

A-1093-92

**The Director of Investigation and Research (Appellant) (Applicant)**

v.

**Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., Rim Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc., and Elty Publications Ltd. (Respondents) (Respondents)**

*INDEXED AS: CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) v. SOUTHAM INC. (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Pratte and Robertson J.J.A.—Vancouver, February 13, 14, 15, 16; Ottawa, August 8, 1995.

*Competition — Appeal from dismissal of application for order requiring Southam to divest itself of community newspapers — Southam owned only area daily newspapers when acquired community newspapers — Whether Southam's control of community newspapers likely to lessen or prevent competition substantially in area of print retail advertising — Competition Tribunal holding dailies, community newspapers in competition but not in same product market — Erred by requiring direct (statistical or anecdotal) evidence of high price sensitivity (willingness to switch products in response to price change), ignoring indirect evidence of substitutability i.e. functional interchangeability (use of both products for same purpose), inter-industry competition — Similar use and competitiveness sufficient to place daily, community papers in same market — Evidence of inter-industry competition rendering superior product argument inapplicable.*

*Administrative law — Statutory appeals — Appeal from Competition Tribunal's dismissal of application for order requiring Southam to divest itself of community newspapers — Market definition question of law — Doctrine of curial deference not applicable — Standard of review correctness — Tribunal composed of judicial, lay members — Former having sole responsibility for determining questions of law — Issue not squarely within Tribunal's area of expertise.*

*Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Appeal from Competition Tribunal's dismissal of application for order requiring Southam to divest itself of community newspapers — Tribunal holding daily, community newspapers not in same*

A-1093-92

**Le directeur des enquêtes et recherches (appelant) (demandeur)**

a c.

**Southam Inc., Lower Mainland Publishing Ltd., Rim Publishing Inc., Yellow Cedar Properties Ltd., North Shore Free Press Ltd., Specialty Publishers Inc. et Elty Publications Ltd. (intimées) (intimées)**

*RÉPERTORIÉ: CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) c. SOUTHAM INC. (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Pratte et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 13, 14, 15, 16 février; Ottawa, 8 août 1995.

*Concurrence — Appel du rejet d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Southam de se dessaisir de journaux communautaires — Southam possédait les seuls quotidiens de la région lorsqu'elle s'est portée acquéreur des journaux communautaires — Le contrôle des journaux communautaires par Southam aurait-il vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée? — Le Tribunal de la concurrence a statué que les quotidiens et les journaux communautaires se faisaient concurrence, mais n'étaient pas sur le même marché du produit — Il a commis une erreur en exigeant une preuve directe (statistique ou anecdotique) de la forte sensibilité aux prix (empressement à se tourner vers d'autres produits en réaction à un changement dans les prix) et en ne tenant aucun compte de la preuve indirecte du caractère substitutif, c.-à-d. l'interchangeabilité fonctionnelle (utilisation de deux produits aux mêmes fins) et de la concurrence interindustrielle — L'utilisation similaire et la compétitivité étaient suffisantes pour que les quotidiens et les journaux communautaires soient placés sur le même marché — La preuve d'une concurrence interindustrielle a rendu l'argument du produit supérieur inapplicable.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel du rejet par le Tribunal de la concurrence d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Southam de se dessaisir de journaux communautaires — La définition du marché est une question de droit — Le principe de la retenue judiciaire n'était pas applicable — La norme de contrôle était la décision correcte — Le Tribunal se compose de juges et de membres qui ne sont pas juges — C'est aux juges qu'incombe l'entière responsabilité de trancher les questions de droit — La question ne relevait pas directement du champ d'expertise du Tribunal.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Appel du rejet par le Tribunal de la concurrence d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Southam de se dessaisir de journaux communautaires — Le Tribunal a statué que*

*product market — Market definition question of law — Appeal within F.C.A.'s jurisdiction notwithstanding majority obiter dictum in Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency) (F.C.A.) adopting contrary position.*

This was an appeal from the Competition Tribunal's dismissal of the Director's application for an order under *Competition Act*, section 92, requiring Southam Inc. to divest itself of two community newspapers published in the Lower Mainland of British Columbia. Southam Inc. owned the two Vancouver area daily newspapers, (the Pacific Dailies), which were circulated throughout the province, when it acquired the two community newspapers. The application alleged that control by Southam of the community newspapers was likely to lessen or prevent competition substantially in the supply of print retail advertising services in the Lower Mainland.

Average household penetration by daily newspapers, and the industry's share of total net advertising revenues, has fallen over the last decade, while community newspapers have prospered due to the growing preference of retail advertisers for targeted marketing. One group of advertisers used the community newspapers because they offered a local penetration in their trading areas at a lower cost. Even large multi-outlet retailers have shifted their print advertising from "run-of-press" (advertising interspersed with editorial content) display ads to pre-printed insert ads which cost less and offer more control. Most flyer advertisers require high levels of penetration in their target markets which the community newspapers can provide. In an attempt to improve the performance of the Pacific Dailies, Southam implemented a flyer distribution business which delivered flyers on behalf of the papers' advertisers to subscribers and non-subscribers, and introduced zone supplements containing advertising and editorial content of specific interest to a geographic community. The community newspapers responded by forming groups which offered advertisers multiple advertising at a discount.

The Tribunal held that the Pacific Dailies and the community newspapers were in competition, but were too weak substitutes to be considered part of the same product market. It drew on indirect evidence, such as product configuration, the views and behaviour of Southam, of individual community newspapers in the Lower Mainland, and of retail advertisers, and evidence relating to community newspaper groups. The Tribunal concluded that advertisers did not regard the products as highly similar, and that there was no evidence that advertisers were highly sensitive to the relative advertising rates of the dailies and the community newspapers. After discussing entry

*les quotidiens et les journaux communautaires n'étaient pas sur le même marché du produit — La définition du marché est une question de droit — L'appel relevait de la compétence de la Cour d'appel fédérale malgré le point de vue contraire adopté par la majorité dans une opinion incidente dans l'arrêt a Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports) (C.A.F.).*

Il s'agissait de l'appel du rejet par le Tribunal de la concurrence de la demande présentée par le directeur en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à Southam Inc. de se dessaisir de deux journaux communautaires publiés dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique. Southam Inc. possédait les deux quotidiens de la région de Vancouver (les quotidiens de Pacific), qui étaient distribués dans toute la province, lorsqu'elle s'est portée acquéreur des deux journaux communautaires. Il était allégué dans la demande que le contrôle des journaux communautaires par Southam aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans l'offre de services de publicité-détaillants imprimée dans le Lower Mainland.

Au cours de la dernière décennie, le taux de pénétration moyen des quotidiens dans les foyers et la part du total des recettes publicitaires nettes de l'industrie ont chuté, tandis que les journaux communautaires ont prospéré en raison de la préférence grandissante des annonceurs détaillants pour un marketing ciblé. Un groupe d'annonceurs utilisait les journaux communautaires parce qu'ils offraient un taux de pénétration locale dans les zones commerciales de ces annonceurs à un tarif plus avantageux. Même de gros annonceurs ayant plusieurs points de vente au détail ont délaissé la publicité à emplacement flottant (publicité intercalée dans le contenu rédactionnel) pour les encarts préimprimés qui coûtent moins cher à produire et offrent un plus grand contrôle. La plupart des annonceurs qui utilisent les prospectus exigent de forts taux de pénétration dans leurs marchés cibles, ce que les journaux communautaires sont en mesure de fournir. Afin d'améliorer la performance des quotidiens de Pacific, Southam a mis sur pied une entreprise de distribution de prospectus qui distribuait des prospectus pour le compte des annonceurs de ces journaux aux abonnés et à des non-abonnés, et a lancé des suppléments de zone renfermant un contenu publicitaire et rédactionnel qui présente un intérêt particulier pour les lecteurs d'une collectivité géographique. Les journaux communautaires ont réagi en formant des groupes offrant aux annonceurs de la publicité multiple vendue au rabais.

Le Tribunal a statué que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires se faisaient concurrence, mais étaient de trop faibles substituts pour qu'on puisse dire qu'ils étaient sur le même marché du produit. Il s'en est tenu à une preuve indirecte comme la configuration du produit, les opinions et le comportement de Southam, des journaux communautaires dans le Lower Mainland et des annonceurs détaillants, et la preuve relative aux groupes de journaux communautaires. Le Tribunal a conclu que les annonceurs ne considéraient pas les produits comme hautement similaires, et qu'il n'existait aucune preuve selon laquelle les annonceurs étaient hautement sensibles aux

into and survival in the community newspaper publishing business, the Tribunal concluded that there was only a marginal likelihood that Southam's acquisitions would result in higher advertising costs.

The Director argued that (1) the Tribunal failed to apply its own stated approach to market definition by requiring direct evidence of high price sensitivity on the part of advertisers, and (2) in concluding that the dailies and community newspapers were not in the same product market, the Tribunal ignored indirect evidence of substitutability. Southam argued that the Court lacked jurisdiction to deal with the matter of market definition as it was a question of fact for which leave was not sought pursuant to *Competition Tribunal Act*, subsection 13(2). Alternatively, the issues were within the Tribunal's area of expertise and therefore its decision had to be accorded the curial deference prescribed by the Supreme Court of Canada in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*.

*Held*, the appeal should be allowed.

The adoption of the appropriate framework for determining product market and its proper application is a question of law. Whether the facts in a particular case satisfy the requirements of the framework is a question of mixed fact and law. As market definition is a question of law the Court had the requisite jurisdiction to hear the appeal notwithstanding *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395 (C.A.) where the majority in *obiter* adopted a contrary position.

The doctrine of curial deference did not apply, and therefore the standard of appellate review was correctness. The scheme of the *Competition Tribunal Act* indicates that Parliament intended to establish a specialized tribunal to deal with issues in Part VIII. Curial deference is owed to decisions squarely within its expertise, but the problem herein was not of that kind. The Tribunal is composed of judicial and lay members. The former are not required to possess an expertise in competition law. The Act vests judicial members with sole responsibility for determining questions of law, while questions of fact and questions of mixed law and fact are to be decided by the members on a majority basis. As the definition of product market is a question of law, the criteria used to circumscribe that definition must be questions which, if necessary, go to the judicial member of the Tribunal for determination. There were also strong policy reasons supporting this conclusion. A definition of market which is too narrow may have the *de facto* effect of repealing the merger provisions of the Act. Conversely, a definition which is too broad could enjoin mergers which do not undermine the objectives of the Act.

tarifs publicitaires relatifs des quotidiens et des journaux communautaires. Après avoir examiné la question de l'entrée et de la survie dans le domaine de l'édition des journaux communautaires, le Tribunal est arrivé à la conclusion qu'il était peu probable que les acquisitions faites par Southam se traduiraient par des tarifs publicitaires plus élevés.

Le directeur a soutenu (1) que le Tribunal n'a pas appliqué l'approche de la définition du marché qu'il avait adoptée puisqu'il a exigé une preuve directe de la forte sensibilité aux prix des annonceurs, et (2) qu'en concluant que les quotidiens et les journaux communautaires n'étaient pas sur le même marché du produit, le Tribunal n'a tenu aucun compte de la preuve indirecte du caractère substitutif. Southam a soutenu que la Cour n'avait pas la compétence voulue pour statuer sur la question de la définition du marché puisqu'il s'agissait d'une question de fait à l'égard de laquelle l'autorisation prévue au paragraphe 13(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* n'avait pas été demandée. À titre subsidiaire, les questions relevaient du champ d'expertise du Tribunal et, partant, la décision de ce dernier devait être traitée avec le degré de retenue prescrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

L'adoption du cadre approprié pour définir le marché du produit et son application correcte sont une question de droit. La question de savoir si les faits dans une affaire particulière satisfont aux exigences du cadre est une question de droit et de fait. Comme la définition du marché est une question de droit, la Cour possédait la compétence voulue pour entendre l'appel malgré le point de vue contraire adopté par la majorité dans une opinion incidente dans l'arrêt *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395 (C.A.).

Le principe de la retenue judiciaire ne s'appliquait pas et, partant, la norme de contrôle en appel était la décision correcte. L'économie de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* montre que le Parlement a voulu créer un tribunal spécialisé chargé de s'occuper des questions prévues à la partie VIII. Il convient de faire preuve de retenue envers les décisions qui relèvent directement du champ d'expertise du Tribunal, ce qui n'était pas le cas du problème en l'espèce. Le Tribunal se compose de juges et de membres qui ne sont pas juges. Les premiers ne sont pas tenus d'être versés en droit de la concurrence. La Loi confie aux juges l'entière responsabilité de trancher les questions de droit, tandis que les questions de fait et les questions de droit et de fait sont tranchées par les membres à la majorité. Comme la définition du marché du produit est une question de droit, les critères utilisés pour circonscrire cette définition sont des questions qui, s'il y a lieu, sont tranchées par le membre du Tribunal qui est juge. Il existe également de sérieuses raisons fondamentales au soutien de cette conclusion. Une définition du marché qui est trop étroite peut avoir pour effet, concrètement, de rendre inopérantes les dispositions de la Loi relatives aux fusionnements. Inversement, une définition qui est trop large pourrait faire obstacle aux fusionnements qui n'affaiblissent pas les objectifs de la Loi.

The Tribunal erred by requiring direct (statistical or anecdotal) evidence of high price sensitivity, and ignoring other indirect evidence of substitutability, such as functional interchangeability and industry views/behaviour. Functional interchangeability emphasizes the product's use and its physical characteristics. It focusses on the extent to which different products have similar qualities that allow them to be used for the same end use. Generally, functional interchangeability is regarded as a necessary but not sufficient condition to be met before products will be placed in the same market. With respect to advertising in the Pacific Dailies and the community newspapers, the Tribunal held that they were not functionally interchangeable because advertising in these publications did not serve the same purpose. The Tribunal erred in holding "multiple price/product" was not relevant for distinguishing between advertising in daily and community newspapers because community newspapers were more local than the Pacific Dailies. That the community newspapers were more local in nature did not go to the question of functional interchangeability, but to the behaviour of buyers as to preference for geographical scope. This latter subjective factor should not be mingled with the purely objective factor of functional interchangeability which focusses on use or purpose. "Multiple price/product" advertising is a sufficient use or purpose upon which to objectively conclude that advertising in the Pacific Dailies and the community newspapers were functionally interchangeable. This conclusion was further supported by the various product modifications, which were intended to increase the similarities in use between the daily and community newspapers. The Tribunal also erred in ignoring evidence of "broad" inter-industry competition. The evidence of broad competitiveness was sufficient to show that there was competition in fact between the Pacific Dailies and the community newspapers.

When evidence of functional interchangeability and of inter-industry competition and the supporting evidence was considered, it was clear that the dailies and the community newspapers were in the same product market.

Evidence of inter-industry competition rendered the superior product argument inapplicable. The superior product argument is that when a better product is introduced, it gradually replaces the existing product i.e. changes in price will not affect buyer choice. The superior product argument is an exception to the general framework of market definition analysis and cannot be used to mask competition where competition exists. That competition really existed was evidenced by Southam's preoccupation with the success of the community newspapers and the combative measures which it initiated in response.

Le Tribunal a commis une erreur en exigeant une preuve directe (statistique ou anecdotique) de la forte sensibilité aux prix et en ne tenant aucun compte d'autres preuves indirectes du caractère substitutif comme l'interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l'industrie. L'interchangeabilité fonctionnelle fait ressortir l'utilisation du produit et ses caractéristiques physiques. Elle se concentre sur la mesure dans laquelle des produits différents ont des qualités similaires qui font en sorte qu'ils peuvent servir à la même utilisation finale. En général, on considère l'interchangeabilité fonctionnelle comme une condition nécessaire, bien qu'insuffisante, qui doit être remplie pour que des produits soient inclus dans le même marché. En ce qui concerne la publicité dans les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires, le Tribunal a statué que ces publications n'étaient pas interchangeables parce que la publicité qui y était faite ne servait pas aux mêmes fins. Le Tribunal a commis une erreur en statuant que la publicité «multi-prix/multi-produits» n'était pas utile pour faire la distinction entre la publicité dans les quotidiens et la publicité dans les journaux communautaires parce que les journaux communautaires avaient un caractère plus local que les quotidiens de Pacific. Ce caractère plus local des journaux communautaires ne se rapportait pas à la question de l'interchangeabilité fonctionnelle, mais au comportement des acheteurs quant à leur préférence pour l'étendue géographique. Il ne faudrait pas confondre ce dernier facteur subjectif avec le facteur purement objectif qu'est l'interchangeabilité fonctionnelle, lequel est axé sur l'utilisation d'un produit ou les fins auxquelles il sert. La publicité «multi-prix/multi-produits» est une utilisation ou une fin suffisante pour permettre de conclure, de façon objective, que la publicité dans les quotidiens de Pacific et la publicité dans les journaux communautaires étaient fonctionnellement interchangeables. Cette conclusion était en outre étayée par les diverses modifications sur le plan du produit, qui visaient à accroître les similarités entre les quotidiens et les journaux communautaires au chapitre de l'utilisation. Le Tribunal a également commis une erreur en ne tenant aucun compte de la preuve d'une concurrence interindustrielle «générale». Cette preuve était suffisante pour établir l'existence d'une concurrence véritable entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires.

Il ressortait clairement de l'examen de l'interchangeabilité fonctionnelle et de la concurrence interindustrielle, et de la preuve à l'appui, que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient sur le même marché du produit.

La preuve d'une concurrence interindustrielle a rendu l'argument du produit supérieur inapplicable. Cet argument veut que lorsqu'un meilleur produit est introduit, il remplace graduellement le produit existant, c.-à-d. qu'une variation de prix n'influencera le choix des acheteurs. L'argument du produit supérieur est une exception au cadre général de l'analyse de la définition du marché et ne peut être invoqué pour masquer la concurrence lorsque cette concurrence existe. La preuve de l'existence d'une concurrence véritable résidait dans le fait que Southam était préoccupée par le succès des journaux communautaires et dans les mesures combatives que Southam a prises à cet égard.

The first step in the merger analysis under sections 92 and 93, the product market issue, must not eclipse the second step, which is a determination of whether the impugned merger would lessen or prevent competition. Otherwise, the factors listed in sections 92 and 93 for evaluating the effects of a merger would be obsolete. The Tribunal must assess market shares or concentration, and evaluate that evidence having regard to the limitations in subsection 92(2). It must also consider the factors listed in section 93, and given the Court's finding on product market, reconsider the argument that the acquisition prevented formation of an effective community newspaper group.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18 (1988), s. 7.  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 1.1 (as enacted *idem*), 92 (as am. *idem*, s. 45), 93 (as am. *idem*).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 3, 4, 10, 12(1), 13(2).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(c)(i) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17), (ii).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241;  
*Tanguay v. Canada (Unemployment Insurance Commission)* (1985), 10 C.C.E.L. 239; 68 N.R. 154 (F.C.A.);  
*American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395 (C.A.); *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; 125 D.L.R. (3d) 607; 15 B.L.R. 217; 62 C.C.C. (2d) 118; 24 C.R. (3d) 193 (C.A.); *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; (1968), 56 C.P.R. 1; *affd Mills (J. W.) & Son Ltd. et al. v. The Queen*, [1971] S.C.R. 63; (1970), 14 D.L.R. (3d) 464; 1 C.C.C. (2d) 420; 64 C.P.R. 7; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*,

La première étape de l'analyse d'un fusionnement prévue aux articles 92 et 93, à savoir la question du marché du produit, ne doit pas éclipser la deuxième étape, qui consiste à déterminer si le fusionnement contesté aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence. Autrement, les facteurs énumérés aux articles 92 et 93 pour évaluer les effets d'un fusionnement ne serviraient à rien. Le Tribunal doit évaluer les parts du marché ou la concentration et la preuve relative aux restrictions prévues au paragraphe 92(2). De plus, il doit tenir compte des facteurs énumérés à l'article 93 et, vu la conclusion de la Cour sur la question du marché du produit, il doit réexaminer l'argument selon lequel l'acquisition a empêché la formation d'un groupe efficace de journaux communautaires.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18 (1988), art. 7.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), art. 1.1 (édicte, *idem*), 92 (mod., *idem*, art. 45), 93 (mod., *idem*).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52(c)(i) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17), (ii).  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 3, 4, 10, 12(1), 13(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241;  
*Tanguay c. Canada (Commission d'assurance-chômage)* (1985), 10 C.C.E.L. 239; 68 N.R. 154 (C.A.F.);  
*American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88; (1988), 54 D.L.R. (4th) 741; 33 Admin. L.R. 229; 23 C.P.R. (3d) 178; 89 N.R. 241 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395 (C.A.); *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694; 125 D.L.R. (3d) 607; 15 B.L.R. 217; 62 C.C.C. (2d) 118; 24 C.R. (3d) 193 (C.A.); *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 275; (1968), 56 C.P.R. 1; *conf. par Mills (J. W.) & Son Ltd. et autres c. La Reine*, [1971] R.C.S. 63; (1970), 14 D.L.R. (3d) 464; 1 C.C.C. (2d) 420; 64 C.P.R. 7; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; 38 Admin. L.R. 1; 97 N.R. 15; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal*

[1992] 2 S.C.R. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321; *United States v. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *United States v. Continental Can. Co.*, 378 U.S. 441 (1964); *The Queen v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd. et al.*, [1967] 2 Ex. C.R. 53; (1967), 2 C.R.N.S. 62; *R. v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360 (H.C.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161.

REFERRED TO:

*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 594 (1948); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 495 (1953); *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Southam Inc.*, [1995] F.C.J. No. 1092 (C.A.) (QL).

AUTHORS CITED

Areeda, Phillip E. et al. *Antitrust Law*, Vol. IIA, Toronto: Little, Brown & Co., 1995. *e*

Crampton, Paul S. *Mergers and the Competition Act*, Toronto: Carswell, 1990.

Goldman, Calvin S. and John D. Bodrug. "The Hillsdown and Southam Decisions: The First Round of Contested Mergers Under the Competition Act" (1993), 38 *McGill L.J.* 724. *f*

Hay, G. A. "Market Power in Antitrust" (1992), 60 *Antitrust L.J.* 807.

Kalinowski, Julian O. von et al. *Antitrust Laws and Trade Regulation*, Vol. 3, New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1995. *g*

Macdonald, David. "Product Competition in the Relevant Market Under the Sherman Act" (1954), 53 *Mich. L. Rev.* 69.

Note. "The Market: A Concept in Anti-Trust" (1954), 54 *Colum. L. Rev.* 580. *h*

Note. "The Supreme Court, 1963 Term" (1964), 78 *Harv. L. Rev.* 143.

Pitofsky, Robert. "New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust" (1990), 90 *Colum. L. Rev.* 1805.

Werden, Gregory J. "Market Delineation and the Justice Department's Merger Guidelines", [1983] *Duke L.J.* 514. *i*

Werden, Gregory J. "The History of Antitrust Market Delineation" (1992), 76 *Marq. L. Rev.* 123.

APPEAL from Competition Tribunal's dismissal of the Director's application for an order requiring

*de la concurrence*), [1992] 2 R.C.S. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321; *United States v. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *United States v. Continental Can. Co.*, 378 U.S. 441 (1964); *The Queen v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd. et al.*, [1967] 2 R.C.É. 53; (1967), 2 C.R.N.S. 62; *R. v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360 (H.C.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1 (Trib. conc.); *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 95 N.R. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

*Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 594 (1948); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 495 (1953); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. Southam Inc.*, [1995] F.C.J. n° 1092 (C.A.) (QL).

DOCTRINE

Areeda, Phillip E. et al. *Antitrust Law*, Vol. IIA, Toronto: Little, Brown & Co., 1995.

Crampton, Paul S. *Mergers and the Competition Act*, Toronto: Carswell, 1990.

Goldman, Calvin S. and John D. Bodrug. «The Hillsdown and Southam Decisions: The First Round of Contested Mergers Under the Competition Act» (1993), 38 *McGill L.J.* 724.

Hay, G. A. «Market Power in Antitrust» (1992), 60 *Antitrust L.J.* 807.

Kalinowski, Julian O. von et al. *Antitrust Laws and Trade Regulation*, Vol. 3, New York: Matthew Bender & Co. Inc., 1995.

Macdonald, David. «Product Competition in the Relevant Market Under the Sherman Act» (1954), 53 *Mich. L. Rev.* 69.

Note. «The Market: A Concept in Anti-Trust» (1954), 54 *Colum. L. Rev.* 580. *h*

Note. «The Supreme Court, 1963 Term» (1964), 78 *Harv. L. Rev.* 143.

Pitofsky, Robert. «New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust» (1990), 90 *Colum. L. Rev.* 1805.

Werden, Gregory J. «Market Delineation and the Justice Department's Merger Guidelines», [1983] *Duke L.J.* 514. *i*

Werden Gregory J. «The History of Antitrust Market Delineation» (1992), 76 *Marq. L. Rev.* 123.

APPEL du rejet par le Tribunal de la concurrence de la demande présentée par le directeur afin d'obte-

Southam Inc. to divest itself of two community newspapers acquired when it owned the only Vancouver area daily newspapers ((1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Comp. Trib.)). Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Stanley Wong, J. Kevin Wright, Donald B. Houston* for appellant (applicant).  
*Neil Finkelstein, Glenn Leslie, and John Quinn* for respondents (respondents).

## SOLICITORS:

*Davis & Company, Vancouver, and Stikeman, Elliott, Toronto*, for appellant (applicant).  
*Blake, Cassels & Graydon, Toronto*, for respondents (respondents).

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

ROBERTSON J.A.:

## I — INTRODUCTION

This appeal is brought by the Director of Investigation and Research (the Director) from that part of the decision of the Competition Tribunal (the Tribunal) dated June 2, 1992 [(1992), 43 C.P.R. (3d) 161] (the decision) wherein the Tribunal dismissed the Director's application for an order under section 92 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 19, 45] (the Act) requiring Southam Inc. (Southam) to divest itself of two community newspapers published in the Lower Mainland of British Columbia. The Director was unable to persuade the Tribunal that Southam's acquisition of the two community newspapers and its ownership of the only two daily newspapers published in the Lower Mainland was likely to prevent or lessen competition substantially in the retail print advertising market.

This appeal is of significance, not only because it is the first contested merger case under section 92 of the Act to reach this Court, but because it also raises three fundamental issues. The first stems from the Director's allegation that the Tribunal erred in failing

nir une ordonnance enjoignant à Southam Inc. de se dessaisir de deux journaux communautaires dont elle s'était portée acquéreur alors qu'elle possédait les seuls quotidiens de la région de Vancouver ((1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Trib. conc.)). Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Stanley Wong, J. Kevin Wright, Donald B. Houston* pour l'appelant (demandeur).  
*Neil Finkelstein, Glenn Leslie et John Quinn* pour les intimées (intimées).

## PROCUREURS:

*Davis & Company, Vancouver, et Stikeman, Elliott, Toronto*, pour l'appelant (demandeur).  
*Blake, Cassels & Graydon, Toronto*, pour les intimées (intimées).

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.:

## I — INTRODUCTION

Le directeur des enquêtes et recherches (le directeur) interjette appel de la partie de la décision en date du 2 juin 1992 [(1992), 43 C.P.R. (3d) 161] (la décision) dans laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a rejeté la demande présentée par le directeur en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19, 45] (la Loi), en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Southam Inc. (Southam) de se dessaisir de deux journaux communautaires publiés dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique. Le directeur n'a pas réussi à convaincre le Tribunal que l'acquisition de ces deux journaux communautaires par Southam, qui possède déjà les deux seuls quotidiens publiés dans le Lower Mainland, aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché de la publicité-détaillants imprimée.

Le présent appel est important non seulement parce qu'il s'agit de la première cause de fusionnement contesté dont la présente Cour est saisie en vertu de l'article 92 de la Loi, mais aussi parce qu'il soulève trois questions fondamentales. La première découle

to apply its stated approach to product market definition. As will become apparent, the analytical framework for determining whether the products produced by two merging firms are sufficiently close substitutes so as to be placed in the same product market is critical to the achievement of the objectives underlying the merger provisions of the Act. The second and third issues represent two of Southam's principal responses to the Director's allegation.

First, while denying that the Tribunal committed any reviewable error, Southam maintains that the question of market definition is one of fact for which leave to appeal is required pursuant to subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19. Such leave not having been sought, it is maintained that this Court lacks the requisite jurisdiction to review the Tribunal's decision. Second, and alternatively, even if market definition is found not to be a question of fact, Southam maintains that the Tribunal's findings on this issue fall squarely within its area of expertise and, accordingly, its decision must be treated with the degree of curial deference prescribed by the Supreme Court of Canada in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, and more recently in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. Implicit in this argument is the understanding that "correctness" is not the appropriate standard of review in this appeal.

## II — BACKGROUND

### 1. The Litigation

Southam is a diversified Canadian communication company whose principal business is newspaper publishing. Through a wholly-owned subsidiary, Pacific Press Limited, Southam currently owns the two Vancouver area daily newspapers, the *Vancouver Sun* and

de l'allégation du directeur selon laquelle le Tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas l'approche qu'il avait formulée pour la définition du marché du produit. Comme nous le verrons, le cadre d'analyse pour établir si les produits de deux entreprises fusionnantes sont des substituts suffisamment proches pour être inclus dans le même marché du produit est crucial pour l'atteinte des objectifs qui sous-tendent les dispositions de la Loi relatives aux fusions. Les deux autres questions représentent deux des principales réponses de Southam à l'allégation du directeur.

Premièrement, quoiqu'elle nie que le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire, Southam affirme que la question de la définition du marché est une question de fait à l'égard de laquelle une autorisation d'interjeter appel doit être obtenue aux termes du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19. Comme cette autorisation n'a pas été demandée, la présente Cour n'aurait pas la compétence voulue pour examiner la décision du Tribunal. Deuxièmement, et à titre subsidiaire, même s'il est établi que la définition du marché n'est pas une question de fait, Southam affirme que les conclusions du Tribunal sur cette question relèvent directement du champ d'expertise de ce dernier, de sorte que sa décision doit être traitée avec le degré de retenue prescrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, et, plus récemment, dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Ce qui est implicite dans cet argument, c'est l'idée que la «décision correcte» n'est pas la norme de contrôle applicable dans le présent appel.

## II — HISTORIQUE

### 1. Le litige

Southam est une entreprise de communication canadienne diversifiée dont la principale activité est la publication de journaux. Par l'entremise d'une filiale en propriété exclusive, Pacific Press Limited, Southam possède actuellement les deux quotidiens de



the *Province* (the Pacific Dailies). Both papers are circulated in the Lower Mainland of British Columbia and throughout the rest of the province. In a series of transactions carried out in 1989 and 1990, Southam acquired a direct or indirect controlling interest in thirteen community newspapers in the Lower Mainland, including the *North Shore News* and the *Vancouver Courier*. As well, Southam acquired three distribution businesses, two printing businesses and the *Real Estate Weekly*, a real estate advertising publication. Prior to the acquisitions, there were two independent competitors in the North Shore market for print real estate advertising: the *Homes* supplement of the *North Shore News* and the North Shore edition of the *Real Estate Weekly*.

Following these acquisitions, the Director applied to the Tribunal for an order pursuant to section 92 of the Act requiring Southam to dispose of its interests in the two community newspapers identified above, as well as the *Real Estate Weekly*. The Director alleged that control by Southam of the two community newspapers was likely to lessen or prevent competition substantially in the supply of print retail advertising services in various markets throughout the Lower Mainland. He also alleged that the acquisition of the *North Shores News*, with its *Homes* supplement, and the North Shore edition of the *Real Estate Weekly* would lessen or prevent competition substantially with respect to print real estate advertising services on the North Shore. In this appeal, we are not concerned with the dispute regarding Southam's acquisition of the *Real Estate Weekly*. That issue is the subject of an appeal initiated by Southam for which separate reasons have issued (see *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. Southam Inc.*, [1995] F.C.J. No. 1092 (C.A.) (QL). Accordingly, these reasons apply solely to that part of the Tribunal's decision (now reported at (1992), 43 C.P.R. (3d) 161) dealing with the acquisition of the two community newspapers and the print retail advertising services which they and the Pacific Dailies offer.

la région de Vancouver, à savoir le *Vancouver Sun* et le *Province* (les quotidiens de Pacific). Ces deux journaux sont distribués dans le Lower Mainland de la Colombie-Britannique et dans le reste de la province. Dans le cadre d'une série d'opérations effectuées en 1989 et en 1990, Southam a acquis une participation majoritaire directe ou indirecte dans treize journaux communautaires du Lower Mainland, dont le *North Shore News* et le *Vancouver Courier*. En outre, Southam a fait l'acquisition de trois entreprises de distribution, de deux imprimeries et de la publication immobilière *Real Estate Weekly*. Avant ces acquisitions, il y avait deux concurrents indépendants sur le marché du North Shore en ce qui a trait à la publicité immobilière imprimée: le supplément *Homes* du *North Shore News* et l'édition North Shore du *Real Estate Weekly*.

À la suite de ces acquisitions, le directeur a demandé au Tribunal, en vertu de l'article 92 de la Loi, de rendre une ordonnance enjoignant à Southam de se départir de ses intérêts dans les deux journaux communautaires susmentionnés, ainsi que dans le *Real Estate Weekly*. Selon le directeur, le contrôle de ces deux journaux communautaires par Southam aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans l'offre de services de publicité-détaillants imprimée sur divers marchés du Lower Mainland. Le directeur a en outre soutenu que l'acquisition du *North Shore News*, avec son supplément *Homes*, et de l'édition North Shore du *Real Estate Weekly* empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence à l'égard des services de publicité immobilière imprimée sur le North Shore. Dans le présent appel, la Cour ne s'occupe pas du litige concernant l'acquisition du *Real Estate Weekly* par Southam. Cette question a fait l'objet d'un appel interjeté par Southam à l'égard duquel des motifs distincts ont été rendus (voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. Southam Inc.*, [1995] F.C.J. n° 1092 (C.A.) (QL). En conséquence, les présents motifs se rapportent uniquement à la partie de la décision du Tribunal (maintenant publiée à (1992), 43 C.P.R. (3d) 161) qui porte sur l'acquisition des deux journaux communautaires et sur les services de publicité-détaillants imprimée offerts par ces deux journaux et les quotidiens de Pacific.

## 2. Lower Mainland Newspaper Industry

An important source of revenue for the Pacific Dailies is the sale of advertising to retailers. In 1991, the *Vancouver Sun* and the *Province* generated in excess of \$98 and \$46 million respectively in advertising revenues. Prior to the acquisitions, Southam had no interest, direct or indirect, in any community newspaper in the Lower Mainland.

The *North Shore News* is a controlled distribution community newspaper delivered free of charge three times a week to approximately 62,000 households in areas of Vancouver collectively referred to as the North Shore. It is common ground that this is an extremely affluent area of Vancouver and thus of particular interest to Lower Mainland advertisers. Of the approximately 1,000 community newspapers in Canada, the *North Shore News* is one of the largest (decision, at page 242). In 1989, this newspaper generated gross advertising revenues of \$9 million.

The *Vancouver Courier* is also a community newspaper distributed free of charge to households on the west side of the city of Vancouver every Wednesday and Sunday. The Sunday edition, however, is distributed to households on the east and west sides of Vancouver thereby increasing circulation to approximately 120,000. This community newspaper went into receivership in 1979 after attempting to publish on a daily basis, but subsequently was revitalized. In 1989, it generated gross advertising revenues of \$4.5 million.

The daily newspaper industry has been in decline throughout North America over the last decade where average household penetration (the number of copies sold per 100 households) has fallen, as has the industry's share of total net advertising revenues (decision, at pages 170-171). This phenomenon is equally applicable to the Pacific Dailies in the Lower Mainland. The *Vancouver Sun*'s average household penetration in its given city zone fell from 43% to 33% between 1985 and 1990. The *Province*'s penetration dropped from 25% to 22% during the same period (decision, at page 173).

## 2. Le domaine de la presse du Lower Mainland

Une partie importante des recettes des quotidiens de Pacific provient de la vente de publicité à des détaillants. En 1991, les recettes publicitaires du *Vancouver Sun* et du *Province* se sont élevées à plus de 98 et de 46 millions de dollars respectivement. Avant les acquisitions, Southam n'avait aucune participation directe ou indirecte dans un journal communautaire du Lower Mainland.

Le *North Shore News* est un journal communautaire à distribution contrôlée qui est distribué gratuitement trois fois par semaine dans quelque 62 000 foyers de secteurs de Vancouver collectivement appelés le North Shore. Il est reconnu qu'il s'agit d'une zone extrêmement riche de Vancouver, qui présente donc un intérêt particulier pour les annonceurs du Lower Mainland. Parmi le millier de journaux communautaires publiés au Canada, le *North Shore News* est l'un des plus importants (décision, à la page 242). En 1989, ce journal a rapporté des recettes publicitaires brutes de 9 millions de dollars.

Le *Vancouver Courier* est également un journal communautaire distribué gratuitement le mercredi et le dimanche dans des foyers du secteur ouest de la ville de Vancouver. L'édition du dimanche est en outre distribuée dans des foyers du secteur est de Vancouver, ce qui fait passer la circulation à environ 120 000 exemplaires. Ce journal communautaire a été mis sous séquestre en 1979 après qu'on eut tenté d'en faire un quotidien, mais il a par la suite été revitalisé. En 1989, il a rapporté des recettes publicitaires brutes de 4,5 millions de dollars.

Au cours de la dernière décennie, l'industrie des quotidiens a perdu du terrain partout en Amérique du Nord en raison du fléchissement du taux de pénétration moyen dans les foyers (le nombre d'exemplaires vendus pour 100 foyers) et de l'amenuisement de la part du total des recettes publicitaires nettes de l'industrie (décision, aux pages 170 et 171). Ce phénomène a également touché les quotidiens de Pacific dans le Lower Mainland. Le taux de pénétration moyen du *Vancouver Sun* dans sa zone urbaine est passé de 43 % à 33 % entre 1985 et 1990. Celui du *Province* est passé de 25 % à 22 % au cours de la même période (décision, à la page 173).

While the Pacific Dailies are said to be “uncommonly weak” in the Lower Mainland, the Tribunal found that the community newspapers are “uncommonly strong” (decision, at page 268). Unlike any other Canadian city, there are prospering community newspapers in all parts of the Pacific Dailies’ city zone. The relative strength of these community newspapers is attributed to the growing trend of retail advertisers for targeted marketing. Retailers place a premium on advertising vehicles that allow them to focus their message on specific trading areas with high household penetration. Daily newspapers, with their broad geographic circulation and comparatively low household penetration levels, are said to be ill-suited to meeting those targeted needs (decision, at pages 271-272 and 277-278).

The decline of the Pacific Dailies in relation to the community newspapers was also explained by the Pacific Dailies’ high and largely fixed costs. One group of advertisers use the community newspapers because they obtain local penetration in their trading areas at a lower cost than is possible with the Pacific Dailies (decision, at pages 189-190 and 277-278). The comparatively high cost of advertising in the Pacific Dailies has also caused many large multi-outlet retailers to shift their print advertising from “run-of-press” display ads to pre-printed inserts or what are commonly referred to as “free-standing flyers”. These cost less to produce and offer advertisers more control over printing, quality design and distribution (decision, at page 246). Most flyer advertisers require high levels of penetration in their targeted markets, which the Pacific Dailies alone cannot provide. By comparison, community newspapers are ideally situated to meet the distribution demands of flyer advertisers (decision, at page 272).

In an attempt to improve the performance of the Pacific Dailies, Southam implemented a number of measures beginning in 1987. First, Southam intro-

Le Tribunal a conclu que les journaux communautaires sont «singulièrement forts», tandis que les quotidiens de Pacific sont «singulièrement faibles» dans le Lower Mainland (décision, à la page 268). Contrairement à n’importe quelle autre ville canadienne, on trouve des journaux communautaires prospères dans tous les secteurs de la zone urbaine des quotidiens de Pacific. La vigueur relative de ces journaux communautaires est attribuée à la préférence grandissante des annonceurs détaillants pour un marketing ciblé. Les détaillants donnent beaucoup d’importance aux véhicules publicitaires qui leur permettent de concentrer leur message sur des zones commerciales précises ayant des taux de pénétration élevés. En raison de leur rayonnement géographique étendu et de leurs taux de pénétration dans les foyers relativement bas, les quotidiens ne permettraient pas de répondre à ces besoins ciblés (décision, aux pages 271 à 272 et 277 à 278).

