The undue influence of Corporate lawyers on the Competitive Bureau.» Dans ce rapport, nous expliquons sept cas pour lesquels des avocats de l'extérieur sont intervenus auprès du Bureau. Dans un de ces cas, un avocat de l'extérieur avait été retenu par le Bureau et par la société en cause en même temps. La société avait déposé une plainte auprès du Bureau. Nous nous inquiétons vivement quand des avocats du secteur privé représentent des grosses sociétés et en même temps, travaillent à l'occasion pour le Bureau. Manifestement, quand ils exercent dans le secteur privé, ces avocats sont appelés à s'opposer à l'exécution de mesures sévères antitrust. Quand ils travaillent pour le Bureau, nous pensons que cela peut avoir une influence sur les conseils qu'ils fournissent au commissaire parce que de telles mesures d'exécution pourraient tôt ou tard toucher leurs clients ou leurs clients potentiels à l'avenir.

Par conséquent, nous ne pensons pas que l'on peut s'attendre à ce que des avocats de l'extérieur puissent plaider de façon convaincante devant le tribunal car ils seraient portés à réclamer une interprétation libérale de la loi pour venir en aide à leurs clients de l'extérieur.

Deuxièmement, nous pensons qu'en retenant régulièrement des avocats de l'extérieur pour aider ou représenter le commissaire à la concurrence, le procureur général du Canada et le commissaire délèguent l'application et l'exécution de la Loi sur la concurrence à quelques avocats représentant les plus grandes sociétés canadiennes. Autre préoccupation: les avocats de l'extérieur tissent des liens étroits avec le commissaire et l'équipe qui le soutient au Bureau, et c'est ainsi qu'ils apprennent comment le commissaire et le procureur général préparent et défendent les causes. Nous pensons que ces avocats peuvent utiliser leurs contacts au Bureau du commissaire pour négocier, au nom de leurs clients, un règlement favorable ou la suspension d'une enquête.

Dans l'ensemble, nous pensons que le recours à ces avocats jette le discrédit sur le Bureau de la concurrence et le ministère de la Justice. En outre, nous pensons que cela enfreint les dispositions concernant les conflits d'intérêts dont s'est doté le ministère de la Justice pour les affaires civiles. Essentiellement, le ministère de la Justice considère les affaires de droit de la concurrence comme des affaires de classe 3, que le ministère estime pouvoir être confiées à des avocats de l'extérieur. Nous pensons qu'une affaire de classe 1 est une affaire où interviennent de nouvelles évolutions dans la loi, où il est crucial d'imprimer

difficult to supervise if contracted out. We believe the competition law cases meet the class 1 criteria. Class 1 cases, according to the Department of Justice, are cases that must be done in-house.

We see a problem with internal enforcement. Unfortunately, there is no independent ethics watchdog to watch over the Department of Justice to enforce their conflict of interest rules. In addition, it is a problem of the resources of the bureau. The bureau cannot hire and retain counsel sufficient to handle the caseload, which is ever increasing.

I would urge you to examine this more closely and use our report as a basis for that examination. If you believe that we have presented the evidence for serious conflicts of interest that need to be resolved, I would urge you to encourage the government to provide the resources to the bureau and the Department of Justice so they can enforce the conflict-of-interest provisions to prevent this ongoing practice. We documented seven cases — including one involving the previous witness — where outside counsel were moving in and out of the bureau or had connections with other lawyers at firms who were litigating before the tribunal at the same time the outside counsel was within the bureau.

With respect to Bill C-23, particularly the private right of access, we do not believe that the proposal in the bill strikes an appropriate balance, mainly because of the absence of awarding damages. Without damages, why would anyone comply with any law? I ask you to point to a law where you can violate it and suffer no damages. It essentially becomes a voluntary code. Some may say there is the stigma of being found guilty in these cases, but if you are found guilty of putting a competitor out of business, how are your customers going to punish you? By going to the competitor? The competitor is out of business.

We believe this private right of action should apply to injunctive relief and damages for both criminal offences and all reviewable practices, not just the limited list. Beyond that, the damages should include specifically punitive damages.

I welcome your questions on why we believe this particular private right of access measure needs to be strengthened. In particular, allowing penalties to be awarded and damages to be awarded to the aggrieved parties.

**Senator Eyton:** I am looking at your brief. Item two, at the bottom of the page, “Reviewable practice should be formally forbidden instead of being merely reviewable by the Competition Tribunal.”

l’orientation voulue dès le départ sur le plan des principes, où la cohérence est nécessaire et où le travail exigé peut être excessivement coûteux ou difficile à surveiller s’il est donné en sous-traitance. Nous estimons que les litiges en matière de concurrence exigent de figurer dans la classe 1. Les affaires de classe 1, selon le ministère de la Justice, sont celles qui doivent être traitées à l’interne.

Il y a une difficulté avec l’application intérieure. Malheureusement, il n’y a pas de responsable indépendant capable de surveiller pour voir si le ministère de la Justice respecte les règles de la déontologie en matière de conflits d’intérêts. En outre, il y a un problème de ressources au Bureau. Le Bureau ne peut pas embaucher ou retenir assez d’avocats pour répondre au nombre de plus en plus grand de plaintes qui lui sont soumises.

Je vous exhorte à étudier cela de plus près et à vous inspirer de notre rapport, ce faisant. Si vous estimez que nous avons présenté la preuve qu’il y a un grave conflit d’intérêts qui doit être résolu, je vous exhorte à encourager le gouvernement à fournir au ministère de la Justice et au Bureau, les ressources nécessaires pour que les dispositions concernant les conflits d’intérêts soient appliquées et que la pratique actuelle cesse. Nous avons présenté sept cas circonstanciés — y compris un cas mettant en cause le témoin qui m’a précédé — et dans ces cas-là, nous avons constaté que les avocats de l’extérieur allaient et venaient au Bureau de la concurrence ou avaient des liens avec d’autres avocats exerçant dans des cabinets qui plaidaient devant le tribunal en même temps qu’ils étaient retenus par le bureau.

