



Le 13 juin 2005

Madame Martine Dagenais
Bureau de la concurrence
Place du Portage
150, rue Victoria
Gatineau (Québec)
K1A 0C9

Madame,

Objet : Réponse de la Section nationale du droit de la concurrence de l'ABC à la proposition du Bureau de la concurrence visant à modifier le Bulletin d'information relatif à la défense fondée sur une conduite réglementée

La Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) se réjouit de pouvoir présenter ses observations sur la proposition (la proposition) soumise le 16 mai 2005 par le Bureau de la concurrence visant la modification du Bulletin d'information relatif à la défense fondée sur une conduite réglementée (le Bulletin).

Bien que le Bureau n'ait pas sollicité de commentaires du public concernant le Bulletin avant la publication de celui-ci en décembre 2002, la Section de l'ABC lui a transmis ses observations en octobre 2003. La Section de l'ABC a également répondu, en janvier 2005, à l'appel d'observations lancé par le Bureau en octobre 2004 concernant le Bulletin, lorsque ce dernier a été reconsidéré comme « projet » à la lumière de l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Company*¹ de la Cour suprême du Canada (CSC). Étant donné que les observations comprises dans ces mémoires antérieurs (d'octobre 2003 et de janvier 2005) demeurent pertinentes, nous vous les faisons parvenir ci-joint.

La Section de l'ABC prend note que, contrairement à la pratique habituelle du Bureau de solliciter des commentaires sur les versions préliminaires de ses documents, la proposition décrit simplement les changements que l'on envisage d'apporter au Bulletin. La Section de l'ABC est d'avis que la proposition ne saurait remplacer une version préliminaire révisée du Bulletin, laquelle indiquerait précisément la façon dont le Bureau entend incorporer les changements proposés. Cette notion est particulièrement valable dans le cas du Bulletin, étant donné la très profonde modification de la

¹ [2004] 1 R.C.S. 629 [« *Garland* »].

politique d'application qui est expliquée dans la proposition en ce qui concerne la défense fondée sur une conduite réglementée (DCR)². Étant donné que le Bureau a annoncé son intention de publier une version révisée du Bulletin d'ici le 20 juin 2005, nous croyons que la version préliminaire du Bulletin révisé est déjà considérablement avancée, de sorte qu'aucun obstacle pratique n'empêche probablement le Bureau de solliciter des commentaires sur la version préliminaire révisée du Bulletin. Néanmoins, la Section de l'ABC continue de penser (comme elle l'expliquait dans son mémoire de janvier 2005) qu'à la lumière des nombreuses questions entourant la DCR qui ont été soulevées dans l'arrêt *Garland*, il serait préférable que le Bureau annule le Bulletin afin de permettre la réalisation d'une étude complémentaire de la DCR et d'autres outils d'interprétation du même genre.

Mémoires antérieurs de la Section de l'ABC

Le mémoire de janvier 2005, qui a été préparé à la suite de l'appel d'observations lancé par le Bureau en octobre 2004, exprime l'opinion de la Section de l'ABC concernant l'incidence de l'arrêt *Garland* sur la DCR. La Section de l'ABC présente ci-après les points saillants de ce mémoire.

L'arrêt *Garland* soulève d'autres problèmes et montre la complexité liée à la formulation d'un bulletin ayant pour objet de résumer la jurisprudence et les principes pertinents dans l'application de la DCR. La Section de l'ABC n'offre pas de point de vue définitif concernant toutes les implications possibles de l'application de la DCR qui sont soulevées dans l'arrêt *Garland*. Il lui faudrait plus de temps pour prendre connaissance des commentaires du monde universitaire et de la jurisprudence qui visent directement ces problèmes, afin de déterminer comment l'arrêt *Garland* influera sur la DCR, dans la mesure où elle s'applique à la *Loi sur la concurrence*.

Puisque l'arrêt *Garland* n'invoque pas la *Loi sur la concurrence*, les remarques de la Cour suprême du Canada concernant l'application de la DCR dans les causes liées à la concurrence pourraient constituer un *obiter dictum*. À partir des propos du juge Iacobucci concernant le caractère inapplicable de la DCR dans cette affaire, on pourrait soutenir que la DCR ne s'applique pas aux actes criminels *per se* en vertu de la *Loi sur la concurrence* (du moins en ce qui a trait aux divergences qui existent entre la *Loi sur la concurrence* et la législation provinciale). À ce titre, les délits *per se* pourraient être considérés « soit expressément ou par déduction nécessaire [...] [comme n'accordant pas] la liberté de le faire à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide ». Dans ce contexte, l'arrêt *Garland* soulève les problèmes ci-après.