Le recul des quotidiens de Pacific par rapport aux journaux communautaires a également été expliqué par les coûts élevés et en grande partie fixes des quotidiens de Pacific. Un groupe d’annonceurs utilise les journaux communautaires parce qu’ils offrent un taux de pénétration locale dans les zones commerciales de ces annonceurs à un tarif plus avantageux que celui des quotidiens de Pacific (décision, aux pages 189 à 190 et 277 à 278). Le coût assez élevé de la publicité dans les quotidiens de Pacific a également incité beaucoup de gros annonceurs ayant plusieurs points de vente au détail à délaissier la publicité à emplacement flottant pour les encarts préimprimés ou ce qu’on appelle communément les «prospectus détachés». Ceux-ci coûtent moins cher à produire et offrent aux annonceurs un plus grand contrôle sur l’impression, la conception de qualité et la distribution (décision, à la page 246). La plupart des annonceurs qui utilisent les prospectus exigent de forts taux de pénétration dans leurs marchés cibles, ce que les quotidiens de Pacific à eux seuls ne peuvent fournir. Par comparaison, les journaux communautaires sont dans une situation idéale pour satisfaire aux exigences de ces annonceurs en matière de distribution (décision, à la page 272).

Dès 1987, Southam a pris plusieurs mesures afin d’améliorer la performance des quotidiens de Pacific. Premièrement, elle a mis sur pied une entreprise de

duced "Flyer Force", a flyer distribution business which competed with the flyer services of the community newspapers. In so doing, Southam attempted to address the existing shortcoming in circulation and penetration by establishing an extended market coverage system in the Lower Mainland that would supplement the Pacific Dailies' reach by delivering flyers on behalf of the papers' advertisers to both subscribers and non-subscribers. Flyer Force lost an average of \$2 million per year while in operation and was terminated in early 1991 following Southam's acquisitions, with losses totalling approximately \$10 million (decision, at page 194). Part of the 1989-1990 acquisitions included three flyer distribution businesses which Southam believed to be the only ones considered reliable by advertisers (decision, at pages 240-241).

As a further measure to improve the performance of the Pacific Dailies, Southam decided, in 1988, to build a new plant in Surrey. The primary purpose of the new plant was to introduce a more modern, lower cost facility than the existing one. However, the Surrey Plant proposal offered the additional rationale of contributing to the launch of zoned supplements by Southam as a means of competing with the community newspapers (decision, at pages 195-196). A zoned supplement is a section of a daily newspaper containing advertising and editorial content of specific interest to a geographic community within the newspaper's circulation area. Southam did in fact proceed with one such supplement, the *North Shore Extra*, which was made part of the *Vancouver Sun* on the North Shore. It was also distributed by Flyer Force as a stand-alone publication to households on the North Shore which were not *Vancouver Sun* subscribers. The *North Shore Extra* was launched in September, 1988, but discontinued in April, 1990. Prior to its discontinuance, the *North Shore Extra* was losing \$20,000 per month (decision, at page 197). Following the acquisitions, Southam did not proceed with its plan for zoned supplements in other parts of the Lower Mainland.

distribution de prospectus, appelée «Flyer Force», pour faire concurrence aux services de distribution de prospectus des journaux communautaires. Par ce moyen, Southam cherchait à combler la lacune qui existait au chapitre de la distribution et de la pénétration en assurant une couverture de marketing étendue dans le Lower Mainland qui compléterait le rayonnement des quotidiens de Pacific grâce à la distribution de prospectus pour le compte des annonceurs de ces journaux aux abonnés et à des non-abonnés. Flyer Force a essuyé des pertes moyennes de 2 millions de dollars par année pendant son exploitation et a cessé ses activités au début de 1991, après les acquisitions faites par Southam. Au total, ses pertes se sont élevées à quelque 10 millions de dollars (décision, à la page 194). Parmi les acquisitions faites en 1989 et en 1990, il y avait trois entreprises de distribution de prospectus qui, selon Southam, étaient les seules que les annonceurs jugeaient fiables (décision, aux pages 240 et 241).

Southam a pris une autre mesure pour améliorer la performance des quotidiens de Pacific. En 1988, elle a décidé de faire construire une nouvelle imprimerie à Surrey. L'objectif premier de Southam était de mettre en place une installation plus moderne et plus économique que l'installation existante. Toutefois, le projet de l'installation de Surrey présentait la justification supplémentaire de contribuer au lancement de suppléments de zone par Southam, qui voyait là un moyen de faire concurrence aux journaux communautaires (décision, aux pages 195 et 196). Un supplément de zone est une section d'un quotidien qui renferme un contenu publicitaire et rédactionnel qui présente un intérêt particulier pour les lecteurs d'une collectivité géographique située dans la zone de tirage du quotidien. Southam a effectivement lancé un tel supplément, appelé le *North Shore Extra*, qui faisait partie du *Vancouver Sun* sur le North Shore. Ce supplément était également distribué par Flyer Force en tant que publication distincte dans des foyers du North Shore qui n'étaient pas abonnés au *Vancouver Sun*. Le *North Shore Extra* a été lancé en septembre 1988, mais a cessé de paraître en avril 1990. Avant sa disparition, le *North Shore Extra* perdait 20 000 dollars par mois (décision, à la page 197). Après les acquisitions, Southam n'a pas donné suite à son projet de lancer des suppléments de zone dans d'autres régions du Lower Mainland.

The community newspapers responded to these so-called “product innovations” introduced by Southam by forming groups offering advertisers the opportunity to purchase multiple advertising at a discount in one or more of the community newspapers within the group (see decision, at pages 257-259). The first successful effort was the formation of MetroVan in 1988 which included both the *Vancouver Courier* and *North Shore News*. Later in 1988, the MetroVan newspapers formed MetroGroup with ten community newspapers owned by Trinity Holdings Inc. Trinity Holdings also co-ordinated its papers’ discount rates through MetroValley. The purpose of MetroGroup was to challenge the Pacific Dailies for national and major retail advertising revenues in the Lower Mainland. The *North Shore News* and the *Vancouver Courier* remained members of the MetroGroup until acquired by Southam which, in 1990, established another community newspaper group, “VanNet Group”. That group consisted of twelve of the thirteen community newspapers acquired by Southam, including the *Vancouver Courier* and the *North Shore News*, as well as a number of other publications.

### III — THE PARTIES’ POSITION BEFORE THE TRIBUNAL

#### 1. The Director

On July 8, 1991, the Director filed an amended application for an order requiring, *inter alia*, the divestiture of the *North Shore News* and the *Vancouver Courier* on the ground that their acquisition by Southam was likely to prevent or lessen competition substantially in the market for “newspaper retail advertising services” in the North Shore and the city of Vancouver respectively. As to a “lessening” of competition, the Director alleged that the merger was “likely to enable Southam to unilaterally impose and maintain a material price increase in a substantial part of the [relevant retail advertising market] for a substantial period of time” (amended notice of application, Appeal Case, vol. 1, at pages 100 and 206). The Director argued that there were two ways in which a price increase could be implemented by Southam. First, it could raise the advertising rates in the *North Shore News* and the *Vancouver Courier* to

Les journaux communautaires ont réagi à ces «innovations au produit» de Southam en formant des groupes offrant aux annonceurs la possibilité d’acheter de la publicité multiple au rabais dans un ou plusieurs journaux communautaires faisant partie du groupe (décision, aux pages 257 à 259). Le premier effort couronné de succès a été la formation, en 1988, de MetroVan, qui comprenait le *Vancouver Courier* et le *North Shore News*. Plus tard en 1988, les journaux MetroVan ont formé MetroGroup avec dix journaux communautaires appartenant à Trinity Holdings Inc. Trinity Holdings coordonnait en outre le barème de rabais de ses journaux par l’entremise de MetroValley. L’objectif de MetroGroup était de faire la lutte aux quotidiens de Pacific pour attirer la clientèle des annonceurs nationaux et des gros annonceurs détaillants dans le Lower Mainland. Le *North Shore News* et le *Vancouver Courier* ont fait partie du MetroGroup jusqu’à ce qu’ils soient achetés par Southam qui, en 1990, a mis sur pied un autre groupe de journaux communautaires appelé «VanNet». Ce groupe se composait de douze des treize journaux communautaires acquis par Southam, dont le *Vancouver Courier* et le *North Shore News*, ainsi que de plusieurs autres publications.

### III — LA THÈSE DES PARTIES DEVANT LE TRIBUNAL

#### 1. Le directeur

Le 8 juillet 1991, le directeur a présenté une demande modifiée en vue d’obtenir une ordonnance prévoyant notamment le dessaisissement du *North Shore News* et du *Vancouver Courier* au motif que l’acquisition de ces journaux par Southam aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché des «services de publicité-détaillants par la presse» sur le North Shore et dans la ville de Vancouver respectivement. En ce qui concerne la «diminution» de la concurrence, le directeur a soutenu que le fusionnement [TRADUCTION] «permettrait vraisemblablement à Southam d’imposer unilatéralement et de maintenir une augmentation de prix substantielle sur une partie considérable du [marché de la publicité-détaillants pertinent] pendant une longue période» (avis de demande modifié, dossier conjoint, vol. 1, aux pages 100 et 206). Le directeur a soutenu que Southam pouvait

supra-competitive levels. Alternatively, the Pacific Dailies as well as the two community newspapers could raise their rates (decision, at page 269).

The Director also alleged that the acquisition of the two community newspapers in question was likely to "prevent" competition substantially "for the supply of multi-market newspaper retail advertising services throughout the Lower Mainland" (amended notice of application, Appeal Case, vol. 1, at page 215). The thrust of this argument is that the acquisition of the two community newspapers in question, which were the strongest community newspapers in the Lower Mainland, prevented the formation of an effective community newspaper group that was independent of the Pacific Dailies (decision, at page 287). In short, the *Vancouver Courier* and the *North Shore News* would not be participating in a community newspaper group which could offer effective competition against the Pacific Dailies. The Director also alleged that the acquisitions would prevent entry by a new daily using the *North Shore News* or a successful community newspaper group as a springboard (decision, at page 287).

## 2. Southam

Southam's initial argument was that the Pacific Dailies and the community newspapers are not in the same product market. That is to say that retail print advertising services in the Pacific Dailies is not a close substitute for that available from community newspapers, which offer higher household penetration at a lower cost when compared with the Pacific Dailies (amended response, Appeal Case, vol. I, at page 247). During the course of argument before the Tribunal, Southam maintained that retailers advertising in the community newspapers would not be sensitive to changes in price because they are using what they regard as a superior product, a product for which retail advertising in the Pacific Dailies is not a substitute (decision, at page 276). Alternatively, Southam argued that if the product market was found to

augmenter les prix de deux façons. Premièrement, elle pouvait faire passer les tarifs publicitaires dans le *North Shore News* et le *Vancouver Courier* à des niveaux plus élevés que le niveau concurrentiel.

<sup>a</sup> Deuxièmement, les quotidiens de Pacific ainsi que les deux journaux communautaires pouvaient augmenter leurs tarifs (décision, à la page 269).

<sup>b</sup> Le directeur a également soutenu que l'acquisition des deux journaux communautaires en question aurait vraisemblablement pour effet «d'empêcher» sensiblement la concurrence [TRADUCTION] «pour l'offre de services de publicité-détaillants par la presse sur plusieurs marchés dans tout le Lower Mainland» (avis de demande modifié, dossier conjoint, vol. 1, à la page 215). L'idée derrière cet argument est que l'acquisition des deux journaux communautaires en question, qui étaient les journaux communautaires les plus forts dans le Lower Mainland, avait empêché la formation d'un groupe de journaux communautaires efficace et indépendant des quotidiens de Pacific (décision, à la page 287). Bref, le *Vancouver Courier* et le *North Shore News* ne feraient pas partie d'un groupe de journaux communautaires qui pourrait livrer une concurrence efficace aux quotidiens de Pacific. Le directeur a également affirmé que les acquisitions empêcheraient un nouveau quotidien de faire son entrée en se servant du *North Shore News* ou d'un groupe de journaux communautaires prospère comme tremplin (décision, à la page 287).

## 2. Southam

<sup>g</sup> Southam a d'abord soutenu que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires ne sont pas sur le même marché du produit. En d'autres termes, les services de publicité-détaillants dans les quotidiens de Pacific ne sont pas un proche substitut des services de publicité-détaillants dans les journaux communautaires, qui offrent un taux de pénétration dans les foyers plus élevé et à un tarif plus avantageux que ne le font les quotidiens de Pacific (réponse modifiée, dossier conjoint, vol. I, à la page 247). Lors du débat devant le Tribunal, Southam a affirmé que les détaillants qui font paraître des annonces dans les journaux communautaires ne seraient pas sensibles à des variations de prix parce qu'ils utilisent ce qu'ils estiment être un produit supérieur auquel la publicité-détaillants dans les quotidiens de Pacific ne peut se

embrace print advertising in both the Pacific Dailies and community newspapers then it would be appropriate to broaden the market to include all other advertising channels, including television, radio, free-standing flyers (decision, at pages 178-179). Failing these arguments, Southam maintained that the acquisitions did not substantially lessen or prevent competition in the relevant market.

#### IV — THE TRIBUNAL'S DECISION

##### 1. Analytical Framework (decision, at pages 171-183)

The Tribunal stated that the central concern underlying merger analysis is whether the impugned merger will create, increase or preserve market power, which is defined as the ability of a firm or group of firms to maintain prices above the competitive level (decision, at pages 177-178). As a framework of analysis, the Tribunal accepted that it is first necessary to determine the relevant market within which market power can be measured. A relevant market has both a product and geographic dimension.

Since the geographic dimension of the market was not contested, the Tribunal addressed the product dimension in terms of whether the products offered by the merging firms are close substitutes. In turn, it was recognized that substitutability could be measured, at least in principle, by the extent to which buyers would switch from one product to another in response to changes in relative prices. As direct evidence of such, known as cross-elasticity of demand, was not available the Tribunal determined that it was necessary to draw on more "indirect evidence". At page 179, the Tribunal set out the framework that was to be followed:

Whether two or more goods or services are close substitutes can in principle be measured by the extent to which buyers would switch from one to another in response to a change in relative prices. This measurement, the cross-elasticity of

substituer (décision, à la page 276). À titre subsidiaire, Southam a prétendu que s'il était établi que le marché du produit englobe à la fois la publicité dans les quotidiens de Pacific et la publicité dans les journaux communautaires, alors il conviendrait d'élargir le marché pour inclure tous les autres supports publicitaires, notamment la télévision, la radio et les prospectus détachés (décision, aux pages 178 et 179). Si ces arguments n'étaient pas retenus, Southam a soutenu que les acquisitions n'empêchaient ni ne diminuaient sensiblement la concurrence sur le marché pertinent.

#### IV — LA DÉCISION DU TRIBUNAL

##### 1. Le cadre d'analyse (décision, aux pages 171 à 183)

Le Tribunal a déclaré que la question centrale qui sous-tend l'analyse d'un fusionnement est celle de savoir si le fusionnement contesté créera, accroîtra ou préservera une puissance commerciale, qui est définie comme la capacité d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de maintenir des prix plus élevés que le niveau concurrentiel (décision, aux pages 177 et 178). Pour l'établissement du cadre d'analyse, le Tribunal a convenu qu'il convenait d'abord de définir le marché pertinent sur lequel cette puissance commerciale peut être mesurée. Un marché pertinent a une dimension produit et une dimension géographique.

Comme la dimension géographique du marché n'était pas contestée, le Tribunal a abordé la dimension produit sous l'angle de la question de savoir si les produits offerts par les entreprises fusionnantes étaient de proches substituts. Il a reconnu que le caractère substitutif pouvait être établi, du moins en principe, par la mesure dans laquelle des acheteurs pourraient passer d'un produit à un autre en réaction à une modification des prix relatifs. Faute d'une preuve directe de ce critère de mesure, appelé élasticité croisée de la demande, le Tribunal a conclu qu'il fallait s'en tenir à une «preuve plus indirecte». À la page 179, le Tribunal a présenté la démarche qu'il entendait suivre:

En principe, pour déterminer si deux ou plusieurs biens ou services sont de proches substituts, il faut se demander dans quelle mesure les acheteurs pourraient passer de l'un à l'autre en réaction à une modification des prix relatifs. Ce critère de

demand, is rarely available. In practice it is usually necessary to draw on more indirect evidence such as the physical characteristics of the products, the uses to which the products are put, and whatever evidence there is about the behaviour of buyers that casts light on their willingness to switch from one product to another in response to changes in relative prices. The views of industry participants about what products and which firms they regard as actual and prospective competitors are another source of evidence that is sometimes available. In this case, the views of industry participants—newspaper suppliers and advertisers, including representatives from advertising agencies—have been the main source of information. This has been supplemented by the view of experts concerning the extent to which media and advertising vehicles may be substituted. The Director has relied very heavily on the views expressed in the internal documents of Southam and Pacific Press regarding competition between the dailies and the community newspapers and the means of confronting that competition. [Emphasis added.]

The Tribunal's extensive analysis (300 pages) deals initially with five topics: similarities and differences between daily and community newspapers in terms of product configuration; views and behaviour of Southam; views and behaviour of individual community newspapers in the Lower Mainland; views and behaviour of retail advertisers; and evidence relating to community newspaper groups. After arriving at certain critical conclusions regarding product market, the Tribunal proceeded to canvass two other topics: entry into community newspaper publishing and the matter of substantial lessening and prevention of competition.

Before reviewing the topics set out above, the Tribunal considered what was meant by "newspaper retail print advertising services" which had been alleged by the Director to be the relevant product market. The Tribunal held that it consisted of retail advertising using display, or "run-of-press" advertising, which is advertising interspersed with editorial content. By definition, classified advertising was excluded as was national advertising because of "price discrimination", a concept which need not be addressed herein (decision, at page 181). However, the Tribunal also found that the product in question included flyers inserted into newspapers or otherwise delivered (decision, at page 183).

mesure, soit l'élasticité croisée de la demande, est rarement présent. En pratique, il faut habituellement s'en tenir à une preuve plus indirecte comme les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d'un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs. L'opinion des participants de l'industrie sur les produits et les firmes qu'ils considèrent comme étant leurs concurrents réels et potentiels est aussi une source de preuve sur laquelle on peut parfois compter. En l'espèce, l'opinion des participants de l'industrie, c'est-à-dire les fournisseurs et les annonceurs des journaux, ainsi que des représentants des agences publicitaires, ont été la principale source d'information, laquelle fut complétée par l'opinion d'experts quant au caractère substitutif des médias et des véhicules publicitaires. Le directeur s'est appuyé abondamment sur des opinions exprimées dans des documents internes de Southam et de Pacific Press concernant la concurrence entre les quotidiens et les journaux communautaires, et les moyens de faire face à cette concurrence. [Non souligné dans l'original.]

Le Tribunal a amorcé son analyse circonstanciée (quelque 300 pages) en abordant cinq sujets: les similarités et les différences entre les quotidiens et les journaux communautaires du point de vue de la configuration du produit; les opinions et le comportement de Southam; les opinions et le comportement des journaux communautaires dans le Lower Mainland; les opinions et le comportement des annonceurs détaillants; et la preuve relative aux groupes de journaux communautaires. Après être arrivé à certaines conclusions importantes à propos du marché du produit, le Tribunal a entrepris l'examen de deux autres sujets: l'entrée dans le domaine de l'édition des journaux communautaires et la question de l'empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence.

Avant de traiter les sujets susmentionnés, le Tribunal a examiné le sens de l'expression «services de publicité-détaillants par la presse» employée par le directeur pour désigner le marché du produit pertinent. Le Tribunal a déclaré qu'il s'agissait de la publicité des annonceurs détaillants faite sous forme de publicité par grandes annonces ou de «publicité à emplacement flottant», qui est de la publicité intercalée au contenu rédactionnel. Par définition, la publicité par les petites annonces a été exclue, de même que la publicité des annonceurs nationaux en raison d'une «discrimination par les prix», concept qu'il ne convient pas d'examiner dans les présents motifs (décision, à la page 181). Toutefois, le Tribunal a également conclu que le produit en question compre-



nait les encarts publicitaires dans les journaux et les prospectus distribués par d'autres moyens (décision, à la page 183).

2. Similarities/Differences between Dailies/Community Newspapers (decision, at pages 184-190)

In the context of retail print advertising, the Tribunal found that the most important differences between daily and community newspapers are circulation, penetration and cost. Community newspapers offer high penetration in local areas, which the Tribunal found to be a relative strength over dailies. Differences in penetration and circulation also translate into different advertising rate structures for the Pacific Dailies and community newspapers. While the former's advertising rates are much higher than the latter's, the Tribunal found it difficult to make price comparisons because of the different attributes of the respective newspapers. Despite that difference, the Tribunal concluded that many retailers are willing to use either the Pacific Dailies or the community newspapers, or both, and that for them the critical considerations relate to coverage and penetration (decision, at page 187).

The Tribunal also found that many advertisers in community newspapers are local retailers who draw their customers exclusively or primarily from the area covered by the community newspaper. These local advertisers are attracted to the lower cost and higher penetration offered by community newspapers (decision, at page 189). The Tribunal found that 50% of the advertisers in the community newspapers were local advertisers whose trading area was too small to use the Pacific Dailies profitably. The Tribunal excluded this group of advertisers from the relevant market because these advertisers would not switch to the Pacific Dailies in response to small changes in relative price in the community newspapers. At pages 189-190, the Tribunal reasoned:

<sup>a</sup> 2. Similarités et différences entre les quotidiens et les journaux communautaires (décision, aux pages 184 à 190)

<sup>b</sup> S'agissant de la publicité-détaillants imprimée, le Tribunal a conclu que les différences les plus importantes entre les quotidiens et les journaux communautaires sont le tirage, le taux de pénétration et le coût. Les journaux communautaires offrent un taux élevé de pénétration dans les zones locales, ce qui, selon le Tribunal, est l'une de leurs forces par rapport aux quotidiens. Les différences en ce qui a trait au taux de pénétration et au tirage entraînent également des différences entre les barèmes publicitaires des quotidiens de Pacific et des journaux communautaires. Bien que les tarifs publicitaires des quotidiens de Pacific soient beaucoup plus élevés que ceux des journaux communautaires, le Tribunal a conclu qu'il était difficile de comparer les prix à cause des attributs différents des journaux respectifs. Malgré cette différence, le Tribunal est arrivé à la conclusion que de nombreux détaillants sont prêts à recourir soit aux quotidiens de Pacific, soit aux journaux communautaires, ou aux deux, et que la couverture et le taux de pénétration sont des facteurs importants à leurs yeux (décision, à la page 187).

<sup>c</sup> Le Tribunal a également conclu que de nombreux annonceurs dans les journaux communautaires sont des détaillants locaux dont la clientèle provient exclusivement ou en majeure partie de la zone couverte par le journal communautaire. Ces annonceurs locaux sont attirés par les tarifs plus avantageux et le taux plus élevé de pénétration dans les foyers offerts par les journaux communautaires (décision, à la page 189). Le Tribunal a conclu que 50 % des annonceurs dans les journaux communautaires étaient des annonceurs locaux dont la zone commerciale était trop restreinte pour qu'il soit rentable d'annoncer dans les quotidiens de Pacific. Le Tribunal a exclu ce groupe d'annonceurs du marché pertinent parce que ceux-ci ne se tourneraient pas vers les quotidiens de Pacific en réponse à des changements minimes dans les prix relatifs de la publicité dans les journaux commu-

There is therefore no debate about the existence of a significant volume of advertising by retailers that do not qualify as part of the relevant market. The relative size and the price sensitivity of this group of advertisers are critical to a determination of the likely effects of the acquisitions. This group disciplines the ability of the community newspapers to raise prices in a way that is independent of competition with the dailies. If the community newspapers were to raise prices, roughly 50% of their retail advertisers (by revenue) would either swallow the increase or reduce their volume in part or altogether. While they might move to other vehicles, the dailies certainly would not benefit.

In light of this finding, the Tribunal indicated that it remained to be determined whether the remaining 50% of advertisers that use or might use the Pacific Dailies regard them and the community newspapers as substitutes "in the sense that these advertisers would change the volume of advertising from one vehicle to another in response to small changes in relative price" (decision, at page 190).

### 3. Views and Behaviour of Southam (decision, at pages 191-213)

The Tribunal found that Southam was concerned by the strength of the community newspapers in the Lower Mainland. However, it also held that the fact that Southam may have regarded the community newspapers as competitors was not in and of itself sufficient to place them both in the same product market: "Competition means many things to many people" (decision, at page 191). The issue remained whether the Pacific Dailies and community newspapers are effective substitutes for retail print advertising services. The Tribunal did acknowledge, however, that the views expressed by Southam were an "important source of information" and that the Director had relied heavily on the views expressed by Southam in its internal documents (decision, at pages 179 and 191).

In this regard, the Tribunal reviewed: (a) a consulting report prepared for Southam; (b) Southam's introduction of a flyer distribution business and a

taires. Aux pages 189 et 190, le Tribunal s'est exprimé en ces termes:

Il n'y a donc pas de litige quant à l'existence d'un important volume de publicité par des détaillants qui ne se qualifient pas comme faisant partie du marché pertinent. La taille relative et la sensibilité aux prix de ce groupe d'annonceurs sont des facteurs critiques pour déterminer les effets vraisemblables des acquisitions, car ce groupe discipline la capacité des journaux communautaires d'augmenter leurs prix indépendamment de la concurrence avec les quotidiens. Si les journaux communautaires haussaient leurs prix, quelque 50 % de leurs annonceurs détaillants (en termes de recettes), soit accepteraient la hausse, soit réduiraient leur volume en tout ou en partie. Même s'ils se tournaient vers d'autres véhicules publicitaires, ce ne sont certainement pas les quotidiens qui en profiteraient.

Étant donné cette conclusion, le Tribunal a indiqué qu'il restait à déterminer si l'autre 50 % des annonceurs qui utilisent ou pourraient utiliser les quotidiens de Pacific considère ces quotidiens et les journaux communautaires comme des substituts «en ce sens que ces annonceurs transféreraient leur volume de publicité d'un médium à l'autre en réponse à des changements minimes dans les prix relatifs» (décision, à la page 190).

### 3. Opinions et comportement de Southam (décision, aux pages 191 à 213)

Le Tribunal a conclu que la vigueur des journaux communautaires dans le Lower Mainland était une source d'inquiétude pour Southam. Toutefois, il a également affirmé que le fait que Southam puisse avoir considéré les journaux communautaires comme des concurrents ne suffisait pas pour qu'on les place dans le même marché du produit: «La concurrence peut être interprétée de bien des façons selon les personnes en cause» (décision, à la page 191). Il s'agissait de déterminer si les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires sont des substituts efficaces sur le marché des services de publicité-détaillants imprimée. Le Tribunal a toutefois reconnu que les opinions exprimées par Southam étaient une «importante source de renseignements» et que le directeur s'était appuyé abondamment sur les opinions exprimées par Southam dans ses documents internes (décision, aux pages 179 et 191).

À cet égard, le Tribunal a examiné: a) un rapport préparé pour Southam; b) la mise sur pied d'une entreprise de distribution de prospectus et le lance-

zoned supplement on the North Shore; (c) Southam's concern with respect to price sensitivity of advertisers; (d) Southam's reasons for acquiring the *Vancouver Courier* and the *North Shore News*; and (e) marketing of the Pacific Dailies.

(a) The Urban Report (decision, at pages 192-193)

In 1986, Dr. Christine Urban, a newspaper industry consultant, was hired by Southam to prepare a study and to recommend strategies for improving the performance of the Pacific Dailies. Dr. Urban found that the community newspapers were at least partly responsible for the relatively low advertising revenues earned by the Pacific Dailies when compared to dailies operated by Southam in other parts of the country. In her report she stated (decision, at page 192):

What is the reason for this substantial difference in market performance seen between Vancouver and other markets? We believe strongly that it is the large number of aggressive weeklies in Vancouver, which are siphoning revenues (logically) due to the Sun and/or Province by virtue of their readership and market presence.

Dr. Urban's report also considered several strategies for improving the performance of the Pacific Dailies. Ultimately, she recommended that Southam adopt a strategy to reduce the Pacific Dailies' high costs. Although not part of her principal strategy, Dr. Urban also recommended that Southam "construct a strategy" to compete with the community newspapers. At page 192 of its decision, the Tribunal reproduced the relevant portion of her report:

Despite these factors, Pacific Press must consciously and proactively construct a strategy to aggressively compete with the weeklies: a strategy that, at worst, will continue to preserve the dailies' 27% share and, at best, blunt the weeklies' ability to form better/stronger confederations. It would be especially dangerous if the weeklies were given any "open" period of time in which to operate with impunity, consolidating the gains they may have made with major advertisers and having the opportunity to teach advertisers new comparative criteria for their selection of print media.

ment d'un supplément de zone sur le North Shore par Southam; c) la préoccupation de Southam au sujet de la sensibilité aux prix des annonceurs; d) les raisons pour lesquelles Southam a fait l'acquisition du *Vancouver Courier* et du *North Shore News*; et e) le marketing des quotidiens de Pacific.

a) Le rapport Urban (décision, aux pages 192 et 193)

En 1986, Southam a retenu les services d'une consultante de l'industrie des journaux, Christine Urban, pour préparer une étude et recommander des stratégies afin d'améliorer la performance des quotidiens de Pacific. Mme Urban a conclu que les journaux communautaires étaient responsables, du moins en partie, des recettes publicitaires assez faibles encaissées par les quotidiens de Pacific par rapport aux quotidiens exploités par Southam ailleurs au pays. Voici ce qu'elle a déclaré dans son rapport (décision, à la page 192):

[TRADUCTION] Quelle est la raison de cette différence sensible de performance entre le marché de Vancouver et les autres marchés? Nous croyons fermement que c'est le grand nombre d'hebdomadaires dynamiques que l'on retrouve à Vancouver qui siphonnent les recettes qui (logiquement) devraient revenir au Sun et/ou au Province, en raison de leur bassin de lecteurs et de leur présence sur le marché.

Dans son rapport, Mme Urban présentait également plusieurs stratégies pour améliorer la performance des quotidiens de Pacific. En fin de compte, elle a recommandé que Southam adopte une stratégie pour abaisser les coûts élevés des quotidiens de Pacific. Même si cela ne faisait pas partie de sa stratégie principale, Mme Urban a également recommandé que Southam «bâti[sse] une stratégie» pour faire concurrence aux journaux communautaires. Le Tribunal a cité l'extrait pertinent du rapport de Mme Urban à la page 192 de sa décision:

[TRADUCTION] Malgré ces facteurs, Pacific Press doit, de façon consciente et proactive, bâtir une stratégie pour livrer une concurrence dynamique aux hebdomadaires: une stratégie qui, au pire, permettra de préserver la part de 27 % des quotidiens, et, au mieux, d'émousser la capacité des hebdomadaires de former des alliances supérieures. Il serait particulièrement dangereux que les hebdomadaires puissent disposer d'une période «ouverte» au cours de laquelle ils pourraient fonctionner sans entrave, consolider les gains qu'ils auraient pu faire auprès des gros annonceurs et avoir la chance d'enseigner aux annonceurs de nouveaux critères de comparaison dans leur choix des médias imprimés.

With respect to this passage, the Tribunal made two initial comments. First, the reference by Dr. Urban to the 27% share consisted of "total local advertising dollars spent on all media" in the Lower Mainland which suggested a broad view of the market. On the other hand, the Tribunal observed that "there is no discussion in the report that relates to media or advertising vehicles other than community newspapers." The Tribunal accepted the fact that the community newspapers continued to gain strength after 1985 as evidenced by the fact that they had an increasing share of overall advertising revenues. The Tribunal concluded that the community newspapers in the Lower Mainland continued to grow relative to the Pacific Dailies (decision, at page 193).

(b) Flyer Force and North Shore Extra (decision, at pages 193-200)

As discussed earlier, Southam adopted a number of measures in an attempt to attract more advertising. The first was the introduction of Flyer Force, a flyer delivery system delivering to households in a given circulation area, including those that do not subscribe to the Pacific Dailies. The Tribunal found that while Flyer Force was in existence, the Pacific Dailies and the community newspapers were in the same relevant product market and that it was most likely that Flyer Force was discontinued for financial reasons and not because of the acquisitions (decision, at pages 195 and 197).

The second step adopted by Southam was the introduction of a zoned supplement. When the decision was taken in 1988 to build a new printing plant, one of the additional rationales offered for the project was that the plant could contribute to the planned launch of zoned supplements as a means of competing with the community newspapers. This rationale was offered by Mr. Perks, a Southam executive, in a document reproduced in part by the Tribunal at page 195 of its decision:

As shown in the 1986 Urban Report . . . the community newspapers in 1986 held an abnormally high share of the Lower

Le Tribunal a fait deux remarques initiales au sujet de cet extrait. Premièrement, la part de 27 % évoquée par Mme Urban était constituée des «recettes totales de la publicité locale dans tous les médias» du Lower Mainland, ce qui semblait indiquer une définition large du marché. Deuxièmement, le Tribunal a fait remarquer qu'«aucune discussion dans le rapport ne porte sur des médias ou des véhicules publicitaires autres que les journaux communautaires». Le Tribunal a reconnu que les journaux communautaires n'ont cessé de se renforcer après 1985 comme l'indique le fait qu'ils s'étaient approprié une plus large part des recettes publicitaires globales. Le Tribunal a conclu que les journaux communautaires dans le Lower Mainland ont continué de prendre de l'expansion par rapport aux quotidiens de Pacific (décision, à la page 193).

b) Flyer Force et le North Shore Extra (décision, aux pages 193 à 200)

Comme nous l'avons vu plus haut, Southam a pris plusieurs mesures afin d'attirer les annonceurs en plus grand nombre. La première a consisté à mettre sur pied un système de distribution de prospectus appelé «Flyer Force» qui dessert les foyers situés dans un secteur donné, y compris ceux qui ne sont pas abonnés aux quotidiens de Pacific. Le Tribunal a conclu que, pendant la période où Flyer Force a été exploité, les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient sur le même marché du produit pertinent, et qu'il était fort probable que Flyer Force avait été fermé pour des raisons financières et non à cause des acquisitions (décision, aux pages 195 à 197).

La deuxième mesure prise par Southam a été le lancement d'un supplément de zone. Lorsque la décision a été prise en 1988 de construire une nouvelle imprimerie, l'une des justifications additionnelles qui a été fournie au soutien du projet était que l'installation contribuerait au lancement projeté de suppléments de zone en tant que moyen de faire concurrence aux journaux communautaires. Cette justification a été présentée par un cadre de Southam, M. Perks, dans un document que le Tribunal a partiellement reproduit à la page 195 de sa décision:

[TRADUCTION] Comme l'a démontré le rapport Urban de 1986, . . . les journaux communautaires détenaient, en 1986,

Mainland print medium advertising and flyer distribution business.

Despite the introduction of Flyer Force, which in 1988 will produce \$2 million positive swing in the contribution of inserts to Pacific Press, the community newspapers continue to consolidate their position. [This statement of Flyer Force's contribution seems highly exaggerated in light of the available information on the Sun's insert revenues discussed above.]

Pacific Press has delayed plans to launch the first "Sun Plus", which is the working title for a series of weekly zoned products. Profit pressure in 1988 caused this delay. Unless we are prepared to concede (forever?) a substantial portion of what is normally daily newspaper business to the community newspapers, this project must be activated in 1989. [Emphasis added.]

Mr. Perks testified that he included the references to the zoned supplement at the request of the Pacific Dailies' management and that he did not believe that the zoned supplement could succeed in regaining lost business. His view was that an "irreversible flow" to the community newspapers had occurred (decision, at page 196).

The *North Shore Extra* was the only community newspaper launched by Southam but was discontinued shortly after the acquisition of the *North Shore News*. With respect to the *North Shore Extra*, the Tribunal concluded that its introduction indicated that the Pacific Dailies, in their traditional format, were not in the same product market. The Tribunal asked: "If the dailies and the community newspapers are already in the same market, why would the dailies consider starting community newspapers?" (decision, at page 200). (The issue is not whether daily and community newspapers are in the same product market as suggested by this passage; see also decision, at pages 274-275 and the Tribunal's ultimate conclusion on this point, at page 278.)

(c) Price Sensitivity of Advertisers (decision, at pages 200-201)

At page 200 of its decision, the Tribunal reproduced a portion of a Southam document suggesting that if one of the Pacific Dailies, the *Province*, were to raise its advertising rates substantially, that paper

une part anormalement élevée de la publicité dans les médias imprimés du Lower Mainland et dans les activités de distribution des prospectus.

Malgré le lancement de Flyer Force, qui injectera une somme de 2 millions de dollars en 1988 à la contribution des encarts à Pacific Press, les journaux communautaires continuent de consolider leur position. [Cet énoncé au sujet de la contribution de Flyer Force paraît très exagéré compte tenu des renseignements existants sur les recettes du Sun provenant des encarts dont il a été question plus haut.]

Pacific Press a retardé le lancement du premier «Sun Plus», qui est le titre de travail d'une série de produits hebdomadaires zonés. La pression de faire des profits en 1988 en est la cause. À moins que nous ne soyons prêts à concéder (pour de bon?) aux journaux communautaires une portion substantielle de ce qui est normalement le volume d'affaires des quotidiens, le projet doit être mis sur pied en 1989. [Non souligné dans l'original.]

M. Perks a déclaré dans son témoignage qu'il avait fait référence au supplément de zone à la demande de la direction de Pacific Press et qu'il ne pensait pas que le supplément pouvait réussir à récupérer la clientèle perdue. Selon lui, un «courant irréversible» avait été créé vers les journaux communautaires (décision, à la page 196).

Le *North Shore Extra* est le seul journal communautaire que Southam a lancé, mais sa publication a été abandonnée peu après l'acquisition du *North Shore News*. S'agissant du *North Shore Extra*, le Tribunal a conclu que son lancement indiquait que les quotidiens de Pacific, sous leur forme traditionnelle, n'étaient pas sur le même marché du produit. Le Tribunal a posé la question suivante: «Si les quotidiens et les journaux communautaires sont déjà sur le même marché, pourquoi les quotidiens voudraient-ils lancer des journaux communautaires?» (décision, à la page 200). (La question n'est pas celle de savoir si les quotidiens et les journaux communautaires sont sur le même marché du produit comme cet extrait le donne à penser; voir aussi la décision, aux pages 274 et 275, et la conclusion finale du Tribunal sur ce point, à la page 278.)

(c) Sensibilité des annonceurs aux prix (décision, aux pages 200 et 201)

À la page 200 de sa décision, le Tribunal cite un extrait d'un document de Southam dans lequel il est donné à entendre que si l'un des quotidiens de Pacific, à savoir le *Province*, devait augmenter ses tarifs

would lose its “low-end” advertisers. That document reads in part:

But none of these reasons will entice clients who cannot afford Pacific Press rates. They will be forced to go to the weeklies. If the Province were to dramatically raise its ad rates, Pacific Press would then be leaving the low end of the market to the weeklies.

The Tribunal concluded that this type of evidence was not useful in deciding whether two products are close substitutes in the sense that “a small change in the price of *either* product will result in a shift of purchases” (Tribunal’s emphasis). Evidence with respect to advertisers for whom affordability was not a problem was felt to be a better indicator of substitutability. The full reasoning of the Tribunal is found at pages 200-201:

Even this bald statement is not free of ambiguity with respect to substitutability between the dailies and the community newspapers. While some form of substitution is implied in the quotation, it is not of the sort that one ordinarily looks for in deciding that two products are close substitutes and therefore in the same market, namely, that a small change in the price of *either* product will result in a shift of purchases. The quotation implies that advertisers would be forced by limited budgets to switch from the dailies to the community newspapers. At least as important as the expressed concern about these advertisers is the absence of any reference to a loss of advertisers for whom affordability was not an issue. Movement by those advertisers to the community papers consequent upon a daily price increase would more clearly indicate substitutability.

