

A-302-12
A-457-12
2013 FCA 28

A-302-12
A-457-12
2013 CAF 28

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

Tervita Corporation, Complete Environmental Inc. et Babkirk Land Services Inc. (*appelants*)

v.

c.

Commissioner of Competition, Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey (*Respondents*)

Commissaire de la concurrence, Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey (*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Evans, Stratas and Mainville J.J.A.—Toronto, December 10 and 11, 2012; Ottawa, February 11, 2013.

Cour d’appel fédérale, juges Evans, Stratas et Mainville, J.C.A.—Toronto, 10 et 11 décembre 2012; Ottawa, 11 février 2013.

Editor’s Note: Leave to appeal this judgment was granted by the Supreme Court of Canada on July 11, 2013.

Note de l’arrêstiste : La Cour suprême du Canada a accordé l’autorisation d’en appeler de cette décision le 11 juillet 2013.

Competition — Appeals from Competition Tribunal divestiture order made pursuant to Competition Act, s. 92 — Tribunal finding that proposed merger likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern (NE) British Columbia — Appellant Tervita Corporation operating two secure landfills in NE British Columbia — Other landfill (Babkirk site) operated by Babkirk Land Services Inc. (BLS) — Individual respondents (vendors) acquiring BLS through new corporation (Complete Environmental Inc.) — Vendors subsequently selling shares in Complete to Tervita — Commissioner of Competition opposing transaction on ground likely to prevent competition in secure landfill services in NE British Columbia, applying to Tribunal seeking order that transaction be dissolved or order requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS — Tribunal concluding, under s. 92, that impugned merger likely to prevent competition substantially — Also finding, under Act, s. 96, no or only marginal gains in efficiency warranting order under s. 92 not be made — Issues herein pertaining to alleged errors with respect to Tribunal’s analysis under ss. 92, 96 — Tribunal erring, breaching rules of procedural fairness by considering Commissioner’s “deadweight loss” quantification under s. 96 — Tribunal should have concluded that “deadweight loss” not properly quantified — Tribunal also erring when favouring subjective balancing exercise for determining whether gains in efficiency offsetting anti-competitive effects under s. 96 — Overall offset analysis under s. 96 having to be as objective as reasonably possible; where objective determination cannot be made, must be reasonable — In light of Tribunal’s errors,

Concurrence — Appels visant une ordonnance de désaisissement prononcée par le Tribunal de la concurrence en application de l’art. 92 de la Loi sur la concurrence — Le Tribunal a conclu que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est (N.-E.) de la Colombie-Britannique — L’appelante Tervita Corporation exploitait deux sites d’enfouissement sécuritaire dans le N.-E. de la Colombie-Britannique — Un autre site d’enfouissement (le site Babkirk) était exploité par Babkirk Land Services Inc. (BLS) — Les intimés (les vendeurs) ont acquis BLS par l’entremise d’une nouvelle personne morale (Complete Environmental Inc.) — Les vendeurs ont par la suite vendu leurs actions de Complete à Tervita — La commissaire de la concurrence s’est opposée à la transaction qu’elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d’enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique et a demandé au Tribunal d’ordonner l’annulation de la transaction, ou d’ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS — Le Tribunal a conclu, au titre de l’art. 92, que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence — Il a également conclu, au titre de l’art. 96 de la Loi, qu’aucun gain en efficience ou que des gains négligeables justifiaient qu’aucune ordonnance ne soit rendue en application de l’art. 92 — Les questions en l’espèce portaient sur les erreurs qu’aurait commises le Tribunal dans son analyse au titre des art. 92 et 96 — Le Tribunal a erré et manqué aux principes d’équité procédurale en tenant compte de la

fresh assessment of matter conducted — Merger herein providing negligible gains in efficiency while ensuring continuation, strengthening of Tervita's market monopoly in geographic area at issue — These negligible gains not offsetting known anti-competitive effects even where weight to be afforded to such effects undetermined — Appeals dismissed.

These were appeals from a divestiture order of the Competition Tribunal (Tribunal) made pursuant to section 92 of the *Competition Act* on the ground that the proposed merger was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern (NE) British Columbia.

Oil and gas operations in NE British Columbia produce hazardous waste which must be disposed of in accordance with a regulatory framework. One preferred method of disposal is to truck the waste to a secure landfill. Four permits for dedicated landfill operations have been issued for NE British Columbia. Two permits are held for the Silverberry and Northern Rockies landfill sites owned or operated by the appellant, Tervita Corporation (Tervita), formerly known as CCS Corporation. A third permit was issued for the Peejay site, developed by an aboriginal community. However, that secure landfill had not yet been constructed. The fourth permit was issued for the Babkirk site located approximately 81 km northwest of Tervita's Silverberry secure landfill. It is the acquisition of the Babkirk site by Tervita which triggered the Commissioner's intervention and was at the heart of the Tribunal's decision.

The Babkirk site was operated by Babkirk Land Services Inc. (BLS). In 2008, a group composed of the individual respondents (the "vendors") acquired all the shares of BLS through a new corporation, Complete Environmental Inc. (Complete). The vendors intended to operate the Babkirk site primarily as a bioremediation facility. The vendors were confident that they could succeed with their bioremediation facility at the Babkirk site if they could complement this

quantification de la « perte sèche » par la commissaire en vertu de l'art. 96 — Le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n'avait pas été quantifiée correctement — Le Tribunal a également commis une erreur lorsqu'il a favorisé une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficacité neutralisaient les effets anticoncurrentiels aux termes de l'art. 96 — L'analyse globale de la neutralisation prévue à l'art. 96 doit être aussi objective que possible et, lorsqu'il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d'être raisonnable — Compte tenu des erreurs du Tribunal, une nouvelle analyse de la question a été effectuée — Le fusionnement, en l'espèce, n'a permis de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question — Ces gains négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue — Appels rejetés.

Il s'agissait d'appels visant une ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* au motif que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du Nord-Est (N.-E.) de la Colombie-Britannique.

Les exploitations pétrolières et gazières du N.-E. de la Colombie-Britannique produisent des déchets dangereux, qui doivent être éliminés conformément au cadre réglementaire. Une des méthodes d'élimination privilégiées consiste à transporter les déchets par camion jusqu'à un site d'enfouissement sécuritaire. Quatre permis de site d'enfouissement spécialisés ont été délivrés dans le N.-E. de la Colombie-Britannique. Deux de ces permis visent les sites d'enfouissement Silverberry et Northern Rockies que l'appelante, Tervita Corporation (Tervita), anciennement connue sous le nom CCS Corporation, possède ou exploite. Un troisième permis concerne le site de Peejay, aménagé par une collectivité autochtone. Cependant, ce site ne possède toujours pas d'installations d'enfouissement sécuritaire. Le quatrième permis vise le site Babkirk, situé à environ 81 km au nord-ouest du site d'enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. C'est l'acquisition du site Babkirk par Tervita qui a déclenché l'intervention de la commissaire et qui est au cœur de la décision du Tribunal.

Le site Babkirk était exploité par Babkirk Land Services Inc. (BLS). En 2008, un groupe composé des intimés (les « vendeurs ») a acquis toutes les actions de BLS par l'entremise d'une nouvelle personne morale, Complete Environmental Inc. (Complete). Les vendeurs avaient l'intention d'exploiter le site Babkirk principalement comme installation de biorestauration. Ils étaient confiants en leur capacité de rentabiliser leur installation de biorestauration au

service with a secure landfill facility allowing for the storage of waste which was not amenable to bioremediation.

Subsequently, the vendors decided to sell their shares in Complete to Tervita in 2010. However, prior to the closing of this transaction the Commissioner of Competition informed the parties that she opposed the transaction on the ground that it was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in NE British Columbia. Shortly after the closing, the Commissioner applied to the Tribunal pursuant to section 92 seeking an order that the transaction be dissolved or, in the alternative, requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS.

The Tribunal found that absent the merger, the bioremediation facility offered at the Babkirk site would have been unprofitable and that by October 2012, the vendors would have sought to generate additional revenues by accepting more waste into their secure landfill. It further concluded that by the spring of 2013, the site would have ended up being operated as a full-service secure landfill and that as such, the Babkirk site and Tervita's secure landfills would have become direct, serious and substantial competitors by no later than the spring of 2013. The Tribunal found that there were no other proposed new entrants in the Contestable Area, and that the barriers to entry into the relevant market were significant. It thus concluded that the impugned merger was likely to prevent competition substantially in the supply of secure landfill services in at least the Contestable Area, and by no later than the spring of 2013.

The Tribunal noted that under section 96 of the *Competition Act* (which provides that the Tribunal shall not make an order under section 92 where there are gains in efficiency), it is necessary to: (a) identify and, if possible, quantify the gains in efficiency resulting from the merger; (b) identify and, if possible, quantify the effects resulting from the merger; and (c) determine if these gains in efficiency exceed and offset these effects. The Tribunal further noted that the Commissioner bore the burden of proving the extent of the anti-competitive effects resulting from the merger where they are quantifiable, even if only roughly so, as well as any non-quantifiable or qualitative anti-competitive effects. On the other hand, Tervita bore the burden of establishing that the gains in efficiency resulting from the merger were likely to be greater than, or to offset, these effects.

The Tribunal went on to find that in the present instance, there were no gains in efficiency or that these gains were marginal. As to the effects of the merger, the Tribunal was persuaded, on a balance of probabilities, that the approach

site Babkirk dans la mesure où ils ajouteraient à ce service une installation d'enfouissement sécuritaire capable de stocker les déchets impossibles à valoriser par la biorestauration.

Par la suite, les vendeurs ont décidé de vendre leurs actions de Complete à Tervita, en 2010. Toutefois, avant la conclusion de la vente, la commissaire de la concurrence a informé les parties qu'elle s'opposait à la transaction, qu'elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique. Peu après la conclusion de la vente, la commissaire a demandé au Tribunal, en application de l'article 92, d'ordonner l'annulation de la transaction, ou encore d'ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS.

Le Tribunal a conclu que sans le fusionnement, l'installation de biorestauration proposée au site Babkirk n'aurait pas été rentable et qu'en octobre 2012 ou avant, les vendeurs auraient tenté d'accroître leurs revenus en acceptant davantage de déchets dans leur site d'enfouissement sécuritaire. Il a en outre estimé que d'ici le printemps 2013, les vendeurs auraient commencé à exploiter un site d'enfouissement sécuritaire à service complet et qu'en conséquence, le site Babkirk et les sites d'enfouissement sécuritaires de Tervita se seraient livrés une concurrence directe, sérieuse et sensible au plus tard au printemps 2013. Le Tribunal a estimé qu'aucun autre acteur ne proposait de s'installer dans la zone contestable et que la pénétration du marché pertinent comportait des obstacles considérables. Il a donc conclu que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence dans les services d'enfouissement sécuritaire, à tout le moins dans la zone contestable et au plus tard au printemps 2013.

Le Tribunal a signalé qu'en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* (qui prévoit que le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où le fusionnement entraîne des gains en efficacité), il est nécessaire de procéder comme suit : a) cerner et, si possible, quantifier les gains en efficacité qui résulteront du fusionnement; b) cerner et, si possible, quantifier les effets du fusionnement; c) déterminer si ces gains en efficacité surpasseront et neutraliseront ces effets. Le Tribunal a signalé en outre qu'il incombait à la commissaire de prouver l'ampleur des effets anticoncurrentiels qui résulteraient du fusionnement, s'ils étaient quantifiables, même approximativement, de même que les effets anticoncurrentiels qualitatifs ou non quantifiables. De son côté, Tervita devait établir que les gains en efficacité susceptibles de résulter du fusionnement surpasseraient ou neutraliseraient vraisemblablement ces effets.

Le Tribunal a conclu qu'en l'espèce, il n'y avait aucun gain en efficacité ou que ceux-ci étaient négligeables. En ce qui concerne les effets du fusionnement, le Tribunal s'est dit convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la

adopted by the Commissioner's expert and the numbers he used in reaching his estimate of the likely "deadweight loss" were reasonable for the purposes of the Tribunal's assessment of effects under section 96. The Tribunal acknowledged that this approach to calculating the "deadweight loss" was deficient, but it found nevertheless that the "rough" estimate produced by this approach was sufficiently reliable for its purposes. Turning to the qualitative effects resulting from the merger, the Tribunal recognized that the reduction in tipping fees resulting from competition between Silverberry and Babkirk would induce waste generators to more actively clean up legacy sites in NE British Columbia. The Tribunal also recognized as a qualitative effect the reduction in "value propositions". It found that competition from the Babkirk site would lead Tervita to offer certain of its customers link prices on some of its other services, which would in turn lead to a lower total cost for overall waste services used by such customers. Finally, with respect to offset, the Tribunal held that the quantified anti-competitive effects exceeded the quantified gains in efficiency. Alternatively, the qualitative anti-competitive effects taken together would outweigh the merger gains in efficiency under any reasonable approach.

At issue were a number of alleged errors with respect to the Tribunal's analysis under sections 92 and 96 of the Act. Particularly, the alleged errors were that the Tribunal erred: by acting on a theory of the case that had not been pleaded; by extending the analysis of potential entry beyond the time of the impugned merger; by engaging in speculation regarding possible future events; by reversing the onus and shifting the burden of proof on Tervita and the vendors; by considering the Commissioner's "deadweight loss" quantification in the face of a finding that the Commissioner had failed to meet her burden to prove such quantification; by not considering the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger; and by applying an offset methodology which tipped the scale in favour of anti-competitive effects on the basis of an unreasoned and subjective assessment of unquantifiable qualitative effects.

Held, the appeals should be dismissed.

The Tribunal did not base its decision on a theory of the case that had not been pleaded. The feasibility of a bioremediation facility at the Babkirk site was squarely before the Tribunal, as was the issue of whether Complete was a "poised entrant" in the market for secure landfills once it ceased to pursue bioremediation. In any event, the appellants were not

méthode de calcul adoptée par l'expert de la commissaire et les chiffres employés pour estimer la « perte sèche » probable étaient raisonnables aux fins de l'évaluation des effets pour l'application de l'article 96 par le Tribunal. Tout en reconnaissant les lacunes de cette méthode de calcul de la « perte sèche », le Tribunal a quand même conclu qu'elle permettait d'obtenir une estimation « approximative » suffisamment fiable pour les besoins du Tribunal. Sur la question des effets qualitatifs découlant du fusionnement, le Tribunal a reconnu que la réduction des redevances de déversement qui résulterait de la concurrence entre Silverberry et Babkirk inciterait les producteurs de déchets du N.-E. de la Colombie-Britannique à assainir davantage les sites contaminés laissés à l'abandon. Le Tribunal a également reconnu la réduction des « propositions de valeur » au titre d'effet qualitatif. Selon lui, la concurrence du site Babkirk pousserait Tervita à offrir à certains de ses clients des forfaits avantageux incluant d'autres services, ce qui entraînerait une baisse du prix total des services de gestion des déchets utilisés par ces clients. Enfin, en ce qui a trait à la neutralisation des effets, le Tribunal a jugé que les effets anticoncurrentiels quantifiés surpassaient les gains en efficacité quantifiés. À titre subsidiaire, l'ensemble des effets anticoncurrentiels qualitatifs surpasserait les gains en efficacité réalisés par le fusionnement, quelle que soit l'approche raisonnable retenue.

Un certain nombre d'erreurs qui auraient été commises par le Tribunal dans son analyse au titre des articles 92 et 96 de la Loi étaient en cause. Plus particulièrement, les erreurs qu'aurait commises le Tribunal étaient les suivantes : le Tribunal s'est fondé sur une thèse qui n'avait pas été plaidée en l'espèce; il a élargi son analyse de la pénétration éventuelle du marché au-delà de la période visée par le fusionnement contesté; il s'est livré à des spéculations au sujet de futurs événements possibles; il a inversé le fardeau de la preuve et l'a transféré de Tervita aux vendeurs; il a tenu compte de la quantification de la « perte sèche » effectuée par la commissaire, et ce, malgré le fait qu'il avait conclu que la commissaire ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir cette quantification; il n'a pas tenu compte des gains en efficacité procurés par une année de transport et d'expansion du marché grâce au fusionnement; il a appliqué une méthode de neutralisation qui favorisait les effets anticoncurrentiels en se fondant sur une appréciation déraisonnable et subjective d'effets qualitatifs non quantifiables.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

Le Tribunal n'a pas fondé sa décision sur une thèse qui n'a pas été plaidée. La faisabilité de l'entreprise de biorestauration sur le site Babkirk était une question qui avait été carrément soumise au Tribunal, tout comme celle de savoir si Complete était un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché » des sites d'enfouissement sécuritaire après la fin de

prejudiced by the fact that these issues were considered and decided by the Tribunal.

The Tribunal could extend the section 92 analysis beyond the date of the merger. The analysis required for the review of a merger under section 92 involving the prevention of competition is necessarily forward-looking. The Tribunal was thus correct in concluding that while “poised entry” should be considered by taking into account the date of the merger, it need not be limited to that date. The analysis may require that the Tribunal look into the future to ascertain whether the entry into the market would have occurred within a reasonable period of time. What is a reasonable period of time will necessarily vary from case to case. However, certain guidelines should be followed to ascertain an appropriate temporal framework: the time frame must be discernible, and the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue. In this case, the Tribunal discerned a clear time frame under which the Babkirk site would enter the market for secure landfills, and this discernible time frame was well within the temporal framework of the barriers to market entry.

The Tribunal did not engage in unfounded speculation regarding possible future events. The Tribunal’s findings were supported by abundant evidence.

The Tribunal did not reverse the onus and shift the burden of proof away from the Commissioner. It implicitly accepted that the burden lay with the Commissioner. Moreover, in his concurring reasons, Crampton C.J. explicitly and correctly stated that the burden was on the Commissioner to establish, on a balance of probabilities, that “but for” the merger, one of the merging parties likely would have entered or expanded within the relevant market within a reasonable period of time, and on a sufficient scale, to effect either a material reduction of prices or a material increase in one or more levels of non-price competition, in a material part of the market. It was implicit in the Tribunal’s reasons that this approach to the burden of proof was applied by the Tribunal as a whole.

The Tribunal erred and breached the rules of procedural fairness by considering the Commissioner’s “deadweight loss” quantification. The Commissioner did not discharge her burden to quantify the “deadweight loss” resulting from the merger, and the Tribunal erred by allowing her to correct that failure through a reply report using an admittedly deficient methodology. The Tribunal compounded that error by not allowing Tervita an opportunity to formally respond to that report. As a result, the Tribunal should have concluded that

l’exploitation de son entreprise de biorestauration. Dans tous les cas, les appelants n’ont pas subi un préjudice du fait que ces questions ont été examinées et tranchées par le Tribunal.

Le Tribunal pouvait élargir l’analyse qu’il effectuait au titre de l’article 92 au-delà de la date du fusionnement. L’analyse requise pour examiner un fusionnement sous l’angle de l’empêchement de la concurrence aux termes de l’article 92 est nécessairement prospective. Le Tribunal avait donc raison de conclure qu’il fallait envisager la « pénétration prochaine » en tenant compte de la date du fusionnement, sans nécessairement se limiter à cette date. L’analyse peut nécessiter que le Tribunal envisage l’avenir afin de vérifier si la pénétration du marché aurait eu lieu dans un délai raisonnable. La définition d’un délai raisonnable varie nécessairement d’une affaire à l’autre. Il convient toutefois de suivre certaines lignes directrices afin d’établir un cadre temporel approprié : le délai doit être discernable et le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question. En l’espèce, le Tribunal discernait un délai évident à l’intérieur duquel le site Babkirk pénétrerait le marché des sites d’enfouissement sécuritaires, et ce délai discernable de pénétration du marché s’inscrivait résolument dans le cadre temporel des obstacles à la pénétration du marché.

Le Tribunal ne s’est pas livré à des spéculations non fondées quant à d’éventuels événements futurs. Les conclusions du Tribunal étaient soutenues par une preuve abondante.

Le Tribunal n’a pas inversé le fardeau de la preuve et dispensé la commissaire de son obligation de s’en acquitter. Il a admis implicitement que le fardeau revenait à la commissaire. En outre, dans ses motifs concourants, le juge en chef Crampton a affirmé explicitement et avec raison qu’il incombe à la commissaire d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’en l’absence hypothétique de fusionnement, une des parties fusionnées aurait pénétré le marché pertinent, ou y aurait élargi sa présence, dans un laps de temps raisonnable et à une échelle suffisante pour entraîner soit une réduction sensible des prix ou une augmentation sensible de la concurrence hors prix, à un ou à plusieurs niveaux, dans une portion sensible du marché. Les motifs du Tribunal indiquent implicitement que cette approche du fardeau de la preuve a été adoptée par l’ensemble du Tribunal.

Le Tribunal a erré et manqué aux principes d’équité procédurale en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » par la commissaire. La commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de quantifier la « perte sèche » résultant du fusionnement, et le Tribunal a commis une erreur en lui permettant de corriger cette omission en produisant en réplique un rapport qui utilisait une méthodologie dont il était admis qu’elle était déficiente. Le Tribunal a aggravé cette erreur en n’accordant pas à Tervita la possibilité

the “deadweight loss” had not been properly quantified, and that consequently the weight to be attributed to it was not zero, as the appellants submit, but was rather undetermined.