1. L'arrêt *Garland* ne mentionne pas de causes exprimant le principe selon lequel les personnes qui se conforment à une réglementation provinciale valide sur la commercialisation n'ont forcément pas la *mens rea* requise, pas plus qu'il n'examine la question de la *mens rea* de quelque façon que ce soit. La Section de l'ABC croit que la DCR continue de s'appliquer aux actes criminels *per se* en vertu de la *Loi sur la concurrence*, en partant du principe que ceux et celles qui respectent ou qui exercent des pouvoirs en vertu d'un régime de réglementation provincial n'agiraient pas dans une intention criminelle.

² La nature importante des changements proposés, conjuguée à la nature générale de l'appel d'observations d'octobre 2004 du Bureau et au petit nombre d'intervenants qui ont été invités à commenter la proposition (le Bureau n'a distribué la proposition qu'aux intervenants ayant répondu à son appel d'observations précédent), signale aussi la nécessité de diriger une consultation plus étendue sur la proposition avant de mettre la dernière main au Bulletin.

2. Si la Section de l'ABC se trompe sur l'argument ci-dessus, il faut alors considérer certaines implications concernant l'application incohérente de la DCR dans la sphère du droit de la concurrence. Il serait étrange qu'une structure de prix conçue par un office provincial de commercialisation soit soustraite aux poursuites en tant que cartel excessivement anticoncurrentiel en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, alors que le régime de prix imposés qui est exigé par une telle réglementation pourrait faire l'objet de poursuites criminelles en vertu de l'article 61.
3. Si la *Loi sur la concurrence* est modifiée afin de créer un acte criminel *per se* pour les « ententes injustifiables », quelles sont les implications pour les offices provinciaux de commercialisation et autres organismes dont les activités soulèveraient des questions litigieuses en vertu de l'article 45 ou d'autres articles de la *Loi sur la concurrence*, sans la DCR?
4. De nombreuses dispositions de la *Loi sur la concurrence* comprennent un critère des effets sur la concurrence qui s'apparente au critère de l'entrave injustifiée à la concurrence que la CSC a pris en compte dans l'arrêt *Garland*, mais elles emploient plutôt les mots « réduire sensiblement ou empêcher la concurrence » ou « nuire à la concurrence ». Compte tenu de l'arrêt *Garland*, la DCR s'étend-elle aux dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence* dans de tels cas?
5. On pourrait soutenir que dans l'arrêt *Garland*, la Cour suprême du Canada assimile le mot « indûment » et l'intérêt public, ce qui peut être incompatible avec l'approche adoptée dans la plus récente décision de la Cour concernant la signification de « indûment »³. Il se pourrait que l'arrêt *Garland* réintroduise des considérations non économiques dans la question de savoir si la concurrence est réduite ou entravée de façon « indue ».

Étant donné toutes ces questions complexes et les implications possibles de l'arrêt *Garland*, la Section de l'ABC est d'avis qu'il serait peut-être mal à propos pour le Bureau de réviser et de republier simplement le Bulletin. De plus, les questions qui dépassent la portée de l'arrêt *Garland* demeurent aussi sujettes au débat, y compris le fondement de l'application de la DCR à la législation fédérale et les systèmes de réglementation qui s'opposent ou peuvent s'opposer à la *Loi sur la concurrence*.

Malgré ce qu'on laisse entendre dans la proposition, les questions ci-dessus restent à résoudre. Il est essentiel d'y trouver des réponses éclairées pour bien comprendre la DCR, dont l'interprétation peut avoir de profondes implications sur l'aptitude des organismes de réglementation à exécuter leur mandat. Par conséquent, la Section de l'ABC réaffirme le point de vue voulant qu'une étude complémentaire soit nécessaire avant de réviser le Bulletin. En fait, la prétendue restriction de la DCR qui est présente dans la proposition et le fait que la proposition reconnaisse que d'autres outils d'interprétation des lois pourraient servir à résoudre des divergences possibles entre la *Loi sur la concurrence* et d'autres textes législatifs (fédéraux ou provinciaux) montrent qu'une telle étude complémentaire, ainsi que la révision éventuelle du Bulletin, devraient aussi s'étendre aux autres outils d'interprétation. Si l'on se concentrait exclusivement sur la DCR, dont le futur rôle serait considérablement diminué par rapport à celui d'autres outils d'interprétation en vertu de la proposition, l'aptitude du Bulletin à fournir une orientation valable serait gravement compromise.

³ R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606.

Points de vue supplémentaires sur la proposition

Malgré les critiques dont le Bulletin a fait l'objet en raison de l'absence de toute discussion sur la jurisprudence liée à la DCR⁴, la proposition semble viser l'arrêt *Garland* à l'exclusion d'autres causes touchant la DCR. Cette focalisation stricte sur l'arrêt *Garland* soulève d'importantes préoccupations car, tel que nous l'avons souligné dans le mémoire de janvier 2005, on peut soutenir que le débat de la Cour suprême sur la DCR dans cette affaire est *obiter dictum*. Il n'est pas certain, par exemple, que la Cour ait eu conscience des implications importantes que sa décision aurait relativement à la *Loi sur la concurrence*, puisque celle-ci n'était pas en cause dans l'affaire précédente. L'arrêt *Garland* traite plutôt d'une conduite réglementée qui enfreignait prétendument la disposition du *Code criminel* sur l'intention criminelle (paragraphe 347(1)).