(d) Reasons for Acquisitions—Prices Paid (decision, at pages 201-209)

The Tribunal considered whether the acquisition of the two community newspapers in question was for investment purposes or whether the motivation was to eliminate these newspapers as competitors of the Pacific Dailies and to preclude other potential buyers from taking advantage of the former’s strategic value (decision, at page 201). One strand of evidence consisted of documents prepared by Southam executives. Another strand related to the prices paid for the two community newspapers.

publicitaires de façon appréciable, le journal perdrait ses annonceurs «bas de gamme». Ce document est en partie libellé ainsi qu’il suit:

[TRADUCTION] Mais aucune de ces raisons n’attirera les clients qui n’ont pas les moyens de payer les tarifs de Pacific Press. Ils seront forcés de se tourner vers les hebdomadaires. Si la Province augmentait ses tarifs de façon spectaculaire, Pacific Press laisserait alors le bas de gamme du marché aux hebdomadaires.

Le Tribunal a conclu que ce genre de preuve n’était pas utile pour décider si deux produits sont de proches substituts, c’est-à-dire qu’«un changement minime dans le prix de *l’un ou l’autre* fera modifier les habitudes d’achat» (mis en italiques par le Tribunal). Le Tribunal a estimé que la preuve relative aux annonceurs pour qui les contraintes budgétaires n’existent pas était un meilleur indicateur du caractère substitutif. Le raisonnement intégral du Tribunal figure aux pages 200 et 201:

Même cette froide assertion n’est pas sans ambiguïté pour ce qui est du caractère substitutif des quotidiens aux journaux communautaires. Bien que l’on puisse déceler dans la citation une certaine forme de substitution, elle n’est pas de celles que l’on recherche ordinairement lorsqu’il s’agit de décider si deux produits sont de proches substituts, et donc dans le même marché, c’est-à-dire qu’un changement minime dans le prix de *l’un ou l’autre* fera modifier les habitudes d’achat. La citation laisse à entendre que les annonceurs, en raison de leur budget limité, seraient forcés de passer des quotidiens aux journaux communautaires. Le fait qu’on a nullement fait référence à la perte d’annonceurs pour qui les contraintes budgétaires n’existent pas est, à tout le moins, aussi important que le souci manifesté à l’endroit de ces annonceurs. Que ces annonceurs se tournent vers les journaux communautaires par suite d’une hausse de prix des quotidiens, voilà qui traduirait plus clairement un caractère substitutif.

d) Motifs des acquisitions—Prix payés (décision, aux pages 201 à 209)

Le Tribunal a examiné la question de savoir si les deux journaux communautaires en question avaient été acquis dans le but de faire un investissement ou parce qu’on avait l’intention d’éliminer ces journaux en tant que concurrents des quotidiens de Pacific et d’empêcher d’autres acheteurs éventuels de tirer parti de leur valeur stratégique (décision, à la page 201). Une facette de la preuve consistait en des documents préparés par des cadres de Southam. L’autre facette avait trait aux prix payés pour l’achat des deux journaux communautaires.

With respect to the documentary evidence, the Tribunal turned to a memorandum prepared by Mr. Perks and distributed to other executives in preparation for a meeting with the Southam board regarding the acquisition of the community newspapers. That document together with the testimony of Mr. Perks led the Tribunal to conclude that the acquisitions were intended to achieve three strategic purposes: (1) to prevent the possibility of the *North Shore News* being purchased for the purpose of launching a third daily in competition with the *Pacific Dailies*; (2) to preclude financial losses to the *Pacific Dailies* and a corresponding benefit to the community newspapers in the event of the former experiencing further labour problems; and (3) to prevent the formation of a hostile community newspaper group (decision, at page 202).

As to the strategic importance of the *North Shore News* as a springboard to a third daily, the Tribunal held that this evidence was not relevant to the issue of product market. Rather it went to the question of whether the acquisitions had the effect of substantially preventing competition (decision, at page 202).

With respect to the second strategic purpose, the Tribunal acknowledged the permanent losses suffered by Southam as a result of a number of labour strikes. The *Pacific Dailies* had been shut down by a strike in November, 1978, to July, 1979, and again for two months in 1984. A rumoured strike in 1987 never materialized. During these periods, the community newspapers benefitted greatly as “[c]ustomers of the dailies flocked to [the community newspapers] to fulfill their newspaper advertising needs” (decision, at page 204). However, the Tribunal characterized the fact that advertisers turned to community newspapers during strikes as “very weak evidence of substitutability since they had little choice” (decision, at page 204). Such evidence merely established that, in the short run, community newspapers are the closest substitutes for the *Pacific Dailies*. (These conclusions do not relate to the question originally posed. As for the third strategy, it was inexplicably dealt with under the issue “prices paid”.)

En ce qui concerne la preuve documentaire, le Tribunal s’est intéressé à une note de service que M. Perks a rédigée et envoyée à d’autres dirigeants en vue d’une réunion avec le conseil d’administration de Southam au sujet de l’acquisition des journaux communautaires. Ce document ainsi que le témoignage de M. Perks ont amené le Tribunal à conclure que les acquisitions visaient à atteindre trois objectifs stratégiques: (1) empêcher l’éventualité de l’achat du *North Shore News* par quelqu’un qui s’en servirait pour lancer un troisième quotidien qui ferait concurrence aux quotidiens de Pacific; (2) empêcher les quotidiens de Pacific de subir des pertes financières et les journaux communautaires de réaliser un bénéfice correspondant dans le cas où les quotidiens de Pacific seraient une fois de plus aux prises avec des problèmes de relations de travail; et (3) empêcher la formation d’un groupe de journaux communautaires ennemi (décision, à la page 202).

Pour ce qui est de l’importance stratégique du *North Shore News* en tant que tremplin pour le lancement d’un troisième quotidien, le Tribunal a statué que cette preuve était étrangère à la question du marché du produit. Elle se rapportait plutôt à la question de savoir si les acquisitions avaient eu pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence (décision, à la page 202).

Pour ce qui est du deuxième objectif stratégique, le Tribunal a reconnu les pertes permanentes subies par Southam à la suite de plusieurs grèves. Les quotidiens de Pacific ont dû cesser leurs activités à cause d’une grève qui a eu lieu entre novembre 1978 et juillet 1979, et d’une autre grève de deux mois en 1984. La menace de grève qui planait au début de 1987 ne s’est jamais concrétisée. Pendant ces périodes, les journaux communautaires ont été très avantagés par ces grèves puisque «[l]es clients des quotidiens se sont précipités dans les journaux communautaires pour combler leurs besoins en publicité par la presse» (décision, à la page 204). Le Tribunal a toutefois déclaré que le fait que les annonceurs se soient tournés vers les journaux communautaires pendant les grèves «donne très peu de poids à la question du caractère substitutif, car ils avaient peu de choix» (décision, à la page 204). Cette preuve établit simplement que, à court terme, les journaux communautaires sont le plus proche substitut des quotidiens de

The evidence disclosed that Southam had paid a premium price for both the *North Shore News* and the *Vancouver Courier* (decision, at page 208). The Director argued that this evidence supported the view that these community newspapers were acquired for strategic or anti-competitive reasons and not for investment purposes. The Tribunal concluded that the two community newspapers were not purchased solely as stand-alone investments (decision, at page 209). The Tribunal then went on to determine that the evidence was inconclusive as to whether they were purchased for the purpose of defeating a hostile community newspaper group. The evidence merely showed that the *Vancouver Courier* and *North Shore News* were more valuable in combination than when operated and marketed separately (decision, at page 209).

(e) Marketing of the Pacific Dailies (decision, at pages 209-213)

In support of his argument that the Pacific Dailies and the community newspapers are in the same product market, the Director referred to market research efforts by the Pacific Dailies and to brochures and other marketing aids prepared for the use of their sales representatives when dealing with advertising clients. Generally, the Tribunal did not find the evidence helpful as the research efforts embraced all types of advertising and not just the print media (see decision, at pages 208-212).

Another strand of evidence related to the efforts of the Pacific Dailies to track those persons who were advertising in the community newspapers and the flyers carried by them for the purpose of identifying potential advertisers. While Southam's witness testified that tracking had been confined to advertising in the flyers, the Tribunal accepted the evidence of the Director's witness that tracking had been carried out with regard to both. The Tribunal concluded, how-

Pacific. (Ces conclusions ne se rapportent pas à la question initialement soulevée. Quant à la troisième stratégie, elle a inexplicablement été traitée sous la rubrique «prix payés».)

Il est ressorti de la preuve que Southam avait acheté le *North Shore News* et le *Vancouver Courier* au prix fort (décision, à la page 208). Le directeur a soutenu que cette preuve appuyait le point de vue selon lequel ces journaux communautaires avaient été acquis pour des raisons stratégiques ou anti-concurrentielles et non dans le but de faire un investissement. Le Tribunal a conclu que les deux journaux communautaires n'avaient pas été achetés uniquement parce qu'ils représentaient un bon investissement (décision, à la page 209). Il a ensuite déclaré que la preuve n'était pas probante sur la question de savoir si les journaux communautaires avaient été achetés dans le but d'empêcher la création d'un groupe de journaux communautaires ennemi. La preuve révélait tout au plus que le *Vancouver Courier* et le *North Shore News* avaient plus de valeur ensemble que lorsqu'ils étaient exploités et commercialisés séparément (décision, à la page 209).

(e) Marketing des quotidiens de Pacific (décision, aux pages 209 à 213)

Au soutien de l'argument selon lequel les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires sont sur le même marché du produit, le directeur a fait état des efforts déployés par les quotidiens de Pacific pour effectuer des études de marché, ainsi que des dépliants et autres outils de marketing mis à la disposition de leurs représentants de commerce pour traiter avec les annonceurs. De façon générale, le Tribunal n'a pas trouvé que cette preuve était utile car les efforts de recherche englobaient tous les types de publicité et pas seulement les médias imprimés (décision, aux pages 208 à 212).

Un autre volet de la preuve avait trait aux efforts des quotidiens de Pacific pour repérer les personnes qui plaçaient des annonces dans les journaux communautaires et leurs encarts afin de trouver des annonceurs éventuels. Bien que le témoin de Southam ait déclaré que ce repérage s'était limité à la publicité dans les encarts, le Tribunal a accepté le témoignage du témoin du directeur voulant que le repérage ait été effectué à l'égard des deux. Le Tribunal a toutefois



ever, that this evidence involved “only one of many strands bearing on the delineation of the product market” (decision, at page 213).

4. Community Newspapers’ Viewpoint (decision, at pages 213-218)

The Tribunal found that the sales department of the *North Shore News* monitors all media on the North Shore for leads, including magazines, television and radio, in addition to the *Pacific Dailies*. The only significant conclusion of the Tribunal is found at page 216:

Thus, it is apparent that North Shore News sales staff continue to approach all major daily advertisers. The North Shore News continues to survey its readers in order to develop arguments that their representatives can use when soliciting advertisers that use the dailies, with particular emphasis on comparative penetration.

5. Views and Behaviour of Advertisers (decision, at pages 218-257)

The Tribunal considered the anecdotal evidence of a number of advertisers regarding their use of electronic media and print advertising. With respect to the former, the Tribunal concluded that it was a weak substitute for print advertising and therefore these two products were not in the same market. The Tribunal reasoned that there are two ways to establish substitutability between print advertising and electronic media. One is through “a direct response to a price change that leads to a change in the use of advertising vehicles” (decision, at page 224). On this point, the Tribunal found that the witnesses did not refer to a “single case” where a switch was prompted by a change in prices. The other means of establishing substitutability was by reference to indirect evidence that the two vehicles are used for the same purpose. The Tribunal found that multiple price/product advertising cannot be produced effectively other than in print and particularly in newspaper display advertising and flyers. Accordingly, advertising on television and radio was found not to be close substitutes for display advertising purposes (decision, at pages 224-225).

conclu que ces témoignages ne portaient «que sur une des nombreuses facettes touchant la délimitation du marché du produit» (décision, à la page 213).

4. Le point de vue des journaux communautaires (décision, aux pages 213 à 218)

Le Tribunal a conclu que le service des ventes du *North Shore News* dépouillait tous les médias sur le North Shore, y compris les magazines, la radio et la télévision en plus des quotidiens de Pacific, pour chercher des annonceurs éventuels. La seule conclusion importante du Tribunal est formulée à la page 216:

Il est donc manifeste que le personnel de vente du North Shore News continue de solliciter tous les gros annonceurs des quotidiens. Le North Shore News mène encore des sondages auprès de ses lecteurs afin d’élaborer des arguments que les représentants peuvent invoquer auprès des annonceurs des quotidiens en mettant l’accent sur des comparaisons en ce qui a trait au taux de pénétration.

5. Opinions et comportement des annonceurs (décision, aux pages 218 à 257)

Le Tribunal a examiné la preuve anecdotique d’un certain nombre d’annonceurs concernant l’usage qu’ils font des médias électroniques et de la publicité imprimée. En ce qui concerne les médias électroniques, le Tribunal a conclu qu’ils étaient de faibles substituts de la publicité imprimée et, partant, que ces deux produits n’étaient pas sur le même marché. Le Tribunal a expliqué qu’il y a deux façons de démontrer que les médias électroniques peuvent se substituer aux médias imprimés. La première consiste en «une réponse directe à une modification des prix qui incite à changer de véhicule publicitaire» (décision, à la page 224). Sur ce point, le Tribunal a déclaré que les témoins n’ont pas mentionné «un seul cas» où le passage de l’un à l’autre avait été provoqué par un changement dans les prix. La seconde façon de démontrer la possibilité de substitution est plus indirecte et consiste à prouver que les deux véhicules servent aux mêmes fins. Le Tribunal a conclu que, pour être efficace, la publicité multi-prix/multi-produits doit être imprimée, plus particulièrement sous forme de grandes annonces dans les journaux et sous forme de prospectus. Par conséquent, la télévision et la radio n’ont pas été considérées comme de proches

As for those using display advertising, the Director produced several witnesses in support of his argument that retail advertisers in the Lower Mainland regard the Pacific Dailies and community papers as interchangeable vehicles for conveying their advertising message to consumers. The Tribunal found that the Director's advertising witnesses were not always clear on the rationale for their print advertising strategies. As well, the Tribunal observed that the Director did not systematically pursue the question of price sensitivity as between daily and community newspapers (decision, at pages 235-236). Some witnesses were not asked how they would respond to a hypothetical price increase in either the Pacific Dailies or the community newspapers. Some who were so asked testified that they would not return to the daily newspapers even if confronted by a rate increase because of the latter's poor penetration in the trading areas (decision, at pages 236-237).

The only other evidence of price sensitivity was a survey conducted by Angus Reid on behalf of Southam (see decision, at pages 251-257). However, the Tribunal held that the results of the survey could not be relied upon because of a serious methodological error made in the course of the survey. Consequently, the survey's results were ignored by the Tribunal.

In the final analysis, the Tribunal found that there was no direct evidence that display advertisers would switch between the Pacific Dailies and community newspapers in response to a change in relative prices. With respect to indirect evidence of substitutability, the Tribunal held that the similar purposes achieved by advertising in the Pacific Dailies and the community newspapers should not be adopted when evaluating substitutability. At page 238, the Tribunal reasoned:

substituts de la publicité par grandes annonces (décision, aux pages 224 et 225).

En ce qui concerne les annonceurs qui utilisent la publicité par grandes annonces, le directeur a fait entendre plusieurs témoins au soutien de la thèse selon laquelle les annonceurs détaillants dans le Lower Mainland considèrent les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires comme des véhicules interchangeables pour transmettre leur message publicitaire aux consommateurs. Le Tribunal a conclu que les explications fournies par ces annonceurs pour justifier leurs stratégies de publicité imprimée n'étaient pas toujours claires. En outre, le Tribunal a fait remarquer que le directeur n'avait pas poursuivi systématiquement la question de la sensibilité aux prix entre les quotidiens et les journaux communautaires (décision, aux pages 235 et 236). On a omis de demander à certains témoins comment ils réagiraient dans l'éventualité d'une augmentation de prix dans les quotidiens de Pacific ou les journaux communautaires. Certains de ceux à qui la question a été posée ont déclaré qu'ils ne retourneraient pas aux quotidiens même s'ils devaient faire face à une hausse des tarifs parce que ceux-ci ont un faible taux de pénétration dans les zones commerciales (décision, aux pages 236 et 237).

La seule autre preuve relative à la sensibilité aux prix réside dans une enquête effectuée par Angus Reid pour le compte de Southam (décision, aux pages 251 à 257). Le Tribunal a cependant statué qu'on ne pouvait pas se fier aux résultats de cette enquête parce qu'une grave erreur méthodologique avait été commise pendant l'enquête. En conséquence, le Tribunal n'a pas tenu compte des résultats de l'enquête.

En dernière analyse, le Tribunal est arrivé à la conclusion qu'il n'existait pas de preuve directe que les annonceurs ayant recours à la publicité par grandes annonces délaisseraient les quotidiens de Pacific pour les journaux communautaires en réaction à un changement dans les prix relatifs. En ce qui concerne la preuve indirecte du caractère substitutif, le Tribunal a déclaré qu'on ne devait pas adopter la notion de fins similaires de la publicité dans les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires pour évaluer le caractère substitutif. Le Tribunal s'est exprimé en ces termes à la page 238:

As with substitution between the print and electronic media, substitution between daily and community newspapers can be shown directly or indirectly. The first type of evidence has not been apparent in the testimony of the Director's advertiser witnesses. The changes in newspaper use were not prompted by any discernible change in prices. With respect to indirect evidence of the use of both for the same purpose, it is a matter of determining whether "purpose" can be inferred from the content of the advertisement and the circumstances related to the use of a particular vehicle. Almost by definition it can be said that community newspapers are used to reach customers in the respective areas where the papers are distributed and that dailies are used to reach customers throughout the Lower Mainland. It is not helpful to adopt this notion of purpose when evaluating whether dailies and community newspapers are effective substitutes.

6. Community Newspaper Groups (decision, at pages 257-268)

In considering evidence relating to community newspaper groups, the Tribunal noted that it was not possible to determine whether the new business attracted to the community newspapers was a result of the availability of group discounts or "simple adjustments in the way existing advertisers deal with the various community newspapers" (decision, at page 262). The Tribunal concluded that while there was an increase in group sales, there was no evidence to suggest that such sales constituted new advertising business. In light of the data, it was reasonable to infer that the increased sales came from existing customers who would normally have placed their advertising directly with the community newspapers (decision, at page 262). The Tribunal's formal conclusion at this stage reads as follows (at page 267):

In conclusion, on the basis of the available evidence the Tribunal is not convinced that the multi-paper discount is an important factor in the community newspapers' ability to attract business from the dailies or, in fact, that the new business coming to the community newspapers through the groups would otherwise advertise in the dailies.

7. Conclusions Regarding Product Market (decision, at pages 268-279)

The Tribunal found that "community newspapers are uncommonly strong in the Lower Mainland and the dailies are uncommonly weak", a fact which concerned the Pacific Dailies and which caused them to

Comme dans le cas entre les médias imprimés et les médias électroniques, la substitution entre les quotidiens et les journaux communautaires peut être démontrée de façon directe ou indirecte. Aucune preuve directe n'est ressortie du témoignage des annonceurs appelés par le directeur. Les changements relatifs à l'utilisation des journaux n'ont pas été motivés par aucun changement perceptible des prix. Quant à la preuve indirecte de l'utilisation des deux véhicules aux mêmes fins, il s'agit de déterminer si les dites «fins» procèdent du contenu de l'annonce et des circonstances entourant l'utilisation d'un véhicule en particulier. On pourrait même affirmer que les journaux communautaires sont utilisés pour rejoindre la clientèle dans les zones respectives de diffusion et que les quotidiens sont utilisés pour rejoindre la clientèle de tout le Lower Mainland. Il n'est pas utile d'adopter cette notion des «fins» pour déterminer si les quotidiens et les journaux communautaires sont des substituts efficaces.

6. Les groupes de journaux communautaires (décision, aux pages 257 à 268)

Lorsqu'il a examiné la preuve relative aux groupes de journaux communautaires, le Tribunal a fait remarquer qu'il n'était pas possible d'établir si les nouveaux annonceurs dans les journaux communautaires avaient été attirés par l'offre de rabais sur les achats collectifs ou s'il s'agissait d'«annonceurs existants qui ont simplement modifié leurs rapports avec les divers journaux communautaires» (décision, à la page 262). Le Tribunal a conclu que les ventes du groupe avaient augmenté, mais que rien ne permettait de conclure que cette augmentation était constituée de nouvelles ventes. Compte tenu de ces données, il était raisonnable de conclure que l'augmentation des ventes était attribuable à des clients existants qui auraient normalement placé leurs annonces directement dans les journaux communautaires (décision, à la page 262). La conclusion officielle du Tribunal à ce stade-ci est ainsi libellée (à la page 267):

En conclusion, selon la preuve dont on dispose, le Tribunal n'est pas convaincu que le rabais multi-presse est un important facteur de la capacité des journaux communautaires d'attirer de la clientèle des quotidiens, ou que les nouveaux clients venant aux journaux communautaires par l'entremise des groupes autrement annonceraient dans les quotidiens.

7. Conclusions relatives au marché du produit (décision, aux pages 268 à 279)

Le Tribunal a conclu que «[d]ans le Lower Mainland, les journaux communautaires sont singulièrement forts et les quotidiens singulièrement faibles». C'est une situation qui préoccupait les quotidiens de

seek “means of coping with the attraction of the community newspapers for advertisers” (decision, at page 268). In broad terms, the Tribunal concluded that the Pacific Dailies and the community newspapers were in competition but that “a more focused analysis”<sup>a</sup> was required to determine whether they were in the same market.

In dealing with the product dimension of the relevant market, the Tribunal referred to two “conceptual frameworks” that ran throughout the evidence and argument (decision, at page 270). The so-called narrow framework focussed on Southam’s post-merger ability to exercise market power and raise prices for print retail advertising in the Lower Mainland. (Presumably, this framework relates to the issue of whether the merger is likely to lessen or prevent competition substantially as the Tribunal made no further reference to same.) The broader framework was found to embrace all dimensions of competition between the Pacific Dailies and the community newspapers and consists of two parts.

One part addressed the Director’s argument that the strength of the community newspapers could be attributed to the Pacific Dailies’ inability to compete more effectively and that the success of the community newspapers at the expense of the Pacific Dailies was proof that both were in the same product market. By acquiring the community newspapers, Southam was avoiding the need to compete more effectively (decision, at page 270). On this issue, the Tribunal concluded that the reasons underlying the present strength of the community newspapers was of secondary importance to the evidence that bore directly on whether the products of the respective newspapers are substitutes for one another (decision, at page 272).

The second part of the broad approach is directed at the two ways in which the Pacific Dailies and the community newspapers could conceivably compete for advertising dollars. One is through product modifications which make the respective newspapers more

Pacific et qui les a amenés à chercher «des moyens de composer avec l’attraction qu’exerçaient les journaux communautaires auprès des annonceurs» (décision, à la page 268). En termes généraux, le Tribunal a conclu que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient en concurrence, mais qu’il fallait «une analyse plus rigoureuse» pour déterminer s’ils étaient sur le même marché.

<sup>b</sup> En ce qui concerne la dimension produit du marché pertinent, le Tribunal a déclaré que deux «cadres conceptuels» ressortaient de la preuve et de l’argumentation (décision, à la page 270). Le cadre étroit était axé sur la capacité de Southam d’exercer une puissance commerciale et d’augmenter les prix de la publicité-détaillants dans le Lower Mainland après le fusionnement. (Ce cadre se rapporte probablement à la question de savoir si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence puisque le Tribunal n’en a plus reparlé.) Le cadre plus large englobait toutes les dimensions de la concurrence entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires, et il comporte deux parties.

<sup>c</sup> La première partie se rapporte à l’argument du directeur selon lequel la vigueur des journaux communautaires pourrait être attribuée à l’impuissance des quotidiens de Pacific à livrer une concurrence plus efficace, et que le succès des journaux communautaires aux dépens des quotidiens de Pacific était la preuve qu’ils étaient tous sur le même marché du produit. En acquérant les journaux communautaires, Southam se soustrayait à la nécessité de livrer une concurrence plus efficace (décision, à la page 270). Sur ce point, le Tribunal a conclu que les raisons de la vigueur actuelle des journaux communautaires avaient une importance secondaire par rapport à la preuve portant directement sur la question de savoir si les quotidiens et les journaux communautaires pouvaient se substituer l’un à l’autre (décision, à la page 272).

<sup>d</sup> La deuxième partie de l’approche large concerne les deux façons dont les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires peuvent, en théorie, se faire concurrence pour attirer les annonceurs. La première consiste à apporter des modifications aux pro-

attractive to purchasers, the other is with respect to price.

Turning to product modifications in the context of the community newspapers, the Tribunal noted that one possibility was to increase the number of weekly editions thereby providing advertisers with a broader choice and thus matching more closely what the Pacific Dailies have to offer. The second product modification referred to by the Tribunal was the creation of community newspaper groups and the attempt to attract more advertising dollars through group buys. In response, the Tribunal concluded that the evidence failed to demonstrate that this product modification was successful in attracting advertisers of the Pacific Dailies to the community newspapers (decision, at page 273).

Turning to the product modifications introduced by the Pacific Dailies, the Tribunal acknowledged that Southam's Flyer Force was in the same market as the community newspapers at the time of the acquisitions. By contrast, Southam's introduction of the *North Shore Extra* was found not to be related to the main business of the Pacific Dailies and therefore the zoned supplement constituted a separate product (decision, at page 274). The Tribunal concluded that the introduction of a zoned supplement did not prove that the Pacific Dailies and community newspapers were in the same market (decision, at pages 274-275). (At page 278, the Tribunal held that with the introduction of the *North Shore Extra*, the Pacific Dailies and the community newspapers were in the same market with respect to display advertising on the North Shore.)

With respect to price competition, the Tribunal was not convinced that the community newspapers, either individually or through group discounts, geared their advertising rates to the Pacific Dailies. While acknowledging that Southam was concerned that if the Pacific Dailies' advertising rates increased appreciably small advertisers would be forced to go to the community newspapers, the Tribunal deemed this weak evidence of price sensitivity because only the

duits qui rendront les journaux respectifs plus attrayants auprès des annonceurs, tandis que la seconde se rapporte aux prix.

<sup>a</sup> En ce qui concerne les modifications au produit des journaux communautaires, le Tribunal a fait remarquer qu'une possibilité était d'augmenter le nombre d'éditions par semaine, pour ainsi offrir aux annonceurs un choix plus vaste et se rapprocher beaucoup de ce que les quotidiens de Pacific pouvaient offrir. Le Tribunal a parlé d'une deuxième modification, soit la création de groupes de journaux communautaires pour tenter d'attirer un plus grand nombre d'annonceurs au moyen d'achats collectifs. À cet égard, le Tribunal a déclaré que rien ne permettait de conclure que cette mesure avait permis aux journaux communautaires d'attirer des annonceurs provenant des quotidiens de Pacific (décision, à la page 273).

<sup>e</sup> En ce qui concerne les modifications que les quotidiens de Pacific ont apportées à leur produit, le Tribunal a reconnu que Flyer Force de Southam était sur le même marché que les journaux communautaires au moment des acquisitions. Par contre, le *North Shore Extra* lancé par Southam n'était pas, selon le Tribunal, rattaché à l'activité principale des quotidiens de Pacific et, partant, le supplément de zone constituait un produit distinct (décision, à la page 274). Le Tribunal a conclu que le lancement d'un supplément de zone ne prouvait pas que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient sur le même marché (décision, aux pages 274 et 275). (À la page 278, le Tribunal affirme qu'avec le lancement du *North Shore Extra*, les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient sur le même marché en ce qui concerne la publicité par grandes annonces sur le North Shore.)

<sup>i</sup> Quant à la concurrence par les prix, le Tribunal n'était pas convaincu que les journaux communautaires, que ce soit de façon individuelle ou au moyen de rabais sur les achats collectifs, alignaient leurs tarifs publicitaires sur ceux des quotidiens de Pacific. Il a reconnu que Southam était préoccupée par le fait que les petits annonceurs seraient obligés de se tourner vers les journaux communautaires si les tarifs publicitaires des quotidiens de Pacific augmentaient

smaller advertisers would be so affected (decision, at page 275).

The Tribunal then referred to the evidence of Mr. Perks who had testified to the fact that the smaller advertisers had left the *Vancouver Sun* some time ago and that there was no chance they would shift their advertising back to that paper. After stating that this evidence was consistent with the conclusion that the business lost by the Pacific Dailies to the community newspapers was part of a “one-way flow” (decision, at page 275), the Tribunal posited that if “it was high rates that drove the smaller advertisers away, then lower rates could bring them back” (decision, at page 275). It is at this point in its reasons that the Tribunal began its extensive analysis relating to cross-elasticity.

The Tribunal stated the “key question” as follows (decision, at page 276):

The key question regarding the shift from the dailies to the community newspapers is whether this is the kind of substitution that occurs when a better product is introduced, or whether it reflects the weighing of combinations of characteristics of two products that are seen as offering very similar value per dollar. In the first scenario the superior product gradually replaces the existing product. While it may appear that the products are in the same market, they are not; customers are insensitive to prices and would not return to the old product in response to a small change in relative prices.

The above passage raises the central issue in terms of whether advertisers are insensitive to “small change[s] in relative prices” because they view advertising in the community newspapers as a superior product for which the Pacific Dailies are not a substitute. The Tribunal then outlined the Director’s position (decision, at page 276):

On the other hand, the Director’s allegations imply that a sufficiently large segment of users of community newspapers and dailies are sensitive to the relative cost of the two vehicles and would significantly change which vehicle they use in response to fairly small changes in price. Counsel for the Director argues that advertising decisions are complex and that advertisers have difficulty pinpointing the role of relative prices in their decisions. This is undoubtedly true. Price is just

de façon appréciable, mais il a considéré qu’il s’agissait d’une preuve peu convaincante de la sensibilité aux prix étant donné que seuls les plus petits annonceurs seraient touchés (décision, à la page 275).

<sup>a</sup> Le Tribunal s’est ensuite reporté au témoignage de M. Perks qui a déclaré que les plus petits annonceurs avaient délaissé le *Vancouver Sun* depuis un certain temps et qu’il n’y avait aucune chance qu’ils reviennent à ce journal. Après avoir déclaré que cette preuve était compatible avec la conclusion selon laquelle la perte de clientèle par les quotidiens de Pacific au profit des journaux communautaires faisait partie d’un «phénomène à sens unique» (décision, à la page 275), le Tribunal a présumé que si «ce sont les tarifs élevés qui ont chassé les plus petits annonceurs, alors des tarifs plus bas pourraient les ramener» (décision, à la page 275). C’est à ce stade-ci de ses motifs que le Tribunal a commencé son analyse circonstanciée de l’élasticité croisée.

Le Tribunal a énoncé la «question clé» en ces termes (décision, à la page 276):

<sup>e</sup> La question clé en ce qui a trait au passage des quotidiens aux journaux communautaires est de savoir s’il s’agit du genre de substitution qui se produit lorsqu’un meilleur produit est introduit, ou s’il reflète l’appréciation des combinaisons de caractéristiques de deux produits considérés comme offrant une valeur très semblable pour chaque dollar dépensé. Dans le premier scénario, le produit supérieur remplace graduellement le produit existant. Même s’il apparaît que les produits soient sur le même marché, ils ne le sont pas; les consommateurs ne se préoccupent pas des prix et ne reviendront pas à l’ancien produit dans l’éventualité d’un changement mineur dans les prix relatifs.

Cet extrait soulève la question centrale qui consiste à déterminer si les annonceurs sont insensibles à des «changement[s] mineur[s] dans les prix relatifs» parce qu’ils considèrent la publicité dans les journaux communautaires comme un produit supérieur auquel les quotidiens de Pacific ne peuvent se substituer. Le Tribunal a ensuite exposé la thèse du directeur (décision, à la page 276):

<sup>i</sup> Par ailleurs, les allégations du directeur impliquent qu’un segment suffisamment large d’utilisateurs des journaux communautaires et des quotidiens sont sensibles aux prix relatifs des deux véhicules, et passeraient considérablement de l’un à l’autre devant des changements assez minimes dans les prix. L’avocat du directeur fait valoir que les décisions en matière de publicité sont complexes et que les annonceurs ont de la difficulté à cerner le rôle des prix relatifs dans leurs décisions.

one of many variables that the advertisers have to take into account because advertising vehicles are highly differentiated products. Are the products in question here too highly differentiated for buyers to respond to small price changes? There are obvious differences and similarities between the dailies and the community newspapers. There is no reason to review them.

After stating that there are obvious differences between the Pacific Dailies and the community newspapers, the Tribunal concluded that the onus was on the Director to demonstrate that advertisers regard the two products as highly similar and that there is high demand elasticity. At pages 276-277, the critical issue was formulated as follows:

In light of the differences, it is incumbent on the Director to show that buyers regard the two products as highly similar and that small changes in relative price would cause a significant shift in advertising volume between the two vehicles. Evidence showing that advertisers use one or the other vehicle mainly because of the characteristics of the particular vehicle suggests the opposite. [Emphasis added.]

The last sentence in the above passage indicates that advertisers remain insensitive to price changes because of the advantages or disadvantages associated with advertising in one type of newspaper as opposed to the other. Continuing on at page 277, the Tribunal concluded:

There is in fact no evidence before the tribunal that advertisers are highly sensitive to the relative prices of the dailies and the community newspapers. With community newspapers throughout the Lower Mainland, with two and sometimes three editions per week, with apparently good overall quality including secure distribution, the community newspapers appear to have become the preferred vehicle for many advertisers that formerly relied solely on the dailies. The evidence is that the ability to obtain very high household penetration in the areas from which they draw customers is a major advantage that advertisers find in community newspapers. They are unlikely to be willing to give that up simply because the cost of advertising in the dailies goes down. With their present product configurations the dailies and community newspapers are at best weak substitutes for some advertisers. [Emphasis added.]

The Tribunal's negative finding on price sensitivity was based, in part, on its finding that a "high" proportion of advertisers in the community newspapers are "not candidates for the dailies: their trade is

Cela est sans aucun doute vrai. Les prix ne sont qu'une des nombreuses variables que doivent peser les annonceurs, car les véhicules publicitaires sont des produits très différents. Est-ce que les produits en question ici sont différents au point de ne pas faire réagir les acheteurs devant un changement minime de prix? Il existe des différences et des points communs évidents entre les quotidiens et les journaux communautaires. Il n'y a aucune raison de les revoir.

Après avoir déclaré qu'il existait des différences évidentes entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires, le Tribunal a conclu qu'il incombait au directeur de démontrer que les annonceurs considèrent les deux produits comme étant hautement similaires et qu'il y a une forte élasticité de la demande. La question fondamentale a été formulée ainsi qu'il suit aux pages 276 et 277:

Sur le plan des différences, il incombe au directeur de démontrer que les acheteurs considèrent les deux produits comme étant hautement similaires et que des changements minimes dans les prix relatifs provoqueraient un déplacement important du volume publicitaire d'un véhicule à l'autre. La preuve démontrant que les annonceurs utilisent l'un ou l'autre véhicule surtout en fonction des caractéristiques propres à chacun laisse à entendre le contraire. [Non souligné dans l'original.]

Il ressort de la dernière phrase de cet extrait que les annonceurs demeurent insensibles à des variations de prix en raison des avantages ou des inconvénients rattachés à la publicité dans un type de journaux par opposition à l'autre. Le Tribunal est arrivé à la conclusion suivante à la page 277:

En fait, le Tribunal ne dispose d'aucune preuve selon laquelle les annonceurs sont hautement sensibles aux prix relatifs des quotidiens et des journaux communautaires. Étant présents dans tout le Lower Mainland, offrant deux et parfois trois éditions par semaine et offrant apparemment un produit de bonne qualité dans son ensemble, y compris une distribution assurée, les journaux communautaires semblent être devenus le véhicule préféré de nombreux annonceurs qui s'en remettaient auparavant uniquement aux quotidiens. La preuve démontre que, pour les annonceurs, la possibilité d'obtenir un taux très élevé de pénétration dans les régions d'où proviennent leurs clients est un atout majeur des journaux communautaires. Il y a peu de chances qu'ils laissent tomber cet avantage simplement parce que les quotidiens baissent leurs tarifs publicitaires. Étant donné la structure actuelle de leurs produits, les quotidiens et les journaux communautaires représentent au mieux, pour certains annonceurs, de faibles substituts. [Non souligné dans l'original.]

La conclusion négative du Tribunal sur la sensibilité aux prix est en partie fondée sur la constatation qu'une «grande» partie des annonceurs des journaux communautaires ne sont «pas des clients potentiels

too local.” As to “high reach” or “multi-outlet”, advertisers who use both the Pacific Dailies and the community newspapers there was some evidence of price sensitivity but no evidence that it was greater than among the small advertisers in the community newspapers. (Presumably, the Tribunal was referring to the two groups of advertisers discussed earlier in its reasons; see *supra*, at pages 19-20, and decision, at pages 189-190.] This conclusion is found at page 277:

A high proportion of advertisers in the community newspapers are not candidates for the dailies: their trade is too local. While there is *some* price sensitivity vis-à-vis dailies and community newspapers among multi-outlet or high reach advertisers, there is no evidence that it is greater than among the smaller advertisers in community newspapers vis-à-vis the alternatives that are open to them.

At page 278, the Tribunal reiterated its earlier conclusion that the evidence does not support the contention that “small changes in relative prices” would induce advertisers to shift from one type of newspaper to the other:

Thus, the evidence regarding the demand for newspaper advertising leads the tribunal to conclude that the community newspapers and the dailies are very weak substitutes: small changes in relative prices are not likely to induce a significant shift by advertisers from one type of newspaper to the other. Although community newspapers have over time succeeded in attracting business from the dailies, this has been caused more by changes in the conditions facing advertisers than by their responses to changes in price.

In reaching this conclusion the Tribunal did acknowledge that the Pacific Dailies and the community newspapers had been competing for advertisers through product modifications. In regard to Flyer Force and the *North Shore Extra*, the Pacific Dailies and the community newspapers were in the same product market with respect to display advertising. Nonetheless, the Pacific Dailies and the community newspapers were found to be too weak substitutes to be considered part of the same product market. At page 278, the Tribunal reasoned:

des quotidiens, leur rayonnement étant trop local». Quant aux annonceurs ayant de «multiples points de vente» ou «dont le rayonnement est très vaste» et qui utilisent les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires, ils présentaient une certaine sensibilité aux prix, mais rien ne permettait de conclure qu'elle était plus aiguë que chez les plus petits annonceurs des journaux communautaires. (Le Tribunal faisait probablement allusion aux deux groupes d'annonceurs dont il avait parlé précédemment dans ses motifs; voir ci-dessus, aux pages 19-20, et la décision, aux pages 189 et 190.) Cette conclusion figure à la page 277:

Une grande partie des annonceurs des journaux communautaires ne sont pas des clients potentiels des quotidiens, leur rayonnement étant trop local. Bien qu'il existe *une certaine* sensibilité aux prix des quotidiens et des journaux communautaires auprès des annonceurs ayant de multiples points de vente ou dont le rayonnement est très vaste, il n'existe aucune preuve qu'elle soit plus aiguë qu'auprès des plus petits annonceurs des journaux communautaires vis-à-vis des solutions de rechange dont ils peuvent se prévaloir.

À la page 278, le Tribunal a réitéré sa conclusion antérieure voulant que la preuve n'appuie pas la prétention selon laquelle «un changement minime dans la relativité des prix» inciterait les annonceurs à passer d'un genre de journal à l'autre:

En conséquence, la preuve concernant la demande de publicité par la presse amène le Tribunal à conclure que les journaux communautaires et les quotidiens sont de très faibles substituts: un changement minime de la relativité des prix n'incitera vraisemblablement pas les annonceurs à passer considérablement d'un genre de journal à l'autre. Même si les journaux communautaires, le temps aidant, ont réussi à soutirer de la clientèle aux quotidiens, cela s'explique davantage par l'évolution des changements au niveau des conditions dans lesquelles se trouvaient les annonceurs que par leur réaction à des changements de prix.

Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal a reconnu que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires s'étaient fait concurrence pour attirer des annonceurs en apportant des modifications à leur produit. En ce qui concerne Flyer Force et le *North Shore Extra*, les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient sur le même marché du produit quant à la publicité par grandes annonces. Malgré tout, le Tribunal a considéré que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires étaient de trop faibles substituts pour qu'on



Examined solely as an unchanging product at a given point in time, the dailies and the community newspapers are too weak substitutes to be considered part of the same market. Yet, there is little doubt that they have been striving to attract many of the same advertisers. This competition has taken the form of modifications to their product offerings to take advantage of the changes in market conditions. With Flyer Force and the North Shore Extra, the Sun and the community newspapers were in the same market with respect to flyer delivery through much of the Lower Mainland and in the same market with respect to display advertising on the North Shore.

In passing, The Tribunal noted that advertising in the electronic media is too weak a substitute to be considered part of the relevant product market and that flyers delivered by reliable distributors are “clearly” in the same market. Finally, the Tribunal noted that the existence of community newspaper groups did not affect this conclusion as they had not had a significant impact on competition with the Pacific Dailies (decision, at pages 278-279).

8. Entry Into Community Newspaper Publishing (decision, at pages 279-285)

After deciding that retail print advertising services in the Pacific Dailies was not in the same product market as the community newspapers, the Tribunal went on to discuss at length certain conditions affecting entry into the community newspaper publishing business. The Tribunal commented that it was not difficult to enter this market, but that it was difficult to survive. In this regard, the Tribunal noted that the preferred method of entry was by acquisition, as evidenced by the actions of Southam. The Tribunal went on to hold that in order to make a finding that entry into the market is difficult, two factors would have to be addressed: “economies of scale” and “sunk costs”. Neither factor by itself was held to be a sufficient barrier to entry.

puisse dire qu’ils étaient sur le même marché du produit. À la page 278, il s’est exprimé en ces termes:

Lorsqu’on les examine exclusivement sous l’angle d’un produit stable à un moment donné, les quotidiens et les journaux communautaires sont de trop faibles substituts pour qu’on puisse dire qu’ils sont sur le même marché. Il y a peu de doute toutefois qu’ils luttent pour s’accaparer un bon nombre de mêmes annonceurs. Cette concurrence consiste à des modifications au niveau de leur produit pour tirer profit de l’évolution des conditions du marché. Avec Flyer Force et le North Shore Extra, le Sun et les journaux communautaires étaient sur le même marché en ce qui a trait à la distribution des prospectus dans la majeure partie du Lower Mainland, et sur le même marché de la publicité par grandes annonces sur le North Shore.

En passant, le Tribunal a fait remarquer que les médias électroniques en tant que support publicitaire étaient un trop faible substitut pour qu’on puisse dire qu’ils faisaient partie du marché du produit pertinent, et que les prospectus distribués par des distributeurs fiables étaient «clairement» sur le même marché. Enfin, le Tribunal a souligné que l’existence de groupes de journaux communautaires ne modifiait pas cette conclusion étant donné que ces groupes n’avaient pas eu un effet important sur la concurrence avec les quotidiens de Pacific (décision, aux pages 278 et 279).

8. Entrée dans le domaine de l’édition des journaux communautaires (décision, aux pages 279 à 285)

Après avoir statué que les services de publicité-détaillants offerts par les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires n’étaient pas sur le même marché du produit, le Tribunal a longuement traité de certaines conditions touchant l’entrée dans le domaine de l’édition des journaux communautaires. Le Tribunal a fait remarquer qu’il n’était pas difficile de faire son entrée sur ce marché, mais qu’il était difficile de survivre. À cet égard, le Tribunal a souligné que la méthode d’entrée préférée était l’acquisition de journaux, comme le montrent les mesures prises par Southam. Le Tribunal a ensuite déclaré que pour parvenir à la conclusion que l’entrée sur ce marché était difficile, il fallait examiner deux facteurs: les «économies d’échelle» et les «coûts irrécupérables». Selon le Tribunal, aucun de ces facteurs pris isolément ne créait un obstacle à l’entrée suffisant.

Economies of scale suggests, for example, that once a community newspaper acquires a lead in circulation and in size (e.g. *North Shore News*), it gains a decisive advantage over new entrants into the market. The term "sunk costs" signifies costs incurred in starting a business but which are not recoverable in the event that it fails. The Tribunal made no finding with respect to whether either of those conditions were satisfied. After discussing the evidence relating to the failure of the *North Shore Today*, a short-lived competitor of the *North Shore News*, the Tribunal concluded that new competitors could enter a market where an existing community newspaper was poor and entry was otherwise rewarding. At page 284, the Tribunal reasoned:

It is reasonable to conclude that there are a significant number of would-be entrants, such as Mr. Hopkins [editor of the short-lived *North Shore Today*], who would try to seize an opening created by a poor community newspaper in a community that had the potential to offer significant rewards.

#### 9. Substantial Lessening/Prevention of Competition (decision, at pages 285-288)

After discussing the issue of market entry, the Tribunal went on to conclude that there was only a marginal likelihood that Southam's acquisitions of the *North Shore News* and the *Vancouver Courier* would result in significantly higher advertising rates in the geographic markets alleged by the Director (decision, at page 285):

Since the dailies and community newspapers are weak substitutes the likelihood of the acquisitions resulting in significantly higher prices is very low. Moderate changes in relative prices are not likely to affect advertisers' choices in a significant way. Thus, if the object of the acquisitions is to protect the dailies, this can only be done through fairly dramatic changes in the prices of the community newspapers, considered collectively. Southam would have to concentrate its price increases in the *Courier* and the *North Shore News* as all the other papers it owns face significant competition from a rival community newspaper. Advertisers would switch to the rival before considering the dailies. Raising prices would undoubtedly be costly to the *Courier* and the *North Shore News* but might be profitable to Southam as a whole if the dailies were able to maintain prices at a higher level than they otherwise could or, alternatively, to slow down the drift of advertisers to

Des économies d'échelle donnent à penser, par exemple, qu'une fois qu'un journal communautaire prend les devants en ce qui a trait au tirage et au format (p. ex., le *North Shore News*), il jouit d'un avantage décisif par rapport à de nouveaux venus sur le marché. L'expression «coûts irrécupérables» s'entend des coûts qui sont engagés pour lancer une entreprise, mais qui ne peuvent être recouverts en cas d'échec. Le Tribunal ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si l'une ou l'autre de ces conditions avait été remplie. Après avoir examiné la preuve relative à l'échec d'un concurrent éphémère du *North Shore News*, le *North Shore Today*, le Tribunal a conclu que de nouveaux concurrents pourraient faire leur entrée sur un marché sur lequel existerait un journal communautaire de qualité inférieure, si l'entrée était par ailleurs rentable. Voici ce que le Tribunal a déclaré à la page 284:

On peut raisonnablement conclure qu'il existe un nombre considérable de nouvelles entreprises qui pourraient faire leur entrée sur le marché, comme celle de M. Hopkins [l'éditeur de l'éphémère «North Shore Today»], et qui seraient prêtes à saisir l'occasion offerte par un journal communautaire de qualité inférieure, dans une collectivité pouvant offrir d'importantes perspectives de rentabilité.

#### 9. Empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence (décision, aux pages 285 à 288)

Après avoir examiné la question de l'entrée sur le marché, le Tribunal est arrivé à la conclusion qu'il était peu probable que l'acquisition du *North Shore News* et du *Vancouver Courier* par Southam se traduirait par des tarifs publicitaires sensiblement plus élevés sur les marchés géographiques évoqués par le directeur (décision, à la page 285):

Comme les quotidiens et les journaux communautaires sont de faibles substituts, les chances que les acquisitions entraînent une hausse considérable des prix sont très faibles. Des changements modérés dans les prix relatifs n'influenceront vraisemblablement pas le choix des annonceurs de façon notable. Par conséquent, si l'objet des acquisitions est de protéger les quotidiens, la seule façon de le faire est d'apporter des changements frappants dans les prix des journaux communautaires, pris collectivement. Southam devrait concentrer ses majorations de prix sur le *Courier* et le *North Shore News*, car tous les autres journaux communautaires qu'elle possède font face à une concurrence importante de la part d'un journal communautaire rival. Les annonceurs passeraient chez le concurrent avant même d'envisager les quotidiens. Une hausse des prix serait sans aucun doute dommageable pour le *Courier* et le *North Shore News*, mais pourrait profiter à l'ensemble de l'entre-

the community newspapers. Southam does not have the market power to follow this course.

The Tribunal then turned to two arguments advanced by the Director with respect to whether the merger was likely to prevent competition. With respect to the Director's argument that the acquisitions frustrated the formation of an effective community newspaper group, the Tribunal noted that that argument could not succeed once it was found that the Pacific Dailies and community newspapers were not in the same product market. As to the Director's allegation that Southam's acquisitions prevented the possibility of another person acquiring one of the community newspapers for the purpose of launching a daily, the Tribunal rejected it on the basis that it was not likely such an event would occur (decision, at pages 287-288).

#### V — ISSUES/ANALYSIS

The Director submits that the Tribunal erred in concluding that the Pacific Dailies and community newspapers are not in the same product market. Specifically, it is argued that: (1) the Tribunal failed to properly apply its own stated approach to defining the relevant product market by requiring direct evidence of high price sensitivity on the part of advertisers; and (2) in concluding that a group of community newspapers would not be in the same product market as the Pacific Dailies, the Tribunal ignored relevant indirect evidence. Alternatively, the Director submits that the Tribunal erred in failing to consider whether, but for the acquisitions, the Pacific Dailies and community newspapers would have become close competitors for retail advertising services.

Southam's position is relatively straightforward. The Tribunal did not err in its stated approach nor in its assessment of the evidence. As to the alternative ground of appeal, Southam maintains that the Director neither pleaded the issue nor raised it in argument

prise Southam si les quotidiens étaient capables de maintenir les prix à un niveau supérieur à ce qu'ils seraient autrement, ou encore, de ralentir l'exode des annonceurs vers les journaux communautaires. Southam n'a pas la puissance commerciale nécessaire pour agir ainsi.

Le Tribunal a ensuite examiné deux arguments invoqués par le directeur relativement à la question de savoir si le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher la concurrence. En ce qui a trait à l'argument selon lequel les acquisitions avaient nui à la formation d'un groupe efficace de journaux communautaires, le Tribunal a déclaré qu'il était mal fondé dès lors que l'on concluait que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires n'étaient pas sur le même marché du produit. En ce qui a trait à l'argument selon lequel les acquisitions avaient peut-être empêché quelqu'un d'autre de se porter acquéreur de l'un des journaux communautaires dans le but de lancer un quotidien, le Tribunal l'a rejeté au motif qu'il était peu probable qu'un tel événement se produise (décision, aux pages 287 à 288).

#### V — QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Le directeur soutient que le Tribunal a commis une erreur en concluant que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires ne sont pas sur le même marché du produit. En particulier, il affirme: (1) que le Tribunal n'a pas correctement appliqué l'approche qu'il avait formulée pour la définition du marché du produit pertinent en exigeant une preuve directe de la forte sensibilité aux prix des annonceurs; et (2) qu'en concluant qu'un groupe de journaux communautaires ne serait pas sur le même marché du produit que les quotidiens de Pacific, le Tribunal n'a tenu aucun compte de la preuve indirecte pertinente. À titre subsidiaire, le directeur affirme que le Tribunal a commis une erreur en omettant d'examiner la question de savoir si, n'eût été les acquisitions, les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires seraient devenus de proches concurrents sur le marché de la publicité-détaillants imprimée.

La thèse de Southam est assez simple. Le Tribunal n'a pas commis d'erreur en ce qui a trait à l'approche qu'il avait formulée, ni dans l'appréciation de la preuve. Pour ce qui est du moyen d'appel subsidiaire, Southam affirme que le directeur n'a pas plaidé la

before the Tribunal. In any event, Southam maintains that this Court lacks the jurisdiction to deal with the matter of market definition as it is a question of fact for which leave has not been sought as required by law. Southam also submits that the issues under appeal come within the Tribunal's area of expertise and, for that reason, its decision is owed curial deference. I propose to deal initially with the latter two arguments advanced by Southam.

### 1. Market Definition—Question of Fact or Law?

If the issue of market definition is merely a question of fact then it necessarily follows that this Court lacks jurisdiction to hear this appeal. Subsection 13(2) of the *Competition Tribunal Act* dictates that an appeal on a question of fact cannot be brought without leave of this Court and no such leave has been sought by the Director. In my opinion, however, such leave was not required in this case.

The test or analytical framework that is to be adopted in determining whether the products offered by two merging firms are "close substitutes", and therefore in the same product market, is a question of law. For example, as will be discussed more fully below, there are a number of tests or analytical frameworks that can be adopted for purposes of defining a relevant market. "Cross-elasticity" and "reasonable interchangeability of use" are two examples. The adoption of the appropriate framework and its proper application remain a question of law. Whether the facts in a particular case satisfy the requirements of any one framework is a question of fact or more precisely a question of mixed law and fact. Admittedly, the task of applying facts to a legal definition or framework is more often than not labelled a question of fact. This is so principally because the ultimate decision is one which requires the exercise of personal judgment on the part of the decision-maker, as is the case when arriving at primary determinations of fact.

question et ne l'a pas soulevée lors du débat devant le Tribunal. De toute façon, Southam soutient que la présente Cour n'a pas la compétence voulue pour statuer sur la question de la définition du marché puisqu'il s'agit d'une question de fait à l'égard de laquelle l'autorisation prévue par la loi n'a pas été demandée. Southam fait en outre valoir que les questions visées par l'appel relèvent du champ d'expertise du Tribunal et qu'il convient, pour cette raison, de faire preuve de retenue envers sa décision. Je me propose d'examiner d'abord les deux derniers arguments invoqués par Southam.

### 1. Définition du marché: question de fait ou de droit?

Si la question de la définition du marché n'est qu'une question de fait, alors il s'ensuit nécessairement que la présente Cour n'a pas la compétence voulue pour entendre le présent appel. Le paragraphe 13(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* dispose qu'on ne peut interjeter appel d'une question de fait sans l'autorisation de la présente Cour, et aucune autorisation semblable n'a été demandée par le directeur. À mon avis, toutefois, cette autorisation n'était pas nécessaire dans la présente espèce.

Le critère ou le cadre d'analyse qu'il convient d'adopter pour déterminer si les produits offerts par deux entreprises fusionnantes sont de «proches substituts» et, partant, sont sur le même marché du produit est une question de droit. Ainsi, comme nous le verrons de façon plus détaillée ci-après, plusieurs critères ou cadres d'analyse peuvent être adoptés pour définir un marché pertinent. «L'élasticité croisée» et «l'interchangeabilité raisonnable de l'utilisation» sont deux exemples. L'adoption du cadre approprié et son application correcte demeurent une question de droit. La question de savoir si les faits dans une affaire particulière satisfont aux exigences d'un cadre donné est une question de fait ou, plus exactement, une question de droit et de fait. Il faut reconnaître qu'appliquer des faits à une définition ou un cadre juridique est un exercice qu'on assimile la plupart du temps à une question de fait. Il en est ainsi principalement parce que, pour prendre la décision finale, le décideur doit exercer son jugement personnel, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit de rendre des décisions fondamentales quant aux faits.

I prefer to use the term mixed law and fact for two reasons. First, it avoids confusion in cases such as the one before us where jurisdiction is dependent on the type of question under review. Questions of fact, in my view, should be thought of in terms of primary facts to be established before the law can be applied, e.g. facts which are observed by witnesses and proved by testimony; see *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at pages 311-312. Whether these facts, once established, satisfy some legal definition or requirement is essentially a question of mixed law and fact. My second and principal reason for employing the term “mixed law and fact” is that it accords with subsection 12(1) of the *Competition Tribunal Act*. That subsection distinguishes between questions of law, questions of mixed law and fact, and questions of fact for jurisdictional purposes, a matter which will be dealt with more fully below under the topic of curial deference:

12. (1) In any proceedings before the Tribunal,

(a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and

(b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings. [Emphasis added.]

The confusion which exists over what is a question of law as opposed to a question of fact is further exacerbated in cases where the legal test ultimately selected is one which requires the decision-maker to engage in an analysis involving an assessment and weighing of factors intimately tied to the facts of the case. For example, in the present case, the Tribunal was obligated to turn from direct evidence of demand cross-elasticity to indirect evidence of substitutability as reflected in the “practical indicia” outlined in its decision: ex., physical characteristics of the products; uses to which products are put; behaviour and views of buyers, etc. Admittedly, such a legal framework gives the decision-maker a broad or flexible basis on which to formulate an opinion; so much so that it is analogous to cases where the decision-maker is called on to make primary determinations of fact. That

Je préfère employer l’expression question de droit et de fait pour deux raisons. La première réside dans le fait qu’on évite la confusion dans des affaires comme celle dont la Cour est saisie, où la compétence est attribuée en fonction du genre de question à l’étude. À mon sens, on devrait voir les questions de fait comme des faits fondamentaux qui doivent être établis avant qu’on puisse appliquer le droit, par exemple des faits observés par des témoins et prouvés par un témoignage; voir *Moreno c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), aux pages 311 et 312. La question de savoir si ces faits, une fois établis, satisfont à une définition ou une prescription juridique est essentiellement une question de droit et de fait. La deuxième et principale raison pour laquelle j’emploie l’expression «question de droit et de fait» réside dans le fait que cette expression est compatible avec le libellé du paragraphe 12(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Dans ce paragraphe, on fait une distinction entre les questions de droit, les questions de droit et de fait et les questions de fait en ce qui a trait à la compétence; c’est une question qui fera l’objet d’un examen plus complet ci-après, sous la rubrique de la retenue judiciaire:

12. (1) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;

b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait. [Non souligné dans l’original.]

La confusion qui existe à propos de la distinction entre une question de droit et une question de fait est encore plus grande dans les affaires où le critère juridique finalement retenu oblige le décideur à procéder à une analyse comportant une appréciation de facteurs intimement liés aux faits de l’espèce. À titre d’exemple, dans la présente cause, le Tribunal a été contraint de délaissier la preuve directe de l’élasticité croisée de la demande pour se tourner vers la preuve indirecte du caractère substitutif représentée par les «indices pratiques» énumérés dans sa décision, notamment les caractéristiques physiques des produits, les utilisations qui sont faites des produits, et le comportement et les opinions des acheteurs. Il faut reconnaître qu’un tel cadre juridique donne au décideur la latitude ou la flexibilité voulue pour formuler une opinion et ce, à un point tel que la situation s’ap-

approach to market definition does not, however, undermine the understanding that there are other appropriate evaluative frameworks and that the adoption of the correct legal framework for establishing substitutability remains a question of law. The argument of the Director is that the Tribunal erred when it expressly adopted one approach (practical indicia) but applied another (high demand cross-elasticity). But, as stated above, whether the test or analytical framework actually adopted or applied is the proper one remains a question of law.

It cannot be denied that there is *dictum* which holds that the task of delineating a relevant market is a question of fact. But, in my view, subject to the recent decision of this Court in *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1995] 3 F.C. 395, there is nothing in the relevant case law which cannot be explained in the manner I have outlined.

The understanding that market definition is a question of fact can be traced to the decision of *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, where the Ontario Court of Appeal considered paragraph 34(1)(c) of the former *Combiner Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23], a criminal provision relating to predatory pricing. In that case, the appellant pharmaceutical company was giving a drug it sold, Valium, free to hospitals. Both the appellant and its competitor provided Valium to hospitals, retail pharmacies, physicians, clinics and government institutions, and it was argued that the market in which the firms competed consisted of all purchasers of Valium, not just hospitals. The Trial Judge [(1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.)] held that the hospital market was the relevant market. Martin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, agreed and further held, at page 706, that what constitutes a relevant market is a question of fact:

parente à des affaires dans lesquelles le décideur est appelé à rendre des décisions fondamentales quant aux faits. Toutefois, cette approche de la définition du marché n'empêche pas qu'il existe d'autres cadres d'évaluation appropriés et que l'adoption du cadre juridique qui convient pour déterminer le caractère substitutif demeure une question de droit. Le directeur prétend que le Tribunal a commis une erreur parce qu'il a expressément adopté une approche (les indices pratiques), mais en a appliqué une autre (la forte élasticité croisée de la demande). Cependant, comme je l'ai mentionné plus haut, la question de savoir si le critère ou le cadre d'analyse adopté ou appliqué dans les faits est le bon demeure une question de droit.

On ne saurait nier qu'il existe une opinion incidente voulant que la tâche de définir un marché pertinent soit une question de fait. À mon avis, toutefois, sous réserve de la récente décision non publiée rendue par la présente Cour dans l'affaire *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, [1995] 3 C.F. 395, il n'y a rien dans la jurisprudence pertinente qui ne peut pas être expliqué de la manière exposée dans les présents motifs.

On peut faire remonter l'affirmation selon laquelle la définition du marché est une question de fait à l'arrêt *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd. (Nos. 1 and 2)* (1981), 33 O.R. (2d) 694, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la disposition pénale relative à la fixation de prix abusifs prévue à l'alinéa 34(1)(c) de l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23]. Dans cette affaire, l'entreprise pharmaceutique appelante distribuait gratuitement à des hôpitaux un médicament qu'elle vendait, en l'occurrence le Valium. L'appelante et son concurrent fournissaient le Valium à des hôpitaux, des pharmacies, des médecins, des cliniques et des institutions gouvernementales, et on a prétendu que le marché sur lequel les entreprises se faisaient concurrence ne comprenait pas seulement les hôpitaux, mais tous les acheteurs de Valium. Le juge de première instance [(1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.)] a statué que le marché pertinent était le marché hospitalier. Le juge Martin, qui a prononcé les motifs au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, s'est rallié à cette opinion et a déclaré, à la page 706, que ce qui constitue un marché pertinent est une question de fait:

What constitutes a relevant market is essentially a question of fact depending on the circumstances underlying the particular offence alleged.

As support for this proposition, Martin J.A. cited *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275, at page 305; affd [1971] S.C.R. 63. In that case, paragraphs 32(1)(a) and (c) of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1952, c. 314] were at issue regarding the charge of limiting or preventing competition. Gibson J. considered whether a relevant market had been established in the indictment. In the course of his judgment, he held that a relevant market “is a matter of judgment based upon the evidence” (at page 305). Gibson J., however, went on to provide a non-exhaustive list of factors relevant in defining a relevant market (see discussion, *infra*, at page 69 *et seq.*). In certain respects, this approach to market definition resembles that adopted by the Tribunal herein. But, as noted earlier, the “practical indicia” formulation is but one of several frameworks and its adoption remains a question of law as does the question of whether the Tribunal properly applied it.

There are at least two decisions which, in my view, strengthen the position that market definition is not a question of fact of the kind contemplated by subsection 13(2) of the *Competition Tribunal Act*. One is a decision of the Supreme Court of Canada, the other a decision of this Court. I turn first to the reasons of Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, which highlight the distinction between questions of law and questions of fact (or what the *Competition Tribunal Act* labels as mixed law and fact).

In *Nova Scotia Pharmaceutical*, the Supreme Court had to consider paragraph 32(1)(c) of the former *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] dealing with conspiracies to prevent or lessen competition unduly. In the course of his judgment, Gonthier J. held at pages 646-647 that the

[TRADUCTION] Ce qui constitue un marché pertinent est essentiellement une question de fait eu égard aux circonstances qui sous-tendent l’infraction particulière qui est reprochée.

Au soutien de cette affirmation, le juge Martin a cité l’affaire *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 275, à la page 305; conf. par [1971] R.C.S. 63. Dans cette affaire qui se rapportait à l’accusation d’empêcher ou de limiter la concurrence, les dispositions litigieuses étaient les alinéas 32(1)(a) et c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1952, ch. 314]. Le juge Gibson a examiné la question de savoir si un marché pertinent avait été établi dans l’acte d’accusation. Dans ses motifs de jugement, il a déclaré qu’un marché pertinent [TRADUCTION] «est une question de jugement fondée sur la preuve» (à la page 305). Cependant, il a ensuite fait une énumération non limitative de facteurs utiles pour définir un marché pertinent (voir l’analyse ci-après, à la page 69 et suivantes). À certains égards, cette approche de la définition du marché ressemble à celle que le Tribunal a adoptée dans la présente espèce. Mais comme je l’ai fait remarquer plus haut, la formulation d’«indices pratiques» est une approche parmi d’autres et son adoption demeure une question de droit, tout comme la question de savoir si le Tribunal l’a appliquée correctement.

Il existe au moins deux décisions qui étayaient, selon moi, le point de vue selon lequel la définition du marché n’est pas une question de fait au sens du paragraphe 13(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. La première a été rendue par la Cour suprême du Canada, la seconde par la présente Cour. Je vais d’abord m’attarder aux motifs prononcés par le juge Gonthier dans l’affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, qui mettent en lumière la distinction entre les questions de droit et les questions de fait (ou ce qu’on appelle des questions de droit et de fait dans la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*).

Dans l’affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, la Cour suprême a dû se pencher sur l’alinéa 32(1)(c) de l’ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23], qui était la disposition portant sur les complots pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence. Dans ses motifs, le juge

meaning of the word “unduly” was a question of law which was reviewable by an appellate court:

While the word unduly is not defined by statute and defies precise measurement, it is a word of common usage which denotes to all of us in one way or another a sense of seriousness. Something affected unduly is not affected to a minimal degree but to a significant degree.

According to the appellants, since the determination of whether the restriction on competition was undue is a question of fact, not subject to appellate review, no conclusion can be drawn from the case law. This argument rests on a mistaken perception of the distinction between questions of fact and questions of law.

In the context of s. 32(1)(c), the process followed and the criteria used to arrive at a determination of “undue” are questions of law and as such are reviewable by an appellate court. The application of this process and these criteria, that is the full inquiry, often involving complicated economic issues, into whether the impugned agreement was an undue restriction on competition, remains a question of fact. The general rule that appellate courts should be reluctant to venture into a re-examination of the factual conclusions of the trial judge applies with special force in a complex matter such as here. [Emphasis added.]

Gonthier J.’s judgment indicates that the process and criteria used by a lower tribunal to determine the legal meaning of statutory language is reviewable by an appellate court as a question of law. However, the application of that legal meaning to a particular case (i.e. the “full inquiry”) is a question of fact or, more precisely, a question of mixed law and fact. Against this background it is not difficult to reconcile Gibson J.’s understanding that a relevant market is a question of judgment based on the evidence, as *per* Gonthier J.’s reasoning in *Nova Scotia Pharmaceutical*.

A similar analysis can be applied easily to the reasoning of this Court in *Tanguay v. Canada (Unemployment Insurance Commission)* (1985), 10 C.C.E.L. 239 (F.C.A.), wherein Pratte J.A. stated, at page 242:

It is true that it is sometimes said that the question of whether an employee was justified in leaving his employment

Gonthier a statué, aux pages 646 et 647, que la signification du mot «indûment» était une question de droit susceptible de contrôle par un tribunal d’appel:

[TRADUCTION] Certes, le mot indûment n’est pas défini par la loi et n’est pas susceptible de mesure précise, mais c’est un mot d’usage courant qui dénote aux yeux de tous d’une manière ou d’une autre un sentiment de gravité. Quelque chose qui est indûment soumis à un effet ne l’est pas à un degré minime, mais à un degré important.

D’après les appelants, puisque la question de savoir si la limitation de la concurrence était indue est une question de fait, ne donnant pas lieu à révision en appel, on ne peut tirer aucune conclusion de la jurisprudence. Cet argument repose sur une mauvaise perception de la distinction entre les questions de fait et les questions de droit.

Dans le contexte de l’al. 32(1)c), le processus suivi et les critères utilisés pour déterminer le caractère «indu» sont des questions de droit et comme telles sont susceptibles de révision par une cour d’appel. L’application de ce processus et de ces critères, c’est-à-dire l’examen complet, portant souvent sur des questions d’ordre économique compliquées, en vue de déterminer si l’accord attaqué était une limitation indue de la concurrence, reste une question de fait. La règle générale voulant que les cours d’appel devraient hésiter à réexaminer les conclusions de fait du juge du procès s’applique avec une force particulière dans une affaire complexe comme la présente. [Non souligné dans l’original.]

Il ressort des motifs du juge Gonthier que la démarche suivie et les critères utilisés par un tribunal d’instance inférieure pour déterminer le sens juridique d’un texte législatif sont susceptibles de contrôle par un tribunal d’appel en tant que question de droit. Toutefois, l’application de ce sens juridique à une affaire particulière (c.-à-d. l’«examen complet») est une question de fait ou, plus précisément, une question de droit et de fait. Dans ce contexte, il est aisé de concilier l’affirmation du juge Gibson selon laquelle un marché pertinent est une question de jugement fondée sur la preuve avec le raisonnement du juge Gonthier dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*.

On peut facilement appliquer une analyse similaire au raisonnement de la présente Cour dans l’arrêt *Tanguay c. Canada (Commission d’assurance-chômage)* (1985), 10 C.C.E.L. 239 (C.A.F.), dans lequel le juge Pratte, J.C.A., s’est exprimé en ces termes à la page 242:

Il est vrai que l’on dit parfois que la question de savoir si un employé était justifié de quitter son emploi est une question de



is one of fact. However, it is clear that where the question is as to the definition that must be given to the words "just cause" in s. 41(1), this is purely a question of law. It follows that if a decision is made which cannot be reconciled with this definition, the decision is vitiated by an error of law. (However, as the definition attributable to the words "just cause" in s. 41(1) is not so exact that it is always possible to say with certainty whether the employee has left his employment without just cause, cases may arise which may be decided one way or the other without doing injury to the legal concept of "just cause". The question is then said to be one of fact: it would be more correct to say that it is a matter of opinion.) [Emphasis added.]

Finally, the notion that what constitutes a relevant market is a question of fact has been challenged by at least one commentator. Paul Crampton in *Mergers and the Competition Act* (Toronto, Carswell, 1990) recognizes that relevant market definition is a question of law and his extensive treatment of the issue should help lay to rest any doubt on this point (at page 261 *et seq.*). With respect to the legal significance of *Hoffmann-La Roche* and *J. W. Mills*, he concludes (at page 264, note 9):

It would appear from the context of the remarks in these cases that the learned judges meant that the question "what constitutes the relevant market in a given case" is a question of fact. The distinction is important, because the meaning of the notion "relevant market" does not change from one fact situation to another. [Emphasis added.]

I agree with this characterization but would reformulate it so that it reads "what constitutes the relevant market in a given case is a question of mixed law and fact". This refinement of Crampton's observation preserves the notion that the analytical framework for determining a relevant market does not change from one case to another and is consistent with section 12 of the *Competition Tribunal Act*.

In conclusion, I am of the view that the question of market definition is one of law and not fact and, therefore, this Court possesses the requisite jurisdiction to hear this appeal. As noted earlier, I am aware of the recent decision of this Court in *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, *supra*, at page 40, where the majority in *obiter* adopts a contrary opinion. Our respectful differences of opinion on this issue are now a matter of public record.

fait. Il est clair, cependant que lorsqu'on s'interroge sur la définition qu'il faut donner au mot «justification» dans le paragraphe 41(1), on se pose une pure question de droit. Il s'ensuit que si une décision est prononcée qui ne puisse se concilier avec cette définition, cette décision est entachée d'une erreur de droit. (Comme la définition que l'on peut donner du terme «justification» dans le paragraphe 41(1) n'est cependant pas si précise qu'elle permette toujours de dire avec certitude si l'employé a quitté son emploi sans justification, des cas peuvent survenir où l'on peut décider dans un sens ou dans l'autre sans faire offense à la notion juridique de «justification». On dit alors qu'il s'agit d'une question de fait; il serait plus exact de parler de question d'opinion.) [Non souligné dans l'original.]

En dernier lieu, l'idée que ce qui constitue un marché pertinent est une question de fait a été contestée par au moins un commentateur. Paul Crampton reconnaît dans *Mergers and the Competition Act* (Toronto, Carswell, 1990) que la définition du marché pertinent est une question de droit, et son analyse approfondie de la question devrait contribuer à dissiper les doutes sur ce point (à la page 261 et suivantes). En ce qui concerne la portée juridique des affaires *Hoffmann-La Roche* et *J. W. Mills*, il conclut (à la page 264, note 9):

[TRADUCTION] D'après le contexte des remarques faites dans ces affaires, il semble que les juges ont voulu dire que la question de savoir «ce qui constitue le marché pertinent dans un cas donné» est une question de fait. La distinction est importante parce que la signification de l'expression «marché pertinent» ne change pas d'une situation de fait à l'autre. [Non souligné dans l'original.]

Je souscris à cette affirmation, mais je la reformulerais ainsi: «ce qui constitue le marché pertinent dans un cas donné est une question de droit et de fait». Ce raffinement de l'observation de M. Crampton préserve l'idée que le cadre d'analyse pour la définition d'un marché pertinent ne change pas en fonction des circonstances et est compatible avec l'article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*.

En conclusion, je suis d'avis que la question de la définition du marché n'est pas une question de fait, mais une question de droit et, partant, que la présente Cour possède la compétence voulue pour entendre le présent appel. Comme je l'ai déjà mentionné, je suis au courant de la récente décision rendue par la présente Cour dans l'affaire *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, précitée, à la page 40, dans laquelle la majorité adopte le point de vue contraire dans une opinion incidente. Nos

## 2. The Standard of Appellate Review—Curial Deference

Southam relies on the jurisprudence of the Supreme Court of Canada in support of its argument that curial deference is owed to decisions of a specialized tribunal, such as the Competition Tribunal, on matters falling squarely within its expertise. Succinctly stated, “correctness” is not the appropriate standard of review in this case. This is so notwithstanding the fact that the *Competition Tribunal Act* contains no privative clause but rather a statutory right of appeal on questions of law and mixed law and fact. I think it important to note that, by implication, Southam’s argument forces us to consider Parliament’s intention with respect to the role of the Federal Court of Appeal and, ultimately, the Supreme Court of Canada in the development and application of competition law in Canada.

The respondents’ argument raises two distinct questions. First, are the decisions of the Tribunal involving questions of law, including that pertaining to market definition, owed curial deference? Second, assuming that deference is owed, what is the appropriate standard of review? I find it unnecessary to address the latter question for, in my opinion, the doctrine of curial deference is inapplicable to the case at bar. (As to the appropriate standard of review, see Gonthier J. in *Bell Canada*, *supra*, at page 1746, and Hugessen J.A. in *Upper Lakes Group Inc. v. Canada (National Transportation Agency)*, *supra*, at page 434.)

The most recent pronouncement of the Supreme Court on the matter of curial deference in an appeal context is *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, *supra*, at page 10, wherein Iacobucci J. reviews the earlier jurisprudence commencing with the Supreme Court’s decision in *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, *supra*, at page 10. In the latter case, the Supreme Court was faced with a statu-

divergences de vue respectueuses sur cette question sont maintenant de notoriété publique.

## 2. La norme de contrôle en appel: la retenue judiciaire

Southam invoque des arrêts de la Cour suprême du Canada au soutien de l’affirmation selon laquelle on doit faire preuve de retenue envers les décisions rendues par un tribunal spécialisé, comme le Tribunal de la concurrence, sur des questions qui relèvent directement de son expertise. En gros, la «décision correcte» ne serait pas la norme de contrôle appropriée dans la présente espèce et ce, malgré le fait que la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* ne renferme aucune clause privative, mais prévoit plutôt un droit d’appel sur des questions de droit et des questions de droit et de fait. Il me paraît important de mentionner que, de façon implicite, l’argument de Southam oblige la Cour à examiner l’intention du législateur vis-à-vis du rôle de la Cour d’appel fédérale et, en fin de compte, de la Cour suprême du Canada dans l’élaboration et l’application du droit de la concurrence au Canada.

L’argument des intimées soulève deux questions distinctes. Premièrement, convient-il de faire preuve de retenue envers les décisions du Tribunal qui portent sur des questions de droit, y compris celles qui ont trait à la définition du marché? Deuxièmement, en supposant qu’on réponde à cette question par l’affirmative, quelle est la norme de contrôle appropriée? Il ne me paraît pas utile de traiter la deuxième question étant donné que, selon moi, la doctrine de la retenue judiciaire ne s’applique pas à la présente espèce. (Pour ce qui est de la norme de contrôle appropriée, voir le juge Gonthier dans l’arrêt *Bell Canada*, précité, à la page 1746, et le juge Hugessen, J.C.A. dans l’arrêt *Upper Lakes Group Inc. c. Canada (Office national des transports)*, précité, à la page 434.)

La plus récente décision de la Cour suprême sur la question de la retenue judiciaire dans le contexte d’un appel a été rendue dans l’affaire *Pezim c. Colombie Britannique (Superintendent of Brokers)*, précitée, à la page 10. Le juge Iacobucci passe en revue les décisions antérieures en commençant par celle qu’a rendue la Cour suprême dans l’affaire *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, précitée, à la page 10.

tory right of appeal from a decision of the CRTC. In a unanimous judgment, Gonthier J. states, at pages 1745-1746:

It is trite to say that the jurisdiction of a court on appeal is much broader than the jurisdiction of a court on judicial review. In principle, a court is entitled, on appeal, to disagree with the reasoning of the lower tribunal.

However, within the context of a statutory appeal from an administrative tribunal, additional consideration must be given to the principle of specialization of duties. Although an appeal tribunal has the right to disagree with the lower tribunal on issues which fall within the scope of the statutory appeal, curial deference should be given to the opinion of the lower tribunal on issues which fall squarely within its area of expertise.

While acknowledging that curial deference should be afforded the opinion of a lower tribunal on issues falling squarely within its area of expertise, the Supreme Court concluded that no deference was due in *Bell Canada* as the issue there involved an analysis of the procedural scheme created by the *Railway Act* [R.S.C., 1985, c. R-3] and the *National Transportation Act* [R.S.C., 1985, c. N-20]. Since the CRTC was not created for the purpose of interpreting either piece of legislation, the impugned decision was not within its expertise. Implicit in this finding is the understanding that curial deference would have been owed had the CRTC's decision turned on the interpretation of a provision of its enabling statute.

It is settled that the concept of specialization of duties requires deference to decisions of tribunals on matters falling squarely within their expertise. This point was reaffirmed in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316. Although *Bradco* was not a case involving a statutory right of appeal, the observations of Sopinka J., writing for the majority, were quoted with approval in *Pezim*. At page 335, Sopinka J. held:

Dans cette dernière affaire, la Cour suprême a dû examiner le droit d'appel prévu par la loi d'une décision du CRTC. Dans un jugement unanime, le juge Gonthier affirme, aux pages 1745 et 1746:

<sup>a</sup> Il va de soi que la compétence d'un tribunal saisi d'un appel est beaucoup plus large que celle d'un tribunal qui exerce un contrôle judiciaire. En principe, le tribunal saisi d'un appel a le droit d'exprimer son désaccord avec le raisonnement du tribunal d'instance inférieure.

<sup>b</sup> Toutefois, dans le contexte d'un appel prévu par la loi d'une décision d'un tribunal administratif, il faut de plus tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions. Bien qu'un tribunal d'appel puisse être en désaccord avec le tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent du pouvoir d'appel prévu par la loi, les tribunaux devraient faire preuve de retenue envers l'opinion du tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent parfaitement de son champ d'expertise.