The Tribunal correctly refused to consider the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger. The Tribunal found these one-year gains in efficiency to be the result of delays in the implementation of its order, and concluded that it would be contrary to the purposes of the *Competition Act* to recognize them. Indeed, it would be contrary to the overall scheme of the *Competition Act* to consider order implementation gains in efficiency since the results of a merger review should not be driven by the delays required to properly implement a divestiture order from the Tribunal resulting from such a review. In addition, under subsection 96(1) of the *Competition Act*, the Tribunal must find “that the merger ... has brought about or is likely to bring about gains in efficienc[ies]” (emphasis added). Thus, gains in efficiency claimed for the period *preceding* the merger review decision must have been *in fact* achieved in order to be recognized (“has brought about”). Gains in efficiency claimed for the period *subsequent* to the merger review decision must be *likely* to be achieved (“likely to bring about”). Possible gains in efficiency which could have been brought about prior to the merger review decision, but were not actually achieved, are consequently not considered. This is because the gains in efficiency defence rests on the premise that the trade-off between merger gains in efficiency and anti-competitive effects must actually benefit the Canadian economy. In the case at bar, Tervita has admittedly still not started to build or operate a secure landfill operation at the Babkirk site. Consequently, the one-year transportation and market expansion gains in efficiency have not in fact been realized by Tervita, and will now never be realized. These gains in efficiency are irremediably lost for the Canadian economy. They should therefore not be considered in the balancing exercise required under section 96.

Finally, the Tribunal erred when it favoured a subjective balancing exercise for determining whether the gains in efficiency offset the anti-competitive effects under section 96. The offset analysis must not be based on subjective judgment. The overall offset analysis under section 96 must be as *objective* as is reasonably possible, and where an objective determination cannot be made, it must be reasonable. In the

de répondre formellement à ce rapport. Par conséquent, le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n’avait pas été quantifiée correctement et qu’en conséquence la valeur qui devait y être attribuée n’était pas égale à zéro, comme le prétendent les appelants, mais qu’elle était indéterminée.

Le Tribunal n’a pas commis d’erreur en ne tenant pas compte des gains en efficacité résultant du fusionnement procurés par une année de transport et une année d’expansion du marché. Le Tribunal a estimé que ces gains en efficacité d’un an découleraient du délai de mise en application de son ordonnance et conclu qu’il serait contraire à l’intention de la *Loi sur la concurrence* de les reconnaître. De fait, il serait contraire à l’objectif global de la *Loi sur la concurrence* de prendre en considération des gains en efficacité découlant de la mise en application d’une ordonnance, étant donné que les résultats de l’examen d’un fusionnement ne devraient pas être dictés par les délais requis pour mettre correctement en application une ordonnance de dessaisissement formulée par le Tribunal par suite de cet examen. De plus, aux termes du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal doit conclure que le fusionnement « a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité » (non souligné dans l’original). Ainsi, les gains en efficacité revendiqués pour la période *précédant* la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent avoir été *en fait* réalisés pour pouvoir être reconnus (« a eu pour effet »). Les gains en efficacité revendiqués pour la période *postérieure* à la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent *vraisemblablement* avoir été réalisés (« aura vraisemblablement pour effet »). Les éventuels gains en efficacité qui auraient été réalisés avant la décision prise à l’issue de l’examen du fusionnement, mais qui n’ont pas été effectivement réalisés n’entrent donc pas en considération. Cette situation tient au fait que le moyen de défense tiré des gains en efficacité repose sur la prémisse que le compromis entre les gains en efficacité que procure le fusionnement et les effets anticoncurrentiels doit se concrétiser par un avantage réel pour l’économie canadienne. En l’espèce, Tervita a admis ne pas avoir encore commencé à construire ou à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk. Par conséquent, les gains d’une année de transport et d’une année d’expansion du marché ne se sont pas matérialisés dans le cas de Tervita et ne se concrétiseront jamais. Ces gains en efficacité sont irrémédiablement perdus pour l’économie canadienne. On ne devrait donc pas en tenir compte dans le cadre de l’analyse de la pondération exigée par l’article 96.

Enfin, le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il a favorisé une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficacité neutralisaient les effets anticoncurrentiels aux termes de l’article 96. L’analyse de la neutralisation ne peut reposer sur une appréciation subjective. L’analyse globale de la neutralisation prévue à l’article 96 doit être aussi *objective* que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une

case at bar, the Tribunal considered reduced site clean-up and the resulting environmental benefits as qualitative effects of the merger. However, it was questionable whether the environmental effects of a merger, where no economic effect is ascribed to them, could be taken into account in a merger review under the *Competition Act*. Environmental concerns having no economic impact are not listed under section 1 of the *Competition Act*, which sets out the purposes thereof, nor are they otherwise considered under the *Competition Act*.

In light of the Tribunal's errors, a fresh assessment of the matter was conducted. The merger herein provided negligible gains in efficiency while ensuring the continuation and strengthening of Tervita's market monopoly in the geographic area at issue. An anti-competitive merger may not be approved under section 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger. Though the anti-competitive effects of the merger in this case were not quantified, they nevertheless existed. Under an objective and reasonable offset determination, marginal and insignificant gains in efficiency cannot offset known anti-competitive effects even where the weight to be afforded to such effects is undetermined. For these reasons, the appeals were dismissed.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Clayton Act, 15 U.S.C. § 18 (1977).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1, 92, 93(b), 96.
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 3(2)(a),(3), 8, 9(1),(2), 12(1)(a), 13(1),(2).
Competition Tribunal Rules, SOR/2008-141, rr. 36(2)(c),(d), 38(2),(a),(b),(c), 39(2), 68-74, 77, 78.
Environmental Management Act, S.B.C. 2003, c. 53.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.5, 28(2).
Hazardous Waste Regulation, B.C. Reg. 63/88.

CASES CITED

FOLLOWED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1.

appréciation objective, cette appréciation se doit d'être raisonnable. En l'espèce, le Tribunal a considéré la réduction de l'ampleur du nettoyage du site et les avantages en découlant pour l'environnement comme des effets qualitatifs du fusionnement. On peut toutefois se demander 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. Les préoccupations environnementales qui n'ont pas de répercussions économiques ne sont pas énumérées à l'article premier de la *Loi sur la concurrence*, qui énonce ses objets, et elles ne sont pas par ailleurs prises en compte dans la *Loi sur la concurrence*.

Compte tenu des erreurs du Tribunal, une nouvelle analyse de la question a été effectuée. Le fusionnement, en l'espèce, n'a permis de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question. On ne peut conclure qu'un fusionnement anticoncurrentiel peut être approuvé en vertu de l'article 96 si ce fusionnement ne peut procurer que des gains en efficacité négligeables ou insignifiants. Bien qu'en l'espèce les effets anticoncurrentiels du fusionnement n'aient pas été quantifiés, ils existent quand même. Suivant une analyse de la neutralisation objective et raisonnable, des gains en efficacité secondaires et négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue. Pour ces raisons, les appels ont été rejetés.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Clayton Act, 15 U.S.C. § 18 (1977).
Environmental Management Act, S.B.C. 2003, ch. 53.
Hazardous Waste Regulation, B.C. Reg. 63/88.
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1, 92, 93b), 96.
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 3(2)a),(3), 8, 9(1),(2), 12(1)a), 13(1),(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5, 28(2).
Règles du Tribunal de la concurrence, DORS/2008-141, règles 36(2)c),d), 38(2)a),b),c), 39(2), 68-74, 77, 78.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748.

APPLIED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc., 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *BOC International, Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417, affd 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, (1995), 129 D.L.R. (4th) 609.

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Career Management Group Corp., 2009 FCA 295, [2010] 4 F.C.R. 413.

REFERRED TO:

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. Ltd.*, 2008 FCA 22; *Nadeau Poultry Farm Ltd. v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333; *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] 2 S.C.R. 283; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1988), 160 D.L.R. (4th) 193, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74, 2002 CanLII 41834 (C.A.); *Nunn v. Canada*, 2006 FCA 403, [2007] 2 C.T.C. 222; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 F.C. 40, (1996), 65 C.P.R. (3d) 167 (C.A.); *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215; *Colautti Construction Ltd. v. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138; *Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 FCA 103, 100 C.P.R. (4th) 203; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *BOC International, Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 conf. par 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634.

DÉCISION EXAMINÉE :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Premier Career Management Group Corp., 2009 CAF 295, [2010] 4 R.C.F. 413.

DÉCISIONS CITÉES :

Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22; *Nadeau Ferme Avicole Ltée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188; *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 musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* 2002 CanLII 41834, 59 R.J.O. (3^e) 74, (C.A.); *Nunn c. Canada*, 2006 CAF 403; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 R.J.O. (3^e) 677; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 C.F. 40 (C.A.); *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215; *Colautti Construction Ltd. v. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138; *Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 CAF 103; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387.

AUTHORS CITED

Competition Bureau Canada. *Merger Enforcement Guidelines*, October 6, 2011, online: <[http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/$FILE/cb-meg-2011-e.pdf)>.

Facey, B. A. and D. H. Assaf. *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis Canada, 2006.

Trebilcock, Michael *et al.* *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto: University of Toronto Press, 2002.

APPEALS from a divestiture order of the Competition Tribunal (*Commissioner of Competition v. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14) made pursuant to section 92 of the *Competition Act* on the ground that the proposed merger was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in north-eastern British Columbia. Appeals dismissed.

APPEARANCES

John Laskin, Linda Plumpton, Dany Assaf and Crawford Smith for appellants.
Nikiforos Iatrou, Jonathan Hood and Scott McGrath for respondent Commissioner of Competition.
 No one appearing for respondents Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey.

SOLICITORS OF RECORD

Torys LLP, Toronto, for appellants.
Competition Bureau Legal Services, Gatineau, and *WeirFoulds LLP*, Toronto, for respondent Commissioner of Competition.
Davis LLP, Vancouver, for respondents Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence Canada. *Fusion — Lignes directrices pour l'application de la loi*, 6 octobre 2011, en ligne : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-f.pdf/$FILE/cb-meg-2011-f.pdf)>.

Facey, B. A. et D. H. Assaf. *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3^e éd. Toronto: LexisNexis Canada, 2006.

Trebilcock, Michael *et al.* *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto : University of Toronto Press, 2002.

APPELS visant une ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal de la concurrence (*Commissaire de la concurrence c. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14) en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence* au motif que le fusionnement proposé était susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du Nord-Est de la Colombie-Britannique. Appels rejetés.

ONT COMPARU

John Laskin, Linda Plumpton, Dany Assaf et Crawford Smith pour les appelants.
Nikiforos Iatrou, Jonathan Hood et Scott McGrath pour l'intimée la commissaire de la concurrence.
 Personne n'a comparu pour les intimés Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Torys, S.E.N.C.R.L., Toronto, pour les appelants.
Services juridiques du Bureau de la concurrence, Gatineau, et *WeirFoulds LLP*, Toronto, pour l'intimée la commissaire de la concurrence.
Davis, S.E.N.C.R.L., Vancouver, pour les intimés Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey.

The following are the public¹ reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A.: These reasons concern two appeals challenging a divestiture order of the Competition Tribunal (Tribunal), dated May 29, 2012, made pursuant to section 92 of the *Competition Act*, R.S.C., (1985), c. C-34 for reasons cited as *Commissioner of Competition v. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14 (reasons).

[2] Appeal A-302-12 was brought under subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, while appeal A-457-12, dealing with questions of fact, was brought with leave of this Court under subsection 13(2) of that same statute. The appeals were consolidated and heard together. These reasons apply to both appeals, and a copy thereof shall be included in each appeal file.

CONTEXT AND BACKGROUND

[3] A detailed and precise description of the factual and contextual background to these proceedings can be found in the Tribunal's lengthy decision. For the purposes of this appeal, it is sufficient to highlight some salient aspects.

[4] Oil and gas operations in north-eastern British Columbia (NE British Columbia) produce hazardous waste which must be disposed of in accordance with a regulatory framework. One preferred method of disposal is to truck the waste to a secure landfill. Operators of secure landfills in British Columbia must hold permits and operate under British Columbia's *Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, c. 53 and the *Hazardous Waste Regulation*, B.C. Reg. 63/88.

Ce qui suit est la version française des motifs publics¹ du jugement rendus par

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A.: Les présents motifs concernent deux appels visant une ordonnance de dessaisissement prononcée le 29 mai 2012 par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, pour les motifs publiés sous la référence *Commissioner of Competition v. CCS Corporation et al.*, 2012 Comp. Trib. 14 (les motifs).

[2] L'appel dans le dossier A-302-12 a été interjeté en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, tandis que celui dans le dossier A-457-12, qui porte sur des questions de fait, a été interjeté avec l'autorisation de notre Cour en vertu du paragraphe 13(2) de cette même loi. Les appels ont été réunis et instruits ensemble. Les présents motifs s'appliquent aux deux appels et une copie des présents motifs sera versée dans chaque dossier.

CONTEXTE

[3] On trouvera un exposé détaillé et précis des faits et du contexte qui entourent la présente instance dans la volumineuse décision du Tribunal. Aux fins du présent appel, il est suffisant de souligner quelques points saillants.

[4] Les exploitations pétrolières et gazières du Nord-Est de la Colombie-Britannique (N.-E. de la Colombie-Britannique) produisent des déchets dangereux, qui doivent être éliminés conformément au cadre réglementaire. Une des méthodes d'élimination privilégiées consiste à transporter les déchets par camion jusqu'à un site d'enfouissement sécuritaire. En Colombie-Britannique, les exploitants de site d'enfouissement sécuritaire doivent détenir un permis et respecter l'*Environmental Management Act*, S.B.C. 2003, ch. 53 et le *Hazardous Waste Regulation*, B.C. Reg. 63/88 de la Colombie-Britannique.

1 Editor's Note: Portions deleted by order of the Court are indicated by [omitted].

1 Note de l'arrêtiste : Les parties expurgées par ordonnance de la Cour sont indiquées par [supprimé].

[5] Oil and gas developers typically pay third-party trucking companies to transport the hazardous waste to a secure landfill, and these transportation costs usually represent a substantial portion of the developers' overall cost of disposal. Secure landfill owners also charge the developers what is usually designated as a "tipping fee" to accept the waste.

[6] Four permits for dedicated landfill operations have been issued for NE British Columbia.

[7] Two permits are held for landfills owned or operated by the appellant, Tervita Corporation (Tervita), formerly known as CCS Corporation. These landfills are the Silverberry and Northern Rockies landfill sites, which have permitted capacities of 6 000 000 and 3 344 000 tonnes of waste respectively, and at which [omitted] and [omitted] tonnes of hazardous waste were tipped in 2010.

[8] A third permit was issued for the Peejay site located in a relatively inaccessible area near the Alberta border. This site was developed by an aboriginal community to serve nearby drilling operations. However, that secure landfill has not yet been constructed, and the Tribunal was of the view that the project may be encountering financial difficulties.

[9] The fourth permit was issued for the Babkirk site located in NE British Columbia approximately 81 km northwest (or one and a half hours by road) of Tervita's Silverberry secure landfill. It is the acquisition of the Babkirk site by Tervita which has triggered the Commissioner's intervention and which is at the heart of the Tribunal's decision. It is thus appropriate to briefly focus on the Babkirk site and on the events which lead to its acquisition by Tervita.

[10] Babkirk Land Services Inc. (BLS) was founded in 1996 by Murray and Kathy Babkirk. For approximately six years, BLS operated the Babkirk site as a facility for the treatment and short-term storage of

[5] En général, les promoteurs de projets pétroliers et gaziers paient des sociétés de camionnage tierces pour transporter leurs déchets dangereux jusqu'à un site d'enfouissement sécuritaire; les frais de transport représentent généralement une partie substantielle du total des coûts d'élimination. En outre, les propriétaires de sites d'enfouissement sécuritaire imposent aux promoteurs ce qu'on appelle une « redevance de déversement » pour accepter les déchets.

[6] Quatre permis de site d'enfouissement spécialisé ont été délivrés dans le N.-E. de la Colombie-Britannique.

[7] Deux de ces permis visent des sites d'enfouissement que l'appelante, Tervita Corporation (Tervita), anciennement connue sous le nom CCS Corporation, possède ou exploite. Il s'agit des sites d'enfouissement Silverberry et Northern Rockies, ayant respectivement une capacité autorisée de 6 000 000 et de 3 344 000 tonnes de déchets, et dans lesquels [supprimé] et [supprimé] tonnes de déchets dangereux ont été déversés en 2010.

[8] Un troisième permis concerne le site de Peejay, situé dans une région relativement inaccessible, à proximité de la frontière de l'Alberta. Aménagé par une collectivité autochtone en vue de desservir les exploitations minières avoisinantes, ce site ne possède toujours pas d'installations d'enfouissement sécuritaire. Le Tribunal était d'avis que ce projet connaîtrait des difficultés financières.

[9] Le quatrième permis vise le site Babkirk, situé dans le N.-E. de la Colombie-Britannique, à environ 81 km au nord-ouest (ou à environ une heure et demie de route) du site d'enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. Comme c'est l'acquisition du site Babkirk par Tervita qui a déclenché l'intervention de la commissaire et qui est au cœur de la décision du Tribunal, il convient de s'attarder brièvement sur le site Babkirk et sur les événements qui ont mené à son acquisition par Tervita.

[10] Babkirk Land Services Inc. (BLS) a été fondée en 1996 par Murray et Kathy Babkirk. Pendant environ six ans, BLS a exploité le site Babkirk en tant qu'installation de traitement et de stockage de courte durée de

hazardous waste. However, in 2004 BLS stopped accepting waste at that site.

[11] In 2006, BLS retained the services of SNC-Lavalin, an engineering and project development firm, to prepare the documents required to apply for permits regarding a secure landfill at the Babkirk site. At approximately the same time, a group composed of the individual respondents in this appeal (Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey and Thomas Craig Wolsey, collectively referred to in these reasons as the “vendors”) negotiated a handshake agreement to purchase all the shares of BLS from Murray and Kathy Babkirk. Following the issuance of an environmental assessment certificate for the secure landfill at the Babkirk site in December of 2008, the vendors acquired in April of 2008 all the shares of BLS through a new corporation, Complete Environmental Inc. (Complete). BLS thus became a wholly owned subsidiary of Complete, which was itself owned and controlled by the vendors.

[12] The vendors intended to operate the Babkirk site primarily as a bioremediation facility. Bioremediation is a method for treating contaminated soil by using microorganisms to reduce contamination.

[13] Oil and gas drilling operations produce two principal types of hazardous waste: contaminated soil and drill cuttings. The soil may be contaminated with hydrocarbons, both heavy and light end, as well as with salts and metals: reasons, at paragraphs 30 to 32. The Tribunal found that soil contaminated with heavy-end hydrocarbons is not amenable to cost effective bioremediation because it is difficult, unpredictable, and very time consuming. Further, the Tribunal also found that waste contaminated with metals and salts cannot be effectively bioremediated with the technology currently approved for use in Canada: reasons, at paragraph 44.

[14] The vendors were nevertheless confident that they could succeed with their bioremediation facility at the Babkirk site if they could complement this service

déchets dangereux. En 2004, cependant, BLS a cessé d’accepter des déchets à cet endroit.

[11] En 2006, BLS a fait appel à SNC-Lavalin, société d’ingénierie et d’élaboration de projets, afin d’établir les documents requis pour soumettre une demande de permis pour un site d’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk. À peu près au même moment, un groupe composé des personnes physiques intimées au présent appel (Karen Louise Baker, Ronald John Baker, Kenneth Scott Watson, Randy John Wolsey et Thomas Craig Wolsey, collectivement appelés les « vendeurs » dans les présents motifs) a négocié une entente à l’amiable concernant l’achat de toutes les actions de BLS de Murray et Kathy Babkirk. En avril 2008, après avoir obtenu un certificat d’évaluation environnementale pour l’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk en décembre 2008, les vendeurs ont acquis toutes les actions de BLS par l’entremise d’une nouvelle personne morale, Complete Environmental Inc. (Complete). BLS est ainsi devenue une filiale à part entière de Complete, elle-même détenue et contrôlée par les vendeurs.

[12] Les vendeurs avaient l’intention d’exploiter le site Babkirk principalement comme installation de bio-restauration. La biorestauration est une méthode de traitement des sols contaminés qui fait appel à des microorganismes pour réduire la contamination.

[13] Le forage pétrolier et gazier produit deux principaux types de déchets dangereux : les sols contaminés et les déblais de forage. Les sols peuvent être contaminés par des fractions lourdes ou légères d’hydrocarbures, des sels et des métaux (motifs, aux paragraphes 30 à 32). Le Tribunal a estimé que le sol contaminé par des fractions lourdes d’hydrocarbures pouvait rarement faire l’objet d’une biorestauration économique, puisque sa décontamination s’avère difficile, imprévisible et très longue. En outre, le Tribunal a estimé que les déchets contaminés par des métaux et des sels ne pouvaient faire l’objet d’une biorestauration efficace au moyen de la technologie actuellement autorisée au Canada (motifs, au paragraphe 44).

[14] Les vendeurs étaient néanmoins confiants en leur capacité de rentabiliser leur installation de biorestauration au site Babkirk dans la mesure où ils ajouteraient à

with a secure landfill facility allowing for the storage of waste which was not amenable to bioremediation. It was for this purpose that a permit for a limited capacity secure landfill facility operating alongside the bioremediation service was sought for the Babkirk site. Following the issue of the environmental assessment certificate for the secure landfill, the vendors received an operating permit. That permit was issued on February 26, 2010, and authorized a secure landfill at the Babkirk site with a maximum storage capacity of 750 000 tonnes.