Il faut se demander s'il est opportun de comparer la DCR telle qu'elle est appliquée dans l'arrêt *Garland* à son application dans la *Loi sur la concurrence*. Puisque cet arrêt ne fait aucunement appel au droit de la concurrence, la Section de l'ABC pense que la réponse pourrait bien être « non ». À ce titre, toute interprétation de l'arrêt *Garland* susceptible d'entraîner l'annulation d'affaires précédentes invoquant la DCR (y compris l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *P.-G. du Canada c. Law Society of B.C.*⁵ et dans d'autres causes subséquentes, telles que l'affaire *2903113 Canada Inc. c. La Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*)⁶ et où la question a été expressément abordée en vertu de la *Loi sur la concurrence* semble sujette à caution.

La Section de l'ABC craint également que l'application de l'arrêt *Garland* dans la proposition ne simplifie l'incidence de l'arrêt sur la DCR de telle manière qu'en l'absence de toute considération préalable de la question ou de toute consultation avec les organismes de réglementation pouvant être concernés, il pourrait s'ensuivre de graves perturbations des régimes de réglementation au Canada. De telles perturbations pourraient découler de la position du Bureau voulant qu'à la lumière de l'arrêt *Garland*, la DCR ne s'applique ni aux dispositions *per se* de la *Loi sur la concurrence*, ni à ses dispositions non *per se* qui prévoient une certaine « liberté » autrement qu'en parlant du caractère « indu » d'un acte. En ce qui concerne les régimes de réglementation fédéraux, la position du Bureau voulant que la DCR ne s'applique pas aux divergences apparentes entre la *Loi sur la concurrence* et les régimes de réglementation fédéraux pourrait aussi entraîner des perturbations. La Section de l'ABC doute de la justesse de ces deux positions en tant que question de droit.

Comme il est souligné dans le mémoire de janvier 2005, en limitant la DCR aux délits non *per se*, on passe sous silence l'importance que revêt la *mens rea* dans la jurisprudence liée à la DCR. Il n'est pas certain non plus que la liberté accordée par une restriction « indue » de la concurrence présente une différence significative par rapport à une réduction « sensible » de la concurrence ou à un « effet nuisible » sur elle. De tels concepts diffèrent principalement dans la mesure où la concurrence est concernée. Au mieux, l'approche de la « liberté » qui est employée dans l'arrêt *Garland* pourrait aisément étendre la DCR aux pratiques examinables de la *Loi sur la concurrence*, concernant lesquelles la *Loi sur la concurrence* prévoit que le Tribunal de la concurrence « peut » ordonner un recours. La nature discrétionnaire des recours liés aux pratiques examinables semblerait constituer

⁴ Se reporter au mémoire d'octobre 2003, aux par. 2-3, à Barry Zalmanowitz, c.r., « Le Bureau de la concurrence publie un bulletin d'information relatif à la défense fondée sur une conduite réglementée », dans *Canadian Competition Record*, été 2003, au par. 39, à D. Jeffrey Brown, « The Competition Bureau's Information Bulletin on the Regulated Conduct Defence: Observations from the *Astral/Telemedia Case* », dans *Canadian Competition Record*, été 2003, au par. 43.

⁵ [1982] 2 R.C.S. 307 (qu'on appelle couramment l'affaire *Jabour*).

⁶ (1997), 79 C.P.R. (3d) 403 (Que. C.A.), autorisation d'appel à la C.S.C. refusée le 30 avril 1998.

l'expression d'une liberté au moins aussi étendue, sinon plus, que celle qui est accordée concernant des dispositions criminelles soumises au critère du caractère indu.

En ce qui a trait à la prétendue non-application de la DCR aux régimes de réglementation fédéraux, il est vrai que la plupart des causes invoquant la DCR visaient la réglementation provinciale. Cependant, quelques-unes visaient soit des régimes de réglementation fédéraux⁷, soit une combinaison de régimes de réglementation fédéraux et provinciaux⁸. Puisque l'arrêt *Garland* concernait une divergence « provinciale-fédérale », il n'a pas abordé la question de l'application de la DCR dans un contexte fédéral. En l'absence de toute autorité judiciaire contredisant les causes antérieures qui invoquaient la DCR, il est loin d'être certain que la proposition fasse état du droit sur ce point. Il serait peu probable qu'un tribunal déclare la DCR inapplicable à un office de commercialisation fédéral, par exemple.

