

**Tervita Corporation,
Complete Environmental Inc. and
Babkirk Land Services Inc.** *Appellants*

v.

Commissioner of Competition *Respondent*

**INDEXED AS: TERVITA CORP. v. CANADA
(COMMISSIONER OF COMPETITION)**

2015 SCC 3

File No.: 35314.

2014: March 27; 2015: January 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Competition — Mergers — Review — Commissioner of Competition opposing merger on ground that merger likely to prevent competition substantially — Merged parties raising statutory efficiencies defence — Competition Tribunal rejecting defence and making divestiture order — Proper legal test for determining when merger gives rise to substantial prevention of competition under Competition Act — Proper approach to statutory efficiencies defence — Content of Commissioner's burden for purposes of efficiencies defence — Whether merger likely to prevent competition substantially — Whether gains in efficiency resulting from merger greater than and offset anti-competitive effects of merger — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 92, 96.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Competition Tribunal — Standard of review applicable to tribunal's determinations of questions of law arising under Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34 — Whether statutory language in appeal provision rebuts presumption that standard of reasonableness applies to tribunal's interpretation of own statute — Competition Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).

**Tervita Corporation,
Complete Environmental Inc. et
Babkirk Land Services Inc.** *Appelantes*

c.

Commissaire de la concurrence *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : TERVITA CORP. c. CANADA
(COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)**

2015 CSC 3

N° du greffe : 35314.

2014 : 27 mars; 2015 : 22 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Concurrence — Fusionnements — Examen — Opposition de la commissaire de la concurrence à un fusionnement au motif qu'il aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence — Défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi invoquée par les parties fusionnées — Rejet de la défense par le Tribunal de la concurrence et prononcé d'une ordonnance de dessaisissement — Quel est le bon critère juridique pour déterminer si le fusionnement empêche sensiblement la concurrence aux termes de la Loi sur la concurrence? — Comment faut-il envisager la défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi? — En quoi consiste le fardeau qui incombe à la commissaire relativement à la défense fondée sur les gains en efficacité? — Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence? — Les gains en efficacité résultant du fusionnement surpassent-ils et neutralisent-ils les effets anticoncurrentiels du fusionnement? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 92, 96.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal de la concurrence — Norme de contrôle applicable aux décisions du tribunal sur des questions de droit qui concernent la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34 — Le libellé de la disposition d'appel réfute-t-il la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique à l'interprétation par le tribunal de sa loi constitutive? — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. 1985, c. 19 (2^e suppl.), art. 13(1).

Four permits for the operation of secure landfills for the disposal of hazardous waste generated by oil and gas operations have been issued in Northeastern British Columbia. T holds two permits and operates two landfills pursuant to them. A third permit is held by an Aboriginal community but the landfill has not yet been constructed. The fourth permit is held by B, a wholly owned subsidiary of C. When T acquired C, the Commissioner of Competition (the “Commissioner”) opposed the transaction on the ground that it was likely to substantially prevent competition in secure landfill services in Northeastern British Columbia. The Commissioner asked the Competition Tribunal (the “Tribunal”) to order, pursuant to s. 92 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 (the “Act”), that the transaction be dissolved, or in the alternative, that T divest itself of B or C.

Pursuant to s. 92 of the Act, the Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in the relevant market. It further found that the efficiencies gained by the merger were not greater than and would not offset the anti-competitive effects of the merger, such that T had failed to bring itself within the efficiencies exception contained in s. 96 of the Act. The Tribunal ordered T to divest itself of B. The Federal Court of Appeal upheld the Tribunal’s conclusion that the merger would likely substantially prevent competition. With respect to the s. 96 efficiencies defence, the court held that the Tribunal erred in a number of respects. However, in its fresh assessment of the matter, the court concluded that the merger only provided marginal gains in efficiency which were not significant enough to approve a merger under s. 96. As a result, the court dismissed the appeal.

Held (Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be allowed, the divestiture order set aside and the s. 92 application dismissed.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: While a standard of reasonableness presumptively applies in this case because the questions at issue are questions of law arising under the Tribunal’s home statute, that presumption is rebutted. The appeal provision in the *Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), evidences a clear Parliamentary intention that decisions of the Tribunal be reviewed on a less

Quatre permis d’exploitation visant des sites d’enfouissement sécuritaire des déchets dangereux produits par des exploitations pétrolières et gazières ont été délivrés dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. T est titulaire de deux de ces permis et exploite deux sites d’enfouissement conformément à ces permis. Un troisième permis est détenu par une collectivité autochtone, mais les installations n’ont pas encore été construites. Le quatrième permis est détenu par B, une filiale en propriété exclusive de C. Quand T a acquis C, la commissaire de la concurrence s’est opposée à cette opération, au motif qu’elle aurait vraisemblablement pour effet de nuire sensiblement à la concurrence dans les services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est de la Colombie-Britannique. La commissaire a demandé au Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») d’ordonner l’annulation de la transaction en vertu de l’art. 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (la « Loi »), ou, à titre subsidiaire, d’ordonner à T de se départir de B ou de C.

Le Tribunal a conclu, en vertu de l’art. 92, que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans le marché en cause. Il a statué en outre que les gains en efficacité engendrés par le fusionnement ne surpassaient pas les effets anticoncurrentiels du fusionnement et ne les neutraliseraient pas, de telle sorte que T ne pouvait invoquer l’exception relative aux gains en efficacité énoncée à l’art. 96 de la Loi. Il a ordonné à T de se départir de B. La Cour d’appel fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement proposé aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. Quant à la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l’art. 96, de l’avis de la cour, le Tribunal s’était trompé à certains égards. Toutefois, après une nouvelle appréciation de la question, la cour a conclu que le fusionnement avait seulement engendré des gains en efficacité négligeables, qui n’étaient pas assez importants pour que le fusionnement soit approuvé sous le régime de l’art. 96. Par conséquent, la cour a rejeté l’appel.

Arrêt (la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, l’ordonnance de dessaisissement est annulée et la demande présentée en vertu de l’art. 92 est rejetée.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : Même si la norme de contrôle de la décision raisonnable est présumée applicable en l’espèce, car les questions en litige sont des questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal, cette présomption est réfutée. La disposition d’appel de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2^e suppl.), témoigne de l’intention

than deferential standard, supporting the view that questions of law should be reviewed for correctness and questions of fact and mixed law and fact for reasonableness.

The concern under the “prevention” branch of s. 92 of the Act is that a firm with market power will use a merger to prevent competition that could otherwise arise in a contestable market. To determine whether a merger gives rise to a substantial prevention of competition under s. 92(1), the Tribunal must look to the “but for” market condition to assess the competitive landscape that would likely exist if there was no merger. First, it is necessary to identify the firm or firms the merger would prevent from independently entering the market. Typically, the potential competitor will be one of the merged parties: the acquired firm or the acquiring firm. The potential entry of the acquired firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, it would likely have entered the relevant market. The potential entry of the acquiring firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, the acquiring firm would have entered the relevant market independently or through the acquisition and expansion of a smaller firm.

Second, it is necessary to examine the “but for” market condition to see if, absent the merger, the potential competitor would have likely entered the market and if so whether the effect of that competitor’s entry on the market would likely be substantial. If the independent entry has no effect on the market power of the acquiring firm then the merger cannot be said to prevent competition substantially. At this stage of the analysis, any factor that could influence entry upon which evidence has been adduced should be considered, such as the plans and assets of that merging party, current and expected market conditions, and other factors listed in s. 93 of the Act. The timeframe for entry must be discernible. In other words, there must be evidence of when the merging party is realistically expected to enter the market in absence of the merger. That evidence must be sufficient to meet the “likely” test on a balance of probabilities, keeping in mind that the further into the future the Tribunal looks, the more difficult it will be to meet the test. The inherent time delay that a new entrant, facing certain barriers and acting diligently to overcome them, could be expected to experience when trying to enter the market is an important consideration, but should not support an effort to

clair du législateur de ne pas imposer la retenue judiciaire dans le contrôle des décisions du Tribunal, ce qui appuie la thèse selon laquelle la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit et celle de la décision raisonnable aux questions mixtes de droit et de fait et aux questions de fait.

Le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » vise à prévenir qu’une entreprise possédant une puissance commerciale procède à un fusionnement pour empêcher la concurrence susceptible par ailleurs de s’exercer dans un marché contestable. Pour déterminer si un fusionnement empêche sensiblement la concurrence, aux termes du par. 92(1), le Tribunal doit envisager l’état du marché, n’eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n’avait pas eu lieu. Premièrement, il faut déterminer l’entreprise — ou les entreprises — que le fusionnement empêcherait d’entrer dans le marché de manière indépendante. Le concurrent éventuel est habituellement une partie au fusionnement : l’entreprise acquise ou l’entreprise acquérante. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la première lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait vraisemblablement pénétré le marché en cause. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la seconde lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait pénétré le marché en question de manière indépendante ou par le truchement de l’acquisition et de l’expansion d’une entreprise de plus petite taille.

Deuxièmement, il faut examiner l’état du marché pour voir si, n’eût été le fusionnement, le concurrent éventuel serait vraisemblablement entré dans le marché et, dans l’affirmative, si l’effet de la pénétration par le concurrent éventuel aurait vraisemblablement un effet sensible sur le marché. Si la pénétration par le concurrent n’a aucun effet sur la puissance commerciale de l’entreprise acquérante, l’on ne peut dire du fusionnement qu’il a pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. À cette étape de l’analyse, tous les éléments qui sont susceptibles d’influer sur cette pénétration du marché et à l’égard desquels une preuve a été produite doivent être pris en considération, comme les plans et éléments d’actif de la partie concernée, les conditions du marché actuelles et attendues et d’autres facteurs, énumérés à l’art. 93 de la Loi. Le délai de pénétration du marché doit être discernable. Autrement dit, il doit y avoir une preuve du moment où la partie au fusionnement aurait, de façon réaliste, pénétré le marché en l’absence du fusionnement. La preuve doit être suffisante pour qu’il soit satisfait à la condition de « vraisemblance » selon la prépondérance des probabilités, mais il ne faut pas oublier que plus l’examen par le Tribunal porte loin dans le futur, plus

look farther into the future than the evidence supports. As for whether a potential competitor's entry into the market will have a substantial effect, it is necessary to assess a variety of dimensions of competition including price and output, as well as the degree and duration of any effect it would have on the market. Section 93 of the Act provides a non-exhaustive list of factors that may be considered.

In the present case, the Tribunal's conclusion that the merger is likely to substantially prevent competition is correct. It used a forward-looking "but for" analysis, identified the acquired party as the focus of the analysis, and assessed whether, but for the merger, the acquired party would likely have entered the relevant market in a manner sufficient to compete with T. The Tribunal did not speculate; rather, it made findings of fact based on the abundant evidence before it. While the Tribunal's treatment of the asserted 10 percent reduction in prices that would allegedly have been realized in absence of the merger was flawed, there was sufficient other evidence upon which it could find a substantial prevention of competition as a result of the merger.

As s. 92 of the Act is engaged, it is necessary to determine whether the s. 96 efficiencies defence applies to prevent the making of an order under s. 92. The defence requires an analysis of whether the efficiency gains of the merger, which result from the integration of resources, outweigh the anti-competitive effects, which result from the decrease in or absence of competition in the relevant geographic and product market. The Commissioner has the burden of proving the anti-competitive effects, and the merging parties bear the onus of proving the remaining elements of the defence. There are different possible methodologies for the comparative exercise under s. 96, two of which have been the subject of judicial consideration in Canada: the "total surplus standard" which involves quantifying the deadweight loss which will result from a merger, and the "balancing weights standard" under which the Tribunal weighs the effects of the merger on consumers against the effects of the merger on the shareholders of the merged entity. Because the Act does not set out which methodology should be used, the Tribunal has the flexibility to make the ultimate choice of methodology in view of the particular circumstances of each merger.

il est difficile d'y satisfaire. La période qu'un nouveau concurrent aux prises avec certains obstacles et qui agit avec diligence pour les surmonter pourrait voir s'écouler lorsqu'il tente de pénétrer le marché est certes un facteur important, mais ne permet toutefois pas d'envisager au-delà de ce que la preuve appuie. Quant à savoir si la pénétration du marché par un concurrent éventuel aura un effet sensible, il faut examiner diverses dimensions de la concurrence, dont le prix et les extrants, ainsi que l'ampleur et la durée de tout effet qu'elle aurait sur le marché. L'article 93 de la Loi dresse une liste non exhaustive de facteurs dont il peut être tenu compte.

En l'espèce, la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence est correcte. Il a procédé à une analyse prospective axée sur l'absence hypothétique, a mis la partie acquise au centre de l'analyse et a demandé si, n'eût été le fusionnement, la partie acquise aurait vraisemblablement pénétré le marché pertinent dans une mesure suffisante pour livrer concurrence à T. Le Tribunal n'a fait aucune conjecture; il a plutôt tiré des conclusions de fait sur le fondement de la preuve abondante dont il disposait. Si la caractérisation par le Tribunal de la soi-disant baisse du prix de 10 p. 100 qui aurait été réalisée en l'absence du fusionnement était mal fondée, il disposait de suffisamment d'autres éléments de preuve pour conclure que le fusionnement empêcherait sensiblement la concurrence.

Étant donné qu'il est satisfait à l'art. 92 de la Loi, il y a lieu de déterminer si la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'art. 96 fait obstacle à l'ordonnance visée à l'art. 92. La défense commande une analyse visant à déterminer si les gains en efficacité qu'entraîne le fusionnement, résultant de l'intégration des ressources, surpassent les effets anticoncurrentiels qui découlent de la diminution ou de l'absence de concurrence dans le marché géographique et dans celui du produit en cause. La commissaire est tenue de prouver les effets anticoncurrentiels; les parties au fusionnement assument quant à elles la charge de prouver les autres éléments de la défense. Il existe diverses manières de procéder à l'exercice de comparaison qu'appelle l'art. 96; deux ont été examinées par les tribunaux au Canada : le critère du « surplus total », qui implique une quantification de la perte sèche qui découlera d'un fusionnement, et le critère des « coefficients pondérateurs » suivant lequel le Tribunal compare les effets du fusionnement sur les consommateurs et sur les actionnaires de l'entité fusionnée. Comme la Loi ne précise pas la méthode à appliquer, le Tribunal jouit de la latitude requise pour décider en bout de ligne à la lumière des circonstances propres à chaque fusionnement.

While s. 96 does give primacy to economic efficiency, it is not without limitation. Not all economic efficiencies should be taken into account under s. 96. A distinction should be drawn between efficiencies claimed because a merging party would be able to bring those efficiencies into being faster than would be the case but for the merger (“early-mover efficiencies”), and efficiencies that a merging party could realize sooner than a competitor only because the competitor would be delayed in implementing those efficiencies because of legal proceedings associated with a divestiture order (“order implementation efficiencies”). Efficiencies that are the result of the regulatory process of the Act are not cognizable under s. 96, because they result from the operation and application of the legal framework regulating competition law in Canada, rather than from the merger itself. On the other hand, early-mover efficiencies are cognizable under s. 96, because they are real economic efficiencies that are caused by the merger. In this case, however, the classification of the one-year transportation and market efficiency gains claimed by T as either early-mover efficiencies or order implementation efficiencies would not be dispositive because the efficiencies were not ultimately realized by T.

In its consideration of the efficiencies defence, the Tribunal should consider all available quantitative and qualitative evidence. It is the Commissioner’s burden to quantify all quantifiable anti-competitive effects. Effects that can be quantified should be quantified, even as estimates, provided such estimates are grounded in evidence that can be challenged and weighed. If effects are realistically measurable, failure to at least estimate the quantification of those effects will not result in the effects being assessed on a qualitative basis. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated. This approach minimizes the degree of subjective judgment necessary in the analysis and enables the Tribunal to make the most objective assessment possible in the circumstances.

Here, the Commissioner did not quantify quantifiable anti-competitive effects and therefore failed to meet her burden under s. 96. Specifically, there is no price elasticity information which means that the possible range of deadweight loss resulting from the merger is unknown. To permit the Tribunal to consider the price decrease evidence without the rest of the information necessary to

L’article 96 accorde effectivement la primauté à l’efficacité de l’économie, mais il n’est pas dépourvu de limites. Ce ne sont pas tous les gains en efficacité économiques qui devraient être pris en considération dans l’analyse qu’appelle l’art. 96. Il y a lieu de distinguer entre les gains en efficacité qu’une partie au fusionnement prétend être en mesure de réaliser plus rapidement qu’en l’absence du fusionnement (« gains en efficacité du premier arrivé ») et les gains en efficacité qu’une partie au fusionnement pourrait réaliser plus tôt qu’un concurrent pour la seule raison que ce dernier devrait attendre la fin de la procédure de dessaisissement (« gains en efficacité liés à l’exécution d’une ordonnance »). Les gains en efficacité qui résultent de l’application de la Loi ne peuvent être pris en compte au titre de l’art. 96, car ils découlent de l’exécution et de l’application du cadre qui régit le droit de la concurrence au Canada, plutôt que du fusionnement en soi. En revanche, les gains en efficacité du premier arrivé sont admissibles pour l’application de l’art. 96, car il s’agit de gains en efficacité économiques qui résultent véritablement du fusionnement. Néanmoins, en l’espèce, la classification de ces gains en efficacité d’un an relatifs au transport et à l’expansion du marché invoqués par T à titre de gains du premier arrivé ou de gains liés à l’exécution d’une ordonnance ne serait pas déterminante, puisque ces gains n’ont pas été réalisés.

Dans l’analyse de la défense fondée sur les gains en efficacité, le Tribunal devrait prendre en considération tous les éléments quantitatifs et qualitatifs à sa disposition. Il incombe à la commissaire de quantifier tous les effets anticoncurrentiels quantifiables. Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l’être, ou à tout le moins être estimés, dans la mesure où de telles estimations sont fondées sur une preuve qui peut être attaquée et soumise. L’omission d’en donner au moins une estimation quantitative, lorsqu’il est réalistement possible de le faire, ne donnera pas lieu à une analyse qualitative de ces effets. Seuls les effets ne pouvant être estimés sur le plan quantitatif seront pris en considération sur le plan qualitatif. Cette méthode réduit au minimum le jugement subjectif nécessaire dans l’analyse et permet au Tribunal d’effectuer l’évaluation la plus objective possible dans les circonstances.

En l’espèce, la commissaire n’a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables et, partant, elle ne s’est pas acquittée du fardeau que lui impose l’art. 96. En particulier, sans données sur l’élasticité par rapport au prix, la fourchette possible de la perte sèche résultant du fusionnement est inconnue. Permettre au Tribunal de tenir compte de la baisse des prix invoquée sans les

quantify deadweight loss admits far too much subjectivity into the analysis, with no guarantee that the Tribunal will have enough information to ensure that a subjective assessment would align with what would actually be observed if the effect were properly quantified. As a result, those quantifiable anti-competitive effects should be assigned zero weight. In setting the weight of these effects at undetermined, the Federal Court of Appeal allowed for subjective judgment to overtake the analysis. Its “undetermined” approach also raises concerns of fairness to the merging parties, in that it places them in the impossible position of having to demonstrate that the efficiency gains exceed and offset an amount that is undetermined. Under this approach, requiring the merging parties to prove the remaining elements of the defence on a balance of probabilities becomes an unfair exercise as they do not know the case they have to meet.

The balancing test under s. 96 mandates a flexible but objectively reasonable approach by which the Tribunal must determine both quantitative and qualitative aspects of the merger, and then weigh and balance those aspects. The test may be framed as a two-step inquiry. First, the quantitative efficiencies of the merger should be compared against the quantitative anti-competitive effects. Where the quantitative anti-competitive effects outweigh the quantitative efficiencies, this step will in most cases be dispositive, and the defence will not apply. Under the second step, the qualitative efficiencies should be balanced against the qualitative anti-competitive effects, and a final determination must be made as to whether the total efficiencies offset the total anti-competitive effects of the merger at issue. However, despite the flexibility the Tribunal has in applying this balancing approach, more than marginal efficiency gains should not be required for the defence to apply. The words of the Act do not provide a basis for requiring this kind of threshold. Nor does the statutory context of s. 96(1) indicate that it should be read to include a threshold significance requirement. As a result, the Federal Court of Appeal erred in holding that an anti-competitive merger cannot be approved under s. 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger.

In this case, the Commissioner did not meet her burden to prove the anti-competitive effects, and as such, the weight given to the quantifiable effects is zero. There are no proven qualitative effects. T, however, established overhead efficiency gains resulting from B’s obtaining

autres données sur la perte sèche fait intervenir une trop grande subjectivité dans l’équation, et rien ne garantit qu’il dispose de données suffisantes pour vérifier si l’analyse subjective concorderait avec celle fondée sur des effets quantifiés en bonne et due forme. Par conséquent, les effets anticoncurrentiels quantifiables doivent alors être jugés nuls. En concluant que ces effets avaient une valeur indéterminée, la Cour d’appel fédérale a permis qu’un jugement subjectif dicte l’analyse. La démarche de la Cour d’appel fédérale, qui a attribué une valeur « indéterminée », soulève aussi des questions d’équité à l’égard des parties au fusionnement en ce sens qu’on les met dans une situation insoutenable : démontrer que les gains en efficacité surpassent et neutralisent une somme indéterminée. Ainsi, exiger des parties au fusionnement qu’elles prouvent les autres éléments de la défense selon la prépondérance des probabilités devient un exercice inéquitable, car elles ignorent la preuve qui leur est opposée.

La pondération qu’exige l’art. 96 commande une méthode souple, mais objectivement raisonnable invitant le Tribunal à déterminer les aspects tant quantitatifs que qualitatifs du fusionnement, puis à les soulever. On peut concevoir le critère comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il faut comparer les gains en efficacité quantitatifs du fusionnement à ses effets anticoncurrentiels quantitatifs. Si les effets anticoncurrentiels quantitatifs dépassent les gains en efficacité quantitatifs, l’analyse prend alors fin dans la plupart des cas, et la défense ne s’appliquera pas. Dans un deuxième temps, il faut mettre en balance les gains en efficacité qualitatifs et les effets anticoncurrentiels qualitatifs et décider en dernière analyse si le total des gains en efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause. Cependant, en dépit de la latitude dont jouit le Tribunal lorsqu’il applique cette méthode de pondération, il ne faudrait pas exiger des gains en efficacité plus que négligeables pour que la défense s’applique. Le libellé de la Loi ne permet pas d’exiger un tel seuil. Le contexte législatif du par. 96(1) ne permet pas non plus que cette disposition soit assortie d’un seuil implicite. La Cour d’appel fédérale a donc commis une erreur en statuant qu’un fusionnement anticoncurrentiel ne saurait être approuvé sous le régime de l’art. 96 si seuls des gains négligeables ou insignifiants en découlent.

En l’espèce, la commissaire ne s’est pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver l’existence d’effets anticoncurrentiels, de sorte qu’une valeur nulle a été accordée aux effets quantifiables. Aucun effet anticoncurrentiel qualitatif n’a été établi. Or, T a établi l’existence de

access to T's administrative and operating functions. These proven gains meet the "greater than and offset" requirement, and the efficiencies defence has therefore been made out.

Per Abella J.: The applicable standard of review in this case is reasonableness, not correctness. Following the case of *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, which introduced a new edifice for the review of specialized tribunals, the jurisprudence of this Court has developed into a presumption that, regardless of the presence or absence of either a right of appeal or a privative clause, when a tribunal is interpreting its home statute, reasonableness applies. While the statutory language granting the right of appeal in this case may be different from the language granting the right of appeal in other cases where this Court has applied a reasonableness standard, it is not sufficiently different to undermine the established principle of deference to tribunal expertise in the interpretation of the tribunal's own statute. Using such language to trump the deference owed to tribunal expertise, elevates the factor of statutory language to a pre-eminent and determinative status we have long denied it. To apply correctness in this case represents a reversion to the pre-*Pezim* era, undermines the statutorily-recognized expertise of the Tribunal, and constitutes an inexplicable variation from the Court's jurisprudence that is certain to engender the very "standard of review" confusion that inspired this Court to try to weave the strands together in the first place. Applying the reasonableness standard, the Tribunal's interpretation of s. 96 of the Act was unreasonable.

Per Karakatsanis J. (dissenting): T was not entitled to the benefit of the s. 96 efficiencies defence. Efficiencies and effects should be quantified wherever reasonably possible in the s. 96 analysis, and the assessment of qualitative effects should be objectively reasonable, supported by evidence and clear reasoning. However, the need for "reasonable objectivity" does not justify a hierarchical approach to quantitative and qualitative aspects under the efficiencies defence; nor should qualitative effects be of lesser importance than quantitative effects. The statutory language of the Act does not distinguish between quantitative and qualitative efficiencies, and many of the wide-ranging purposes of the Act set out in s. 1.1

gains en efficience liés à la baisse des coûts indirects qui découlent de l'obtention par B de l'accès aux fonctions administratives et opérationnelles de T. Ces gains prouvés satisfont à la condition de surpassement et de neutralisation, et par conséquent, la défense fondée sur les gains en efficience a été établie.

La juge Abella : La norme de contrôle judiciaire qui s'applique en l'espèce est celle de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte. Après l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, qui a jeté les bases d'un nouvel édifice de révision des décisions des tribunaux spécialisés, la jurisprudence de la Cour a créé une présomption selon laquelle, qu'il y ait ou non de droit d'appel ou de clause privative, dès lors qu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Bien que le libellé de la disposition accordant le droit d'appel en l'espèce diffère de celui qui est en cause dans d'autres affaires où la Cour applique la norme de la décision raisonnable, il ne diffère pas suffisamment pour saper le principe établi, à savoir que la déférence s'impose à l'égard de l'interprétation par un tribunal expert de sa loi constitutive. Invoquer ce genre de libellé pour supplanter la déférence que commande l'expertise du tribunal a pour effet d'élever le facteur du libellé de la loi au rang d'élément prééminent et déterminant que nous avons longtemps refusé de lui reconnaître. Appliquer la norme de la décision correcte en l'espèce constitue un retour à la situation antérieure à l'arrêt *Pezim*, sape l'expertise du Tribunal reconnue par le texte législatif et représente un écart inexplicable par rapport à la jurisprudence de la Cour qui va engendrer sans aucun doute la confusion relative à la « norme de contrôle » qui avait amené la Cour au départ à vouloir y mettre de l'ordre. Si l'on applique la norme de la décision raisonnable, l'interprétation de l'art. 96 de la Loi par le Tribunal n'était pas raisonnable.

La juge Karakatsanis (dissidente) : T n'avait pas le droit de se prévaloir de la défense fondée sur les gains en efficience en l'espèce. Les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels devraient être quantifiés chaque fois qu'il est raisonnablement possible de le faire dans le cadre de l'analyse que commande l'art. 96, et l'évaluation des effets qualitatifs devrait être objectivement raisonnable et étayée par des éléments de preuve et un raisonnement clair. Toutefois, la nécessité d'une « objectivité raisonnable » ne saurait justifier une conception hiérarchique des aspects quantitatifs et qualitatifs qu'il faut évaluer au regard de la défense fondée sur les gains en efficience; et les aspects qualitatifs ne jouent pas un rôle moins important

may not be quantifiable. Indeed, many important anti-competitive effects of a merger may be qualitative in nature, and in some cases, those qualitative effects may be determinative in the s. 96 analysis. The legislation mandates a purposive analysis, and the relative significance of qualitative and quantitative gains or effects can only be determined in the circumstances of each case. It is neither helpful nor necessary to predetermine their relative role and importance in the s. 96 defence.

The Federal Court of Appeal's view that the s. 96 analysis is at heart about balancing overall efficiency gains against overall anti-competitive effects is an approach that provides an appropriate level of flexibility, given that efficiencies and anti-competitive effects will not always be easy to measure. The s. 96 framework enables the expert Tribunal to holistically assess the entirety of the evidence before it, rather than artificially bifurcating the analysis of qualitative and quantitative effects that may, in some cases, more helpfully be analyzed together.

Further, while the Commissioner bears the evidentiary burden to lead evidence of the anti-competitive effects of a merger, and bears the risk that the failure to fully quantify such effects where possible may render the evidence insufficient to counter the evidence of efficiency gains, the failure to quantify quantifiable anti-competitive effects does not invalidate the evidence that established there was a known anti-competitive effect of undetermined extent. Relevant evidence is generally admissible, and the failure to lead the best evidence available goes to weight, not admissibility. Neither the statutory language of the Act nor its purpose or context require that an anti-competitive effect of undetermined weight become irrelevant or inadmissible.

The Federal Court of Appeal was entitled to conclude that the Tribunal's finding that prices would have been 10 percent lower in the relevant area in the absence of a merger amounted to evidence of a known anti-competitive effect of undetermined weight. The court was also in a position to accept that T's pre-existing monopoly was likely to magnify the anti-competitive effects of the merger. Ultimately, the court was entitled to find that the proven efficiency gains were marginal to the

que les effets quantitatifs. Le libellé de la Loi n'établit aucune distinction entre les gains en efficience quantitatifs et qualitatifs, et plusieurs des objets variés de Loi prévus à l'art. 1.1 peuvent ne pas être quantifiables. En effet, il se peut que nombre d'effets anticoncurrentiels importants d'un fusionnement soient de nature qualitative et, dans certains cas, ces effets qualitatifs peuvent être déterminants dans l'analyse qu'appelle l'art. 96. La loi prévoit une analyse téléologique, et l'importance relative des gains ou effets qualitatifs d'une part et quantitatifs d'autre part ne peut être déterminée qu'au cas par cas. Il n'est ni utile ni nécessaire de déterminer à l'avance le rôle et l'importance de chaque catégorie dans l'analyse visant à décider si la défense fondée sur l'art. 96 s'applique.

L'avis de la Cour d'appel fédérale, selon qui l'analyse qu'appelle l'art. 96 porte essentiellement sur la pondération des gains en efficience toutes catégories confondues et des effets anticoncurrentiels toutes catégories confondues, permet une certaine souplesse, les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels n'étant pas toujours faciles à mesurer. Le cadre applicable à l'art. 96 permet au Tribunal expert d'évaluer globalement la preuve qui lui a été présentée plutôt que de scinder artificiellement l'analyse des effets qualitatifs et des effets quantitatifs. En effet, dans certains cas, il peut être plus utile de les analyser ensemble.

En outre, si la commissaire doit présenter des éléments de preuve sur les effets anticoncurrentiels du fusionnement et assume le risque qu'une quantification incomplète des effets quantifiables soit insuffisante pour réfuter la preuve des gains en efficience, la preuve ayant établi qu'il y avait un effet anticoncurrentiel connu d'une valeur indéterminée n'est pas invalidée du fait d'une quantification incomplète. La preuve pertinente est généralement admissible, et le défaut de présenter la meilleure preuve possible influe sur le poids qui peut être accordé à cette preuve, non pas sur son admissibilité. Ni le libellé de la Loi ni par ailleurs son objet ou son contexte ne font en sorte qu'un effet anticoncurrentiel d'une valeur indéterminée devienne non pertinent ou inadmissible.

La Cour d'appel fédérale pouvait juger que la conclusion du Tribunal selon laquelle les prix auraient été inférieurs de 10 p. 100 dans la zone pertinente, n'eût été le fusionnement, constituait la preuve d'un effet anticoncurrentiel connu, mais d'une valeur indéterminée. Elle pouvait également juger que le monopole préexistant de T aurait vraisemblablement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels du fusionnement. Finalement, la cour pouvait conclure à bon droit que les gains en efficience

point of being negligible and did not likely exceed the known (but undetermined) anti-competitive effects.

Cases Cited

By Rothstein J.

Distinguished: *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185, rev'g 2000 Comp. Trib. 15, 7 C.P.R. (4th) 385, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xiii; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co.*, 2008 FCA 22, 64 C.P.R. (4th) 181; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Comp. Trib. 3, 11 C.P.R. (4th) 425, aff'd 2003 FCA 131, 24 C.P.R. (4th) 178, leave to appeal refused, [2004] 1 S.C.R. vii; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289; *BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (1977); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417, aff'd 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529.

By Abella J.

Applied: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012]

établis étaient minimales au point d'être négligeables et n'excédaient vraisemblablement pas les effets anticoncurrentiels connus mais indéterminés.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec les arrêts : *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185, inf. 2000 Trib. conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL), autorisation d'appel rejetée, [2001] 2 R.C.S. xiii; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyaeries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3; *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Trib. conc. 3, [2001] D.T.C.C. n° 3 (QL), conf. par 2003 CAF 131, autorisation d'appel refusée, [2004] 1 R.C.S. vii; *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 1901; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL); *BOC International Ltd. c. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (1977); *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne : http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002_0238c_45QDJ-5222007-2669.pdf), conf. par 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529.

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de*

2 S.C.R. 283; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc., 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof, Bill C-91, 1st Sess., 33rd Parl., 1985 (assented to June 17, 1986), S.C. 1986, c. 26.
Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 1.1, 79(1)(c), 91 “merger”, 92, 93, 94 to 96.
Competition Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).
National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 101.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167.
Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, s. 149(1).