[15] Shortly afterwards, a company known as Integrated Resources Technologies Ltd. (IRTL) offered to purchase Complete for [omitted]. Before accepting that offer, the vendors explored the possibility of selling to other third parties. Secure Energy Services (SES) showed some limited interest, but at a lower sales price. The vendors thus decided to accept the offer from IRTL; however, that offer was withdrawn in early June of 2010 due to lack of financing. The vendors decided to try to sell one last time, and pursued various discussions with SES and Tervita, then known as CCS Corporation. They reached an understanding with CCS Corporation (Tervita) in July of 2010, and signed a letter of intent on July 14, 2010. The sale of the vendors' shares in Complete (comprising its wholly owned subsidiary BLS and the Babkirk site) eventually closed on January 7, 2011.

[16] Prior to the closing, the Commissioner informed the parties that she opposed the transaction on the ground that it was likely to prevent competition substantially in secure landfill services in NE British Columbia. Shortly after the closing, the Commissioner applied to the Tribunal pursuant to section 92 of the *Competition Act* seeking an order that the transaction be dissolved or, in the alternative, requiring that Tervita divest itself of Complete or BLS.

ce service une installation d'enfouissement sécuritaire capable de stocker les déchets impossibles à valoriser par la biorestauration. C'est dans cet esprit qu'ils ont demandé un permis pour une installation d'enfouissement sécuritaire de capacité limitée qu'ils prévoyaient exploiter sur le site Babkirk, parallèlement au service de biorestauration. Suite à la délivrance du certificat d'évaluation environnementale pour le site d'enfouissement sécuritaire, les vendeurs ont obtenu un permis d'exploitation. Délivré le 26 février 2010, ce permis autorisait l'exploitation d'un site d'enfouissement sécuritaire d'une capacité de stockage limitée à 750 000 tonnes, sur le site Babkirk.

[15] Peu après, une société du nom d'Integrated Resources Technologies Ltd. (IRTL) a offert d'acheter Complete pour la somme de [supprimé]. Avant d'accepter l'offre, les vendeurs ont examiné la possibilité de vendre à d'autres tierces parties. Secure Energy Services (SES) a manifesté un certain intérêt, mais exigeait un prix de vente inférieur. Les vendeurs ont donc décidé d'accepter l'offre d'IRTL. Pour des raisons de financement insuffisant, IRTL a cependant retiré son offre au début de juin 2010. Dans une ultime tentative de vente, les vendeurs ont eu plusieurs discussions avec SES et Tervita, alors connue sous le nom de CCS Corporation. En juillet 2010, ils sont arrivés à une entente avec CCS Corporation (Tervita), consignée dans une lettre d'intention signée le 14 juillet 2010. Les vendeurs ont finalisé la vente de leurs actions de Complete (y compris BLS, sa filiale à part entière, et le site Babkirk) le 7 janvier 2011.

[16] Avant la conclusion de la vente, la commissaire a informé les parties qu'elle s'opposait à la transaction, qu'elle jugeait susceptible de nuire sensiblement à la concurrence dans le milieu des services d'enfouissement sécuritaire du N.-E. de la Colombie-Britannique. Peu après la conclusion de la vente, la commissaire a demandé au Tribunal, en application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, d'ordonner l'annulation de la transaction, ou encore d'ordonner à Tervita de se départir de Complete ou de BLS.

RELEVANT LEGISLATION

[17] The relevant extracts of the *Competition Act* are reproduced in the Schedule to these reasons. A brief overview of these provisions is set out below.

[18] When reviewing a merger under section 92 of the *Competition Act*, the Tribunal primarily determines whether the merger is likely to prevent or lessen competition substantially. For this purpose, the Tribunal must determine whether the merger will create, enhance or facilitate the exercise of market power. The factors considered for this purpose include, but are not limited to, defining the relevant product and geographic market, determining market shares and industry concentration levels, identifying effects that could result from the merger, and determining the likelihood of countervailing bargaining power by customers.

[19] Some mergers are not driven by the desire to increase profits through greater market power, but rather seek to allow greater profits through gains in efficiency. These gains can be beneficial to the Canadian economy. Subsection 92(2) of the *Competition Act* provides that the Tribunal cannot find that a merger prevents or lessens competition substantially solely on the basis of concentration or market share. Further, section 96 specifically provides for a defence based on gains in efficiency. If it can be established that the gains in efficiency resulting from the merger are greater than and offset its anti-competitive effects, the Tribunal is prohibited from making an order under section 92.

[20] The main sources of gains in efficiency in mergers “are reductions in costs through the realization of economies of scale, such as the sharing of fixed costs or greater efficiency in the deployment of some types of capital; reduced transportation costs through rationalization of shipping and distribution networks; savings attributable to the transfer of superior production techniques, know-how, or intellectual property rights from one merging party to the other; and gains in efficiency

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[17] Les passages pertinents de la *Loi sur la concurrence* sont reproduits à l’annexe jointe aux présents motifs. Un bref survol de ces dispositions suit.

[18] Lorsqu’il examine un fusionnement en vertu de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal cherche principalement à savoir si le fusionnement réalisé ou proposé aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. À cette fin, le Tribunal doit déterminer si le fusionnement en question engendrera, renforcera ou facilitera l’exercice d’un pouvoir de marché. Parmi les facteurs dont il y a lieu de tenir compte à cette fin, mentionnons la définition du produit et du marché géographique applicables, la délimitation des parts de marché et du degré de concentration sectorielle, l’identification des effets que pourraient entraîner le fusionnement, et la détermination de la probabilité de l’existence d’un pouvoir de négociation compensateur pour les consommateurs.

[19] Certains fusionnements ne sont pas motivés par le désir d’augmenter ses profits par une plus grande emprise sur le marché, mais plutôt par la volonté d’accroître ses bénéfices au moyen de gains en efficacité. Ces gains peuvent profiter à l’ensemble de l’économie canadienne. Le paragraphe 92(2) de la *Loi sur la concurrence* précise que le Tribunal ne peut conclure qu’un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part du marché. De plus, l’article 96 permet expressément d’invoquer en défense les gains en efficacité. En effet, si l’on peut démontrer que les gains en efficacité que le fusionnement entraînera surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels, le Tribunal ne peut rendre l’ordonnance prévue à l’article 92.

[20] Les principales sources de gains en efficacité que les fusionnements sont susceptibles de procurer sont [TRADUCTION] « la réduction de coûts grâce à la réalisation d’économies d’échelles, sous la forme notamment de partage des frais fixes ou d’une plus grande efficacité dans le déploiement de certains types d’immobilisations, la réduction des coûts de transport grâce à la rationalisation des réseaux d’expédition et de distribution, les épargnes réalisées grâce au transfert de

accruing to buyers from the ability to choose from a wider variety of products and services”: M. Trebilcock, R. A. Winter, P. Collins, and E. W. Iacobucci, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto: University of Toronto Press, 2002), at pages 145 and 146. The analysis of productive and dynamic gains in efficiency is usually the distinguishing feature of merger analysis: B. A. Facey and D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3rd ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2006), at page 201.

THE TRIBUNAL’S DECISION

(a) The section 92 analysis

[21] The Tribunal defined the relevant product market as “solid hazardous waste generated by oil and gas producers and tipped into secure landfills in [NE British Columbia]”: reasons, at paragraph 91. The Tribunal has traditionally considered it necessary to also define a relevant geographic market before assessing the competitive effects of a merger. In this case, the Tribunal found that, at a minimum, the area of 11 000 square kilometres identified by Tervita’s expert, Dr. Kahwaty, and designated the “Contestable Area”, was part of the relevant geographic market. It was satisfied that a hypothetical monopolist supplying secure landfill services in that area would have the ability to impose a small but significant price increase (typically 5 percent) and sustain it for a non-transitory period of time (typically one year): reasons, at paragraph 98.

[22] The Tribunal was also of the view that this Contestable Area likely understated the geographic market. However, it found that it was not necessary in this case to define precisely the geographic scope of the relevant market beyond the Contestable Area since

techniques de production supérieures, de savoir-faire et de droits de propriété intellectuelle entre les entités parties au fusionnement et, enfin, les gains en efficacité réalisés par les acheteurs du fait qu’ils sont en mesure de choisir parmi une vaste gamme de produits et de services » (M. Trebilcock, R. A. Winter, P. Collins et E. W. Iacobucci, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto : University of Toronto Press, 2002), aux pages 145 et 146). L’analyse des gains en efficacité sur le plan de la productivité et de la rentabilité constitue habituellement la caractéristique distinctive de l’analyse des fusionnements (B. A. Facey et D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 3^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2006), à la page 201).

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

a) L’analyse effectuée au titre de l’article 92

[21] Le Tribunal définit le marché des produits visé comme suit : [TRADUCTION] « “les déchets dangereux solides générés par les producteurs de pétrole et de gaz naturel et versés dans des sites d’enfouissement sécuritaires dans [le N.-E. de la Colombie-Britannique]” » (motifs, au paragraphe 91). Traditionnellement, le Tribunal a toujours considéré nécessaire de définir aussi le marché géographique visé avant d’évaluer les effets concurrentiels d’un fusionnement. Dans l’affaire qui nous intéresse, le Tribunal a estimé qu’à tout le moins, la superficie de 11 000 kilomètres carrés délimitée par M. Kahwaty, l’expert de Tervita, et désignée « zone contestable » faisait partie du marché géographique visé. Il s’est dit convaincu qu’un hypothétique monopoleur qui fournirait des services d’enfouissement sécuritaire dans cette zone serait en mesure d’imposer une augmentation de prix modeste, mais significative (normalement 5 p. 100) et de la maintenir au-delà de la période de transition (normalement un an) (motifs, au paragraphe 98).

[22] Le Tribunal a également exprimé l’avis que cette zone contestable constituait probablement une sous-estimation du marché géographique. Il a cependant conclu qu’en l’espèce, il n’était pas nécessaire de définir précisément l’ampleur géographique du marché

Tervita “would remain the sole supplier of Secure Landfill services to any reasonably defined broader group of customers”: reasons, at paragraphs 92, 93, 117 and 118.

[23] The Tribunal noted that “prevention” of competition cases have been rare: reasons, at paragraph 121. Consequently, no detailed analytical framework had previously been determined for the “prevention” branch of section 92 of the *Competition Act*. The Tribunal thus set out at paragraphs 122 to 125 of its reasons the analytical framework it intended to apply to “prevention” cases in general, and to the merger at hand specifically. This framework will be reviewed and discussed in the analysis section of these reasons.

[24] The Tribunal focused on the period during which the merger occurred, i.e. the period between July 2010, when the letter of intent was signed, and January 2011, when the merger transaction closed. It concluded that only two realistic scenarios existed during this period for the Babkirk site absent the merger: (a) the vendors would have sold to SES which would have operated a secure landfill on the site; or (b) the vendors would have operated a bioremediation facility together with a half-cell secure landfill: reasons, at paragraph 132.

[25] After extensively reviewing the large amount of evidence submitted on these two scenarios, the Tribunal found that, on a balance of probabilities, SES would not have made an acceptable offer for Complete at the end of July 2010 or at any time in the summer of 2010: reasons, at paragraph 154. It further found that the vendors would have moved forward with their own plan to develop the Babkirk site as a bioremediation facility for hazardous waste with a small incidental half cell (125 000 tonnes) secure landfill in which to move the soil that was not successfully treated: reasons, at paragraph 197. The Tribunal also found that this bioremediation facility at the Babkirk site would have been fully operational by October 2011: reasons, at paragraph 200. This facility would not have been serious

pertinent au-delà de la zone contestable, étant donné que Tervita [TRADUCTION] « resterait le seul fournisseur de services d’enfouissement sécuritaire de toute clientèle élargie donnée, définie de façon raisonnable » (motifs, aux paragraphes 92, 93, 117 et 118).

[23] Le Tribunal signale que les tribunaux ont rarement dû trancher des affaires d’« empêchement » de la concurrence (motifs, au paragraphe 121). Par conséquent, il n’a pu recourir à aucun cadre d’analyse détaillé défini au préalable quant aux dispositions de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence* qui traitent de l’empêchement. C’est pourquoi le Tribunal a établi, aux paragraphes 122 à 125 de ses motifs, le cadre d’analyse qu’il avait l’intention d’employer de façon générale dans les affaires d’empêchement, et particulièrement dans l’affaire du fusionnement en cause. Ce cadre sera examiné dans la section « analyse » des présents motifs.

[24] Le Tribunal s’est surtout penché sur la période entourant le fusionnement, soit celle allant de la signature de la lettre d’intention, en juillet 2010, à la conclusion de la transaction de fusionnement, en janvier 2011. Il a conclu que, durant cette période, hormis le fusionnement, seuls deux scénarios réalistes existaient pour le site Babkirk : a) les vendeurs auraient pu le vendre à SES, qui aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire sur place, ou b) les vendeurs auraient pu exploiter une installation de biorestauration parallèlement à une demi-cellule d’enfouissement sécuritaire (motifs, au paragraphe 132).

[25] Après un examen exhaustif des nombreux éléments de preuve relatifs à ces deux scénarios, le Tribunal a estimé que, selon la prépondérance des probabilités, SES n’aurait pas soumis une offre acceptable pour l’acquisition de Complete à la fin de juillet 2010, ni à un autre moment durant l’été 2010 (motifs, au paragraphe 154). Il a également conclu que les vendeurs auraient procédé à la mise en œuvre de leur propre projet d’aménagement du site Babkirk, en y construisant une installation de biorestauration pour déchets dangereux et, en annexe, une petite demi-cellule d’enfouissement sécuritaire (de 125 000 tonnes) pour y accueillir le sol insuffisamment valorisé (motifs, au paragraphe 197). Le Tribunal a en outre estimé que cette installation de biorestauration aurait été pleinement fonctionnelle sur

competition for Tervita's secure landfills, since bioremediation does not compete in the same market as the supply of secure landfill services, and exercises no constraining influence on price and non-price competition in that market: reasons, at paragraphs 223 and 224.

[26] The Tribunal then expanded its analysis further into the future. It found that the bioremediation facility offered at the Babkirk site would have been unprofitable since (a) it would have attracted few customers and (b) the tipping fees it would have charged for bioremediation would have been substantially higher than Silverberry's tipping fees for a secure landfill: reasons, at paragraphs 201 to 204. It further found that the vendors would not have been prepared to operate an unprofitable bioremediation facility beyond one year, i.e. from October 2011 to October 2012: reasons, at paragraphs 205 and 206.

[27] Consequently, the Tribunal concluded that by October 2012 the vendors would have sought to generate additional revenues by accepting more waste into the half-cell secure landfill which would have been part of their facility. It further concluded that by the spring of 2013, the vendors would have either (a) started to operate a full-service secure landfill operation; or (b) sold the facility to someone who would have operated it as a full-service secure landfill. In either scenario, the Tribunal was of the view that the Babkirk site and Tervita's secure landfills would have become direct, serious and substantial competitors by no later than the spring of 2013: reasons, at paragraphs 207 to 209 and 215.

[28] The Tribunal found that there were no other proposed new entrants in the Contestable Area, and that the barriers to entry into the relevant market were significant, as it would take a new entrant at least 30 months to open a new secure landfill: reasons, at paragraphs 216 to 222. Finally, it also found that the customers of Tervita did not have significant countervailing power in

le site Babkirk en octobre 2011 (motifs, au paragraphe 200). Cette installation n'aurait pas pu concurrencer sérieusement les sites d'enfouissement sécuritaires de Tervita, étant donné que la biorestauration ne visait pas les mêmes marchés que les services d'enfouissement sécuritaire et n'exerçait aucune influence contraignante sur la concurrence des prix ou hors prix dans ce marché (motifs, aux paragraphes 223 et 224).

[26] Le Tribunal a ensuite élargi son analyse vers un horizon plus lointain et a conclu que l'installation de biorestauration proposée au site Babkirk n'aurait pas été rentable, pour les raisons suivantes : a) elle aurait attiré une clientèle limitée; b) les redevances de déversement qu'elle aurait imposées pour la biorestauration auraient été sensiblement supérieures à celles imposées par le site d'enfouissement sécuritaire Silverberry (motifs, aux paragraphes 201 à 204). En outre, les vendeurs n'auraient pas eu les moyens d'exploiter une installation de biorestauration non rentable durant plus d'une année, soit d'octobre 2011 à octobre 2012 (motifs, aux paragraphes 205 et 206).

[27] Par conséquent, le Tribunal a conclu qu'en octobre 2012 ou avant, les vendeurs auraient tenté d'accroître leurs revenus en acceptant davantage de déchets dans la demi-cellule d'enfouissement sécuritaire qui aurait fait partie de leur installation. Il a en outre estimé qu'au plus tard au printemps 2013, les vendeurs auraient : a) soit commencé à exploiter un site d'enfouissement sécuritaire à service complet, b) soit vendu l'installation à quelqu'un qui l'aurait exploité en tant que site d'enfouissement sécuritaire à service complet. Quel que soit le scénario, le Tribunal a estimé que le site Babkirk et les sites d'enfouissement sécuritaires de Tervita se seraient livrés une concurrence directe, sérieuse et sensible, au plus tard au printemps 2013 (motifs, aux paragraphes 207 à 209 et 215).

[28] Le Tribunal a estimé qu'aucun autre acteur ne proposait de s'installer dans la zone contestable et que la pénétration du marché pertinent comportait des obstacles considérables, puisqu'il faudrait au moins 30 mois de travail à un nouvel arrivant pour ouvrir un site d'enfouissement sécuritaire (motifs, aux paragraphes 216 à 222). Enfin, il a estimé que le pouvoir compensateur

order to significantly lower tipping fees in the absence of competition for secure landfill services: reasons, at paragraphs 226 to 228.

[29] The Tribunal concluded its section 92 analysis by finding that the impugned merger was likely to prevent competition substantially in the supply of secure landfill services in at least the Contestable Area, and by no later than the spring of 2013. The Tribunal was also satisfied that prices likely would have been at least 10 percent lower in the Contestable Area in the absence of the impugned merger. It further concluded that the merger would more likely than not maintain the ability of Tervita to exercise materially greater market power than if it did not occur: reasons, at paragraph 229.

(b) The section 96 analysis

[30] The Tribunal noted that under section 96 of the *Competition Act*, it is necessary to: (a) identify and, if possible, quantify the gains in efficiency resulting from the merger; (b) identify and, if possible, quantify the effects resulting from the merger; and (c) determine if these gains in efficiency exceed and offset these effects. The Tribunal further noted that the Commissioner bore the burden of proving the extent of the anti-competitive effects resulting from the merger where they are quantifiable, even if only roughly so, as well as any non-quantifiable or qualitative anti-competitive effects. On the other hand, Tervita bore the burden of establishing that the gains in efficiency resulting from the merger are likely to be greater than, or to offset, these effects: reasons, at paragraphs 232 and 233.

(i) *Gains in efficiencies*

[31] The Tribunal eliminated most of the gains in efficiency claimed by Tervita on the basis that these would likely be attained through (a) alternative means if the Tribunal were to make the order necessary to ensure that the merger does not prevent competition, or

des clients de Tervita était insuffisant pour obliger la société à réduire sensiblement ses redevances de déversement en l'absence de concurrence dans les services d'enfouissement sécuritaire (motifs, aux paragraphes 226 à 228).

[29] Le Tribunal conclut son analyse de l'article 92 en expliquant que le fusionnement contesté visait selon toute vraisemblance à empêcher sensiblement la concurrence dans les services d'enfouissement sécuritaire, à tout le moins dans la zone contestable et au plus tard au printemps 2013. Le Tribunal s'est également dit convaincu qu'en l'absence du fusionnement contesté, les prix auraient sans doute été inférieurs d'au moins 10 p. 100 dans la zone contestable. Enfin, il conclut qu'il est plus probable qu'improbable que le fusionnement aurait permis à Tervita d'exercer sensiblement plus de pouvoir dans le marché qu'elle ne l'aurait pu en l'absence de fusionnement (motifs, au paragraphe 229).

b) L'analyse effectuée au titre de l'article 96

[30] Le Tribunal signale qu'en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*, il est nécessaire de procéder comme suit : a) cerner et, si possible, quantifier les gains en efficience qui résulteront du fusionnement; b) cerner et, si possible, quantifier les effets du fusionnement; c) déterminer si ces gains en efficience surpasseront et neutraliseront ces effets. Le Tribunal signale en outre qu'il incombait à la commissaire de prouver l'ampleur des effets anticoncurrentiels qui résulteraient du fusionnement, s'ils étaient quantifiables, même approximativement, de même que les effets anticoncurrentiels qualitatifs ou non quantifiables. De son côté, Tervita devait établir que les gains en efficience susceptibles de résulter du fusionnement surpasseraient ou neutraliseraient vraisemblablement ces effets (motifs, aux paragraphes 232 et 233).

i) *Gains en efficience*

[31] Le Tribunal a rejeté la plupart des gains en efficience revendiqués par Tervita, au motif que ces gains pourraient vraisemblablement être réalisés de l'une ou l'autre des manières suivantes : a) par d'autres moyens si Tribunal ordonnait de faire en sorte que

(b) the merger, even if the order were made: reasons, at paragraph 264.