<sup>d</sup> Quoiqu'elle ait admis qu'il convient de faire preuve de retenue envers l'opinion d'un tribunal d'instance inférieure sur des questions qui relèvent directement de son champ d'expertise, la Cour suprême a conclu que cette retenue n'était pas indiquée dans l'affaire *Bell Canada* car la question litigieuse dans cette affaire nécessitait une analyse du régime de procédure créé par la *Loi sur les chemins de fer* [L.R.C. (1985), ch. R-3] et la *Loi sur les transports nationaux* [L.R.C. (1985), ch. N-20]. Comme le CRTC n'avait pas été créé dans le but d'interpréter l'une ou l'autre de ces lois, la décision contestée ne relevait pas de son champ d'expertise. Il est sous-entendu dans cette conclusion qu'il aurait fallu faire preuve de retenue si la décision du CRTC avait reposé sur l'interprétation d'une disposition de sa loi habilitante.

<sup>h</sup> Il est établi que le concept de la spécialisation des fonctions exige qu'on fasse preuve de retenue envers les décisions rendues par des tribunaux sur des questions qui relèvent directement de leur champ d'expertise. Ce point a été confirmé dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316. Quoique l'affaire *Bradco* ne porte pas sur un droit d'appel prévu par la loi, les observations du juge Sopinka, qui s'est exprimé au nom de la majorité, ont été citées avec approbation dans l'affaire *Pezim*. Le juge Sopinka s'est exprimé en ces termes à la page 335:

... the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada, supra*, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

On the other side of the coin, a lack of relative expertise on the part of the tribunal *vis-à-vis* the particular issue before it as compared with the reviewing court is a ground for a refusal of deference.

In *Pezim*, Iacobucci J. took the opportunity to consolidate the extant law in what he termed a "pragmatic or functional approach" to the concept of curial deference in an appellate context. That approach had its genesis in the reasons of Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, where at page 1088 he stated:

... the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

In the present circumstances, the functional approach advocated in *Pezim* requires an analysis on three levels: (1) the purpose of the Act and the reasons for the Tribunal's existence; (2) the statutory provisions conferring jurisdiction on the Tribunal and, in particular, the composition of the Tribunal and the decision-making power of its constituent members; and (3) the nature of the problem before the Tribunal.

#### (a) The Purpose of the Act

One of the principal purposes of the Act is to promote efficiency and adaptability in the Canadian economy. It also seeks to provide consumers with competitive prices and product choices. That the Act aims at the public interest in preventing anti-competitiveness is rendered clear in section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] of the Act which reads as follows:

**1.1** The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and

... son expertise est de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale. Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada*, précitée, on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

Par contre, lorsque, comparativement au tribunal d'examen, le tribunal administratif manque d'expertise relative en ce qui concerne la question dont il a été saisi, cela justifie de ne pas faire preuve de retenue.

Dans l'affaire *Pezim*, le juge Iacobucci a profité de l'occasion pour consolider le droit existant dans ce qu'il a appelé une «analyse pragmatique ou fonctionnelle» du concept de la retenue judiciaire dans le contexte d'un appel. Cette analyse tire son origine des motifs prononcés par le juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Voici ce que le juge Beetz a affirmé à la page 1088:

... la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

Dans les circonstances de l'espèce, l'analyse fonctionnelle recommandée dans l'arrêt *Pezim* exige une analyse en trois volets: (1) l'objet de la Loi et les raisons pour lesquelles le Tribunal a été créé; (2) les dispositions législatives qui confèrent la compétence au Tribunal et, en particulier, la composition du Tribunal et le pouvoir décisionnel de ses membres; et (3) la nature du problème soumis au Tribunal.

#### a) L'objet de la Loi

L'un des principaux objets de la Loi est de stimuler l'efficacité et l'adaptabilité de l'économie canadienne. La Loi cherche également à assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Il ressort clairement de l'article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19] de la Loi que le législateur a voulu empêcher les agissements anti-concurrentiels afin de protéger l'intérêt public. Voici le libellé de cette disposition:

**1.1** La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité

adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices. [Emphasis added.]

In 1986, Parliament divided jurisdiction over this public interest concern into two substantive parts. Under the current scheme, the superior courts of criminal jurisdiction, as well as the Trial Division of the Federal Court of Canada, have jurisdiction over the criminal provisions under Part VI of the Act. Meanwhile, the Tribunal has exclusive jurisdiction over the civil aspects found in Part VIII of the *Competition Act* which deals with, *inter alia*, mergers. There can be no doubt that Parliament intended to establish a specialized Tribunal to deal with issues arising under Part VIII. That fact was noted by Gonthier J. in *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, at page 406:

Section 8(1) *CTA* confirms the jurisdiction of the Tribunal over Part VIII. The civil part of the *CA* therefore falls entirely under the Tribunal's jurisdiction. It is readily apparent from the *CA* and the *CTA* that Parliament created the Tribunal as a specialized body to deal solely and exclusively with Part VIII *CA*, since it involves complex issues of competition law, such as abuses of dominant position and mergers.

The Tribunal's specialized role is reflected in its broad remedial powers under section 92 of the Act in respect of both proposed and completed mergers. Moreover, the Tribunal's powers under Part VIII are more effective in enforcing Parliament's concern for the long-term functioning of the free market than those under the criminal provisions, as noted by Gonthier J. in *Chrysler*, at page 407:

The same concern for the proper long-term functioning of the free market lay at the very heart of the enactment of Part VIII in 1986. Civil remedies can be more finely attuned and stand a better chance of leading to lasting compliance with the *CA* than criminal convictions.

et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. [Non souligné dans l'original.]

En 1986, le législateur a divisé la compétence à l'égard de cette préoccupation pour l'intérêt public en deux parties fondamentales. Dans le cadre du régime actuel, les tribunaux supérieurs de juridiction criminelle, de même que la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, ont compétence à l'égard des dispositions pénales prévues à la partie VI de la Loi. De son côté, le Tribunal exerce une compétence exclusive à l'égard des aspects civils qui figurent à la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, qui porte notamment sur les fusionnements. Il est indéniable que le législateur a voulu créer un tribunal spécialisé chargé de s'occuper des questions soulevées en vertu de la partie VIII. C'est ce qu'a fait remarquer le juge Gonthier dans l'arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, à la page 406:

Le paragraphe 8(1) de la *LTC* confirme la compétence du Tribunal à l'égard de la partie VIII. Par conséquent, la partie civile de la *LC* relève entièrement de la compétence du Tribunal. Il ressort nettement de la *LC* et de la *LTC* que le législateur a créé le Tribunal comme organisme spécialisé chargé de traiter uniquement et exclusivement de la partie VIII de la *LC*, puisqu'elle vise des questions complexes de droit en matière de concurrence comme les abus de position dominante et les fusionnements.

Les pouvoirs réparateurs étendus que l'article 92 de la Loi accorde au Tribunal à l'égard des fusionnements proposés et réalisés reflètent le rôle spécialisé de ce dernier. Qui plus est, les pouvoirs qu'exerce le Tribunal en vertu de la partie VIII contribuent plus efficacement à faire respecter le souci du législateur d'assurer le bon fonctionnement à long terme du marché libre que ne le font les pouvoirs conférés par les dispositions pénales, comme l'a fait remarquer le juge Gonthier dans l'arrêt *Chrysler*, à la page 407:

Le même souci d'assurer le bon fonctionnement à long terme du marché libre était au cœur même de l'adoption de la partie VIII en 1986. Les recours civils peuvent être mieux harmonisés et sont plus susceptibles d'entraîner un respect durable de la *LC* que les déclarations de culpabilité de nature criminelle.

Consequently, the Tribunal's exclusive jurisdiction and broad powers in Part VIII are integral to the attainment of the objectives of the *Competition Act* and, in certain respects, more important than the criminal aspects of the Act. The broad powers of the Tribunal to act in the public interest suggest that curial deference is owed those decisions squarely within its expertise. Closer scrutiny of the scheme of the Act, however, is required before arriving at a final determination.

(b) Composition of Tribunal and Jurisdiction

Unlike any other federal tribunal, the Competition Tribunal is composed of both judicial and lay members. The relevant sections of the *Competition Tribunal Act* read as follows:

3. . . .

(2) The Tribunal shall consist of

(a) not more than four members to be appointed from among the judges of the Federal Court—Trial Division by the Governor in Council on the recommendation of the Minister of Justice; and

(b) not more than eight other members to be appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Minister.

(3) The Governor in Council may establish an advisory council to advise the Minister with respect to appointments of lay members, which council is to be composed of not more than ten members who are knowledgeable in economics, industry, commerce or public affairs and may include, without restricting the generality of the foregoing, individuals chosen from business communities, the legal community, consumer groups and labour.

. . .

4. (1) The Governor in Council shall designate one of the judicial members to be Chairman of the Tribunal.

. . .

10. (1) Subject to section 11, every application to the Tribunal shall be heard before not less than three or more than five members sitting together, at least one of whom is a judicial member and at least one of whom is a lay member.

(2) The Chairman shall designate a judicial member to preside at any hearing or, if the Chairman is present at a hearing, may preside himself.

While the Tribunal is composed of four "judicial members" (judges of the Trial Division of the Federal

En conséquence, la compétence exclusive du Tribunal et les pouvoirs étendus prévus à la partie VIII sont indispensables pour atteindre les objectifs de la *Loi sur la concurrence* et, à certains égards, sont plus importants que la partie pénale de la Loi. Les pouvoirs étendus qui permettent au Tribunal d'agir dans l'intérêt public donnent à entendre qu'il convient de faire montre de retenue envers les décisions qui relèvent directement de son expertise. Il est cependant nécessaire d'examiner l'économie de la Loi de plus près avant de statuer définitivement sur ce point.

b) Composition du Tribunal et compétence

À la différence de n'importe quel autre tribunal fédéral, le Tribunal de la concurrence se compose de juges et de membres qui ne sont pas juges. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* sont ainsi libellées:

3. . . .

(2) Le Tribunal se compose:

a) d'au plus quatre membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre de la Justice et choisis parmi les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) d'au plus huit autres membres nommés par le gouverneur en conseil sur recommandation du ministre.

(3) Le gouverneur en conseil peut constituer un conseil consultatif chargé de conseiller le ministre en ce qui concerne la nomination des autres membres et composé d'au plus dix personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles. Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, ces personnes peuvent être des individus appartenant à la collectivité juridique, à des groupes de consommateurs, au monde des affaires et au monde du travail.

. . .

4. (1) Le gouverneur en conseil nomme, parmi les juges, le président du Tribunal.

. . .

10. (1) Sous réserve de l'article 11, toute demande présentée au Tribunal est entendue par au moins trois mais au plus cinq membres siégeant ensemble et, parmi lesquels il doit y avoir au moins un juge et un autre membre.

(2) Le président désigne, pour chaque séance du Tribunal, un juge à titre de président, mais s'il est présent, il peut lui-même la présider.

Bien que le Tribunal se compose de quatre «juges» (choisis parmi les juges de la Section de première

Court) and eight “lay members”, the general practice is for the Tribunal to sit as a panel of three with the judicial member presiding, as required by subsection 10(2) of the *Competition Tribunal Act*. In theory, it is possible to have a panel of five composed of four judicial members and one lay member; see subsection 10(1). As to the expertise possessed by those appointed by the Governor in Council to the Tribunal, it is trite to note that the judicial members are not required by law to possess an expertise in competition law. (This is not to suggest that the judicial members do not bring to the Tribunal a legal expertise relevant to competition issues.) Similarly, its lay members come to the Tribunal with diverse backgrounds. Some might possess an expertise in economics. Others are drawn from the business community because of their practical understanding of markets. Some lay members may well be perceived as representing the interests of opposing groups, e.g. business and labour.

Judicial and lay members are appointed for a seven-year term. Currently, of the eight lay members only one is retained on a full-time basis. The remaining serve on a part-time basis as required. The judicial members are relieved of their Federal Court duties only to the extent that it is necessary to fulfil their duties as members of the Tribunal. To those familiar with federal regulatory agencies such as the CRTC and National Transportation Agency, the statutory differences between these tribunals and the one under consideration are very real.

Not only does the *Competition Tribunal Act* distinguish between judicial and lay members, it does so for the express purpose of assigning jurisdiction with respect to three types of legal questions. Section 12 of the *Competition Tribunal Act* signifies a clear intent on the part of Parliament to divest the Tribunal’s lay members of the jurisdiction to decide questions of law. The relevant provision reads as follows:

12. (1) In any proceedings before the Tribunal,

(a) questions of law shall be determined only by the judicial members sitting in those proceedings; and

(b) questions of fact or mixed law and fact shall be determined by all the members sitting in those proceedings.

instance de la Cour fédérale) et de huit «autres membres», la pratique générale veut que le Tribunal siège en tant que formation de trois membres présidée par le juge, comme l’exige le paragraphe 10(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. En théorie, il est possible d’avoir une formation de quatre juges et d’un autre membre; voir le paragraphe 10(1). En ce qui concerne l’expertise des personnes nommées par le gouverneur en conseil, il va sans dire que les juges ne sont pas tenus par la loi d’être versés en droit de la concurrence. (Cela ne veut pas dire que les juges n’apportent pas au Tribunal une expertise juridique utile pour régler des questions touchant la concurrence.) Quant aux autres membres du Tribunal, ils proviennent de différents milieux. Certains peuvent être spécialisés en économie. D’autres sont issus du monde des affaires à cause de leur compréhension pratique des marchés. Certains peuvent sans aucun doute être perçus comme représentant les intérêts de groupes opposés, tels le patronat et les syndicats.

La durée du mandat des juges et des autres membres est de sept ans. À l’heure actuelle, seulement un autre membre exerce ses fonctions à temps plein. Les sept autres siègent à temps partiel, au besoin. Les juges sont libérés de leurs fonctions à la Cour fédérale uniquement dans la mesure nécessaire pour exercer leurs fonctions en tant que membres du Tribunal. Pour ceux qui connaissent bien des organismes de réglementation fédéraux comme le CRTC et l’Office national des transports, les différences législatives entre ces tribunaux administratifs et le Tribunal de la concurrence sont bien réelles.

Non seulement le législateur fait une distinction entre les juges et les autres membres dans la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, mais il le fait dans le but précis d’attribuer une compétence à l’égard de trois types de questions juridiques. L’article 12 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* exprime l’intention manifeste du législateur de priver les autres membres du Tribunal du pouvoir de statuer sur des questions de droit. La disposition pertinente est libellée en ces termes:

12. (1) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) seuls les juges qui siègent ont compétence pour trancher les questions de droit;

b) tous les membres qui siègent ont compétence pour trancher les questions de fait ou de droit et de fait.

(2) In any proceedings before the Tribunal,

(a) in the event of a difference of opinion among the members determining any question, the opinion of the majority shall prevail; and

(b) in the event of an equally divided opinion among the members determining any question, the presiding member may determine the question. <sup>a</sup>

While argument might have been directed at whether the issue of market definition is within the specialized expertise of the Tribunal's lay members, which in my opinion it is not, the fact remains that Parliament vested judicial members with sole responsibility for determining questions of law. Subsection 12(1) of the *Competition Tribunal Act* renders this patently clear while leaving questions of fact and questions of mixed law and fact to be decided by the members on a majority basis. <sup>b</sup>

I hasten to add that the legislative history leading up to the passage of the *Competition Act* in 1986 reveals clearly that the Tribunal, as presently constituted with the jurisdiction of its respective members, reflects a compromise between those who sought to vest jurisdiction under Part VIII of the Act in a tribunal composed entirely of lay experts and those who sought to vest the courts with civil jurisdiction; see Bill C-256 [*An Act to promote competition, to provide for the general regulation of trade and commerce, to promote honest and fair dealing, to establish a Competitive Practices Tribunal and the Office of Commissioner, to repeal the Combines Investigation Act and to make consequential amendments to the Bank Act*] (June 1971), Bill C-42 [*An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof*] (March 1977), Bill C-13 [*An Act to amend the Combines Investigation Act and to amend the Bank Act and other Acts in relation thereto or in consequence thereof*] (November 1977) and compare with Bill C-29 [*An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*] (April 1984). This compromise is reflected in the *Competition Tribunal Act* and, in my view, one which must be respected. I know of no other enabling legislation which goes so far as to prescribe in as much detail the respective roles of a tribunal's constituent members. <sup>c</sup>

(2) Dans toute procédure devant le Tribunal:

a) l'opinion de la majorité l'emporte s'il y a divergence d'opinion entre les membres sur une question donnée;

b) le président de séance peut trancher toute question si les opinions sur celle-ci sont également partagées entre les membres. <sup>d</sup>

Quoiqu'on eût pu orienter le débat vers la question de savoir si la définition du marché relève du champ d'expertise des autres membres du Tribunal, ce qui, à mon sens, n'est pas le cas, il n'en est pas moins vrai que c'est aux juges que le législateur a confié l'entière responsabilité de trancher les questions de droit. Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* l'indique clairement, tout en laissant aux membres le soin de trancher les questions de fait et les questions de droit et de fait à la majorité. <sup>e</sup>

Je m'empresse d'ajouter que l'historique des événements législatifs qui ont abouti à l'adoption de la *Loi sur la concurrence* en 1986 montre clairement que le Tribunal, tel qu'il est actuellement constitué avec la compétence de ses membres respectifs, est le résultat d'un compromis entre ceux qui voulaient que la compétence prévue à la partie VIII de la Loi soit accordée à un tribunal composé entièrement de spécialistes non-juges et ceux qui voulaient que les tribunaux soient investis d'une compétence en matière civile; voir le projet de loi C-256 [*Loi encourageant la concurrence, prévoyant la réglementation générale du commerce, favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché, créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire, abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*] (juin 1971), le projet de loi C-42 [*Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et à d'autres lois*] (mars 1977) et le projet de loi C-13 [*Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et apportant des modifications corrélatives à la Loi sur les banques et d'autres lois*] (novembre 1977), et comparer avec le projet de loi C-29 [*Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*] (avril 1984). Ce compromis est visible dans la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* et, à mon avis, il faut le respecter. Je ne connais aucune autre loi habilitante qui va jusqu'à <sup>f</sup>



As stated above, the definition of product market is a question of law and therefore the criteria or factors used to circumscribe that definition must be questions which, if necessary, go to the judicial member of the Tribunal for determination. Given this statutory imperative, it cannot be said that the problem at hand falls squarely within the Tribunal's expertise. As a jurisdictional matter, Parliament has expressly decided otherwise. That much is evident from Parliament's manifest intention to direct questions of law to the judicial member only, and who cannot be deemed to bring special expertise in competition law to the Tribunal. Hence, it follows that curial deference is not owed and that the standard of appellate review is correctness.

### (c) Nature of the Problem

I have already determined, for jurisdictional purposes, that the adoption and application of a framework for market definition is a question of law. But there are also strong policy reasons why the issue of market definition should be subject to ordinary appellate review.

Market definition is a legal construct, not an economic one. It must be recognized that although the term "relevant market" is referred to in paragraph 93(g) [as am. *idem*, s. 45] of the Act, it remains undefined as is the case in comparable legislation found in other jurisdictions; e.g. section 7 of the *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18 (1988). The omission is not an oversight on the part of Parliament but an implied recognition of the fact that the term is and always has been a judicial construct informed by economic principles and now guided by the practical experience of those familiar with the operation of markets—lay members of the Tribunal: see generally G. J. Werden, "The History of Antitrust Market Delineation" (1992), 76 *Marq. L. Rev.* 123; Note, "The Market: A Concept in Anti-Trust" (1954), 54 *Colum. L. Rev.* 580; and David Macdonald, "Product Competition in the Relevant Market Under the Sherman Act" (1954), 53 *Mich. L. Rev.* 69; see also *United States v. Columbia*

prescrire de façon aussi détaillée les rôles respectifs des membres d'un tribunal.

Comme je l'ai mentionné plus haut, la définition du marché du produit est une question de droit et, par conséquent, les critères ou les facteurs utilisés pour circonscrire cette définition sont des questions qui, s'il y a lieu, sont tranchées par le membre du Tribunal qui est juge. Vu cet impératif législatif, on ne saurait affirmer que le problème en l'espèce relève directement de l'expertise du Tribunal. S'agissant de la compétence, le législateur en a expressément décidé autrement. C'est ce qui ressort de l'intention manifeste du législateur de confier les questions de droit au juge seulement, lequel ne saurait être considéré comme une personne qui apporte au Tribunal des connaissances spécialisées dans le domaine du droit de la concurrence. Il s'ensuit que le principe de la retenue judiciaire ne s'applique pas et que la norme de contrôle en appel est la décision correcte.

### c) Nature du problème

J'ai déjà établi que, pour ce qui est de la compétence, l'adoption et l'application d'un cadre pour la définition du marché est une question de droit. Cependant, il existe également de sérieuses raisons fondamentales pour lesquelles la question de la définition du marché devrait faire l'objet d'un contrôle ordinaire en appel.

La définition du marché est un concept non pas économique, mais juridique. Il convient de reconnaître que, même si l'expression «marché pertinent» est employée à l'alinéa 93g) [mod., *idem*, art. 45] de la Loi, elle demeure non définie, comme c'est le cas dans des lois comparables en vigueur dans d'autres pays; p. ex., l'article 7 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18 (1988). Il ne s'agit pas d'un oubli de la part du législateur, mais de la reconnaissance implicite du fait que cette expression est et a toujours été un concept judiciaire éclairé par des principes économiques et maintenant guidé par l'expérience pratique de ceux qui connaissent bien le fonctionnement des marchés, c'est-à-dire les autres membres du Tribunal: voir, en général, G. J. Werden, «The History of Antitrust Market Delineation» (1992), 76 *Marq. L. Rev.* 123; Note, «The Market: A Concept in Anti-Trust» (1954), 54 *Colum. L. Rev.* 580; et David Macdonald, «Product Competition in the Relevant Market Under

*Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948), at pages 508, 519, 520 and 527; *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953), at page 612, note 31.

It cannot be forgotten that market definition is vital to merger analysis and Parliament's concern over the exercise of market power. A definition which is too narrow may well have the *de facto* effect of repealing the merger provisions of the Act. Once it is held that the products of two merging firms are not within the product market then the issue of whether the merger is likely to cause a substantial lessening of competition is simply rendered moot. Conversely, a definition which is too broad is just as apt to enjoin mergers which do not undermine the objectives of the Act.

In conclusion, I am of the view that no curial deference is owed decisions of the Tribunal involving market definition.

### 3. Market Definition—Background

For purposes of merger analysis, a relevant market has three dimensions: product, geographic and temporal. The parties are agreed as to the geographic dimension. As will become evident, the temporal aspect remains a theoretical concern. It is the concept of product market which has proven problematic. The Tribunal's initial framework for assessing relevant product market was embodied in the concept of demand elasticity, but supposedly abandoned once it was recognized that "direct evidence" was unavailable and therefore the void would have to be filled by "indirect evidence" of substitutability.

Indirect evidence took the form of several factors or practical indicia which would be examined in arriving at a conclusion as to whether the Pacific Dailies and community newspapers are in the same product market with respect to retail print advertising services. The substance of the Director's argument is that the Tribunal failed to weigh the evidence relating

the Sherman Act» (1954), 53 *Mich. L. Rev.* 69; voir aussi *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948), aux pages 508, 519, 520 et 527; *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953), à la page 612, note 31.

On ne saurait oublier que la définition du marché est vitale pour l'analyse d'un fusionnement et la préoccupation du législateur à l'égard de l'exercice d'une puissance commerciale. Une définition qui est trop étroite aura sans aucun doute pour effet, concrètement, de rendre inopérantes les dispositions de la Loi relatives aux fusionnements. Une fois qu'il est établi que les produits de deux entreprises fusionnantes ne sont pas sur le même marché du produit, alors la question de savoir si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence devient tout bonnement théorique. Inversement, une définition qui est trop large risque pareillement de faire obstacles aux fusionnements qui n'affaiblissent pas les objectifs de la Loi.

En conclusion, je suis d'avis qu'il ne convient pas de faire preuve de retenue envers les décisions du Tribunal qui comportent une définition du marché.

### 3. Définition du marché: genèse

Dans le contexte de l'analyse d'un fusionnement, un marché pertinent a trois dimensions: une dimension produit, une dimension géographique et une dimension temporelle. Les parties s'entendent sur la dimension géographique. Comme nous le verrons, l'aspect temporel demeure une préoccupation théorique. C'est le concept de marché du produit qui pose un problème. Le cadre initial retenu par le Tribunal pour évaluer le marché du produit pertinent était incorporé dans le concept d'élasticité de la demande, mais il aurait été abandonné une fois reconnue l'absence de «preuve directe» et, par conséquent, la nécessité de combler ce vide au moyen d'une «preuve indirecte» du caractère substitutif.

Cette preuve indirecte était constituée de plusieurs facteurs ou indices pratiques dont on devait tenir compte pour déterminer si les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires sont sur le même marché du produit en ce qui a trait aux services de publicité-détaillants imprimée. L'essentiel de l'argumentation du directeur est que le Tribunal n'a pas évalué la

to each of the indicia identified, but rather based its decision on the Director's failure to adduce statistical or anecdotal evidence as to whether "small changes in relative prices" would cause advertisers to move their retail print advertising from one newspaper to another. In adopting that approach the Tribunal, it is argued, ignored all other relevant evidence.

In alleging that the Tribunal failed to apply its stated approach to market definition, it has been presumed that that approach embodies the correct legal framework. It is my understanding that the parties had agreed on the analytical framework to be applied and that the Tribunal was prepared to evaluate the evidence and render a decision on the basis of that common understanding, as reflected in the practical indicia outlined by the Tribunal. The immediate problem is that the Tribunal's reasons do not even reflect that underlying agreement.

During argument on appeal, counsel for the Director indicated that the origins of the market definition employed by the Tribunal could be found in the affidavit of Dr. Globerman, an economist who testified on behalf of Southam (Appeal Case, vol. 24, at page 9026). That affidavit refers sparingly to the Director's 1992 Merger Enforcement Guidelines which set out "evaluative criteria" for assessing, *inter alia*, relevant product markets. Southam's memorandum on appeal also cites those guidelines and, as well, the affidavit of Dr. Globerman in support of its position that the Tribunal adopted the correct "legal standard" and that that approach is consistent with the position both parties advanced before the Tribunal (see respondents' memorandum of fact and law, paragraph 61).

In my view, the principal issue raised by the Director cannot be addressed properly without first attempting to explain the origins of the practical indicia approach to market definition and the relevance of the Director's Guidelines. That such guidelines are binding on no one and are merely intended to explain the Government's enforcement policy and the review

preuve ayant trait à chacun des indices mentionnés, mais a plutôt fondé sa décision sur le défaut du directeur de produire une preuve statistique ou anecdotique quant à la question de savoir si «des changements minimes dans les prix relatifs» amèneraient des annonceurs à confier leur publicité à un autre journal. Le directeur a fait valoir qu'en adoptant cette approche, le Tribunal a fait abstraction de tous les autres éléments de preuve pertinents.

Pour affirmer que le Tribunal n'a pas appliqué l'approche qu'il avait formulée pour la définition du marché, le directeur a présumé que cette approche renferme le cadre juridique approprié. Je crois savoir que les parties s'étaient mises d'accord sur le cadre d'analyse à appliquer, et que le Tribunal était disposé à évaluer la preuve et à rendre une décision sur la base de cette entente commune, qui trouvait son expression dans les indices pratiques énoncés par le Tribunal. Le problème immédiat réside dans le fait que les motifs du Tribunal ne font même pas écho à cette entente sous-jacente.

Lors du débat sur l'appel, l'avocat du directeur a précisé que la définition du marché retenue par le Tribunal était dérivée de l'affidavit d'un économiste, M. Globerman, qui a témoigné pour Southam (dossier conjoint, vol. 24, à la page 9026). Cet affidavit se réfère modérément au document Fusionnements—Lignes directrices pour l'application de la Loi publié par le directeur en 1992, dans lequel sont énoncés des «critères d'évaluation» pour définir, entre autres choses, les marchés du produit pertinents. Dans son exposé des faits et du droit en appel, Southam invoque également ces lignes directrices, ainsi que l'affidavit de M. Globerman, au soutien du point de vue selon lequel le Tribunal a adopté la «norme juridique» appropriée et que cette approche est compatible avec la thèse défendue par les deux parties devant le Tribunal (voir l'exposé des faits et du droit des intimées, paragraphe 61).

À mon avis, on ne peut pas traiter correctement la principale question soulevée par le directeur sans d'abord tenter d'expliquer les origines de l'approche de la définition du marché fondée sur les indices pratiques et la pertinence des Lignes directrices du directeur. Nul ne conteste que ces lignes directrices ne lient personne et sont simplement destinées à décrire

function performed within the Bureau of Competition Policy is not questioned. What is of significance is the fact that the Director's Guidelines build upon those promulgated by enforcement agencies in the United States. In turn, the American guidelines were drafted having regard to the extensive United States jurisprudence surrounding the interpretation of section 7 of the *Clayton Act* which proscribes mergers resulting in a substantial lessening of competition. However, the Director's Guidelines are not even referred to in the Tribunal's decision; on this point, see C. S. Goldman and J. D. Bodrug, "The *Hillsdown* and *Southam* Decisions: The First Round of Contested Mergers Under the *Competition Act*" (1993), 38 *McGill L.J.* 724, at page 751.

If we are to make any headway with respect to the issue of market definition in Canada then it is necessary to provide an analysis which discloses existing theoretical and legal frameworks. The ensuing analysis covers the following topics: (a) market power paradigms; (b) American jurisprudence; (c) Canadian jurisprudence; and (d) merger enforcement guidelines in both the United States and Canada. Following that analysis, I shall deal with the substantive error alleged by the Director.

#### (a) Market Power—The Paradigms

It is universally accepted that a merger must be examined in terms of its likely effect on competition within a relevant market. The central concern is with respect to exercise of market power by a single dominant firm or a group of firms acting collectively. In turn, market power is recognized as the ability to profitably raise prices above competitive levels without losing a significant portion of business to rival firms or firms that may become rivals as a result of the price increase: see decision, at page 177 quoting G. A. Hay, "Market Power in Antitrust" (1992), 60 *Antitrust L.J.* 807, at page 808; R. Pitofsky, "New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust" (1990), 90 *Colum. L. Rev.* 1805, at pages 1807-1808 (hereinafter "Pitofsky"); and ABA Antitrust Section, Monograph No. 12, *Horizontal*

la politique du gouvernement en matière d'application de la loi et les activités d'examen exercées au sein du Bureau de la politique de concurrence. Ce qui est important, c'est que les Lignes directrices du directeur prennent appui sur des lignes directrices qui ont été promulguées par des organismes d'application de la loi aux États-Unis. Ces lignes directrices américaines ont été élaborées à partir de l'abondante jurisprudence américaine portant sur l'interprétation de l'article 7 de la *Clayton Act*, disposition qui interdit les fusionnements ayant pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Pourtant, le Tribunal n'évoque même pas les Lignes directrices du directeur dans sa décision; sur ce point, voir C. S. Goldman et J. D. Bodrug, «The *Hillsdown* and *Southam* Decisions: The First Round of Contested Mergers Under the *Competition Act*» (1993), 38 *R.D. McGill* revue bilingue 724, à la page 751.

Si l'on veut faire des progrès sur la question de la définition du marché au Canada, alors il est nécessaire de faire une analyse dans laquelle sont exposés les cadres juridiques et théoriques existants. Les sujets suivants sont traités dans l'analyse qui suit: a) les paradigmes de la puissance commerciale; b) la jurisprudence américaine; c) la jurisprudence canadienne; et d) les lignes directrices américaines et canadiennes pour l'application de la loi en matière de fusionnements. Après cette analyse, je me pencherai sur l'erreur quant au fond alléguée par le directeur.

#### a) Puissance commerciale: les paradigmes

Il est accepté par tous qu'un fusionnement doit être examiné sous l'angle de son effet probable sur la concurrence dans un marché pertinent. La préoccupation centrale réside dans l'exercice d'une puissance commerciale par une entreprise dominante ou un groupe d'entreprises qui agissent de concert. On entend par puissance commerciale la capacité d'imposer avec profit une augmentation de prix à des niveaux plus élevés que le niveau concurrentiel sans perdre une partie importante de la clientèle aux mains d'entreprises qui sont des concurrents ou peuvent le devenir par suite de l'augmentation de prix: voir la décision, à la page 177, où l'on cite G. A. Hay, «Market Power in Antitrust» (1992), 60 *Antitrust L.J.* 807, à la page 808; R. Pitofsky, «New Definitions of Relevant Market and the Assault on Antitrust» (1990), 90

*Mergers: Law and Policy* (1986), at page 62 (hereinafter “Horizontal Mergers”).

Since it is not possible to measure market power directly, the analysis of whether a merger will give rise to market power focusses initially on determining the relevant market. Once the relevant market has been defined then it is necessary to infer market power within that market through the use of proxies such as market shares or concentration (subject to the limitations prescribed by subsection 92(2) and section 93 of the Act). With respect to product market definition, there are several paradigms used to explain how one goes about determining whether products are sufficiently close substitutes and therefore to be included in the same product market. Two are of particular relevance to the appeal at hand: the “hypothetical monopolist” and “cross-elasticity”. The latter is outlined in the Tribunal’s reasons while the former is embraced in the Director’s Guidelines.

Under the hypothetical monopolist paradigm one asks what would happen if a hypothetical monopolist seller of a group of products imposed a “significant and non-transitory price increase”. In the event a sufficient number of buyers were to shift to other products such that the monopolist would find the price increase unprofitable then that group of products is deemed too narrow to constitute a market. Accordingly, the market is expanded to embrace the next best substitute. The analysis is repeated until one is able to identify the smallest group of products for which the hypothetical monopolist could profitably impose a price increase. The geographic market is determined in an analogous manner; see generally *Horizontal Mergers*, at page 105; *Crampton*, at page 280; and *Director’s Guidelines*, at pages 7 and 9.

The cross-elasticity paradigm has both demand and supply dimensions. Demand elasticity refers to the effect which a change in the price of one product has on the demand of another. It measures the rate at

*Colum. L. Rev.* 1805, aux pages 1807 et 1808 (ci-après «Pitofsky»); et ABA Antitrust Section, Monograph No. 12, *Horizontal Mergers: Law and Policy* (1986), à la page 62 (ci-après «Horizontal Mergers»).

Comme il est impossible de mesurer la puissance commerciale directement, il faut, pour déterminer si un fusionnement confèrera une puissance commerciale, commencer par définir le marché pertinent. Une fois que le marché pertinent a été défini, il faut induire la puissance commerciale sur ce marché au moyen d’indices comme les parts du marché ou la concentration (sous réserve des restrictions prévues au paragraphe 92(2) et à l’article 93 de la Loi). S’agissant de la définition du marché du produit, plusieurs paradigmes sont utilisés pour expliquer la façon de procéder pour déterminer si des produits sont des substituts suffisamment proches pour être inclus dans le même marché du produit. Deux paradigmes sont particulièrement utiles dans le cadre du présent appel: le paradigme du «monopoleur hypothétique» et le paradigme de «l’élasticité croisée». Il est question du premier dans les Lignes directrices du directeur et du second dans les motifs du Tribunal.

Dans le contexte du paradigme du monopoleur hypothétique, on se demande ce qui arriverait si le vendeur d’un groupe de produits agissant comme un monopoleur hypothétique imposait une «augmentation de prix relativement importante et non transitoire». Si cette augmentation de prix incitait un nombre suffisant d’acheteurs à se tourner vers d’autres produits, ce qui la rendrait peu rentable pour le monopoleur, alors ce groupe de produits est jugé trop restreint pour constituer un marché. Le marché est donc élargi pour y ajouter le produit qui constitue le meilleur substitut suivant. L’analyse se poursuit jusqu’à ce qu’on parvienne à trouver le plus petit groupe de produits à l’égard duquel le monopoleur hypothétique pourrait imposer une augmentation de prix avec profit. Le marché géographique est déterminé de la même façon; voir, en général, *Horizontal Mergers*, à la page 105; *Crampton*, à la page 280; et les Lignes directrices du directeur, aux pages 9 et 11.

Le paradigme de l’élasticité croisée comporte un volet offre et un volet demande. On entend par élasticité de la demande l’effet que la variation du prix d’un produit a sur la demande d’un autre produit.

which consumers increase or decrease their consumption of one product in response to the price change of another. Under this paradigm, if a change in the price of one product causes a significant change in the quantity demanded of another then the cross-elasticity of demand is said to be high and both products are treated as being in the same product market. Conversely, if a price change in one product causes little or no change in demand for the other product the cross-elasticity is said to be low and hence the products cannot be said to fall within the same product market. The process is repeated with respect to other products until the product dimensions of the market have been settled.

Supply elasticity focusses on the ability of existing companies to alter their production facilities to produce a product which competes with that produced by another hypothetical monopolist in response to a significant and non-transitory price increase imposed by the latter. The supply side of the equation is viewed as relevant because it is assumed that a monopolist contemplating a price increase will be constrained by the knowledge that others are capable of entering the market if it would be profitable to do so. Whether or not existing firms will enter a particular market and therefore be deemed part of the relevant market, is dependent on whether there are any barriers to entry.

In evaluating supply elasticity, consideration is given to examples of both successful and unsuccessful entry into a product market (see Crampton, at pages 293-294). It would appear that supply elasticity does not directly affect the question of whether one product is a substitute for another. Its primary purpose is to identify all of the firms that are within the relevant market. Consequently, this factor takes on greater significance when consideration is given to the matter of market shares or concentration (the more firms that comprise the market the less the market share) and whether the merger is likely to lessen competition substantially. I hasten to add that barriers to market entry may also be relevant in the context of whether the merger is likely to prevent competition in the sense that they act as deterrents with respect to potential competitors.

L'élasticité de la demande mesure le rythme auquel les consommateurs augmentent ou diminuent leur consommation d'un produit en réponse à la variation du prix d'un autre produit. Dans le contexte de ce paradigme, si la variation du prix d'un produit entraîne un changement important dans la quantité demandée d'un autre produit, alors on dit que l'élasticité croisée de la demande est élevée, et les deux produits sont placés dans le même marché du produit. Inversement, si la variation du prix d'un produit ne modifie guère ou pas du tout la demande pour un autre produit, on dit que l'élasticité croisée est faible et, partant, les produits ne sont pas considérés comme appartenant au même marché du produit. On poursuit le processus avec d'autres produits jusqu'à ce qu'ait été déterminée la dimension produit du marché.

L'élasticité de l'offre s'attache à la capacité d'entreprises existantes de modifier leurs installations de production pour fabriquer un produit qui fait concurrence à celui d'un autre monopoleur hypothétique, en réaction à une augmentation de prix relativement importante et non transitoire imposée par ce dernier. Le côté offre de l'équation est jugé pertinent parce qu'on présume qu'un monopoleur qui songe à augmenter un prix se retiendra s'il sait que d'autres sont capables de faire leur entrée sur le marché si cela était rentable. L'entrée ou non d'entreprises existantes sur un marché particulier et leur inclusion consécutive dans le marché pertinent—dépend de l'existence ou non d'obstacles à l'entrée.

Pour évaluer l'élasticité de l'offre, il convient de prendre en considération des exemples d'entrées sur un marché du produit qui ont été couronnées de succès et d'entrées qui ont échoué (voir Crampton, aux pages 293 et 294). Il semble que l'élasticité de l'offre n'influe pas directement sur la question de savoir si un produit peut se substituer à un autre. Sa principale fonction est de repérer toutes les entreprises qui sont sur le marché pertinent. Par conséquent, ce facteur devient plus important lorsqu'on examine la question des parts du marché ou de la concentration (plus il y a d'entreprises sur le marché, moins la part du marché est grande) et la question de savoir si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Je m'empresse d'ajouter que les obstacles à l'entrée sur le marché peuvent également être pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si

To the extent that either paradigm is seen as a practical tool in merger analysis, it remains necessary to establish in concrete terms what constitutes a “small but significant non-transitory increase in price”. Typically, the literature refers to a 5% increase in price sustained over a period of one year. Invariably, the 5% threshold can be adjusted, depending on the nature of the industry. The hypothesized price increase has significant policy implications by virtue of the fact that the percentage increase is directly related to the potential market power that is to be tolerated before merger enforcement is invoked. At the same time, it has been suggested that any threshold level is necessarily arbitrary and based on intuition; see Werden, “Market Delineation and the Justice Department’s Merger Guidelines”, [1983] *Duke L.J.* 514, at page 550; and Horizontal Mergers, at page 118, citing Elzinga & Hogarty, “The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits” (1973), 18 *Antitrust Bulletin* 45, at page 74.