Authors Cited

Campbell, A. Neil. *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
 Canada. Competition Bureau. *Merger Enforcement Guidelines*. Gatineau: The Bureau, 2011.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., April 7, 1986, p. 11962.
 Canada. Minister of Consumer and Corporate Affairs. *Competition Law Amendments: A Guide*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1985.

musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc., 2002 Trib. conc. 16 (en ligne : http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002_0238c_45QDJ-5222007-2669.pdf).

Lois et règlements cités

Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, projet de loi C-91, 1^{re} sess., 33^e lég., 1985 (sanctionnée le 17 juin 1986), L.C. 1986, c. 26.
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, c. C-23.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 101.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1, 79(1)c), 91 « fusionnement », 92, 93, 94 à 96.
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. 1985, c. 19 (2^e suppl.), art. 13(1).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 167.
Securities Act, S.B.C. 1985, c. 83, art. 149(1).

Doctrine et autres documents cités

Campbell, A. Neil. *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997.
 Canada. Bureau de la concurrence. *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*, Gatineau, Le Bureau, 2011.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 1^{re} sess., 33^e lég., 7 avril 1986, p. 11962.

- Facey, Brian A., and Cassandra Brown. *Competition and Antitrust Laws in Canada: Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.
- Facey, Brian A., and Dany H. Assaf. *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Facey, Brian A., Gregory Hilton-Sullivan and Mark Graham. “The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review” (2010), 6 *C.L.I.* 28.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “offset”.
- Musgrove, James B., Janine MacNeil and Michael Osborne, eds. *Fundamentals of Canadian Competition Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2010.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “offset”.
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. “Reforming Canadian Competition Policy: Once More Unto the Breach” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381.
- Trebilcock, Michael, et al. *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.
- Wakil, Omar. *The 2014 Annotated Competition Act*. Toronto: Carswell, 2013.
- Canada. Ministre de la Consommation et des Corporations. *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.
- Facey, Brian A., and Cassandra Brown. *Competition and Antitrust Laws in Canada : Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2013.
- Facey, Brian A., and Dany H. Assaf. *Competition and Antitrust Law : Canada and the United States*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Facey, Brian A., Gregory Hilton-Sullivan and Mark Graham. « The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review » (2010), 6 *C.L.I.* 28.
- Grand Robert de la langue française* (version électronique), « neutraliser ».
- Musgrove, James B., Janine MacNeil and Michael Osborne, eds. *Fundamentals of Canadian Competition Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2010.
- Petit Larousse illustré*, éd. 2013, Paris, Larousse, 2012, « neutraliser ».
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. « Reforming Canadian Competition Policy : Once More Unto the Breach » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 381.
- Trebilcock, Michael, et al. *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed., Toronto, Canada Law Book, 2012.
- Wakil, Omar. *The 2014 Annotated Competition Act*, Toronto, Carswell, 2013.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Stratas and Mainville JJ.A.), 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352, 446 N.R. 261, 360 D.L.R. (4th) 717, [2013] F.C.J. No. 557 (QL), 2013 CarswellNat 1400 (WL Can.), affirming a decision of the Competition Tribunal, 2012 Comp. Trib. 14, [2012] C.C.T.D. No. 14 (QL), 2012 CarswellNat 4409 (WL Can.). Appeal allowed, Karakatsanis J. dissenting.

John B. Laskin, Linda M. Plumpton, Dany H. Assaf and Crawford G. Smith, for the appellants.

Christopher Rupar, John Tyhurst and Jonathan Hood, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Evans, Stratas et Mainville), 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352, 446 N.R. 261, 360 D.L.R. (4th) 717, [2013] A.C.F. n° 557 (QL), 2013 CarswellNat 6936 (WL Can.), qui a confirmé une décision du Tribunal de la concurrence, 2012 Trib. conc. 14, 2012 CACT 14 (CanLII), [2012] D.T.C.C. n° 14 (QL), 2012 CarswellNat 4409 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Karakatsanis est dissidente.

John B. Laskin, Linda M. Plumpton, Dany H. Assaf et Crawford G. Smith, pour les appelantes.

Christopher Rupar, John Tyhurst et Jonathan Hood, pour l’intimé.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Facts</u>	3
III. <u>Statutory Provisions</u>	9
IV. <u>Decisions Below</u>	10
A. <i>Competition Tribunal, [2012] C.C.T.D. No. 14 (QL)</i>	10
(1) <u>Section 92</u>	11
(2) <u>Section 96</u>	17
B. <i>Federal Court of Appeal, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352</i>	23
(1) <u>Section 92</u>	25
(2) <u>Section 96</u>	28
V. <u>Issues</u>	33
VI. <u>Analysis</u>	34
A. <i>Standard of Review</i>	34
B. <i>Merger Review Analysis Under Section 92 of the Act</i>	41
(1) <u>Merger Review: An Overview</u>	42
(2) <u>Determining Whether a Substantial Lessening or Prevention Will Likely Occur</u>	49

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Faits</u>	3
III. <u>Dispositions législatives</u>	9
IV. <u>Historique judiciaire</u>	10
A. <i>Tribunal de la concurrence, 2012 CACT 14 (CanLII)</i>	10
(1) <u>Article 92</u>	11
(2) <u>Article 96</u>	17
B. <i>Cour d'appel fédérale, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352</i>	23
(1) <u>Article 92</u>	25
(2) <u>Article 96</u>	28
V. <u>Questions en litige</u>	33
VI. <u>Analyse</u>	34
A. <i>Norme de contrôle</i>	34
B. <i>Cadre analytique applicable à l'examen du fusionnement prévu par l'art. 92 de la Loi</i>	41
(1) <u>Examen du fusionnement : aperçu</u>	42
(2) <u>Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence?</u>	49

(a) <i>“But For” Analysis Should Be Used</i>49	a) <i>Analyse axée sur l’absence hypothétique</i> 49
(b) <i>The “But For” Analysis Under Section 92(1) Is Forward-Looking</i>52	b) <i>L’analyse axée sur l’absence hypothétique qu’appelle le par. 92(1) est prospective</i> 52
(c) <i>Similarities and Differences Between the “Lessening” and “Prevention” Branches of Section 92</i>54	c) <i>Similarités et différences entre les volets relatifs à la « diminution » et à l’« empêchement » de l’art. 92</i> 54
C. <i>The “Prevention” Branch of Section 92(1)</i> ...56	C. <i>Volet relatif à l’« empêchement » du par. 92(1)</i> 56
(1) <u>The Law</u>60	(1) <u>Le droit</u> 60
(a) <i>Identify the Potential Competitor</i>61	a) <i>Déterminer le concurrent éventuel</i> 61
(b) <i>Examine the “But For” Market Condition</i>64	b) <i>L’état du marché n’eût été le fusionnement</i> 64
(i) <u>Likelihood of Entry by One of the Merging Parties</u>67	(i) <u>Une partie au fusionnement serait-elle vraisemblablement entrée dans le marché?</u>67
(ii) <u>Likely to Have a Substantial Effect on the Market</u> 78	(ii) <u>Y aurait-il vraisemblablement un effet sensible sur le marché?</u> 78
(2) <u>Application to the Present Case</u> 80	(2) <u>Application à la présente affaire</u> 80
D. <i>The Efficiencies Defence</i> 84	D. <i>Défense fondée sur les gains en efficience</i> 84
(1) <u>History of the Efficiencies Defence</u> 85	(1) <u>Historique de la défense fondée sur les gains en efficience</u> 85
(2) <u>Jurisprudential History of Section 96</u> 88	(2) <u>Historique jurisprudentiel de l’art. 96</u> 88
(3) <u>Methodological Approaches to Section 96</u>91	(3) <u>Méthodologies applicables à l’art. 96</u>91
(4) <u>Order Implementation Efficiencies Are Not Valid Efficiencies Under Section 96</u> 102	(4) <u>Les gains en efficience liés à l’exécution de l’ordonnance ne sont pas admissibles pour l’application de l’art. 96</u> 102

(5) <u>The Balancing Test Under Section 96</u> ... 121	(5) <u>Pondération qu'exige l'art. 96</u> 121
(a) <i>The Commissioner's Burden</i> 122	a) <i>Fardeau de la commissaire</i> 122
(i) <u>The Content of the Commissioner's Burden</u> 123	(i) <u>Teneur du fardeau de la commissaire</u> 123
(ii) <u>What Consequences Flow From a Failure to Meet the Burden?</u> 127	(ii) <u>Quelles sont les conséquences de l'omission de s'acquitter du fardeau?</u> 127
(b) <i>The Approach to the Section 96 Balancing</i> 141	b) <i>Méthode de pondération applicable dans l'analyse qu'appelle l'art. 96</i> 141
(i) <u>The Requirement That the Efficiency Gains Be "Greater Than" and "Offset" the Anti-competitive Effects</u> 142	(i) <u>La condition selon laquelle les gains en efficacité « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels</u> 142
(ii) <u>Pre-existing Monopoly</u> 156	(ii) <u>Monopole préexistant</u> 156
(iii) <u>Application to This Case</u> 159	(iii) <u>Application à la présente affaire</u> 159
(c) <i>The Commissioner's Alternative Argument</i> 161	c) <i>Argument subsidiaire de la commissaire</i> 161
(d) <i>Conclusion on the Balancing Under Section 96</i> 165	d) <i>Conclusion sur la pondération qu'exige l'art. 96</i> 165
(6) <u>Postscript</u> 167	(6) <u>Post-scriptum</u> 167
VII. <u>Conclusion</u> 168	VII. <u>Conclusion</u> 168

APPENDIX: Sections 1.1, 79(1), 92, 93 and 96 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34

ANNEXE : Articles 1.1, 79(1), 92, 93 et 96 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34

I. Overview

[1] The appellant in this case, Tervita Corp., operates two hazardous waste secure landfills in British Columbia. In February 2010, Tervita Corp. acquired a company which held a permit for another secure landfill site. This transaction attracted the attention of the Commissioner of Competition, who initiated

I. Aperçu

[1] L'appelante dans la présente affaire, Tervita Corp., exploite deux sites d'enfouissement sécuritaire de déchets dangereux en Colombie-Britannique. En février 2010, elle a procédé à l'acquisition d'une entreprise titulaire d'un permis visant un autre site d'enfouissement sécuritaire. Cette opération a attiré

the merger review process under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 (the “Act”).

[2] The purpose of the Act is in part “to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy” (s. 1.1). It is within this context that merger reviews are conducted. This appeal provides this Court the opportunity to address two issues in merger review: the “prevention” branch of s. 92 and the s. 96 efficiencies defence.

II. Facts

[3] Four permits for the operation of secure landfills for the disposal of hazardous waste generated by oil and gas operations have been issued in North-eastern British Columbia. The appellant Tervita Corp. holds two of the permits and operates two hazardous waste landfills pursuant to them: the Silverberry (capacity for 6,000,000 tonnes of waste) and Northern Rockies (3,344,000 tonnes) landfills. A third permit was issued for the Peejay site, a site developed by an Aboriginal community, but the landfill has not yet been constructed.

[4] The fourth permit, Babkirk site, is held by the appellant Babkirk Land Services Inc. (“Babkirk”), a wholly owned subsidiary of the appellant Complete Environmental Inc. (“Complete”). The previous Babkirk owners operated a hazardous waste landfill on the site from 1998 to 2004. In 2009, they sold Babkirk to Complete, which is owned and controlled by five investors (the “Vendors”).

[5] The Vendors intended to begin operating the Babkirk site mainly as a bioremediation facility which would treat contaminated soil using microorganisms, and to complement the bioremediation site with a secure landfill facility to store hazardous

l’attention de la commissaire de la concurrence, qui a alors ordonné l’examen du fusionnement sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (la « Loi »).

[2] La Loi a pour objet notamment « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne » (art. 1.1). C’est dans cet esprit que s’effectue l’examen d’un fusionnement. Le présent pourvoi offre à la Cour l’occasion de se pencher sur deux aspects d’un tel exercice : le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » et la défense fondée sur les gains en efficience, énoncée à l’art. 96.

II. Faits

[3] Quatre permis d’exploitation visant des sites d’enfouissement sécuritaire des déchets dangereux produits par des exploitations pétrolières et gazières ont été délivrés dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Tervita Corp., appelante, est titulaire de deux de ces permis, en vertu desquels elle exploite les sites d’enfouissement Silverberry (capacité de six millions de tonnes de déchets) et Northern Rockies (3 344 000 tonnes). Un troisième permis a été délivré à l’égard du site Peejay, aménagé par une collectivité autochtone, mais dont les installations n’ont pas encore été construites.

[4] Le quatrième permis, délivré à l’égard du site Babkirk, est détenu par Babkirk Land Services Inc. (« Babkirk »), appelante en l’espèce, une filiale en propriété exclusive de Complete Environmental Inc. (« Complete »), autre appelante. De 1998 à 2004, les propriétaires précédents de Babkirk ont exploité à cet endroit un site d’enfouissement de déchets dangereux. En 2009, ils ont vendu Babkirk à Complete, que cinq investisseurs (les « vendeurs ») possédaient et contrôlaient.

[5] Sur le site Babkirk, les vendeurs comptaient exploiter principalement une installation de bio-restauration utilisant des microorganismes pour la décontamination des sols, assortie d’un site d’enfouissement sécuritaire ayant la capacité de

waste not amenable to bioremediation. In February 2010, the Vendors received a permit for this secure landfill with a capacity of 750,000 tonnes.

[6] Soon afterwards, a company called Integrated Resources Technologies Ltd. (“IRTL”) offered to purchase Complete. The Vendors then explored the possibility of selling to other third parties. Secure Energy Services (“SES”) showed some interest, but at a lower price. The Vendors decided to accept IRTL’s offer, but it was withdrawn in June 2010 due to lack of financing. In one last attempt to sell, the Vendors pursued various discussions with SES and Tervita Corp., then known as CCS Corp. (hereinafter “Tervita Corp.”). In July 2010, the Vendors reached an understanding with Tervita Corp. and a letter of intent was signed.

[7] The sale of the Vendors’ shares in Complete (including Babkirk and the Babkirk site) closed on January 7, 2011. However, prior to closing, the Commissioner of Competition informed the parties that she opposed the transaction on the ground that it was likely to substantially prevent competition in secure landfill services in Northeastern British Columbia. After closing, the Commissioner asked the Competition Tribunal to order, pursuant to s. 92 of the *Competition Act*, that the transaction be dissolved, or in the alternative, that Tervita Corp. divest itself of Complete or Babkirk.

[8] The three appellants in this appeal, Tervita Corp., Complete and Babkirk, are hereinafter referred to collectively as “Tervita”.

III. Statutory Provisions

[9] The relevant statutory provisions in this case are included in the Appendix. The statutory provisions most directly at issue in this appeal are ss. 92, 93 and 96 of the Act.

stocker les déchets dangereux qui ne se prêtent pas à la biorestauration. En février 2010, le permis d’enfouissement a été délivré pour une capacité de 750 000 tonnes.

[6] Peu de temps après, Integrated Resources Technologies Ltd. (« IRTL ») a offert d’acquérir Complete. Les vendeurs ont ensuite envisagé la possibilité de vendre à des tiers. Secure Energy Services (« SES ») s’est montrée intéressée, mais offrait un prix inférieur. Les vendeurs avaient décidé d’accepter l’offre d’IRTL quand elle l’a retirée en juin 2010 pour financement insuffisant. Dans une ultime tentative, les vendeurs ont engagé des pourparlers avec SES et Tervita Corp., dont la raison sociale était alors CCS Corp. (ci-après « Tervita Corp. »). En juillet 2010, une entente est intervenue entre les vendeurs et Tervita Corp., qui ont signé la lettre d’intention.

[7] La vente des parts des vendeurs dans Complete (qui possède Babkirk et le site Babkirk) a été conclue le 7 janvier 2011. Or, auparavant, la commissaire de la concurrence avait informé les parties qu’elle s’opposait à cette opération, au motif qu’elle aurait vraisemblablement pour effet de nuire sensiblement à la concurrence dans les services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est de la Colombie-Britannique. Après la vente, la commissaire a demandé au Tribunal de la concurrence d’ordonner l’annulation de la transaction en vertu de l’art. 92 de la *Loi sur la concurrence* ou, à titre subsidiaire, d’ordonner à Tervita Corp. de se départir de Complete ou de Babkirk.

[8] Les trois appelantes dans le présent pourvoi, Tervita Corp., Complete et Babkirk, sont ci-après appelées collectivement « Tervita ».

III. Dispositions législatives

[9] Les dispositions législatives pertinentes, dont les art. 92, 93 et 96 de la Loi, sont reproduites en annexe.

IV. Decisions Below

A. *Competition Tribunal, [2012] C.C.T.D. No. 14 (QL)*

[10] Pursuant to s. 92, the Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in the relevant market. The Tribunal further found that Tervita had not brought itself within the efficiencies exception contained in s. 96 that would have permitted the merger notwithstanding s. 92. It found that the efficiencies gained by the merger were not greater than the effects of the likely prevention of competition resulting from the merger, and would not offset those effects. It ordered Tervita to divest itself of Babkirk.

(1) Section 92

[11] The Tribunal assessed whether “effective competition in the relevant market likely [would] have emerged ‘but for’ the [m]erger” (para. 129). The parties “essentially agreed” that the commencement of the timeframe for considering the “but for” market condition, i.e. a market condition where the merger did not occur, was the end of July 2010 (para. 131). This was the point in time a letter of intent between Tervita and the Vendors was signed. The Tribunal agreed that this timeframe commenced at the end of July 2010.

[12] As of the end of July 2010, the Tribunal saw only two realistic scenarios for the Babkirk site:

1. The Vendors would have sold to a waste company called [SES], which would have operated a Secure Landfill; or
2. The Vendors would have operated a bioremediation facility together with a half cell of Secure Landfill. [para. 132]

[13] The Tribunal found that, on a balance of probabilities, SES would not have made an acceptable offer for the Complete site at any time during the summer of 2010. Thus, according to the Tribunal, the Vendors would have moved forward with the second option: operate the Babkirk site as a bioremediation facility.

IV. Historique judiciaire

A. *Tribunal de la concurrence, 2012 CACT 14 (CanLII)*

[10] Le Tribunal a conclu, en vertu de l’art. 92, que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans le marché en cause. Il a statué en outre que Tervita ne pouvait invoquer l’exception relative aux gains en efficacité énoncée à l’art. 96, en application de laquelle le fusionnement serait permis en dépit de l’art. 92, car les gains en efficacité engendrés ne surpassaient ou ne neutralisaient pas les effets anticoncurrentiels vraisemblables du fusionnement. Il a ordonné à Tervita de se départir de Babkirk.

(1) Article 92

[11] Le Tribunal a demandé s’il y aurait « vraisemblablement eu une concurrence réelle en l’absence du fusionnement » (par. 129). Les parties étaient « essentiellement d’accord » pour dire que la période à examiner pour déterminer l’état du marché en l’absence du fusionnement commençait à la fin de juillet 2010 (par. 131), car c’était l’époque à laquelle Tervita et les vendeurs avaient signé la lettre d’intention. Le Tribunal en a convenu.

[12] Selon le Tribunal, à la fin de juillet 2010, seuls deux scénarios réalistes pouvaient se présenter pour le site Babkirk :

1. Les vendeurs auraient vendu à une société de déchets appelée [SES], laquelle aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire;
2. Les vendeurs auraient exploité une installation de biorestauration ainsi qu’une demi-cellule d’enfouissement sécuritaire. [par. 132]

[13] Le Tribunal a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, SES n’aurait à aucun moment à l’été de 2010 présenté une offre acceptable à l’égard du site Complete. Ainsi, de l’avis du Tribunal, les vendeurs auraient choisi la deuxième option : exploiter une installation de biorestauration au site Babkirk.

[14] Bioremediation is a “method of treating soil by using micro-organisms to reduce contamination” (para. 42). The Tribunal concluded that the Vendors would have had the bioremediation facility fully operational by October 2011, but that it would have been unprofitable. The Tribunal concluded that it was “unreasonable to suppose that [the Vendors] would have been prepared to operate unprofitably beyond the fall of 2012” (para. 206). Accordingly, the Tribunal found that the Vendors would have either begun operating the Babkirk site as a secure landfill themselves or would have sold the site to a purchaser who would have operated the site as a secure landfill. Either way, the Babkirk site full-service secure landfill would have been a “direct and substantial” competitor with Tervita no later than the spring of 2013 (para. 215).

[15] The Tribunal found that a likely effect of the merger would have been to allow Tervita to maintain its ability to exercise materially greater market power than it would in the absence of the merger. It found that in the absence of the merger, disposal fees, called “tipping fees” in the industry, would have been 10 percent lower in the “Contestable Area” (the relevant geographic market) (para. 229(iii)).

[16] The Tribunal concluded that the merger was likely to prevent competition substantially.

(2) Section 96

[17] The s. 96 efficiencies defence is an exception to the application of s. 92. The defence prohibits the Tribunal from making an order precluding a merger when it finds that the merger is likely to bring about gains in efficiency that would be greater than and would offset the anti-competitive effects of the merger.

[18] The Tribunal found that the Commissioner had failed to meet her burden to demonstrate the

[14] La biorestauration est une « méthode de traitement du sol qui fait appel à des microorganismes pour diminuer le degré de contamination » (par. 42). Le Tribunal a conclu que les vendeurs auraient rendu l’installation de biorestauration pleinement opérationnelle au plus tard en octobre 2011, mais que celle-ci ne se serait pas révélée rentable. Il était d’avis qu’il n’était « pas raisonnable de supposer [que les vendeurs] auraient été en mesure d’exploiter une installation non rentable après l’automne 2012 » (par. 206). En conséquence, selon le Tribunal, les vendeurs auraient opté pour l’enfouissement sécuritaire ou auraient vendu le site Babkirk à un acheteur, qui l’aurait exploité pour l’enfouissement sécuritaire. Quel que soit le scénario, Tervita et le site d’enfouissement sécuritaire à service complet Babkirk seraient devenus des concurrents « directs et importants » au plus tard au printemps 2013 (par. 207).

[15] Le Tribunal a conclu que Tervita aurait selon toute vraisemblance continué d’exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante grâce au fusionnement que sans le fusionnement. Il a conclu que l’absence de fusionnement se serait traduite par une diminution des droits d’élimination — que l’on appelle « redevances de déversement » dans l’industrie — de 10 p. 100 dans la « région contestable » (la zone pertinente pour ce marché) (par. 229(iii)).

[16] Le Tribunal a conclu que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence.

(2) Article 96

[17] La défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l’art. 96 constitue une exception à l’application de l’art. 92. Elle empêche le Tribunal de rendre une ordonnance interdisant un fusionnement dans les cas où il conclut que celui-ci aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

[18] Le Tribunal était d’avis que la commissaire ne s’était pas acquittée du fardeau de démontrer la

extent of the quantifiable anti-competitive effects. The Commissioner's expert had only estimated that a price decrease of 10 percent would be precluded by the merger but provided no estimate of the volume having regard to the elasticity of demand. The Tribunal found that this meant that Tervita could not take a position about whether the number it calculated as its total efficiencies was greater than the adverse effects of the merger (para. 246). However, the Tribunal concluded that, "in the unusual circumstances of this case", Tervita was not prejudiced by the Commissioner's failure to quantify the anti-competitive effects of the merger. Tervita was still able to effectively attack the Commissioner's expert's findings and assert the s. 96 defence (para. 246). The Tribunal accepted, on a balance of probabilities, the Commissioner's expert's estimate of a minimum annual deadweight loss (paras. 301-3).

[19] The Tribunal also accepted what it found to be qualitative anti-competitive effects — namely environmental effects related to price reduction on-site clean-up and "value propositions", or offers Tervita would have made in a competitive environment to certain customers resulting in lower total cost for overall waste services used by such customers (paras. 306-7).

[20] The Tribunal rejected most of Tervita's claimed efficiencies gains because they would likely be achieved even if the divestiture order were made (para. 265). The Tribunal also rejected the claimed "order implementation efficiencies" ("OIEs") — those transportation and market expansion efficiencies resulting from delays associated with the implementation of a divestiture order. The Tribunal held that OIEs are not cognizable under s. 96, because to give merging parties the benefit of these efficiencies would be contrary to the purposes of the Act (para. 270). The Tribunal did accept "overhead" efficiencies claimed by Tervita (para. 275).

mesure des effets anticoncurrentiels quantifiables. L'expert de la commissaire avait estimé seulement que le fusionnement empêcherait une baisse des prix de 10 p. 100, mais il n'a fourni aucune estimation quant au volume compte tenu de l'élasticité de la demande. Selon le Tribunal, Tervita n'était donc pas en mesure de déterminer si, suivant ses calculs, le total des gains en efficacité surpassait les effets néfastes du fusionnement (par. 246). Il a cependant conclu que, « dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire », le fait que la commissaire n'avait pas quantifié les effets anticoncurrentiels du fusionnement n'avait causé aucun préjudice à Tervita. Cette dernière avait pu contester les conclusions de l'expert de la commissaire et opposer la défense fondée sur l'art. 96 (par. 246). Le Tribunal a admis, suivant la norme de la prépondérance des probabilités, l'estimation avancée par l'expert de la commissaire au sujet de la valeur minimale de la perte sèche annuelle (par. 301-303).

[19] Le Tribunal a admis également ce qu'il a jugé être des effets anticoncurrentiels qualitatifs — à savoir d'une part les effets environnementaux de l'assainissement des lieux découlant de la réduction des prix et d'autre part les « propositions de valeur », qui représentent les offres que Tervita aurait faites dans un contexte concurrentiel à certains clients et qui se seraient traduites pour eux par une baisse du coût total des services généraux d'élimination des déchets (par. 306-307).

[20] Le Tribunal a rejeté la plupart des gains en efficacité invoqués par Tervita au motif que ceux-ci se réaliseraient vraisemblablement même s'il prononçait l'ordonnance de dessaisissement (par. 265). Le Tribunal a rejeté également les « gains en efficacité liés à l'exécution de l'ordonnance » (« GEEO ») — soit ceux associés au transport et à l'expansion du marché découlant du délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement. Le Tribunal a conclu que les GEEO ne sont pas admissibles pour l'application de l'art. 96, car accorder aux parties au fusionnement le bénéfice de ces gains en efficacité irait à l'encontre des objectifs de la Loi (par. 270). Le Tribunal a cependant admis les gains en efficacité liés à la « baisse des coûts indirects » avancés par Tervita (par. 275).

[21] The Tribunal weighed the proven quantifiable efficiency gains against the quantifiable anti-competitive effects it accepted and found that the combined quantitative and qualitative efficiency gains were not likely to be “greater than” the combined quantitative and qualitative anti-competitive effects (paras. 313-14). The Tribunal further supported this conclusion on the basis that, in the absence of a s. 92 order, the merger would maintain a monopolistic structure in the relevant market, thus precluding “benefits of competition that will arise in ways that will defy prediction” (para. 317).

[22] In his concurring reasons, Chief Justice Crampton¹ held that for non-quantified effects, where there is not sufficient evidence to provide even a rough quantification of an effect that is ordinarily quantifiable, the Tribunal is still able to accord this factor some qualitative weight (para. 408).

B. *Federal Court of Appeal, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352*

[23] Tervita appealed to the Federal Court of Appeal, challenging the divestiture order made by the Tribunal.

[24] The Federal Court of Appeal first determined that the Tribunal’s findings on questions of law should be reviewed on a standard of correctness, while its findings on questions of fact or of mixed law and fact should be reviewed on a standard of reasonableness (paras. 52-68).

(1) Section 92

[25] The Federal Court of Appeal confirmed the Tribunal’s approach that the analysis required under s. 92 of the Act is “necessarily forward-looking” (para. 87) and therefore the Tribunal was correct in “look[ing] into the future to ascertain whether the [Babkirk site entering] the market would have occurred within a reasonable period of time” (para. 88).

¹ Crampton C.J. is a judicial member of the Competition Tribunal as well as the Chief Justice of the Federal Court.

[21] Le Tribunal a comparé les gains en efficience quantifiables établis aux effets anticoncurrentiels quantifiables qu’il a admis, concluant que les gains en efficience quantitatifs et qualitatifs ne « surpasseront » vraisemblablement pas les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs (par. 313-314). Il a fondé cette conclusion également sur le fait que, si l’ordonnance visée à l’art. 92 n’était pas prononcée, le fusionnement maintiendrait une structure monopolistique dans le marché en question, de sorte qu’il empêcherait la réalisation des « avantages de la concurrence de manière impossible à prévoir » (par. 317).

[22] Dans ses motifs concordants, le juge en chef Crampton¹ a affirmé qu’il est loisible au Tribunal, lorsque la preuve ne permet pas de quantifier, même grossièrement, des effets qui seraient normalement quantifiables, de leur attribuer une valeur qualitative (par. 408).

B. *Cour d’appel fédérale, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352*

[23] Tervita a contesté devant la Cour d’appel fédérale l’ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal.

[24] Dans un premier temps, la Cour d’appel a déterminé que la norme de la décision correcte s’appliquait aux conclusions du Tribunal sur les questions de droit et que celle de la décision raisonnable s’appliquait à ses conclusions sur les questions de fait ou sur les questions mixtes de fait et de droit (par. 52-68).

(1) Article 92

[25] La Cour d’appel fédérale a confirmé la conception du Tribunal, suivant laquelle l’analyse qu’appelle l’art. 92 de la Loi est « nécessairement prospective » (par. 87). À son avis, c’est à bon droit que le Tribunal a envisagé « l’avenir afin de vérifier si la pénétration du marché [par le site Babkirk] aurait eu lieu dans un délai raisonnable » (par. 88).

¹ Le juge en chef Crampton est juge du Tribunal de la concurrence et juge en chef de la Cour fédérale.

While recognizing that what constitutes a reasonable period of time will “necessarily vary from case to case and will depend on the business under consideration” (para. 89), the court set out two guidelines for determining what constitutes a “reasonable period of time”:

- (1) “the time frame must be discernible” (para. 90), and
- (2) “the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue” (para. 91).

[26] Applying those guidelines, the Federal Court of Appeal held that the Tribunal “discerned a clear time frame under which the Babkirk site would enter the market for secure landfills” (para. 92) and that this discernible timeframe “was also well within the temporal framework of the barriers to market entry” (para. 94).

[27] The Federal Court of Appeal upheld the Tribunal’s conclusion that the proposed merger would likely substantially prevent competition.

(2) Section 96

[28] The Federal Court of Appeal found that the Tribunal had erred in allowing the Commissioner to discharge her burden of proving the quantifiable anti-competitive effects through a reply expert report setting out a “rough estimate” of the deadweight loss arising from the merger (para. 128). Tervita had suffered prejudice because the Tribunal had accepted the methodology of the Commissioner’s expert which was “clearly deficient” (para. 124) as the methodology used was not capable of calculating the deadweight loss (paras. 123-25). Although Tervita has the ultimate burden of establishing that the efficiency gains are greater than and offset the anti-competitive effects, this “does not relieve the Commissioner of her burden to prove the anti-competitive effects and to quantify those effects where possible” (para. 127).

Tout en reconnaissant que ce qui est susceptible de constituer un délai raisonnable « varie nécessairement d’une affaire à l’autre et dépend du type d’entreprise en cause » (par. 89), la cour a énoncé deux critères permettant de circonscrire ce concept :

- (1) « le délai doit être discernable » (par. 90),
- (2) « le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question » (par. 91).

[26] Ayant appliqué ces critères, la Cour d’appel fédérale est arrivée à la conclusion que le Tribunal « discernait un délai évident à l’intérieur duquel le site Babkirk pénétrerait le marché des sites d’enfouissement sécuritaires » (par. 92) et que ce délai discernable « s’inscrivait résolument dans le cadre temporel des obstacles à la pénétration du marché » (par. 94).

[27] La Cour d’appel fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement proposé aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence.

(2) Article 96

[28] Selon la Cour d’appel fédérale, c’est à tort que le Tribunal a permis à la commissaire de produire en réplique un rapport d’expert énonçant une « estimation approximative » de la perte sèche découlant du fusionnement pour s’acquitter de son fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels quantifiables (par. 128). Tervita a subi un préjudice du fait que le Tribunal a admis la méthodologie « clairement déficiente » (par. 124) de l’expert de la commissaire, qui ne permettait pas le calcul de la perte sèche (par. 123-125). Même s’il incombe à Tervita d’établir que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels, cela « ne dégage nullement la commissaire du fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels et de les quantifier autant que possible » (par. 127).

[29] The Federal Court of Appeal agreed with the Tribunal that to recognize the OIEs would be contrary to the overall scheme of the Act (para. 135). Further, because Tervita had still not started to build or operate at the Babkirk site, those gains had not been and never would be realized (para. 138).