[32] The only three gains in efficiency which remained after applying this filter were: (1) one year of transportation gains in efficiency; (2) one year of market expansion gains in efficiency, and (3) overhead gains in efficiency: reasons, at paragraph 265.

[33] The Tribunal found, as a matter of law, that the one year transportation gains in efficiency and the one year market expansion gains in efficiency were not cognizable under section 96 of the *Competition Act*. The Tribunal found these to be the result of delays in the implementation of its order, and concluded that it would be contrary to the purposes of the *Competition Act* to recognize them. Consequently, the Tribunal only recognized the overhead gains in efficiency: reasons, at paragraphs 268, 270 and 279.

[34] The overhead gains in efficiency are the savings that Tervita would likely have achieved by its ability to draw on its existing administrative staff in operating a secure landfill at the Babkirk site: reasons, at paragraph 253. These overhead gains in efficiency were marginal, and estimated to represent no more than approximately [omitted] per year: reasons, at paragraph 279.

(ii) *Effects*

[35] The Tribunal recognized that there were no socially adverse effects: reasons, at paragraph 284. Consequently, the only effects which were to be considered were quantitative and qualitative anti-competitive effects resulting from the merger.

[36] The total economic efficiency loss resulting from a monopoly is commonly described as the “deadweight loss”: *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, above, at page 53. The *Merger Enforcement Guidelines* define the “deadweight loss” as the “reduction in total consumer and producer surplus in Canada”: Competition Bureau Canada, *Merger*

le fusionnement n’empêche pas la concurrence; b) par le fusionnement, même dans le cas d’une ordonnance (motifs, au paragraphe 264).

[32] Après l’application de ce filtre, il ne restait que trois gains en efficience : 1) le gain d’une année de transport; 2) le gain d’une année d’expansion du marché; 3) des gains quant aux frais généraux (motifs, au paragraphe 265).

[33] Au point de vue juridique, le Tribunal a estimé que l’efficience gagnée par une année de transport et une année d’expansion du marché n’était pas reconnue par l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*. Comme le Tribunal estime que ces gains résulteraient des délais de mise en application de son ordonnance, il a conclu qu’il serait contraire à l’objectif de la *Loi sur la concurrence* de les reconnaître. Par conséquent, le Tribunal a reconnu uniquement les gains en efficience relatifs aux frais généraux (motifs, aux paragraphes 268, 270 et 279).

[34] Par gains en efficience relatifs aux frais généraux, on entend les économies qu’aurait vraisemblablement réalisées Tervita de par sa capacité à recourir à son propre personnel administratif pour exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk (motifs, au paragraphe 253). Ces gains en efficience sont négligeables : selon une estimation, ils ne représenteraient pas plus qu’environ [supprimé] par an (motifs, au paragraphe 279).

ii) *Effets*

[35] Le Tribunal a reconnu que le fusionnement n’entraînerait aucun effet néfaste sur le plan social (motifs, au paragraphe 284). Par conséquent, il n’a tenu compte que des effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs du fusionnement.

[36] On appelle communément « perte sèche » la perte d’efficience économique totale qui résulte d’un monopole : *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, voir ci-dessus, à la page 53. Selon la publication *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi*, une telle perte « consiste en une réduction de la somme des surplus du producteur et du consommateur

Enforcement Guidelines, October 6, 2011 (MEGs), at paragraph 12.25. The Tribunal defined the “deadweight loss” as “the loss to the economy as a whole that results from the inefficient allocation of resources which occurs when (i) customers reduce their purchases of a product as its price rises, and shift their purchases to other products that they value less, and (ii) suppliers produce less of the product”: reasons, at paragraph 244.

[37] Though the Tribunal recognized that the Commissioner had failed to meet her burden of quantifying the “deadweight loss” (reasons, at paragraph 246), it nevertheless allowed the Commissioner to submit an expert reply report setting out a calculation of the “deadweight loss” resulting from the merger. Tervita objected to the use of a reply report for this purpose. The Tribunal rejected this objection on the ground that Tervita’s own expert witness had been able to effectively attack the reply report in his oral testimony, and that consequently Tervita had not been prejudiced: reasons, at paragraphs 246 and 288.

[38] The Tribunal then proceeded to adopt the approach to the calculation of the “deadweight loss” proposed by the Commissioner’s expert in his reply report, namely: (i) that competition in the provision of secure landfill services between Silverberry and Babkirk would likely result in prices being, on average, at least 10 percent lower; (ii) that this price reduction would apply as a minimum in the Contestable Area; and (iii) that market expansion gains in efficiency would result from this lower price, i.e. the reduction in price would attract more hazardous waste to both the Babkirk site and the Silverberry secure landfill than would otherwise have been the case without the price reduction: reasons, at paragraphs 297 to 300.

[39] The Tribunal was thus persuaded, on a balance of probabilities, that the approach adopted by the Commissioner’s expert and the numbers he used in reaching his estimate of the likely “deadweight loss”

au Canada » : Bureau de la concurrence Canada, *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi* (6 octobre 2011), au paragraphe 12.25. Le Tribunal a défini la « perte sèche » comme suit : [TRADUCTION] « la perte que subit l’ensemble de l’économie par suite de la répartition inefficace des ressources qui risque de se produire lorsque : i) les consommateurs cessent d’acheter un produit dont le prix augmente, pour le remplacer par d’autres produits auxquels ils accordent moins de valeur; ii) les fournisseurs réduisent la fabrication de ce produit » (motifs, au paragraphe 244).

[37] Bien que le Tribunal reconnaisse que la commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de quantifier la « perte sèche » (motifs, au paragraphe 246), il lui a quand même permis de présenter en réplique un rapport d’expertise dans lequel était calculée la « perte sèche » susceptible de résulter du fusionnement. Tervita s’est opposée à l’utilisation d’un rapport d’expertise à cet effet. Le Tribunal a rejeté cette objection au motif que le témoin expert de Tervita avait lui-même eu l’occasion d’attaquer efficacement ce rapport lors de son témoignage et que, par conséquent, Tervita n’avait subi aucun préjudice (motifs, aux paragraphes 246 et 288).

[38] Le Tribunal a ensuite entrepris d’adopter la méthode de calcul de la « perte sèche » proposée par l’expert de la commissaire dans son rapport. Cette méthode repose sur les hypothèses suivantes : i) la concurrence entre Silverberry et Babkirk en matière de services d’enfouissement sécuritaire aurait vraisemblablement pour effet de réduire les prix moyens d’au moins 10 p. 100; ii) cette réduction de prix porterait au moins sur la zone contestable; iii) cette réduction de prix entraînerait des gains en efficacité sur le plan de l’expansion du marché, c’est-à-dire que, par suite de la baisse des prix, les deux sites d’enfouissement sécuritaires, celui de Babkirk et celui de Silverberry, attireraient davantage de déchets dangereux que si les prix étaient demeurés inchangés (motifs, aux paragraphes 297 à 300).

[39] Le Tribunal s’est par conséquent dit convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la méthode de calcul adoptée par l’expert de la commissaire et les chiffres employés pour estimer la « perte sèche »

were reasonable for the purposes of the Tribunal's assessment of effects under section 96 of the *Competition Act*. It added that this approach and the numbers submitted were sound, reliable and conservative: reasons, at paragraph 301.

[40] The Tribunal thus accepted the estimate of [omitted] presented by the Commissioner's expert in his reply report as being the minimum annual "deadweight loss" resulting from the merger: reasons, at paragraph 303.

[41] The Tribunal acknowledged that this approach to calculating the "deadweight loss" was deficient, but it found nevertheless that the "rough" estimate produced by this approach was sufficiently reliable for its purposes [reasons, at paragraph 302]:

The Tribunal acknowledges Dr. Kahwaty's [the expert for Tervita] testimony that, to calculate the DWL [deadweight loss], it is necessary to know the shape of the demand curve, and that, when prices are likely to differ across customers, it is necessary to have customer-specific elasticity data. However, the Tribunal is persuaded that, in the absence of such information, a reliable "rough" estimate of the likely DWL can be obtained based on information such as that which was used by Dr. Baye in reaching his estimated annual welfare loss of approximately [CONFIDENTIAL].

[42] Turning to the qualitative effects resulting from the merger, the Tribunal recognized that the reduction in tipping fees resulting from competition between Silverberry and Babkirk would induce waste generators to more actively clean up legacy sites in NE British Columbia. It identified this qualitative effect as reduced site clean-up and the benefits that such remediation would confer on area residents, wildlife, and the overall environment: reasons, at paragraphs 306 and 316. The Tribunal did not discuss why this effect had not already been captured in the "rough" "deadweight loss" calculation it had approved, and which was itself based on market expansion.

[43] Second, the Tribunal also recognized as a qualitative effect the reduction in "value propositions". It found that competition from the Babkirk site would lead Tervita to offer certain of its customers link prices on

probable étaient raisonnables aux fins de l'évaluation des effets pour l'application de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* par le Tribunal. Il a en outre précisé que cette méthode et les nombres présentés étaient logiques, fiables et prudents (motifs, au paragraphe 301).

[40] Pour ces motifs, le Tribunal a accepté la valeur estimative de [supprimé] présentée dans le rapport de l'expert de la commissaire comme étant la « perte sèche » annuelle minimale résultant du fusionnement (motifs, au paragraphe 303).

[41] Tout en reconnaissant les lacunes de cette méthode de calcul de la « perte sèche », le Tribunal a quand même conclu qu'elle permettait d'obtenir une estimation « approximative » suffisamment fiable pour les besoins du Tribunal [motifs, au paragraphe 302] :

[TRADUCTION] Le Tribunal reconnaît qu'il est nécessaire de connaître la forme de la courbe de demande pour calculer « la perte sèche » et que, lorsqu'il est probable que les prix varieront d'un client à l'autre, on doit posséder des données d'élasticité propres au client, comme l'indique le témoignage de M. Kahwaty [l'expert de Tervita]. Toutefois, le Tribunal est convaincu qu'en l'absence de tels renseignements, on peut obtenir une estimation « approximative » de la « perte sèche » probable à partir de renseignements du type de ceux employés par M. Baye pour arriver à une perte de bien-être estimative d'environ [CONFIDENTIEL].

[42] Sur la question des effets qualitatifs découlant du fusionnement, le Tribunal reconnaît que la réduction des redevances de déversement qui résulterait de la concurrence entre Silverberry et Babkirk inciterait les producteurs de déchets du N.-E. de la Colombie-Britannique à assainir davantage les sites contaminés laissés à l'abandon. Il mentionne cet effet qualitatif et note que cet assainissement aurait des avantages pour les habitants, la faune et l'environnement de la région (motifs, aux paragraphes 306 et 316). Le Tribunal n'explique pas pourquoi cet effet ne figure pas dans l'estimation « approximative » de la « perte sèche » qu'il a admise, et qui se fonde elle-même sur l'expansion du marché.

[43] Ensuite, le Tribunal a reconnu la réduction des « propositions de valeur » au titre d'effet qualitatif. Selon lui, la concurrence du site Babkirk pousserait Tervita à offrir à certains de ses clients des forfaits

some of its other services, which would in turn lead to a lower total cost for overall waste services used by such customers. Though these “value propositions” had not been quantified by the Commissioner’s expert, the Tribunal was satisfied, on a balance of probabilities, that competition from the Babkirk site would lead to important non-price benefits to waste generators in the form of such “value propositions”: reasons, at paragraph 307.

(iii) *The offset*

[44] The Tribunal then set out its methodology for determining whether the gains in efficiency resulting from the merger would offset its anti-competitive effects. It stated that the appropriate method was to compare the magnitude of the gains in efficiency to the magnitude of the effects within the framework of a subjective balancing exercise: reasons, at paragraph 309.

[45] In this case, the quantified anti-competitive effects exceeded the quantified gains in efficiency: reasons, at paragraphs 310 to 313.

[46] As an alternative conclusion, the Tribunal was further persuaded, on a balance of probabilities, that even if no weighting at all were given to the quantitative anti-competitive effects, and even if it were to accept and give full weight to the one year transportation and market expansion gains in efficiency it had discarded, the qualitative anti-competitive effects taken together would outweigh the merger gains in efficiency under any reasonable approach: reasons, at paragraphs 314 to 316.

[47] The Tribunal closed its section 96 analysis by adding that the merger would maintain a monopolistic structure in the relevant market and also preclude benefits that may arise from competition in ways that defy prediction: reasons, at paragraph 317.

[48] The Tribunal then turned to whether dissolution or divestiture was the appropriate remedy. It found that, in this case, dissolution would be intrusive, overbroad

avantageux incluant d’autres services, ce qui entraînerait une baisse du prix total des services de gestion des déchets utilisés par ces clients. Bien que l’expert de la commissaire n’ait pas quantifié ces « propositions de valeur », le Tribunal estime, selon la prépondérance des probabilités, que la concurrence du site Babkirk procurerait au bout du compte d’importants avantages hors prix aux producteurs de déchets, sous forme de « propositions de valeur » de ce genre (motifs, au paragraphe 307).

iii) *La neutralisation*

[44] Le Tribunal a ensuite expliqué la méthode qu’il privilégiait pour déterminer si les gains en efficacité résultant du fusionnement neutraliseraient ses effets anticoncurrentiels. Il a affirmé que la méthode appropriée consiste à comparer l’ordre de grandeur des gains en efficacité à celui des effets, dans le cadre d’une démarche de pondération subjective (motifs, au paragraphe 309).

[45] En l’espèce, les effets anticoncurrentiels quantifiés surpassaient les gains en efficacité quantifiés (motifs, aux paragraphes 310 à 313).

[46] À titre subsidiaire, le Tribunal s’est dit également convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que même sans accorder le moindre poids aux effets anticoncurrentiels quantitatifs et en admettant à part entière les gains en efficacité procurés par une année de transport et d’expansion du marché, rejetés au préalable, l’ensemble des effets anticoncurrentiels qualitatifs surpasserait les gains en efficacité réalisés par le fusionnement, quelle que soit l’approche raisonnable retenue (motifs, aux paragraphes 314 à 316).

[47] Le Tribunal a conclu son analyse de l’article 96 en ajoutant que le fusionnement perpétuerait une structure monopolistique dans le marché pertinent et exclurait tous les avantages susceptibles de découler de la concurrence, par des mécanismes impossibles à prévoir (motifs, au paragraphe 317).

[48] Le Tribunal a ensuite examiné le recours le plus approprié, entre la dissolution et le dessaisissement. Il a conclu que, dans l’affaire en cause, la dissolution

and would not necessarily lead to a timely opening of the Barkirk site as a full-service secure landfill: reasons, at paragraph 341. It consequently ordered Tervita to divest the shares or assets of BLS: reasons, at paragraphs 342 to 344.

ISSUES RAISED IN THIS APPEAL

[49] Tervita and the other appellants submit that the Tribunal committed at least seven important errors. Four of these alleged errors concern the Tribunal's analysis under section 92 of the *Competition Act*, while the remaining three concern its analysis under section 96.

[50] The alleged errors in the analysis under section 92 may be stated as follows:

1. By extending the analysis to include the feasibility of the vendor's bioremediation service, its eventual failure and its consequential transformation into a full-service hazardous landfill operation by the spring of 2013, the Tribunal acted on a theory of the case that had not been pleaded, thus breaching the appellants' right to a fair hearing.

2. The Tribunal erred in law by extending the analysis of potential entry beyond the time of the impugned merger through an analysis of the feasibility of the vendor's bioremediation service extending to the spring of 2013.

3. This led the Tribunal to err in its assessment of the facts by engaging in speculation regarding possible future events.

4. The Tribunal compounded these errors by reversing the onus and shifting the burden of proof by requiring

constituerait une ingérence et une réaction exagérée qui ne mèneraient pas nécessairement à l'ouverture d'un site d'enfouissement sécuritaire à service complet sur le site Babkirk dans les meilleurs délais (motifs, au paragraphe 341). Par conséquent, il a ordonné à Tervita de se départir de ses actions ou éléments d'actif de BLS (motifs, aux paragraphes 342 à 344).

QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL

[49] Tervita et les autres appelantes affirment que le Tribunal a commis au moins sept erreurs importantes. Sur ces erreurs, quatre concernent l'analyse effectuée par le Tribunal au titre de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, tandis que les trois autres portent sur l'analyse qu'elle a effectuée au titre de l'article 96.

[50] Les erreurs qu'aurait commises le Tribunal dans l'analyse qu'elle a effectuée au titre de l'article 92 peuvent être résumées comme suit :

1. En élargissant le cadre de son analyse en faisant également porter celle-ci sur la faisabilité du service de biorestauration du vendeur, sur l'éventuel échec de ce service et sur la transformation subséquente du site Babkirk en site d'enfouissement sécuritaire à service complet d'ici le printemps 2013, le Tribunal s'est fondé sur une thèse qui n'avait pas été plaidée en l'espèce, portant ainsi atteinte au droit des appelants à une audience équitable.

2. Le Tribunal a commis une erreur de droit en élargissant son analyse de la pénétration éventuelle du marché au-delà de la période visée par le fusionnement contesté en faisant porter son analyse de la faisabilité du service de biorestauration du vendeur sur une période allant jusqu'au printemps 2013.

3. Cette façon de procéder a amené le Tribunal à commettre une erreur dans son appréciation des faits en se livrant à des spéculations au sujet de futurs événements possibles.

4. Le Tribunal a aggravé ces erreurs en inversant et en déplaçant le fardeau de la preuve en obligeant Tervita et

Tervita and the vendors to prove the economic viability of the Babbirk site bioremediation operation.

[51] The alleged errors in the analysis under section 96 may be stated as follows:

5. The Tribunal erred in law by considering the Commissioner’s “deadweight loss” quantification in the face of a finding that the Commissioner had failed to meet her burden to prove such quantification. The Tribunal compounded this error by allowing the Commissioner to submit a “rough estimate” of the “deadweight loss” in a reply report, by failing to provide the appellants with a formal opportunity to respond to this report, and by failing to recognize that the appellants’ right to a fair hearing was seriously prejudiced as a result.

6. The Tribunal erred in law by not considering the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger.

7. The Tribunal erred in law by applying an offset methodology which tipped the scale in favour of anti-competitive effects on the basis of an unreasoned and subjective assessment of unquantifiable qualitative effects which could not, in any event, be considered under the scheme of the *Competition Act*.

THE STANDARD OF REVIEW

[52] The Tribunal’s findings on questions of law are to be reviewed in this appeal on a standard of correctness, while its findings on questions of fact or of mixed law and fact are to be reviewed on a standard of reasonableness.

(a) Questions of law

[53] This Court has consistently held that questions of law raised in an appeal from a decision of the Tribunal are to be reviewed on a standard of correctness: *Canada*

les vendeurs à démontrer la viabilité économique du service de biorestauration du site Babbirk.

[51] Quant aux erreurs qu’aurait commises le Tribunal en procédant à son analyse en vertu de l’article 96, on peut les résumer comme suit :

5. Le Tribunal a commis une erreur de droit en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » effectuée par la commissaire, et ce, malgré le fait que le Tribunal avait conclu que la commissaire ne s’était pas acquittée du fardeau qui lui incombait d’établir cette quantification. Le Tribunal a aggravé cette erreur en permettant à la commissaire de proposer, en réponse, une « estimation approximative » de la « perte sèche », en n’offrant pas aux appelants une occasion véritable de répondre au rapport en question et en ne reconnaissant pas que le droit des appelants à une audience équitable avait été violé en conséquence.

6. Le Tribunal a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des gains en efficacité procurés par une année de transport et d’expansion du marché grâce au fusionnement.

7. Le Tribunal a commis une erreur de droit en appliquant une méthode de neutralisation qui favorisait les effets anticoncurrentiels en se fondant sur une appréciation déraisonnable et subjective d’effets qualitatifs non quantifiables dont on ne pouvait pas de toute façon tenir compte suivant l’économie de la *Loi sur la concurrence*.

NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[52] Les conclusions tirées par le Tribunal au sujet des questions de droit sont assujetties, dans le présent appel, à la norme de contrôle de la décision correcte, tandis que les conclusions qu’il a tirées sur les questions de fait ou sur les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

a) Questions de droit

[53] Notre Cour a constamment jugé que les questions de droit soulevées dans l’appel d’une décision du Tribunal de la concurrence sont assujetties à la norme de

(*Commissioner of Competition*) v. *Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185 (*Superior Propane* No. 2), at paragraph 68; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598, at paragraph 43; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, at paragraph 34; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co.*, 2008 FCA 22, 289 D.L.R. (4th) 500, at paragraph 5; *Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Management Group Corp.*, 2009 FCA 295, [2010] 4 F.C.R. 413, at paragraph 67; *Nadeau Poultry Farm Ltd. v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333, at paragraph 48.

[54] A full standard of review analysis on this issue was carried out by our Court in *Superior Propane* No. 2. Where the jurisprudence has already determined, in a satisfactory manner, the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question, this should normally be the end of the standard of review inquiry on that matter: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 57 and 62. However, the Supreme Court of Canada jurisprudence post-*Dunsmuir* has shifted towards greater deference to adjudicative tribunals when they are interpreting their enabling legislation or statutes closely connected to their functions.