En ce qui a trait au projet de loi C-23, notamment le droit d’accès privé, nous ne pensons pas que les propositions du projet de loi soient assez équilibrées, essentiellement parce que l’on ne prévoit pas accorder des dommages-intérêts. En l’absence de dommages-intérêts, qui serait porté à respecter la loi? Je vous mets au défi de me citer une loi que l’on peut enfreindre impunément. Dans un tel cas, c’est un code volontaire. Certains vous diront qu’il y a l’opprobre d’être déclaré coupable, mais si vous êtes jugé coupable d’avoir évincé un concurrent, comment vos clients vont-ils vous punir? En allant chez votre concurrent? Le concurrent a fermé ses portes.

Nous pensons que le droit privé d’intenter des poursuites devrait être assorti d’une possibilité d’injonction et d’obtention de dommages-intérêts pour les infractions pénales et pour toutes les pratiques examinables, pas seulement celles qui figurent sur la liste restreinte. En outre, on devrait prévoir particulièrement des dommages-intérêts exemplaires.

Je répondrai volontiers à vos question pour vous expliquer pourquoi, selon nous, ce droit d’accès privé doit être renforcé. En particulier, il faudrait qu’on impose des sanctions et qu’on accorde des dommages-intérêts aux parties lésées.

**Le sénateur Eyton:** Je me reporte à votre mémoire. Au deuxième paragraphe, au bas de la page, je lis: «Les pratiques examinables doivent être formellement interdites plutôt que d’être décrétées examinables uniquement par le Tribunal de la concurrence.»

What does that mean? I would not have thought there is any practical significance to that.

**Mr. Conacher:** I am somewhat at a loss today because our expert in competition law is not available. I am happy to talk with him further and provide you with more details.

**Senator Eyton:** It looks significant, but I do not think it has any practical effect.

**Mr. Conacher:** In everything we approach in terms of corporate responsibility we believe in clear, strong rules, independent enforcement agencies that have the resources to enforce the law, and penalties that actually discourage large corporations from breaking the law. We see many of these key elements missing from our current competition law regime. As I mentioned, the bureau is not as independent as could be, it does not have the resources it really needs, and the rules are missing in many cases.

If there are no other questions, I would endorse the idea that the interim order power and the penalties should be of general application as well — not just applicable to the airline industry — because, again, the penalties and powers are not strong enough in the competition law area to prevent many of the anti-competitive practices that occur in our country.

The committee adjourned.

Que voulez-vous dire? Je ne pensais pas que l'on pouvait trouver une application pratique à cela.

**M. Conacher:** Vous me prenez au dépourvu aujourd'hui car notre expert en droit de la concurrence n'est pas ici. Je vais donc le consulter et vous fournir la réponse à votre question.

**Le sénateur Eyton:** À première vue, cela semble important, mais je ne pense pas que cela puisse avoir d'effet pratique concret.

**M. Conacher:** Dès qu'il s'agit des responsabilités des sociétés, nous estimons qu'il faut des règles fermes et claires, des organismes d'exécution indépendants disposant des ressources nécessaires pour faire respecter la loi, et qu'il faut imposer des sanctions qui découragent réellement les grandes sociétés d'enfreindre la loi. Nombre de ces éléments importants sont absents de notre régime actuel de droit de la concurrence. Comme je l'ai dit, le bureau n'est pas aussi indépendant qu'il devrait l'être; il ne dispose pas des ressources dont il a vraiment besoin, et il y a absence de règles dans bien des cas.

S'il n'y a pas d'autres questions, j'approuve l'idée que le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires et d'imposer des sanctions s'appliquent de façon générale — pas seulement à l'industrie aérienne — car, encore une fois, les sanctions et les pouvoirs ne sont pas assez fermes dans notre droit de la concurrence pour empêcher les pratiques anticoncurrentielles dans notre pays.

La séance est levée.







*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government Services Canada – Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada K1A 0S9

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

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada – Édition  
45 Boulevard Sacré-Coeur  
Hull, Québec, Canada K1A 0S9

---

#### WITNESSES

*From the Canadian Chamber of Commerce:*

Ms Susan Hutton, Stikeman Elliott, Member, Canadian Chamber of Commerce, Competition Law & Policy Task Force;

Mr. Matthew Ivis, Analyst, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Council for International Business.

*From the Canadian Federation of Independent Business:*

Mr. Garth Whyte, Senior Vice-President, National Affairs;

Mr. André Piché, Senior Policy Analyst, National Affairs, Ottawa.

*As an individual:*

Mr. Stanley Wong, Davis & Company.

*From Democracy Watch:*

Mr. Duff Conacher, Coordinator.

#### TÉMOINS

*De la Chambre de commerce du Canada:*

Mme Susan Hutton, membre, Chambre de commerce, Groupe de travail sur le droit et la politique de la concurrence;

M. Matthew Ivis, analyste des politiques, Chambre de commerce du Canada, Conseil canadien pour le commerce international.

*De la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante :*

M. Garth Whyte, premier vice-président, Affaires nationales;

M. André Piché, analyste principal des politiques, Affaires nationales, Ottawa.

*À titre personnel:*

M. Stanley Wong, Davis & Company.

*De Démocratie en surveillance:*

M. Duff Conacher, coordonnateur.