[30] Respecting the final balancing under s. 96, the Federal Court of Appeal found that the Tribunal had generally set out the right test (para. 146), except that its methodology was overly subjective. Efficiencies and anti-competitive effects should be quantified wherever reasonably possible, and the weight given to unquantifiable qualitative effects must be reasonable (para. 148). The court held that the Tribunal erred in a number of respects, including considering qualitative environmental effects that were not cognizable under s. 96 (paras. 155-56), double-counting the reduced site clean-up as both a qualitative effect and as part of the deficient deadweight loss analysis (para. 157) and considering Tervita Corp.'s monopoly as a distinct anti-competitive effect (paras. 159-61).

[31] In the Federal Court of Appeal's fresh assessment of the matter, it concluded that the quantitative anti-competitive effects of the merger which were not quantified by the Commissioner should be afforded an "undetermined" weight (paras. 167-68), as opposed to a weight of zero. In this case, the merger only provided marginal gains in efficiency while at the same time strengthening the market monopoly in the area (para. 169). The court held that an anti-competitive merger cannot be approved under s. 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from it (paras. 170-72). In this case, the conclusion was strengthened because "a pre-existing monopoly, such as is the case here, will usually magnify the anti-competitive effects of a merger" (para. 173).

[29] La Cour d'appel fédérale a souscrit à la conclusion du Tribunal selon laquelle prendre en considération les gains en efficacité liés à l'exécution d'une ordonnance serait contraire à l'objectif global de la Loi (par. 135). De plus, Tervita n'ayant pas encore entrepris la construction ou l'exploitation du site Babkirk, ces gains ne s'étaient pas matérialisés et ne se matérialiseraient jamais (par. 138).

[30] La Cour d'appel fédérale a conclu que le Tribunal avait généralement énoncé le bon critère pour la pondération finale qu'appelle l'art. 96 (par. 146), mais que sa méthodologie était trop subjective. Les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels devraient être quantifiés chaque fois qu'il est raisonnablement possible de le faire, et la valeur accordée aux effets qualitatifs qu'il est impossible de quantifier doit être raisonnable (par. 148). De l'avis de la cour, le Tribunal s'était trompé à certains égards. Entre autres, il avait pris en considération des effets environnementaux qualitatifs que n'admet pas l'art. 96 (par. 155-156), il avait compté la réduction des coûts d'assainissement des lieux à la fois dans les effets qualitatifs et dans son analyse déficiente de la perte sèche (par. 157) et il avait tenu le monopole détenu par Tervita Corp. pour un effet anticoncurrentiel distinct (par. 159-161).

[31] Ayant procédé à une nouvelle appréciation de la question, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il fallait donner aux effets anticoncurrentiels quantitatifs du fusionnement qui n'avaient pas été quantifiés par la commissaire, non pas une valeur nulle, mais une valeur « indéterminée » (par. 130). Dans la présente affaire, le fusionnement a seulement engendré des gains en efficacité négligeables tout en renforçant la situation de monopole dans le secteur (par. 169). La cour a statué qu'un fusionnement anticoncurrentiel ne peut être approuvé sous le régime de l'art. 96 s'il permet seulement de réaliser des gains en efficacité négligeables ou insignifiants (par. 170-172). Cette conclusion se trouve confirmée ici parce qu'« un monopole préexistant comme celui dont il s'agit en l'espèce aura habituellement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement » (par. 173).

[32] The Federal Court of Appeal dismissed Tervita's appeal.

V. Issues

[33] This appeal raises three issues:

1. What is the appropriate standard of review?
2. What is the proper legal test to determine when a merger gives rise to a substantial prevention of competition under s. 92(1) of the Act?
3. What is the proper approach to the efficiencies defence under s. 96 of the Act and, in this respect:
 - a. Can order implementation efficiencies be included as efficiency gains in the balancing analysis?
 - b. What is the proper approach to the requirement that efficiency gains be greater than and offset the anti-competitive effects?

VI. Analysis

A. *Standard of Review*

[34] The parties agree that the Federal Court of Appeal properly applied a correctness standard of review to the Tribunal's determinations of questions of law. I agree that correctness is the applicable standard in this case.

[35] The questions at issue are questions of law arising under the Tribunal's home statute and therefore a standard of reasonableness presumptively applies (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, per Fish J.; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30).

[32] La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de Tervita.

V. Questions en litige

[33] Trois questions sont soulevées dans le présent pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Quel critère juridique permet de déterminer dans quel cas un fusionnement a pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre cette expression pour l'application du par. 92(1) de la Loi?
3. Comment faut-il envisager la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'art. 96 de la Loi et, à cet égard :
 - a. Les gains en efficacité liés à l'exécution d'une ordonnance comptent-ils dans la pondération?
 - b. Comment faut-il envisager la condition selon laquelle les gains en efficacité doivent surpasser et neutraliser les effets anticoncurrentiels?

VI. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[34] Les parties sont d'accord pour dire que la Cour d'appel fédérale a bien appliqué la norme de contrôle de la décision correcte à l'égard des conclusions du Tribunal sur les questions de droit. J'en conviens, la norme de contrôle applicable dans la présente affaire est celle de la décision correcte.

[35] Les questions en litige sont des questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal. La norme de contrôle de la décision raisonnable est présumée applicable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654,

However, the presumption of reasonableness is rebutted in this case.

[36] A decision or order of the Tribunal on a question of law is appealable as of right as if “it were a judgment of the Federal Court” with the proviso that leave is required for appeals on questions of fact (*Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1)). The Federal Court of Appeal has consistently held that questions of law arising from decisions of the Tribunal should be reviewed on a correctness standard (see *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185 (“*Superior Propane I*”), at paras. 59-91; see also *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598, at para. 43; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, at para. 34; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co.*, 2008 FCA 22, 64 C.P.R. (4th) 181, at para. 5).

[37] In finding that the presumption of reasonableness is not rebutted, Justice Abella acknowledges that the statutory language in the appeal provisions in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; and *Smith* differs from the language at issue here, but is of the opinion that “it is not sufficiently different to undermine the established principle of deference to tribunal expertise in the interpretation of the tribunal’s own statute” (para. 179).

[38] With respect, the difference in statutory language between the *Competition Tribunal Act* and the legislation relied upon by Justice Abella is significant. The appeal provision at issue in *Pezim* and *McLean* provided that individuals affected by decisions of the B.C. Securities Commission “may appeal to the Court of Appeal with leave of a justice of that court” (*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, s. 149(1), which later became *Securities Act*,

par. 30). Or, dans la présente affaire, cette présomption est réfutée.

[36] Les décisions ou ordonnances du Tribunal sur les questions de droit sont susceptibles d’appel de plein droit tout comme « s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale », alors que l’appel sur des questions de fait est subordonné à l’autorisation de la Cour d’appel fédérale (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2^e suppl.), par. 13(1)). Cette dernière a statué dans tous les cas que la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit soulevées dans les décisions du Tribunal (voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185 (« *Supérieur Propane II* »), par. 59-91; voir aussi *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598, par. 43; *Canada Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, par. 34; *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22, par. 5).

[37] En concluant que la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable n’avait pas été réfutée, la juge Abella reconnaît que le libellé des dispositions prévoyant le droit d’appel qui étaient en cause dans les affaires *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; et *Smith* se distingue du libellé sur lequel porte le présent litige. Or, elle est d’avis que la formulation « ne diffère pas suffisamment pour saper le principe établi, à savoir que la déférence s’impose à l’égard de l’interprétation par un tribunal expert de sa loi constitutive » (par. 179).

[38] Je ferai observer que la différence entre le libellé de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* et celui des lois qu’invoque ma collègue est importante. La disposition en cause dans les affaires *Pezim* et *McLean* prévoit qu’une personne touchée par une décision de la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique [TRADUCTION] « peut, avec autorisation, interjeter appel devant la Cour d’appel » (*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83,

R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167(1)). The appeal provision in *Smith* provided that, under the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, “[a] decision, order or direction of an Arbitration Committee may, on a question of law or a question of jurisdiction, be appealed to the Federal Court” (s. 101). By contrast, the *Competition Tribunal Act* provides that “an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order . . . of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court” (s. 13(1)).

[39] The statutes at issue in *Pezim*, *McLean*, and *Smith* did not contain statutory language directing that appeals of tribunal decisions were to be considered as though originating from a court and not an administrative source. The appeal provision in the *Competition Tribunal Act* evidences a clear Parliamentary intention that decisions of the Tribunal be reviewed on a less than deferential standard, supporting the view that questions of law should be reviewed for correctness and questions of fact and mixed law and fact for reasonableness. The presumption that questions of law arising under the home statute should be reviewed for reasonableness is rebutted here.

[40] I also agree with the Federal Court of Appeal that the standard of review for mixed questions of fact and law and questions of fact is reasonableness. Reasonableness is normally the “governing standard” for questions of fact or mixed fact and law (*Smith*, at para. 26). In this case, there is nothing to indicate that this presumption should be rebutted.

B. *Merger Review Analysis Under Section 92 of the Act*

[41] At the outset, it will be helpful to provide a brief overview of the merger review process under the Act.

par. 149(1), plus tard *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, par. 167(1)). La disposition de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, dont il est question dans l’affaire *Smith* est ainsi rédigée : « Appel d’une décision ou d’une ordonnance du comité d’arbitrage peut être interjeté, sur une question de droit ou de compétence, devant la Cour fédérale . . . » (art. 101). En revanche, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* prévoit : « . . . les décisions ou ordonnances du Tribunal [. . .] sont susceptibles d’appel devant la Cour d’appel fédérale tout comme s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale » (par. 13(1)).

[39] Dans les affaires *Pezim*, *McLean* et *Smith*, les dispositions légales en cause ne prévoyaient pas qu’en cas d’appel, la décision administrative devait être traitée comme si elle émanait d’une cour de justice plutôt que d’un tribunal administratif. La disposition d’appel de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* témoigne de l’intention claire du législateur de ne pas imposer la retenue judiciaire dans le contrôle des décisions du Tribunal, ce qui appuie la thèse selon laquelle la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit et celle de la décision raisonnable aux questions mixtes de droit et de fait et aux questions de fait. En l’espèce, la présomption suivant laquelle les questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal sont assujetties à la norme de la décision raisonnable est réfutée.

[40] Je partage également l’avis de la Cour d’appel fédérale pour qui la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit et aux questions de fait est celle de la décision raisonnable. C’est généralement « la norme de la décision raisonnable qui s’applique » aux questions de fait ou mixtes de fait et de droit (*Smith*, par. 26). Dans la présente affaire, rien n’indique que cette présomption doive être réfutée.

B. *Cadre analytique applicable à l’examen du fusionnement prévu par l’art. 92 de la Loi*

[41] Avant toute chose, il serait utile de donner un aperçu du processus légal d’examen du fusionnement.

(1) Merger Review: An Overview

[42] Merger review is conducted under s. 92 of the Act. A merger is “an acquisition of control or a significant interest in all or part of the business of another” (B. A. Facey and D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States* (4th ed. 2014), at p. 205). Section 91 of the Act defines merger as follows:

91. [Definition of “merger”] In sections 92 to 100, “merger” means the acquisition or establishment, direct or indirect, by one or more persons, whether by purchase or lease of shares or assets, by amalgamation or by combination or otherwise, of control over or significant interest in the whole or a part of a business of a competitor, supplier, customer or other person.

[43] A merger review is designed to identify those mergers that will have anti-competitive effects (Facey and Assaf, at p. 209). Section 92 identifies these anti-competitive effects as either substantially lessening competition or substantially preventing competition. Section 92(1) provides for remedial orders to be made when a merger is found to either lessen or prevent competition substantially.

[44] Generally, a merger will only be found to meet the “lessen or prevent substantially” standard where it is “likely to create, maintain or enhance the ability of the merged entity to exercise market power, unilaterally or in coordination with other firms” (O. Wakil, *The 2014 Annotated Competition Act* (2013), at p. 246). Market power is the ability to “profitably influence price, quality, variety, service, advertising, innovation or other dimensions of competition” (*Canada (Commissioner of Competition) v. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Comp. Trib. 3, 11 C.P.R. (4th) 425, at para. 7, aff’d 2003 FCA 131, 24 C.P.R. (4th) 178, leave to appeal refused, [2004] 1 S.C.R. vii). Or, in other words, market power is “the ability to maintain prices above the competitive level for a considerable period of time without such action being unprofitable” (*Canada (Director of Investigation and*

(1) Examen du fusionnement : aperçu

[42] L’examen du fusionnement est effectué sous le régime de l’art. 92 de la Loi. Le fusionnement est [TRADUCTION] « l’acquisition du contrôle sur une partie ou la totalité de l’entreprise d’autrui ou d’une participation importante dans celle-ci » (B. A. Facey et D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law : Canada and the United States* (4^e éd. 2014), p. 205). L’article 91 de la Loi définit le fusionnement dans les termes suivants :

91. [Définition de « fusionnement »] Pour l’application des articles 92 à 100, « fusionnement » désigne l’acquisition ou l’établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d’actions ou d’éléments d’actif, soit par fusion, association d’intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d’une entreprise d’un concurrent, d’un fournisseur, d’un client, ou d’une autre personne, ou encore d’un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d’une telle entreprise.

[43] L’examen vise à déterminer les fusionnements qui auront des effets anticoncurrentiels (Facey et Assaf, p. 209). Aux termes de l’art. 92, un effet anticoncurrentiel empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Le paragraphe 92(1) confère au Tribunal le pouvoir de prononcer une ordonnance de réparation lorsqu’il conclut qu’un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence.

[44] De manière générale, il ne sera satisfait à la norme de l’empêchement ou de la diminution sensible que si un fusionnement a vraisemblablement pour effet de [TRADUCTION] « créer, de maintenir ou d’accroître la capacité de l’entité fusionnée d’exercer une puissance commerciale, unilatéralement ou de concert avec d’autres entreprises » (O. Wakil, *The 2014 Annotated Competition Act* (2013), p. 246). La puissance commerciale s’entend de la capacité « d’exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l’innovation et les autres dimensions de la concurrence » (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Trib. conc. 3, [2001] D.T.C.C. n° 3 (QL), par. 7, conf. par 2003 CAF 131, autorisation d’appel refusée, [2004] 1 R.C.S. vii). Autrement dit, elle s’entend de « la capacité de maintenir des prix

Research) v. *Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.), at p. 314); where “price” is “generally used as shorthand for all aspects of a firm’s actions that have an impact on buyers” (J. B. Musgrove, J. MacNeil and M. Osborne, eds., *Fundamentals of Canadian Competition Law* (2nd ed. 2010), at p. 29). If a merger does not have or likely have market power effects, s. 92 will not generally be engaged (B. A. Facey and C. Brown, *Competition and Antitrust Laws in Canada: Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations* (2013), at p. 141).

[45] The merger’s likely effect on market power is what determines whether its effect on competition is likely to be “substantial”. Two key components in assessing substantiality under the “lessening” branch are the degree and duration of the exercise of market power (*Hillsdown*, at pp. 328-29). There is no reason why degree and duration should not also be considered under the “prevention” branch.

[46] What constitutes “substantial” will vary from case to case. The Tribunal has not found it useful to apply rigid numerical criteria:

What will constitute a likely “substantial” lessening will depend on the circumstances of each case. . . . Various tests have been proposed: a likely 5% price rise sustainable for one year; a 5% price rise sustainable over two years; a small but significant and non-transitory price rise. The Tribunal does not find it useful to apply rigid numerical criteria although these may be useful for enforcement purposes.

(*Hillsdown*, at pp. 328-29)

[47] If the Tribunal concludes that the merger substantially lessens or prevents or is likely to substantially lessen or prevent competition, the Tribunal is empowered to make a remedial order pursuant

plus élevés que le niveau concurrentiel pendant une longue période, sans que cette pratique soit non rentable » (*Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 1901 (Trib. conc.), p. 49), où « prix » est [TRADUCTION] « généralement le terme qui regroupe tous les aspects des activités d’une entreprise qui ont une incidence sur les acheteurs » (J. B. Musgrove, J. MacNeil et M. Osborne, dir., *Fundamentals of Canadian Competition Law* (2^e éd. 2010), p. 29). Le fusionnement qui n’a aucun effet ou n’aura vraisemblablement aucun effet sur la puissance commerciale ne met généralement pas en jeu l’art. 92 (B. A. Facey et C. Brown, *Competition and Antitrust Laws in Canada : Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations* (2013), p. 141).

[45] L’effet vraisemblable du fusionnement sur la puissance commerciale permet de déterminer si ce dernier aura vraisemblablement un effet « sensible » sur la concurrence. Le degré et la durée de l’exercice de la puissance commerciale sont des éléments clés dans l’analyse permettant de déterminer si le fusionnement aura pour effet de diminuer sensiblement la concurrence (*Hillsdown*, p. 78). Rien n’interdit que ces éléments soient également pris en considération pour déterminer s’il y aura empêchement.

[46] Ce que l’on peut qualifier de « sensible » variera d’une affaire à l’autre. Le Tribunal n’a pas jugé utile d’appliquer un critère numérique strict :

Ce qui constituera vraisemblablement une diminution « sensible » dépendra des circonstances dans chaque cas. [. . .] On a proposé plusieurs critères : hausse de prix vraisemblable de 5 % pouvant être maintenue pendant un an; hausse de prix de 5 % pouvant être maintenue pendant plus de deux ans; hausse de prix faible, mais notable, et non transitoire. Le Tribunal ne juge pas utile d’utiliser des critères numériques stricts, bien que ceux-ci puissent être utiles pour des fins d’application.

(*Hillsdown*, p. 78)

[47] S’il conclut que le fusionnement diminue ou empêche sensiblement ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer ou d’empêcher sensiblement la concurrence, le Tribunal est habilité par

to s. 92(1)(e) and (f). The Tribunal “may prohibit the parties from proceeding with all or part of the merger, or it may order the dissolution of a completed merger or divestiture of assets or shares” (Musgrove, MacNeil and Osborne, at p. 185).

[48] The ability to make a remedial order is subject to exceptions (see ss. 94 to 96 of the Act). For the purposes of this appeal, only s. 96, the so-called efficiencies defence, is relevant. After a finding that a merger engages s. 92(1), s. 96 may be invoked by the parties to the merger to preclude a s. 92 remedial order. Section 96 will preclude such an order if it is found that the merger is likely to bring about efficiencies that are greater than and will offset the anti-competitive effects resulting from the merger.

(2) Determining Whether a Substantial Lessening or Prevention Will Likely Occur

(a) *“But For” Analysis Should Be Used*

[49] The Tribunal, relying on *Canada Pipe*, used the “but for” test to assess the merger in this case.

[50] *Canada Pipe* was a case involving abuse of dominance under s. 79(1)(c) of the Act. The words of s. 79(1)(c) — “is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market” — are very close to the words of s. 92(1) — “likely to prevent or lessen” — and convey the same ideas. In *Canada Pipe*, the Federal Court of Appeal employed a “but for” test to conduct the inquiry:

... the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that

les al. 92(1)e) et f) à prononcer une ordonnance de réparation. Il [TRADUCTION] « peut interdire aux parties de procéder au fusionnement en tout ou en partie ou encore ordonner que le fusionnement réalisé soit dissous ou que l’on se départisse d’éléments d’actif ou d’actions » (Musgrove, MacNeil et Osborne, p. 185).

[48] Le pouvoir de prononcer une ordonnance de réparation est assorti d’exceptions (voir les art. 94 à 96 de la Loi). Dans le cadre du présent pourvoi, seul est pertinent l’art. 96, qui prévoit le moyen de défense que l’on dit fondé sur les gains en efficacité. À la conclusion selon laquelle le fusionnement satisfait aux critères énoncés au par. 92(1), les parties au fusionnement peuvent opposer l’art. 96 pour faire obstacle à l’ordonnance de réparation prévue à l’art. 92. Ainsi, aux termes de l’art. 96, l’ordonnance n’est pas rendue s’il est conclu que le fusionnement entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels.

(2) Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet de diminuer ou d’empêcher sensiblement la concurrence?

a) *Analyse axée sur l’absence hypothétique*

[49] Appliquant l’arrêt *Tuyauteries Canada*, le Tribunal a recouru au critère de l’absence hypothétique pour examiner le fusionnement dans la présente affaire.

[50] L’affaire *Tuyauteries Canada* portait sur un abus de position dominante au sens de l’al. 79(1)c) de la Loi. Les termes de l’al. 79(1)c) — « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » — se rapprochent de très près de ceux du par. 92(1) — « empêche ou diminue [. . .] vraisemblablement » — et évoquent les mêmes idées. Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a appliqué le critère de l’absence hypothétique :

... le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique

which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”. . . .

The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. [paras. 37-38]

[51] A similar comparative analysis is conducted under s. 92(1). A merger review, by its nature, requires examining a counterfactual scenario: “. . . whether the merger will give the merged entity the ability to prevent or lessen competition substantially compared to the pre-merger benchmark or ‘but for world’” (Facey and Brown, at p. 205). The “but for” test is the appropriate analytical framework under s. 92.

(b) *The “But For” Analysis Under Section 92(1) Is Forward-Looking*

[52] The words of the Act and the nature of the “but for” merger review analysis that must be conducted under s. 92 of the Act require that this analysis be forward-looking.

[53] The Tribunal must determine whether “a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially”. While the tense of the words “prevents or lessens” indicates existing circumstances, the ordinary meaning of “is likely to prevent or lessen” points to events in the future. To the same effect, the French text of s. 92(1) states “*qu’un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet*”. Both the English and French text allow for a forward-looking analysis. This proposition is not controversial. Both parties to this appeal agree that a forward-looking analysis is appropriate.

attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu. . .

Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. [par. 37-38]

[51] Le paragraphe 92(1) appelle une analyse comparative similaire. De par sa nature, l’examen du fusionnement emporte l’examen d’un scénario conjectural : [TRADUCTION] « . . . le fusionnement permettra-t-il à l’entité fusionnée d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence par rapport à l’état de fait antérieur au fusionnement et qui sert de repère » (Facey et Brown, p. 205). Le critère de l’absence hypothétique est le cadre analytique qu’il convient d’appliquer sous le régime de l’art. 92.

b) *L’analyse axée sur l’absence hypothétique qu’appelle le par. 92(1) est prospective*

[52] Le libellé de la Loi et la nature de l’analyse axée sur l’absence hypothétique à laquelle il faut procéder dans le cadre de l’examen du fusionnement sous le régime de l’art. 92 commandent une démarche prospective.

[53] Le Tribunal est appelé à déterminer si « un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet ». Si le temps présent des verbes « empêche ou diminue » renvoie aux circonstances actuelles, l’emploi du futur dans « aura vraisemblablement » annonce un acte qui se produira à l’avenir. Le libellé de la version anglaise de la disposition a le même effet. Elle est ainsi rédigée : « . . . a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially ». L’expression « *is likely to prevent or lessen* » dans son sens ordinaire indique quant à elle des actes futurs. Le texte anglais et le texte français permettent tous deux une analyse prospective. Cette proposition ne suscite aucune controverse. Les deux parties au présent pourvoi reconnaissent qu’une analyse prospective est de mise.

(c) *Similarities and Differences Between the “Lessening” and “Prevention” Branches of Section 92*

[54] In his concurring reasons at the Tribunal, Crampton C.J. found that the assessment of a merger review under either the “prevention” or “lessening” branch is “essentially the same” (para. 367). Both focus on “whether the merged entity is likely to be able to exercise materially greater market power than in the absence of the merger” (*ibid.*). Under both branches, the lessening or prevention in question must be “substantial” (*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2000 Comp. Trib. 15, 7 C.P.R. (4th) 385 (“*Superior Propane I*”), at paras. 246 and 313). And the analysis under both the “lessening” and “prevention” branches is forward-looking.

[55] However, there are some differences between the two branches. In determining whether competition is substantially lessened, the focus is on whether the merged entity would increase its market power. Under the “prevention” branch, the focus is on whether the merged entity would retain its existing market power. As explained by Chief Justice Crampton in his concurring reasons:

In determining whether competition is likely to be *lessened*, the more particular focus of the assessment is upon whether the merger is likely to facilitate the exercise of new or increased market power by the merged entity, acting alone or interdependently with one or more rivals. In determining whether competition is likely to be *prevented*, that more particular focus is upon whether the merger is likely to preserve the existing market power of one or both of the merging parties, by preventing the erosion of such market power that otherwise likely would have taken place if the merger did not occur. [Emphasis in original.]

(Tribunal decision, at para. 368)

c) *Similarités et différences entre les volets relatifs à la « diminution » et à l’« empêchement » de l’art. 92*

[54] Dans les motifs concordants qu’il a rédigés pour le Tribunal, le juge en chef Crampton a conclu que les points sur lesquels porte l’examen d’un fusionnement sont « fondamentalement les mêmes », qu’il s’agisse du volet relatif à la « diminution » ou de celui relatif à l’« empêchement » (par. 367). Quel que soit le volet, il s’agit de déterminer « si l’entité fusionnée sera vraisemblablement en mesure d’exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante qu’en l’absence de fusionnement » (*ibid.*). Dans un cas comme dans l’autre, il est question de diminuer ou d’empêcher « sensiblement » (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL) (« *Supérieur Propane I* »), par. 48). En outre, l’analyse, peu importe qu’elle cherche à déterminer s’il y aura « diminution » ou « empêchement », est prospective.

[55] Les deux volets diffèrent cependant à certains égards. Pour déterminer s’il y a diminution sensible de la concurrence, il faut demander si l’entité fusionnée accroîtra sa puissance commerciale. Dans le cas de l’empêchement, la question est celle de savoir si l’entité fusionnée conservera sa puissance commerciale. Pour reprendre les propos du juge en chef Crampton dans ses motifs concordants :

Pour déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de *diminuer* la concurrence, le Tribunal s’en tiendra à déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de rendre plus facile l’exercice d’une nouvelle ou d’une plus grande puissance commerciale par l’entité issue du fusionnement qu’elle ait agi seule ou en interdépendance avec d’autres entreprises rivales. Pour déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’« empêcher » la concurrence, le Tribunal cherchera à savoir si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de préserver la puissance commerciale de l’une des parties fusionnantes ou des deux, en empêchant l’érosion de cette puissance commerciale qui se serait vraisemblablement produite en l’absence de fusionnement. [En italique dans l’original.]

(Décision du Tribunal, par. 368)

C. *The “Prevention” Branch of Section 92(1)*

[56] While this Court has had occasion to consider the “lessening” branch of s. 92(1) in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, this is the first case in which we have had the opportunity to focus on the “prevention” branch of s. 92(1).

[57] Tervita seeks clarity as to the appropriate legal test under the “prevention” branch. In Tervita’s view, the “Tribunal erred in its application of the legal test for a substantial prevention of competition” (A.F., at para. 59). Tervita argues that “the Act requires that the Tribunal focus its analysis on the merger under review” (*ibid.*). Tervita acknowledges that s. 92 does involve a forward-looking approach, but submits that what should be projected into the future is the merging parties as they are, with their assets, plans and businesses at the time of the merger. Tervita argues that the Act does not permit the Tribunal to speculate, as it says it did in this case, and that its “fundamental error” is that it focused “not on the merger between Tervita and [the Vendors], but rather on how competition might have developed looking years into the future” (A.F., at para. 71).

[58] My understanding of Tervita’s argument is that the wording of s. 92 essentially limits the inquiry to whether the Babkirk site was a viable competitive entrant into the secure landfill market at the time it was acquired by Tervita. That is, in order to establish that the merger is likely to substantially prevent competition, a party to the merger must be a potential competitor based on the assets, plans and businesses of the party at the time of the merger.

[59] For the reasons that follow, I am unable to agree with Tervita. Rather, I agree with the Commissioner that the wording of s. 92 generally supports the analysis and conclusions of the Tribunal and the Federal Court of Appeal with respect to s. 92.

C. *Volet relatif à l’« empêchement » du par. 92(1)*

[56] Bien que la Cour ait eu l’occasion de se pencher sur le volet du par. 92(1) relatif à la « diminution » dans l’affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, c’est la première fois qu’elle examine le volet relatif à l’« empêchement ».

[57] Tervita demande que le critère juridique applicable au volet relatif à l’« empêchement » soit clarifié. À son avis, le [TRADUCTION] « Tribunal a appliqué erronément le critère juridique servant à déterminer s’il y a empêchement sensible de la concurrence » (m.a., par. 59). Elle soutient en outre que « la Loi oblige le Tribunal à faire porter son analyse sur le fusionnement en question » (*ibid.*). Si elle reconnaît que l’art. 92 commande une analyse prospective, elle soutient cependant que ce qui doit être projeté dans l’avenir, ce sont les parties au fusionnement dans leur état actuel — y compris leurs éléments d’actif, leurs plans et leurs activités à la date du fusionnement. Tervita fait valoir que la Loi ne permet pas au Tribunal de faire des conjectures comme, soutient-elle, il l’a fait dans la présente affaire, et que son « erreur fondamentale » tient au fait qu’il s’est concentré « non pas sur le fusionnement entre Tervita et [les vendeurs], mais sur la manière dont la concurrence pourrait s’être développée au fil des ans » (m.a., par. 71).

[58] Si je comprends bien, Tervita soutient que le libellé de l’art. 92 limite essentiellement l’analyse à la question de savoir si le site Babkirk était un nouveau concurrent viable dans le marché de l’enfouissement sécuritaire à la date de son acquisition par Tervita. Autrement dit, selon elle, pour établir que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence, une partie au fusionnement doit constituer un concurrent éventuel compte tenu de ses éléments d’actif, de ses plans et de ses activités à la date du fusionnement.

[59] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d’accord. En revanche, je partage l’avis de la commissaire selon lequel le libellé de l’art. 92 appuie généralement l’analyse et les conclusions du Tribunal et de la Cour d’appel fédérale sur cette disposition.

(1) The Law

[60] The concern under the “prevention” branch of s. 92 is that a firm with market power will use a merger to prevent competition that could otherwise arise in a contestable market. The analysis under this branch requires looking to the “but for” market condition to assess the competitive landscape that would likely exist if there was no merger. It is necessary to identify the potential competitor, assess whether but for the merger that potential competitor is likely to enter the market and determine whether its effect on the market would likely be substantial.

(a) *Identify the Potential Competitor*

[61] The first step is to identify the firm or firms the merger would prevent from independently entering the market, i.e. identifying the potential competitor. In the competition law jurisprudence “entry” is considered “either the establishment of a new firm in the market whether entirely new to the industry or new to the geographic area . . ., or local firms which previously did not offer the product in question commencing to do so” (*Hillsdown*, at p. 325).

[62] Typically, the potential competitor will be one of the merged parties: the acquired firm or the acquiring firm. The potential entry of the acquired firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, the acquired firm would likely have entered the relevant market. The potential entry of the acquiring firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, the acquiring firm would have entered the relevant market independently or through the acquisition and expansion of a smaller firm, a so-called “toehold” entry.

[63] I would also not rule out the possibility that, as suggested by Chief Justice Crampton in his concurring reasons, a likely substantial prevention of

(1) Le droit

[60] Le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » vise à prévenir qu’une entreprise possédant une puissance commerciale procède à un fusionnement pour empêcher la concurrence susceptible par ailleurs de s’exercer dans un marché contestable. L’analyse qu’il commande envisage l’état du marché, n’eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n’avait pas eu lieu. Elle détermine le concurrent éventuel, la probabilité qu’il entre dans le marché en l’absence du fusionnement et la probabilité qu’il y ait un effet sensible.

a) *Déterminer le concurrent éventuel*

[61] La première étape consiste à déterminer l’entreprise — ou les entreprises — que le fusionnement empêcherait d’entrer dans le marché de manière indépendante, c.-à-d. le concurrent éventuel. Selon la jurisprudence qui porte sur le droit de la concurrence, il y a « entrée dans le marché » quand « une nouvelle firme s’établit dans le marché, qu’elle soit complètement nouvelle venue dans l’industrie ou nouvelle venue dans la région géographique [. . .], ou bien quand des firmes locales qui n’offraient pas avant le produit en question commencent à le faire » (*Hillsdown*, p. 68).

[62] Le concurrent éventuel est habituellement une partie au fusionnement : l’entreprise acquise ou l’entreprise acquérante. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la première lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait vraisemblablement pénétré le marché en cause. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la seconde lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait pénétré le marché en question de manière indépendante ou par le truchement de l’acquisition et de l’expansion d’une entreprise de plus petite taille, ce que l’on appelle l’entrée sur le marché « à échelle réduite ».

[63] Je n’exclurais pas non plus la possibilité, comme l’a expliqué le juge en chef Crampton dans ses motifs concordants, qu’un fusionnement ait

competition could stem from the merger preventing “another type of future competition” (para. 386). I interpret this to mean that it is possible that a third party entrant, one not involved in the merger, may be prevented from entering the market as a result of the merger.