[55] The Supreme Court of Canada has found that, since *Dunsmuir*, the interpretation by an adjudicative tribunal of its enabling statute or of statutes closely related to its functions should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers' Association*), at paragraphs 34 and 41. That presumption may however be rebutted if it can be found that Parliament's intent is inconsistent with its application: *Rogers Communication Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paragraph 15.

contrôle de la décision correcte (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185 (*Supérieur Propane* n° 2), au paragraphe 68; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598, au paragraphe 43; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, au paragraphe 34; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22, au paragraphe 5; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Premier Career Management Group Corp.*, 2009 CAF 295, [2010] 4 R.C.F. 413, au paragraphe 67; *Nadeau Ferme Avicole Ltée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188, au paragraphe 48).

[54] Notre Cour s'est livrée à une analyse approfondie du contrôle judiciaire de cette question dans l'affaire *Supérieur Propane* n° 2. Lorsque la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier, l'analyse de la norme de contrôle judiciaire devrait normalement s'arrêter là (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 57 et 62). Toutefois, la Cour suprême du Canada a depuis lors, dans ses arrêts postérieurs à l'arrêt *Dunsmuir*, fait preuve de plus de retenue envers les tribunaux administratifs lorsqu'ils interprètent leur propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à leur mandat.

[55] Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada a jugé que l'interprétation qu'un tribunal administratif qui adjuge entre des parties fait de sa loi habilitante ou d'une loi étroitement liée à son mandat est présumée être une question d'interprétation législative qui commande la déférence en cas de contrôle judiciaire (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers' Association*), aux paragraphes 34 et 41). Il est toutefois possible de réfuter cette présomption si l'on peut démontrer que la volonté du législateur contredit son application (voir *Rogers Communication Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au paragraphe 15).

[56] In this case, Parliament has specifically provided that the decisions of the Competition Tribunal are subject to an appeal rather than judicially reviewed. Accordingly, the presumption set out in *Alberta Teachers' Association* may not apply, but it is not necessary to decide this issue in this appeal. Indeed, I am of the view that if that presumption applies, it has been rebutted. Consequently, in my view, *Superior Propane No. 2* determined in a satisfactory manner that the standard of correctness is the appropriate standard of review on questions of law arising in an appeal from the Competition Tribunal.

[57] Without repeating here the entire analysis carried out in *Superior Propane No. 2*, it is useful to point out that questions of law which arise in the course of proceedings before the Tribunal are determined only by the judicial members of the Tribunal sitting in those proceedings: paragraph 12(1)(a) of the *Competition Tribunal Act*. These judicial members are appointed from among the members of the Federal Court: paragraph 3(2)(a) of the *Competition Tribunal Act*. These decisions on questions of law are themselves subject, as of right, to appeal to this Court as if they were a judgment of the Federal Court: subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*. As noted by Evans J.A. in *Superior Propane No. 2*, at paragraph 88, “the existence of an unrestricted right of appeal on questions of law, and of a modified right of appeal on questions of fact, must be entered as a factor indicative of Parliament’s intention that the Tribunal’s determinations on questions of law should be reviewable on appeal on a correctness standard.”

[58] To underline this point, it is useful to point out that subsection 28(2) and section 18.5 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 specifically exclude judicial review when an Act of Parliament expressly provides for an appeal to the Federal Court of Appeal, in which case the decision is to be reviewed or otherwise dealt with in accordance with that Act. In subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, Parliament has clearly and unambiguously provided for an appeal

[56] Dans le cas qui nous occupe, le législateur a expressément prévu que les décisions du Tribunal de la concurrence sont susceptibles d’appel plutôt que de contrôle judiciaire. Par conséquent, la présomption énoncée dans l’arrêt *Alberta Teachers' Association* peut ne pas s’appliquer, mais il n’est pas nécessaire de trancher cette question dans le cadre du présent appel. D’ailleurs, j’estime que, si cette présomption s’applique, elle a été réfutée en l’espèce. Par conséquent, l’arrêt *Supérieur Propane n° 2 a*, à mon avis, établi de façon satisfaisante que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la question de droit soulevée dans le cadre d’un appel d’une décision du Tribunal de la concurrence.

[57] Sans reprendre au complet l’analyse effectuée dans l’arrêt *Supérieur Propane n° 2*, il est utile de rappeler que seuls les juges qui siègent au Tribunal de la concurrence ont compétence pour trancher les questions de droit soulevées dans toute instance se déroulant devant le Tribunal (alinéa 12(1)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Ces juges sont choisis parmi les juges de la Cour fédérale (alinéa 3(2)a) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Leurs décisions sur des questions de droit sont elles-mêmes susceptibles d’appel de plein droit devant notre Cour tout comme s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale (paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Ainsi que le juge Evans l’a fait observer dans l’arrêt *Supérieur Propane n° 2*, au paragraphe 88 : « l’existence d’un droit d’appel absolu sur les questions de droit et d’un droit d’appel limité sur les questions de fait doit être vue comme un facteur indiquant l’intention du législateur que les décisions du Tribunal sur les questions de droit soient soumises au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte ».

[58] Pour illustrer ce point, il est utile de rappeler que le paragraphe 28(2) et l’article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, excluent expressément le contrôle judiciaire lorsqu’une loi fédérale prévoit qu’il peut être interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale d’une décision d’un office fédéral, mais la décision en cause peut faire l’objet d’une révision ou d’une autre intervention en conformité avec cette loi. Au paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la*

as of right to this Court from a decision of the Tribunal on a question of law “as if it were a judgment of the Federal Court.” I do not believe that it is possible for Parliament to use any clearer language as to its intent. Since judgments of the Federal Court on questions of law are reviewed in appeal on a standard of correctness, decisions from the Tribunal on such questions are also to be reviewed on the same standard.

[59] The determination of the appropriate standard of review is essentially a search for legislative intent: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pages 589-590; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 26; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21; *Dunsmuir*, at paragraph 30. Where, as here, that intent is clear, the judiciary should comply unless this offends the rule of law or some other constitutional principle.

(b) Questions of fact and of mixed law and fact

[60] Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 (*Southam*), it is clear that the findings of the Tribunal on questions of fact and on questions of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated are owed particular deference on appeal: *Southam*, at paragraphs 34 and 54. This is so notably because Parliament has provided for a limited right of appeal on questions of fact by requiring that an appeal on such questions only lies with leave of this Court: subsection 13(2) of the *Competition Tribunal Act*.

[61] The Tribunal holds expertise in the economic and commercial issues which are at the heart of its mandate

concurrency, le législateur prévoit de façon claire et non ambiguë un droit d’appel de plein droit devant notre Cour de toute décision rendue par le Tribunal de la concurrence sur une question de droit « tout comme s’il s’agissait [d’un] jugement[t] de la Cour fédérale ». Je ne crois pas que le législateur fédéral aurait pu employer des mots plus clairs pour exprimer son intention. Comme c’est la norme de la décision correcte qui s’applique en appel des jugements rendus par la Cour fédérale sur des questions de droit, les décisions rendues par le Tribunal de la concurrence sur ces questions sont également assujetties à cette même norme.

[59] La détermination de la norme de contrôle applicable est essentiellement centrée sur la recherche de la volonté du législateur (*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, aux pages 589 et 590; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au paragraphe 26; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 21, arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 30). Lorsque, comme en l’espèce, cette intention est claire, le pouvoir judiciaire devrait s’y conformer à moins que, ce faisant, il n’aille à l’encontre d’un principe de droit ou d’un principe constitutionnel.

b) Questions de fait et questions mixtes de fait et de droit

[60] Depuis l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*) de la Cour suprême du Canada, il est acquis que les conclusions tirées par le Tribunal de la concurrence sur des questions de fait et sur des questions mixtes de fait et de droit dont une question de droit ne peut être dissociée ont droit à une déférence particulière en appel (*Southam*, aux paragraphes 34 et 54). Cette situation tient notamment au fait que le législateur a prévu un droit d’appel restreint en ce qui concerne les questions de fait en exigeant que l’appel interjeté sur ces questions ne puisse être exercé qu’avec l’autorisation de notre Cour (paragraphe 13(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*).

[61] Le Tribunal possède des connaissances spécialisées sur les questions économiques et commerciales qui

under the *Competition Act*. This Court sitting in appeal of its decisions should thus defer to its findings on these issues, including the inferences it draws from the evidence. Contrary to most trial courts, which are essentially concerned with ascertaining the facts relating to past events, the Tribunal's role under sections 92 and 96 of the *Competition Act* requires it to project into the future various events in order to ascertain their potential economic and commercial impacts. The role of the Tribunal is thus to identify and remedy market problems that have not yet occurred. This is a daunting exercise steeped in economic theory and requiring a deep understanding of the economic and commercial factors at issue. Because an appellate court may encounter difficulties in fully understanding the economic and commercial aspects of the Tribunal's decision, it must defer to its findings of fact and of mixed law and fact on these issues.

[62] Some controversy has however developed in the case law as to the appropriate standard of deference owed to the Tribunal over questions of fact and of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated: is it the "reasonableness" standard of deference used in judicial review or the standard of deference which applies in an appeal as described in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*)?

[63] Both the Commissioner and the appellants submit that the appropriate standard of deference in this case on questions of fact, and of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated, is the one which applies in appellate review as set out in *Housen*: Commissioner's memorandum in appeal file A-302-12, at paragraphs 30 and 31; Commissioner's memorandum in appeal file A-457-12, at paragraphs 8 and 9; appellants' memorandum in appeal file A-457-12, at paragraph 43. This approach has also been adopted by our Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Premier Career Management Group Corp.*, above. In

se situent au cœur du mandat que lui confie la *Loi sur la concurrence*. Lorsqu'elle est saisie d'un appel d'une décision du Tribunal, notre Cour doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du Tribunal sur ces questions, ainsi qu'à l'égard des inférences tirées par le Tribunal sur le fondement de la preuve. Contrairement à la plupart des tribunaux de première instance, qui s'occupent essentiellement d'établir des faits se rapportant à des événements passés, le rôle que les articles 92 et 96 de la *Loi sur la concurrence* confèrent au Tribunal oblige ce dernier à projeter dans l'avenir divers événements pour en déterminer les éventuelles répercussions économiques et commerciales. Le rôle du Tribunal consiste donc à cerner et à corriger des problèmes commerciaux qui ne se sont pas encore matérialisés. Il s'agit là d'une tâche colossale qui fait appel à des théories économiques et exige des connaissances approfondies des facteurs économiques et commerciaux en jeu. Comme la juridiction d'appel risque d'avoir du mal à bien comprendre les aspects économiques et commerciaux de la décision du Tribunal, elle doit faire preuve de déférence quant aux conclusions de fait et aux conclusions mixtes de fait et de droit tirées par celui-ci sur ces questions.

[62] Un certain débat s'est élevé dans la jurisprudence quant au degré de déférence dont il convient de faire preuve envers le Tribunal au sujet des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit dont on ne peut dissocier une question de droit : doit-on appliquer la norme de la « décision raisonnable » appliquée en matière de contrôle judiciaire ou la norme de déférence appliquée en cas d'appel décrite dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*)?

[63] La commissaire et les appelants affirment que la déférence qui s'applique en l'espèce aux questions de fait et aux questions de droit et de fait dont on ne peut dissocier de questions de droit est celle qui s'applique dans le cas d'un appel, ainsi qu'il est expliqué dans l'arrêt *Housen* (mémoire déposé par la commissaire dans le dossier d'appel A-302-12, aux paragraphes 30 et 31; mémoire déposé par la commissaire dans le dossier d'appel A-457-12, aux paragraphes 8 et 9; mémoire déposé par les appelants dans le dossier d'appel A-457-12, au paragraphe 43). Ce raisonnement a également été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Canada (Commissaire*

that case, at paragraphs 67 and 71, Sexton J.A. applied the *Housen* standard on the ground that subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act* states that an appeal from the Tribunal is treated as if the original decision were a judgment of the Federal Court, and consequently [at paragraph 67] “it makes more sense to apply the standard used to review decisions of lower courts rather than those used to review administrative tribunals.”

[64] There is much merit to the approach adopted by Sexton J.A. and supported by the parties in this appeal. However, in *Southam*, Iacobucci J., writing for a unanimous Supreme Court of Canada, found that the applicable standard in such circumstances was that of reasonableness *simpliciter*, which he also found to be closely akin to the standard applied in reviewing findings of fact by trial judges: *Southam*, at paragraphs 54 to 59. The reasonableness *simpliciter* standard has since been subsumed into the reasonableness standard, and it has consequently been considerably redefined: *Dunsmuir*, at paragraphs 45 to 49. I am bound by these decisions of our highest court: *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraph 21. Consequently, the findings of fact, and of mixed law and fact from which a question of law cannot be extricated, made by the Tribunal shall be reviewed in this appeal under the standard of reasonableness. For the purposes of this appeal, it is not necessary to decide the extent to which this standard of reasonableness differs from that of over-riding and palpable error as applied to questions of fact or of mixed law and fact.

(c) The distinction between questions of law and questions of mixed law and fact

[65] Though the Commissioner acknowledges in this appeal that questions of law are to be reviewed on a standard of correctness, he submits that the issues raised by the appellants in this case are actually questions of mixed law and fact: Commissioner’s memorandum, at

de la concurrence) c. *Premier Career Management Group Corp.*, précité). Dans cet arrêt, aux paragraphes 67 et 71, le juge Sexton a appliqué la norme décrite dans l’arrêt *Housen* au motif que le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* dispose que les décisions dont l’appel est interjeté sont assimilées à des jugements de la Cour fédérale et qu’en conséquence « il paraît plus logique d’appliquer la norme de contrôle des décisions des tribunaux judiciaires inférieurs que celles utilisées pour contrôler les décisions des tribunaux administratifs ».

[64] Le raisonnement qu’a suivi le juge Sexton et que les parties ont repris à leur compte dans le présent appel semble bien fondé. Toutefois, dans l’arrêt *Southam*, le juge Iacobucci, qui s’exprimait au nom d’une Cour suprême unanime, a conclu que la norme applicable en pareil cas était celle de la décision raisonnable *simpliciter*, laquelle, à son avis, ressemblait beaucoup à la norme appliquée dans le cas du contrôle de conclusions de fait tirées par les juges de première instance (*Southam*, aux paragraphes 54 à 59). La norme de la décision raisonnable *simpliciter* a depuis été englobée dans la norme de la décision raisonnable, et elle a par conséquent été complètement remaniée (*Dunsmuir*, aux paragraphes 45 à 49). Je suis lié par ces décisions de notre plus haut tribunal (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, au paragraphe 21). Par conséquent, les conclusions de fait et les conclusions mixtes de droit et de fait dont on ne peut dissocier une question de droit qui ont été tirées par le Tribunal sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable dans le cadre du présent appel. Pour les besoins du présent appel, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur la mesure dans laquelle cette norme de raisonnabilité diffère de celle de l’erreur manifeste et dominante qui s’applique aux questions de fait ou aux questions mixtes de droit et de fait.

(c) Distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit

[65] Bien qu’elle reconnaisse dans le présent appel que les questions de droit doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte, la commissaire affirme que les questions soulevées par les appelants dans la présente affaire sont en réalité des questions mixtes de

paragraph 30. Consequently, it is important in this appeal to review the distinction between questions of law and questions of mixed law and fact within the context of a decision of the Tribunal under sections 92 and 96 of the *Competition Act*. The reasons of the Supreme Court of Canada in *Southam*, which dealt with section 92 of the *Competition Act*, are most useful for this purpose.

[66] As aptly noted by Iacobucci J. in *Southam*, questions of law and questions of mixed law and fact in the context of a determination under section 92 (and by implication under section 96) of the *Competition Act* may be distinguished as follows:

(a) when the Tribunal determines what the correct legal test is under the pertinent provisions of the *Competition Act*, or when the Tribunal forges a new legal principle or legal test, then the matter is to be treated as a question of law; however, questions about whether the facts satisfy that legal test are deemed questions of mixed law and fact (*Southam*, at paragraphs 35 and 45);

(b) if the Tribunal ignores items of the evidence that the law requires it to consider, then it errs in law; however when the Tribunal considered all the mandatory kinds of evidence, then its conclusion will be reviewed on a standard of reasonableness (*Southam*, at paragraph 41);

(c) where the Tribunal fails to consider certain factors that the law requires it to consider then it errs in law; however, the weight accorded by the Tribunal to each factor, especially if the legal principle being applied involves a balancing test, will be reviewed on a standard of reasonableness (*Southam*, at paragraphs 43 and 44).

[67] The questions raised in this appeal and involving procedural fairness are also to be dealt with on a standard of correctness.

fait et de droit (mémoire de la commissaire, au paragraphe 30). Par conséquent, il est important, dans le cadre du présent appel, de se pencher sur la distinction qui existe entre, d'une part, les questions de droit, et d'autre part, les questions mixtes de fait et de droit dans le contexte d'une décision rendue par le Tribunal en vertu des articles 92 et 96 de la *Loi sur la concurrence*. Les motifs rendus par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Southam*, qui portaient sur l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, s'avèrent fort utiles à cet égard.

[66] Ainsi que le juge Iacobucci l'a judicieusement indiqué dans l'arrêt *Southam*, les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit peuvent, dans le contexte de la décision à rendre en vertu de l'article 92 — et, implicitement — en vertu de l'article 96 — de la *Loi sur la concurrence*, être distinguées de la façon suivante :

a) lorsque le Tribunal détermine le bon critère juridique en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur la concurrence* ou lorsque le Tribunal définit un nouveau principe ou critère juridique, l'affaire doit être considérée comme une question de droit; toutefois, lorsqu'il s'agit de savoir si les faits répondent au critère juridique applicable, on a alors affaire à une question mixte de fait et de droit (*Southam*, aux paragraphes 35 et 45);

b) si le Tribunal a effectivement fait abstraction d'éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit; toutefois, s'il a tenu compte de tous les types de preuve requis, ses conclusions sont assujetties à la norme de la décision raisonnable (*Southam*, au paragraphe 41);

c) si le Tribunal omet de tenir compte de facteurs dont la loi l'oblige à tenir compte, il commet une erreur de droit; toutefois, l'importance que le Tribunal a accordée à chaque facteur, surtout dans les cas où le principe de droit appliqué comporte un critère de pondération, sera contrôlée en fonction de la norme de la décision raisonnable (*Southam*, aux paragraphes 43 et 44).

[67] Les questions qui sont soulevées dans le présent appel et qui portent sur l'équité procédurale doivent également être examinées en fonction de la norme de la décision correcte.

[68] It is with these considerations and distinctions in mind that I will proceed with the analysis of each of the grounds of appeal raised by the appellants.

ANALYSIS

Alleged errors in the Tribunal's analysis under section 92

(1) *Did the Tribunal base its decision on a theory of the case that had not been pleaded?*

[69] The Tribunal found that Tervita's acquisition of the Babkirk site would substantially prevent competition since the vendors would have turned the site into a competing secure landfill once their bioremediation operation would have failed.

[70] The appellants allege that the Commissioner did not plead this theory, and that it was consequently an impermissible error of law for the Tribunal to have determined the case based on this theory. They add that they had no reason to believe that the future viability of the bioremediation operation was at issue, and that they were thus precluded from adducing evidence regarding this matter.

[71] In the normal course of judicial proceedings, parties are entitled to have their disputes adjudicated on the basis of the issues joined in the pleadings. This is because when a trial court steps outside the pleadings to decide a case, it risks denying a party a fair opportunity to address the related evidentiary issues: *Rodaro v. Royal Bank of Canada* 2002 CanLII 41834, 59 O.R. (3d) 74 (C.A.), at paragraphs 60 to 63; *Nunn v. Canada*, 2006 FCA 403, [2007] 2 C.T.C. 222, at paragraphs 23 to 26; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677, at paragraphs 4 to 9 and 21.

[72] However, this does not mean that a trial judge can never decide a case on a basis other than that set out in the pleadings. In essence, a judicial decision may be

[68] C'est en tenant compte de ces considérations et de ces distinctions que je vais maintenant procéder à l'analyse de chacun des moyens d'appel invoqués par les appelants.

ANALYSE

Erreurs reprochées au Tribunal en ce qui a trait à son analyse de l'article 92

1) *Le Tribunal a-t-il fondé sa décision sur une thèse qui n'a pas été plaidée?*

[69] Le Tribunal a conclu que l'acquisition par Tervita du site Babkirk aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, étant donné que les vendeurs auraient transformé ce site en un site d'enfouissement sécuritaire concurrent après l'échec de leur entreprise de biorestauration.

[70] Les appelants affirment que la commissaire n'a pas plaidé cette thèse et que le Tribunal a par conséquent commis une erreur de droit inadmissible en tranchant l'affaire sur le fondement de cette thèse. Ils ajoutent qu'ils n'avaient aucune raison de croire que la viabilité future de leur entreprise de biorestauration était en cause et qu'ils ont par conséquent été empêchés de présenter des éléments de preuve à ce sujet.

[71] Dans le cadre normal d'une instance, les parties au litige sont en droit de voir le différend tranché en fonction des seules questions soulevées dans les actes de procédure. Cela tient au fait que le juge de première instance qui déborde le cadre des actes de procédure pour trancher le litige dont il est saisi risque de priver une des parties d'une possibilité équitable de traiter des questions de preuve connexes (*Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 2002 CanLII 41824, 59 R.J.O. (3^e) 74 (C.A.), aux paragraphes 60 à 63; *Nunn c. Canada*, 2006 CAF 403, aux paragraphes 23 à 26; *Labatt Brewing Co. v. NHL Enterprises Canada*, 2011 ONCA 511, 106 R.J.O. (3^e) 677, aux paragraphes 4 à 9 et 21).