L'approche du Bureau pourrait aussi donner lieu à des implications bizarres en matière de politique. Comme il est mentionné dans le mémoire de janvier 2005, il serait étrange qu'une structure de prix conçue par un office provincial de commercialisation soit soustraite aux poursuites en tant que cartel excessivement anticoncurrentiel en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, alors que le régime de prix imposés qui est exigé par une telle réglementation pourrait faire l'objet de poursuites criminelles en vertu de l'article 61. Les activités de ces offices pourraient également être mises en question en vertu de l'article 79, en tant qu'abus unilatéral ou conjoint d'une position dominante, en particulier si la *Loi sur la concurrence* est modifiée afin de permettre des sanctions pécuniaires administratives pour les abus de position dominante, ce qui encouragerait davantage les parties à intenter une action coercitive en vertu de l'article 79.

⁷ Se reporter à l'affaire *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Landmark Cinemas of Canada Ltd.*, [1992] F.C.J. No. 1034, (1992), 45 C.P.R. (3d) 346 (F.C.T.D.) ([TRADUCTION] « Comme l'a fait valoir l'avocat du demandeur, les activités du demandeur et de la Commission du droit d'auteur à l'intérieur du cadre de l'article 67 de la *Loi sur le droit d'auteur* sont expressément sanctionnées par les lois fédérales et sont donc exemptes de l'application de l'article 32 de la *Loi sur la concurrence* en vertu de la "défense fondée sur une industrie réglementée" »).

⁸ Se reporter à l'affaire *Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, selon le juge Fauteux, au par. 258 ([TRADUCTION] « Le but du Parlement lorsqu'il légifère en matière d'ententes de gré à gré portant sur des monopoles est de protéger l'intérêt public en ce qui concerne la libre concurrence. L'adoption au Parlement d'une "Loi ayant pour objet d'aider et d'encourager la vente coopérative des produits agricoles", 3 George VI, c. 28, maintenant S.R.C. 1952, ch. 5, ne signifie pas que les régimes de commercialisation conçus par le Parlement ou par un corps législatif dans leur sphère respective doivent *prima facie* être considérés comme se trouvant dans le champ d'application de la législation antitrust ») et à l'affaire *Industrial Milk Producers Association et al. v. British Columbia (Milk Board)*, [1988] F.C.J. No. 7, (1988), 21 C.P.R. (3d) 33 (F.C.T.D.), au par. 41 (voir aussi le par. 49) ([TRADUCTION] « lorsque les offices provinciaux de commercialisation exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par des lois provinciales ou fédérales, il ne peut être dit qu'ils commettent une infraction en vertu de l'article 32 [maintenant l'article 45] de la *Combines Act* en exerçant ces pouvoirs »).

Le Bureau doit donc se poser la question suivante : « *Comment répondrons-nous aux plaintes visant à demander une action coercitive contre des offices provinciaux de commercialisation (ou autres organismes de réglementation) et des parties réglementées en vertu de l'article 61 ou de l'article 79 de la Loi sur la concurrence?* » Plus précisément, le Bureau est-il prêt à se servir des articles 61 et 79 pour s'élever contre de tels organismes et s'il ne l'est pas, comment justifiera-t-il toute décision de ne pas donner suite aux plaintes après ce qu'il propose d'inclure dans le Bulletin⁹?

La Section de l'ABC nourrit aussi des doutes concernant le fondement juridique de la distinction qui est faite dans la proposition, à savoir si la DCR est invoquée par les responsables de la réglementation ou les parties visées par la réglementation, distinction qui, à la connaissance de la Section de l'ABC, ne trouve aucun fondement dans la jurisprudence de la DCR ni aucune justification en tant que question de politique. Il en va de même du projet visant à maintenir le critère d'« incompatibilité d'application » pour certaines applications de la DCR.

Enfin, nous craignons que la proposition n'incite le Bureau à adopter une interprétation trop large de l'exigence d'« intention claire du Parlement » qui est comprise dans l'arrêt *Garland* pour appuyer l'application de la DCR. Il est difficile de concilier une interprétation stricte de l'expression « intention claire du Parlement » et la jurisprudence de la DCR dans le contexte du droit de la concurrence. Selon la Section de l'ABC, il ne peut pas être dit que la présence du mot « indu » ou de l'expression « intérêt public » dans une loi sur la concurrence ait été la manifestation d'une intention « claire » du Parlement (que ce soit « expressément » ou par « déduction nécessaire », comme l'a déclaré le tribunal dans l'arrêt *Garland*) selon laquelle la législation sur la concurrence devrait s'en remettre à des lois de réglementation provinciales possiblement contradictoires. Il est plus probable que les tribunaux se soient servis de l'existence d'une telle « liberté » pour tirer des conclusions qui, d'après les faits, semblaient trouver un juste milieu entre les deux lois en question.