(b) *Examine the “But For” Market Condition*

[64] The second step in determining whether a merger engages the “prevention” branch is to examine the “but for” market condition to see if, absent the merger, the potential competitor (usually one of the merging parties) would have likely entered the market and if so whether that entry would have decreased the market power of the acquiring firm. If the independent entry has no effect on the market power of the acquiring firm then the merger cannot be said to prevent competition substantially.

[65] Tervita argues that the intention of s. 92 is “to establish a merger test that provides certainty to Canadian businesses” (A.F., at para. 66). However, the term “likely” in s. 92 does not require certainty. “Likely” reflects the reality that merger review is an inherently predictive exercise, but it does not give the Tribunal licence to speculate; its findings must be based on evidence.

[66] There is only one civil standard of proof: proof on a balance of probabilities (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 40 and 49). This means that in order for s. 92 of the Act to be engaged, the Tribunal must be of the view that it is more likely than not that the merger will result in a substantial prevention of competition. Mere possibilities are insufficient to meet this standard. And, as will be discussed, as events are projected further into the future, the risk of unreliability increases such that at some point the evidence will only be considered speculative.

vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence en faisant obstacle à « une future situation de concurrence autre » (par. 386). À mon avis, cela signifie qu’il est possible qu’un tiers ne puisse pénétrer ce marché par suite du fusionnement.

b) *L’état du marché n’eût été le fusionnement*

[64] Pour déterminer si un fusionnement « empêche » la concurrence, il faut dans un deuxième temps examiner l’état du marché pour voir si, n’eût été le fusionnement, le concurrent éventuel (normalement une partie au fusionnement) serait vraisemblablement entré dans le marché et, dans l’affirmative, si cette entrée aurait réduit la puissance commerciale de l’entreprise acquérante. Si la pénétration par le concurrent n’a aucun effet sur la puissance commerciale de l’entreprise acquérante, l’on ne peut dire du fusionnement qu’il a pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence.

[65] Tervita soutient que l’objet de l’art. 92 est [TRADUCTION] « d’établir un critère en matière de fusionnement qui offre une certitude aux entreprises canadiennes » (m.a., par. 66). Or, le terme « vraisemblablement » à l’art. 92 n’exige pas la certitude. Il traduit le fait que l’examen du fusionnement est en soi un exercice prédictif, sans toutefois permettre au Tribunal de conjecturer; ce dernier doit fonder ses conclusions sur la preuve.

[66] Il n’existe qu’une seule norme de preuve en matière civile : la preuve selon la prépondérance des probabilités (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40 et 49). Il en découle que, pour que l’art. 92 de la Loi s’applique, le Tribunal doit être d’avis que le fusionnement aura probablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. La simple possibilité ne permet pas de satisfaire à cette norme. Et, comme nous le verrons, plus la situation est projetée dans l’avenir, plus le risque de non-fiabilité s’accroît, tant et si bien qu’à un certain point, la preuve sera jugée conjecturale seulement.

(i) Likelihood of Entry by One of the Merging Parties

[67] In determining whether one of the merging parties would, in the absence of the merger, be likely to enter the market independently, any factor that in the opinion of the Tribunal could influence entry upon which evidence has been adduced should be considered. This will include the plans and assets of that merging party, current and expected market conditions, and other factors listed in s. 93 of the Act.

[68] Where the evidence does not support the conclusion that one of the merging parties or a third party would enter the market independently, there cannot be a finding of likely prevention of competition by reason of the merger. To the same effect, where the evidence is only that there is a possibility of the merging party entering the market at some time in the future, a finding of likely prevention cannot be made. In this respect, I agree with Justice Mainville that the timeframe for entry must be discernible (F.C.A. decision, at para. 90). While timing does not need to be a “precisely calibrated determination” (*ibid.*), there must be evidence of when the merging party is realistically expected to enter the market in absence of the merger. Otherwise the timing of entry is simply speculative and the test of likelihood of prevention of competition is not met. Even where there is evidence of a timeframe for independent entry, the farther into the future predictions are made, the less reliable they will be. The Tribunal must be cautious in declaring a lengthy timeframe to be discernible, especially when entry depends on a number of contingencies.

[69] My understanding of Tervita’s argument is that it seeks to limit the Tribunal’s ability to look into the future to what can be discerned from the merging parties’ assets, plans and business at the time of the merger. However, in my view, there is no legal basis to restrict the evidence the Tribunal can look at in this way.

(i) Une partie au fusionnement serait-elle vraisemblablement entrée dans le marché?

[67] Pour déterminer si, n’eût été le fusionnement, l’une des parties à ce dernier serait vraisemblablement entrée dans le marché de manière indépendante, le Tribunal doit prendre en considération tous les éléments qui, de son avis, sont susceptibles d’influer sur cette pénétration du marché et à l’égard desquels une preuve a été produite. Il s’agit notamment des plans et éléments d’actif de la partie concernée, des conditions du marché actuelles et attendues et d’autres facteurs, énumérés à l’art. 93 de la Loi.

[68] Lorsque la preuve ne permet pas de conclure que l’une des parties au fusionnement ou un tiers aurait pénétré le marché de manière indépendante, l’on ne peut conclure que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher la concurrence. De même, si la preuve permet d’établir uniquement qu’il est possible que la partie au fusionnement pénètre le marché à l’avenir, l’on ne peut conclure à un empêchement vraisemblable. À cet égard, je suis d’accord avec le juge Mainville : le délai de pénétration du marché doit être discernable (décision de la C.A.F., par. 90). S’il ne faut pas nécessairement une « date précise » (*ibid.*), il doit cependant y avoir une preuve du moment où la partie au fusionnement aurait, de façon réaliste, pénétré le marché en l’absence du fusionnement. Sinon, c’est de la simple conjecture, et il n’est pas satisfait à la condition de vraisemblance. Même lorsqu’il y a une preuve d’un délai de pénétration du marché de manière indépendante, plus on regarde loin dans le futur, moins cette prédiction sera fiable. Le Tribunal doit faire preuve de prudence avant de déclarer qu’un long délai est discernable, surtout lorsque la pénétration du marché dépend d’un certain nombre d’impondérables.

[69] Si je comprends bien, Tervita cherche à circonscrire l’examen prospectif du Tribunal aux seuls éléments qu’il est possible de dégager des éléments d’actif, des plans et des activités des parties au fusionnement à la date de celui-ci. Or, à mon avis, rien ne permet en droit de restreindre ainsi la preuve que le Tribunal peut examiner.

[70] Justice Mainville held that how far into the future the Tribunal can look when assessing whether, but for the merger, the merging party would have entered the market should normally be determined by the lead time required to enter a market due to barriers to entry, which he referred to as the “temporal dimension” of the barriers to entry: “. . . the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue” (F.C.A. decision, at para. 91).

[71] Barriers to entry relate to how easily a firm can commence business in the relevant market and establish itself as a viable competitor (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289, at p. 330). The lead time required to enter a market due to barriers to entry (“lead time”) refers to the inherent time delay that a new entrant, facing certain barriers and acting diligently to overcome them, could be expected to experience when trying to enter the market.

[72] In setting lead time as the appropriate length of time to consider, Justice Mainville relied on the American case *BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), which considered whether a merger violated s. 7 of the *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18, under the “actual potential competition” doctrine, the U.S. equivalent of the “prevention” branch of s. 92 of the Act. *BOC International* turned on whether the evidence was sufficient to meet the requirements under the “actual potential competition” doctrine. The U.S. Federal Trade Commission found that there was a “reasonable probability” that the acquiring firm would have “eventually entered” the U.S. market but for its acquisition of the acquired company (*BOC International*, at p. 28).

[73] The Second Circuit Court of Appeals held that the language “eventual entry” made the overall test

[70] Selon le juge Mainville, la période visée par un tel examen prospectif — à savoir si, en l’absence du fusionnement, la partie à celui-ci aurait pénétré le marché — est normalement fonction du délai de pénétration du marché compte tenu des obstacles, qu’il a qualifiée de « dimension temporelle » des obstacles à l’entrée : « . . . le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question » (décision de la C.A.F., par. 91).

[71] Les obstacles à la pénétration du marché se rapportent au degré de facilité qu’éprouverait une entreprise à s’établir dans le marché en question en tant que concurrente viable (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL), p. 42-43). Le délai de pénétration d’un marché découlant des obstacles à cette pénétration (« délai de pénétration ») s’entend de la période qu’un nouveau concurrent aux prises avec certains obstacles et qui agit avec diligence pour les surmonter pourrait voir s’écouler lorsqu’il tente de pénétrer le marché.

[72] En désignant le délai de pénétration comme étant la période pertinente pour l’analyse, le juge Mainville a renvoyé à l’affaire américaine *BOC International Ltd. c. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), dans laquelle il fallait déterminer si un fusionnement contrevenait à l’art. 7 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18, sur le fondement de la doctrine de la [TRADUCTION] « concurrence éventuelle véritable », l’équivalent aux É.-U. du volet relatif à « l’empêchement » de l’art. 92 de la Loi. L’affaire *BOC International* soulevait la question de savoir si la preuve était suffisante pour qu’il soit satisfait à la doctrine de la « concurrence éventuelle véritable ». La Federal Trade Commission des É.-U. a conclu qu’il était « raisonnablement probable » que l’entreprise acquérante aurait « fini par pénétrer » le marché américain, n’eût été l’acquisition par elle de la société acquise (*BOC International*, p. 28).

[73] La Second Circuit Court of Appeals a statué que l’emploi de l’expression [TRADUCTION] « finir

based largely on “ephemeral possibilities” (*BOC International*, at pp. 28-29). An actual potential entrant should be expected to enter in the “near” future, with “near” being defined in relation to the barriers to entry relevant in that particular industry:

. . . it seems necessary under Section 7 that the finding of probable entry at least contain some reasonable temporal estimate related to the near future, with “near” defined in terms of the entry barriers and lead time necessary for entry in the particular industry, and that the finding be supported by substantial evidence in the record.

(*BOC International*, at p. 29)

[74] Neither Justice Mainville nor *BOC International* expressly explain why the lead time should establish the length of time the Tribunal can look into the future when assessing whether, absent the merger, there would have been likely independent entry of one of the merging parties. Though Justice Mainville notes that lead time should be treated “as a guidepost and not as a fixed temporal rule” (para. 91), it is important to emphasize that lead time should not be used to justify predictions about the distant future. In some contexts, relevant lead time may be short, and thus a determination of whether market entry is likely within that timeframe may be sufficiently definite to meet the “likely” test. However, in other contexts — for example, those where product development or regulatory approval processes may extend for some years — the lead time may be so lengthy that a determination of the probability of market entry at the far end of that timeframe would be influenced by so many unknown and unknowable contingencies as to render such a prediction largely speculative.

[75] The timeframe that can be considered must of course be determined by the evidence in any given

par pénétrer » faisait reposer largement le critère général sur « des possibilités éphémères » (*BOC International*, p. 28-29). Un véritable nouveau concurrent éventuel devrait s’attendre à pénétrer le marché dans un « proche » avenir, le qualificatif « proche » étant défini par rapport aux obstacles à la pénétration qui sont pertinents dans l’industrie en question :

[TRADUCTION] . . . il semble nécessaire sous le régime de l’article 7 que, pour en arriver à une conclusion de pénétration probable, on ait au moins une estimation temporelle raisonnable relativement à un proche avenir, le qualificatif « proche » étant défini par rapport aux obstacles à la pénétration et aux délais requis pour la pénétration dans l’industrie en question, et que la conclusion repose sur une preuve substantielle au dossier.

(*BOC International*, p. 29)

[74] Ni le juge Mainville ni l’affaire *BOC International* n’expliquent expressément pourquoi le délai de pénétration devrait permettre de déterminer la période visée par l’examen prospectif que fait le Tribunal pour décider si, n’eût été le fusionnement, il y aurait vraisemblablement eu pénétration indépendante du marché par une partie à celui-ci. Le juge Mainville précise que le délai de pénétration devrait être vu comme étant une « ligne directrice, et non pas [une] règle temporelle coulée dans le béton » (par. 91), mais il importe de souligner qu’il ne devrait pas justifier des prédictions dans un avenir éloigné. Dans certains contextes, ce délai peut être court; partant il est possible de déterminer avec suffisamment de précision si la pénétration du marché dans cette période est vraisemblable, de sorte que la condition de « vraisemblance » soit remplie. Toutefois, dans d’autres contextes — par exemple ceux où le développement du produit ou les processus d’approbation réglementaires peuvent s’étaler sur des années —, le délai de pénétration peut être si long qu’une décision quant à la probabilité d’une pénétration du marché avant la fin de cette période serait influencée par tant d’impondérables et inconnues qu’elle tiendrait en grande partie de la conjecture.

[75] La période qui peut être prise en considération dépend évidemment de la preuve produite dans un

case. The evidence must be sufficient to meet the “likely” test on a balance of probabilities, keeping in mind that the further into the future the Tribunal looks the more difficult it will be to meet this test. Lead time is an important consideration, though this factor should not support an effort to look farther into the future than the evidence supports.

[76] Business can be unpredictable and business decisions are not always based on objective facts and dispassionate logic; market conditions may change. In assessing whether a merger will likely prevent competition substantially, neither the Tribunal nor courts should claim to make future business decisions for companies. Factual findings about what a company may or may not do must be based on evidence of the decision the company itself would make; not the decision the Tribunal would make in the company’s circumstances.

[77] If the Tribunal determines that the identified merging party would, absent the merger, be likely to enter within a discernible timeframe, the next question is whether this entry would likely result in a substantial effect on competition in the market.

(ii) Likely to Have a Substantial Effect on the Market

[78] It is not enough that a potential competitor must be likely to enter the market; this entry must be likely to have a substantial effect on the market. As discussed above, assessing substantiality requires assessing a variety of dimensions of competition including price and output. It also involves assessing the degree and duration of any effect it would have on the market.

[79] Section 93 provides a non-exhaustive list of factors that may be considered when assessing whether a merger substantially lessens or prevents competition or is likely to do so, including whether a party is a failing business, the availability of acceptable substitutes, barriers to entry into the relevant

cas donné. La preuve doit être suffisante pour qu’il soit satisfait à la condition de « vraisemblance » selon la prépondérance des probabilités, mais il ne faut pas oublier que plus l’examen par le Tribunal porte loin dans le futur, plus il est difficile d’y satisfaire. S’il est un facteur important, le délai de pénétration ne permet toutefois pas d’envisager au-delà de ce que la preuve appuie.

[76] Les affaires peuvent être imprévisibles, et les décisions commerciales ne reposent pas toujours sur des faits objectifs et une froide logique; l’état du marché peut fluctuer. Pour déterminer si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence, ni le Tribunal ni les cours de justice ne devraient prétendre prendre des décisions commerciales futures pour les sociétés. Les conclusions factuelles quant à ce qu’une société ferait ou ne ferait pas doivent reposer sur une preuve de la décision que la société même prendrait, et non pas sur la décision que le Tribunal prendrait dans la même situation.

[77] Si le Tribunal détermine qu’en l’absence du fusionnement, la partie au fusionnement serait vraisemblablement entrée dans le marché dans un délai discernable, il faut ensuite déterminer si cette entrée aurait vraisemblablement un effet sensible sur la concurrence dans le marché.

(ii) Y aurait-il vraisemblablement un effet sensible sur le marché?

[78] Il ne suffit pas qu’un concurrent éventuel pénètre vraisemblablement le marché; il faut aussi que cette pénétration ait vraisemblablement un effet sensible sur le marché. Comme nous l’avons vu, pour déterminer s’il y aurait un effet sensible, il faut nécessairement examiner diverses dimensions de la concurrence, dont le prix et les extrants. Il faut également mesurer l’ampleur et la durée de tout effet qu’elle aurait sur le marché.

[79] L’article 93 dresse une liste non exhaustive de facteurs dont le Tribunal peut tenir compte pour déterminer si un fusionnement diminue ou empêche sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet, notamment la déconfiture de l’entreprise d’une partie, la mesure dans laquelle

market, the extent to which effective competition remains or would remain after a merger, and whether the merger would result in the removal of a vigorous and effective competitor.

(2) Application to the Present Case

[80] The Tribunal’s analytical framework and conclusion that the merger will likely substantially prevent competition are, in my view, correct. The Tribunal correctly applied the analytical framework set out above. It used a forward-looking “but for” analysis to determine whether the merger was likely to substantially prevent competition. The Tribunal identified the acquired party, the Vendors, as the focus of the analysis. The Tribunal then assessed whether, but for the merger, the Vendors would have likely entered the relevant product market in a manner sufficient to compete with Tervita.

[81] The Tribunal concluded that the merger “is more likely than not to maintain the ability of [Tervita] to exercise materially greater market power than in the absence of the [m]erger, and that the [m]erger is likely to prevent competition substantially” (para. 229(iv)). In coming to this conclusion the Tribunal assessed a number of the s. 93 factors including the following:

- barriers to entry were “at least 30 months” and there was “no evidence of any proposed entry in the Contestable Area” (para. 222; see s. 93(d));
- there is an absence of acceptable substitutes and effective remaining competition (para. 223; see s. 93(c));
- there would be sufficient demand for secure landfill services to make transforming the Babkirk site to a secure landfill profitable as demand

sont disponibles des substituts acceptables, les entraves à l’accès au marché en cause, la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait concurrence réelle après un fusionnement et la possibilité que le fusionnement entraîne la disparition d’un concurrent dynamique et efficace.

(2) Application à la présente affaire

[80] Le cadre analytique et la conclusion selon laquelle le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence sont corrects selon moi. Le Tribunal a bien appliqué le cadre analytique énoncé précédemment. Il a procédé à une analyse prospective axée sur l’absence hypothétique pour déterminer si le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. Il a mis la partie acquise (les vendeurs) au centre de l’analyse. Le Tribunal a ensuite demandé si, n’eût été le fusionnement, les vendeurs auraient vraisemblablement pénétré le marché du produit pertinent dans une mesure suffisante pour livrer concurrence à Tervita.

[81] Le Tribunal a conclu que le fusionnement « permettrait, selon toute vraisemblance, [à Tervita] de maintenir sa capacité d’exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante qu’en l’absence du fusionnement, et que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence » (par. 229(iv)). Avant d’en arriver à cette conclusion, le Tribunal a soupesé certains facteurs énumérés à l’art. 93, dont les suivants :

- Les entraves à l’accès au marché s’étaient sur « au moins 30 mois » et il n’y avait aucune preuve d’un « projet d’entrée sur le marché projetée dans la région contestable » (par. 222; voir l’al. 93d));
- L’absence de substitut acceptable et de concurrence réelle (par. 223; voir l’al. 93c));
- La demande de services d’enfouissement sécuritaires aurait été suffisante pour que la transformation du site Babkirk en un site d’enfouissement

has “been projected to increase as new drilling is undertaken in the area north and west of Babkirk” (para. 207; see s. 93(f));

- the permitted capacity of the Babkirk site was sufficient to allow it to “compete effectively” with Tervita (para. 208; see s. 93(f)); and
- “the [m]erger preserves a monopolistic market structure, and thereby prevents the emergence of potentially important competition” (para. 297; see s. 93(e)).

[82] I agree with the Commissioner that “the Tribunal did not speculate on what would happen to the Babkirk site It made findings of fact based on the abundant evidence before it” (R.F., at para. 61). The reasonableness of the factual findings were reviewed by the Federal Court of Appeal and found to be supported by sufficient evidence. While, as will be discussed, I question the Tribunal’s treatment of the asserted 10 percent reduction in prices that would allegedly have been realized in the absence of a merger (para. 229(iii)), it is evident that there was sufficient other evidence upon which the Tribunal could find a substantial prevention of competition as a result of the merger.

[83] Accordingly, the Tribunal’s conclusion that the merger is likely to substantially prevent competition was correct. As s. 92 is engaged, it is necessary to determine whether the s. 96 defence applies to prevent the making of an order under s. 92.

D. *The Efficiencies Defence*

[84] Tervita raises two issues with respect to the Tribunal’s assessment of the s. 96 efficiencies defence. First, should OIEs, or efficiencies that would arise because of the time necessary to implement the Tribunal’s divestiture order under s. 92, be taken into

sécuritaire soit rentable, étant donné « l’augmentation anticipée [. . .] de la demande de services de décharge sécuritaire, en raison des nouveaux forages effectués dans la région située au nord et à l’ouest de l’installation Babkirk » (par. 207; voir l’al. 93f));

- La capacité autorisée du site Babkirk était suffisante pour lui permettre d’entrer « effectivement en concurrence » avec Tervita (par. 208; voir l’al. 93f));
- « le fusionnement préserve une structure de marché monopolistique et, par conséquent, empêche l’émergence d’une concurrence potentiellement importante » (par. 297; voir l’al. 93e)).

[82] Je partage l’avis de la commissaire selon qui [TRADUCTION] « le Tribunal n’a fait aucune conjecture sur ce qu’il adviendrait du site Babkirk [. . .] Il a tiré des conclusions de fait sur le fondement de la preuve abondante dont il disposait » (m.i., par. 61). La Cour d’appel fédérale a évalué le caractère raisonnable des conclusions factuelles et a conclu qu’elles étaient appuyées par une preuve suffisante. Si, ainsi que nous le verrons, je mets en doute la caractérisation par le Tribunal de la soi-disant baisse du prix de 10 p. 100 qui aurait été réalisée en l’absence du fusionnement (par. 229(iii)), manifestement, il disposait de suffisamment d’autres éléments de preuve pour conclure que le fusionnement empêcherait sensiblement la concurrence.

[83] Par conséquent, la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence était correcte. Étant donné qu’il est satisfait à l’art. 92, il y a lieu de déterminer si la défense prévue à l’art. 96 fait obstacle à l’ordonnance visée à l’art. 92.

D. *Défense fondée sur les gains en efficacité*

[84] Tervita soulève deux questions en ce qui concerne l’examen par le Tribunal de la défense fondée sur les gains en efficacité que prévoit l’art. 96. Premièrement, les GEE — ceux qui seraient réalisés en raison du délai d’exécution de l’ordonnance

account in the balancing test under s. 96? Second, what is the proper approach to the balancing analysis under s. 96? Before addressing the issues raised on appeal, it will be useful to review the history of the statutory efficiencies defence and the adjudicative treatment of the defence prior to this case.

(1) History of the Efficiencies Defence

[85] Section 96 was included as part of the new *Competition Act*, proclaimed into force on June 19, 1986. The process of reforming Canada’s competition laws began in 1966 when the federal government requested a study from the Economic Council of Canada. The Council’s 1969 report “identified economic efficiency as the overriding policy objective” of legislative reform (A. N. Campbell, *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act* (1997), at p. 21). After a number of attempts to amend the legislation and following a lengthy and extensive consultative process, the new *Competition Act* was introduced. This amendment process reflected concerns raised about the number of significant mergers taking place in Canada (Facey and Assaf, at p. 9; see also W. T. Stanbury and G. B. Reschenthaler, “Reforming Canadian Competition Policy: Once More Unto the Breach” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381, at p. 388). In early 1981, the federal Minister of Consumer and Corporate Affairs solicited the views of his provincial counterparts, trade associations, consumer groups and academics with respect to proposals for amending the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (*ibid.*, at p. 381). This process “yielded valuable experience laying the groundwork for what was to become the *Competition Act*” (Facey and Assaf, at p. 10).

[86] Bill C-91, *An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence*

de dessaisissement rendue par le Tribunal en vertu de l’art. 92 — devraient-ils compter dans la pondération qu’exige l’art. 96? Deuxièmement, comment faut-il procéder à cette pondération? Avant de trancher les questions soulevées en appel, il est utile de passer en revue l’historique de la défense légale fondée sur les gains en efficience et la manière dont les tribunaux l’ont traitée auparavant.

(1) Historique de la défense fondée sur les gains en efficience

[85] L’article 96 faisait partie de la nouvelle *Loi sur la concurrence*, entrée en vigueur le 19 juin 1986. La réforme de la législation canadienne sur la concurrence a été entreprise en 1966 lorsque le gouvernement fédéral a demandé au Conseil économique du Canada de se pencher sur la question. Dans le rapport qu’il a publié en 1969, le Conseil [TRADUCTION] « a dit de l’efficience économique qu’elle était l’objectif politique prépondérant » de la réforme législative (A. N. Campbell, *Merger Law and Practice : The Regulation of Mergers Under the Competition Act* (1997), p. 21). Après quelques tentatives de modification législative et au terme de consultations longues et vastes, le législateur a adopté la nouvelle *Loi sur la concurrence*. Il répondait ainsi aux préoccupations formulées à l’égard du nombre de fusionnements importants intervenus au Canada (Facey et Assaf, p. 9; voir aussi W. T. Stanbury et G. B. Reschenthaler, « Reforming Canadian Competition Policy : Once More Unto the Breach » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 381, p. 388). Au début de 1981, le ministre fédéral de la Consommation et des Affaires commerciales avait sollicité l’opinion de ses homologues provinciaux, d’associations syndicales, de groupes de consommateurs et d’universitaires sur des propositions de modifications à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23 (*ibid.*, p. 381). Cette démarche [TRADUCTION] « a permis d’obtenir une expérience précieuse qui a servi à établir les assises de ce qui allait devenir la *Loi sur la concurrence* » (Facey et Assaf, p. 10).

[86] Le projet de loi C-91, la *Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur*

thereof, was introduced in the House of Commons in 1985 (1st Sess., 33rd Parl., first reading Dec. 17, 1985, assented to June 17, 1986, S.C. 1986, c. 26). This bill included comprehensive amendments to the *Combines Investigation Act*, including the creation of a new expert adjudicative body, the Competition Tribunal, and the inclusion of the efficiencies defence (Facey and Assaf, at pp. 9-10).

[87] A stand-alone statutory efficiencies defence was considered “particularly appropriate for Canada because a small domestic market often precludes more than a few firms from operating at efficient levels of production and because Canadian firms need to be able to exploit scale economies to remain competitive internationally” (Campbell, at p. 152; see also *House of Commons Debates*, vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., April 7, 1986, at p. 11962; Minister of Consumer and Corporate Affairs, *Competition Law Amendments: A Guide* (1985), at p. 4). In the context of the relatively small Canadian economy, to which international trade is important, the efficiencies defence is Parliamentary recognition that, in some cases, consolidation is more beneficial than competition (*ibid.*, at pp. 15-17).

(2) Jurisprudential History of Section 96

[88] The leading case law on the interpretation of the efficiencies defence remains the *Superior Propane* series of cases, which began when the Commissioner applied to the Tribunal seeking an order to prevent a merger between the two largest national distributors of propane (*Superior Propane I*, rev’d on other grounds in *Superior Propane II*, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xiii; redetermination in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417 (“*Superior Propane III*”), aff’d 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529 (“*Superior Propane IV*”). Although this Court is not bound by these decisions, the *Superior Propane* cases considered

les banques et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois, a été déposé à la Chambre des communes en 1985 (1^{re} sess., 33^e lég., première lecture le 17 déc. 1985, sanctionnée le 17 juin 1986, L.C. 1986, c. 26). Ce projet de loi a modifié profondément la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, notamment en constituant un nouvel organisme décisionnel expert, le Tribunal de la concurrence, et en prévoyant la défense fondée sur les gains en efficacité (Facey et Assaf, p. 9-10).

[87] Une défense distincte fondée sur les gains en efficacité, d’origine législative, avait été jugée [TRADUCTION] « convenir particulièrement au Canada, car un marché intérieur modeste ne permet souvent qu’à quelques entreprises tout au plus de produire à des niveaux efficaces, et les entreprises canadiennes doivent pouvoir tirer parti d’économies d’échelle pour demeurer concurrentielles sur le marché international » (Campbell, p. 152; voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 1^{re} sess., 33^e lég., 7 avril 1986, p. 11962; ministre de la Consommation et des Corporations, *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide* (1985), p. 4). Dans le contexte de l’économie canadienne relativement modeste, où le commerce international est important, le législateur reconnaît par la défense fondée sur les gains en efficacité que, dans certains cas, le regroupement est plus avantageux que la concurrence (*ibid.*, p. 15-17).

(2) Historique jurisprudentiel de l’art. 96

[88] Encore aujourd’hui, la jurisprudence de principe sur l’interprétation de la défense fondée sur les gains en efficacité est la série *Supérieur Propane*, qui commence lorsque le commissaire s’adresse au Tribunal pour obtenir une ordonnance interdisant un fusionnement entre les deux plus importants distributeurs nationaux de propane (*Supérieur Propane I*, inf. pour d’autres motifs dans *Supérieur Propane II*, autorisation d’appel rejetée, [2001] 2 R.C.S. xiii; nouvelle décision dans *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne) (« *Supérieur Propane III* »), conf. par 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529 (« *Supérieur Propane IV* »)). Bien que notre Cour ne soit pas liée par

a number of factors relevant to the efficiencies defence and its application.

[89] The *Superior Propane I* case confirmed that s. 96 is a defence to the application of s. 92 (paras. 398-99). As such, the onus of alleging and proving that efficiency gains from the merger will be greater than and will offset the effects of any prevention or lessening of competition resulting from the merger falls upon the merging parties (*Superior Propane I*, at para. 399; *Superior Propane II*, at para. 154; *Superior Propane IV*, at para. 64).

[90] The s. 96 efficiencies defence requires an analysis of whether the efficiency gains of the merger, which result from the integration of resources, outweigh the anti-competitive effects, which result from the decrease in or absence of competition in the relevant geographic and product market. As the Federal Court of Appeal explained in *Superior Propane II*, “This is, in substance, a balancing test that weighs efficiencies on one hand, against anti-competitive effects on the other” (para. 95).

(3) Methodological Approaches to Section 96

[91] There are different possible methodologies for the comparative exercise under s. 96 (Facey and Brown, at pp. 256-57). In Canada, two main standards have been the subject of judicial consideration: the “total surplus standard” and the “balancing weights standard”. For both standards, two types of economic surplus are relevant: producer surplus and consumer surplus.

[92] Producer surplus “measures how much more producers are able to collect in revenue for a product than their cost of producing it” (Facey and Brown, at p. 256). Producer surplus therefore represents the wealth that accrues to producers. Consumer surplus is “a measure of how much more the consumers of a product would have been willing to pay to purchase the product compared to the prevailing market price” (*ibid.*). Consumer surplus therefore represents the

ces décisions, il reste que celles-ci traitent un certain nombre de facteurs pertinents quant à la défense fondée sur les gains en efficacité et à son application.

[89] *Supérieur Propane I* a confirmé que l’art. 96 établit une défense à l’application de l’art. 92 (par. 398-399). Pour cette raison, il incombe aux parties au fusionnement de l’invoquer et de prouver que les gains en efficacité entraînés par le fusionnement surpasseront et neutraliseront les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence résultant du fusionnement (*Supérieur Propane I*, par. 399; *Supérieur Propane II*, par. 154; *Supérieur Propane IV*, par. 64).

[90] La défense que prévoit l’art. 96 commande une analyse visant à déterminer si les gains en efficacité qu’entraîne le fusionnement, résultant de l’intégration des ressources, surpassent les effets anticoncurrentiels qui découlent de la diminution ou de l’absence de concurrence dans le marché géographique et dans celui du produit en cause. Pour reprendre les propos exprimés par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Supérieur Propane II*, « [i]l s’agit, en substance, d’un critère de pondération qui met en balance les gains en efficacité d’un côté et les effets anticoncurrentiels de l’autre » (par. 95).

(3) Méthodologies applicables à l’art. 96

[91] Il existe diverses manières de procéder à l’exercice de comparaison qu’appelle l’art. 96 (Facey et Brown, p. 256-257). Au Canada, les tribunaux ont examiné deux grands critères : celui du « surplus total » et celui des « coefficients pondérateurs ». Pour chacun, deux types de surplus économique sont pertinents : le surplus du producteur et le surplus du consommateur.

[92] Le surplus du producteur [TRADUCTION] « mesure la différence entre les recettes attribuables à un produit et ses coûts de production » (Facey et Brown, p. 256). Le surplus du producteur représente donc les richesses qui reviennent aux producteurs. En revanche, le surplus du consommateur « mesure la différence entre le prix que les consommateurs d’un produit auraient été disposés à payer par rapport au prix du marché courant » (*ibid.*). Le surplus du

savings that accrue to consumers from what they would have been willing to pay.

[93] The term “total surplus” refers to the sum of producer and consumer surplus (see Facey and Brown, at p. 256). If a producer covers its costs, including its cost of capital, by selling a unit of a product at \$20 and a consumer is willing to buy the unit for \$40, then the total surplus created by the unit is \$20. If the eventual sale price is \$30, for example, then each of producer and consumer surplus is increased by \$10 as a result of the transaction. The total surplus in the economy represents the aggregate of the total surplus created by each unit produced.