The hypothetical monopolist and cross-elasticity paradigms are the two theoretical frameworks most commonly employed to explain the concept of a relevant market. Armed with that understanding, the real issue is whether either paradigm is of any practical significance when it comes to the task of delineating the boundaries of a product market. The major criticism of the hypothetical monopolist paradigm is that it offers little guidance regarding its practical application; see Crampton, at page 282 and Horizontal Mergers, at page 109. The majority of criticisms, however, are reserved for the cross-elasticity paradigm. Crampton offers a convenient summary of existing criticisms (at pages 277-278):

As one commentator has observed, “(t)he difficulty of measuring demand elasticities has made it appear that it is hopeless to try to define economically meaningful industries.” This is so for many reasons. First, one must gather empirical data regarding the variation of quantities demanded or supplied as a result of changes in the price of other goods. This is extremely diffi-

le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher la concurrence, c’est-à-dire si ces obstacles ont un effet de dissuasion sur des concurrents éventuels.

<sup>a</sup> Dans la mesure où l’un de ces paradigmes s’avère un outil pratique dans l’analyse d’un fusionnement, il demeure nécessaire d’établir en termes concrets ce qui constitue une [TRADUCTION] «augmentation de prix minime, mais relativement importante et non transitoire». Selon la documentation, il s’agit habituellement d’une augmentation de prix de 5 % qui dure un an. Ce seuil de 5 % peut toujours être modifié selon la nature de l’industrie. L’augmentation de prix postulée a des conséquences importantes sur le plan de l’action en raison du fait que l’augmentation en pourcentage est directement liée à la puissance commerciale potentielle qui doit être tolérée avant que des mesures ne soient prises à l’égard du fusionnement. Par ailleurs, des auteurs ont laissé entendre que le niveau d’un seuil est forcément arbitraire et repose sur l’intuition; voir Werden, «Market Delineation and the Justice Department’s Merger Guidelines», [1983] *Duke L.J.* 514, à la page 550; et Horizontal Mergers, à la page 118, où l’on cite Elzinga et Hogarty, «The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits» (1973), 18 *Antitrust Bulletin* 45, à la page 74.

<sup>f</sup> Les paradigmes de l’élasticité croisée et du monopoleur hypothétique sont les deux cadres théoriques les plus couramment employés pour expliquer le concept d’un marché pertinent. Cela étant dit, la véritable question consiste à savoir si l’un de ces paradigmes est d’une quelconque utilité lorsque vient le temps de délimiter les frontières du marché d’un produit. Le principal reproche que l’on fait au paradigme du monopoleur hypothétique réside dans le peu d’indications qu’il donne sur son application pratique; voir Crampton, à la page 282 et Horizontal Mergers, à la page 109. C’est toutefois le paradigme de l’élasticité croisée qui fait l’objet de la plupart des critiques. <sup>i</sup> Crampton fait un résumé commode de ces critiques (aux pages 277 et 278):

[TRADUCTION] Comme un commentateur l’a fait remarquer, «(l)a difficulté de mesurer les élasticités de la demande montre qu’il est vain de tenter de définir des industries économiquement importantes». Il y a bien des raisons à cela. Premièrement, il faut réunir des données empiriques sur la variation des quantités demandées ou fournies à la suite de changements

cult in the best of circumstances. Second, these measures assume that the price of the good that is being examined, together with all other factors which are capable of influencing demand/supply for this good, remain constant. Third, apart from these practical difficulties that are associated with measuring cross-elasticities in the "real world", "(t)here is no magic value of cross-elasticity measures which divides 'close' substitutes from 'distant' substitutes." Indeed, the choice of where to locate the dividing line is completely arbitrary. In addition, since the monopolist cares only about the proportionate amount by which *his* sales decrease as price rises, particular cross-elasticities may provide a misleading indication of the ability of the market as a whole to constrain monopolistic behaviour. "Many very small cross-elasticities may do more to keep a monopolist from raising price than one large elasticity." Finally, several weaknesses in the correspondence between cross elasticity and substitutability have been identified. For example, there are situations in which this correspondence is not one to one. Accordingly, although courts, commissions and/or administrative authorities in several countries have referred to the need to include in the same market products with high cross-elasticities of demand or supply, the difficulties that would be associated with employing cross-elasticity as a *bona fide* framework of analysis would be great.

The most obvious limitation on the applicability of either the hypothetical monopolist or cross-elasticity paradigm is the unavailability of direct (i.e. statistical) evidence. With respect to the latter paradigm, it is widely acknowledged that the statistical data necessary to compute cross-elasticity is rarely, if ever, available. Thus, it is not surprising that various frameworks or tests have evolved. It is in the American jurisprudence that one begins to appreciate why it is that the issue of market definition remains so problematic and controversial.

#### (b) American Jurisprudence

Merger analysis in the United States is a two-step process. The first is to define the relevant market. The second is to determine whether there has been a substantial lessening of competition as required by section 7 of the *Clayton Act*. With respect to the latter determination, the primary consideration is that of market share held by the merging firms. Thus, for those accused of antitrust behaviour the legal strategy is to convince the decision-maker that the products of the two merging firms are not close substitutes and

dans le prix d'autres biens. C'est très difficile à faire dans les circonstances les plus favorables. Deuxièmement, ces mesures supposent que le prix du bien qui est examiné, de même que tous les autres facteurs qui peuvent influencer sur l'offre et la demande de ce bien, demeurent constants. Troisièmement, en dehors des difficultés pratiques qui sont associées à la mesure des élasticités croisées dans la «vraie vie», «[i]l n'y a pas de valeur magique de la mesure de l'élasticité croisée qui sépare les «proches» substitués des «lointains» substitués». En fait, le choix de l'emplacement de la ligne de démarcation est complètement arbitraire. En outre, comme le monopoleur se soucie uniquement de la proportion dans laquelle *ses* ventes diminuent à mesure que le prix augmente, des élasticités croisées particulières peuvent fournir une indication trompeuse de la capacité du marché pris dans son ensemble de réprimer un comportement monopolistique. «De nombreuses élasticités croisées très faibles peuvent faire plus pour dissuader un monopoleur d'augmenter un prix qu'une forte élasticité.» Enfin, plusieurs faiblesses ont été relevées dans la correspondance entre l'élasticité croisée et le caractère substitutif. À titre d'exemple, il existe des situations dans lesquelles cette correspondance n'est pas de un à un. Par conséquent, même si des tribunaux, des commissions ou des autorités administratives de plusieurs pays ont indiqué qu'il fallait placer dans le même marché des produits ayant de fortes élasticités croisées de la demande ou de l'offre, les difficultés qu'occasionnerait l'emploi de l'élasticité croisée en tant que cadre d'analyse authentique seraient grandes.

Le facteur le plus évident qui limite l'applicabilité du paradigme du monopoleur hypothétique ou de l'élasticité croisée est l'absence de preuve directe (c.-à-d. statistique). Dans le cas du paradigme de l'élasticité croisée, il est généralement admis que les données statistiques nécessaires pour calculer l'élasticité croisée existent rarement, sinon jamais. Il n'est donc pas surprenant que divers cadres ou critères aient été développés. C'est dans la jurisprudence américaine que l'on commence à comprendre pourquoi la question de la définition du marché demeure si délicate et si controversée.

#### h) Jurisprudence américaine

L'analyse d'un fusionnement aux États-Unis est une démarche en deux étapes. D'abord, il faut définir le marché pertinent. Ensuite, il faut déterminer s'il y a eu une diminution sensible de la concurrence au sens de l'article 7 de la *Clayton Act*. Pour ce qui est de la seconde étape, le facteur crucial est celui de la part du marché détenue par les entreprises fusionnantes. Par conséquent, la stratégie juridique de deux entreprises fusionnantes accusées d'avoir un comportement anti-concurrentiel consiste à convaincre le



therefore not in the same product market. Failing that argument, the merging firms will seek to have the market expanded to include as many products or firms as possible so as to diminish their market share. Government strategy is to argue the converse.

It is within the above context that one begins to appreciate the fundamental significance of the market definition issue in the United States and the ability of American courts to carve out narrow or broad markets depending on the definitional framework so adopted. I hasten to point out, however, that our Act differs from the *Clayton Act* in several material respects. Subsection 92(2) of our Act expressly prohibits a finding that a merger is likely to lessen competition "solely on the basis of evidence of concentration or market share." Moreover, section 93 of the Act provides a non-exhaustive list of factors that must be considered by the Tribunal before arriving at its conclusion.

For purposes of this appeal, it is sufficient to canvass three of the seminal decisions of the United States Supreme Court. Together they reflect the general framework on which market analysis is undertaken in that country.

The first of the decisions is *United States v. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956) (hereinafter "*Cellophane*"), where the Supreme Court articulated the product market tests of "cross-elasticity of demand" and "reasonable interchangeability of use". Du Pont was charged with monopolizing the manufacture of cellophane in violation of section 2 of the *Sherman Act*. The Government argued that the relevant product market was limited to cellophane. Du Pont produced almost 75% of the cellophane sold in the United States, but less than 20% of all flexible packaging materials. Although there were findings that there were significant differences between cellophane and other flexible packaging materials in terms of physical characteristics and price levels, and that cellophane was the only packag-

décideur que leurs produits ne sont pas de proches substituts et, partant, ne sont pas sur le même marché du produit. Si cet argument est rejeté, les entreprises fusionnantes chercheront à faire élargir le marché pour inclure le plus de produits ou d'entreprises possible, de façon à réduire leur part du marché. La stratégie du gouvernement consiste à soutenir le contraire.

C'est dans le contexte décrit plus haut que l'on commence à saisir l'importance fondamentale de la question de la définition du marché aux États-Unis et la faculté qu'ont les tribunaux américains de créer des marchés larges ou étroits en fonction du cadre définitionnel retenu. Je m'empresse toutefois de signaler que la Loi canadienne diffère de la *Clayton Act* sous plusieurs rapports importants. En effet, le paragraphe 92(2) de la *Loi sur la concurrence* interdit expressément de conclure qu'un fusionnement aura vraisemblablement pour effet de diminuer la concurrence «en raison seulement de la concentration ou de la part du marché». En outre, l'article 93 de la Loi fournit une liste non limitative de facteurs dont le Tribunal doit tenir compte avant de parvenir à sa conclusion.

Dans le cadre du présent appel, il suffit d'examiner de près trois décisions de la Cour suprême des États-Unis qui ont inspiré d'autres décisions semblables. Conjointement, elles sont représentatives du cadre général dans lequel s'inscrit l'analyse du marché dans ce pays.

La première décision est l'arrêt *United States v. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956) (ci-après l'arrêt «*Cellophane*»), dans lequel la Cour suprême a énoncé les critères du marché de produit que sont «l'élasticité croisée de la demande» et «l'interchangeabilité raisonnable de l'utilisation». Du Pont était accusée d'exercer un monopole sur la fabrication de la cellophane en violation de l'article 2 de la *Sherman Act*. Le gouvernement prétendait que le marché du produit pertinent se limitait à la cellophane. Du Pont produisait presque 75 % de la cellophane vendue aux États-Unis, mais moins de 20 % de tous les emballages souples. En dépit de l'existence de conclusions selon lesquelles il y avait des différences importantes entre la cellophane et d'autres emballages souples du point de vue des caractéris-

ing material suitable to the needs of certain users (e.g. cigarette manufacturers), a majority of the Supreme Court concluded that the proper market included all flexible packaging materials and thus the Government had failed to discharge the burden of proof in establishing a monopoly on the part of du Pont. In reaching this conclusion, the Court's approach to market delineation embraced two tests: "reasonable interchangeability" and "cross-elasticity". The Court explained (at pages 394-395, 400 and 404):

IV. *The Relevant Market*.—When a product is controlled by one interest, without substitutes available in the market, there is monopoly power. Because most products have possible substitutes, we cannot, as we said in *Times-Picayune Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 612, give "that infinite range" to the definition of substitutes. Nor is it a proper interpretation of the Sherman Act to require that products be fungible to be considered in the relevant market.

What is called for is an appraisal of the "cross-elasticity" of demand in the trade. See Note, 54 Col. L. Rev. 580. The varying circumstances of each case determine the result. In considering what is the relevant market for determining the control of price and competition, no more definite rule can be declared than that commodities reasonably interchangeable by consumers for the same purposes make up that "part of the trade or commerce," monopolization of which may be illegal. As respects flexible packaging materials, the market geographically is nationwide.

An element for consideration as to cross-elasticity of demand between products is the responsiveness of the sales of one product to price changes of the other. If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number of customers of other flexible wrappings to switch to cellophane, it would be an indication that a high cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market. The court below held that the "[g]reat sensitivity of customers in the flexible packaging markets to price or quality changes" prevented du Pont from possessing monopoly control over price. 118 F. Supp., at 207. The record sustains these findings. See references made by the trial court in Findings 123-149.

tiques physiques et des niveaux des prix, et de conclusions selon lesquelles la cellophane était le seul matériel d'emballage qui répondait aux besoins de certains utilisateurs (comme les fabricants de cigarettes), la majorité des juges de la Cour suprême a conclu que tous les emballages souples étaient inclus dans le marché pertinent et, partant, que le gouvernement ne s'était pas acquitté du fardeau de prouver que du Pont exerçait un monopole. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour suprême a utilisé une approche de la définition du marché comprenant deux critères, soit «l'interchangeabilité raisonnable» et «l'élasticité croisée». La Cour suprême a expliqué (aux pages 394, 395, 400 et 404):

[TRADUCTION] IV. *Le marché pertinent*.—Lorsqu'un produit est contrôlé par une firme et qu'il n'y a pas de substituts sur le marché, il y a un pouvoir monopolistique. Comme la plupart des produits ont des substituts possibles, nous ne pouvons pas, comme nous l'avons affirmé dans l'arrêt *Times-Picayune Co. v. United States*, 345 U.S. 594, à la p. 612, donner «cette portée illimitée» à la définition des substituts. Par ailleurs, il s'agit d'une interprétation inexacte de la Sherman Act que d'exiger que les produits soient fongibles pour être inclus dans le marché pertinent.

Ce qu'il faut, c'est une évaluation de l'«élasticité croisée» de la demande dans le commerce. Voir Note, 54 Col. L. Rev. 580. Le résultat est déterminé par les circonstances variables de chaque espèce. Lorsqu'on examine ce qui constitue le marché pertinent pour déterminer le contrôle des prix et la concurrence, il ne saurait y avoir de règle plus précise que celle-ci: les produits raisonnablement interchangeables par les consommateurs pour les mêmes fins forment cette «partie du commerce» dont la monopolisation peut être illégale. En ce qui concerne les emballages souples, le marché, sur le plan géographique, s'étend à l'ensemble du pays.

La façon dont les ventes d'un produit réagissent aux variations du prix d'un autre produit est un élément à prendre en considération pour mesurer l'élasticité croisée de la demande. Si une légère diminution du prix de la cellophane amène un nombre considérable d'acheteurs d'autres emballages souples à se tourner vers la cellophane, ce serait un signe qu'il existe une forte élasticité croisée de la demande entre ces produits et que ceux-ci se font concurrence sur le même marché. Le tribunal d'instance inférieure a statué que la «[g]rande sensibilité des clients sur les marchés des emballages souples à des changements dans le prix ou dans la qualité» empêchait du Pont d'exercer un contrôle monopolistique sur le prix. 118 F. Supp., à la p. 207. Le dossier confirme ces conclusions. Voir les renvois faits par le tribunal de première instance dans Findings 123-149.

We conclude that cellophane's interchangeability with the other materials mentioned suffices to make it a part of this flexible packaging material market.

The "market" which one must study to determine when a producer has monopoly power will vary with the part of commerce under consideration. The tests are constant. That market is composed of products that have reasonable interchangeability for the purposes for which they are produced—price, use and qualities considered. While the application of the tests remains uncertain, it seems to us that du Pont should not be found to monopolize cellophane when that product has the competition and interchangeability with other wrappings that this record shows. [Emphasis added.]

*Cellophane* is the only case that I am aware of where a finding of high demand elasticity was made on the basis of statistical market data. There are two other aspects of *Cellophane* which have attracted attention.

First, the reasoning of the majority is widely believed to be seriously flawed because of what is now termed the "Cellophane fallacy". In reaching their decision, it is maintained that the majority ignored the fact that du Pont's profits on cellophane were unusually high and therefore demand elasticity should not have been evaluated at the monopoly price. Critics contend that the reason why many consumers of cellophane may have been willing to switch to other products was that du Pont was already charging supra-competitive prices, thus extracting monopoly profits on its cellophane sale. However, it has been questioned whether merger analysis is susceptible to the so-called cellophane fallacy. Professor Posner (now Judge Posner) has argued:

The problem does not arise in a merger case, where the issue is not whether the current price exceeds the competition level but whether the merger might result in a further deterioration of competitive conditions. If there are good substitutes in consumption or production at the current price, it is a detail whether that price is competitive or monopolistic. [R. Posner, "Antitrust Law: An Economic Perspective", 128-129 (1976), cited in Horizontal Mergers, at pp. 125-126.]

Nous arrivons à la conclusion que l'interchangeabilité de la cellophane et des autres matériaux mentionnés est suffisante pour qu'on considère que ce produit fait partie du marché des emballages souples.

<sup>a</sup> Le «marché» qu'il faut étudier pour déterminer à quel moment un producteur exerce un pouvoir monopolistique variera en fonction de la partie du commerce qui est à l'étude. Les critères sont constants. Ce marché se compose des produits qui sont raisonnablement interchangeables pour les fins auxquelles ils doivent servir, eu égard au prix, à l'utilisation et aux qualités. Bien que l'application des critères demeure incertaine, nous estimons qu'il n'y a pas lieu de conclure que du Pont exerce un monopole sur la cellophane, compte tenu de la concurrence et de l'interchangeabilité avec d'autres matériaux d'emballage que révèle ce dossier. [Non souligné dans l'original.]

<sup>d</sup> À ma connaissance, l'affaire *Cellophane* est la seule cause dans laquelle un tribunal s'est appuyé sur des données statistiques concernant le marché pour conclure que l'élasticité de la demande était forte. Deux autres aspects de cette affaire attirent l'attention.

<sup>e</sup> Premièrement, on pense généralement que le raisonnement de la majorité est entaché d'un vice sérieux à cause de ce qu'on appelle maintenant le «sophisme Cellophane». En effet, la majorité aurait rendu sa décision sans tenir compte du fait que les profits réalisés par du Pont sur les ventes de la cellophane étaient exceptionnellement élevés et, partant, l'élasticité de la demande n'aurait pas dû être évaluée au prix monopolistique. Des critiques soutiennent que de nombreux consommateurs de cellophane peuvent avoir été prêts à se tourner vers d'autres produits parce que du Pont imposait déjà des prix plus élevés que le niveau concurrentiel, ce qui lui permettait de réaliser des profits monopolistiques sur ses ventes de cellophane. On s'est toutefois demandé si l'analyse des fusionnements est vulnérable au sophisme Cellophane. Voici ce que le professeur Posner (maintenant le juge Posner) a soutenu:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Le problème ne se pose pas dans le cas d'un fusionnement, où il ne s'agit pas de savoir si le prix courant est plus élevé que le niveau concurrentiel, mais si le fusionnement pourrait entraîner une nouvelle détérioration des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence. S'il existe de bons substituts dans la consommation ou la production au prix courant, il importe peu que ce prix soit concurrentiel ou monopolistique. [R. Posner, «Antitrust Law: An Economic Perspective», 128-129 (1976), cité dans Horizontal Merger, aux p. 125 et 126.]

Thus, the true concern is with respect to the ability of the merging firms to impose further price increases upon their customers.

The one aspect of *Cellophane* which has attracted support is the majority's refusal to carve out a separate market in cellophane simply because there were some classes of users for whom cellophane was a preferred product. As Pitofsky states, at page 1814:

As long as substantial classes of customers existed who were in a position to switch easily and promptly in response to price increases or decreases ("precarious users"), the ability of those users to switch protected the competitive interests of those with a strong preference for cellophane over any substitutes ("captive users").

Six years after *Cellophane*, the Supreme Court rendered its decision in *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), which has been described as the Rosetta Stone of market definition. *Brown Shoe* was the first section 7 merger case under the *Clayton Act* to be decided by the Supreme Court. In that case, the issue was whether a merger of Brown Shoe and Kinney, two shoe manufacturers with retail outlets, would lessen competition substantially in the supply of retail shoes. In the end, the Supreme Court condemned the merger for both its horizontal and vertical impacts.

Noting that Congress had not adopted any particular test for measuring the relevant market, the Supreme Court cited with approval both the "cross-elasticity of demand" and the "reasonable interchangeability of use" tests articulated in *Cellophane*. The Court then immediately went on to hold that within a broad market there may exist well defined substitutes which, in themselves, constitute a product market for antitrust purposes. The seminal passage giving rise to the concept of a submarket within a market, determined by reference to a number of practical indicia, is found at page 325:

The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it. However, within this broad market, well-defined submarkets

Ainsi, la véritable préoccupation se rapporte à la capacité des entreprises fusionnantes d'imposer de nouvelles augmentations de prix à leurs clients.

Le refus de la majorité de créer un marché distinct pour la cellophane pour la seule raison que certaines catégories d'utilisateurs préféreraient ce produit est l'aspect de l'arrêt *Cellophane* qui a trouvé un appui. Comme le professeur Pitofsky le déclare à la page 1814:

[TRADUCTION] Tant qu'il y avait des catégories importantes de clients qui étaient en mesure de se tourner facilement et rapidement vers d'autres produits en réponse à des augmentations ou des diminutions de prix (les «utilisateurs précaires»), la capacité de ces utilisateurs de passer d'un produit à un autre protégeait les intérêts concurrentiels de ceux qui préféreraient nettement la cellophane à tout autre substitut (les «utilisateurs captifs»).

Six ans après l'arrêt *Cellophane*, la Cour suprême des États-Unis a rendu sa décision dans l'affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), que l'on a appelée la pierre de Rosette de la définition du marché. Il s'agit de la première cause de fusionnement fondée sur l'article 7 de la *Clayton Act* que la Cour suprême a tranchée. Dans cette affaire, la question litigieuse était celle de savoir si le fusionnement de deux fabricants de chaussures possédant des points de vente au détail, à savoir Brown Shoe et Kinney, diminuerait sensiblement la concurrence dans l'offre de chaussures. La Cour suprême a finalement interdit le fusionnement à cause de ses répercussions horizontales et verticales.

Après avoir fait remarquer que le Congrès n'avait adopté aucun critère particulier pour la définition du marché pertinent, la Cour suprême a cité avec approbation les critères de l'«élasticité croisée de la demande» et de l'«interchangeabilité raisonnable de l'utilisation» énoncés dans l'affaire *Cellophane*. Puis la Cour suprême a immédiatement statué que, sur un vaste marché, il peut exister des produits de substitution bien définis qui, en eux-mêmes, constituent un marché du produit dans un contexte antitrust. Le passage important qui a donné naissance au concept de sous-marché d'un marché, qui est défini au moyen de plusieurs indices pratiques, figure à la page 325:

[TRADUCTION] Les frontières extérieures du marché d'un produit sont déterminées par l'interchangeabilité raisonnable de l'utilisation ou l'élasticité croisée de la demande entre le produit lui-même et des substituts. Toutefois, sur ce vaste marché,

may exist which, in themselves, constitute product markets for antitrust purposes. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 593-595. The boundaries of such a submarket may be determined by examining such practical indicia as industry or public recognition of the submarket as a separate economic entity, the product's peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct customers, distinct prices, sensitivity to price changes, and specialized vendors. Because §7 of the Clayton Act prohibits any merger which may substantially lessen competition "in any line of commerce" (emphasis supplied), it is necessary to examine the effects of a merger in each such economically significant submarket to determine if there is a reasonable probability that the merger will substantially lessen competition. If such a probability is found to exist, the merger is proscribed. [Emphasis added.]

In *Brown Shoe*, the Supreme Court upheld the District Court's finding that there were three separate product markets: men's, women's and children's shoes. Resorting to four of the seven practical indicia, the Supreme Court found that each of these product lines were: (1) recognized by the public; (2) manufactured in separate plants; (3) characterized by uses peculiar to themselves; and (4) directed toward a distinct set of customers. Although one of the practical indicia was distinct prices, the Supreme Court refused to sanction a further division of product lines based on price/quality differences as it would simply be "unrealistic" (at page 326). *Brown Shoe* had argued that men's shoes priced over \$9 did not compete with those selling below that price. The Court did, however, concede that price and quality differences may be important in determining the likely effect of a merger but felt that (at page 326):

... the boundaries of the relevant market must be drawn with sufficient breadth to include the competing products of each of the merging companies and to recognize competition where, in fact, competition exists.

The delineation of submarket boundaries by reference to practical indicia such as those articulated in *Brown Shoe* was not well received. The submarket

il peut y avoir des sous-marchés bien définis qui, en eux-mêmes, constituent des marchés du produit dans un contexte antitrust. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, aux p. 593 à 595. Les frontières d'un tel sous-marché peuvent être déterminées par l'examen d'indices pratiques comme la reconnaissance par l'industrie ou le public du sous-marché en tant qu'entité économique distincte, les caractéristiques et les utilisations particulières du produit, des installations de production uniques, des clients distincts, des prix distincts, la sensibilité à des changements dans les prix et des vendeurs spécialisés. Comme l'article 7 de la Clayton Act interdit tout fusionnement qui peut diminuer sensiblement la concurrence «dans n'importe quel secteur d'activité» (sans italiques dans l'original), il est nécessaire d'examiner les effets d'un fusionnement sur chacun des sous-marchés économiquement importants pour déterminer s'il existe une probabilité raisonnable que le fusionnement diminuera sensiblement la concurrence. S'il est établi que cette probabilité existe, le fusionnement est interdit. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'affaire *Brown Shoe*, la Cour suprême a confirmé la conclusion du Tribunal fédéral de première instance selon laquelle il existait trois marchés du produit distincts, à savoir les chaussures pour hommes, les chaussures pour femmes et les chaussures pour enfants. S'appuyant sur quatre des sept indices pratiques, la Cour suprême a conclu que chacune de ces lignes de produits était: (1) reconnue par le public; (2) fabriquée dans des manufactures distinctes; (3) caractérisée par des utilisations qui lui étaient propres; et (4) orientée vers un groupe distinct de clients. Même si l'un des indices pratiques était des prix distincts, la Cour suprême a refusé d'approuver une nouvelle division des lignes de produits fondée sur des différences au chapitre du prix et de la qualité puisque cela serait tout simplement [TRADUCTION] «irréaliste» (à la page 326). Selon *Brown Shoe*, les chaussures pour hommes qui valaient plus de 9 \$ ne faisaient pas concurrence à celles qui valaient moins de 9 \$. La Cour suprême a toutefois admis que des différences au chapitre du prix et de la qualité peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer l'effet probable d'un fusionnement, mais elle a estimé (à la page 326):

[TRADUCTION] ... [qu']on doit tracer les frontières du marché pertinent en leur donnant assez d'ampleur pour inclure les produits concurrents de chacune des entreprises fusionnantes et pour reconnaître la concurrence là où, de fait, la concurrence existe.

La délimitation des frontières d'un sous-marché au moyen d'indices pratiques comme ceux qui ont été énoncés dans l'affaire *Brown Shoe* n'a pas reçu un

concept has been levelled “an intellectual monstrosity” with little “economic justification”; see Werden, *supra*, at page 160. On a more charitable tone, one commentator notes that the indicia list “is presented without any indication of priority or weight to specific factors and it unquestionably has worked a good deal of mischief in relevant market definition in merger cases”; Pitofsky, at page 1815. Nonetheless, the submarket concept has been used as a mechanism for excluding reasonably interchangeable products from a relevant market. Typically, reliance is placed on some but not all of the practical indicia; see Horizontal Mergers, at page 76.

Apparently in the two decades following the Supreme Court’s decision in *Brown Shoe*, the submarket concept and the practical indicia dominated thinking on market delineation in the lower courts; see Werden, *supra*, at page 172. In particular, government agencies employed the indicia to narrow the market and facilitate a finding that a merger was unlawful. However, reasonable interchangeability of use remains as an independent framework for market delineation in light of the decision in *United States v. Continental Can. Co.*, 378 U.S. 441 (1964).

In *Continental Can.*, the Government challenged the acquisition by Continental Can, the second largest producer of metal containers in the United States, of Hazel-Atlas Glass Co., the third largest producer of glass containers in that country. Although the District Court had found that there was competition among metal, glass and plastic containers with respect to end uses, it held that it was not the type of competition contemplated by the *Clayton Act*. The Supreme Court disagreed and concluded that the product market consisted of metal and glass containers even though end use competition also included manufacturers of plastic and paper containers. This particular aspect of *Continental Can.* produced strident criticism, including the accusation that:

accueil favorable. Le concept de sous-marché a été qualifié de [TRADUCTION] «monstruosité intellectuelle» sans grande [TRADUCTION] «justification économique»; voir Werden, précité, à la page 160. Sur un ton plus charitable, un commentateur a fait remarquer que la liste des indices [TRADUCTION] «est présentée sans aucune indication de priorité ou d’importance à l’égard de facteurs spécifiques et elle a indiscutablement eu un effet pernicieux sur la définition du marché pertinent dans les affaires de fusionnement»; Pitofsky, à la page 1815. Néanmoins, le concept de sous-marché a été invoqué pour exclure des produits raisonnablement interchangeables d’un marché pertinent. Habituellement, ce ne sont pas tous les indices pratiques qui sont utilisés, mais quelques-uns seulement; voir Horizontal Mergers, à la page 76.

Il semble que le concept de sous-marché et les indices pratiques ont dominé dans la réflexion des tribunaux inférieurs sur la définition du marché au cours des deux décennies qui ont suivi le prononcé de la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Brown Shoe*; voir Werden, précité, à la page 172. En particulier, les organismes gouvernementaux ont eu recours à ces indices pour restreindre le marché et faciliter la conclusion qu’un fusionnement était illégal. Toutefois, l’interchangeabilité raisonnable de l’utilisation continue d’exister en tant que cadre indépendant pour définir le marché, compte tenu de la décision rendue dans l’affaire *United States v. Continental Can. Co.*, 378 U.S. 441 (1964).

Dans l’affaire *Continental Can.*, le gouvernement contestait l’acquisition par le deuxième producteur en importance de contenants en métal des États-Unis, Continental Can, du troisième producteur en importance de contenants en verre de ce pays, Hazel-Atlas Glass Co. Bien que le Tribunal fédéral de première instance ait conclu qu’il existait une concurrence entre les contenants en métal, les contenants en verre et les contenants en plastique au chapitre des utilisations finales, il a statué qu’il ne s’agissait pas du genre de concurrence prévu par la *Clayton Act*. La Cour suprême ne s’est pas rangée à cet avis et a conclu que le marché du produit était constitué des contenants en métal et des contenants en verre, même si la concurrence au chapitre des utilisations finales comprenait également les fabricants de contenants en

... the Court appears to have taken a result-oriented approach to definition of the market gerrymandering the boundaries "so as to maximize the prospect of invalidating the challenged acquisition." Note: "The Supreme Court, 1963 Term" (1964), 78 *Harv. L. Rev.* 143, at pp. 274-275.

Leaving aside this flawed aspect of the Supreme Court's reasoning, *Continental Can.* stands for the proposition that a finding of significant end use or inter-industry competition can overcome evidence of price differentials and low price sensitivity. Such facts, while relevant, are not determinative of the product market issue. At pages 453-456, the Court reasoned:

Interchangeability of use and cross-elasticity of demand are not to be used to obscure competition but to "recognize competition where, in fact, competition exists." *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S., at 326. In our view there is and has been a rather general confrontation between metal and glass containers and competition between them for the same end uses which is insistent, continuous, effective and quantitywise very substantial. Metal has replaced glass and glass has replaced metal as the leading container for some important uses; both are used for other purposes; each is trying to expand its share of the market at the expense of the other; and each is attempting to preempt for itself every use for which its product is physically suitable, even though some such uses have traditionally been regarded as the exclusive domain of the competing industry. In differing degrees for different end uses manufacturers in each industry take into consideration the price of the containers of the opposing industry in formulating their own pricing policy. Thus, though the interchangeability of use may not be so complete and the cross-elasticity of demand not so immediate as in the case of most intraindustry mergers, there is over the long run the kind of customer response to innovation and other competitive stimuli that brings the competition between these two industries within §7's competition-preserving proscriptions.

Moreover, price is only one factor in a user's choice between one container or the other. That there are price differentials between the two products or that the demand for one is not particularly or immediately responsive to changes in the price of the other are relevant matters but not determinative of the product market issue. Whether a packager will use glass or cans may depend not only on the price of the package but also upon other equally important considerations. The consumer,

plastique et de contenants en papier. Cet aspect particulier de l'affaire *Continental Can.* a suscité de vives critiques, y compris l'accusation suivante:

[TRADUCTION] ... la Cour semble avoir adopté une approche orientée vers le résultat pour la définition du marché qui a donné lieu à un découpage arbitraire des frontières «de façon à maximiser les chances d'annuler l'acquisition contestée». Note: «The Supreme Court, 1963 Term», (1964), 78 *Harv. L. Rev.* 143, aux p. 274 et 275.

Mis à part cet aspect défectueux du raisonnement de la Cour suprême, l'affaire *Continental Can.* pose en principe que la constatation d'une utilisation finale importante ou d'une concurrence interindustrielle peut venir à bout d'une preuve d'écart entre les prix et de faible sensibilité aux prix. Bien qu'ils soient pertinents, ces faits ne règlent pas la question du marché du produit. Aux pages 453 à 456, la Cour s'est exprimée en ces termes:

[TRADUCTION] L'interchangeabilité de l'utilisation et l'élasticité croisée de la demande ne doivent pas être utilisées pour masquer la concurrence, mais pour «reconnaître la concurrence là où, de fait, la concurrence existe». *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S., à la p. 326. À notre avis, il existe un affrontement assez général entre les contenants en métal et les contenants en verre, et une concurrence entre ces produits pour les mêmes utilisations finales qui est persistante, réelle et très importante sur le plan de la quantité. Le métal a remplacé le verre et le verre a remplacé le métal en tant que principal contenant pour certaines utilisations importantes; tous deux servent à d'autres usages; chacun tente d'élargir sa part du marché au détriment de l'autre; et chacun tente de s'approprier la moindre utilisation pour laquelle son produit est physiquement adapté, même si certaines de ces utilisations ont traditionnellement été considérées comme le domaine exclusif de l'industrie concurrente. À divers degrés pour différentes utilisations finales, les fabricants au sein de chaque industrie prennent en considération le prix des contenants de l'industrie rivale pour établir leur propre politique de fixation des prix. Par conséquent, même s'il se peut que l'interchangeabilité de l'utilisation ne soit pas aussi complète et que l'élasticité croisée de la demande ne soit pas aussi immédiate que dans le cas de la plupart des fusions au sein d'une même industrie, on remarque, à long terme, le genre de réaction de la clientèle face à l'innovation et à d'autres stimulants concurrentiels qui assujettit la concurrence entre ces deux industries aux interdictions visant à préserver la concurrence prévues à l'article 7.

Par ailleurs, le prix est simplement un facteur parmi d'autres dans le choix d'un utilisateur entre deux contenants. Le fait qu'il existe des écarts entre les prix de deux produits ou le fait que la demande pour un produit ne réagisse pas particulièrement ou immédiatement à des changements dans le prix de l'autre produit sont des facteurs pertinents, mais cela ne règle pas la question du marché du produit. La décision d'un conditionneur d'employer des contenants en verre ou des contenants

for example, may begin to prefer one type of container over the other and the manufacturer of baby food cans may therefore find that his problem is the housewife rather than the packer or the price of his cans. This may not be price competition but it is nevertheless meaningful competition between interchangeable containers.

Reasonable interchangeability of use (functional interchangeability) emphasizes two factors: the product's uses and its physical characteristics. While demand cross-elasticity focusses on the sensitivity of buyers of one product to changes in the price of another, reasonable interchangeability focusses initially on the extent to which different products have similar qualities that allow them to be used for the same end use.

In determining whether products are substitutes for one another, the qualities of the products are not to be viewed in the abstract. Products which seem similar may be found not to be substitutes while products that appear very different may serve the same end use and be considered in the same product market. At the same time, the fact that two products are found to be functionally interchangeable does not necessarily lead to a finding that they are in the same product market. If buyers do not regard the products as substitutes for each other if only to a marginal degree then a broad market definition may be rejected on the basis that effective end use competition does not exist; see generally Kalinowski, Sullivan and McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, Vol. 3 (1995), at § 18.02 *et seq.*

The American jurisprudence with respect to the proper application of the interchangeability of use test reveals that where the intended use of the product is the same, products have been placed in the same market notwithstanding the following factors: different price levels, different physical characteristics in composition, appearance or quality, different customer classes or customer preferences and dissimilar production facilities or marketing and distribution

en métal peut dépendre non seulement du prix de l'emballage, mais aussi d'autres facteurs tout aussi importants. Par exemple, il se peut que le consommateur commence à préférer un type de contenant à un autre, et le fabricant de contenants d'aliments pour bébés peut donc estimer que son problème réside dans la ménagère plutôt que dans le conditionneur ou dans le prix de ses contenants. Il ne s'agit peut-être pas d'une concurrence par les prix, mais c'est malgré tout une concurrence significative entre des contenants interchangeables.

L'interchangeabilité raisonnable de l'utilisation (l'interchangeabilité fonctionnelle) fait ressortir deux facteurs, soit les utilisations du produit et ses caractéristiques physiques. Alors que l'élasticité croisée de la demande est axée sur la sensibilité des acheteurs d'un produit à des changements dans le prix d'un autre produit, l'interchangeabilité raisonnable se concentre d'abord sur la mesure dans laquelle des produits différents ont des qualités similaires qui font en sorte qu'ils peuvent servir à la même utilisation finale.

Pour déterminer si des produits peuvent être substitués l'un à l'autre, il ne faut pas envisager les qualités des produits dans l'abstrait. Il se peut que des produits qui paraissent similaires ne soient pas considérés comme des substituts, alors que des produits qui semblent très différents peuvent servir à la même utilisation finale et être inclus dans le même marché du produit. D'autre part, le fait que deux produits soient jugés fonctionnellement interchangeables n'amène pas nécessairement à conclure qu'ils sont sur le même marché du produit. Si les acheteurs ne considèrent pas les produits comme des substituts, ne serait-ce que dans une faible mesure, alors la définition d'un vaste marché peut être rejetée au motif qu'il n'existe pas de concurrence véritable au chapitre des utilisations finales; voir, en général, Kalinowski, Sullivan et McGuirl, *Antitrust Laws and Trade Regulation*, vol. 3 (1995), à § 18.02 et suiv.

Il ressort de la jurisprudence américaine qui porte sur l'application correcte du critère de l'interchangeabilité de l'utilisation que lorsque l'utilisation projetée du produit était la même, les produits ont été inclus dans le même marché, en dépit des facteurs suivants: des niveaux de prix différents, des caractéristiques physiques différentes au chapitre de la composition, de l'apparence ou de la qualité, des catégories de clients différentes ou des préférences différentes des



methods; see *Horizontal Mergers*, at page 73, and cases collected at note 359.

(c) Canadian Jurisprudence

The issue of market definition in Canadian jurisprudence has not received the extensive treatment that it has in the United States. Before 1986, Canadian competition law, and merger law in particular, was largely based on the criminal provisions of the former *Combines Investigation Act*. Consequently, the issue of market definition was never pursued in terms of the economic and social policies generally associated with a civil scheme of regulating anti-competitiveness. Thus, the old criminal cases dealing with market definition are of little assistance in fashioning a modern product market definition under Part VIII of the Act. Since the new Act came into force, the Tribunal has had to deal with market definition in only two cases. Regrettably, as discussed below, neither of those cases is of assistance in resolving the issue under appeal.