L'examen de la jurisprudence de la DCR révèle que l'application de la DCR est toujours dictée par le contexte applicable. L'arrêt *Garland* ne fait pas exception. À titre d'exemple, la disposition sur le taux d'intérêt criminel qui est en cause dans cette affaire commence par les mots « *Nonobstant toute autre loi fédérale* » (l'italique est ajouté). Qu'un tribunal adopte une interprétation stricte de la DCR dans un tel contexte n'est guère surprenant. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'ensuit pas qu'une approche aussi stricte doive s'appliquer dans le contexte de la *Loi sur la concurrence*.

Conclusion

La Section de l'ABC réaffirme son point de vue voulant qu'il serait préférable pour le Bureau d'annuler le Bulletin afin de permettre la réalisation d'une étude complémentaire de la DCR et des implications de l'arrêt *Garland*. Comme l'indique la proposition, étant donné la pertinence possible d'autres outils d'interprétation pour résoudre tout désaccord entre la *Loi sur la concurrence* et des régimes de réglementation fédéraux ou provinciaux, cette étude, et l'éventuelle version révisée du Bulletin, devraient aller plus loin que la DCR en englobant ces autres outils. La Section de l'ABC reconnaît que la réalisation d'une telle étude exige du temps. Toutefois, il n'existe à sa connaissance aucun besoin impérieux de précipiter la mise au point du Bulletin. Au contraire, puisque le Bulletin a

⁹ En répondant à cette question, il serait bon que le Bureau se rappelle la controverse qu'a suscitée l'affaire *Superior Propane* lorsque le Bureau a pris la décision de s'écarter de la politique d'application présentée dans *Fusions - Lignes directrices pour l'application de la loi* (1991) relativement à la prétendue défense fondée sur les gains en efficacité que contient l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*.

déjà été reconsidéré comme version préliminaire, on devrait s'attacher en priorité à donner une meilleure interprétation de la DCR et de l'arrêt *Garland* avant de mettre la dernière main au Bulletin.

La Section de l'ABC est disposée à participer à toute table ronde et à soumettre des observations sur toute autre version préliminaire du Bulletin que le Bureau pourra publier dans l'avenir.

Veuillez agréer, Madame, mes salutations distinguées

(Original signé par Trevor Rajah, au nom de Donald Affleck)

Donald S. Affleck, c.r.
Président, Section nationale du droit de la concurrence

P.j. *(Disponible seulement en anglais)*

**Submission on the
Competition Bureau
Information Bulletin on the
Regulated Conduct Defence**

**NATIONAL COMPETITION LAW SECTION
CANADIAN BAR ASSOCIATION**



October 2003

TABLE OF CONTENTS

Submission on the Competition Bureau Information Bulletin on the Regulated Conduct Defence

PREFACE.....	i
I. INTRODUCTION	1
II. ABSENCE OF STAKEHOLDER CONSULTATION	1
III. CONTENT OF THE RCD BULLETIN.....	2
A. Application of the RCD in the Federal Sphere	3
B. Application of the RCD to Mergers.....	3
C. The “Operational Conflict” Standard.....	5
D. Self-Regulatory Bodies.....	7
E. Extent of Regulatory Oversight Required for the RCD to Apply	8
F. Scope of Regulation	9
G. Relationship with Inter-Agency Agreements	9
IV. CONCLUSION.....	10

PREFACE

The Canadian Bar Association is a national association representing 38,000 jurists, including lawyers, notaries, law teachers and students across Canada. The Association's primary objectives include improvement in the law and in the administration of justice.

This submission was prepared by the National Competition Law Section of the Canadian Bar Association, with assistance from the Legislation and Law Reform Directorate at the National Office. The submission has been reviewed by the Legislation and Law Reform Committee and approved as a public statement of the National Competition Law Section of the Canadian Bar Association.

Submission on the Competition Bureau Information Bulletin on the Regulated Conduct Defence

I. INTRODUCTION

The National Competition Law Section of the Canadian Bar Association (the CBA Section) supports the efforts of the Competition Bureau in publishing guidance on the application of the *Competition Act*. The Bureau's practice of issuing information bulletins and interpretation guidelines increases the transparency and predictability of its interpretation and enforcement of the Act. The CBA Section also supports the Bureau explaining how it interprets and applies case law arising under the Act, including the jurisprudentially developed regulated conduct defence (RCD). Accordingly, the Bureau's Information Bulletin on the Regulated Conduct Defence (the RCD Bulletin) was eagerly anticipated, more particularly as the jurisprudence establishing the RCD does not fully address the scope for application of the doctrine under the *Competition Act*. It was most disappointing, therefore, that the published RCD Bulletin not only fails to provide the desired degree of clarification of the law in areas of uncertainty, but also appears to be contrary, in several respects, to areas which otherwise seem to be settled in the case law that forms the legal basis of the RCD.