[94] The total surplus standard involves quantifying the deadweight loss which will result from a merger — “the amount by which total surplus is reduced under certain market conditions that reduce the quantity of a good that is supplied” (Facey and Brown, at pp. 256-57). Deadweight loss “results from the fall in demand for the merged entities’ products following a post-merger increase in price, and the inefficient allocation of resources that occurs when, as prices rise, consumers purchase a less suitable substitute” (*Superior Propane IV*, at para. 13). Estimates of the elasticity of demand — or the degree to which demand for a product varies with its price — are necessary to calculate the deadweight loss (Tribunal decision, at para. 244).

[95] Under the total surplus standard, equal weight is given from a welfare perspective to changes in producer and consumer surplus (Facey and Brown, at p. 257). The decrease in total surplus resulting from decreased competition is balanced against any offsetting increase in total surplus resulting from more efficient production. The focus of this method is purely on the magnitude of the total surplus: the degree to which total surplus is allocated between producers and consumers is not considered. In other words, the total surplus standard measures

consommateur représente donc les économies qui reviennent aux consommateurs par rapport à ce que ces derniers auraient été disposés à payer.

[93] Le terme « surplus total » renvoie à la somme du surplus du producteur et du surplus du consommateur (voir Facey et Brown, p. 256). Si un producteur fait ses frais, y compris le coût du capital, en vendant un produit 20 \$ et qu’un consommateur est disposé à l’acheter 40 \$, le surplus total créé par l’article est égal à 20 \$. Si le prix de vente est de 30 \$, par exemple, le surplus du producteur et le surplus du consommateur augmentent chacun de 10 \$ par suite de l’opération. Le surplus total à l’échelle de l’économie représente la somme du surplus total créé par chaque article produit.

[94] Le critère du surplus total implique une quantification de la perte sèche qui découlera d’un fusionnement — [TRADUCTION] « ce qui est retranché au surplus total dans certaines conditions du marché ayant pour effet de réduire la quantité d’un bien qui est fourni » (Facey et Brown, p. 256-257). La perte sèche « résulte de la chute de la demande des produits des entités fusionnées par suite d’une hausse de prix intervenue après le fusionnement et de l’affectation inefficace des ressources qui se produit lorsque, par suite de la hausse des prix, les consommateurs achètent un produit de substitution convenant moins bien » (*Supérieur Propane IV*, par. 13). L’estimation de l’élasticité de la demande — ou la mesure dans laquelle la demande d’un produit varie selon son prix — est nécessaire aux fins du calcul de la perte sèche (décision du Tribunal, par. 244).

[95] Suivant le critère du surplus total, une valeur égale est attribuée, du point de vue du bien-être, aux changements du surplus du producteur et du surplus du consommateur (Facey et Brown, p. 257). La réduction du surplus total qui découle d’une concurrence réduite est compensée par toute hausse du surplus total découlant de l’optimisation de la production. Cette méthode s’intéresse exclusivement à la valeur du surplus total : le rapport entre le surplus des producteurs et le surplus des consommateurs ne joue pas dans la balance. Autrement dit, le critère

only the total benefit flowing to the economy and is not concerned with to whom the benefits flow; the analysis of the relevant effects is limited to the deadweight loss (*Superior Propane IV*, at para. 16). Therefore, the total surplus standard “does not consider the effect of the wealth likely to be transferred from consumers to the shareholders of the merged entity as a result of the anti-competitive merger and the consequent increase of prices. This ‘wealth transfer’ or ‘redistributive effect’ is considered to be neutral” (*Superior Propane IV*, at para. 14). As such, under the total surplus standard approach, an anti-competitive merger will proceed when efficiency gains to producer surplus are greater than the decrease in consumer surplus.

[96] In the *Superior Propane* cases, the Tribunal and the Federal Court of Appeal recognized another methodology called the “balancing weights” approach. This approach enables Tribunal members to “use their individual judgment and discretion to evaluate whether the gains to shareholders are more or less important to society than the losses of surplus imposed on consumers by the exercise of market power” (*Superior Propane I*, at para. 431).

[97] As explained in *Superior Propane IV*, under the balancing weights approach, the Tribunal weighs the effects of the merger on consumers against the effects of the merger on the shareholders of the merged entity. The Tribunal first determines the relative weights to be assigned to producer gains and consumer losses, to equate them, or to make the wealth transfer neutral in effect. Then, the Tribunal engages in a value judgment process to conclude whether the assigned weights are reasonable in light of any disparity between the incomes of the relevant consumers and shareholders of the merged entity (*Superior Propane IV*, at para. 20).

[98] The Tribunal may also adopt a modified version of the balancing weights approach (see *Superior Propane IV*, at paras. 21 and 26). Under this modified approach, socially adverse redistribution effects, or the portion of the wealth transfer that is

du surplus total mesure uniquement le bénéfice total pour l'économie sans égard à qui en jouit; l'analyse des effets pertinents est limitée à la seule perte sèche (*Supérieur Propane IV*, par. 16). Ainsi, le critère du surplus total « ne tient pas compte de l'effet de la richesse qui sera vraisemblablement transférée des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée par suite du fusionnement anticoncurrentiel et de l'augmentation des prix en résultant. Ce “transfert de richesse” ou cet “effet de redistribution” est considéré comme neutre » (*Supérieur Propane IV*, par. 14). Ainsi donc, suivant le critère du surplus total, un fusionnement anticoncurrentiel va de l'avant lorsque les gains en efficacité associés au surplus du producteur sont supérieurs à la réduction du surplus du consommateur.

[96] Dans la série *Supérieur Propane*, le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont reconnu une autre méthode, celle des « coefficients pondérateurs ». Elle appelle les membres du Tribunal à « exercer leur jugement personnel et leur discrétion pour déterminer si les gains qui reviennent aux actionnaires sont plus importants (ou moins importants) pour la société que la réduction du surplus du consommateur causée par l'exercice d'une puissance commerciale » (*Supérieur Propane I*, par. 431).

[97] Ainsi qu'il est expliqué dans *Supérieur Propane IV*, suivant la méthode des coefficients pondérateurs, le Tribunal compare les effets du fusionnement sur les consommateurs et les effets du fusionnement sur les actionnaires de l'entité fusionnée. Il détermine dans un premier temps les coefficients pondérateurs à attribuer aux gains des producteurs et aux pertes des consommateurs, pour les égaliser ou pour neutraliser l'effet du transfert de richesse. Ensuite, le Tribunal doit porter un jugement de valeur pour décider si les coefficients pondérateurs attribués sont raisonnables compte tenu de la disparité entre les revenus des consommateurs touchés et des actionnaires de l'entité fusionnée (*Supérieur Propane IV*, par. 20).

[98] Le Tribunal peut aussi appliquer une méthode des coefficients pondérateurs modifiée (voir *Supérieur Propane IV*, par. 21 et 26). Suivant cette méthode modifiée, les effets de redistribution socialement défavorables, soit la portion du transfert

attributable to higher prices paid by low-income households, may be taken into account as an anti-competitive effect, while components of the wealth transfer that are not socially adverse may be treated as neutral (*Superior Propane III*, at para. 333).

[99] However, there is no mandated “correct” methodology for the s. 96 analysis (*Superior Propane II*, at paras. 139-42). The statute does not set out which standard should be used. From an economic perspective, there are arguments in favour of the total surplus standard (see M. Trebilcock et al., *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (2002), at pp. 146-51). However, that is not the issue before this Court and, for the purpose of this case, it suffices to say that *Superior Propane II* established that the Tribunal has the flexibility to make the ultimate choice of methodology in view of the particular circumstances of each merger.

[100] The Tribunal should consider all available quantitative and qualitative evidence (*Superior Propane I*, at para. 461; *Superior Propane III*, at para. 335). While quantitative aspects of a merger are those which can be measured and reduced to dollar amounts, qualitative elements of a merger, including in some cases such things as better or worse service or lower or higher quality, may not be measurable as they are dependent on individual preferences in the market (see *Superior Propane I*, at paras. 459-60). Effects that can be quantified should be quantified, even as estimates. If effects are realistically measurable, failure to at least estimate the quantification of those effects will not result in the effects being assessed on a qualitative basis (*Superior Propane III*, at para. 233; *Superior Propane IV*, at para. 35).

[101] The above principles developed in the *Superior Propane* series of cases provide the foundation for the analysis of the s. 96 efficiencies defence. These principles serve as the backdrop to the legal issues in the present case: consideration of whether specific efficiencies are valid efficiencies for the purposes of the defence and the proper approach to the balancing exercise under s. 96.

de la richesse qui est attribuable aux prix plus élevés payés par les ménages à faible revenu, peuvent être considérés comme des effets anticoncurrentiels, tandis que les éléments du transfert de la richesse qui ne sont pas socialement défavorables peuvent être considérés comme neutres (*Supérieur Propane III*, par. 333).

[99] Cependant, aucune méthode « correcte » n’est prescrite pour l’analyse qu’appelle l’art. 96 (*Supérieur Propane II*, par. 139-142). La loi ne précise pas le critère à appliquer. Certains arguments économiques militent en faveur du critère du surplus total (voir M. Trebilcock et autres, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (2002), p. 146-151). Or, là n’est pas la question dont notre Cour est saisie et, pour nos fins, il suffit de dire que l’affaire *Supérieur Propane II* a permis d’établir que le Tribunal jouit de la latitude requise pour décider en bout de ligne de la méthode à la lumière des circonstances propres à chaque fusionnement.

[100] Le Tribunal devrait prendre en considération tous les éléments quantitatifs et qualitatifs à sa disposition (*Supérieur Propane I*, par. 461; *Supérieur Propane III*, par. 335). Si les aspects quantitatifs d’un fusionnement sont ceux qui peuvent être mesurés et exprimés en dollars, les éléments qualitatifs, y compris dans certains cas les facteurs comme l’amélioration ou la diminution du service ou de la qualité, peuvent ne pas être mesurables, puisqu’ils dépendent des préférences individuelles dans le marché (voir *Supérieur Propane I*, par. 459-460). Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l’être, ou à tout le moins être estimés. L’omission d’en donner au moins une estimation quantitative, lorsqu’il est réalistement possible de le faire, ne donnera pas lieu à une analyse qualitative de ces effets (*Supérieur Propane III*, par. 233; *Supérieur Propane IV*, par. 35).

[101] Élaborés dans la série *Supérieur Propane*, les principes qui précèdent étayent l’analyse de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l’art. 96. Ils sous-tendent les questions juridiques soulevées en l’espèce, à savoir l’admissibilité de certains gains en efficacité pour l’application de la défense et la manière de procéder à la pondération qu’appelle l’art. 96.

(4) Order Implementation Efficiencies Are Not Valid Efficiencies Under Section 96

[102] In the context of a merger, efficiencies are pro-competitive benefits. As Brian A. Facey and Cassandra Brown explain, “Economists’ conception of efficiency revolves around the benefit, value or satisfaction that accrues to society due to the actions and choices of its members” (p. 253). There are three components: (1) production efficiency, which “is achieved when output is produced using the most cost-effective combination of productive resources available under existing technology”; (2) innovation or dynamic efficiency, which “is achieved through the invention, development and diffusion of new products and production processes”; and (3) allocative efficiency, which “is achieved when the existing stock of goods and productive output is allocated throughout the price system to those buyers who value them most in terms of willingness to pay, such that ‘resources available to society are allocated to their most valuable use’” (Facey and Brown, at pp. 253-55, quoting Competition Bureau, *Merger Enforcement Guidelines* (2011), at para. 12.4).

[103] Tervita argues that the Tribunal erred in rejecting valid efficiencies from its consideration of the efficiency gains, namely those referred to by the Tribunal as OIEs. Tervita submits that all economic efficiencies, however arising, should be considered.

[104] Tervita claimed certain transportation and market expansion efficiencies which Tervita could have attained more quickly than a third party purchaser of the Babkirk site (A.F., at para. 100). As the Federal Court of Appeal explained, the *transportation* gains in efficiency are “productive gains in efficiency realized by the customers who are closer to the Babkirk site, than to Tervita’s Silverberry secure landfill. Since Tervita acquired the site allegedly to open a full-service secure landfill operation there, customers located closer to that site would achieve transportation cost savings” (para. 131).

(4) Les gains en efficacité liés à l’exécution de l’ordonnance ne sont pas admissibles pour l’application de l’art. 96

[102] Dans le contexte d’un fusionnement, les gains en efficacité sont des avantages favorisant la concurrence. Ainsi que Brian A. Facey et Cassandra Brown l’expliquent, [TRADUCTION] « la conception qu’ont les économistes de l’efficacité tient à l’avantage, à la valeur ou à la satisfaction que tire la société des actions et des choix de ses membres » (p. 253). Elle se compose de trois éléments : (1) l’efficacité de la production, « réalisée lorsque la production de l’ex-trant repose sur la combinaison la plus économique de ressources productives que permet la technologie existante »; (2) l’innovation ou l’efficacité dynamique, « réalisée grâce à l’invention, à l’élaboration et à la diffusion de nouveaux produits et processus de production »; (3) l’efficacité de la répartition des ressources, « réalisée lorsque les stocks actuels de biens et d’ex-trants productifs sont répartis dans tout le système des prix parmi les acheteurs qui y tiennent le plus au regard de leur volonté de payer, de telle sorte que “les ressources dont dispose la société sont affectées à leur emploi le plus valable” » (Facey et Brown, p. 253-255, citant le Bureau de la concurrence, *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi* (2011), par. 12.4).

[103] Tervita fait valoir que le Tribunal a exclu à tort des gains en efficacité qu’il a appelés les GEEO. Or, selon elle, tous les gains en efficacité économiques, peu importe la manière dont ils sont réalisés, devraient être pris en considération.

[104] Tervita a fait valoir certains gains en efficacité liés au transport et à l’expansion du marché qu’elle prétendait pouvoir réaliser plus rapidement qu’un tiers acquéreur du site Babkirk (m.a., par. 100). Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a expliqué, en matière de *transport*, il s’agit « des gains de productivité réalisés par les clients qui se trouvent plus près du site Babkirk que du site d’enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. Étant donné que Tervita aurait acquis le site en vue d’y ouvrir un site d’enfouissement sécuritaire à service complet, les clients situés plus près de ce site que de

Tervita asserted before the Tribunal that, had the Commissioner not intervened, it would have already been operating a secure landfill at the Babkirk site by the spring of 2012 (Tribunal decision, at para. 269). However, a third party purchaser would have been unlikely to have a secure landfill in operation before the spring of 2013. Only Tervita therefore could have enabled customers to achieve these additional transportation efficiencies for that one-year period.

[105] The *market* gains in efficiency are the result of additional hazardous waste which would be disposed at the Babkirk site secure landfill: “Since there are significant costs and risks associated with transporting such waste over long distances to the Silverberry secure landfill, a site requiring a shorter transportation route (such as the Babkirk site) would attract more hazardous waste than would otherwise have been disposed of at Silverberry . . .” (F.C.A. decision, at para. 132). As with the transportation gains in efficiency, Tervita would have been able to achieve the market gains one year earlier than a third party purchaser — from the spring of 2012 to the spring of 2013.

[106] The Tribunal held that these one-year transportation and market efficiency gains were a result of the time associated with the implementation of its divestiture order, including the time required to effect the actual sale of the shares or assets of Babkirk (estimated to take at least six months including the due diligence process), to modify or prepare an operations plan for the landfill, for the B.C. Ministry of the Environment (“MOE”) to approve the operations plan, and for the purchaser to construct the landfill, which can only be undertaken between June and September (para. 269). As such, the Tribunal held that the OIEs were not cognizable efficiencies under the Act (paras. 269-70).

l’autre auraient réalisé des économies au chapitre du transport » (par. 131). Tervita a affirmé devant le Tribunal que, n’eût été l’intervention de la commissaire, elle aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk dès le printemps 2012 (décision du Tribunal, par. 269). En revanche, un tiers acquéreur n’y serait probablement pas arrivé avant le printemps 2013. Seule Tervita aurait donc pu permettre aux clients de réaliser ces gains en efficacité supplémentaires liés au transport durant la période d’un an.

[105] Les gains en efficacité liés à l’expansion du *marché* résultent de quantités accrues de déchets dangereux éliminés au site d’enfouissement sécuritaire Babkirk : « Étant donné les coûts et les risques considérables associés au transport de ce type de déchets sur un trajet aussi long que celui qui mène au site d’enfouissement sécuritaire Silverberry, un site moins éloigné (comme le site Babkirk) aurait l’avantage de réduire le trajet et d’attirer ainsi davantage de déchets dangereux que ne le ferait le seul site Silverberry . . . » (décision de la C.A.F., par. 132). Comme pour ce qui est des gains en efficacité liés au transport, Tervita aurait été en mesure de réaliser des gains liés à l’expansion du marché un an plus tôt qu’un tiers acquéreur, c’est-à-dire du printemps 2012 au printemps 2013.

[106] Le Tribunal a conclu que ces gains en efficacité d’un an relatifs au transport et à l’expansion du marché étaient liés au délai d’exécution de son ordonnance de dessaisissement, dont le temps nécessaire pour conclure la vente effective des actions ou des éléments d’actif de Babkirk (selon les estimations, cela devait prendre au moins six mois, en comptant les mesures de vérification), pour dresser le plan d’exploitation du site d’enfouissement ou le modifier, pour que le ministère de l’Environnement de la Colombie-Britannique (« ME ») approuve le plan d’exploitation et pour que l’acquéreur construise le site d’enfouissement, ce qui n’est possible qu’entre juin et septembre (par. 269). Ainsi, le Tribunal a conclu que les GÉEO n’étaient pas admissibles pour l’application de la Loi (par. 269-270).

[107] A distinction should be drawn between efficiencies claimed because a merging party would be able to bring those efficiencies into being faster than would be the case but for the merger (what could be called “early-mover” efficiencies), and efficiencies that a merging party could realize sooner than a competitor only because the competitor would be delayed in implementing those efficiencies because of legal proceedings associated with a divestiture order (what the Tribunal identified as OIEs). While, as will be discussed, OIEs are not cognizable efficiencies under s. 96, early-mover efficiencies are real economic efficiencies that are caused by the merger, and not by delays associated with legal proceedings; were it not for the merger, the economy would not gain the benefit of those efficiencies that would have accrued in the time period between the merger and the actions of a future competitor.

[108] Though the Tribunal held that the one-year efficiencies claimed by Tervita were OIEs, the Tribunal’s reasons also appear to suggest that those efficiencies could have been classified as early-mover efficiencies. The Tribunal noted that Tervita would have been prepared to operate the Babkirk site as a secure landfill by the summer of 2012 (para. 269), and also found that, under its “but for” analysis in which the merger would not have occurred, the site would not have been operated as a secure landfill accepting significant quantities of waste until the spring of 2013 (para. 207). Thus, it would appear that any transportation and market expansion efficiencies arising from the operation of the Babkirk site as a secure landfill from 2012 to 2013 under Tervita’s plans could have arisen not due to delays caused by legal proceedings, but by Tervita’s ability to bring the site into operation sooner than a potential competitor.

[109] The Tribunal’s reasons appear inconsistent on whether the facts as found by the Tribunal would properly support the classification of the one-year efficiencies at issue as early-mover efficiencies or as OIEs. However, as will be discussed below, the classification of these efficiencies in this case would

[107] Il y a lieu de distinguer entre les gains en efficience qu’une partie au fusionnement prétend être en mesure de réaliser plus rapidement qu’en l’absence du fusionnement (ce que l’on pourrait appeler les gains en efficience « du premier arrivé ») et les gains en efficience qu’une partie au fusionnement pourrait réaliser plus tôt qu’un concurrent pour la seule raison que ce dernier devrait attendre la fin de la procédure de dessaisissement (ce que le Tribunal a appelé les GEEO). Si, comme nous le verrons, les GEEO ne sont pas admissibles pour l’application de l’art. 96, les gains en efficience du premier arrivé constituent en revanche des gains en efficience économiques qui résultent véritablement du fusionnement, et non pas du délai d’exécution associé à une instance judiciaire. N’eût été le fusionnement, l’économie n’aurait tiré aucun profit de ces gains en efficience qui auraient été réalisés entre la date du fusionnement et celle des actions d’un concurrent futur.

[108] S’il a qualifié de GEEO les gains en efficience que Tervita a prétendu pouvoir réaliser durant la période d’un an, le Tribunal laisse toutefois entendre qu’il aurait pu s’agir de gains en efficience du premier arrivé. Selon lui, Tervita aurait été prête à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk à l’été 2012 (par. 269). En outre, suivant son analyse axée sur l’absence hypothétique — où il n’y a pas de fusionnement —, le site d’enfouissement sécuritaire n’aurait pas été prêt à accepter des quantités importantes de déchets avant le printemps 2013 (par. 207). Il semblerait donc que les gains en efficience liés au transport et à l’expansion du marché susceptibles de découler de l’exploitation d’un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk de 2012 à 2013 selon les plans de Tervita auraient pu être attribuables non pas aux délais associés à une instance judiciaire, mais à la capacité de Tervita d’exploiter le site plus rapidement qu’un concurrent éventuel.

[109] Les motifs du Tribunal semblent indécis quant à savoir si les faits tels qu’il les a admis permettent d’assimiler les gains en efficience réalisables pendant la période d’un an à des gains du premier arrivé ou à des GEEO. Cependant, comme nous le verrons, la classification de ces gains dans

not be dispositive because the efficiencies were not ultimately realized by Tervita. Nevertheless, in light of the importance of the issue of whether OIEs should be cognizable in future cases, I turn now to an examination of that issue.

[110] In Tervita's submission, OIEs must be considered because s. 96 affords paramountcy to the statutory objective of economic efficiency such that all efficiencies, however arising, must be considered. I am unable to agree with Tervita on this point.

[111] Section 96 does give primacy to economic efficiency. However, s. 96 is not without limitation.

[112] For ease of reference, I produce s. 96(1) here:

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

[113] In order for a party to gain the benefit of the s. 96 defence, the Tribunal must be satisfied that the merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency. The Tribunal must also find that the gains in efficiency would not likely be attained if a s. 92 order were made. In addition, and despite the paramountcy given to economic efficiencies in s. 96, s. 96(3) prohibits the Tribunal from considering a "redistribution of income between two or more persons" as an offsetting efficiency gain. The limitation in s. 96(3) demonstrates that Parliament does not intend for all efficiency gains, however arising, to be taken into account under s. 96.

le présent pourvoi ne serait pas déterminante, puisque Tervita ne les a pas réalisés. Néanmoins, étant donné qu'il importe de savoir si les GEEOs devraient être admissibles à l'avenir, j'examine maintenant cette question.

[110] De l'avis de Tervita, les GEEOs doivent être pris en considération au motif que l'art. 96 attribue une importance primordiale à l'objet de la loi qu'est l'efficacité de l'économie, de telle sorte que tous les gains en efficacité, quelle qu'en soit la source, doivent être pris en considération. Je ne partage malheureusement pas cet avis.

[111] L'article 96 accorde effectivement la primauté à l'efficacité de l'économie, mais il n'est pas dépourvu de limites.

[112] Par souci de commodité, je reproduis le par. 96(1) :

96. (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

[113] Pour qu'une partie bénéficie de la défense prévue à l'art. 96, le Tribunal doit être convaincu que le fusionnement, réalisé ou proposé, a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité et il doit également conclure que les gains en efficacité ne seraient vraisemblablement pas réalisés s'il rendait l'ordonnance prévue à l'art. 92. En outre, le par. 96(3) interdit au Tribunal, nonobstant la primauté accordée à l'efficacité économique à cet article, de considérer la « redistribution de revenu entre plusieurs personnes » comme un gain en efficacité neutralisant. Cette limite démontre que le législateur ne souhaite pas que tous les gains en efficacité, quelle qu'en soit la source, soient pris en considération pour l'application de l'art. 96.

[114] The transportation and market efficiencies at issue in this case are efficiency gains resulting from the operation of a secure landfill facility at a location closer to some customers. However, subject to the above discussion as to the proper classification of these efficiencies in this case, the OIEs specifically are efficiency gains resulting not from the merger itself, but from the implementation time associated with a divestiture order (F.C.A. decision, at para. 135). Put simply, if these efficiencies are properly classified as OIEs, they would be achieved by Tervita, and not by a third party, only by virtue of Tervita being in operation one year earlier than a third party purchaser following a divestiture order, and only because of the time that it would take for the Tribunal's order to be implemented.

[115] Efficiencies that are the result of the regulatory processes of the Act are not cognizable efficiencies under s. 96. The OIEs result from the operation and application of the legal framework regulating competition law in Canada. The provision states that the *merger* or *proposed merger* must bring about or be likely to bring about gains in efficiency. The OIEs are efficiencies which are not attributable to the merger. They are attributable to the time associated with the implementation of the divestiture order.

[116] Finally, regardless of whether the efficiencies are classified as early-mover efficiencies or OIEs, and as the Federal Court of Appeal explained, the efficiencies were nevertheless not realized in this case because Tervita did not actually construct and operate a landfill at the Babkirk site before the merger review, or indeed before the date of the Tribunal's order. Tervita argues that this reasoning does not withstand scrutiny. In this case, Tervita undertook to preserve and maintain all provincial MOE approvals, permits and authorizations for the establishment and operation of a proposed secure landfill at the Babkirk site pending the proceedings before the Tribunal. Tervita argues that, as a result of this "hold separate undertaking", it could not have constructed its planned secure landfill. Again, I cannot agree.

[114] Les gains en efficacité liés au transport et à l'expansion du marché qui sont en cause dans la présente affaire découlent de la situation géographique du site d'enfouissement sécuritaire, qui se trouve plus près de certains clients. Cependant, sous réserve de ce qui précède sur la bonne catégorisation des gains dans la présente affaire, les GÉEO découlent non pas du fusionnement même, mais du délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement (décision de la C.A.F., par. 135). Bref, si ces gains en efficacité étaient bel et bien des GÉEO, ils seraient réalisés par Tervita, et non par un tiers, du seul fait qu'elle exploiterait l'installation un an plus tôt qu'un tiers l'ayant acquise à la suite de l'ordonnance de dessaisissement, et uniquement à cause du délai d'exécution de cette dernière.

[115] Les gains en efficacité qui résultent de l'application de la Loi ne peuvent être pris en compte au titre de l'art. 96. Les GÉEO découlent de l'exécution et de l'application du cadre qui réglemente le droit de la concurrence au Canada. Aux termes de la disposition, c'est le *fusionnement réalisé ou proposé* qui doit avoir eu ou qui aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité. Les GÉEO ne constituent pas des gains en efficacité attribuables au fusionnement, ils sont attribuables au délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement.

[116] Enfin, peu importe qu'il s'agisse de gains en efficacité du premier arrivé ou de GÉEO. En effet, comme l'explique la Cour d'appel fédérale, aucun gain en efficacité n'a été réalisé en l'espèce parce que Tervita n'a pas construit ni exploité un site d'enfouissement au site Babkirk avant l'examen du fusionnement ou même avant la date de l'ordonnance du Tribunal. Tervita soutient que ce raisonnement ne résiste pas à l'analyse. Dans la présente affaire, Tervita a conservé toutes les approbations et autorisations ainsi que tous les permis qu'elle avait obtenus du ME de la province en vue de l'aménagement et de l'exploitation d'un site d'enfouissement sécuritaire proposé au site Babkirk en attendant l'issue de l'instance devant le Tribunal. Elle fait valoir qu'elle n'avait pu construire le site d'enfouissement sécuritaire en raison de l'entente de séparation d'actifs. Encore une fois, je ne suis pas d'accord.

[117] “Hold separate” orders are typically issued to prevent the intermingling of assets or businesses that would otherwise occur through the merger (B. A. Facey, G. Hilton-Sullivan and M. Graham, “The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review” (2010), 6 *C.L.I.* 28, at p. 33). These orders aim at avoiding the difficulties that would arise in attempting to “unscramble the egg” if an order was issued after a merger proceeded in full. In this case, the hold separate undertaking was not the typical “unscramble the egg” undertaking concerned with the intermingling of assets.

[118] The evidence in this case does not support Tervita’s claim that the undertaking prevented it from operating the landfill. The undertaking merely required Tervita to preserve and maintain the necessary provincial environmental approvals for establishing and operating the proposed secure landfill at the Babkirk site. The evidence before the Tribunal was that Tervita wanted to increase the capacity of the secure landfill and doing so would require an amendment to the approval for the site — a process Tervita understood to be contrary to the undertaking. However, nothing prevented Tervita from establishing and operating the landfill at the capacity allowed for under the existing approval.

[119] The evidence is that Tervita had not taken the steps to commence operating the landfill. Even assuming no divestiture order were made, Tervita would not have been in a position to begin operating the secure landfill at the conclusion of the proceedings.

[120] For these reasons, both the Tribunal and the Federal Court of Appeal were correct that the OIEs are not cognizable efficiencies under s. 96 (see Tribunal decision, at para. 270; F.C.A. decision, at para. 135).

(5) The Balancing Test Under Section 96

[121] Tervita argues that the Federal Court of Appeal took an overly subjective approach to the offset analysis under s. 96. This argument is based on

[117] La séparation d’actifs est généralement ordonnée pour empêcher la réunion des éléments d’actif ou des affaires qui résulterait autrement du fusionnement (B. A. Facey, G. Hilton-Sullivan et M. Graham, « The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review » (2010), 6 *C.L.I.* 28, p. 33). Ce type d’ordonnance vise à empêcher que l’on ait à « démêler l’écheveau » après le fusionnement complet si le Tribunal ordonnait le dessaisissement. En l’espèce, l’entente de séparation d’actifs ne se rapportait pas à l’objet habituel, à savoir empêcher l’écheveau de s’embrouiller sur le plan des éléments d’actif.

[118] La preuve dans le présent pourvoi n’appuie pas la prétention de Tervita selon laquelle l’entente l’empêchait d’exploiter le site d’enfouissement. L’entente l’obligeait simplement à conserver les approbations environnementales provinciales nécessaires pour l’aménagement et l’exploitation du site d’enfouissement sécuritaire proposé au site Babkirk. Selon la preuve produite devant le Tribunal, Tervita souhaitait accroître la capacité du site d’enfouissement sécuritaire, ce qui nécessitait une modification de l’approbation visant le site — un processus qui, d’après ce que Tervita croyait comprendre, était contraire à l’entente. Or, rien n’empêchait Tervita d’aménager et d’exploiter le site d’enfouissement selon la capacité autorisée dans l’approbation qui lui avait été délivrée.

[119] La preuve révèle que Tervita n’a pris aucune mesure pour commencer à exploiter le site d’enfouissement. Même à supposer qu’aucune ordonnance de dessaisissement n’ait été prononcée, elle n’aurait pu exploiter le site d’enfouissement sécuritaire dès l’issue de l’instance.

[120] Pour ces motifs, le Tribunal et la Cour d’appel fédérale ont tous deux conclu à juste titre que les GEE0 ne peuvent être pris en considération pour l’application de l’art. 96 (voir décision du Tribunal, par. 270; décision de la C.A.F., par. 135).

(5) Pondération qu’exige l’art. 96

[121] Tervita soutient que la Cour d’appel fédérale a adopté une perspective excessivement subjective à l’égard de l’analyse de l’effet neutralisant

the Commissioner's failure to quantify the quantifiable anti-competitive effects — specifically, the failure to quantify the deadweight loss. This raises the specific questions of what content there is to the Commissioner's burden under s. 96 and what consequences flow from a failure to meet the burden. More generally, Tervita's argument requires consideration of the overall balancing approach under s. 96.

(a) *The Commissioner's Burden*

[122] As explained above, the *Superior Propane* series established that the Commissioner has the burden under s. 96 to prove the anti-competitive effects. The merging parties bear the onus of establishing all other elements of the defence, including the extent of the efficiency gains and whether the gains are greater than and offset the anti-competitive effects (see *Superior Propane I*, at paras. 399 and 403; *Superior Propane II*, at para. 154; and *Superior Propane IV*, at para. 64). The parties do not take issue with this allocation of onus.

(i) The Content of the Commissioner's Burden

[123] Tervita argues that the Commissioner's onus is to quantify all anti-competitive effects which can be quantified. In this case, the Commissioner did not do so.

[124] The Commissioner argues that quantification is not a legal prerequisite to considering anti-competitive effects (R.F., at paras. 84 and 88). On the contrary, the Commissioner's legal burden is to quantify the quantifiable anti-competitive effects upon which reliance is placed. Where effects are measurable, they must be estimated. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated. A failure to quantify quantifiable effects will not result in such effects being considered qualitatively (*Superior Propane IV*, at para. 35). This approach minimizes the degree of subjective judgment necessary in the analysis and enables the Tribunal to make the most objective assessment possible in the circumstances (*Superior Propane IV*, at para. 38). An approach that would

qu'appelle l'art. 96. Son argument repose sur l'omission par la commissaire de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables, tout particulièrement la perte sèche, et soulève le fardeau que l'art. 96 impose à la commissaire et les conséquences du défaut de s'en acquitter. Plus généralement, l'argument de Tervita nous invite à examiner la méthode de pondération globale qu'exige l'art. 96.

a) *Fardeau de la commissaire*

[122] Comme nous l'avons vu, la série *Supérieur Propane* a établi que la commissaire a le fardeau, aux termes de l'art. 96, de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels. En revanche, il incombe aux parties au fusionnement d'établir les autres éléments de la défense, y compris la valeur des gains en efficacité et si ceux-ci surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels (voir *Supérieur Propane I*, par. 399 et 403; *Supérieur Propane II*, par. 154; et *Supérieur Propane IV*, par. 64). Les parties ne contestent pas cette répartition du fardeau de la preuve.