[72] Il ne s'ensuit pas pour autant que le juge de première instance doive toujours s'en tenir à ce qui est énoncé dans les actes de procédure. En fait, une décision

reached on a basis which does not perfectly accord with the pleadings if no party to the proceedings was surprised or prejudiced: *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 F.C. 40 (C.A.), at paragraphs 14 to 16; *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215, at paragraphs 18 to 22; *Colautti Construction Ltd. v. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138, at paragraphs 42 to 47.

[73] A trial judge must decide a case according to the facts and the law as he or she finds them to be. Accordingly, there is no procedural unfairness where a trial judge, on his or her own initiative or at the initiative of one of the parties, raises and decides an issue in a proceeding that does not squarely fit within the pleadings, as long as, of course, all the parties have been informed of that issue and have been given a fair opportunity to respond to it: *Pfizer Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 FCA 103, 100 C.P.R. (4th) 203, at paragraph 27; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129, at paragraphs 13 to 19; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236.

[74] These principles also apply to contested proceedings before the Tribunal. It acts as a judicial body: section 8 and subsection 9(1) of the *Competition Tribunal Act*. Though the proceedings before the Tribunal are to be dealt with informally and expeditiously, they are nevertheless subject to the principles of procedural fairness: subsection 9(2) of the *Competition Tribunal Act*. Accordingly, the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141(Rules), provide that an application to the Tribunal must be made by way of a notice of application setting out, *inter alia*, a concise statement of the grounds for the application and of the material facts on which the applicant relies, as well as a concise statement of the economic theory of the case: Rules, at paragraphs 36(2)(c) and (d). Similar provisions apply to a response and to a reply: Rules, at paragraphs 38(2)(a), (b) and (c) and subrule 39(2). The Rules also set out a detailed and complete system of pre-hearing disclosures: rules 68 to 74 and 77, 78.

[75] In order to resolve the first ground of appeal raised by the appellants, it must be first determined

peut reposer sur un fondement qui ne correspond pas parfaitement aux actes de procédure si aucune partie à l'instance n'est prise par surprise ou ne subit de préjudice (*Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, [1996] 3 C.F. 40 (C.A.), aux paragraphes 14 à 16; *Barker v. Montfort Hospital*, 2007 ONCA 282, 278 D.L.R. (4th) 215, aux paragraphes 18 à 22; *Colautti Construction Ltd. c. Ashcroft Development Inc.*, 2011 ONCA 359, 1 C.L.R. (4th) 138, aux paragraphes 42 à 47).

[73] Le juge de première instance doit trancher l'affaire dont il est saisi en fonction des faits qu'il constate et du droit applicable. Par conséquent, il n'y a pas iniquité procédurale lorsque le juge, de sa propre initiative, soulève et tranche une question dans le cadre de l'instance dès lors qu'il signale la question aux parties et leur donne une possibilité raisonnable d'y répondre (*Pfizer Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2012 CAF 103, au paragraphe 27; *Murphy v. Wyatt*, [2011] EWCA Civ. 408, [2011] 1 W.L.R. 2129, aux paragraphes 13 à 19; *R. v. Keough*, 2012 ABCA 14, 519 A.R. 236).

[74] Ces principes valent également dans le cas d'instances contestées introduites devant le Tribunal. Le Tribunal est assimilé à une cour de justice (article 8 et paragraphe 9(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Bien que le Tribunal doive agir sans formalisme, en procédure expéditive, il est néanmoins tenu de respecter les principes d'équité procédurale (paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*). Par conséquent, les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141(les Règles) prévoient que la demande présentée au Tribunal est introduite par dépôt d'un avis de demande énonçant notamment un résumé des motifs de la demande et des faits importants sur lesquels se fonde le demandeur et un énoncé concis de la thèse économique de l'affaire (Règles, aux alinéas 36(2)c) et d)). Des règles analogues s'appliquent à la réponse et à la réplique (Règles, aux alinéas 38(2)a), b) et c) et paragraphe 39(2)). Les Règles prévoient également des règles détaillées régissant la divulgation préalable (règles 68 à 74 et 77, 78).

[75] Pour trancher le premier moyen d'appel invoqué par les appelants, il faut d'abord déterminer si les actes

whether the pleadings encompassed the eventual failure of the bioremediation service and the subsequent transformation of the Babkirk site into a full-service secure landfill. If the pleadings did not encompass these matters, we must determine whether the appellants' right to a fair hearing was prejudiced by the manner in which the Tribunal proceeded.

[76] In its notice of application filed with the Tribunal, the Commissioner alleged that Complete had obtained the regulatory approvals to operate a secure landfill at the Babkirk site, that it was a "poised entrant" into the market for hazardous waste disposal into secure landfills, and that it would have competed directly with Tervita had it not been for the merger: paragraphs 1, 19 and 21 of the notice of application reproduced at A.B., Vol. 1, at pages 112, 115 and 116. The Commissioner added that "[i]f the Merger is dissolved, Complete will likely capitalize on its regulatory approvals by either converting and operating Babkirk as a Secure Landfill, or selling Babkirk to another operator who will complete the conversion and operate Babkirk as a Secure Landfill": paragraph 21 of the notice of application reproduced at A.B., Vol. 1, at page 116.

[77] In their response submitted to the Tribunal, Tervita and the other appellants challenged the Commissioner's assertion that Complete was a "poised entrant". They submitted that the vendors had decided to sell to a third party and had no intention to develop the Babkirk site. They added that even if the vendors did eventually develop the site, this would not have occurred for at least two years. They also submitted that, in any event, the development would not have provided effective competition with Tervita, since the contemplated service at the Babkirk site was a mix of both disposal and bioremediation: paragraphs 3, 28 and 29 of the appellants' response reproduced at A.B., Vol. 1, at pages 124, 125 and 131.

[78] The vendors submitted their own separate response. They also took the position that Complete was

de procédure englobent l'éventuel échec du service de biorestauration et la transformation subséquente du site Babkirk en site d'enfouissement sécuritaire à service complet. Si les actes de procédure n'englobent pas ces possibilités, nous devons établir si la manière de procéder du Tribunal a porté atteinte au droit des appelants à une audience équitable.

[76] Dans son avis de demande déposé au Tribunal, la commissaire a allégué que Complete avait obtenu les autorisations réglementaires pour exploiter un site d'enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk, qu'il était un [TRADUCTION] « nouveau venu prêt à pénétrer le marché » de l'élimination des déchets dangereux dans des sites d'enfouissement sécuritaires et qu'il aurait livré une concurrence directe à Tervita si le fusionnement n'avait pas eu lieu : aux paragraphes 1, 19 et 21 de l'avis de demande, reproduit dans le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 112, 115 et 116. La commissaire a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « en cas de dissolution du fusionnement, tout indique que Complete tirera profit de ses autorisations réglementaires, soit en convertissant Babkirk et en l'exploitant en tant que site d'enfouissement sécuritaire, soit en vendant Babkirk à un autre exploitant, qui terminera la conversion et exploitera Babkirk en tant que site d'enfouissement sécuritaire » (paragraphe 21 de l'avis de demande, reproduit dans le dossier d'appel, vol. 1, à la page 116).

[77] Dans la réponse qu'ils ont soumise au Tribunal, Tervita et les autres appelants contestent l'affirmation de la commissaire selon laquelle Complete était un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché ». Ils font valoir que les vendeurs avaient décidé de vendre à une tierce partie et n'avaient aucune intention d'aménager le site Babkirk. Ils ajoutent que même si les vendeurs en étaient venus à aménager le site, cette éventualité ne se serait pas matérialisée avant au moins deux ans. Ils font également valoir que, quoi qu'il en soit, l'aménagement n'aurait pas effectivement fait concurrence à Tervita, étant donné que le service envisagé pour le site Babkirk mêlait l'élimination et la biorestauration (aux paragraphes 3, 28 et 29 de la réponse des appelants, reproduite dans le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 124, 125 et 131).

[78] Les vendeurs ont présenté leur propre réponse distincte. Ils ont aussi soutenu que la société Complete

not a “poised entrant” since the intended use of the Babkirk site was primarily for bioremediation: paragraphs 2, 18 and 35 of the vendors’ response reproduced at A.B., Vol.1, at pages 146, 149, 150 and 153.

[79] The Commissioner challenged these responses, notably on the basis that bioremediation was not technically feasible or profitable in NE British Columbia, and that Complete or another company would have capitalized on the valuable regulatory approval for a secure landfill at the Babkirk site: Commissioner’s reply, at paragraphs 2, 8 and 9 reproduced at A.B., Vol. 1, at pages 164 and 166.

[80] The issue of whether or not Complete was a “poised entrant” was clearly raised in the pleadings. The temporal dimension of “poised entry” in the context of a prevention of competition case was thus plainly an issue before the Tribunal. That issue led the Tribunal to define a “poised entry”—under the analytical framework it had developed for a “prevention” of competition case—as an “entry or expansion [that] likely would occur within a reasonable period of time”: reasons, at paragraph 123.

[81] As a result of the respective positions of the parties set out in the pleadings, and taking into account the temporal dimension of “poised entry”, the feasibility and profitability of the operation at the Babkirk site of a bioremediation facility was dealt with extensively before the Tribunal. Substantial evidence was adduced on the technical and financial feasibility of bioremediation: see notably the witness statement of Robert Andrews, A.B., Vol. 22, at pages 7388 to 7393 (in particular paragraphs 23 to 26); witness statement of Devin Scheck, A.B., Vol. 22, at pages 7497 to 7499 (in particular paragraphs 25 to 27 and 33); expert report of Mark Polet, A.B., Vol. 22, at pages 7558 to 7565; reply report of Mark Polet, Vol. 22, at pages 7580 and 7581.

n’était aucunement un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché », puisqu’elle avait l’intention d’utiliser le site Babkirk principalement à des fins de biorestauration (aux paragraphes 2, 18 et 35 de la réponse des vendeurs, reproduite dans le dossier d’appel, vol.1, aux pages 146, 149, 150 et 153).

[79] La commissaire a contesté cette réponse en alléguant notamment que la biorestauration n’était ni rentable, ni techniquement réalisable dans le N.-E. de la Colombie-Britannique et que Complete, ou toute autre société, aurait tiré profit de la précieuse autorisation réglementaire obtenue pour un site d’enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk (réplique de la commissaire, aux paragraphes 2, 8 et 9, reproduite dans le dossier d’appel, vol. 1, aux pages 164 et 166).

[80] Les actes de procédure posent clairement la question de savoir si Complete était ou non un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché ». On peut en conclure que la dimension temporelle de la pénétration prochaine, dans le contexte d’une affaire d’empêchement de la concurrence, était sans contredit une question que devait résoudre le Tribunal. En l’occurrence, le Tribunal a défini la pénétration prochaine (« *poised entry* »), selon le cadre analytique qu’il avait élaboré aux fins d’une affaire d’« empêchement » de la concurrence, comme étant [TRADUCTION] « une pénétration ou une expansion susceptible de se produire dans un délai raisonnable » (motifs, au paragraphe 123).

[81] Par suite des positions respectives des parties énoncées dans les actes de procédure et compte tenu de la dimension temporelle du concept de « pénétration prochaine », les parties ont présenté de nombreux arguments au Tribunal à propos du caractère réalisable et rentable de l’exploitation d’une installation de biorestauration sur le site Babkirk. Ils ont produit des preuves substantielles au sujet de la faisabilité de la biorestauration sur le plan technique et financier (voir notamment la déposition du témoin Robert Andrews, dossier d’appel, vol. 22, aux pages 7388 à 7393 (en particulier les paragraphes 23 à 26); la déposition du témoin Devin Scheck, dossier d’appel, vol. 22, aux pages 7497 à 7499 (en particulier les paragraphes 25 à 27 et 33); le rapport d’expert de Mark Polet, dossier d’appel, vol. 22, aux

[82] The thrust of the Commissioner's position before the Tribunal was that the vendors would be pursuing from the start a secure landfill operation at the Babkirk site in light of the permits they had secured. However, the Commissioner also addressed early on in the proceedings the issue of the lack of feasibility for bioremediation at the Babkirk site. Though aware that the Commissioner was pursuing this matter, at any point during the entire proceedings the appellants or the vendors did not object or raise any form of concern whatsoever. On the contrary, they submitted evidence concerning the feasibility of bioremediation at the Babkirk site, and forcefully disputed the submissions of the Commissioner to the contrary.

[83] Taking into account the pleadings as a whole, and after reviewing the evidentiary record before the Tribunal, I am of the view that the feasibility of a bioremediation facility at the Babkirk site was squarely before the Tribunal, as was the issue of whether Complete was a "poised entrant" in the market for secure landfills once it ceased to pursue bioremediation.

[84] Accordingly, the appellants' argument must fail. In any event, even if these issues were not included in the pleadings, the appellants have failed to convince me that they were prejudiced by the fact that these issues were considered and decided by the Tribunal.

(2) Could the Tribunal extend the section 92 analysis beyond the date of the merger?

[85] In its reasons, the Tribunal set out an analytical framework for prevention of competition merger reviews under section 92 of the *Competition Act*. That framework is described at paragraphs 121 to 126 of the Tribunal's reasons, and may be summarized as follows:

pages 7558 à 7565; et la réplique de Mark Polet, vol. 22, aux pages 7580 à 7581).

[82] Dans son opinion présentée au Tribunal, la commissaire soutient essentiellement, à la lumière des permis que les vendeurs avaient obtenus, que ces derniers cherchaient dès le départ à établir un site d'enfouissement sécuritaire sur le site Babkirk. Cependant, à l'ouverture de l'audience, la commissaire a également abordé la question du caractère peu réalisable d'une installation de biorestauration sur le site Babkirk. À l'audience, les vendeurs et les appelants n'ont jamais manifesté leur opposition ni soulevé la moindre préoccupation à cet égard, même s'ils étaient conscients de l'intérêt de la commissaire pour cette question. Au contraire, ils ont soumis des éléments de preuve concernant la faisabilité de la biorestauration sur le site Babkirk et contesté vigoureusement les allégations de la commissaire lorsqu'elle affirmait le contraire.

[83] Vu l'ensemble des actes de procédure et après avoir examiné la preuve dont disposait le Tribunal, je suis d'avis que la faisabilité de l'entreprise de biorestauration sur le site Babkirk était une question qui avait été carrément soumise au Tribunal tout comme celle de savoir si Complete était un « nouveau venu prêt à pénétrer le marché » des sites d'enfouissement sécuritaire après la fin de l'exploitation de son entreprise de biorestauration.

[84] L'argument des appelants doit donc être rejeté. En tout état de cause, même si ces questions ne faisaient pas partie des actes de procédure, les appelants n'ont pas réussi à me convaincre qu'ils ont subi un préjudice, du fait que ces questions ont été examinées et tranchées par le Tribunal.

2) Le Tribunal pouvait-il élargir l'analyse qu'il effectuait au titre de l'article 92 au-delà de la date du fusionnement?

[85] Dans ses motifs, le Tribunal définit un cadre analytique pour l'examen, au titre de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, des fusionnements qui empêchent la concurrence. Ce cadre, décrit aux paragraphes 121 à 126 des motifs du Tribunal, peut être résumé comme suit :

a. In determining whether competition is likely to be prevented, the Tribunal assesses whether a merger is more likely than not to maintain the ability of the merged entity to exercise greater market power than in the absence of the merger, acting alone or interdependently with one or more rival. This is a form of “but for” analysis. In the case at hand, this requires comparing a world in which Tervita owns the relevant secure landfills (Silverberry, Northern Rockies and Babkirk) with a world in which Babkirk is independently operated as a secure landfill;

b. In assessing cases under the “prevention” branch, the Tribunal focuses on the new entry, or the increased competition from within the relevant market, that the Commissioner alleges was, or would be, prevented by the merger in question. This requires the Tribunal to assess whether it is likely the new entry or expansion would be sufficiently timely, and occur on a sufficient scale, to result in:

- i. a material reduction of prices, or in a material increase in non-price competition, relative to prevailing price and non-price levels of competition;
- ii. in a significant (i.e. non-trivial) part of the relevant market;
- iii. for a period of approximately two years.

If so, and if the entry or expansion likely would occur within a reasonable period of time, the Tribunal will usually conclude that the prevention of competition is likely to be substantial.

c. The Tribunal will also consider whether other firms would be likely to enter or expand on a scale similar to that which was prevented or forestalled by the merger, and in a similar time frame. Where the Tribunal finds that such entry or expansion would probably occur, it is

a. Pour déterminer la probabilité d’empêchement de la concurrence, le Tribunal évalue s’il est plus probable qu’improbable qu’un fusionnement maintienne la capacité de l’entité fusionnée d’exercer une puissance commerciale supérieure à celle qu’elle aurait dans le marché en l’absence de fusionnement, soit seule ou en interdépendance avec une ou plusieurs entités rivales. Il s’agit d’une forme d’analyse fondée sur l’« absence hypothétique ». En l’espèce, il faut donc comparer un monde dans lequel Tervita est propriétaire des sites d’enfouissement sécuritaires pertinents (Silverberry, Northern Rockies et Babkirk) avec un autre, dans lequel Babkirk est exploité indépendamment, en tant que site d’enfouissement sécuritaire.

b. Pour évaluer des affaires sous l’angle de l’« empêchement », le Tribunal s’attarde sur l’entrée sur le marché, ou sur la concurrence accrue dans le marché pertinent, qui, selon la commissaire, a été ou serait empêchée par le fusionnement en question. Pour cela, le Tribunal doit évaluer s’il est probable que la pénétration du marché par le nouvel arrivant ou l’expansion se fasse dans des délais assez courts et à une échelle suffisante pour entraîner ce qui suit :

- i. une réduction sensible des prix ou une augmentation sensible de la concurrence par des moyens autre que les prix (hors prix), relativement au niveau existant de concurrence par les prix et hors prix;
- ii. dans une partie sensible (c.-à-d. non négligeable) du marché pertinent;
- iii. durant environ deux ans.

Si c’est le cas et si la pénétration du marché ou l’expansion est susceptible de se produire dans un délai raisonnable, le Tribunal en viendra normalement à la conclusion que la situation risque fort d’empêcher sensiblement la concurrence.

c. En outre, le Tribunal tiendra compte de la probabilité de voir d’autres sociétés pénétrer le marché ou s’étendre dans une mesure semblable à celle de la situation évitée ou reportée par le fusionnement, et dans des délais similaires. Si le Tribunal détermine qu’une telle pénétration

unlikely to conclude that the merger is likely to prevent competition substantially.

[86] The appellants challenge the Tribunal’s view that the entry or expansion must likely occur within a “reasonable period of time”. Rather, they suggest that the Tribunal’s analysis of potential entry or expansion must be confined to the time the merger occurred. This ground of appeal must be reviewed on a standard of correctness since the correct legal test for a section 92 prevention of competition merger review is a question of law.

[87] The analysis required for the review of a merger under section 92 of the *Competition Act* involving the prevention of competition is necessarily forward-looking. This flows, *inter alia*, from:

a. The very terms of section 92 which require the Tribunal to determine whether a merger “prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially” (emphasis added).

b. Paragraph 93(b) of the *Competition Act*. That paragraph includes as a factor to consider in the section 92 analysis the question of “whether the business ... has failed or is likely to fail”. Though this concerns the failing firm defence—i.e. the merger will not result in the removal of an effective competitor since the acquired business would have exited the market anyway—and does not apply to the circumstance reviewed here—i.e. the failure of the bioremediation business will result in the introduction of an effective competitor—the temporal concept is analogous.

c. Moreover, an important factor in merger review is whether timely future entry by potential competitors would likely occur to constrain a material price increase in the relevant market: Competition Bureau Canada, *Merger Enforcement Guidelines*, 2011, paragraph 7.1.

ou expansion est vraisemblable, il sera peu susceptible de conclure que le fusionnement risque fort d’empêcher sensiblement la concurrence.

[86] Les appelants contestent l’opinion du Tribunal selon laquelle la pénétration ou l’expansion doit vraisemblablement avoir lieu « dans des délais raisonnables ». Selon eux, l’analyse de la possibilité de pénétration ou d’expansion effectuée par le Tribunal doit se limiter au moment du fusionnement. L’examen de ce moyen d’appel doit reposer sur la norme de la décision correcte, étant donné que le critère juridique adéquat pour l’examen d’un fusionnement soupçonné d’empêcher la concurrence aux termes de l’article 92 est une question de droit.

[87] L’analyse requise pour examiner un fusionnement sous l’angle de l’empêchement de la concurrence aux termes de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence* est nécessairement prospective, notamment pour les raisons suivantes :

a. les termes employés à l’article 92, qui exigent du Tribunal qu’il détermine si un fusionnement « empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet » (non souligné dans l’original);

b. l’alinéa 93b) de la *Loi sur la concurrence*. Cet alinéa ajoute un facteur à envisager dans l’analyse effectuée au titre de l’article 92, soit la question de « la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l’entreprise ». Bien qu’il concerne le moyen de défense fondé sur la déconfiture de l’entreprise (le fusionnement n’aura pas pour effet d’éliminer un réel concurrent, puisque l’entreprise acquise se serait de toute façon retirée du marché) et ne s’applique pas à la situation examinée en l’espèce (la déconfiture de l’entreprise de biorestauration aura pour effet d’introduire un réel concurrent), le concept temporel est analogue;

c. par ailleurs, l’examen du fusionnement doit porter sur la question importante de savoir si des concurrents éventuels seraient susceptibles de s’implanter sur le marché d’une manière qui empêche une hausse appréciable des prix sur le marché pertinent (Bureau de la

All these factors require the Tribunal to take into account future events likely to occur after the date of the impugned merger.