II. ABSENCE OF STAKEHOLDER CONSULTATION

Given the importance of the RCD and the unanswered questions respecting its scope, it is both surprising and regrettable that the Bureau did not consult with stakeholder groups prior to releasing the RCD Bulletin. The Bureau has engaged in broad consultations with stakeholders before adopting significant policy

guidelines in other areas (including guidance documents which purport to state the Bureau's enforcement policy).¹ The CBA Section believes that stakeholder consultations on other guidance documents contributed importantly to their quality. As well, it opened up dialogue between stakeholders and the Bureau about the enforcement issues addressed in the guidelines.

The Bureau has characterized the RCD Bulletin as an Information Bulletin that merely sets out its enforcement approach to the RCD and is not meant to be a definitive statement of the law. On this basis, it argued against stakeholder consultations. However, the Bureau's other guidelines are also not legally binding documents, but have benefited from such consultations. Moreover, the Bureau's administrative guidance — whether characterized as "guidelines" or "information bulletins" — often serves in practice as a statement of law. Simply stated, there is often a disincentive to litigate competition cases, particularly in the merger context with often-severe time restraints and where the parties need the approval of the very regulator against whom a case might be litigated.

The CBA Section strongly recommends that the Bureau consult with interested stakeholders on the RCD Bulletin, and consider making revisions where warranted, based on the consultations and this submission.

III. CONTENT OF THE RCD BULLETIN

While the CBA Section agrees with the enforcement approach articulated in the RCD Bulletin in a number of areas, in other respects we believe that the Bulletin takes an overly narrow view of the RCD that is seriously at odds with the underlying jurisprudence. Even more significantly, the RCD Bulletin does not cite

1

For example, the Merger Enforcement Guidelines (in both 1991 and 2003), the Abuse of Dominance Guidelines, the Intellectual Property Enforcement Guidelines, and the Predatory Pricing Enforcement Guidelines.

a single case or attempt to reconcile the Bureau's enforcement approach with the case law establishing the RCD. In this sense, the RCD Bulletin not only fails to state the law. It effectively ignores the body of cases that form the very basis of the RCD. This is of considerable concern, since practical opportunities to obtain judicial clarification on the scope and content of the RCD (or judicial vindication of a broader view of the doctrine) are relatively rare.

A. Application of the RCD in the Federal Sphere

The CBA Section agrees with the Bureau's policy of allowing parties to invoke the RCD in the case of inconsistencies between the Act and federal regulatory legislation, as articulated in the RCD Bulletin. Canadian courts have primarily applied the RCD in cases where conduct mandated or authorized by valid *provincial* regulatory legislation was found to be inconsistent with the Act, although it has also been applied in the federal regulatory context. The CBA Section believes that, from a policy perspective, there is no reason to differentiate between federal and provincial regulators or regulated parties to determine who may invoke the RCD, and supports the position of the Bureau in this regard.

B. Application of the RCD to Mergers

The CBA Section supports the Bureau's enforcement position to the extent that it will allow parties to invoke the RCD in the context of civil reviewable practices,² including mergers. The Bureau's acknowledgement that the RCD applies to mergers appears to validate the view taken by a number of our members in merger cases. However, on closer examination of the RCD Bulletin, it would appear that the circumstances in which merging parties could successfully invoke the RCD in the merger context would be few and far between. In particular:

- It is difficult to conceive of a merger case with a "clear operational conflict" between regulatory legislation and the Act required in the RCD Bulletin in order to rely on the defence. In the merger context,

2 The Ontario Court (General Division) established the principle that the RCD is available where the regulated conduct is contrary to the civil reviewable practices provisions of the Act in *Law Society of Upper Canada v. Canada (A.G.)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 48 (Ont. Ct. Gen. Div.).

such a conflict would exist only if a regulator *mandated* a merger otherwise prohibited under the Act. It is difficult to envision a merger being *mandated* by legislation or regulation (even where the industry regulator has the power to approve a merger). Most (if not all) mergers arise from a private decision to combine operations. Accordingly, the “clear operational conflict” standard appears to be at odds with the statement that the RCD applies to mergers.