(i) Teneur du fardeau de la commissaire

[123] Tervita soutient qu'il incombe à la commissaire de quantifier tous les effets anticoncurrentiels qui peuvent l'être. Or, dans la présente affaire, la commissaire ne s'est pas acquittée de ce fardeau.

[124] La commissaire fait valoir que la quantification n'est pas une condition préalable en droit à l'examen des effets anticoncurrentiels (m.i., par. 84 et 88). Au contraire, elle est tenue en droit de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables qui serviront de fondement à la décision. Dans les cas où les effets peuvent être mesurés, ils doivent être estimés. Seuls les effets ne pouvant être estimés sur le plan quantitatif seront pris en considération sur le plan qualitatif. L'absence de mesure des effets quantifiables ne saurait se traduire par l'attribution d'une valeur qualitative (*Supérieur Propane IV*, par. 35). Cette méthode réduit au minimum le jugement subjectif nécessaire dans l'analyse et permet au Tribunal d'effectuer l'évaluation la plus objective possible dans les circonstances (*Supérieur Propane IV*,

permit the Commissioner to meet her burden without at least establishing estimates of the quantifiable anti-competitive effects fails to provide the merging parties with the information they need to know the case they have to meet.

[125] The Commissioner's burden is to quantify by estimation all quantifiable anti-competitive effects. Estimates are acceptable as the analysis is forward-looking and looks to anti-competitive effects that will or are likely to result from the merger. The Tribunal accepts estimates because calculations of anti-competitive effects for the purposes of s. 96 do not have the precision of history. However, to meet her burden, the Commissioner must ground the estimates in evidence that can be challenged and weighed. Qualitative anti-competitive effects, including lessening of service or quality reduction, are only assessed on a subjective basis because this analysis involves a weighing of considerations that cannot be quantified because they have no common unit of measure (that is, they are "incommensurable"). Due to the uncertainty inherent in economic prediction, the analysis must be as analytically rigorous as possible in order to enable the Tribunal to rely on a forward-looking approach to make a finding on a balance of probabilities.

[126] In this case, the Commissioner did not quantify quantifiable anti-competitive effects and therefore failed to meet her burden under s. 96.

(ii) What Consequences Flow From a Failure to Meet the Burden?

[127] The question concerns the legal implications of a failure by the Commissioner to quantify quantifiable anti-competitive effects. The Federal Court of Appeal recognized that "[a] quantitative effect which has not in fact been quantified should not be considered as a qualitative effect" (para. 158) but went on to hold that the non-quantified deadweight loss should be assigned a weight of "undetermined" (paras. 130 and 167).

par. 38). Une approche selon laquelle la commissaire pourrait s'acquitter de son obligation sans avoir donné au moins une estimation des effets anticoncurrentiels quantifiables ne permettrait pas aux parties au fusionnement de connaître la preuve qui leur est opposée.

[125] Le fardeau de la commissaire consiste à quantifier au moyen d'estimations tous les effets anticoncurrentiels quantifiables. Les estimations sont acceptables, car l'analyse est prospective et s'intéresse aux effets anticoncurrentiels qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. En outre, le calcul des effets anticoncurrentiels qu'exige l'art. 96 n'a pas la précision avec laquelle on peut examiner un fait survenu. Toutefois, pour s'acquitter de son fardeau, la commissaire doit fonder ses estimations sur une preuve qui peut être attaquée et soupesée. Les effets anticoncurrentiels qualitatifs, dont la diminution du service ou de la qualité, ne sont appréciés que sur un fondement subjectif, car une telle analyse fait appel à l'examen de considérations qui ne peuvent être quantifiées parce qu'elles n'ont aucune commune unité de mesure (à savoir elles sont « incommensurables »). En raison de l'incertitude inhérente aux prédictions économiques, l'analyse doit être aussi rigoureuse que possible du point de vue analytique afin de permettre au Tribunal de tirer une conclusion prospective selon la prépondérance des probabilités.

[126] Dans le présent pourvoi, la commissaire n'a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables et, partant, elle ne s'est pas acquittée du fardeau que lui impose l'art. 96.

(ii) Quelles sont les conséquences de l'omission de s'acquitter du fardeau?

[127] La question touche aux conséquences juridiques de l'omission par la commissaire de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables. La Cour d'appel fédérale a reconnu qu'un « effet quantitatif qui n'a pas été en réalité quantifié ne devrait pas être considéré comme un effet qualitatif » (par. 158), mais elle a ensuite conclu qu'il y a lieu de donner une valeur « indéterminée » à la perte sèche non quantifiée (par. 130).

[128] With respect, I cannot agree. As explained above, the Commissioner's burden is to quantify all quantifiable anti-competitive effects. The failure to do so is a failure to meet this legal burden and, as a result, the quantifiable anti-competitive effects should be fixed at zero. Quite simply, where the burden is not met, there are no proven quantifiable anti-competitive effects.

[129] As Tervita submits, this approach is consistent with that in civil proceedings where a party has failed to discharge its burden of proof with respect to loss (see S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at paras. 10.10 to 10.30). In addition, setting the effects at zero where the Commissioner has failed to meet her legal burden is consistent with taking an approach to the balancing analysis that is objectively reasonable. In setting the weight at undetermined, the Federal Court of Appeal allowed for subjective judgment to overtake the analysis. Undetermined effects were weighed against the proven overhead gains in efficiency, which were described by the court as "marginal" and "insignificant" (para. 174). Nonetheless, it is not clear how the Federal Court of Appeal — or any court — could weigh undetermined effects.

[130] The jurisprudence has consistently recognized the importance of an objective approach to the balancing analysis (see *Superior Propane IV*, at para. 38). As the Federal Court of Appeal recognized in this case:

Objective determinations are better suited for ensuring predictability in the application of the *Competition Act* and avoiding arbitrary decisions. Predictability is particularly important in merger reviews since most merger transactions are reviewed only by the Commissioner and rarely reach the Tribunal. A methodology which favours objective determinations whenever possible allows the parties to merger transactions and the Commissioner to more readily predict the impacts of a merger, discourages the use of arbitrary judgment in the process, and reduces overall uncertainty in the Canadian business community. [para. 152]

[128] Je ne puis malheureusement me rallier à cette opinion. Comme nous l'avons vu, il incombe à la commissaire de quantifier tous les effets anti-concurrentiels quantifiables. Une omission à cet égard est une omission en droit, de sorte que les effets anticoncurrentiels quantifiables doivent alors être jugés nuls. En termes très simples, dans les cas où ce fardeau n'est pas acquitté, aucun effet anti-concurrentiel quantifiable n'est prouvé.

[129] Ainsi que Tervita le fait valoir, une telle démarche est compatible avec celle qui vaut dans une instance civile où une partie ne s'est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombe au chapitre des pertes (voir S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5^e éd. 2012), par. 10.10 à 10.30). De plus, indiquer des effets nuls dans le cas où la commissaire ne s'est pas acquittée de son fardeau en droit vaut, à l'égard de l'exercice de pondération, une démarche qui est objectivement raisonnable. En concluant à une valeur indéterminée, la Cour d'appel fédérale a permis qu'un jugement subjectif dicte l'analyse. Les effets indéterminés ont été comparés aux gains en efficacité liés à la baisse des coûts indirects qui ont été établis, et que la cour a qualifiés de « secondaires » et « négligeables » (par. 174). Or, comment la Cour d'appel fédérale — ou n'importe quelle cour — pourrait-elle soupeser des effets indéterminés?

[130] La jurisprudence a, dans tous les cas, reconnu l'importance d'une démarche objective dans la pondération (voir *Supérieur Propane IV*, par. 38). Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a reconnu dans la présente affaire :

L'appréciation objective favorise davantage la prévisibilité lorsqu'il s'agit d'appliquer la *Loi sur la concurrence* et d'éviter des décisions arbitraires. La prévisibilité revêt une importance particulière dans le cas de l'examen des fusionnements, étant donné que la plupart des fusionnements ne sont examinés que par le commissaire et qu'ils sont rarement soumis à l'examen du Tribunal. Une méthodologie qui favorise une appréciation objective dans tous les cas possibles permet aux parties à une opération de fusionnement et au commissaire de prédire plus aisément les répercussions d'un fusionnement, en plus de dissuader les jugements arbitraires et de diminuer l'incertitude générale dans le monde canadien des affaires. [par. 152]

I agree with these reasons for favouring an objective approach. Although the Federal Court of Appeal recognized the importance of an objective analysis, in assigning the quantifiable but non-quantified effects a weight of “undetermined”, its analysis did not meet the necessary objective standard.

[131] The Federal Court of Appeal’s “undetermined” approach also raises concerns of fairness to the merging parties. The court recognized that a “proper interpretation of section 96 of the *Competition Act* requires that the [merging parties] must still demonstrate on a balance of probabilities that the gains in efficiency offset the anti-competitive effects” (para. 167). The difficulty with assigning non-quantified quantifiable effects a weight of “undetermined” is that it places the merging parties in the impossible position of having to demonstrate that the efficiency gains exceed and offset an amount that is undetermined. Under this approach, to prove the remaining elements of the defence on a balance of probabilities becomes an unfair exercise as the merging parties do not know the case they have to meet.

[132] The Commissioner argues that, although the anti-competitive effects in this case were not quantified, they could be inferred as a result of the Tribunal’s finding that competition from the Babkirk site would have led to an average price decrease of at least 10 percent (Tribunal decision, at para. 297; R.F., at paras. 89-91). However, the 10 percent amount is not enough to calculate the dead-weight loss as the Commissioner did not establish the price elasticity of demand. The proven facts demonstrated the size of the Contestable Area and the potential tonnes of waste per year. Without a calculation of the actual loss, all that is known is that there was a certain amount of potential waste subject to the effect of the elasticity. In other words, the 10 percent calculation is not enough to determine the extent of any anti-competitive effect. As the Federal Court of Appeal noted:

Je souscris à ces motifs, car ils favorisent une démarche objective. Si la Cour d’appel fédérale a reconnu l’importance d’une analyse objective, en donnant une valeur « indéterminée » aux effets quantifiables non quantifiés, elle n’a pas respecté la norme d’objectivité applicable.

[131] La démarche de la Cour d’appel fédérale, qui a attribué une valeur « indéterminée », soulève aussi des questions d’équité à l’égard des parties au fusionnement. La cour a reconnu que, pour « bien interpréter l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*, il faut que [les parties au fusionnement] démontre[nt], selon la prépondérance des probabilités, que les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels » (par. 167). En accordant une valeur « indéterminée » à des effets quantifiables, mais non quantifiés, on met les parties au fusionnement dans une situation insoutenable : démontrer que les gains en efficience surpassent et neutralisent une somme indéterminée. Ainsi, prouver les autres éléments de la défense selon la prépondérance des probabilités devient un exercice inéquitable, car les parties au fusionnement ignorent la preuve qui leur est opposée.

[132] La commissaire fait valoir que, bien que les effets anticoncurrentiels dans la présente affaire n’aient pas été quantifiés, ils pourraient être inférés de la conclusion du Tribunal selon laquelle la concurrence du site Babkirk aurait mené à une baisse moyenne du prix d’au moins 10 p. 100 (décision du Tribunal, par. 297; m.i., par. 89-91). Toutefois, ce pourcentage ne permet pas de calculer la perte sèche étant donné que la commissaire n’a pas établi l’élasticité de la demande par rapport au prix. Les faits prouvés ont démontré la taille de la zone contestable et les déchets susceptibles d’être produits par année. Sans un calcul de la perte véritable, tout ce que l’on sait, c’est qu’une certaine quantité de déchets potentiels était soumise à l’effet de l’élasticité. Autrement dit, le calcul ayant donné pour résultat 10 p. 100 n’est pas suffisant pour déterminer la mesure des effets anticoncurrentiels, si tant est qu’il y en ait. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a signalé :

In this case, the Tribunal itself found that estimates of market elasticity [the change over the market as a whole] and the merged entity's own-price elasticity of demand [the degree to which demand is effected by a change in price by the merged entity] are necessary in order to calculate the "deadweight loss". The Tribunal also recognized that a range of plausible elasticities are required in order to understand the sensitivity of the Commissioner's estimates. Without those estimates, the "deadweight loss" could not be properly calculated by the Commissioner, and Tervita could not adequately challenge the calculations. [Emphasis deleted; para. 124.]

[133] In his reply expert report, the Commissioner's expert did submit estimates of potential market expansion. However, these estimates were based on Tervita's expert's calculations of Tervita's claimed market expansion efficiencies, which were themselves based on unsupported assumptions. As Tervita's expert testified before the Tribunal, these calculations could not be used to calculate the deadweight loss in the absence of an adequate market demand elasticity study. In response to questioning from the Tribunal, Tervita's expert testified that it is not possible to calculate the deadweight loss without customer-specific elasticity or market elasticity numbers: "You need the shape of the demand curve to figure out dead weight loss" (testimony of Dr. Kahwaty, F.C.A. decision, at para. 125).

[134] Without estimates of elasticity, the "deadweight loss" could not be properly calculated by the Commissioner, and Tervita could not adequately challenge the calculations (F.C.A. decision, at para. 124). Indeed, the proven facts serve to demonstrate that the anti-competitive effects might well have been estimated, but were not estimated due to the absence of the critical component of elasticity measure. An inference based on the 10 percent finding and the unknown potential elasticity is not a substitution for quantification.

[135] The Commissioner submits in the alternative that the Tribunal did not breach procedural fairness in relying upon the rough estimate of the Commissioner's expert of the deadweight loss flowing from

Dans ce cas, le Tribunal a lui-même estimé que, pour calculer la « perte sèche », il était nécessaire de disposer d'estimations de l'élasticité du marché [le changement subi par le marché dans son ensemble] et des données d'élasticité de la demande par rapport au prix établi par l'entité fusionnée [la mesure dans laquelle la demande varie par suite de la modification des prix par l'entité fusionnée]. Le Tribunal a également reconnu qu'il fallait disposer d'une gamme d'élasticités plausibles pour comprendre la sensibilité des estimations de la commissaire. Sans ces estimations, la commissaire ne pouvait calculer convenablement la « perte sèche » et Tervita ne pouvait contester adéquatement les calculs. [Soulignement omis; par. 124.]

[133] Dans son rapport produit en réplique, l'expert de la commissaire a bien présenté des estimations relatives à l'expansion possible du marché. Or, ces estimations reposaient sur les calculs, par l'expert de Tervita, des gains en efficience liés à l'expansion du marché, invoqués par cette dernière, qui reposaient eux-mêmes sur des hypothèses non étayées. Ainsi que l'expert de Tervita l'a déclaré devant le Tribunal, ces calculs ne pouvaient servir à évaluer la perte sèche sans une véritable analyse de l'élasticité de la demande dans le marché. Répondant à une question du Tribunal, l'expert de Tervita a dit qu'il était impossible de calculer la perte sèche sans données sur l'élasticité du marché ou l'élasticité qui se rapporte aux consommateurs : « Pour déterminer la perte sèche, il faut tracer la courbe de demande » (témoignage de M. Kahwaty, décision de la C.A.F., par. 125).

[134] Sans une estimation de l'élasticité, la commissaire ne pouvait calculer convenablement la « perte sèche », et Tervita ne pouvait contester adéquatement les calculs (décision de la C.A.F., par. 124). Effectivement, les faits prouvés démontrent que les effets anticoncurrentiels auraient pu être estimés, mais ne l'ont pas été, vu l'absence de la mesure de l'élasticité, qui est essentielle. L'inférence reposant sur la baisse des prix de 10 p. 100 et sur une élasticité potentielle inconnue ne saurait se substituer à une quantification.

[135] La commissaire soutient à titre subsidiaire que le Tribunal n'a pas manqué à l'équité procédurale en admettant l'estimation approximative faite par son expert de la perte sèche découlant d'une baisse

the 10 percent price reduction (R.F., at para. 107). I cannot agree. As the Federal Court of Appeal found, the Commissioner's failure to quantify the quantifiable anti-competitive effects combined with the Tribunal's decision to allow the Commissioner to discharge her burden through a reply expert report setting out the rough estimate resulted in prejudice to Tervita. Tervita was unable to adequately challenge the Commissioner's calculations due to the failure to quantify the anti-competitive effects and as a result of the insufficient time for Tervita to formally respond to the reply expert report (see F.C.A. decision, at paras. 121-30).

[136] While the Commissioner has the burden to prove the anti-competitive effects, the merging parties bear the onus of proving the remaining elements of the defence. To allow for these kinds of procedural deficiencies would be to leave the merging parties in an untenable position where they are expected to prove that efficiencies are greater than and offset the anti-competitive effects, despite not knowing what those effects are. I cannot accept the Commissioner's arguments that there was no unfairness in this case because the calculation was "not complex" or because Tervita's expert had the opportunity to respond "briefly in direct examination", in cross-examination and on questioning from the Tribunal (R.F., at para. 108). The reply expert report was only made available to Tervita two weeks before the Tribunal's hearing (Tribunal decision, at para. 235). As the Tribunal noted: "By then, the Tribunal's Scheduling Order did not permit [Tervita] to bring a motion or file a further expert report. In addition . . . there was insufficient time before the hearing to permit [Tervita] to move to strike [the Commissioner's expert] report or to seek leave to file a further report in response . . ." (*ibid.*). The Tribunal found that the procedural deficiencies meant that Tervita could not prepare a proper response to the case presented by the Commissioner and that Tervita could not effectively challenge the Commissioner's evidence.

des prix de 10 p. 100 (m.i., par. 107). Je ne suis pas d'accord. Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a conclu, l'omission par la commissaire de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables et la décision du Tribunal de permettre à la commissaire de s'acquitter de son fardeau en produisant en réplique un rapport d'expert énonçant une estimation approximative ont porté préjudice à Tervita. Cette dernière a été incapable de contester les calculs de la commissaire, car d'une part celle-ci n'avait pas quantifié les effets anticoncurrentiels et d'autre part Tervita a manqué de temps pour répondre en bonne et due forme au rapport de l'expert produit en réplique (voir décision de la C.A.F., par. 121-130).

[136] Si la commissaire est tenue de prouver les effets anticoncurrentiels, les parties au fusionnement assument quant à elles la charge de prouver les autres éléments de la défense. Permettre ce genre de lacunes en matière procédurale placerait les parties au fusionnement dans la situation insoutenable où elles doivent prouver que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels sans connaître la valeur de ces derniers. Je ne peux retenir les arguments de la commissaire selon lesquels il n'y a eu aucune injustice dans la présente instance, au motif que le calcul n'était [TRADUCTION] « pas complexe » ou que l'expert de Tervita avait eu l'occasion de répondre « brièvement lors de l'interrogatoire principal », en contre-interrogatoire et en réponse aux questions du Tribunal (m.i., par. 108). Tervita n'a obtenu le rapport d'expert déposé en réplique que deux semaines avant l'audience devant le Tribunal (décision du Tribunal, par. 235). Ainsi que le Tribunal l'a fait remarquer : « À cette date, l'ordonnance du Tribunal concernant les échéances ne permettait pas à [Tervita] de déposer une requête ou un autre rapport d'expert. De plus [. . .] [Tervita] n'avait pas suffisamment de temps avant l'audience pour déposer une requête en radiation du rapport de [l'expert de la commissaire] ou pour demander l'autorisation de déposer un autre rapport en réplique . . . » (*ibid.*). Le Tribunal a conclu qu'en raison des lacunes en matière procédurale, Tervita ne pouvait préparer une réponse en bonne et due forme à la preuve présentée par la commissaire ni attaquer convenablement cette preuve.

[137] In this case, the Commissioner failed to meet her burden to quantify the quantifiable anti-competitive effects. As a result, the Tribunal should have assigned zero weight to the quantifiable anti-competitive effects.

[138] Justice Karakatsanis would permit quantitative but unquantified effects to be considered with “undetermined” weight, on the argument that such information is nonetheless probative on the question of efficiency (para. 194). I cannot agree. As discussed above, there are sound reasons to require that the s. 96 analysis be as objective as possible. This argument concerns evidence for which quantification is entirely possible, but has not been done. To consider such evidence is to conduct an analysis that is less objective than is possible with more complete estimation. The Tribunal should not sacrifice the objectivity of its analysis because a party has failed to conduct a complete quantitative estimate of the magnitude of an effect.

[139] In this case, the absence of price elasticity information means that the possible range of deadweight loss resulting from the merger is unknown. All else being equal, high price elasticity would likely result in significant deadweight loss, while low price elasticity could result in minimal deadweight loss. To permit the Tribunal to consider the price decrease evidence without the rest of the information necessary to quantify deadweight loss admits far too much subjectivity into the analysis, with no guarantee that the Tribunal will have enough information to ensure that a subjective assessment would align with what would actually be observed if the effect were properly quantified. Holding parties to account for the quantification of the quantitative effects they wish to adduce by assigning zero weight to undetermined quantitative effects acts to ensure that the Tribunal will be presented with information on all of the parameters necessary to estimate the magnitude of quantitative effects. To do otherwise invites speculation into the analysis.

[140] Justice Karakatsanis agrees that “[o]bviously, the Tribunal must apply the test in s. 96 to the evidence before it in a way that is fair to the parties” (para. 196), but she does not explain how the party

[137] En l’espèce, la commissaire n’a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables. En conséquence, le Tribunal aurait dû leur accorder une valeur nulle.

[138] La juge Karakatsanis permettrait que soit attribué un poids « indéterminé » aux effets quantitatifs qui n’ont pas été quantifiés. Selon elle, ces données ont une valeur probante quant à l’efficience (par. 194). Je ne puis souscrire à son avis. Comme nous l’avons vu, il y a de bonnes raisons d’exiger que l’analyse qu’appelle l’art. 96 soit la plus objective possible. Il est ici question d’un élément de preuve tout à fait possible à quantifier, mais qui ne l’a pas été. En tenant compte de cet élément de preuve, on effectue une analyse moins objective que si on disposait d’une estimation plus étoffée. Le Tribunal n’a pas à sacrifier l’objectivité de l’analyse parce qu’une partie n’a pas fait une estimation quantitative complète de l’ampleur d’un effet.

[139] En l’espèce, sans données sur l’élasticité par rapport au prix, la fourchette possible de la perte sèche résultant du fusionnement est inconnue. Toutes choses égales d’ailleurs, une forte élasticité par rapport au prix emporterait vraisemblablement une perte sèche importante tandis qu’une faible élasticité par rapport au prix emporterait une perte sèche minimale. Permettre au Tribunal de tenir compte de la baisse des prix invoquée sans les autres données sur la perte sèche fait intervenir une trop grande subjectivité dans l’équation, et rien ne garantit qu’il dispose de données suffisantes pour vérifier si l’analyse subjective concorderait avec celle fondée sur des effets quantifiés en bonne et due forme. En imposant aux parties la charge de quantifier les effets quantitatifs qu’elles invoqueront en attribuant une valeur nulle aux effets quantitatifs indéterminés, on fait en sorte qu’elles présenteront au Tribunal tous les paramètres nécessaires à l’évaluation de l’ampleur de tels effets. Toute autre démarche revient à se perdre en conjectures.

[140] La juge Karakatsanis convient qu’« [é]videmment, le Tribunal doit appliquer le critère prévu à l’art. 96 à la preuve qui lui a été présentée d’une façon équitable pour les parties » (par. 196), mais

opposed to such incomplete evidence may fairly determine the quantitative case they must meet, or challenge the methodological details related to the undetermined quantitative effects. These concerns reinforce the appropriateness of assigning “undetermined” quantitative effects a weight of zero in the s. 96 analysis.

(b) *The Approach to the Section 96 Balancing*

[141] The Federal Court of Appeal found that the Tribunal erred in law in its s. 96 analysis by “accepting a defective ‘deadweight’ loss calculation, by using an overly subjective offset methodology, by treating as qualitative effects certain quantitative effects which the Commissioner had failed to quantify, and by referring to qualitative environmental effects that are not cognizable under the *Competition Act*” (para. 163). Rather than remitting the matter to the Tribunal for a new determination, the court, satisfied that there was a complete record on which to carry out a new determination, engaged in a fresh assessment of the offset analysis. The court found that the efficiencies defence did not apply for two primary reasons. First, “marginal and insignificant gains in efficiency cannot offset known anti-competitive effects even where the weight to be afforded to such effects is undetermined” (para. 174). Second, the present case was one of a pre-existing monopoly, which the Federal Court of Appeal held magnified the anti-competitive effects of the merger (para. 173).

(i) The Requirement That the Efficiency Gains Be “Greater Than” and “Offset” the Anti-competitive Effects

[142] The Federal Court of Appeal held that the efficiency gains did not meet the “greater than” and “offset” requirement under s. 96. The gains were “marginal” (paras. 34, 169-71 and 174), “negligible” (para. 169) and “insignificant” (paras. 170 and 174) and therefore were not enough to outweigh the anti-competitive effects. In addition, the Tribunal found

elle s’abstient d’expliquer comment la partie qui veut réfuter une telle thèse lacunaire est censée déterminer de manière juste les éléments quantitatifs qui lui sont opposés ou contester les éléments de la méthode d’évaluation des effets quantitatifs indéterminés. De telles réserves militent en faveur de l’attribution d’une valeur nulle aux effets quantitatifs « indéterminés » dans l’analyse qu’appelle l’art. 96.

b) *Méthode de pondération applicable dans l’analyse qu’appelle l’art. 96*

[141] La Cour d’appel fédérale a conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit dans son analyse fondée sur l’art. 96 en « acceptant un calcul de la perte “sèche” fautif, en recourant à une méthodologie trop subjective pour apprécier la “neutralisation”, en qualifiant d’effets qualitatifs certains effets quantitatifs que la commissaire n’avait pas quantifiés et en mentionnant des effets environnementaux qualitatifs non reconnus par la *Loi sur la concurrence* » (par. 163). Plutôt que de renvoyer l’affaire au Tribunal pour qu’il statue à nouveau, la cour, convaincue de disposer d’un dossier complet lui permettant de trancher, a procédé à une nouvelle analyse des effets neutralisants. Elle a conclu que la défense fondée sur les gains en efficience ne s’appliquait pas pour deux raisons principales. D’une part, des « gains en efficience secondaires et négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue » (par. 174). D’autre part, la présente affaire portait sur un monopole préexistant, ce qui de l’avis de la Cour d’appel fédérale a amplifié les effets anticoncurrentiels du fusionnement (par. 173).

(i) La condition selon laquelle les gains en efficience « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels

[142] La Cour d’appel fédérale a conclu que les gains en efficience ne satisfaisaient pas à la condition établie à l’art. 96, soit qu’ils « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels. Les gains étaient « secondaires » (par. 174), « négligeables » (par. 34, 169-170 et 174) et « insignifiants » (par. 170) et, donc, ils ne surpassaient pas

that “even if a zero weighting is given to the quantifiable Effects, as [Tervita] submitted should be done, [Tervita] has not satisfied the ‘offset’ element of section 96” (para. 314 (emphasis added; emphasis in original deleted)). Although I have determined that the anti-competitive effects should be assigned zero weight, I nonetheless consider the interpretation of the “greater than and offset” requirement due to the importance of this question in the overall s. 96 assessment.

[143] The issue to be determined is whether the statutory standard of “greater than, and will offset” requires that the merging parties demonstrate that the efficiencies not only merely exceed the anti-competitive effects, but in addition offset them. As I understand it, the Commissioner’s argument in this regard is that the statutory language mandates a threshold level of “more than marginal” efficiency gains in order for the efficiencies defence to succeed (transcript, at p. 60). With respect, I cannot agree.

[144] The statutory requirement that the efficiency gains be “greater than” and “offset” the anti-competitive effects imports a weighing of both quantitative and qualitative aspects. The term “greater than” suggests a numerical comparison of the magnitude of the efficiencies versus the extent of the anti-competitive effects. The use of the term “offset” implies a subjective analysis related to the “balancing of incommensurables (e.g., apples and oranges)” (Tribunal decision, at para. 309) — considerations that cannot be quantitatively compared because they have no common measure. The statutory use of the language of “offset” suggests that there is a more judgmental component to the analysis (see *Superior Propane II*, at para. 100). As indicated by the use of the term “neutraliseront” in the French version of s. 96, this requires a subjective assessment of whether the efficiency gains neutralize or counterbalance the anti-competitive effects.

les effets anticoncurrentiels. En outre, le Tribunal a conclu que « même si une pondération nulle était attribuée aux effets quantifiables, comme le propose [Tervita], celle-ci n’a pas satisfait au critère de “neutralisation” de l’article 96 » (par. 314 (je souligne; italique dans l’original omis)). Si j’ai conclu qu’il y a lieu d’accorder une valeur nulle aux effets anticoncurrentiels, je me pencherai tout de même sur l’interprétation à donner à la condition de surpassement et de neutralisation en raison de l’importance que revêt cette question dans le cadre de l’analyse globale effectuée sous le régime de l’art. 96.

[143] La question à trancher est celle de savoir si cette condition légale oblige les parties au fusionnement à démontrer que les gains en efficience non seulement surpasseront les effets anticoncurrentiels, mais les neutraliseront également. Si je comprends bien, la commissaire soutient à cet égard que le libellé de la loi commande un seuil de gains en efficience [TRADUCTION] « plus que négligeables » pour que la défense fondée sur les gains en efficience soit retenue (transcription, p. 60). On me pardonnera de ne pas être d’accord.

[144] Le libellé de la loi — aux termes de laquelle la défense s’applique si les gains en efficience « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels — emporte la mise en balance des aspects tant quantitatifs que qualitatifs. Le verbe « surpasseront » évoque une comparaison numérique des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels. Le verbe « neutraliseront » implique une analyse subjective liée à une « pondération en nombres incommensurables (par ex., des pommes et des oranges) » (décision du Tribunal, par. 309) — des considérations qui ne peuvent être comparées sur le plan quantitatif parce qu’elles n’ont aucune commune mesure. L’emploi du verbe « neutraliseront » dans la loi donne à penser que l’analyse consiste en partie à porter un jugement (voir *Supérieur Propane II*, par. 100). L’emploi du terme « offset » dans la version anglaise de l’art. 96 laisse entendre qu’il faut procéder à une évaluation subjective pour déterminer si les gains en efficience compenseront ou contrebalanceront les effets anticoncurrentiels.

[145] Together, the terms “greater than” and “offset” mandate that the Tribunal determine both quantitative and qualitative aspects of the merger, and then weigh and balance these aspects. This approach is supported by the common understanding of the word “offset”. *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines the verb “offset” to mean “[t]o set off as an equivalent against something else . . . ; to balance by something on the other side or of contrary nature” (p. 738). Similarly, the *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003) entry defines it to mean “to serve as a counterbalance for” (p. 862). This understanding supports the interpretation of the “offset” requirement in s. 96 as imposing a consideration of the qualitative aspects of the merger and a balancing of those qualitative aspects against the quantitative effects of the merger.

[146] This is a flexible balancing approach, but the Tribunal’s conclusions must be objectively reasonable. As the Federal Court of Appeal held, the overall analysis “must be as *objective* as is reasonably possible, and where an objective determination cannot be made, it must be *reasonable*” (para. 147 (emphasis in original)). As such, in most cases the qualitative effects will be of lesser importance. In addition, the statutory requirement that efficiencies be greater than *and* offset the anti-competitive effects would in most cases require a showing that the quantitative efficiencies exceed the quantitative anti-competitive effects as a necessary element of the defence.

[147] In light of this recognition, the balancing test under s. 96 may be framed as a two-step inquiry. First, the quantitative efficiencies of the merger at issue should be compared against the quantitative anti-competitive effects (the “greater than” prong of the s. 96 inquiry). Where the quantitative anti-competitive effects outweigh the quantitative efficiencies, this step will in most cases be dispositive, and the defence will not apply. There may be unusual situations in which there are relatively few quantified efficiencies, yet where truly significant qualitative efficiencies would support the application

[145] Ensemble, les verbes « surpasseront » et « neutraliseront » obligent le Tribunal à déterminer les aspects tant quantitatifs que qualitatifs du fusionnement, puis à les soupeser. Ce point de vue est étayé par le sens ordinaire du verbe « neutraliser », que *Le Grand Robert de la langue française* (version électronique) définit en ces termes : « Empêcher d’agir, par une action contraire qui tend à annuler les efforts ou les effets » et, dans sa forme pronominale : « S’équilibrer ». De même, *Le Petit Larousse illustré* (2013) donne : « Annuler l’effet de l’action de qqn, qqch », et dans sa forme pronominale, « S’annuler réciproquement, se contrebalancer » (p. 735). Ces définitions étayent l’interprétation selon laquelle la condition de neutralisation établie à l’art. 96 exige que les aspects qualitatifs du fusionnement soient examinés et mis en balance avec les effets quantitatifs de ce dernier.