Four of the old criminal cases which touch on market definition are noteworthy as they demonstrate that market definition was not a well-developed concept in Canadian law. All of these cases, however, do focus on the central concept of product market definition—substitutability. Yet, none offer a framework for determining how substitutability is to be assessed.

In *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.*, noted earlier, the defendant, who was accused of predatory pricing by distributing the drug Valium to hospitals free of charge, argued that the market in which the firms competed consisted of all purchasers of their product (ex. pharmacies, physicians) and not just hospitals. The Trial Judge held that the hospital market was the relevant market. On appeal, it was alleged that the Trial Judge had failed to recognize the availability of substitute products when circumscribing the relevant market. The argument was rejected on the ground

clients, et des installations de production, des méthodes de marketing et des méthodes de distribution différentes; voir *Horizontal Mergers*, à la page 73, et les affaires mentionnées à la note 359.

c) Jurisprudence canadienne

Au Canada, la question de la définition du marché n'a pas été traitée de manière aussi approfondie dans la jurisprudence qu'elle ne l'a été aux États-Unis. Avant 1986, le droit canadien de la concurrence, en particulier le droit des fusions, était en grande partie fondé sur les dispositions pénales de l'ancienne *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. En conséquence, la question de la définition du marché n'a jamais été débattue sous l'angle des politiques sociales et économiques généralement associées à un régime civil de réglementation des agissements anti-concurrentiels. Il s'ensuit que les anciennes affaires criminelles portant sur la définition du marché ne sont guère utiles pour élaborer une définition moderne du marché du produit en vertu de la partie VIII de la Loi. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi, le Tribunal a été saisi de deux causes seulement ayant trait à la définition du marché. Malheureusement, comme il en est question ci-après, aucune de ces causes n'est utile pour résoudre la question soulevée dans le présent appel.

Quatre des anciennes causes criminelles qui portent sur la définition du marché sont dignes d'attention parce qu'elles montrent que la définition du marché n'était pas un concept bien établi en droit canadien. Néanmoins, toutes ces causes mettent l'accent sur le concept central de la définition du marché du produit qu'est le caractère substitutif. Pourtant, aucune n'offre un cadre pour déterminer comment doit être évalué ce caractère substitutif.

Dans l'affaire *R. v. Hoffmann-La Roche Ltd.*, précitée, la défenderesse, qui était accusée de fixation de prix abusifs au motif qu'elle avait distribué gratuitement le médicament Valium à des hôpitaux, a soutenu que le marché sur lequel les entreprises se faisaient concurrence comprenait non seulement les hôpitaux, mais tous les acheteurs de son produit (p. ex., des pharmaciens et des médecins). Le juge de première instance a statué que le marché pertinent était le marché hospitalier. En appel, on a fait valoir que le juge de première instance n'avait pas tenu compte de

that substitutability was an irrelevant factor in view of the fact that the accused had provided Valium free to hospitals for the purpose of eliminating a competitor.

In *The Queen v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd. et al.*, [1967] 2 Ex. C.R. 53, the accused, who were in the business of supplying “linen towels” and controlled 85% to 90% of the market, were charged under subsection 32(1) of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1952, c. 314] for conspiring to fix prices. They argued unsuccessfully that the product market should be expanded to include paper towels and other substitute products. The argument was rejected on the basis of customer preference for linen towels. At page 82 Gibson J. concluded:

... that the market was the section of the public on the Island of Montreal that needed and wanted not paper towels, or other substitute products, but cleaned, ironed, pressed, ready to use linen towels ... and for whom paper towels and other substitute products were not satisfactory products;

In *R. v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360 (H.C.), the three largest manufacturers of “large lamps”, controlling 95% of the Canadian market, were found guilty of conspiracy to lessen competition in the market contrary to paragraph 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. This case is of particular interest because it implicitly adopts the submarket analysis articulated in *Brown Shoe*. The Court found that large lamps, a class of light bulbs, were the relevant market based largely on industry perception and functional interchangeability (at page 372):

Large lamps were treated by each of the accused as a distinct segment of the industry for the purposes of manufacture and sale. They constituted a significant portion of the sales of all lamps in Canada during the period in question. Looked at from any angle, the manufacture or sale of large lamps may be said to constitute a class or species of business in itself.

l’existence de produits de substitution lorsqu’il avait défini le marché pertinent. Cet argument a été rejeté au motif que le caractère substitutif n’était pas un facteur pertinent en raison du fait que l’accusée avait fourni le Valium gratuitement à des hôpitaux dans le but d’éliminer un concurrent.

Dans l’affaire *The Queen v. Canadian Coat and Apron Supply Ltd. et al.*, [1967] 2 R.C.É. 53, les accusées, dont l’entreprise consistait à fournir des «serviettes de toile» et qui contrôlaient entre 85 % et 90 % du marché, étaient accusées en vertu du paragraphe 32(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1952, ch. 314] d’avoir comploté pour fixer les prix. Elles ont soutenu, sans succès, que le marché du produit devait être élargi pour inclure les serviettes de papier et d’autres produits de substitution. Cet argument a été rejeté en raison de la préférence des clients pour les serviettes de toile. À la page 82, le juge Gibson est arrivé à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] ... que le marché était constitué la section du public sur l’île de Montréal qui voulait non pas des serviettes de papier ou d’autres produits de substitution, mais des serviettes de toile propres, repassées, pressées, prêtes à utiliser ... et pour qui les serviettes de papier et d’autres produits de substitution n’étaient pas des produits satisfaisants;

Dans l’affaire *R. v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360 (H.C.), les trois principaux fabricants de «lampes d’usage général», qui contrôlaient 95 % du marché canadien, ont été reconnus coupables de complot pour diminuer la concurrence sur le marché contrairement à l’alinéa 32(1)(c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Cette affaire est particulièrement intéressante parce que la Cour adopte implicitement l’analyse du sous-marché formulée dans l’affaire *Brown Shoe*. La Cour s’est fondée en grande partie sur la perception de l’industrie et sur l’interchangeabilité fonctionnelle pour conclure que les lampes d’usage général, qui sont une catégorie d’ampoules, constituaient le marché pertinent (à la page 372):

[TRADUCTION] Les lampes d’usage général étaient considérées par chacune des accusées comme un segment distinct de l’industrie pour ce qui est de la fabrication et de la vente. Elles ont représenté un pourcentage important des ventes de toutes les lampes au Canada pendant la période en question. Quel que soit l’angle sous lequel on examine la fabrication ou la vente

Large lamps are basically homogeneous products. There was little product differentiation among the large lamps of the three defendants. The public purchasing large lamps would be faced with comparable lines from each of the accused with the same physical characteristics and designed for the same use. The degree of substitutability or cross-elasticity is, for all practical purposes, non-existent.

The distribution of large lamps may therefore be considered a relevant market for the purpose of s. 32(1)(c) of the Act. It is a special class of business and is a distinguishable range of lamps within the total variety of lamps produced. The market has not been artificially created to suit the purposes of the present charges but flows from the nature of the product, its lack of cross-elasticity or substitutability with other products, and the treatment given the product through a special mode of distribution and a distinctive sales policy.

Perhaps the most significant case on market definition is the decision of Gibson J. in *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd.*, *supra*. That case turned on paragraphs 32(1)(a) and (c) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 314, involving conspiracies to prevent or lessen competition. The accused were in the "import pool" business. They shipped goods that arrived in Vancouver from the Orient by ship to other points in Canada by use of a special category of railway car called "Pool cars". The accused argued, *inter alia*, that the Crown had not proved beyond a reasonable doubt the relevant market which they maintained should be expanded to include other competitors such as the railways and truckers. Gibson J. concluded otherwise after setting out a comprehensive list of market assessment factors. His analysis at pages 305-307 is worthy of replication:

Defining the relevant market in any particular case, therefore, requires a balanced consideration of a number of characteristics or dimensions to meet the analytical needs of the specific matter under consideration.

At one extremity, an ill-defined description of competition is that every service, article, or commodity, which competes for

de lampes d'usage général, il est permis d'affirmer qu'il s'agit d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprise en soi.

a Les lampes d'usage général sont fondamentalement des produits homogènes. Il y avait peu de différences au niveau du produit entre les lampes d'usage général des trois défenderesses. Les acheteurs de lampes d'usage général se voyaient offrir par chacune des accusées des produits comparables dotés des mêmes caractéristiques physiques et conçus pour le même usage. Le degré de substitution ou d'élasticité croisée est pratiquement inexistant.

b On peut donc considérer la distribution de lampes d'usage général comme un marché pertinent pour l'application de l'alinéa 32(1)c) de la Loi. Il s'agit d'une catégorie spéciale d'entreprise et d'une gamme de lampes qui peut être distinguée des autres dans tout l'assortiment de lampes qui sont produites. Le marché n'a pas été créé artificiellement pour atteindre le but des présentes accusations, mais découle de la nature du produit, de son manque d'élasticité croisée ou de substitution avec d'autres produits, et du traitement accordé au produit au moyen d'un mode spécial de distribution et d'une politique des ventes distinctive.

c La décision rendue par le juge Gibson dans l'affaire *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd.*, précitée, est peut-être la plus importante en ce qui a trait à la définition du marché. Dans cette affaire fondée sur les alinéas 32(1)a) et c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, ch. 314, il était question de complots en vue d'empêcher ou de diminuer la concurrence. Les accusées exploitaient une entreprise de «mise en commun d'importations». Elles expédiaient des marchandises qui arrivaient à Vancouver par bateau en provenance de l'Orient vers d'autres points au Canada en utilisant une catégorie spéciale de wagons de chemin de fer appelés «wagons de groupage». Les accusées prétendaient, entre autres choses, que le ministère public n'avait pas prouvé au-delà du doute raisonnable le marché pertinent qui, selon elles, devait être élargi pour englober d'autres concurrents comme les chemins de fer et les camionneurs. Le juge Gibson est arrivé à la conclusion contraire après avoir dressé une liste détaillée de critères d'évaluation du marché. L'analyse qu'il a faite aux pages 305 à 307 mérite d'être reproduite:

[TRADUCTION] La définition du marché pertinent dans une affaire particulière nécessite donc un examen équilibré de plusieurs caractéristiques ou dimensions pour satisfaire aux besoins analytiques de la question à l'étude.

j À une extrémité, il y a une description vague de la concurrence, à savoir que chaque service, article ou produit qui lutte

the consumer's dollar is in competition with every other service, article, or commodity.

At the other extremity, is the narrower scope definition, which confines the market to services, articles, or commodities which have uniform quality and service.

In analyzing any individual case these extremes should be avoided and instead there should be weighed the various factors that determine the degrees of competition and the dimensions or boundaries of the competitive situation. For this purpose the dimensions or boundaries of a relevant market must be determined having in mind the purpose for what it is intended. For example, two products may be in the same market in one case and not in another.

And many characteristics or dimensions may be considered in defining the relevant market. All are not of the same order. And, in any particular case, usually, not all of the many characteristics or dimensions will have to be considered. In some instances, the definition may turn on only one characteristic or dimension or two (see again cases in Schedule "B"). However, in order to make a correct choice of the appropriate characteristics or dimensions, it may be necessary to review several types before selecting the proper one or ones.

Hereunder are noted some pertinent characteristics or dimensions that may be considered in defining a relevant market, but this list is not exhaustive. The classification also may be arranged in various ways.

(a) Product substitutability.

(The term economists use for this is "cross-elasticity of demand". The terms "substitutability" and "cross-elasticity" are synonymous. As an example, the demands for two products have a high cross-elasticity if a change in the price of one results in a large measure, in purchasers substituting it for the other. How to measure the degree of cross-elasticity in any given case is usually difficult.)

(b) Actual and potential competition.

(The problem sometimes in competition analysis is whether to confine the "relevant market" to existing competition or to consider potential (sometimes called "poised") competition as well.)

(c) Geographical area.

(The geographical dimensions of a market are frequently an important factor in competitive analysis—e.g., should the relevant market be analyzed on a national basis, a regional or local area.)

(d) Physical characteristics of products or service.

(Selecting products that have the same physical characteristics, or services that have the same features, is the simplest basis for defining a relevant market. But in some cases, for example, it may be correct legally to consider products with

pour attirer la clientèle est en concurrence avec tous les autres services, articles ou produits.

À l'autre extrémité, il y a la définition de portée plus restreinte, qui limite le marché aux services, aux articles ou aux produits qui comportent une qualité et un service uniformes.

Dans l'analyse d'une affaire particulière, il convient d'éviter ces extrêmes et d'évaluer plutôt les divers facteurs qui déterminent les degrés de concurrence et les dimensions ou les frontières de la situation concurrentielle. À cet égard, les dimensions ou les frontières d'un marché pertinent doivent être déterminées en tenant compte de l'objet de ce marché. Ainsi, deux produits peuvent être sur le même marché dans un cas et pas dans un autre.

De plus, de nombreuses caractéristiques ou dimensions peuvent être prises en considération pour définir le marché pertinent. Elles ne sont pas toutes du même ordre. Habituellement, dans une affaire particulière, il n'est pas nécessaire d'examiner la totalité des nombreuses caractéristiques ou dimensions. Dans certains cas, la définition du marché du produit peut reposer uniquement sur une ou deux caractéristiques ou dimensions (voir de nouveau les affaires mentionnées à l'annexe «B»). Toutefois, afin de bien choisir les caractéristiques ou les dimensions appropriées, il peut s'avérer nécessaire d'en examiner plusieurs avant de sélectionner celle qui convient ou celles qui conviennent.

Voici quelques caractéristiques ou dimensions utiles dont on peut tenir compte pour définir un marché pertinent; cette liste n'est pas exhaustive. Cette classification peut également être arrangée de différentes façons.

a) Caractère substitutif des produits.

(Le terme que les économistes emploient pour cela est «élasticité croisée de la demande». Les termes «caractère substitutif» et «élasticité croisée» sont synonymes. À titre d'exemple, les demandes pour deux produits ont une forte élasticité croisée si la variation du prix d'un produit amène dans une large mesure les acheteurs à se tourner vers l'autre produit. Il est généralement difficile de mesurer le degré d'élasticité croisée dans un cas donné.)

b) Concurrence réelle et potentielle.

(Le problème auquel on se heurte parfois dans une analyse de la concurrence est celui-ci: faut-il limiter le «marché pertinent» à la concurrence existante ou également tenir compte de la concurrence potentielle (parfois appelée concurrence «mûre».)

c) Secteur géographique.

(Les dimensions géographiques d'un marché sont souvent un facteur important dans l'analyse de la concurrence: p. ex., le marché pertinent devrait-il être analysé dans une optique nationale, régionale ou locale.)

d) Caractéristiques physiques des produits ou du service.

(La méthode la plus simple pour définir un marché pertinent consiste à choisir des produits qui ont les mêmes caractéristiques physiques ou des services dotés des mêmes particularités. Dans certains cas, toutefois, il peut être juridiquement

fairly dissimilar physical characteristics or services with somewhat dissimilar elements, as in the same market).

(e) End uses of products.

(The factor of end uses is closely related to physical characteristics in defining the relevant market. For example, if a product has different end uses in the hands of buyers, the definition of the relevant market may not be based solely on physical specifications. Also, for example, consideration of differences in uses is particularly important in studying markets for services).

(f) Relative prices of goods or services.

(The prices of goods or services may define the relevant market).

(g) Integration and stages of manufacture.

(Because of differences between the activities of competitors, problems of integration arise. In determining the relevant market, the problem is what products at what stage of manufacture to include or exclude).

(h) Methods of production or origin.

(Methods of production and the product resulting, and origin of material, as e.g., whether or not imported, are often important factors to consider in defining the relevant market).

The foregoing list is, of course, a rudimentary guideline representing a compendium of relevant market concepts prevalent at the time the case was decided (1968). Gibson J. made no further attempt to address any of the practical indicia. His final reasoning and conclusion on product market focussed on lack of substitutability (at page 314):

In my view, firstly, there were no substitute services for this service business in which the accused operated, that is to say, the facilities solely by ship and solely by air and the transportation business in connection therewith in relation to articles and commodities transported from the said designated area of the Orient to Toronto and Montreal were and are in another market and not the market in which these accused carried on their businesses.

The only significant treatment of market definition under the *Competition Act* is found in the decisions of the Tribunal in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hilldown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289, and, to a lesser extent, in *Canada (Director of Investigation and Research) v.*

correct de considérer que des produits qui ont des caractéristiques physiques assez différentes ou que des services qui comportent des éléments passablement différents sont sur le même marché.)

e) Utilisations finales des produits.

(Le critère des utilisations finales est étroitement lié aux caractéristiques physiques lorsqu'il s'agit de définir le marché pertinent. À titre d'exemple, si un produit a différentes utilisations finales entre les mains des acheteurs, il se peut que la définition du marché pertinent ne repose pas uniquement sur des particularités physiques. De plus, par exemple, il est particulièrement important d'examiner les différences au chapitre des utilisations lorsqu'on étudie les marchés concernant des services.)

f) Prix relatifs des biens ou des services.

(Les prix des biens ou des services peuvent définir le marché pertinent.)

g) Intégration et stades de fabrication.

(Des problèmes d'intégration surgissent en raison des différences qui existent entre les activités de concurrents. Pour déterminer le marché pertinent, le problème qui se pose est le suivant: quels produits convient-il d'inclure ou d'exclure et à quel stade de fabrication.)

h) Méthodes de production ou origine.

(Les méthodes de production et le produit fini, et l'origine des matériaux, p. ex. s'agit-il ou non de matériaux importés, sont souvent des facteurs importants à prendre en considération pour définir le marché pertinent.)

La liste qui précède est rudimentaire et présente un condensé des concepts du marché pertinent qui s'appliquaient au moment où l'affaire a été décidée (1968). Le juge Gibson n'a fait aucune autre tentative pour traiter l'un quelconque des indices pratiques. Dans son raisonnement final et sa conclusion sur le marché du produit, il a mis l'accent sur l'absence de caractère substitutif (à la page 314):

[TRADUCTION] À mon avis, premièrement, il n'existait pas de services qui pouvaient se substituer à l'entreprise de prestation de services que les accusées exploitaient; en d'autres termes, les installations uniquement par bateau et uniquement par avion et l'entreprise de transport en liaison avec celles-ci relativement aux articles et aux produits transportés entre la zone désignée en Orient et Toronto et Montréal étaient et sont sur un autre marché, et non sur le marché sur lequel les accusées exploitaient leurs entreprises.

La seule analyse intéressante de la définition du marché en vertu de la *Loi sur la concurrence* se trouve dans les décisions rendues par le Tribunal dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hilldown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 et, dans une moindre

*Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1. I shall deal with the latter case first.

In *Chrysler Canada Ltd.*, the Director sought an order under section 75 of the Act requiring the respondent to accept the complainant as a customer. The complainant carried on the business of exporting parts for Chrysler automobiles to markets outside of North America. One of the issues before the Tribunal was whether the product market consisted of Chrysler auto parts sold in Canada, Chrysler parts sold in the United States or auto parts in general. In defining the terms "product" and "market", the Tribunal specifically noted that the approach to market definition under section 75 was not to be equated with that involving mergers where the ultimate test is whether there will be a substantial lessening of competition. In cases involving paragraph 75(1)(a), the ultimate test concerned the effect on the business of the person who is denied supplies. The Tribunal concluded that as the complainant's customers specified genuine Chrysler parts and would not accept substitutes, the product in question was Chrysler auto parts. Moreover, since the price paid for Chrysler parts sold in Canada was lower than that paid in the United States, the product was defined as Chrysler auto parts sold in Canada.

*Hillsdown* is the only other decision of the Tribunal which touches on the issue of market definition. In that case, the Tribunal considered the merger of the two largest meat rendering companies in Southern Ontario. The Tribunal had little difficulty in accepting the Director's argument that the product market was the provision of rendering services for certain red meat materials. Such services involve the collection of left-over parts of livestock which are unsuitable for human consumption but which can be processed into tallow and protein meal. The Tribunal's approach to market definition is brief (at page 299):

mesure, dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltd.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 1. Je vais d'abord examiner cette dernière affaire.

<sup>a</sup> Dans l'affaire *Chrysler Canada Ltd.*, le directeur avait demandé, en vertu de l'article 75 de la Loi, une ordonnance enjoignant à l'intimée d'accepter le plaignant comme client. L'entreprise de ce dernier consistait à exporter des pièces destinées à des automobiles de marque Chrysler vers des marchés situés à l'extérieur de l'Amérique du Nord. L'une des questions soumises au Tribunal consistait à savoir si le marché du produit était celui des pièces d'automobile Chrysler vendues au Canada, celui des pièces d'automobile Chrysler vendues aux États-Unis ou celui des pièces d'automobile en général. Pour définir les termes «produit» et «marché», le Tribunal a bien précisé qu'on ne devait pas assimiler l'approche de la définition du marché prévue à l'article 75 à celle qui s'applique aux fusionnements, dont le critère fondamental est celui de la diminution sensible de la concurrence. Dans les causes fondées sur l'alinéa <sup>b</sup> 75(1)a), le critère fondamental est l'effet causé sur l'entreprise de la personne qui se voit refuser des fournitures. Le Tribunal a conclu que, puisque les clients du plaignant exigeaient des pièces Chrysler d'origine et n'acceptaient pas de substituts, le produit en question consistait en des pièces d'automobile de marque Chrysler. En outre, comme le prix payé pour les pièces Chrysler vendues au Canada était moins élevé que le prix payé aux États-Unis, le produit a été défini comme les pièces d'automobile de marque Chrysler vendues au Canada.

L'affaire *Hillsdown* est la seule autre décision du Tribunal qui porte sur la question de la définition du marché. Dans cette affaire, le Tribunal s'est penché sur le fusionnement des deux plus grosses entreprises d'équarrissage du sud de l'Ontario. Le Tribunal n'a guère eu de mal à accueillir l'argument du directeur selon lequel le marché du produit était la prestation de services d'équarrissage de certains sous-produits de viande rouge. Ces services comprennent le ramassage des restes d'animaux qui sont impropres à la consommation humaine, mais qui peuvent être transformés en suif ou en farine protéique. L'approche de la définition du marché du Tribunal est succincte (à la page 299):

In determining the product dimensions of the market, the first step is to identify the product or products with respect to which, prior to the merger, the two firms were competitors. The second step is to ask whether there are any close substitutes to that product to which consumers could easily switch if prices were raised (an indication of demand elasticity). If two products appear to be close substitutes when both are sold at marginal cost, then the two should be included in the same product market. [Emphasis added.]

In *Hillsdown*, the Tribunal appeared to assume that the merging firms were, prior to the merger, competitors with respect to rendering services, thereby eliminating the first step in the analysis. In fact, the merging firms carried out the same rendering business, with the exception that one dealt with both red meat and poultry, and the other only with red meat. But it is apparent that the Tribunal was not concerned with whether the services actually offered by the firms were close substitutes having regard to such factors as price and quality. Its analysis focussed on the geographic dimension of the product market. Strictly speaking, however, if the reasoning in *Hillsdown* were applied to the case at bar, the Director's appeal would have to be allowed as both the *Pacific Dailies* and the community newspapers offer the same service — retail print advertising.

To date, the Tribunal has not been asked to articulate any framework under the "first step", to determine whether the products of two merging firms are in the same market. That, of course, is the very issue before us. I turn first, however, to the matter of merger enforcement guidelines which were to have informed the Tribunal's approach to market definition.

#### (d) Merger Enforcement Guidelines

The first American guidelines were issued in 1968 and attempted to enunciate principles for market delineation in light of the Supreme Court jurisprudence at that time. These guidelines rejected the sub-market concept articulated in *Brown Shoe*, but failed

Pour déterminer la dimension produit du marché, la première étape consiste à identifier le produit (ou les produits) pour lequel, avant le fusionnement, les deux firmes étaient en concurrence. La seconde étape consiste à déterminer s'il existe pour ce produit des substituts proches vers lesquels les consommateurs pourraient facilement se tourner si les prix montaient (indication de l'élasticité de la demande). Si deux produits semblent être des substituts proches quand ils sont vendus tous deux au prix marginal, alors ils devraient être inclus dans le même marché du produit. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'affaire *Hillsdown*, le Tribunal a semblé présumer que les entreprises fusionnantes étaient, avant le fusionnement, des concurrents dans le domaine de la prestation de services d'équarrissage, ce qui a éliminé la première étape de l'analyse. En fait, les entreprises fusionnantes exploitaient la même entreprise d'équarrissage, sauf que l'une d'elles équarrissait de la viande rouge et de la volaille, tandis que l'autre équarrissait de la viande rouge seulement. Mais il est évident que le Tribunal ne s'est pas soucié de savoir si les services véritablement offerts par les entreprises étaient de proches substituts, eu égard à des facteurs comme le prix et la qualité. Il a axé son analyse sur la dimension géographique du marché du produit. À strictement parler, toutefois, si l'on appliquait le raisonnement du Tribunal dans l'affaire *Hillsdown* à la présente espèce, l'appel du directeur devrait être accueilli puisque les quotidiens de *Pacific* et les journaux communautaires offrent le même service, c'est-à-dire de la publicité-détaillants imprimée.

Jusqu'à ce jour, le Tribunal n'a pas été appelé à formuler un cadre en vertu de la «première étape» pour déterminer si les produits de deux entreprises fusionnantes sont sur le même marché. C'est justement la question dont la présente Cour est saisie. Je vais commencer par examiner la question des lignes directrices pour l'application de la loi qui sont censées avoir guidé l'approche de la définition du marché du Tribunal.

#### d) Fusionnements—Lignes directrices pour l'application de la loi

Les premières lignes directrices américaines ont été publiées en 1968 et tentaient d'énoncer des principes pour la définition du marché à partir des décisions de la Cour suprême qui avaient été rendues à ce moment-là. Ces lignes directrices rejetaient le con-

to take account of supply elasticity considerations. In 1982, and again in 1984, new guidelines were issued. These guidelines attempted to offer a complete analytical framework which could be used to identify those mergers that would create or enhance market power. The guidelines' threshold for significant market power is phrased in terms of the magnitude of the price increase that would be imposed by a hypothetical monopolist. Despite the attempt to avoid the practical indicia approach to market definition, the guidelines ultimately offered a non-exhaustive list of factors relevant to the task of market delineation. In 1982, they read as follows:

(1) Evidence of buyers' perceptions that the products are or are not substitutes, particularly if those buyers have shifted purchases between the products in response to changes in relative price or other competitive variables;

(2) Similarities or differences between the products in customary usage, design, physical composition and other technical characteristics;

(3) Similarities or differences in the price movements of the products over a period of years; and

(4) Evidence of sellers' perceptions that the products are or are not substitutes, particularly if business decisions have been based on those perceptions.

The 1984 American guidelines contain no material changes. However, the issuance of new guidelines in 1992 has proved controversial because of an apparent shift in approach to market delineation and one which arguably reflects a more non-interventionist approach on the part of American enforcement agencies; see J. Simons and M. Williams, "The Renaissance of Market Definition" (1993), 38 *Antitrust Bull.* 799, and G. J. Werden, "Market Delineation Under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective" (1993), *Antitrust Bull.* 517. It is unnecessary to become embroiled in that debate and thus I turn to the Canadian guidelines.

In 1992, the Director issued the first Canadian Merger Guidelines for the purpose of promoting a better understanding of merger enforcement policy

cept de sous-marché formulé dans l'affaire *Brown Shoe*, mais ne tenaient pas compte de considérations fondées sur l'élasticité de l'offre. En 1982, puis en 1984, de nouvelles lignes directrices ont été publiées. Elles tentaient d'offrir un cadre d'analyse complet qui pourrait être utilisé pour découvrir les fusions créant une puissance commerciale ou accroissant celle-ci. Dans ces lignes directrices, le seuil d'une puissance commerciale importante était exprimé sous l'angle de l'ampleur de l'augmentation de prix qui serait imposée par un monopoleur hypothétique. En dépit de la tentative pour éviter l'approche de la définition du marché fondée sur les indices pratiques, on a finalement incorporé dans les lignes directrices une liste non limitative de facteurs pertinents pour définir un marché. En 1982, ces facteurs étaient les suivants:

[TRADUCTION] (1) La preuve des perceptions des acheteurs que les produits sont des substituts ou n'en sont pas, en particulier si ces acheteurs sont passés d'un produit à un autre en réaction à des changements dans le prix relatif ou à d'autres variables de la concurrence;

(2) Les similarités ou les différences entre les produits du point de vue de l'usage habituel, de la conception, de la composition physique et d'autres caractéristiques techniques;

(3) Les similarités ou les différences dans les mouvements du prix des produits sur une période de quelques années; et

(4) La preuve des perceptions des vendeurs que les produits sont des substituts ou n'en sont pas, en particulier si des décisions d'affaires ont été prises en fonction de ces perceptions.

Les lignes directrices américaines de 1984 ne contenaient aucun changement important. Toutefois, la publication de nouvelles lignes directrices en 1992 a soulevé la controverse à cause d'un changement visible dans l'approche de la définition du marché, changement qui, peut-on soutenir, dénote une approche moins interventionniste de la part des organismes américains d'application de la loi; voir J. Simons et M. Williams, «The Renaissance of Market Definition» (1993), 38 *Antitrust Bull.* 799 et G. J. Werden, «Market Delineation Under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective» (1993), *Antitrust Bull.* 517. Comme il est inutile de se laisser entraîner dans ce débat, j'en viens maintenant aux lignes directrices canadiennes.

En 1992, le directeur a publié les premières lignes directrices canadiennes afin de favoriser une meilleure compréhension de la politique d'application de



and to provide a unifying framework for evaluating the likely impact of mergers on competition in Canada. They also serve the stated purpose of articulating to the business and legal communities the approach used by the Bureau of Competition Policy in reviewing merger transactions. In certain respects, the Director's Guidelines build upon those issued in 1982 and 1984 in the United States. The hypothetical monopolist paradigm is expressly adopted. Thus, the critical concern is with respect to the ability of the merging firms to exercise market power by profitably raising prices.

The Director's Guidelines acknowledge that direct evidence in the form of statistical measures of cross-elasticities is rarely available and thus consideration must be given to nine evaluative criteria which provide indirect evidence of substitutability: (1) views, strategies, behaviour and identifying of buyers; (2) trade views, strategies and behaviour; (3) end use; (4) physical and technical characteristics; (5) buyers' switching costs; (6) price relationships and relative price levels; (7) cross-elasticity of supply considerations; (8) supply elasticity considerations; and (9) existence of second hand, reconditioned or leased products. Admittedly, there are similarities between the practical indicia referred to in *Brown Shoe* and those listed above. But any comparison must end here.

The Director's Guidelines are intended to provide a rational framework for delineating market boundaries. The central issue is framed in terms of the hypothetical monopolist paradigm and hence the ability of the merging firms to impose profitable price increases. Apparently, the value of the paradigm does not lie in its practical application. Its true function is to ensure that the task of market delineation does not lose sight of the principal concern—the ability of the merging firms to profitably impose price increases.

la loi dans ce domaine et de fournir un cadre unificateur pour l'évaluation de l'incidence probable des fusionnements sur la concurrence au Canada. Ces lignes directrices ont également pour but de présenter au monde des affaires et à la collectivité juridique l'approche utilisée par le Bureau de la politique de concurrence pour examiner les transactions relatives à des fusionnements. À certains égards, les lignes directrices canadiennes prennent appui sur celles qui ont été publiées aux États-Unis en 1982 et en 1984. Le paradigme du monopoleur hypothétique y est expressément adopté. Par conséquent, la préoccupation centrale réside dans la capacité des entreprises fusionnantes d'exercer une puissance commerciale en augmentant les prix avec profit.

Dans les Lignes directrices du directeur, on reconnaît que la preuve directe sous forme de mesures statistiques des élasticités croisées existe rarement et, par conséquent, qu'il faut prendre en considération neuf critères d'évaluation qui fournissent une preuve indirecte de la possibilité de recourir à un substitut: (1) les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; (2) les opinions, les stratégies et le comportement de la profession; (3) l'utilisation finale; (4) les caractéristiques physiques et techniques; (5) les coûts de substitution des acheteurs; (6) les relations entre les prix et les niveaux relatifs des prix; (7) les considérations fondées sur l'élasticité croisée de l'offre; (8) les considérations fondées sur l'élasticité de l'offre; et (9) l'existence de produits d'occasion, remis à neuf ou de location. De toute évidence, il y a des similitudes entre les indices pratiques évoqués dans l'affaire *Brown Shoe* et ceux qui sont énumérés ci-dessus. Cependant, toute comparaison doit s'arrêter là.

Les Lignes directrices du directeur sont destinées à fournir un cadre rationnel pour délimiter les frontières d'un marché. La question centrale est présentée sous l'angle du paradigme du monopoleur hypothétique et, par conséquent, de la capacité des entreprises fusionnantes d'imposer des augmentations de prix avec profit. Il semble que l'utilité de ce paradigme ne réside pas dans son application pratique. Sa fonction véritable est de garantir que lorsqu'on procède à la définition du marché, on ne perd pas de vue la principale préoccupation, à savoir la capacité des entrepri-

Unlike the practical indicia found in *Brown Shoe*, or the decision under appeal, the Director's Guidelines elaborate on each of the indicia and their relevance. Specifically, they reject the submarket concept as an independent framework of analysis, while recognizing that there is no one simple approach to market definition. The Director's Guidelines also accept functional interchangeability as a criterion for determining relevant product market. It is generally a necessary, but not sufficient, condition to be met before two products will be placed in the same market. Likewise, while direct evidence of cross-elasticity or price sensitivity of buyers remains a relevant consideration, the Director's Guidelines do not make it a necessary condition to a finding that two products are in the same product market.

It is instructive to reproduce those portions of the Director's Guidelines which were to have informed the Tribunal's reasoning but which remain non-binding on this Court:

### 3.2 THE PRODUCT DIMENSION

#### 3.2.1 GENERAL APPROACH

The following approach to relevant market analysis is applied separately to each of the products in relation to which the merging parties appear to compete or are likely to compete. The analysis of the product scope of specific relevant markets commences by focussing upon what would happen if one of the merging parties attempted to impose a significant and non-transitory price increase in relation to the product. If the price increase would likely cause buyers to switch their purchases to other products in sufficient quantity to render the price increase unprofitable, the product that is the next best substitute will be added to the relevant market. The Bureau will then ask what would happen if the seller of this product and the merging party in question, acting as a hypothetical monopolist, attempted to impose a significant and nontransitory price increase with respect to the two products in the group. The process of adding the product that is the next best substitute for the products already included within the market continues until it would be possible for the sellers of these products, acting as a hypothetical monopolist, to profitably impose and sustain a significant price increase for a nontransitory period of time.

ses fusionnantes d'imposer des augmentations de prix avec profit.

Contrairement aux indices pratiques mentionnées dans l'affaire *Brown Shoe* ou à la décision qui fait l'objet du présent appel, les Lignes directrices du directeur fournissent des précisions sur chacun des indices et sur leur utilité. En particulier, elles rejettent le concept de sous-marché en tant que cadre d'analyse indépendant, tout en reconnaissant qu'il n'existe aucune approche simple de la définition du marché. De plus, les Lignes directrices du directeur acceptent l'interchangeabilité fonctionnelle en tant que critère pour déterminer le marché du produit pertinent. Il s'agit généralement d'une condition nécessaire, mais insuffisante, qui doit être remplie pour que deux produits puissent être inclus dans le même marché. Par ailleurs, bien que la preuve directe de l'élasticité croisée ou de la sensibilité aux prix des acheteurs demeure un facteur pertinent, les Lignes directrices du directeur n'en font pas une condition nécessaire pour conclure que deux produits sont sur le même marché du produit.

Il est instructif de reproduire les extraits des Lignes directrices du directeur qui sont censées avoir guidé la démarche du Tribunal, mais qui ne lient pas la présente Cour:

### 3.2 LA DIMENSION PRODUIT

#### 3.2.1 APPROCHE GÉNÉRALE

La méthode suivie dans l'analyse du marché pertinent est appliquée séparément à chacun des produits pour lesquels les parties au fusionnement semblent être en concurrence ou pourraient vraisemblablement l'être. L'analyse de l'éventail des produits à inclure dans les marchés pertinents commence par l'étude de ce qui arriverait si une des parties au fusionnement essayait d'imposer une augmentation de prix relativement importante et non transitoire sur le produit. Si l'augmentation avait vraisemblablement pour effet de pousser les acheteurs à se tourner vers d'autres produits en quantité suffisante pour rendre infructueuse l'augmentation de prix, on ajouterait au marché pertinent le produit qui constitue le meilleur substitut suivant. Le Bureau étudie ensuite ce qui se passerait si le vendeur de ce produit et la partie au fusionnement en question, agissant comme un monopoleur hypothétique, essayaient d'imposer une augmentation de prix relativement importante et non transitoire des deux produits du groupe. On poursuit ensuite le processus en ajoutant le produit qui constitue le meilleur substitut suivant des produits déjà inclus dans le marché, jusqu'au point où il serait possible pour les vendeurs, agissant comme monopoleur hypothétique, d'imposer avec profit une augmen-

### 3.2.2 EVALUATIVE CRITERIA

In assessing the nature and magnitude of likely supply and demand responses to a future price increase in the context of particular cases, all relevant information is considered. However, particular weight is given to the factors highlighted below, which provide indirect evidence of substitutability. Direct evidence, in the form of statistical measures of cross-elasticities of demand and supply, is rarely available. In some situations, the results of the analysis of each of these factors are not consistent with a single conclusion. When this occurs, an attempt is made to arrive at the market definition that is most supportable by the available information.

#### 3.2.2.1 Views, Strategies, Behaviour and Identity of Buyers

—The views, strategies and behaviour of buyers are often among the most important sources of information considered in the assessment of whether buyers will likely switch to another product in the event of the postulated significant and nontransitory price increase. What buyers state they are likely to do, what they have done in the past, and their strategic business plans, often provide a reliable indication of whether the postulated price increase is likely to be imposed and sustained. Where buyers have not substituted product B for product A in the past, and indicate that they would not likely do so in the event of the price increase, it may be inappropriate to conclude, on the basis of hypothetical considerations, that these products compete in the same relevant market. The same can be true where two products are sold to buyers that have distinct characteristics, e.g., where product A is sold to consumers and product B is sold to businesses.

#### 3.2.2.2 Trade Views, Strategies and Behaviour—Helpful information regarding historical and likely future developments in the relevant market is often provided by third parties knowledgeable about the industry, such as persons who supply the sellers of the relevant product. Similarly, industry surveys often provide data that assists the analysis. Another source of useful information is the past behaviour of the merging parties, or others who sell the relevant product, in relation to other products that are alleged to provide a significant constraining influence. For example, modifications to product design or packaging that follow similar developments made to a second product may suggest that the two products are in the same relevant market.

#### 3.2.2.3 End Use—The extent to which two products are functionally interchangeable in end use is an important source of information regarding whether substitution between them is

tation relativement importante du prix et [de] la maintenir pendant une période non transitoire.

### 3.2.2 CRITÈRES D'ÉVALUATION

Lors de l'évaluation de la nature et de l'ampleur des réactions vraisemblables de l'offre et de la demande à une hausse future des prix dans le contexte de cas particuliers, toutes les informations pertinentes sont prises en considération. Cependant, on accorde une importance particulière aux facteurs exposés ci-dessous qui offrent tous une preuve indirecte de la possibilité de recourir à un substitut. On dispose rarement d'une preuve directe, sous forme de mesures statistiques des élasticités croisées de la demande et de l'offre. Dans certaines situations, les résultats de l'analyse de chacun de ces facteurs ne permettent pas d'aboutir à une conclusion unique. Lorsque cela se produit, on essaie de parvenir à une définition du marché qui puisse être le mieux corroborée par les renseignements disponibles.