- In the same vein, the RCD Bulletin indicates that the RCD does not apply where the conduct of the regulated party is voluntary; i.e. where not mandated or required by regulation or legislation. Here again, because the decision to merge is almost always a voluntary one, the statement that the RCD cannot apply to voluntary conduct appears to be at odds with it being available in the merger context.
- Regulation in an industry is also relevant in that it may prevent the exercise of market power post-merger. In particular, where prices or volumes are regulated, it may be impossible for a merger to lessen or prevent competition substantially. For example, in the *Canadian Breweries*³ case, Canadian Breweries, which had acquired a series of smaller breweries, was charged under the then criminal merger provision, prohibiting mergers likely to operate to the detriment or against the interest of the public. The Ontario High Court held that, because a provincial board regulated the price of beer, the mergers had no effect on prices and could not operate to the detriment of the public. Whether this is characterized as a regulated conduct case, or as a case in which regulation was considered in connection with what would today be called a “section 93 factors” analysis, *Canadian Breweries* demonstrates that there may be circumstances in the merger context where regulation effectively answers the question of whether a merger may be anti-competitive. It is notable that the merger in *Canadian*

Breweries would not meet the “involuntary” or “mandated” standards of the RCD Bulletin. The CBA Section believes that the RCD Bulletin should acknowledge the case law where regulation has provided an effective defence in the merger context, and should explain how the Bureau will analyse the relevance of regulation in similar cases (under the RCD or under section 93).

The narrow interpretation of the RCD in the merger context means that there will be greater scope for concurrent jurisdiction over mergers, and for direct conflicts in approach between the Bureau and other regulators (e.g. in the Astral/Télémedia case where the CRTC recently blocked a divestiture approved by the Bureau). The CBA Section believes that the Bureau should clarify these issues in a manner that gives meaningful scope to the application of the RCD in the merger context.

C. The “Operational Conflict” Standard

The RCD Bulletin indicates that the RCD applies, and the Act becomes inoperative, only where there is clear operational conflict between the regulatory regime and the Act, such that obedience to the regime would contravene the Act. In the CBA Section’s view, the operational conflict standard adopted by the Bureau is misplaced in this context and finds no support in the jurisprudence that forms the legal basis for the RCD. None of the cases applying the RCD⁴ has required an operational conflict between the Act and the regulatory legislation for the doctrine to apply. Indeed, the RCD is a principle of statutory interpretation by which the Act has been “read down” so as not to apply to conduct that is the subject of regulation, in order to avoid conflicts between the Act and regulatory legislation. (In other words, the Act implicitly permits conduct authorized or mandated by regulation.) The proposed operational conflict approach in the RCD Bulletin appears to derive from the Supreme Court decision in *Shaw Cable*

4

The notion of conflict was referred to in *Alex Couture Inc. v. Canada (A.G.)* (1991), 38 C.P.R. (3d) 293 (Que. C.A.), leave to appeal to the Supreme Court denied; however, in that case the Court stated that there was no conflict and no need to look at whether the RCD applied as both the federal and provincial laws could stand together.

Systems (B.C.) Ltd. et al. v. British Columbia Telephone Co. et al.,⁵ which dealt with conflicts between decisions by two federal regulators (and did not involve the potential application of the Act) and does not clearly fit with the RCD in the context of resolving inconsistencies between regulatory legislation and the Act. Moreover, it is difficult to conceive of a situation where there would be a clear operational conflict in the context of a merger case, since mergers are not generally mandated or required under regulatory legislation. At the very least, even if it does no harm, the use of a clear operational conflict standard further (and unnecessarily in our view) complicates the enforcement of the RCD.

In previous public statements on the scope of the RCD,⁶ the Bureau made no reference to a preliminary conflicts test for application of the RCD. The Bureau has generally described “four necessary elements or factors that must be met before the RCD [regulated conduct defence] will be accepted by the courts”:

These [factors] are: (i) the relevant legislation must be validly enacted; (ii) the activity or conduct in question must not only fall within the scope of the relevant legislation but must be specifically authorised; (iii) the authority of the regulator is exercised (not mere tacit approval or acquiescence); and (iv) the activity or conduct in question has not frustrated the exercise of authority by the regulatory body.⁷

The Bureau appears to have applied a similar “test” in 2000 in the Toronto taxi licences matter. The Bureau’s news release on this case provided:

The regulated conduct defence applies when a specific activity is authorized or carried out in keeping with valid regulation; such activity is deemed to be in the public interest and cannot be found to be in violation of the Competition Act. The defence applies as long as the regulator has exercised its authority and has not been frustrated in its operations by the conduct or activity in question.⁸

5 (1995), 125 D.L.R. (4th) 443 (S.C.C.).

6 The RCD Bulletin explicitly supersedes any and all prior statements by the Bureau respecting the scope of the RCD.

7 D. Mercer, Paper presented to the 1995 Canadian Bar Association Annual Conference on Competition Law, pp. 1-2. These same factors were reiterated in an address given by Gilles Ménard, then Deputy Director of Investigation and Research (Civil Matters), to the Canadian Institute 1997 Canadian Resale/IXC Industry Congress (17 February 1997).

8 News Release, “Regulated Conduct Defence Applies to Issuance of Taxi Licences – Allegations of Conspiracy Unsubstantiated” (May 2, 2000).