[146] Il s’agit d’une méthode de pondération souple, qui appelle toutefois des conclusions objectivement raisonnables. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a statué, l’analyse globale « doit être aussi *objective* que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d’être *raisonnable* » (par. 147 (en italique dans l’original)). Ainsi, dans la plupart des cas, les aspects qualitatifs joueront un rôle moins important. En outre, la condition légale selon laquelle les gains en efficacité doivent surpasser *et* neutraliser les effets anticoncurrentiels exigera presque toujours la preuve que les gains quantitatifs surpassent les effets anticoncurrentiels quantitatifs pour que la défense s’applique.

[147] À la lumière de ce qui précède, on peut concevoir la pondération qu’exige l’art. 96 comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il faut comparer les gains en efficacité quantitatifs du fusionnement à ses effets anticoncurrentiels quantitatifs (le volet de l’analyse relatif au surpassement). Si les effets anticoncurrentiels quantitatifs dépassent les gains en efficacité quantitatifs, l’analyse prend alors fin dans la plupart des cas, et la défense ne s’appliquera pas. Il se peut que dans une situation exceptionnelle caractérisée par des gains en efficacité quantitatifs relativement peu élevés

of the defence. However, such cases would likely be rare in view of the emphasis of the analysis on objectivity and the impermissibility of asserting unquantified-but-quantifiable efficiencies as qualitative efficiencies. Qualitative considerations must next be weighed. Under the second step, the qualitative efficiencies should be balanced against the qualitative anti-competitive effects, and a final determination must be made as to whether the total efficiencies offset the total anti-competitive effects of the merger at issue (the “offset” prong of the inquiry). For the Tribunal to give qualitative elements weight in the analysis, they must be supported by the evidence, and the reasoning for the reliance on the qualitative aspects must be clearly articulated.

[148] It should be noted that this two-step analysis does not seek to define the methodological details of how quantitative efficiencies and anti-competitive effects are to be identified and compared. Instead, the two-step analysis preserves the ability of the Tribunal to select the quantitative methodology to be employed, provided this quantitative comparison is conducted within step one of the framework described above.

[149] Justice Karakatsanis raises concerns that this framework unnaturally separates quantitative and qualitative considerations, and that doing so is “superfluous” in light of the final offset determination which considers both quantitative and qualitative factors (para. 189). Instead, she would instruct the Tribunal to weigh whether the quantitative and qualitative efficiencies, taken as a whole, outweigh the quantitative and qualitative anti-competitive effects, taken as a whole. I would emphasize that the above framework does not require the Tribunal to isolate quantitative and qualitative considerations such that they are never compared. The ultimate offset analysis does allow for consideration of both quantitative and qualitative effects. However, I would think that the Tribunal, even proceeding under Justice Karakatsanis’s proposed single-step weighing, would at some point in that consideration ask how the quantitative factors lined up relative to each other, and would also examine how the qualitative

et des gains en efficacité qualitatifs véritablement importants, la défense s’applique. Or, ce genre de situation se présentera sans doute rarement, vu que l’analyse mise sur l’objectivité et qu’il n’est pas permis de qualifier de gains qualitatifs des gains quantifiables qui n’ont pas été quantifiés. Dans un deuxième temps, il faut mettre en balance les gains en efficacité qualitatifs et les effets anticoncurrentiels qualitatifs et décider en dernière analyse si le total des gains en efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause (le volet de l’analyse relatif à la neutralisation). Pour que le Tribunal tienne compte des éléments qualitatifs dans l’analyse, ceux-ci doivent être appuyés par la preuve, et leur justification doit être clairement formulée.

[148] Il y a lieu de noter que cette analyse en deux étapes ne vise pas à préciser la méthodologie visant à dégager et à comparer les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels quantitatifs. Le soin est laissé au Tribunal de sélectionner la méthodologie quantitative à employer, à condition qu’elle respecte la première étape du cadre décrit précédemment.

[149] La juge Karakatsanis estime pour sa part que ce cadre crée une distinction artificielle entre les éléments quantitatifs et qualitatifs et qu’une telle démarche est « factice » compte tenu de la dernière étape, le volet relatif à la neutralisation, qui examine les deux catégories en chœur (par. 189). Selon elle, le Tribunal devrait déterminer si les gains en efficacité quantitatifs et qualitatifs confondus l’emportent sur les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs confondus. Je tiens à préciser que le cadre n’oblige pas le Tribunal à isoler les éléments quantitatifs et qualitatifs pour ne jamais les comparer. L’analyse de l’effet neutralisant à la dernière étape permet effectivement que soient pris en compte les effets tant quantitatifs que qualitatifs. Or, à mon avis, même s’il procédait suivant la pondération en une étape que propose la juge Karakatsanis, le Tribunal finirait par comparer les facteurs quantitatifs entre eux et les facteurs qualitatifs entre eux avant de réduire cet univers de facteurs à une décision ultime.

factors compared to each other, before attempting to reconcile the whole universe of factors into an ultimate determination. The above framework merely guides the structure of that inquiry to ensure that the Tribunal's reasoning is as explicit and transparent as possible.

[150] Respectfully, the assertion in the dissenting reasons that “simply tallying up ‘mathematical quantifications’, while important, cannot provide a complete answer” (para. 190) misreads these reasons. They do not say that quantitative considerations are in all cases a sufficient and “complete answer”. Rather, they emphasize that the nature of economic efficiencies, the language of s. 96, and the Federal Court of Appeal’s apt observation that the s. 96 analysis “must be as *objective* as is reasonably possible” support the notion that quantitative considerations will, in most cases, be of greater importance than qualitative considerations.

[151] However, and despite the flexibility the Tribunal has in applying this balancing approach, I cannot accept that more than marginal efficiency gains are required for the defence to apply. Had Parliament intended for there to be a threshold level of efficiencies, qualifying language could have been used to express this intention. The Commissioner’s argument essentially asks this Court to read into the statute a threshold significance requirement where the statute does not provide a basis for doing so. In addition, it is not clear to me when efficiency gains become more than marginal. Determining when proven efficiency gains meet a more than marginal threshold would require overly subjective analysis. Although there is some subjectivity in the ultimate weighing of the efficiency gains and anti-competitive effects, in a case such as this where the Commissioner has not established either quantitative or qualitative anti-competitive effects, the weight given to those effects is zero. Proven efficiency gains of any magnitude will therefore outweigh the anti-competitive effects. Moreover, and as discussed above, because of the importance of employing an objective approach, the qualitative

Le cadre qui précède ne fait que guider la structure de l’analyse de sorte que le raisonnement du Tribunal soit le plus explicite et transparent possible.

[150] Je ferai observer à ma collègue qu’elle interprète mal les présents motifs en affirmant que « réduire [l’analyse] simplement à des “calculs mathématiques”, aussi importants soient-ils, ne peut fournir une réponse complète » (par. 190). Je ne dis pas que les considérations quantitatives constituent dans tous les cas une « réponse complète » et suffisante. Je précise plutôt que la nature des gains en efficacité économiques, le libellé de l’art. 96 et l’observation judiciaire de la Cour d’appel fédérale selon laquelle l’analyse qu’appelle l’art. 96 « doit être aussi *objective* que possible » permettent de conclure que les considérations quantitatives revêtent, dans la plupart des cas, une plus grande importance que les considérations qualitatives.

[151] Cependant, et en dépit de la latitude dont jouit le Tribunal lorsqu’il applique cette méthode de pondération, je ne peux accepter qu’il faille des gains en efficacité plus que négligeables pour que la défense s’applique. S’il avait eu l’intention de fixer un seuil à cet égard, le législateur aurait pu le prévoir expressément dans la loi. La commissaire demande essentiellement à la Cour d’assortir la disposition d’un seuil implicite alors que son libellé ne le permet pas. En outre, il est difficile à mon avis de déterminer le point où les gains en efficacité deviennent plus que négligeables. Pour y arriver, il faudrait procéder à une analyse excessivement subjective. Bien que la pondération ultime des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels admette une certaine subjectivité, dans une affaire comme celle-ci, où la commissaire n’a pas établi l’existence d’effets anticoncurrentiels quantitatifs ou qualitatifs, leur valeur est nulle. Les gains en efficacité établis, de quelque importance soient-ils, l’emportent donc sur les effets anticoncurrentiels. En outre, comme nous l’avons vu, en raison de l’importance du recours à une méthode objective, les effets qualitatifs joueront un rôle modeste dans

effects will assume a lesser role in the analysis in most cases. As such, it is possible that, where proven quantitative efficiency gains exceed the proven quantitative anti-competitive effects to only a small degree, the Tribunal may still find that the s. 96 defence applies.

[152] Nor does the statutory context of s. 96(1) indicate that it should be read to include a threshold significance requirement. While s. 96(2) prompts the Tribunal to consider whether the merger will generate “a significant increase in the real value of exports” or “a significant substitution of domestic products for imported products”, this significance requirement should not be read back into s. 96(1). Given that the issue of significance was contemplated in s. 96(2), Parliament could just as easily have drafted s. 96(1) to require that efficiencies be “significantly greater than and offset” the anti-competitive effects. Instead, “significance” language appears only in s. 96(2), which is logically subservient to s. 96(1): by its terms, the text of s. 96(2) does not apply the significance threshold to the entire s. 96(1) analysis.

[153] With respect, the Federal Court of Appeal’s conclusion that marginal efficiency gains cannot meet the requirements for the s. 96 defence to apply does not take into account the fact that the analysis under s. 96 is a balancing exercise. Proven efficiency gains must be assessed relative to any proven anti-competitive effects. Efficiency gains of a smaller scale may not be “marginal” when compared to and weighed against anti-competitive effects of an even smaller degree.

[154] Though it is necessary to re-emphasize that there is no requirement that efficiencies cross some formal “significance” threshold, this is not to ignore the truth that economic models are inherently probabilistic and will always carry some associated margin of uncertainty. Where the outcome of quantitative balancing under the first step of the s. 96 analysis shows positive but small net efficiencies relative to the uncertainty of the associated estimates, the Tribunal should be cognizant of

l’analyse dans la plupart des cas. Il est donc possible, si les gains en efficacité quantitatifs prouvés ne surpassent que de peu les effets anticoncurrentiels quantitatifs prouvés, que le Tribunal conclue tout de même que la défense prévue à l’art. 96 s’applique.

[152] Le contexte législatif du par. 96(1) ne permet pas non plus que cette disposition soit assortie d’un seuil implicite. Certes, le par. 96(2) exige du Tribunal qu’il détermine si le fusionnement engendrera « une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations » ou « une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers », mais il ne faut pas appliquer cette exigence au par. 96(1). Vu qu’il l’a exprimée au par. 96(2), le législateur aurait pu tout aussi facilement en assortir le par. 96(1), qui prévoirait alors que les gains en efficacité « surpasseront de manière importante et neutraliseront » les effets anticoncurrentiels. Or, l’idée ne figure qu’au par. 96(2), qui en toute logique est subordonné au par. 96(1) : le libellé du par. 96(2) ne dicte pas l’application d’un certain seuil dans l’analyse qu’appelle le par. 96(1).

[153] Malheureusement, la conclusion de la Cour d’appel fédérale, selon laquelle les gains en efficacité négligeables n’emportent pas l’application de la défense fondée sur l’art. 96, oublie que l’analyse qu’exige cette disposition est un exercice de pondération. Les gains en efficacité établis doivent être comparés aux effets anticoncurrentiels établis, s’il en est. De faibles gains en efficacité peuvent ne pas être « négligeables » lorsqu’ils sont comparés à des effets anticoncurrentiels qui le sont davantage.

[154] Répétons que point n’est besoin que les gains en efficacité atteignent un seuil d’importance précis. Or, il ne faut pas oublier que les modèles économiques sont intrinsèquement probabilistes et sont toujours assortis d’une certaine marge d’incertitude. Lorsque la pondération quantitative effectuée à la première étape de l’analyse qu’appelle l’art. 96 se traduit par des gains nets positifs, mais faibles, par rapport à l’incertitude intrinsèque de ces estimations, le Tribunal doit tenir compte de cette

this uncertainty in weighing the relevant considerations. This is not to suggest that quantitative efficiencies should be discounted in these situations, but merely to highlight that close cases will require careful consideration of the assumptions underlying the quantitative analysis. In such cases, the Tribunal retains the discretion to reject the efficiencies defence, but must clearly explain the reasons for its decision. The reasons must be seen to be rational even though they reject what the quantitative analysis would otherwise strictly indicate.

[155] For these reasons, the Federal Court of Appeal erred in holding that an anti-competitive merger cannot be approved under s. 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger.

(ii) Pre-existing Monopoly

[156] The Federal Court of Appeal held that the Tribunal erred in “taking into account the monopoly position of Tervita resulting from the merger without any evidence from the Commissioner of additional anti-competitive effects resulting from that monopoly” (para. 161), but concluded that a “pre-existing monopoly, such as is the case here, will usually magnify the anti-competitive effects of a merger” (para. 173). The Commissioner submits that the court did not rely on the presence of monopoly as an effect *per se*, but rather simply concluded that this was a factor likely to *magnify* the merger’s anti-competitive effect. There are two problems with this argument.

[157] First, to accept that the existence of a monopoly was likely to magnify the anti-competitive effect requires accepting that there are proven anti-competitive effects. In this case, the Commissioner did not establish the impact of Tervita’s superior market power and as a result of the Commissioner’s failure to quantify the quantifiable anti-competitive effects, zero weight has been assigned to those effects. It is not possible to “magnify” a factor which has zero weight. This equation still results in zero.

incertitude dans sa mise en balance des différentes considérations. Je ne dis pas qu’il faille minimiser les gains quantitatifs dans de tels cas, je dis simplement que dans les affaires où l’écart entre les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels est faible le Tribunal doit examiner soigneusement les hypothèses sur lesquelles repose l’analyse quantitative. Il peut alors rejeter la défense fondée sur les gains en efficacité, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, mais il doit justifier clairement sa décision. Ses motifs doivent sembler rationnels, même si la décision est contraire au résultat strict que l’analyse quantitative indiquerait par ailleurs.

[155] Pour ces motifs, la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en statuant qu’un fusionnement anticoncurrentiel ne saurait être approuvé sous le régime de l’art. 96 si seuls des gains négligeables ou insignifiants en découlent.

(ii) Monopole préexistant

[156] La Cour d’appel fédérale a statué que le Tribunal avait commis une erreur du fait qu’il « tient compte de la situation de monopole occupée par Tervita grâce au fusionnement sans disposer d’élément de preuve de la commissaire quant aux effets anticoncurrentiels supplémentaires résultant de ce monopole » (par. 161), mais elle a conclu qu’un « monopole préexistant comme celui dont il s’agit en l’espèce aura habituellement pour effet d’amplifier les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement » (par. 173). La commissaire soutient que la cour n’a pas tenu compte du monopole comme d’un effet en soi, mais a simplement conclu qu’il s’agissait d’un facteur susceptible d’*amplifier* l’effet anticoncurrentiel du fusionnement. Cet argument présente deux lacunes.

[157] Premièrement, si l’on accepte que l’existence d’un monopole soit susceptible d’amplifier les effets anticoncurrentiels, il faut d’abord accepter que des effets anticoncurrentiels soient établis. Dans la présente affaire, la commissaire n’a pas démontré l’incidence de la puissance commerciale supérieure de Tervita et, comme elle n’a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables, une valeur nulle leur a été attribuée. Or, il est impossible d’« amplifier » un facteur assorti d’une valeur nulle. Le résultat de cette équation demeure nul.

[158] Second, in my respectful view, the Federal Court of Appeal considered the existence of a monopoly *per se* as opposed to its effects. As the court held in *Superior Propane IV*:

Monopoly, however it might be defined (e.g. 95 percent market share, 100 percent market share, high barriers to entry), is a description of a market condition, not the effect of that market condition. If monopoly is to be taken into account for purposes of subsection 96(1), it is the effects of the monopoly that must be considered, not the existence of the monopoly *per se*. [para. 49]

Here, where no effects have been proven, it is not possible to say that such effects have been magnified. Inevitably, that approach reverts to relying on the existence of a monopoly *per se*.

(iii) Application to This Case

[159] In this case, the Commissioner did not meet her burden to prove the anti-competitive effects. As such, the weight given to the quantifiable effects is zero. The Tribunal did not accept any of Tervita's claimed qualitative efficiencies and Tervita does not challenge this on appeal. Tervita established "overhead" efficiency gains resulting from Babkirk obtaining access to Tervita's administrative and operating functions. These gains meet the "greater than" requirement in this case.

[160] Turning to qualitative considerations, the Federal Court of Appeal rejected the qualitative effects accepted by the Tribunal — environmental effects with respect to the price reduction on-site clean-up. This issue is raised by the Commissioner as an alternative to rejecting the efficiencies defence on the basis of quantitative factors. As I have found that the court's rejection of the efficiencies defence was in error, I now turn to whether the evidence of environmental effects was cognizable for the purposes of s. 96.

[158] Deuxièmement, à mon humble avis, la Cour d'appel fédérale a pris en compte l'existence d'un monopole en soi et non ses effets. Pour reprendre ses propos dans l'affaire *Supérieur Propane IV* :

Le monopole, de quelque façon qu'on le définisse (p. ex. part de marché de 95 pour cent, part de marché de 100 pour cent, barrières élevées à l'entrée), est la description d'une situation du marché, non l'effet de cette situation du marché. Si le monopole doit être pris en compte pour l'application du paragraphe 96(1), ce sont les effets du monopole qu'il faut prendre en considération, non l'existence du monopole en soi. [par. 49]

Dans la présente affaire, où la preuve des effets n'a pas été faite, l'on ne peut affirmer que de tels effets ont été amplifiés. Inévitablement, la démarche revient à prendre en compte l'existence du monopole en soi.

(iii) Application à la présente affaire

[159] En l'espèce, la commissaire ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels. Pour cette raison, une valeur nulle a été accordée aux effets quantifiables. Le Tribunal n'a accepté aucun des gains en efficacité qualitatifs invoqués par Tervita, et cette dernière ne conteste pas cette décision en appel. Elle a établi l'existence de gains en efficacité « liés à la baisse des coûts indirects » qui découlent de l'obtention par Babkirk de l'accès aux fonctions administratives et opérationnelles de Tervita. Ces gains satisfont à la condition de surpassement dans la présente affaire.

[160] Quant aux considérations qualitatives, la Cour d'appel fédérale a rejeté les effets qualitatifs acceptés par le Tribunal — les effets environnementaux, pour la restauration de sites, découlant de la réduction des redevances. Subsidièrement, la commissaire fait valoir cet argument comme motif de rejet de la défense fondée sur les gains en efficacité autre que les facteurs quantitatifs. Étant donné que j'ai conclu que la cour a rejeté à mauvais droit la défense fondée sur les gains en efficacité, passons maintenant à la question de savoir si la preuve des effets environnementaux est admissible pour l'application de l'art. 96.

(c) *The Commissioner's Alternative Argument*

[161] The Commissioner argues that the Federal Court of Appeal erred in rejecting price reduction on potential customers' site clean-up and the resulting environmental benefits which the Tribunal had accepted as qualitative effects of the merger. In rejecting these effects, the court first questioned whether "the environmental effects of a merger, where no economic effect is ascribed to them, can be taken into account in a merger review under the *Competition Act*" (para. 155). The court then went on to hold that, nonetheless, the Tribunal had double-counted this effect as it had already addressed the 10 percent drop in tipping fees which would be brought about by competition and which would result in the disposal of additional tonnes of hazardous waste as part of the "deadweight loss" analysis. The court held that this effect should only have been considered once "as a quantitative anti-competitive effect that had not been appropriately quantified by the Commissioner" (para. 157).

[162] The Commissioner's arguments centre on her position that the environmental impacts did have an economic effect. However, while the Federal Court of Appeal questioned whether non-economic environmental effects could be considered under the s. 96 analysis, the effects in this case had an economic aspect. The court ultimately rejected these effects on the basis that the environmental effects had been double-counted by the Tribunal.

[163] I agree with the Commissioner that where environmental effects have economic dimensions, these effects may properly be considered under the s. 96 analysis. Indeed, I do not read the Federal Court of Appeal as saying otherwise. The issue raised by the Commissioner is whether the environmental effects put into evidence by the Commissioner did have an economic dimension. I agree that an effect such as a contingent liability on the books of a company which has to remediate a site is an economic aspect of an environmental effect. However, while there was evidence before the Tribunal

c) *Argument subsidiaire de la commissaire*

[161] La commissaire fait valoir que la Cour d'appel fédérale a rejeté à tort la réduction des redevances de restauration de sites pour des clients potentiels et ses avantages environnementaux, ces derniers ayant été acceptés par le Tribunal à titre d'effets qualitatifs du fusionnement. Avant de les rejeter, la cour a d'abord demandé « si l'on peut tenir compte, dans le cadre de l'examen d'un fusionnement effectué sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, des effets environnementaux d'un fusionnement lorsqu'aucun effet économique n'est associé aux effets environnementaux en question » (par. 155). La cour a ensuite conclu que le Tribunal avait néanmoins compté deux fois cet effet, puisqu'il avait examiné, dans le cadre de l'analyse sur la « perte sèche », la réduction de 10 p. 100 des redevances de déversement qui résulterait de la concurrence et qui se traduirait par une augmentation de la quantité de déchets dangereux éliminés. La cour a statué que le Tribunal aurait dû en tenir compte une seule fois « en tant qu'effet anti-concurrentiel quantitatif qui n'avait pas été quantifié de façon appropriée par la commissaire » (par. 157).

[162] Les arguments de la commissaire s'articulent autour de sa thèse, à savoir que les effets environnementaux ont bel et bien eu des retombées économiques. La Cour d'appel fédérale doutait que les effets environnementaux non économiques puissent entrer dans l'analyse qu'appelle l'art. 96. Or, dans la présente affaire, les effets présentaient un aspect économique. La cour a fini par les écarter au motif qu'ils avaient été pris en compte à deux reprises par le Tribunal.

[163] Je suis d'avis, comme la commissaire, que lorsqu'ils ont une dimension économique, les effets environnementaux peuvent à juste titre être pris en considération dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96. De fait, je ne crois pas que la Cour d'appel fédérale dise le contraire. La question soulevée par la commissaire est celle de savoir si les effets environnementaux qu'elle a mis en preuve avaient effectivement une dimension économique. Je conviens par exemple qu'un passif éventuel consigné sur les registres de la société tenue de restaurer un site constitue un aspect économique d'un

with respect to this kind of contingent liability, this evidence cannot be considered in this case.

[164] First, there is no evidence as to whether the waste covered by the contingent liability in question fell within the Contestable Area. Second, there is no evidence as to the price elasticity of demand of the customer in question. Finally, and as the Federal Court of Appeal found, if this effect did fall within the Contestable Area, it was quantifiable and therefore should have been quantified by the Commissioner. As explained above, anti-competitive effects which are quantifiable will not be treated qualitatively as a result of a failure to quantify. Therefore, and although the environmental effects in this case had an economic dimension, the Tribunal erred in assessing these effects qualitatively.

(d) *Conclusion on the Balancing Under Section 96*

[165] The Commissioner failed to meet her burden, resulting in the quantifiable anti-competitive effects being assigned a weight of zero. The Federal Court of Appeal properly rejected the environmental effects. There are therefore no proven qualitative anti-competitive effects. Tervita successfully proved quantifiable “overhead” efficiency gains resulting from Babkirk obtaining access to Tervita’s administrative and operating functions. In this case, these proven gains met the “greater than and offset” requirement. As there were no quantifiable or qualitative anti-competitive effects proven by the Commissioner, the efficiencies defence applies, and the Federal Court of Appeal was incorrect to conclude otherwise.

[166] It may seem paradoxical to hold that the Tribunal was correct in finding a likely substantial prevention of competition, only to then conduct the

effet environnemental. Toutefois, le Tribunal disposait certes d’une preuve relative à ce type de passif éventuel, mais cette preuve ne peut être prise en considération dans la présente affaire.

[164] Premièrement, rien ne prouve que les déchets faisant l’objet du passif éventuel en question se trouvaient dans la zone contestable. Deuxièmement, l’élasticité de la demande par rapport au prix relativement à ce client n’avait pas été démontrée. Enfin, et ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a conclu, si cet effet portait dans la zone contestable, il était quantifiable et, partant, il aurait dû être quantifié par la commissaire. Comme nous l’avons vu, les effets anticoncurrentiels qui sont quantifiables ne deviennent pas des effets qualitatifs du fait qu’ils n’ont pas été quantifiés. En conséquence, et bien que les effets environnementaux dans la présente affaire aient une dimension économique, le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il leur a accordé une valeur qualitative.

d) *Conclusion sur la pondération qu’exige l’art. 96*

[165] La commissaire ne s’est pas acquittée de son fardeau, de sorte qu’une valeur nulle a été attribuée aux effets anticoncurrentiels quantifiables. La Cour d’appel fédérale a rejeté à bon droit les effets environnementaux. Aucun effet anticoncurrentiel qualitatif n’a par conséquent été établi. Tervita a réussi à prouver l’existence de gains en efficience quantifiables « liés à la baisse des coûts indirects » découlant de l’obtention par Babkirk de l’accès aux fonctions administratives et opérationnelles de Tervita. En l’espèce, ces gains établis ont satisfait à la condition de surpassement et de neutralisation. Étant donné que la commissaire n’a pas prouvé l’existence d’effets anticoncurrentiels, qu’ils soient quantifiables ou qualitatifs, la défense fondée sur les gains en efficience s’applique, et la conclusion contraire de la Cour d’appel fédérale était incorrecte.

[166] Il peut paraître paradoxal de conclure que la décision du Tribunal, selon laquelle il y aurait vraisemblablement un empêchement sensible de

s. 96 balancing test and find zero anti-competitive effects. However, this result merely appears paradoxical in view of the particular facts of this case. Here, as discussed above, the Tribunal was able to consider evidence as to the effect on the market of the emergence of likely competitors, whether acceptable substitutes existed, and so on. Section 93 expressly permits the consideration of these factors in and of themselves. Ordinarily, the Commissioner would also use the evidence bearing on those factors to quantify the net effect of those factors on the economy in the form of deadweight loss. However, the statutory scheme does not bar a finding of likely substantial prevention where there has been a failure to quantify deadweight loss, and thus the Commissioner's failure to do so in this case was not fatal to the s. 92 determination. By contrast, the balancing test under s. 96 does require that quantifiable anti-competitive effects be quantified in order to be considered. As such, the failure to quantify deadweight loss in this case barred consideration, under s. 96, of the quantifiable effects that supported a finding of likely substantial prevention under s. 92. In circumstances where quantifiable effects were in fact quantified, a finding of likely substantial prevention under s. 92 would be accompanied by the consideration of quantified anti-competitive effects under the s. 96 analysis.

(6) Postscript

[167] While the efficiencies defence applies in this case under the terms of s. 96 as written, this case does not appear to me to reflect the policy considerations that Parliament likely had in mind in creating an exception to the general ban on anti-competitive mergers. As discussed above at para. 84 in the historical examination of s. 96, the evidence suggests that the efficiencies defence was created

la concurrence, était correcte pour ensuite déterminer, à l'issue de la pondération qu'exige l'art. 96, qu'il n'y avait aucun effet anticoncurrentiel. Or ce résultat ne semble paradoxal qu'en raison des faits propres à la présente affaire. Comme nous l'avons vu, le Tribunal a pu examiner une preuve portant sur l'effet sur le marché de l'arrivée de concurrents probables, l'existence de substituts acceptables, et ainsi de suite. L'article 93 permet expressément l'examen de ces facteurs. Ordinairement, la commissaire présenterait également la preuve portant sur ces facteurs pour quantifier leur effet net sur l'économie sous la forme d'une perte sèche. Cependant, le régime législatif ne fait pas obstacle à une conclusion qu'il y aura vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence dans les cas où la perte sèche n'a pas été quantifiée. Ainsi cette omission de la part de la commissaire dans la présente affaire n'a pas été fatale à la conclusion rendue en application de l'art. 92. En revanche, l'analyse de pondération visée à l'art. 96 exige bel et bien que les effets anticoncurrentiels quantifiables soient quantifiés pour être pris en considération. Pour cette raison, la non-quantification de la perte sèche en l'espèce a fait obstacle à la prise en compte, dans l'analyse qu'appelle l'art. 96, des effets quantifiables étayant la conclusion que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre l'expression pour l'application de l'art. 92. Si les effets quantifiables avaient effectivement été quantifiés, après avoir conclu, à l'issue de l'analyse qu'exige l'art. 92, que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, on procéderait à l'examen des effets anticoncurrentiels quantifiés dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96.

(6) Post-scriptum

[167] Si la défense fondée sur les gains en efficacité s'applique en l'espèce selon le libellé de l'art. 96, la présente affaire ne soulève pas selon moi les considérations que le législateur avait probablement en tête lorsqu'il a conçu cette exception à l'interdiction générale des fusionnements anticoncurrentiels. Comme nous l'avons vu au par. 84 dans le cadre de l'examen de l'historique de l'art. 96, la

in recognition of the size of Canada's domestic market and with an eye toward supporting operation at efficient levels of production and the realization of economies of scale, particularly with reference to international competition. By contrast, this case deals with competition on a local scale and where the operational efficiencies obtained do not appear to have been central to the acquiring party's ability to realize economies of scale to compete in the relevant market. Although I tend to think that this case may not represent one that Parliament had in mind in creating the efficiencies defence, I nonetheless find that the statute as currently drafted supports a finding that the defence is available in this case.

VII. Conclusion

[168] I would allow the appeal. I would set aside the divestiture order of the Tribunal and dismiss the Commissioner's s. 92 application. The appellants are entitled to costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

[169] ABELLA J. — In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, which predates *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, the Court deferred to the British Columbia Securities Commission's specialized expertise in the interpretation of provisions of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, and applied a reasonableness standard despite the presence of a right of appeal and the absence of a privative clause. In other words, the specialized nature of the tribunal was seen to be more determinative of the legislature's true intent to make the tribunal master of its mandate. More recently, notwithstanding the same right of appeal in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, [2013] 3 S.C.R. 895, this Court once again applied a reasonableness standard based on the British Columbia Securities Commission's

preuve permet de penser que cette défense avait été créée en raison de la taille du marché intérieur du Canada et pour favoriser l'efficacité de la production et les économies d'échelle, surtout par rapport à la concurrence internationale. Or, il s'agit en l'espèce d'une affaire de concurrence locale, où les gains en efficacité liés à l'exploitation réalisés ne paraissent pas avoir été essentiels aux économies d'échelle destinées à favoriser la compétitivité de la partie acquérante dans le marché en cause. Bien que je tende à penser que la présente affaire ne correspond peut-être pas à la situation que le législateur avait en tête lorsqu'il a créé la défense fondée sur les gains en efficacité, je suis d'avis que la loi dans sa version actuelle permet de conclure que le moyen de défense s'applique dans la présente affaire.

VII. Conclusion

[168] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmar l'ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal et de rejeter la demande fondée sur l'art. 92 présentée par la commissaire. Les appelantes ont droit aux dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs rendus par

[169] LA JUGE ABELLA — Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, rendu avant l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a déferé à l'expertise spécialisée de la commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique dans l'interprétation de dispositions de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, et a appliqué la norme de la décision raisonnable, nonobstant l'existence d'un droit d'appel et l'absence d'une clause privative. Autrement dit, la nature spécialisée de ce tribunal administratif était considérée comme étant plus déterminante pour dégager l'intention véritable du législateur de confier à ce tribunal les rôles de son mandat. Plus récemment, dans l'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2013] 3 R.C.S. 895, malgré l'existence d'un tel

specialized expertise: see *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167.

[170] The cornerstone laid in *Pezim* introduced a new edifice for the review of specialized tribunals. Through cases like *McLean, Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, and *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654, judges and lawyers engaging in judicial review proceedings came to believe, rightly and reasonably, that the jurisprudence of this Court had developed into a presumption that regardless of the presence or absence of either a right of appeal or a privative clause — that is notwithstanding legislative wording — when a tribunal is interpreting its home statute, reasonableness applies. I am at a loss to see why we would chip away — again² — at this precedential certainty. It seems to me that what we should be doing instead is confirming, not undermining, the reasonableness presumption and our jurisprudence that statutory language alone is not determinative of the applicable standard of review.