[88] The Tribunal was thus correct in concluding that while “poised entry” should be considered by taking into account the date of the merger, it need not be limited to that date. Rather, as set out in the analytical framework adopted by the Tribunal, the analysis may require that the Tribunal look into the future to ascertain whether the entry into the market would have occurred within a reasonable period of time, given the dynamics of the firm at issue and the characteristics of the market in question.

[89] But what is a reasonable period of time? As noted by Crampton C.J., at paragraph 382 of his concurring opinion, this will necessarily vary from case to case and will depend on the business under consideration. However, certain guidelines should be followed to ascertain an appropriate temporal framework for “poised entry” in any given “prevention” case.

[90] First, the time frame must be discernible. It will be insufficient to conclude that an acquired firm could have possibly entered the market at some future date. Rather, what is required is a clear and discernible time frame for market entry. This need not, however, be a precisely calibrated determination.

[91] Second, the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue. As noted in *BOC International, Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), at page 29, a case dealing with a similar provision contained in the U.S. *Clayton Act*, 15 U.S.C. §18 (1977), “it seems necessary ... 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.” I accept this approach insofar as it serves as

concurrence du Canada, *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi*, 2011, paragraphe 7.1).

Tous ces facteurs obligent le Tribunal à tenir compte des faits susceptibles de se produire après la date du fusionnement contesté.

[88] Le Tribunal avait donc raison de conclure qu’il fallait envisager la « pénétration prochaine » en tenant compte de la date du fusionnement, sans nécessairement se limiter à cette date. En fait, comme il est indiqué dans le cadre d’analyse adopté par le Tribunal, l’analyse peut exiger du Tribunal qu’il envisage l’avenir afin de vérifier si la pénétration du marché aurait eu lieu dans un délai raisonnable, étant donné la dynamique de la société en cause et les caractéristiques du marché pertinent.

[89] Mais qu’entend-on par délai raisonnable? Comme le signale le juge en chef Paul Crampton, au paragraphe 382 de son opinion concordante, la définition de ce concept varie nécessairement d’une affaire à l’autre et dépend du type d’entreprise en cause. Il convient toutefois de suivre certaines lignes directrices afin d’établir un cadre temporel approprié pour la « pénétration prochaine » dans chaque affaire d’« empêchement ».

[90] D’abord, le délai doit être discernable. Il est insuffisant de conclure qu’une société acquise aurait éventuellement pu pénétrer le marché à une date future indéterminée. Il faut plutôt inscrire la pénétration du marché dans un délai clair et discernable. Il ne s’agit cependant pas de fixer une date précise.

[91] Ensuite, le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question. Comme il est indiqué dans une décision rendue dans une affaire semblable, soumise à une disposition comparable de la *Clayton Act* des États-Unis, 15 U.S.C. §18 (1977), *BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), à la page 29 [TRADUCTION] « il semble nécessaire [...] 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

a guidepost and not as a fixed temporal rule. There may indeed be rare situations where it may be appropriate to expand the temporal analysis of poised entry beyond the temporal dimension of the barriers to market entry. In such circumstances, the Tribunal will be required to clearly justify why the entry is still “poised” at this later date. However, in most cases the temporal dimension of market entry should serve as an appropriate guidepost. Additional guideposts should not be excluded, but what these are, if any, is better left to be decided in other appropriate cases.

[92] In this case, the Tribunal discerned a clear time frame under which the Babkirk site would enter the market for secure landfills. It identified the chain of intermediary steps required to determine this within a timeline starting from the moment the merger took place. It further determined the timeline when each step would occur based on its assessment of the evidence submitted by the parties: at paragraphs 197 to 209 of the reasons.

[93] The Tribunal found that had the merger not occurred, the vendors would have operated a bioremediation facility with a half-cell secure landfill by October 2011, but that operation would not have been pursued for more than one year: reasons, at paragraphs 200 to 206. The Tribunal further found that by October 2012, the vendors would have begun competition with Tervita’s Silverberry secure landfill by accepting more waste into their half-cell secure landfill. The Tribunal also concluded that the vendors would have either (a) transformed and expanded their operation at the Babkirk site in order to operate a full-service secure landfill operation at least by the spring of 2013, or (b) sold to a third party who would have operated such an operation at least by that time: reasons, at paragraphs 207 to 209 and 215.

[94] This discernible time frame for entry into the market was also well within the temporal framework of

pour la pénétration dans l’industrie en question, et que la conclusion repose sur une preuve substantielle au dossier ». J’admets cette approche, dans la mesure où elle sert de ligne directrice, et non pas de règle temporelle coulée dans le béton. En effet, il peut arriver, dans quelques rares cas, qu’il convienne d’élargir l’analyse temporelle de la pénétration prochaine au-delà de la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché. Dans un tel cas, le Tribunal doit justifier clairement les raisons qui, selon lui, font que la pénétration du marché demeure « prochaine », malgré la date tardive. Dans la majorité des cas, cependant, la dimension temporelle de la pénétration du marché devrait servir de ligne de conduite. Cela dit, il ne faut pas exclure d’autres lignes de conduite, mais il est préférable, le cas échéant, de les établir dans les affaires pertinentes.

[92] En l’espèce, le Tribunal discernait un délai évident à l’intérieur duquel le site Babkirk pénétrerait le marché des sites d’enfouissement sécuritaires. Il a défini la chaîne d’étapes intermédiaires requises pour y arriver à l’intérieur d’un certain délai à compter de la date du fusionnement. Il a en outre fixé l’échéance de chacune des étapes, d’après son évaluation de la preuve soumise par les parties (aux paragraphes 197 à 209 des motifs).

[93] Le Tribunal a conclu qu’en l’absence de fusionnement, les vendeurs auraient commencé à exploiter une installation de biorestauration associée à une demi-cellule d’enfouissement sécuritaire au plus tard en octobre 2011, mais qu’ils ne l’auraient pas exploitée plus d’un an (motifs, aux paragraphes 200 à 206). Le Tribunal a en outre conclu qu’au plus tard en octobre 2012, les vendeurs auraient commencé à concurrencer le site Silverberry de Tervita en acceptant davantage de déchets dans leur demi-cellule d’enfouissement sécuritaire. Selon le Tribunal, les vendeurs auraient : a) soit transformé et agrandi leurs installations au site Babkirk de manière à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire à service complet au plus tard au printemps 2013; b) soit vendu le site à une tierce partie qui aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire à service complet, au moins dans les mêmes délais (motifs, aux paragraphes 207 à 209 et 215).

[94] Par ailleurs, ce délai discernable de pénétration du marché s’inscrivait résolument dans le cadre

the barriers to market entry. The Tribunal found that it would take a new entrant at least 30 months to open a new secure landfill: reasons, at paragraph 222. The entry of the Babkirk site into the secure landfill market would thus have been achieved well within this time frame. The impugned merger closed in January of 2011. The Tribunal found that approximately 21 months after the close of the merger—by October 2012—the Babkirk site would have entered the concerned market and started to compete with the Silverberry secure landfill, and that it would have been transformed into a full-service secure landfill at the latest within six months thereafter.

(3) *Did the Tribunal engage in unfounded speculation regarding possible future events?*

[95] The appellants add in their appeal A-457-12 (dealing with questions of fact) that these findings by the Tribunal were not supported by the evidence adduced at the hearing. The appellants submit that the Tribunal engaged in unbridled speculation about future events by expanding its analysis to include a review of the feasibility and profitability of the vendors contemplated bioremediation business; concluding that this business would fail; and further concluding that the Babkirk site would be operated as a full-service hazardous waste secure storage facility by the spring of 2013. I disagree.

[96] This ground of appeal raises questions of fact or of mixed law and fact, and is therefore to be reviewed on a standard of reasonableness.

[97] The Tribunal's findings concerning the difficulties associated with bioremediation in NE British Columbia were supported by abundant evidence, not least of which was the expert evidence of Mark Polet, an environmental biologist with specialized knowledge and 33 years of experience in environmental assessment, remediation and reclamation, as well as waste facility management development. He testified that bioremediation is ineffective in NE British Columbia,

temporel des obstacles à la pénétration du marché. Le Tribunal a estimé qu'un nouvel arrivant aurait besoin d'au moins 30 mois pour ouvrir un nouveau site d'enfouissement sécuritaire (motifs, au paragraphe 222). La pénétration du marché de l'enfouissement sécuritaire par le site Babkirk aurait été réalisée bien en deçà de ce délai. Le fusionnement contesté a été finalisé en janvier 2011. Le Tribunal a estimé qu'environ 21 mois après la clôture du fusionnement, soit en octobre 2012, le site Babkirk aurait pénétré le marché en question et commencé à livrer concurrence au site d'enfouissement sécuritaire Silverberry; il se serait transformé en site d'enfouissement sécuritaire à service complet au plus tard six mois après.

3) *Le Tribunal s'est-il livré à des spéculations non fondées quant à d'éventuels événements futurs?*

[95] Dans l'appel relatif au dossier A-457-12 (ayant traité aux questions de fait), les appelants ajoutent que la preuve présentée à l'audience n'appuie aucunement ces conclusions du Tribunal. Les appelants soutiennent que le Tribunal s'est livré à des spéculations effrénées quant aux événements futurs en élargissant son analyse pour y inclure l'examen de la faisabilité et de la rentabilité de l'entreprise de biorestauration envisagée par les vendeurs, en concluant à l'échec futur de cette entreprise et en concluant en outre que le site Babkirk deviendrait une installation de stockage sécuritaire des déchets dangereux à service complet au plus tard au printemps 2013. Je ne suis pas de cet avis.

[96] Ce moyen d'appel soulève des questions de fait ou des questions de droit et de fait. À ce titre, il doit être examiné en fonction de la norme de la décision raisonnable.

[97] Les conclusions du Tribunal quant aux difficultés associées à la biorestauration dans le N.-E. de la Colombie-Britannique sont soutenues par une preuve abondante, dont la moindre n'est pas le témoignage d'expert livré par Mark Polet, biologiste de l'environnement ayant des connaissances spécialisées et 33 années d'expérience en évaluation environnementale, en assainissement et en remise en état, ainsi qu'en aménagement d'installations de gestion des déchets. Dans son

and confirmed that it does not work on salts and metals, the types of contaminants that are typical of the hazardous waste produced through oil and gas operations: expert report of Mark Polet, A.B., Vol. 22, at pages 7558 and 7559, paragraphs 28 to 31. Moreover, a civil servant with the British Columbia Ministry of the Environment, Del Reinheimer, testified that he “was somewhat skeptical about the proposed treatment” and “expected that the treatment operations weren’t going to be as successful as they [the vendors] had hoped, and that much of the waste would end up in the landfill”: A.B., Vol. 30, at page 10012.

[98] The vendors’ business plan was based on securing customers and selling treated waste for use as cover at municipal landfills. Yet, they were unable to identify customers willing to transport hazardous waste to the Babkirk site for bioremediation treatment. Nor could they identify any municipal purchasers willing to pay them for treated landfill waste. The vendors recognized that they would have to charge customers significantly more for bioremediation than Tervita would charge for disposal in a secure landfill: see testimony of Karen Baker, A.B., Vol. 31, at pages 10592 to 10597. The evidence from third party oil and gas producers was that they would not consider transporting hazardous waste for bioremediation treatment: see testimony of [omitted], A.B., Vol. 29, at pages 9580 and 9581; testimony of [omitted], A.B., Vol. 31, at page 10438.

[99] The Tribunal relied on market dynamics and the lack of customers to conclude that the vendors’ business plan for bioremediation would fail. There was abundant evidence before the Tribunal on which it could base this conclusion. The Tribunal’s expertise lies in economics

témoignage, il a déclaré que la biorestauration était inefficace dans le N.-E. de la Colombie-Britannique et confirmé qu’elle ne convient ni aux sels, ni aux métaux, soit les types de contaminants que l’on retrouve normalement dans les déchets dangereux générés par l’exploitation pétrolière et gazière (rapport d’expertise de Mark Polet, dossier d’appel, vol. 22, aux pages 7558 et 7559, paragraphes 28 à 31). Par ailleurs, Del Reinheimer, fonctionnaire du ministère de l’Environnement de la Colombie-Britannique, a déclaré dans son témoignage qu’il était [TRADUCTION] « quelque peu sceptique à propos du traitement proposé » et qu’il s’attendait « à ce que les activités de traitement ne réussissent pas aussi bien qu’ils [les vendeurs] ne l’espéraient et qu’une grande partie des déchets aboutissent dans le site d’enfouissement » (dossier d’appel, vol. 30, à la page 10012).

[98] Le plan d’affaires des vendeurs supposait l’acquisition d’une clientèle et la vente des déchets traités à des sites d’enfouissement municipaux, qui les auraient utilisés comme matériau de couverture. Pourtant, les vendeurs n’ont réussi à identifier aucun client disposé à transporter des déchets dangereux au site Babkirk, à des fins de biorestauration. Ils n’ont pas non plus été en mesure de nommer des acheteurs municipaux disposés à payer pour les déchets valorisés. Les vendeurs ont reconnu qu’ils devraient facturer à leurs clients un prix de biorestauration sensiblement plus élevé que celui facturé par Tervita pour l’élimination des déchets dans un site d’enfouissement sécuritaire (voir le témoignage de Karen Baker, dossier d’appel, vol. 31, aux pages 10592 à 10597). La preuve soumise par des tiers producteurs de pétrole et de gaz naturel indique que ceux-ci n’avaient aucune intention de transporter leurs déchets dangereux à des fins de biorestauration : (voir le témoignage de [supprimé], dossier d’appel, vol. 29, aux pages 9580 et 9581; et le témoignage de [supprimé], dossier d’appel, vol. 31, à la page 10438).

[99] Se basant sur la dynamique du marché et l’insuffisance de la clientèle, le Tribunal a conclu que le plan d’affaires de l’entreprise de biorestauration des vendeurs échouerait. Le Tribunal disposait d’une preuve abondante à l’appui de cette conclusion. Reconnu pour son

and commerce, and its assessment of market dynamics deserve special deference.

[100] The Tribunal's 12 month timeline (October 2011 to October 2012) during which the vendors would be ready to operate an unprofitable bioremediation operation at the Babkirk site was consistent with the vendor's own timeline estimates. The minutes of the meeting of the vendors held on March 20, 2010, just after the secure landfill permit for the Babkirk site had been issued, indicate that the vendors "[n]eed [a] 12 month season to see how well bioremediation works": reasons, at paragraph 171; see also meeting minutes, A.B., Vol. 24, at page 8159.

[101] The Tribunal's finding that the vendors would be able to switch from a bioremediation operation to a secure landfill operation as of October of 2012 is also abundantly supported by the evidence. A full-service landfill operation can be developed one cell at a time, and it is common in the business to build a new cell only once an existing cell is almost full: see testimony of Rene Amirault, A.B., Vol. 30, at pages 10161 to 10163; testimony of Dr. Michael Baye, A.B., Vol. 30, at page 9949; testimony of Del Reinheimer, A.B., Vol. 30, at pages 10012 and 10013. Accordingly, as of October 2012, the vendors could have begun their secure landfill operation with the 125 000 tonnes half-cell they would have constructed, and then continued to expand their secure landfill operation as more capacity was needed.

[102] Moreover, there was abundant evidence before the Tribunal to confirm that the market for hazardous waste disposal in the area was expanding, and that the Babkirk site was well situated to service that market. Indeed, Tervita itself stated through its representatives that it had acquired the Babkirk site for this very purpose: see witness statement of Richard Lane, A.B., Vol. 25, at pages 8365 and 8367, paragraphs 8 and 16;

expertise en économie et en commerce, le Tribunal a effectué une évaluation de la dynamique du marché qui mérite une déférence particulière.

[100] La période de 12 mois (d'octobre 2011 à octobre 2012) durant laquelle le Tribunal estime que les vendeurs auraient été disposés à exploiter une installation de biorestauration non rentable sur le site Babkirk concorde avec les estimations des vendeurs. D'après le procès-verbal de la réunion des vendeurs tenue le 20 mars 2010, juste après la délivrance du permis de site d'enfouissement sécuritaire au site Babkirk, les vendeurs [TRADUCTION] « ont besoin d'une saison de 12 mois pour vérifier la rentabilité de la biorestauration » (motifs, au paragraphe 171; voir aussi le procès-verbal de la réunion, dossier d'appel, vol. 24, à la page 8159).

[101] Une preuve amplement suffisante appuyée en outre la conclusion du Tribunal selon laquelle les vendeurs auraient été en mesure de transformer l'installation de biorestauration en un site d'enfouissement sécuritaire en octobre 2012. Il est possible d'aménager un site d'enfouissement à service complet une cellule à la fois et il est courant dans l'industrie d'attendre qu'une cellule soit presque remplie avant d'en construire une nouvelle (voir le témoignage de Rene Amirault, dossier d'appel, vol. 30, aux pages 10161 à 10163; le témoignage de Michael Baye, dossier d'appel, vol. 30, à la page 9949; et le témoignage de Del Reinheimer, dossier d'appel, vol. 30, aux pages 10012 et 10013). De cette manière, à compter d'octobre 2012, les vendeurs auraient pu commencer à exploiter leur site d'enfouissement sécuritaire en utilisant la demi-cellule de 125 000 tonnes qu'ils auraient construite, puis continué d'augmenter la capacité de leur site d'enfouissement sécuritaire en fonction de la demande.

[102] Par ailleurs, de nombreux éléments de preuve présentés au Tribunal confirment l'essor du marché de l'élimination des déchets dangereux dans la région et la situation géographique avantageuse du site Babkirk au regard du marché à desservir. En fait, Tervita a elle-même affirmé, par la bouche de ses représentants, qu'elle avait acquis le site Babkirk précisément à cette fin (voir la déposition de témoin de Richard Lane, dossier

witness statement of Daniel Wallace, A.B., Vol 27, at page 8865, paragraph 7.

[103] Likewise, there was evidence to support the Tribunal's inference that the Babkirk site could have been sold to a third-party secure landfill operator sometime after October 2012. The Commissioner's expert, Dr. Michael Baye, testified that the Babkirk site would be valuable and attractive to businesses experienced in operating secure landfills: A.B., Vol. 29, at pages 9857 and 9858. The President and CEO [Chief Executive Officer] of SES stated that Babkirk was an attractive asset: witness statement of Rene Amirault, A.B., Vol. 20, at page 6487, paragraph 17. Moreover, Tervita itself advocated divestiture rather than dissolution, an indication that it believed that third-party purchasers would be interested in the Babkirk site.

[104] In any event, in light of the Tribunal's findings that the Babkirk site was a valuable asset if operated as a secure landfill, that secure landfill demand was deemed to be expanding in the area, and that the regulatory barriers for permitting a secure landfill are high, it was not an unreasonable inference that the vendors would have found a buyer for the Babkirk site had they decided not to operate themselves a full-service secure landfill at that site.

(4) Reversing the onus and shifting the burden of proof

[105] As a final ground of appeal challenging the Tribunal's section 92 merger review analysis, the appellants submit that the Tribunal placed on them and the vendors the burden of proving the economic viability of the bioremediation operation at the Babkirk site, thus erroneously reversing the burden of proof on this matter.

[106] The appellants principally rely for this ground of appeal on the Tribunal's comments in its reasons, at

d'appel, vol. 25, aux pages 8365 et 8367, paragraphes 8 et 16; et la déposition de témoin de Daniel Wallace, dossier d'appel, vol. 27, à la page 8865, paragraphe 7).

[103] De même, la preuve présentée permettait au Tribunal d'inférer que le site Babkirk aurait pu être vendu à un tiers exploitant de site d'enfouissement sécuritaire après octobre 2012. L'expert de la commissaire, M. Michael Baye, a témoigné que le site Babkirk serait une acquisition intéressante et attrayante pour les entreprises dotées d'expérience en exploitation de sites d'enfouissement sécuritaires (dossier d'appel, vol. 29, aux pages 9857 et 9858). Le président-directeur général de SES a déclaré que Babkirk était un actif attrayant (témoignage de Rene Amirault, dossier d'appel, vol. 20, à la page 6487, paragraphe 17). En outre, comme Tervita préconisait elle-même le dessaisissement plutôt que la dissolution, on peut présumer qu'elle croyait que des tiers acheteurs s'intéresseraient au site Babkirk.

[104] Quoi qu'il en soit, vu les conclusions du Tribunal selon lesquelles le site Babkirk était un actif intéressant dans la mesure où on l'exploitait en tant que site d'enfouissement sécuritaire, la demande d'enfouissement sécuritaire était considérée en hausse dans la région, et la réglementation posait des obstacles difficiles à franchir pour l'obtention d'un permis de site d'enfouissement sécuritaire, il n'était pas déraisonnable d'inférer que les vendeurs auraient trouvé un acheteur pour le site Babkirk s'ils avaient décidé de ne pas exploiter eux-mêmes un site d'enfouissement sécuritaire à service complet à cet endroit.