We question why the Bureau does not enumerate these same factors in the RCD Bulletin. In our view, they more accurately reflect the jurisprudence than the operational conflict criteria it now appears to be relying on.

The CBA Section recommends that the RCD Bulletin be revised to remove reference to the “operational conflict” standard, and to refer instead to the test articulated previously by Bureau staff and in the Toronto taxi licences matter.

D. Self-Regulatory Bodies

The RCD Bulletin adopts what the CBA Section considers to be an unduly narrow view of its potential application to self-regulatory bodies. The case law establishing the RCD makes no distinction between self-regulatory and other regulatory bodies. Indeed, in *Jabour v. Law Society of British Columbia*,⁹ which involved a self-regulatory body and is the most recent Supreme Court of Canada case to consider the RCD, the Court exercised deference in determining that the Law Society had sufficient authority to regulate advertising based on its general mandate to establish standards for the legal profession and punish conduct unbecoming of a member. Estey J. emphasized that there were a number of reasons why self-regulation made sense for lawyers and that the mode of regulation (i.e. self-regulation vs. provincially-controlled regulation) was in the discretion of the provincial legislature. We believe that the Bureau should apply a similar degree of deference to self-regulatory bodies in its enforcement activities. The Supreme Court’s message in *Jabour* was clearly that the Commissioner has no authority to question a legislature’s determination that self-regulation is the most appropriate means to serve the public interest, and indeed no jurisdiction to

enforce the Act in the context of conduct mandated, required or authorized by the self-regulatory body.

The CBA Section recommends that the Bureau delete statements in the RCD Bulletin to the effect that self-regulatory bodies will be subject to greater scrutiny than other regulators.

E. Extent of Regulatory Oversight Required for the RCD to Apply

The RCD Bulletin states that where the person whose conduct at issue is a regulator, the courts will generally show more deference due to public interest considerations, but that “[e]ven so, an operational conflict between the regulatory regime and the Act must be demonstrated before the RCD will supplant the Act.”

If this statement means that a regulator can only rely on the RCD if its actions are compelled (i.e. not discretionary) under the regulatory legislation (which seems to be the implication if “operational conflict” means that one cannot simultaneously comply with the regulatory regime and the Act), then it is, in our view, an incorrect statement of the law. In *Jabour*, the Supreme Court of Canada found that the Law Society’s general mandate to set standards for the legal profession gave it sufficient authority to regulate advertising, and the RCD applied to exempt from the Act its actions in regulating advertising by lawyers. The Law Society was not compelled or required to prohibit advertising. It chose to exercise its legitimate discretion to impose a prohibition. Similarly, a number of cases involving marketing boards in which the RCD has been applied have involved the exercise of discretionary powers by the boards to approve marketing agreements entered into by producers and purchasers.

The RCD Bulletin also provides that, in the case of those subject to the regulatory regime, it is important to evaluate whether their conduct is voluntary, since the RCD applies only to situations where a regulated party’s conduct is mandated or required by the regulator, and that conduct is contrary to the Act. Again, this statement finds no support in the case law. It is difficult to understand how the

conduct of a regulatory body in, for example, authorizing a certain agreement among competitors, could be exempt from *Competition Act* scrutiny while the conduct of private persons acting in compliance with that authorization would not.

The CBA Section recommends that the RCD Bulletin be revised to clarify that conduct (whether of a regulator or regulated party) that is mandated, required or authorized by valid regulatory legislation may benefit from application of the RCD.

F. Scope of Regulation

The RCD Bulletin takes a narrow view of the permitted scope of regulation, stating that regulatory action must be “grounded in” a statute or regulation for the RCD to apply. It is unclear whether this means that the Bureau would not apply the RCD to governmental executive action, although certainly if such action was supported by valid regulation it would be required to do so.

The CBA Section recommends that the RCD Bulletin be revised to clarify that the RCD applies to all forms of valid regulation, including discretionary and executive actions.

G. Relationship with Inter-Agency Agreements

A further point to be clarified is the status of inter-agency agreements that the Bureau has entered into with the CRTC¹⁰ and with the Ontario Energy Board and Independent Market Operator for Electricity.¹¹ These agreements purport to establish concurrent jurisdiction of the relevant regulators and the Bureau over certain matters. We assume that, although the RCD Bulletin supersedes other Bureau policy papers (see RCD Bulletin, note 1), it does not replace these agreements. Moreover, we assume that if conduct required, mandated or authorized by valid legislation or regulation was at issue, the Bureau would be

¹⁰ CRTC/Competition Bureau Interface, October 8, 1999.

bound to follow the RCD jurisprudence and to decline to intervene, regardless of any statement to the contrary in the inter-agency agreements or the RCD Bulletin.

IV. CONCLUSION

The CBA Section recommends that the Bureau revise the RCD Bulletin in light of these comments and that it seek input from stakeholders on the RCD Bulletin generally.