#### 3.2.2.1 Opinions, stratégies, comportement et identité des acheteurs

—Les opinions, les stratégies et le comportement des acheteurs font souvent partie des sources les plus importantes de renseignements prises en considération pour déterminer si les acheteurs se tourneraient vraisemblablement vers un autre produit advenant le cas de l'augmentation de prix relativement importante et non transitoire postulée. Ce que les acheteurs disent qu'ils feraient vraisemblablement, ce qu'ils ont fait dans le passé et leurs plans stratégiques indiquent souvent de manière fiable si l'augmentation de prix théorique peut vraisemblablement être imposée et maintenue. Si les acheteurs n'ont jamais substitué un produit B à un produit A antérieurement et qu'ils indiquent qu'ils ne le feraient vraisemblablement pas si le prix augmentait, il peut être inapproprié de conclure, en se fondant sur des considérations hypothétiques, que ces produits sont en concurrence sur le même marché pertinent. Il en va de même lorsque deux produits sont vendus à des acheteurs répondant à des caractéristiques distinctes, par exemple lorsque le produit A est vendu à des consommateurs et que le produit B est vendu à des entreprises.

#### 3.2.2.2 Opinions, stratégies et comportement de la profession

—Des tiers bien informés sur l'industrie, par exemple des personnes qui approvisionnent les vendeurs du produit pertinent, peuvent souvent fournir des renseignements utiles sur l'évolution passée et future probable sur le marché pertinent. De même, les études sur l'industrie offrent souvent des données utiles à l'analyse. Le comportement passé des parties au fonctionnement ou de tiers qui vendent le produit pertinent, par rapport à d'autres produits qui exercent présument une influence limitative relativement importante, est une autre source de renseignements utiles. Par exemple, les modifications apportées à la conception ou à l'emballage d'un produit qui suivent la même évolution que celle que connaît un autre produit peuvent révéler que les deux produits appartiennent au même marché pertinent.

#### 3.2.2.3 Utilisation finale—Le degré d'interchangeabilité fonctionnelle de deux produits dans leur utilisation finale est une importante source d'informations qui indique si une substitu-

likely to occur. Indeed, functional interchangeability is generally a necessary, but not a sufficient, condition that must be met for two products to warrant inclusion in the same relevant market. Products that are purchased for similar end uses may be in the same relevant market notwithstanding the fact that they have very different physical characteristics, e.g., matches and disposable lighters.

Two products are more likely to be found to be in separate relevant markets as the difference between their prices increases or as their individual end uses are, or are perceived to be, more unique. For example, premium products such as gold plated lighters, luxury cars and writing instruments may be found to be in separate relevant markets from discount lighters, compact cars and disposable pens, respectively, notwithstanding that the premium and discount products have similar end uses.

**3.2.2.4 Physical and Technical Characteristics**—Although two products with unique physical or technical characteristics may be found to be in the same relevant market on the basis of functional interchangeability, such products are often found to be in separate relevant markets. In general, the greater is the value that buyers place on the actual or perceived unique physical or technical characteristics of a product, the more likely it is that the product will be found to be in a distinct relevant market. Product warranties, post-sales service, order turnaround time, etc., are all included in the bundle of characteristics that make up a product.

Against this background, we are now in a position to deal with the substantive issue raised on appeal.

#### 4. The Alleged Error

The Director has framed the principal issue in terms of whether the Tribunal erred in its application of the stated approach to product market definition by requiring statistical or anecdotal evidence of price sensitivity on the part of advertisers to the exclusion of other evidence of substitutability. In order to analyze that alleged error, it is necessary to elaborate on the distinction between direct and indirect evidence of substitutability.

Products can be said to be in the same market if they are close substitutes. In turn, products are close substitutes if buyers are willing to switch from one product to another in response to a relative change in price, i.e. if there is buyer price sensitivity. Direct

tion entre eux pourrait vraisemblablement se produire. D'ailleurs, l'interchangeabilité fonctionnelle est généralement une condition nécessaire, mais non suffisante, qui doit être remplie pour que deux produits puissent être inclus dans le même marché pertinent. Des produits qui sont achetés pour des utilisations finales similaires peuvent appartenir au même marché pertinent, même si leurs caractéristiques physiques diffèrent, comme des allumettes et des briquets jetables.

Deux produits seront d'autant plus susceptibles d'être classés dans des marchés pertinents distincts que l'écart entre leurs prix augmente ou qu'ils servent à des utilisations finales plus particulières ou du moins perçues comme telles. Par exemple, des produits vendus à prime tels que les briquets plaqués or et les voitures ou les stylos de luxe peuvent être classés dans des marchés pertinents distincts de ceux des briquets bon marché, des voitures compactes et des stylos jetables, respectivement, même si les produits vendus à prime et les produits vendus au rabais servent à des utilisations finales similaires.

**3.2.2.4 Caractéristiques physiques et techniques**—On constate souvent que deux produits aux caractéristiques physiques ou techniques exclusives appartiennent à des marchés pertinents distincts alors qu'ils pourraient être classés dans le même marché pertinent à cause de leur interchangeabilité fonctionnelle. En général, plus les acheteurs reconnaissent de valeur aux caractéristiques physiques ou techniques, réelles ou perçues, qui sont propres à un produit, plus il est probable que ce produit sera classé dans un marché pertinent distinct. Les garanties rattachées aux produits, le service après-vente, la rapidité de l'exécution des commandes, etc., font tous partie des caractéristiques qui définissent un produit.

Avec cette toile de fond, nous sommes maintenant en mesure de traiter la question de fond soulevée par le présent appel.

#### 4. L'erreur présumée

Le directeur a formulé la question principale de la manière suivante: le Tribunal a-t-il commis une erreur dans l'application de l'approche qu'il avait formulée pour la définition du marché du produit en exigeant une preuve statistique ou anecdotique de la sensibilité aux prix des annonceurs à l'exclusion d'autres preuves du caractère substitutif. Pour analyser l'erreur présumée, il est nécessaire de s'étendre sur la distinction entre la preuve directe et la preuve indirecte du caractère substitutif.

On peut dire que des produits sont sur le même marché s'ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l'un à l'autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c'est-à-dire s'il existe une sensibi-

evidence of substitutability includes both statistical evidence of buyer price sensitivity and anecdotal evidence,<sup>1</sup> such as the testimony of buyers on past or hypothetical responses to price changes. However, since direct evidence may be difficult to obtain, it is also possible to measure substitutability and thereby infer price sensitivity through indirect means. Such indirect evidence focusses on certain practical indicia, such as functional interchangeability and industry views/behaviour, to show that products are close substitutes.

To the extent that it is possible to adduce statistical evidence of high demand elasticity, such evidence is virtually conclusive that two products are in the same product market. Evidence of price sensitivity can also come in anecdotal form which is a less conclusive, although still a persuasive factor tending to show that products are close substitutes. The fact that there is no direct evidence of substitutability, i.e. no statistical or anecdotal evidence of price sensitivity, does not show conclusively that products are not close substitutes. Put another way, evidence of price sensitivity is not a condition precedent for finding that two products are in the same product market. On this point, the decision in *Continental Can.* is instructive. There, there was vigorous competition between the metal and glass industries for the business of various manufacturers. The evidence, however, disclosed a low demand elasticity. Nonetheless, the United States Supreme Court was prepared to conclude that the two products were in the same product market because of inter-industry competition. It must be recognized that there are simply too many factors other than price

<sup>1</sup> There is some confusion over whether anecdotal evidence of price sensitivity is to be classified as direct as opposed to indirect evidence. At p. 179 of its decision, the Tribunal classified anecdotal evidence relating to buyers' willingness to switch products in response to price changes as indirect evidence. But, at p. 238, it referred to the testimony of the Director's advertising witnesses adduced for the purpose of determining substitutability as evidence falling within the direct category. On appeal, the Director referred to anecdotal evidence of price sensitivity as indirect evidence. To avoid further confusion, I have employed the term direct evidence to include statistical and anecdotal evidence of price sensitivity.

lité aux prix de la part des acheteurs. La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique<sup>1</sup>, comme les témoignages d'acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d'obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte consiste en certains indices pratiques, comme l'interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l'industrie, qui montrent que des produits sont de proches substitués.

Dans la mesure où il est possible de produire une preuve statistique de la forte élasticité de la demande, cette preuve est pratiquement concluante quant au fait que deux produits sont sur le même marché du produit. La preuve de la sensibilité aux prix peut aussi être produite sous forme anecdotique, ce qui est moins concluant, mais demeure un facteur de persuasion tendant à démontrer que des produits sont de proches substitués. L'absence de preuve directe du caractère substitutif, c'est-à-dire l'absence de preuve statistique ou anecdotique de la sensibilité aux prix, ne prouve pas de façon concluante que des produits ne sont pas de proches substitués. En d'autres termes, la preuve de la sensibilité aux prix n'est pas une condition préalable pour conclure que deux produits sont sur le même marché. Sur ce point, la décision rendue dans l'affaire *Continental Can.* est instructive. Dans cette affaire, les industries du métal et du verre se livraient une concurrence vigoureuse pour obtenir la clientèle de divers fabricants. Il est toutefois ressorti de la preuve que l'élasticité de la demande était faible. Malgré tout, la Cour suprême des États-Unis a

<sup>1</sup> Il existe une certaine confusion à propos de la question de savoir si la preuve anecdotique de la sensibilité aux prix doit être qualifiée de preuve directe ou de preuve indirecte. À la page 179 de sa décision, le Tribunal qualifie la preuve anecdotique portant sur le désir des acheteurs de se tourner vers un autre produit en réponse à des changements dans les prix de preuve indirecte. Mais à la page 238, il qualifie le témoignage des annonceurs appelés par le directeur pour déterminer le caractère substitutif de preuve directe. En appel, le directeur a qualifié la preuve anecdotique relative à la sensibilité aux prix de preuve indirecte. Pour éviter cette confusion, j'ai employé le terme preuve directe pour désigner la preuve statistique et anecdotique relative à la sensibilité aux prix.

which can affect a buyer's choice and which can explain a low demand elasticity at any one point in time. As the Tribunal stated at page 276: "advertising decisions are complex and . . . advertisers have difficulty in pinpointing the role of relative prices in their decisions." I turn now to the substance of the Director's argument.

The Director's argument that the Tribunal erred by requiring direct evidence of substitutability rests initially on a passage found at pages 276-277 of the decision:

There are obvious differences and similarities between the dailies and the community newspapers. There is no reason to review them. In light of the differences, it is incumbent on the Director to show that buyers regard the two products as highly similar and that small changes in relative price would cause a significant shift in advertising volume between the two vehicles. Evidence showing that advertisers use one or the other vehicle mainly because of the characteristics of the particular vehicle suggests the opposite.

There is in fact no evidence before the tribunal that advertisers are highly sensitive to the relative prices of the dailies and the community newspapers. [Emphasis added.]

The Director maintains that the reference to "no evidence" in the last sentence quoted means direct evidence and therefore the Tribunal failed to consider the indirect evidence embraced by the practical indicia. Southam responds by noting that there is no express reference in the above quote to direct evidence, nor anything in the reasons of the Tribunal which would lead one to conclude that the Tribunal considered the absence of buyers' behavioural evidence of price sensitivity as decisive. Southam insists that the success of this appeal cannot hinge on an isolated passage from a decision totalling more than 300 pages in length. Reading the Tribunal's decision as a whole, Southam maintains that it is clear that the Tribunal reached its conclusion with respect to market definition only after carefully weighing all evidence, be it direct or indirect. I do not agree.

été prête à conclure que les deux produits étaient sur le même marché en raison de la concurrence interindustrielle. Il faut reconnaître qu'il y a bien des facteurs en dehors du prix qui peuvent influencer le choix d'un acheteur et expliquer une faible élasticité de la demande à un moment donné. Comme le Tribunal l'a déclaré à la page 276: «les décisions en matière de publicité sont complexes et . . . les annonceurs ont de la difficulté à cerner le rôle des prix relatifs dans leurs décisions.» J'en viens maintenant à l'essentiel de la thèse du directeur.

L'argument du directeur selon lequel le Tribunal a commis une erreur en exigeant une preuve directe du caractère substitutif repose initialement sur un passage qui figure aux pages 276 et 277 de la décision:

Il existe des différences et des points communs évidents entre les quotidiens et les journaux communautaires. Il n'y a aucune raison de les revoir. Sur le plan des différences, il incombe au directeur de démontrer que les acheteurs considèrent les deux produits comme étant hautement similaires et que des changements minimes dans les prix relatifs provoqueraient un déplacement important du volume publicitaire d'un véhicule à l'autre. La preuve démontrant que les annonceurs utilisent l'un ou l'autre véhicule surtout en fonction des caractéristiques propres à chacun laisse à entendre le contraire.

En fait, le Tribunal ne dispose d'aucune preuve selon laquelle les annonceurs sont hautement sensibles aux prix relatifs des quotidiens et des journaux communautaires. [Non souligné dans l'original.]

Le directeur soutient que l'expression «aucune preuve» employée dans la dernière phrase citée fait référence à la preuve directe et, partant, que le Tribunal n'a pas tenu compte de la preuve indirecte constituée par les indices pratiques. En guise de réponse, Southam fait remarquer qu'il n'y a pas de mention expresse de la preuve directe dans cette citation, ni quoi que ce soit dans les motifs du Tribunal qui amènerait à conclure que le Tribunal a tenu pour décisive l'absence de preuve de sensibilité aux prix des acheteurs. Southam fait valoir que l'issue du présent appel ne saurait dépendre d'un passage isolé d'une décision de plus de 300 pages. Selon Southam, il ressort clairement de la lecture de la décision intégrale du Tribunal que celui-ci est arrivé à une conclusion au sujet de la définition du marché uniquement après avoir soigneusement évalué toute la preuve, qu'elle soit directe ou indirecte. Je ne suis pas de cet avis.

For the reasons below, I find that the Tribunal erred by requiring statistical or anecdotal evidence of high price sensitivity, and ignoring other relevant evidence of substitutability. It is apparent to me that the Tribunal ignored or overlooked the significance of certain indirect evidence which it was required to consider as a matter of law. Given this error of law, I feel that this is an appropriate case in which to exercise the Court's power under subparagraph 52(c)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17)] to make the determination that ought to have been made by the Tribunal. There are no conflicting evidentiary issues which remain to be resolved as far as product market is concerned and the Tribunal has provided an exhaustive record of the evidence. In my view, the Court is entitled to make the determination that the Tribunal should have rendered on the product market issue.

It should be noted that there is a distinction between a tribunal's role in establishing facts on the one hand, and applying them to a legal framework on the other. With respect to the former, it is clear that the Tribunal is in a better position than the Court to fulfil those roles. However, it is evident that the Tribunal in this case ignored relevant evidence with respect to two important matters: functional interchangeability and inter-industry competition.

First, the Tribunal erred in ignoring evidence of functional interchangeability by summarily dismissing the relevance of that factor. In my opinion, functional interchangeability is a vital feature of substitutability and therefore an indispensable component of product market definition.

The Tribunal's stated approach to product market definition noted that end use was a factor to be considered in the indirect framework. However, the Tribunal clearly failed to consider the importance of functional interchangeability, which is not simply one of many criteria to be considered but a central part of the framework. The only passage in which the Tribunal considered the matter of functional interchangeability or end use is found at page 238:

Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le Tribunal a commis une erreur en exigeant une preuve statistique ou anecdotique de la forte sensibilité aux prix et en ne tenant aucun compte d'autres preuves pertinentes du caractère substitutif. Il me paraît évident que le Tribunal a fermé les yeux sur l'importance de certaines preuves indirectes qu'il était tenu d'examiner en droit. Vu cette erreur de droit, j'estime qu'il s'agit d'un cas où il convient d'exercer le pouvoir que le sous-alinéa 52c)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17)] accorde à la Cour de rendre la décision que le Tribunal aurait dû rendre. Il ne reste plus aucune question de preuve contradictoire à trancher en ce qui concerne le marché du produit, et le Tribunal a fait une revue complète de la preuve. À mon avis, la Cour est en droit de rendre la décision que le Tribunal aurait dû rendre sur la question du marché du produit.

Il convient de souligner que, s'agissant du rôle du Tribunal, il existe une distinction entre l'établissement de faits, d'une part, et l'application de ces faits à un cadre juridique, d'autre part. Dans le premier cas, il ne fait aucun doute que le Tribunal est mieux placé que la Cour pour remplir cette fonction. Mais il est évident que le Tribunal dans la présente espèce n'a pas tenu compte de la preuve pertinente se rapportant à deux questions importantes: l'interchangeabilité fonctionnelle et la concurrence interindustrielle.

Premièrement, le Tribunal a commis une erreur en ne tenant aucun compte de la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle, facteur dont il a sommairement rejeté la pertinence. À mon sens, l'interchangeabilité fonctionnelle est une caractéristique fondamentale du caractère substitutif et, partant, un élément indispensable de la définition du marché du produit.

Dans l'approche qu'il avait formulée pour la définition du marché du produit, le Tribunal a mentionné que l'utilisation finale était un facteur à prendre en considération dans le cadre indirect. Toutefois, il a manifestement omis de tenir compte de l'importance de l'interchangeabilité fonctionnelle, qui n'est pas simplement un critère parmi d'autres à prendre en considération, mais une partie centrale du cadre. Le seul passage dans lequel le Tribunal a abordé la ques-

With respect to indirect evidence of the use of both for the same purpose, it is a matter of determining whether "purpose" can be inferred from the content of the advertisement and the circumstances related to the use of a particular vehicle. Almost by definition it can be said that community newspapers are used to reach customers in the respective areas where the papers are distributed and that dailies are used to reach customers throughout the Lower Mainland. It is not helpful to adopt this notion of purpose when evaluating whether dailies and community newspapers are effective substitutes.

The Tribunal considered the matter of functional interchangeability in two contexts—the first relating to substitution between electronic and print advertising and, second, in substitution between daily and community newspaper advertising. With respect to the first context, the Tribunal concluded that print and electronic media were not functionally interchangeable because "multiple price/product" advertising could not be produced in the electronic media (decision, at page 224).

With respect to advertising in the Pacific Dailies and the community newspapers, the Tribunal appears to have held that they were not functionally interchangeable because advertising in these publications did not serve the same purpose. As indicated in the quotation above, the Tribunal simply found that "purpose" could not be inferred from the content and circumstances of advertising in the Pacific Dailies and community newspapers. This, in my view, was an error.

If "multiple price/product" advertising is a relevant purpose for distinguishing between print and electronic media then it must also be relevant as between advertising in daily and community newspapers. The Tribunal found that this notion of purpose was not "helpful" because community newspapers were more local than the Pacific Dailies. But the fact that the community newspapers are more local in nature does not go to the question of functional interchangeability, but to the behaviour of buyers as to preference for geographical scope. This latter subjective factor should not be mingled with the purely objective factor of functional interchangeability which focusses on

tion de l'interchangeabilité fonctionnelle ou de l'utilisation finale se trouve à la page 238:

Quant à la preuve indirecte de l'utilisation des deux véhicules aux mêmes fins, il s'agit de déterminer si les dites «fins» procèdent du contenu de l'annonce et des circonstances entourant l'utilisation d'un véhicule en particulier. On pourrait même affirmer que les journaux communautaires sont utilisés pour rejoindre la clientèle dans les zones respectives de diffusion et que les quotidiens sont utilisés pour rejoindre la clientèle de tout le Lower Mainland. Il n'est pas utile d'adopter cette notion des «fins» pour déterminer si les quotidiens et les journaux communautaires sont des substituts efficaces.

Le Tribunal a examiné la question de l'interchangeabilité fonctionnelle dans deux contextes: le premier se rapporte à la possibilité de substitution entre la publicité électronique et la publicité imprimée, et le second, à la possibilité de substitution entre la publicité dans les quotidiens et la publicité dans les journaux communautaires. Dans le premier cas, le Tribunal a conclu que la presse écrite et les médias électroniques n'étaient pas interchangeables parce qu'on ne pouvait pas faire de publicité «multi-prix/multi-produits» dans les médias électroniques (décision, à la page 224).

En ce qui concerne la publicité dans les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires, le Tribunal semble avoir jugé que ces publications n'étaient pas interchangeables parce que la publicité qui y était faite ne servait pas aux mêmes fins. Comme l'extrait précité l'indique, le Tribunal a simplement conclu qu'on ne pouvait pas induire ces «fins» du contenu de la publicité dans les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires, ni des circonstances dans lesquelles cette publicité était faite. J'estime qu'il s'agit d'une erreur.

Si la publicité «multi-prix/multi-produits» est une fin pertinente pour faire la distinction entre les imprimés et les médias électroniques, alors elle doit également être pertinente pour faire la distinction entre la publicité dans les quotidiens et la publicité dans les journaux communautaires. Le Tribunal a conclu que cette notion de fins n'était pas «utile» parce que les journaux communautaires avaient un caractère plus local que les quotidiens de Pacific. Toutefois, ce caractère plus local des journaux communautaires ne se rapporte pas à la question de l'interchangeabilité fonctionnelle, mais au comportement des acheteurs quant à leur préférence pour l'étendue



use or purpose. In my view, “multiple price/product” advertising is a sufficient use or purpose to conclude, on an objective basis, that advertising in the Pacific Dailies and the community newspapers are functionally interchangeable. This conclusion is further supported by the various product modifications, such as Flyer Force and the formation of community newspaper groups, which were intended to increase the similarities in use between the daily and community newspapers.

Generally, functional interchangeability will be regarded as a necessary but not sufficient condition to be met before products will be placed in the same market. There are other factors which may tend to reinforce, or undermine, a finding that two products are functionally interchangeable. It is appropriate here to discuss the second indirect matter of evidence that the Tribunal ignored — inter-industry competition.

Referring to competition between the Pacific Dailies and the community newspapers for advertisers, the Tribunal found that “there is little doubt that they have been striving to attract many of the same advertisers” (decision, at page 278). The Tribunal also found that the community newspapers were successful in attracting advertisers away from the Pacific Dailies and that the Pacific Dailies were concerned by the strength of the community newspapers (decision, at page 268). However, the Tribunal inexplicably rejected this evidence of “broad” competition in favour of a more focussed analysis (decision, at page 268):

#### CONCLUSIONS REGARDING PRODUCT MARKET

The community newspapers are uncommonly strong in the Lower Mainland and the dailies are uncommonly weak. Unlike in any other Canadian city, there are prospering community newspapers in virtually all parts of the dailies’ city zone. The relative strength of the community newspapers outside the city zone is even greater. These facts concerned Pacific Press and it

géographique. Il ne faudrait pas confondre ce dernier facteur subjectif avec le facteur purement objectif qu’est l’interchangeabilité fonctionnelle, lequel est axé sur l’utilisation d’un produit ou les fins auxquelles il sert. À mon avis, la publicité «multi-prix/multi-produits» est une utilisation ou une fin suffisante pour qu’on puisse conclure, de façon objective, que la publicité dans les quotidiens de Pacific et la publicité dans les journaux communautaires sont fonctionnellement interchangeables. Par ailleurs, cette conclusion est étayée par les diverses modifications sur le plan du produit, comme Flyer Force et la formation de groupes de journaux communautaires, qui visaient à accroître les similarités entre les quotidiens et les journaux communautaires au chapitre de l’utilisation.

En général, on considère l’interchangeabilité fonctionnelle comme une condition nécessaire, bien qu’insuffisante, qui doit être remplie pour que des produits soient inclus dans le même marché. Il existe d’autres facteurs qui peuvent contribuer à renforcer, ou à affaiblir, la conclusion selon laquelle deux produits sont interchangeables. Il convient d’examiner dans les présents motifs le deuxième aspect de la preuve indirecte dont le Tribunal n’a tenu aucun compte, à savoir la concurrence interindustrielle.

Faisant allusion à la concurrence que se livraient les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires pour attirer les annonceurs, le Tribunal a conclu qu’«[i]l y a peu de doute toutefois qu’ils luttent pour s’accaparer un bon nombre des mêmes annonceurs» (décision, à la page 278). Le Tribunal a également conclu que les journaux communautaires étaient parvenus à attirer des clients des quotidiens de Pacific et que les quotidiens de Pacific étaient préoccupés par la vigueur des journaux communautaires (décision, à la page 268). Toutefois, le Tribunal a inexplicablement rejeté cette preuve de concurrence «générale» au profit d’une analyse plus rigoureuse (décision, à la page 268):

#### CONCLUSIONS RELATIVES AU MARCHÉ DU PRODUIT

Dans le Lower Mainland, les journaux communautaires sont singulièrement forts et les quotidiens singulièrement faibles. Contrairement à ce qui se passe dans n’importe quelle autre ville du Canada, il existe des journaux communautaires prospères dans presque tous les secteurs de la zone urbaine des quotidiens. La force relative des journaux communautaires en

sought means of coping with the attraction of the community newspapers for advertisers. In broad terms, this shows that the two kinds of newspapers are "in competition". However, a more focused analysis is required to determine whether they are in the same market, pursuant to s. 93 of the Act.

That "focused analysis" ultimately turned on two and only two strands of evidence—that relating to product modifications and price sensitivity (see discussion, *supra*, at pages 29-35 and decision, at pages 268-279). In my view, the Tribunal erred in ignoring the evidence of "broad" competition. The evidence of broad competitiveness is sufficient to show that there is competition in fact between the Pacific Dailies and the community newspapers. Southam's subjective concerns were reflected in actions it undertook to compete with the community newspapers such as the introduction of Flyer Force (decision, at page 274). The Tribunal appeared to dismiss the evidence of inter-industry competition because the loss of Southam's advertisers to the community newspapers was part of a "one-way flow" and that many advertisers who had switched to the community newspapers would not switch back to the Pacific Dailies in response to a price change. That "one-way flow" argument focusses entirely on the concept of price sensitivity.

Southam, at the very least, had an interest in stopping or slowing the one-way flow or even reversing it. Moreover, Southam introduced product modifications towards those ends. By focussing entirely on "one-way flow", the Tribunal ignored evidence that there was competition for both present, and possibly, future advertisers. In short, there was competition in fact and the Tribunal erred in dismissing this evidence of "broad" competition.

I conclude that the Tribunal erred in ignoring (1) evidence of functional interchangeability between the Pacific Dailies and the community newspapers and (2) evidence of inter-industry competition. In my view, when these factors and the supporting evidence are considered in conjunction, it is clear that the

dehors de la zone urbaine est encore plus grande. Cette situation a préoccupé Pacific Press qui a cherché des moyens de composer avec l'attraction qu'exerçaient les journaux communautaires auprès des annonceurs. En termes généraux, cela démontre que les deux types de journaux sont «en compétition». Mais il faut une analyse plus rigoureuse pour déterminer s'ils sont sur le même marché aux termes de l'article 93 de la Loi.

Cette «analyse rigoureuse» a finalement porté sur deux et seulement deux facettes de la preuve, c'est-à-dire les modifications sur le plan du produit et la sensibilité aux prix (voir l'analyse ci-dessus, aux pages 29 à 35, et la décision, aux pages 268 à 279). À mon sens, le Tribunal a commis une erreur en ne tenant aucun compte de la preuve de concurrence «générale». Cette preuve est suffisante pour établir l'existence d'une concurrence véritable entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires. Les préoccupations subjectives de Southam se reflétaient dans les mesures qu'elle a prises pour faire concurrence aux journaux communautaires, par exemple en mettant sur pied Flyer Force (décision, à la page 274). Le Tribunal a semblé rejeter la preuve d'une concurrence interindustrielle parce que la perte de clientèle au profit des journaux communautaires faisait partie «d'un phénomène à sens unique» et que beaucoup d'annonceurs qui avaient délaissé les quotidiens de Pacific n'y reviendraient pas en réponse à une variation de prix. Cet argument du «phénomène à sens unique» est entièrement fondé sur le concept de la sensibilité aux prix.

Southam avait tout au moins intérêt à stopper ou à ralentir ce phénomène à sens unique, ou même à le renverser. Qui plus est, Southam a apporté des modifications à son produit en vue de parvenir à ces fins. En se concentrant entièrement sur le «phénomène à sens unique», le Tribunal n'a tenu aucun compte de la preuve selon laquelle il y avait une concurrence à l'égard de la clientèle actuelle et, peut-être, future. Bref, il existait une concurrence dans les faits, et le Tribunal a commis une erreur en rejetant cette preuve de concurrence «générale».

J'arrive à la conclusion que le Tribunal a commis une erreur en ne tenant aucun compte (1) de la preuve de l'interchangeabilité fonctionnelle entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires et (2) de la preuve de la concurrence interindustrielle. À mon avis, il ressort clairement de l'examen conjoint

Pacific Dailies and the community newspapers are in the same product market. The superior product argument, advanced by Southam and implicitly adopted by the Tribunal does not, in my view, defeat that conclusion.

It will be recalled that in the chapter on “Conclusions Regarding Product Market” the Tribunal stated that: “[t]he key question regarding the shift from the dailies to the community newspapers is whether this is the kind of substitution that occurs when a better product is introduced . . . the superior product gradually replaces the existing product” (decision, at page 276). The superior product argument rests on the common sense understanding that although two products may be functionally interchangeable, they may be highly differentiated in other material respects such that any changes in price cannot reasonably be regarded as having an effect on buyer choice. For example, the differences between disposable and gold plated lighters, Timex and Rolex watches, or Lada and Rolls Royce automobiles, are such that it is simply unrealistic to place the respective products in the same market. In these examples, the primary differences are reflected in price, quality and brand name recognition. However, the fact that product differentiation exists does not automatically lead to the conclusion that each product is in a separate market; see Areeda, *Antitrust Law*, (1995), Vol. IIA, at paragraph 563.

The “superior product” argument is an exception to the general framework of market definition analysis and cannot be used to mask competition where competition exists. All products try to provide superior characteristics because that is the very nature of the competitive market place and the entrepreneurial spirit. As a result of innovation and improvement, products can build a market, sometimes at the expense of existing products. That is what appears to have happened in the Lower Mainland where community newspapers introduced a cheaper and apparently more effective product which achieved the same ends as the one offered by the Pacific Dailies. The best evidence that competition really existed was Southam’s preoccupation with the unparalleled suc-

de ces facteurs et de la preuve à l’appui que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires sont sur le même marché du produit. Selon moi, l’argument du produit supérieur invoqué par Southam et implicitement adopté par le Tribunal ne bat pas en brèche cette conclusion.

On se souviendra que le Tribunal a déclaré ceci dans le chapitre intitulé «Conclusions relatives au marché du produit»: «La question clé en ce qui a trait au passage des quotidiens aux journaux communautaires est de savoir s’il s’agit du genre de substitution qui se produit lorsqu’un meilleur produit est introduit . . . le produit supérieur remplace graduellement le produit existant» (décision, à la page 276). L’argument du produit supérieur repose sur l’idée sensée que même si deux produits peuvent être fonctionnellement interchangeables, ils peuvent être fort différents sous d’autres aspects importants, de sorte qu’on ne peut raisonnablement considérer que des variations de prix ont un effet sur le choix des acheteurs. À titre d’exemple, les différences entre les briquets jetables et les briquets plaqués or, entre les montres Timex et les montres Rolex, ou entre les Lada et les Rolls Royce sont telles qu’il est tout simplement irréaliste d’inclure ces produits respectifs dans le même marché. Dans ces exemples, les principales différences sont visibles dans le prix, la qualité et la reconnaissance de la marque. Toutefois, le fait qu’il existe des différences entre les produits n’amène pas automatiquement à conclure que chaque produit est sur un marché distinct; voir Areeda, *Antitrust Law*, (1995), Vol. IIA, paragraphe 563.

L’argument du «produit supérieur» est une exception au cadre général de l’analyse de la définition du marché et ne peut être invoqué pour masquer la concurrence lorsque cette concurrence existe. Tous les produits tentent de fournir des caractéristiques supérieures parce que c’est l’essence même du marché concurrentiel et de l’esprit d’entreprise. Grâce à l’innovation et à l’amélioration, des produits peuvent bâtir un marché, parfois au détriment de produits existants. C’est ce qui semble s’être produit dans le Lower Mainland, où les journaux communautaires ont introduit un produit moins coûteux et apparemment plus efficace, qui donnait les mêmes résultats que le produit offert par les quotidiens de Pacific. La meilleure preuve de l’existence d’une concurrence

cess of the community newspapers and the combative measures which Southam initiated in response. By contrast, one would not expect Rolex executives to be overly concerned with the loss of customers to Timex or *vice versa*. In my opinion, evidence of inter-industry competition renders the superior product argument inapplicable to the case at bar.

## VI — CONCLUSION

While evidence of substitutability through functional interchangeability and inter-industry competition was adduced, the Tribunal ultimately ignored such evidence. In doing so, the Tribunal adopted an overly narrow approach to substitutability as it dismissed "broad" conceptions of interchangeability and inter-industry competition. In doing so, the Tribunal erred in focussing predominantly on price sensitivity. In this case, the similarity of use between Pacific Dailies and community newspapers, and the competitiveness which existed between them, is sufficient to place both in the same product market.

This conclusion, of course, is not dispositive of this appeal. While the Pacific Dailies and the community newspapers are in the same product market, it remains to be determined whether the impugned merger would have the effect of lessening or preventing competition. This is the second step in the analysis under sections 92 and 93 of the Act which requires the Tribunal to make an evaluative judgment. It should be emphasized that merger analysis in Canada requires this two-step process. Otherwise, the factors listed in sections 92 and 93 of the Act for the purpose of evaluating the effects of a merger are rendered obsolete. The first step, the product market issue, in particular evidence of price sensitivity, must not be allowed to eclipse the vital evaluative aspect of Canadian merger law.

While the Tribunal went on to conclude that the Southam acquisition would not result in a substantial lessening of competition, it did not assess market

véritable réside dans le fait que Southam était préoccupée par le succès inégalé des journaux communautaires et dans les mesures combatives que Southam a prises à cet égard. Par contre, on ne s'attendrait pas à ce que la direction de Rolex soit très préoccupée par la perte de clients aux mains de Timex ou vice-versa. À mon avis, la preuve d'une concurrence interindustrielle rend l'argument du produit supérieur inapplicable à la présente espèce.

## VI — CONCLUSION

Bien que le Tribunal ait été saisi d'une preuve du caractère substitutif constituée par l'interchangeabilité fonctionnelle et la concurrence interindustrielle, il n'en a, en définitive, tenu aucun compte. Par le fait même, il a adopté une approche trop étroite du caractère substitutif étant donné qu'il a rejeté des conceptions «larges» de l'interchangeabilité et de la concurrence interindustrielle. De plus, il a commis une erreur en se concentrant surtout sur la sensibilité aux prix. Dans la présente espèce, le fait que les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires servaient aux mêmes fins et se faisaient concurrence est suffisant pour inclure ces deux produits dans le même marché du produit.

Cette conclusion ne règle pas le présent appel pour autant. Même si les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires sont sur le même marché du produit, il faut déterminer si le fusionnement contesté aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence. Il s'agit de la deuxième étape de l'analyse prévue aux articles 92 et 93 de la Loi, qui exige que le Tribunal porte un jugement à partir de critères d'évaluation. Il convient de souligner que l'analyse des fusionnements au Canada rend cette démarche en deux étapes obligatoire. Autrement, les facteurs énumérés aux articles 92 et 93 de la Loi pour l'évaluation des effets d'un fusionnement ne serviraient à rien. On ne doit pas permettre à la première étape, c'est-à-dire la définition du marché du produit, en particulier la preuve de la sensibilité aux prix, d'éclipser l'aspect vital du droit canadien des fusionnements qu'est l'évaluation.

Bien que le Tribunal ait conclu que l'acquisition des journaux communautaires par Southam n'entraînerait pas une diminution sensible de la concurrence,

shares or concentration and failed to evaluate that evidence having regard to the limitations found in subsection 92(2) of the Act. Nor did the Tribunal turn its attention to the factors listed in section 93 of the Act as required by that section. Those matters will have to be dealt with by the Tribunal.

Finally, it is necessary for me to make note on the issue of prevention of competition. The Director argued before the Tribunal that Southam's acquisition prevented competition for two reasons. First, the acquisition prevented the formation of an effective community newspaper group. Second, the acquisition prevented the entry of a new daily, using one of the community newspapers as a springboard. The Tribunal rejected the first argument because of its finding that the community newspapers and the Pacific Dailies were not in the same product market, so that formation of a community newspapers group was irrelevant to the competition with the Pacific Dailies. In light of my determination that community newspapers and the Pacific Dailies are in the same product market, the Tribunal will have to reconsider that first argument put forth by the Director respecting prevention of competition.

On appeal before this Court, the Director presented a third argument that the Southam acquisition prevented competition. This argument suggests that the continuation of non-price competition between the Pacific Dailies and the community newspapers would have ultimately resulted in their becoming close substitutes (appellant's memorandum of fact and law, paragraphs 152-157). As I understand it, that argument posits that the Southam acquisition eliminated the incentive for the community newspapers to engage in further product modifications, such as increasing the number of weekly editions, that would have made them closer substitutes for the Pacific Dailies. Since this argument was not raised in the pleadings below, nor before the Tribunal, it cannot be considered here.

il n'a pas évalué les parts du marché ou la concentration, ni la preuve relative aux restrictions prévues au paragraphe 92(2) de la Loi. De plus, le Tribunal n'a pas tenu compte des facteurs énumérés à l'article 93 de la Loi, comme l'exige cet article. Ces questions devront être examinées par le Tribunal.

En dernier lieu, je me dois de faire des commentaires sur la question de l'empêchement de la concurrence. Le directeur a soutenu devant le Tribunal que l'acquisition des journaux communautaires par Southam avait empêché la concurrence pour deux raisons. Premièrement, elle avait empêché la formation d'un groupe efficace de journaux communautaires. Deuxièmement, elle avait empêché un nouveau quotidien de faire son entrée en utilisant l'un des journaux communautaires comme tremplin. Le Tribunal a rejeté le premier argument parce qu'il a conclu que les journaux communautaires et les quotidiens de Pacific n'étaient pas sur le même marché du produit, de sorte que la formation d'un groupe de journaux communautaires était étrangère à la question de la concurrence avec les quotidiens de Pacific. Comme j'ai statué que les journaux communautaires et les quotidiens de Pacific sont sur le même marché du produit, le Tribunal devra réexaminer le premier argument invoqué par le directeur au sujet de l'empêchement de la concurrence.

Dans le cadre de l'appel devant la présente Cour, le directeur a invoqué un troisième argument au soutien de l'affirmation selon laquelle l'acquisition des journaux communautaires par Southam avait empêché la concurrence. Selon lui, la continuation d'une concurrence hors prix entre les quotidiens de Pacific et les journaux communautaires aurait fini par faire de ceux-ci de proches substituts (exposé des faits et du droit de l'appelant, paragraphes 152 à 157). Si je comprends bien, cet argument pose en principe que l'acquisition des journaux communautaires par Southam a découragé les journaux communautaires d'apporter d'autres modifications à leur produit, par exemple en augmentant le nombre d'éditions hebdomadaires, modifications qui auraient fait en sorte que les journaux communautaires seraient devenus de plus proches substituts des quotidiens de Pacific. Comme dans l'instance inférieure, cet argument n'a été soulevé ni dans les actes de procédure ni dans les

plaidoiries, il ne peut être examiné dans les présents motifs.

#### VII — DISPOSITION

Pursuant to subparagraph 52(c)(ii) of the *Federal Court Act*, the appeal is allowed, the decision of the Tribunal dated June 2, 1992 (excepting that portion dealing with the print real estate market on the North Shore) is set aside and the matter remitted to the Tribunal for determination by a differently constituted panel in a manner consistent with these reasons. In accordance with the decision of this Court in *American Airlines, Inc. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1989] 2 F.C. 88 (C.A.), the appellant is entitled to his costs on appeal.

ISAAC C.J.: I agree.

PRATTE J.A.: I agree.

#### VII — DISPOSITIF

<sup>a</sup> Conformément au sous-alinéa 52c)(ii) de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'appel est accueilli, la décision en date du 2 juin 1992 du Tribunal (sauf la partie relative au marché de la publicité immobilière sur le North Shore) est annulée et l'affaire est renvoyée au Tribunal pour règlement par une formation différemment constituée d'une manière qui soit compatible avec les présents motifs. Conformément à la décision rendue par la présente Cour dans l'affaire *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.), l'appelant a droit aux dépens de l'appel.

<sup>b</sup> LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris à ces motifs.

<sup>c</sup> LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.