[171] That is why, with respect, although I otherwise agree with the reasons of the majority, I think the applicable standard is reasonableness, not correctness. I am aware that it is increasingly difficult to discern the demarcations between a reasonableness and correctness analysis, but until those lines are completely erased, I think it is worth protecting the existing principles as much as possible. To apply correctness in this case represents a reversion to the pre-*Pezim* era. Creating yet another exception by relying on the statutory language in this case which sets out a right of appeal, undermines the expertise the statute recognizes. This new exception is also, in my respectful view, an inexplicable variation from our jurisprudence that is certain to engender the very “standard of review” confusion

² See *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 283.

droit d’appel, la Cour a appliqué à nouveau la norme de la décision raisonnable, en raison du domaine d’expertise de la commission des valeurs mobilières de la province (voir *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 167).

[170] La pierre angulaire déposée dans l’arrêt *Pezim* a jeté les bases d’un nouvel édifice de révision des décisions des tribunaux spécialisés. Au fil d’affaires comme *McLean, Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, les juges et les avocats participant au contrôle judiciaire en sont venus à croire, valablement et raisonnablement, que la jurisprudence de la Cour avait créé une présomption selon laquelle, qu’il y ait ou non de droit d’appel ou de clause privative — soit nonobstant le libellé de la loi —, dès lors qu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive, c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique. Je ne comprends pas pourquoi il faudrait miner — encore une fois² — une telle certitude jurisprudentielle. À mon avis, il convient de confirmer, et non d’ébranler, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et la jurisprudence de la Cour selon laquelle le seul libellé de la loi ne dicte pas la norme de contrôle applicable.

[171] Voilà pourquoi, soit dit en tout respect, bien que je souscrive par ailleurs aux motifs des juges majoritaires, j’estime que la norme de contrôle qui s’applique est celle de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte. J’admets qu’il devient de plus en plus difficile de distinguer les démarcations entre l’analyse propre à la norme de la décision raisonnable et celle propre à la norme de la décision correcte, mais avant que ces démarcations soient complètement oblitérées, je pense qu’il vaut la peine de préserver dans la mesure du possible les principes établis. Appliquer la norme de la décision correcte en l’espèce constitue un retour à la situation antérieure à l’arrêt *Pezim*. En créant encore une autre exception fondée sur le libellé de la loi, qui prévoit dans ce cas un droit d’appel, on sape

² Voir *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283.

that inspired this Court to try to weave the strands together in the first place.

[172] The building blocks in our jurisprudence were carefully constructed. Binnie J. explained in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25, that

Dunsmuir recognized that *with or without a privative clause*, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision had been allocated to an administrative decision-maker rather than to the courts. This deference extended not only to facts and policy but to a tribunal's interpretation of its constitutive statute and related enactments because "there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported" (*Dunsmuir*, at para. 41). A policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (*Dunsmuir*, at para. 49, quoting Professor David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93). Moreover, "[d]eference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context" (*Dunsmuir*, at para. 54). [Emphasis added.]

[173] This was further explained in *Alberta Teachers' Association* in its first paragraph: "Through the creation of administrative tribunals, legislatures confer decision-making authority on certain matters to decision makers who are assumed to have specialized expertise with the assigned subject matter. Courts owe deference to administrative decisions within the area of decision-making authority conferred to such tribunals."

l'expertise reconnue par le texte législatif. Cette nouvelle exception représente également à mon avis un écart inexplicable par rapport à la jurisprudence de la Cour et va engendrer sans aucun doute la confusion relative à la « norme de contrôle » qui avait amené la Cour au départ à vouloir y mettre de l'ordre.

[172] La jurisprudence de la Cour a été soigneusement édifiée. Pour reprendre l'explication du juge Binnie dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339 :

Dans *Dunsmuir*, notre Cour a reconnu que, *sans égard à l'existence d'une clause privative*, il est maintenant admis qu'une certaine déférence s'impose lorsqu'une décision particulière a été confiée à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires. Cette déférence s'étend non seulement aux questions touchant aux faits et à la politique, mais aussi à l'interprétation, par le tribunal administratif, de sa loi constitutive et des dispositions législatives connexes étant donné « qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41). Le principe de la déférence « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Dunsmuir*, par. 49, citant le professeur David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93). En outre, la déférence « peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé » (*Dunsmuir*, par. 54). [Je souligne; par. 25.]

[173] La Cour réitère l'explication dans le premier paragraphe de l'arrêt *Alberta Teachers' Association* : « En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel. »

[174] In *Smith*, this Court applied a reasonableness standard of review to an arbitration committee's interpretation of its home statute, even though that statute provided that decisions of the arbitration committee on questions of law or jurisdiction *could be appealed to the Federal Court* (para. 40; see *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 101). And, as previously noted, in *McLean* the Court held that a reasonableness standard applied to the British Columbia Securities Commission's interpretation of its home statute despite the fact that the statute contained a statutory right of appeal with leave to the British Columbia Court of Appeal: paras. 23-24; *Securities Act*, s. 167.

[175] In *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471, the Court recognized that the fact that little deference had traditionally been extended to human rights tribunals in respect of their decisions on legal questions, was in tension with the deferential approach to judicial review espoused in *Dunsmuir*. The Court ultimately held that because the question of costs was located within the Canadian Human Rights Tribunal's core function and expertise relating to its interpretation and application of its enabling statute, a reasonableness standard of review applied. As LeBel and Cromwell JJ. noted, "[i]n the context of judicial review, deference can shield administrative decision makers from excessive judicial intervention even on certain questions of law as long as these questions are located within the decision makers' core function and expertise": para. 30.

[176] The presumption of reasonableness to an administrative decision maker's interpretation of its home statute or closely related legislation, even on questions of law, is therefore well established in this Court's jurisprudence: see also *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, [2014] 2 S.C.R. 135; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011]

[174] Dans l'arrêt *Smith*, la Cour applique la norme de contrôle de la décision raisonnable à l'interprétation, par un comité d'arbitrage, de sa loi constitutive, même si cette dernière prévoit un droit d'appel à la Cour fédérale des décisions du comité sur des questions de droit ou de compétence (par. 40; voir également la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 101). En outre, comme nous l'avons vu, la Cour dans l'arrêt *McLean* conclut à l'application de la norme de la décision raisonnable à l'interprétation que fait la commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique de sa loi constitutive, et ce même si cette loi prévoit un droit d'appel à la Cour d'appel de la province sur autorisation de celle-ci (par. 23-24; *Securities Act*, art. 167).

[175] Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, la Cour reconnaît que le peu de déférence accordé par le passé aux décisions des tribunaux des droits de la personne sur des questions de droit contredit la démarche empreinte de déférence en matière de contrôle judiciaire qu'elle préconise dans l'arrêt *Dunsmuir*. La Cour finit par conclure que parce que la question des dépens relève essentiellement du mandat et de l'expertise du Tribunal canadien des droits de la personne liés à l'interprétation et à l'application de sa loi constitutive, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Selon les juges LeBel et Cromwell, « [d]ans le cas du contrôle judiciaire, la déférence peut protéger le décideur administratif d'une immixtion judiciaire trop poussée, même à l'égard de certaines questions de droit dès lors que celles-ci touchent au cœur même du mandat et du domaine d'expertise du décideur » (par. 30).

[176] Ainsi, la présomption selon laquelle c'est la norme de la décision raisonnable qui vaut à l'égard de l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive ou d'une loi qui y est étroitement liée, même lorsqu'une question de droit est soulevée, est bien établie dans la jurisprudence de la Cour (voir aussi *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, [2014] 2 R.C.S. 135; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S.

3 S.C.R. 616; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 S.C.R. 678.

[177] It is true that this Court has recognized that certain categories of questions warrant a correctness review. Rothstein J. set them out in *Alberta Teachers' Association*, at para. 30:

There is authority that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, *per* Fish J.). This principle applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to which the correctness standard continues to apply, i.e., “constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise, . . . ‘[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals’ [and] true questions of jurisdiction or *vires*” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18, *per* LeBel and Cromwell JJ., citing *Dunsmuir*, at paras. 58, 60-61).

[178] Notably, a statutory right of appeal is not one of them.

[179] While the statutory language granting the right of appeal in this case may be different from the language in *Pezim, McLean* and *Smith*, it is not sufficiently different to undermine the established principle of deference to tribunal expertise in the interpretation of the tribunal’s own statute. Using such language to trump the deference owed to tribunal expertise, elevates the factor of statutory language to a pre-eminent and determinative status we have long denied it. I see nothing, in other words, that warrants departing from what the legal profession has come to see as our governing template for reviewing the decisions of specialized expert tribunals on a reasonableness standard, most recently on

559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 R.C.S. 678).

[177] Certes, la Cour reconnaît que certaines catégories de questions sont assujetties à la norme de la décision correcte. Le juge Rothstein les énumère dans l’arrêt *Alberta Teachers' Association* :

Suivant la jurisprudence, « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish). Le principe ne vaut cependant pas lorsque l’interprétation de la loi constitutive relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, [les] questions portant sur la “délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les juges LeBel et Cromwell, citant *Dunsmuir*, par. 58, 60-61). [par. 30]

[178] Signalons qu’un droit d’appel légal n’en fait pas partie.

[179] Bien que le libellé de la disposition accordant le droit d’appel dans l’affaire qui nous occupe diffère de celui qui est en cause dans les affaires *Pezim, McLean* et *Smith*, il ne diffère pas suffisamment pour saper le principe établi, à savoir que la déférence s’impose à l’égard de l’interprétation par un tribunal expert de sa loi constitutive. Invoquer ce genre de libellé pour supplanter la déférence que commande l’expertise du tribunal a pour effet d’élever le facteur du libellé de la loi au rang d’élément prééminent et déterminant que nous avons longtemps refusé de lui reconnaître. Autrement dit, rien ne justifie que l’on s’écarte de ce que les juristes considèrent comme le cadre régissant le contrôle des

muscular display in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 S.C.R. 633.

[180] In this case, applying that template leads to the conclusion that the Competition Tribunal's interpretation of s. 96 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, was unreasonable. I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[181] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I agree with the reasons of my colleague Justice Rothstein as they concern the proper analytical approach to s. 92(1) of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34. I further agree with his conclusion that it was open to the Competition Tribunal to find that the merger in this case was likely to substantially prevent competition contrary to s. 92(1).

[182] However, I cannot agree with my colleague's approach to the s. 96 efficiencies defence and his conclusion that Tervita was entitled to the benefit of that defence in this case. I would affirm the decision and the analysis of the Federal Court of Appeal, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352, in that regard.

[183] The efficiencies defence set out in s. 96(1) of the *Competition Act* requires the Tribunal to balance the efficiencies of the merger against its anti-competitive effects:

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and

décisions de tribunaux administratifs experts, qui appelle la norme de la décision raisonnable et dont nous avons vu une puissante démonstration dans l'arrêt récent *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 R.C.S. 633.

[180] En l'espèce, l'application de ce cadre mène à la conclusion que l'interprétation de l'art. 96 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, par le Tribunal de la concurrence n'était pas raisonnable. Je suis d'avis d'accueillir l'appel.

Version française des motifs rendus par

[181] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Rothstein dans la mesure où ils portent sur la bonne méthode à adopter pour l'analyse qu'appelle le par. 92(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34. Je souscris également à sa conclusion selon laquelle il était loisible au Tribunal de la concurrence de conclure que le fusionnement en l'espèce aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, ce que ne permet pas le par. 92(1).

[182] Toutefois, je ne saurais souscrire à l'approche préconisée par mon collègue à l'égard de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'art. 96 et à sa conclusion selon laquelle Tervita avait le droit de s'en prévaloir en l'espèce. Je suis d'avis de confirmer la décision et l'analyse de la Cour d'appel fédérale, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352, à cet égard.

[183] L'application de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue au par. 96(1) de la *Loi sur la concurrence* est subordonnée à la mise en balance par le Tribunal des gains en efficacité qu'entraîne le fusionnement et de ses effets anticoncurrentiels :

96. (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront

that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

[184] The Federal Court of Appeal and Justice Rothstein concluded, rightly in my view, that the statutory requirement that efficiency gains be “greater than” and “offset” the anti-competitive effects imports a weighing of quantitative and qualitative aspects. The Tribunal has the discretion to decide what methodology to apply on a case-by-case basis, so long as the various objectives of the Act are taken into account. Section 96 provides for flexible trade-off analysis, in order to meet the various objectives of the Act. Efficiencies and effects should be quantified wherever reasonably possible; rough estimates should be provided where precise quantification is not possible; and the assessment of qualitative effects should be objectively reasonable, supported by evidence and clear reasoning. (See Rothstein J.’s reasons, at paras. 144-45 and 148; F.C.A. reasons, at paras. 146 and 148.)

[185] However, I do not agree that the need for “reasonable objectivity” justifies Justice Rothstein’s hierarchical approach to quantitative and qualitative aspects under the efficiencies defence. Nor do I accept his assessment that “qualitative effects will be of lesser importance” (para. 146; see also paras. 147-48). I see no value in prioritizing quantitative over qualitative efficiencies. Both are relevant to the statutory test, and their significance depends on the circumstances of the case.

[186] The statutory language makes no such distinction. Moreover, many of the purposes set out in s. 1.1 of the Act may not be quantifiable. These purposes include not only providing consumers with competitive prices and products, but also promoting adaptability of the Canadian economy, expanding opportunities for Canadian businesses abroad, recognizing the value of foreign competition in Canada,

vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue.

[184] La Cour d’appel fédérale et le juge Rothstein ont conclu, à juste titre selon moi, que la condition prévue par la loi — selon laquelle les gains en efficacité « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels — emporte une pondération des aspects tant quantitatifs que qualitatifs. Le Tribunal est habilité à déterminer la méthodologie applicable à chaque cas, si les divers objets de la Loi sont pris en compte. L’article 96 prévoit une analyse conciliatoire souple qui permet le respect des divers objets de la Loi. Les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels devraient être quantifiés chaque fois qu’il est raisonnablement possible de le faire; des estimations approximatives devraient être fournies lorsqu’une quantification précise n’est pas possible et l’évaluation des effets qualitatifs devrait être objectivement raisonnable et étayée par des éléments de preuve et un raisonnement clair. (Voir les motifs du juge Rothstein, par. 144-145 et 148; motifs de la C.A.F., par. 146 et 148.)

[185] Toutefois, je ne saurais accepter que la nécessité d’une « objectivité raisonnable » justifie la conception hiérarchique adoptée par le juge Rothstein à l’égard des aspects quantitatifs et qualitatifs qu’il faut évaluer au regard de la défense fondée sur les gains en efficacité. Je ne saurais non plus accepter son affirmation selon laquelle « les aspects qualitatifs joueront un rôle moins important » (par. 146; voir aussi par. 147-148). Je ne vois aucun intérêt à accorder plus de valeur aux gains en efficacité quantitatifs qu’aux gains en efficacité qualitatifs. Les deux sont pertinents dans l’analyse qu’appelle le critère légal, et leur importance dépend des circonstances de l’espèce.

[186] Le libellé de la loi n’établit aucune distinction de cette nature. De plus, bon nombre des objets prévus à l’art. 1.1 de la Loi peuvent ne pas être quantifiables; par exemple, assurer aux consommateurs des prix et des produits compétitifs, stimuler l’adaptabilité de l’économie canadienne, améliorer les chances de participation canadienne aux marchés étrangers, tenir compte du rôle de la concurrence étrangère au

and ensuring that businesses of all sizes are able to participate fully in the Canadian economy.

[187] These wide-ranging purposes illustrate that important anti-competitive effects of a merger may be qualitative in nature. In some cases, such qualitative effects may be determinative in the s. 96 analysis. Thus, the flexible analytical approach mandated by this provision reflects the wide range of objectives the Act serves. Where the legislation mandates such a purposive analysis, the relative significance of qualitative and quantitative gains or effects can only be determined in the circumstances of each case. It is neither helpful nor necessary to predetermine their relative role and importance in the s. 96 defence.

[188] Justice Rothstein, however, frames the balancing test in s. 96 as a two-step inquiry. First, he says, the quantitative efficiencies of the merger at issue should be compared against the quantitative anti-competitive effects (the “greater than” prong of the s. 96 inquiry). Second, qualitative efficiencies should be balanced against the qualitative anti-competitive effects, and a final determination must be made as to whether the total efficiencies offset the total anti-competitive effects of the merger at issue (the “offset” prong of the inquiry) (paras. 147-48).

[189] I do not read s. 96 as mandating a two-step framework that separates quantitative and qualitative efficiencies and anti-competitive effects. Such an approach is unnecessarily artificial and not required by the statutory language or context. Presumably Justice Rothstein’s “final determination” assesses whether the (quantitative and qualitative) gains in efficiencies will be *greater than*, and will *offset*, the (quantitative and qualitative) anti-competitive effects of the merger. This is precisely what is required by the language of s. 96. The first two steps are superfluous. In any event, the expert Tribunal is best positioned to identify instances where like factors

Canada et assurer aux entreprises de toutes tailles une pleine participation à l’économie canadienne.

[187] Ces objets variés démontrent la possibilité que les effets anticoncurrentiels importants d’un fusionnement soient de nature qualitative. Dans certains cas, ces effets qualitatifs peuvent être déterminants dans l’analyse qu’appelle l’art. 96. Ainsi, la méthode d’analyse souple que commande cette disposition témoigne de la grande variété d’objets que vise la Loi. Lorsque la loi prévoit une telle analyse téléologique, l’importance relative des gains ou effets qualitatifs d’une part et quantitatifs d’autre part ne peut être déterminée qu’au cas par cas. Il n’est ni utile ni nécessaire de déterminer à l’avance le rôle et l’importance de chaque catégorie dans l’analyse visant à décider si la défense fondée sur l’art. 96 s’applique.

[188] Toutefois, le juge Rothstein caractérise la pondération à laquelle il faut procéder au titre de l’art. 96 comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, affirme-t-il, les gains en efficacité quantitatifs du fusionnement sont comparés aux effets anticoncurrentiels quantitatifs (le volet du surpassement de l’analyse qu’appelle l’art. 96). Dans un deuxième temps, les gains en efficacité qualitatifs sont mis en balance avec les effets anticoncurrentiels qualitatifs, et la dernière analyse détermine si le total des gains en efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause (le volet de neutralisation de l’analyse) (par. 147-148).

[189] À mon avis, l’art. 96 ne commande pas l’application d’un cadre analytique en deux étapes qui distingue entre les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs. Cette approche est inutilement factice et n’est requise ni par le libellé ni par le contexte de la loi. On peut supposer que la « dernière analyse » que décrit le juge Rothstein consiste à déterminer si les gains en efficacité (quantitatifs et qualitatifs) *surpasseront* et *neutraliseront* les effets anticoncurrentiels (quantitatifs et qualitatifs) du fusionnement. C’est précisément ce qu’exige le libellé de l’art. 96. Les deux premières étapes sont superflues. Quoi qu’il en soit,

should be compared, as well as circumstances where this would not be as effective.

[190] The Federal Court of Appeal agreed with the Tribunal's articulation of this aspect of the efficiencies defence test. Writing for the court, Mainville J.A. found that "the offset called for under section 96 . . . requires the Tribunal to balance both quantitative and non-quantitative (i.e. qualitative) gains in efficiency against both the quantitative and non-quantitative (i.e. qualitative) effects of any prevention or lessening of competition" flowing from the merger (para. 146). In the court's view, the analysis is at heart about balancing overall efficiency gains against overall anti-competitive effects, and simply tallying up "mathematical quantifications", while important, cannot provide a complete answer (*ibid.*). Of course, quantification is very important in order to ensure, whenever possible, that proper weight is attributed to any given efficiency or anti-competitive effect.

[191] The Federal Court of Appeal's approach to the s. 96 analysis provides an appropriate level of flexibility, given that efficiencies and anti-competitive effects will not always be easy to measure. For instance, there may be circumstances where a given quantitative factor is closely linked to a qualitative factor. The s. 96 framework enables the expert Tribunal to holistically assess the entirety of the evidence before it, rather than artificially bifurcating the analysis of qualitative and quantitative effects that may, in some cases, more helpfully be analyzed together. Such a test allows the Tribunal to reach an objective and reasonable determination regarding the s. 96 defence by minimizing subjective considerations, but without limiting itself to solely mathematical considerations. This approach provides more flexibility to achieve the purposes of the Act.

[192] Further, I disagree with my colleague that the Tribunal (and in this case the Federal Court of

le Tribunal expert est le mieux placé pour savoir quand il convient ou non de comparer des facteurs de même nature.

[190] La Cour d'appel fédérale a souscrit à l'interprétation par le Tribunal de cet aspect de la défense fondée sur les gains en efficacité. S'exprimant au nom de la cour, le juge Mainville a conclu que « la neutralisation exigée par l'article 96 [. . .] oblige le Tribunal à pondérer tant les gains en efficacité quantitatifs et les gains en efficacité non quantitatifs (c.-à-d. qualitatifs) que les effets quantitatifs et les effets non quantitatifs (c.-à-d. qualitatifs) de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence » découlant du fusionnement (par. 146). Selon la cour, l'analyse porte essentiellement sur la pondération des gains en efficacité toutes catégories confondues et des effets anticoncurrentiels toutes catégories confondues, et la réduire simplement à des « calculs mathématiques », aussi importants soient-ils, ne peut fournir une réponse complète (*ibid.*). Bien entendu, la quantification est très importante en ce qui a trait à l'attribution, dans la mesure du possible, d'une valeur suffisante à tout gain en efficacité ou à tout effet anticoncurrentiel.

[191] La démarche préconisée par la Cour d'appel fédérale à l'égard de l'analyse qu'appelle l'art. 96 prévoit une certaine souplesse, les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels n'étant pas toujours faciles à mesurer. Par exemple, il peut exister des situations où un facteur quantitatif donné est lié de près à un facteur qualitatif. Le cadre applicable à l'art. 96 permet au Tribunal expert d'évaluer globalement la preuve qui lui a été présentée plutôt que de scinder artificiellement l'analyse des effets qualitatifs et des effets quantitatifs. En effet, dans certains cas, il peut être plus utile de les analyser ensemble. En appliquant ce critère, le Tribunal peut rendre une décision objective et raisonnable concernant l'application de la défense fondée sur l'art. 96 en réduisant au minimum les considérations subjectives, sans pour autant la limiter aux calculs mathématiques. Cette approche offre davantage de souplesse dans la réalisation des objets de la Loi.

[192] En outre, je ne souscris pas à l'avis de mon collègue selon lequel le Tribunal (et en l'espèce la

Appeal) is precluded from considering any evidence of a quantifiable anti-competitive effect because the Commissioner of Competition failed to fully quantify it. I agree with the Federal Court of Appeal that while the Commissioner should quantify when possible, the failure to do so does not invalidate the evidence that established there was a known anti-competitive effect of undetermined extent.

[193] The Commissioner bears the onus to prove “that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially” under s. 92. She met that onus in this case. Section 96 is a defence. It is the appellants who must demonstrate on a balance of probabilities that the gains in efficiency offset the anti-competitive effects in order for the s. 96 defence to apply. The Commissioner bears the evidentiary burden to lead evidence of the anti-competitive effects of a merger, and bears the risk that the failure to fully quantify such effects where possible may render the evidence insufficient to counter the evidence of efficiency gains.

[194] However, where the expert evidence does not fully provide a quantification of the anti-competitive effects, I do not agree with my colleague that the evidence has no probative value whatsoever and must be ignored. Relevant evidence is generally admissible, and the failure to lead the best evidence available goes to weight, not admissibility. Clearly, the evidence will have less probative value without an estimate or quantification. No doubt it would be more difficult for an undetermined anti-competitive effect to outweigh any significant efficiency gains. However, it does not become irrelevant or inadmissible. The statutory language does not require such a result. Nor does the purpose or context of the legislation.

[195] Although Justice Rothstein recognizes that this exclusionary rule may lead to a “paradoxical”

Cour d’appel fédérale) ne peut tenir compte de tout effet anticoncurrentiel quantifiable parce que la commissaire de la concurrence ne l’a pas entièrement quantifié. Je partage l’avis de la Cour d’appel fédérale selon qui la commissaire devrait procéder, dans la mesure du possible, à une quantification. À l’instar de la cour, j’estime également que la preuve ayant établi qu’il y avait un effet anticoncurrentiel connu d’une valeur indéterminée n’est pas invalidée du fait d’une quantification incomplète.

[193] Il incombe à la commissaire de prouver « qu’un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet » pour l’application de l’art. 92. Elle s’est acquittée de ce fardeau en l’espèce. L’article 96 est un moyen de défense. Pour que la défense s’applique, il incombe aux appelantes de démontrer selon la prépondérance des probabilités que les gains en efficacité neutralisent les effets anticoncurrentiels. La commissaire doit présenter des éléments de preuve sur les effets anticoncurrentiels du fusionnement et assume le risque qu’une quantification incomplète des effets quantifiables soit insuffisante pour réfuter la preuve des gains en efficacité.

[194] Cependant, je ne partage pas l’avis de mon collègue selon qui, lorsqu’une preuve d’expert ne quantifie pas complètement les effets anticoncurrentiels, cette preuve n’a aucune valeur probante et ne compte pas. La preuve pertinente est généralement admissible, et le défaut de présenter la meilleure preuve possible influe sur le poids qui peut être accordé à cette preuve, non pas sur son admissibilité. De toute évidence, la preuve est moins probante si elle n’est pas fondée sur une estimation ou une quantification. Il ne fait aucun doute qu’un effet anticoncurrentiel indéterminé surpassera difficilement un gain en efficacité important. Toutefois, la preuve de cet effet n’en devient pas pour autant non pertinente ou inadmissible. Ce n’est pas ce que prévoit le libellé de la loi, ni par ailleurs son objet ou son contexte.

[195] Certes, le juge Rothstein admet qu’une telle règle d’exclusion risque de mener à un résultat

result in this case, he justifies his restrictive approach on the basis that it promotes objective assessment and discourages subjectivity and speculation (paras. 151 and 166). In my view, such an approach unduly limits the ability of the Tribunal to fulfill its statutory mandate. Section 96 gives the Tribunal the flexibility to meet all the purposes of the Act, including the primary purpose “to maintain and encourage competition in Canada” (s. 1.1). The balancing exercise under s. 96 necessarily requires the Tribunal to use its expert assessment and judgment. It must also provide explicit and transparent reasons for its conclusions.

[196] Obviously, the Tribunal must apply the test in s. 96 to the evidence before it in a way that is fair to the parties. Expert decision makers routinely assess evidence that is not the best evidence available, and they are attuned to when the particular circumstances of the case could result in procedural unfairness.

[197] Here, the Federal Court of Appeal determined that there was some value to the Tribunal’s finding that prices would have been 10 percent lower in the Contestable Area in the absence of a merger. While the evidence did not permit a calculation of the deadweight loss in the absence of estimates of market elasticity and the merged entity’s own price elasticity of demand, in my view the court was entitled to conclude that this amounted to evidence of a known anti-competitive effect, although its extent was undetermined.

[198] Since it was open to the Federal Court of Appeal to consider the anti-competitive effects in its analysis, it follows that the court was also in a position to accept that Tervita’s pre-existing monopoly was likely to magnify the anti-competitive effects of the merger (F.C.A. reasons, at para. 173). Ultimately, the court was entitled to find that the proven efficiency gains were “marginal to the point of being negligible” and did not likely exceed the known (but undetermined) anti-competitive effects (para. 169).

« paradoxal » dans la présente affaire, mais justifie sa démarche restrictive en affirmant qu’elle favorise l’objectivité et décourage la subjectivité et les conjectures (par. 151 et 166). Selon moi, ce serait mettre des bâtons dans les roues au Tribunal dans la réalisation du mandat que lui confère la loi. L’article 96 accorde au Tribunal la souplesse nécessaire pour favoriser la réalisation des objets de la Loi, dont l’objet principal, à savoir « préserver et favoriser la concurrence au Canada » (art. 1.1). L’exercice de pondération qu’exige cette disposition oblige le Tribunal à faire appel à son expertise et à son jugement. Il doit aussi assortir ses conclusions de motifs clairs.

[196] Évidemment, le Tribunal doit appliquer le critère prévu à l’art. 96 à la preuve qui lui a été présentée d’une façon équitable pour les parties. Les décideurs experts ont souvent à évaluer une preuve qui n’est pas la meilleure possible; ils peuvent détecter les cas où les circonstances particulières risquent de se traduire par un manque d’équité procédurale.

[197] En l’espèce, la Cour d’appel fédérale a accordé du poids à la conclusion du Tribunal selon laquelle les prix auraient sans doute été inférieurs de 10 p. 100 dans la zone contestable, n’eût été le fusionnement. Bien que la preuve n’ait pas permis de calculer la perte sèche sans une estimation de l’élasticité du marché et sans données sur l’élasticité de la demande par rapport au prix à l’égard de l’entité fusionnée, à mon sens, la cour pouvait conclure à la preuve d’un effet anticoncurrentiel connu, mais d’une valeur indéterminée.

[198] Puisqu’il était loisible à la Cour d’appel fédérale de tenir compte des effets anticoncurrentiels dans son analyse, elle pouvait également juger que le monopole préexistant de Tervita aurait vraisemblablement pour effet d’amplifier les effets anticoncurrentiels du fusionnement (motifs de la C.A.F., par. 173). Finalement, la cour pouvait conclure à bon droit que les gains en efficacité établis étaient « minimales au point d’être négligeables » et n’excédaient vraisemblablement pas les effets anticoncurrentiels connus (mais indéterminés) (par. 169).

[199] As noted above, the overall analysis under s. 96 must be as objective and reasonable as possible. Effects that can be quantified should be quantified. However, within this framework, negligible gains in efficiency will not necessarily outweigh and offset known anti-competitive effects, even if they are assigned an “undetermined” weight. This approach is in keeping with past jurisprudence of the Tribunal: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417, at paras. 171-72. Such an approach also accurately reflects the primary purpose of the Act, which is “to maintain and encourage competition in Canada” (s. 1.1).

[200] The Federal Court of Appeal was accordingly entitled to conclude that the s. 96 efficiencies defence was not available. I would dismiss the appeal, and award costs to the respondent.

APPENDIX

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34

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

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

- (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
- (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
- (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

[199] Comme je l’ai déjà dit, l’analyse globale qu’appelle l’art. 96 doit être aussi objective et raisonnable que possible. Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l’être. Toutefois, dans ce contexte, les gains en efficacité négligeables ne surpasseront pas et ne neutraliseront pas forcément les effets anticoncurrentiels connus, même si on leur accorde une valeur « indéterminée ». Ce raisonnement est dans le droit fil de la jurisprudence antérieure du Tribunal (*Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne), par. 171-172). De plus, ce raisonnement est tout à fait conforme à l’objet principal de la Loi, qui est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada » (art. 1.1).

[200] Par conséquent, c’est à bon droit que la Cour d’appel fédérale a conclu que la défense fondée sur les gains en efficacité prévue par l’art. 96 n’était pas applicable. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et d’adjuger les dépens à l’intimé.

ANNEXE

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34

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

79. (1) Lorsque, à la suite d’une demande du commissaire, il conclut à l’existence de la situation suivante :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

92. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or
- (d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

- (e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person
 - (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
 - (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
 - (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, to take any other action, or
- (f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person
 - (i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,
 - (ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or
 - (iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

92. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet :

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;
- d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96 :

- e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non :
 - (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
 - (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,
 - (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure;
- f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant :
 - (i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,
 - (ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,
 - (iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non :

(A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or

(B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, ordering the person to take any other action.

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share.

93. In determining, for the purpose of section 92, whether or not a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially, the Tribunal may have regard to the following factors:

(a) the extent to which foreign products or foreign competitors provide or are likely to provide effective competition to the businesses of the parties to the merger or proposed merger;

(b) whether the business, or a part of the business, of a party to the merger or proposed merger has failed or is likely to fail;

(c) the extent to which acceptable substitutes for products supplied by the parties to the merger or proposed merger are or are likely to be available;

(d) any barriers to entry into a market, including

- (i) tariff and non-tariff barriers to international trade,
- (ii) interprovincial barriers to trade, and
- (iii) regulatory control over entry,

and any effect of the merger or proposed merger on such barriers;

(e) the extent to which effective competition remains or would remain in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger;

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,

(B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le commissaire et cette personne y souscrivent.

(2) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché.

93. Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties au fusionnement réalisé ou proposé;

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé;

c) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties au fusionnement réalisé ou proposé;

d) les entraves à l'accès à un marché, notamment :

- (i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,
- (ii) les barrières interprovinciales au commerce,
- (iii) la réglementation de cet accès,

et tous les effets du fusionnement, réalisé ou proposé, sur ces entraves;

e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé;

(f) any likelihood that the merger or proposed merger will or would result in the removal of a vigorous and effective competitor;

(g) the nature and extent of change and innovation in a relevant market; and

(h) any other factor that is relevant to competition in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger.

96. (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in

(a) a significant increase in the real value of exports; or

(b) a significant substitution of domestic products for imported products.

(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.

Appeal allowed with costs, KARAKATSANIS J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Torys, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;

g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;

h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé.

96. (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge KARAKATSANIS est dissidente.

Procureurs des appelantes : Torys, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.