4) Inversion du fardeau de la preuve

[105] Comme dernier moyen d'appel remettant en question l'analyse du fusionnement effectuée par le Tribunal au titre de l'article 92, les appellants soutiennent que le Tribunal leur a imposé, à eux et aux vendeurs, le fardeau de prouver la viabilité économique d'une installation de biorestauration sur le site Babkirk et, ce faisant, a erronément inversé le fardeau de la preuve dans la présente affaire.

[106] À l'appui de ce moyen d'appel, les appellants invoquent principalement les observations suivantes faites par

paragraph 202: “There was no evidence that any companies are paying to transport waste to offsite bioremediation facilities in NEBC [and] the Vendors did not call evidence from any prospective customers to say that they would be prepared to truck their waste to the Babkirk Facility for bioremediation”, and at paragraph 204: “there was no evidence from any potential purchasers who might have bought treated waste from Complete for use as cover for municipal dumps or as backfill for excavations.”

[107] The burden of proving both that a merging firm is a “poised entrant” in a specific market, and that an impugned merger involving that firm is likely to prevent competition substantially in that market, rests with the Commissioner. This flows from the general burden imposed on the Commissioner under section 92 of the *Competition Act*.

[108] In this case, the Tribunal did not extensively discuss the burden of proof under a section 92 merger review, but implicitly accepted that the burden lay with the Commissioner: see notably paragraphs 59 and 125 of the reasons. Moreover, in his concurring reasons, Crampton C.J. explicitly and correctly stated that the burden was on the Commissioner to establish, on a balance of probabilities, that “but for” the merger, one of the merging parties likely would have entered or expanded within the relevant market within a reasonable period of time, and on a sufficient scale, to effect either a material reduction of prices or a material increase in one or more levels of non-price competition, in a material part of the market: reasons, at paragraph 386. It is implicit in the Tribunal’s reasons that this approach to the burden of proof was applied by the Tribunal as a whole.

[109] In addition, the Tribunal’s comments made at paragraphs 202 and 204 of its reasons, reproduced above, do not show that the Tribunal shifted the burden

le Tribunal dans ses motifs a) au paragraphe 202 : [TRADUCTION] « rien n’indique que des entreprises paient pour transporter des déchets vers des installations de restauration hors site dans le N.-E. de la Colombie-Britannique [...] [et] les vendeurs n’ont appelé aucun client potentiel à témoigner de son intention de transporter ses déchets par camion jusqu’à l’installation de Babkirk à des fins de biorestauration »; et b) au paragraphe 204 : [TRADUCTION] « aucun acheteur potentiel n’est venu témoigner de son éventuelle intention d’acquérir des déchets valorisés de Complete dans le but de les utiliser comme matériau de couverture dans des décharges municipales ou comme matériau de remblai dans des sites excavés. »

[107] Il incombe à la commissaire de prouver à la fois qu’une société fusionnée est un « nouveau venu prêt à pénétrer » un marché particulier et qu’il est vraisemblable qu’un fusionnement contesté auquel prend part cette société empêchera sensiblement la concurrence dans ce marché. Cette opinion découle du fardeau général imposé à la commissaire en vertu de l’article 92 de la *Loi sur la concurrence*.

[108] En l’espèce, le Tribunal n’approfondit pas la question du fardeau de la preuve dans son analyse du fusionnement au titre de l’article 92, mais admet implicitement que le fardeau revient à la commissaire (voir notamment les paragraphes 59 et 125 des motifs). En outre, dans ses motifs concourants, le juge en chef Crampton affirme explicitement et avec raison qu’il incombe à la commissaire d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’en l’absence hypothétique de fusionnement, une des parties fusionnées aurait pénétré le marché pertinent, ou y aurait élargi sa présence, dans un laps de temps raisonnable et à une échelle suffisante pour entraîner soit une réduction sensible des prix ou une augmentation sensible de la concurrence hors prix, à un ou à plusieurs niveaux, dans une portion sensible du marché (motifs, au paragraphe 386). Les motifs du Tribunal indiquent implicitement que cette approche du fardeau de la preuve a été adoptée par l’ensemble du Tribunal.

[109] Par ailleurs, les commentaires formulés par le Tribunal aux paragraphes 202 et 204 de ses motifs que j’ai reproduits plus haut ne permettent nullement de

away from the Commissioner. Placed in context, these comments simply reflect the conclusions of the Tribunal derived from the evidence, rather than some nefarious shifting of the burden of proof.

[110] The simple fact of the matter is that there was no evidence submitted of any company willing to pay for the transportation of hazardous waste to offsite bioremediation facilities in NE British Columbia. Rather, the evidence adduced before the Tribunal was to the contrary. Though the vendors had provided a list of potential customers for their bioremediation operation, a representative of the first potential client on that list testified that its philosophy was to dispose of hazardous waste in landfills, leading the Tribunal to conclude that it was not a potential customer for the vendors' bioremediation operation: reasons, at paragraph 202. Moreover, and as noted above, there was abundant evidence submitted to the Tribunal showing that bioremediation was not a feasible alternative to a secure landfill, and that oil and gas producers would not consider transporting hazardous waste for bioremediation treatment.

[111] The Tribunal's comment concerning the lack of evidence from potential municipal purchasers who might have bought waste treated at the Babkirk site results from the fact that the only potential purchaser which the vendors had identified for this purpose was shown to be actually unwilling to pay for the treated waste: see Exhibit D to the witness statement of Scott Watson, A.B., Vol. 25, at page 8453; testimony of Randy Wolsey, A.B., Vol. 32, at pages 11035 to 11038.

[112] Read in their overall context, the comments of the Tribunal do not demonstrate that the Tribunal shifted the burden of proof away from the Commissioner.

penser que le Tribunal a dispensé la commissaire de son obligation de s'acquitter du fardeau qui lui incombait. Remis dans leur contexte, ces commentaires ne font que traduire les conclusions que le Tribunal a tirées de la preuve; il ne s'agit pas d'un vil transfert du fardeau de la preuve.

[110] Une chose est claire : le Tribunal n'a reçu aucune preuve qu'une entreprise était disposée à payer pour faire transporter des déchets dangereux vers des installations de biorestauration hors site dans le N.-E. de la Colombie-Britannique. En fait, la preuve présentée au Tribunal tend plutôt à indiquer le contraire. Bien que les vendeurs aient fourni une liste de clients potentiels pour leurs services de biorestauration, un représentant du premier client potentiel de cette liste a affirmé devant le Tribunal que son entreprise avait comme principe d'éliminer ses déchets dangereux dans des sites d'enfouissement, ce qui a porté le Tribunal à conclure que l'entreprise en question ne pouvait être considérée comme un client potentiel de l'installation de biorestauration des vendeurs (motifs, au paragraphe 202). En outre, comme nous l'avons déjà signalé, le Tribunal a reçu une preuve abondante montrant que la biorestauration n'était pas une solution réaliste pour remplacer un site d'enfouissement sécuritaire et que les producteurs de pétrole et de gaz naturel n'avaient aucune intention de transporter leurs déchets dangereux à des fins de biorestauration.

[111] Le commentaire du Tribunal à propos de l'absence de témoignages d'éventuels acheteurs municipaux qui auraient pu se procurer des déchets valorisés au site Babkirk résulte du fait que le seul acheteur potentiel que les vendeurs ont identifié à cette fin s'est montré réfractaire à l'idée de payer pour des déchets valorisés (voir la pièce D, témoignage de Scott Watson, dossier d'appel, vol. 25, à la page 8453; et le témoignage de Randy Wolsey, dossier d'appel, vol. 32, aux pages 11035 à 11038).

[112] Lorsqu'on les replace dans leur contexte global, les propos du Tribunal ne permettent pas de penser que celui-ci a dispensé la commissaire de son obligation de s'acquitter de son fardeau de la preuve.

Alleged errors in the Tribunal's analysis under section 96

[113] Section 96 of the *Competition Act* requires the Tribunal to determine, through a balancing test, whether the gains in efficiency resulting from a merger are greater than and offset its anti-competitive effects: *Superior Propane No. 2*, at paragraph 75. The Commissioner bears the burden of proving the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger. The party raising the gains in efficiency defence bears the burden of proving that the gains in efficiency brought about or likely to be brought about by the merger will be greater than and will offset these effects: *Superior Propane No. 2*, at paragraphs 149 to 154.

(5) *Did the Tribunal err and breach the rules of procedural fairness by considering the Commissioner's "deadweight loss" quantification?*

[114] The Tribunal found that the Commissioner had failed to produce evidence on the quantification of the anti-competitive effects resulting from the merger, but nevertheless allowed the Commissioner to provide some calculations relating to some effects in a reply report. The appellants submit that this amounts to an error in law and a breach of procedural fairness.

[115] Indeed, the Tribunal rejected the Commissioner's submission that the quantification of the anti-competitive effects need only be submitted once the gains in efficiency of the merger had been established. It also found that there was no doubt from the beginning of the proceedings that Tervita was mounting a defence based on gains in efficiency: reasons, at paragraphs 236 to 241. The Tribunal then made the following directions to the Commissioner [at paragraph 244]:

Indeed, where the necessary data can be obtained, the Commissioner will be expected in future cases to provide estimates of market elasticity and the merged entity's own-price elasticity of demand in her case in chief. These estimates

Erreurs reprochées au Tribunal quant à l'analyse qu'il a effectuée au titre de l'article 96

[113] Aux termes de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal doit décider, en appliquant un critère de pondération, si les gains en efficience qui résultent d'un fusionnement surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels (*Supérieur Propane n° 2*, au paragraphe 75). Il revient à la commissaire de prouver les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. La partie qui invoque les gains en efficience comme argument de défense assume le fardeau de prouver que les gains en efficience qui découleront certainement ou vraisemblablement du fusionnement surpasseront et neutraliseront ces effets (*Supérieur Propane n° 2*, aux paragraphes 149 à 154).

5) *Le Tribunal a-t-il erré et manqué aux principes d'équité procédurale en tenant compte de la quantification de la « perte sèche » par la commissaire?*

[114] Le Tribunal a conclu que la commissaire avait omis de présenter des preuves à propos de la quantification des effets anticoncurrentiels résultant du fusionnement, mais il a néanmoins permis à la commissaire, dans son rapport présenté en réplique, de soumettre des calculs relatifs à certains effets. Les appelants soutiennent que cette permission constitue une erreur de droit et contrevient aux principes d'équité procédurale.

[115] Effectivement, le Tribunal a rejeté l'observation de la commissaire, selon laquelle la quantification des effets anticoncurrentiels n'avait à être présentée qu'après que l'on avait établi les gains en efficience découlant du fusionnement. Il a en outre estimé que, depuis le début de l'audience, il ne faisait aucun doute que Tervita préparait une défense fondée sur les gains en efficience (motifs, aux paragraphes 236 à 241). Le Tribunal a ensuite formulé les instructions suivantes à l'intention de la commissaire [au paragraphe 244] :

[TRADUCTION] En fait, lorsqu'il est possible d'obtenir les données nécessaires, le Tribunal s'attendra, dans les affaires à venir, à ce que la commissaire fournisse des estimations de l'élasticité du marché et des données d'élasticité de la demande

facilitate the calculation of the magnitude of the output reduction and price effects likely to result from the merger. They are also necessary in order to calculate the deadweight loss (“DWL”) that will likely result from the output reduction and relevant price effects. [Emphasis added.]

[116] Nevertheless, the Tribunal allowed the Commissioner to submit a rough estimate and calculations of the “deadweight loss” which were included in a reply expert report: see reply/responding report of Michael R. Baye, A.B., Vol. 18, at pages 5973 to 5976, paragraphs 10 to 14.

[117] Tervita was provided no opportunity to formally respond to the Commissioner’s estimate and calculations set out in that reply report. Tervita argued before the Tribunal that as a result, and as a matter of substantive and procedural fairness, it had been effectively denied a right of response to the quantification of the anti-competitive effects, and that its ability to properly meet its own burden under section 96 of the *Competition Act* had been compromised. Consequently, Tervita asked the Tribunal to conclude that there were no quantified anti-competitive effects resulting from the impugned merger: reasons, at paragraph 234.

[118] The Tribunal recognized that in this case “the Commissioner failed to meet her burden”: reasons, at paragraph 246. Nevertheless, the Tribunal refused to accede to Tervita’s request that it consider as nil the quantifiable anti-competitive effects. In the Tribunal’s view, Tervita had not been prejudiced by the Commissioner’s failure: reasons, at paragraphs 246 and 288.

[119] Tervita now appeals to this Court on this ground.

[120] The issue here is not whether the Tribunal erred in determining who assumed the burden of proving the anti-competitive effects of the merger, since the Tribunal was clearly of the view that the burden belonged to the Commissioner: reasons, at paragraph 243. Rather, the issue is whether the Tribunal erred in determining how

par rapport au prix, établies par l’entité fusionnée, dans sa preuve principale. Ces estimations facilitent le calcul de l’ampleur de la réduction des extrants et des effets sur les prix qui résulteront vraisemblablement du fusionnement. En outre, elles sont nécessaires pour calculer la perte sèche qui découlera vraisemblablement de la réduction des extrants et des effets pertinents sur les prix [...] [Non souligné dans l’original.]

[116] Le Tribunal a néanmoins permis à la commissaire de lui soumettre une estimation et des calculs approximatifs de la « perte sèche » dans son rapport d’expertise en réplique (voir le rapport d’expertise en réplique de Michael R. Baye, dossier d’appel, vol. 18, aux pages 5973 à 5976, paragraphes 10 à 14).

[117] Tervita n’a pas eu l’occasion de répondre officiellement à l’estimation et aux calculs fournis par la commissaire dans son rapport soumis en réplique. Tervita a fait valoir devant le Tribunal qu’en conséquence, tant sur le plan du fond que sur le plan de l’équité procédurale, elle avait effectivement été privée de son droit de répondre à la quantification des effets anticoncurrentiels et que sa capacité de s’acquitter comme il se doit du fardeau que lui impose l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* s’en est trouvée compromise. Par conséquent, Tervita a demandé au Tribunal de conclure que le fusionnement contesté n’avait eu aucun effet anticoncurrentiel quantifié (motifs, au paragraphe 234).

[118] Le Tribunal a reconnu qu’en l’espèce [TRADUCTION] « la commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait » (motifs, au paragraphe 246). Le Tribunal a néanmoins refusé d’accéder à la demande de Tervita qui souhaitait qu’il considère que les effets anticoncurrentiels quantifiables étaient nuls. Suivant le Tribunal, Tervita n’avait subi aucun préjudice par suite de l’omission de la commissaire (motifs, aux paragraphes 246 et 288).

[119] Tervita en appelle maintenant à notre Cour.

[120] La question qui se pose en l’espèce n’est pas celle de savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant sur qui reposait le fardeau d’établir les effets anticoncurrentiels du fusionnement, étant donné que le Tribunal était de toute évidence d’avis que ce fardeau incombait à la commissaire (motifs, au paragraphe 243).

that burden was to be discharged. In other words, did the Tribunal err by allowing the Commissioner to discharge her burden through a reply expert report setting out a “rough estimate” of the “deadweight loss” resulting from the merger?

[121] I have difficulty reconciling the apparently contradictory positions taken by the Tribunal regarding this issue. On the one hand, the Tribunal clearly acknowledged the prejudicial effect by determining:

a. that the failure by the Commissioner to submit her calculations of the anti-competitive effects “meant that [Tervita] did not have a figure for the Effects and was obliged to serve its expert report on efficiencies with no ability to take a position about whether the number it calculated for its total efficiencies was greater than the Effects”: reasons, at paragraph 234;

b. that “there was insufficient time before the hearing to permit [Tervita] to move to strike Dr. Baye’s [the Commissioner’s expert] report or to seek leave to file a further report in response to the Commissioner’s quantification of the Effects”: reasons, at paragraph 235;

c. that “estimates of market elasticity and the merged entity’s own-price elasticity of demand are ... necessary in order to calculate the deadweight loss ... that will likely result from the output reduction and related price effects”: reasons, at paragraph 244;

d. that “prudence dictates that a range of plausible elasticities should be calculated, to assist the Tribunal to understand the sensitivity of the Commissioner’s estimates to changes in those elasticities” and that “rough estimates” could only be submitted, “if the data required to reliably estimate the elasticities cannot reasonably be obtained”: reasons, at paragraph 245;

La question est plutôt de savoir si le Tribunal a commis une erreur en déterminant comment il fallait s’acquitter de ce fardeau. En d’autres termes, le Tribunal a-t-il commis une erreur en permettant à la commissaire de s’acquitter de ce fardeau en produisant en réplique un rapport d’expert proposant une « estimation approximative » de la « perte sèche » résultant du fusionnement?

[121] J’arrive difficilement à concilier les positions apparemment contradictoires adoptées par le Tribunal sur cette question. D’une part, le Tribunal a clairement reconnu l’effet préjudiciable en concluant :

a. qu’en omettant de soumettre ses calculs sur les effets anticoncurrentiels, la commissaire a empêché Tervita [TRADUCTION] « de disposer d’un nombre pour quantifier les effets, l’obligeant ainsi à signifier son rapport d’expertise sur l’efficacité sans pouvoir affirmer si, selon ses calculs, l’efficacité totale serait supérieure aux effets » (motifs, au paragraphe 234);

b. que Tervita [TRADUCTION] « n’a pas eu suffisamment de temps avant l’audience pour faire les démarches qui lui auraient permis d’attaquer le rapport de M. Baye [l’expert de la commissaire] ou de demander l’autorisation de soumettre un autre rapport pour répondre à la quantification des effets par la commissaire » (motifs, au paragraphe 235);

c. que [TRADUCTION] « l’estimation de l’élasticité du marché et les données d’élasticité de la demande par rapport au prix, calculées par l’entité fusionnée, [...] sont [...] nécessaires pour calculer la perte sèche [...] susceptible de résulter de la réduction des extrants et des effets connexes sur les prix » (motifs, au paragraphe 244);

d. que [TRADUCTION] « la prudence impose de calculer toute une gamme d’élasticités plausibles, afin d’aider le Tribunal à comprendre la sensibilité des estimations de la commissaire aux variations de ces élasticités » et que des estimations approximatives ne pouvaient être soumises que [TRADUCTION] « dans l’impossibilité raisonnable d’obtenir les données requises pour estimer les élasticités de manière fiable » (motifs, au paragraphe 245);

e. and that “the Commissioner failed to meet her burden”: reasons, at paragraph 246.

[122] On the other hand, the Tribunal swept away all these serious failures. It justified this approach on two grounds.

[123] First, it found that Tervita had suffered no prejudice because: (i) “instead of doing the required independent analysis of elasticities, Dr. Baye relied on his assumed price decrease of at least 10% and on certain assumptions used by Dr. Kahwaty [Tervita’s expert] in calculating [Tervita’s] claimed market expansion efficiencies”; and (ii) “Dr. Kahwaty was able to effectively attack Dr. Baye’s [deadweight loss] calculation on various grounds, including his failure to base them on conventional calculations of elasticities when he could have obtained the data necessary to perform those calculations”: reasons, at paragraph 246.

[124] The fact that the Commissioner relied on a clearly deficient methodology, which Tervita’s expert was able to identify as an error, cannot lead to the conclusion that Tervita was not prejudiced when that admittedly deficient methodology was nevertheless ultimately accepted by the Tribunal. In this case, the Tribunal itself found that estimates of market elasticity and the merged entity’s own-price elasticity of demand 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.

[125] Tervita’s expert clearly highlighted the dilemma in his testimony. Dr. Baye had indeed submitted estimates of potential market expansion based on Dr. Kahwaty’s calculations. However, Dr. Kahwaty cogently observed that his calculations were themselves based on unsupported assumptions which did not necessarily allow for a proper determination in the absence of

e. et que [TRADUCTION] « la commissaire a omis d’assumer son fardeau » (motifs, au paragraphe 246).

[122] D’autre part, le Tribunal a balayé tous ces manquements graves sur le fondement de deux motifs pour justifier cette approche.

[123] D’abord, il a estimé que Tervita n’avait subi aucun préjudice, étant donné ce qui suit : [TRADUCTION] i) « au lieu de réaliser une analyse indépendante des élasticités, comme il aurait dû le faire, M. Baye s’est basé sur sa propre hypothèse d’une diminution de prix d’au moins 10 p. 100 et sur certaines hypothèses employées par M. Kahwaty [l’expert de Tervita] pour calculer l’efficience devant résulter [selon Tervita] de l’expansion du marché »; ii) [TRADUCTION] « M. Kahwaty a réussi à mettre sérieusement en doute les calculs de M. Baye [à propos des pertes sèches] pour divers motifs, y compris son incapacité à les fonder sur des calculs conventionnels de l’élasticité, alors qu’il aurait pu obtenir les données nécessaires à cette fin » (motifs, au paragraphe 246).

[124] Le fait que la commissaire ait fondé son argumentation sur une méthodologie clairement déficiente — erreur relevée par l’expert de Tervita — ne peut être invoqué pour conclure que Tervita n’a subi aucun préjudice lorsque le Tribunal a quand même fini par admettre cette méthodologie, malgré ses lacunes reconnues. 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 et des données d’élasticité de la demande par rapport au prix établi 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.

[125] L’expert de Tervita a clairement relevé le dilemme dans son témoignage. M. Baye avait en effet soumis des estimations de l’expansion possible du marché, fondées sur les calculs de M. Kahwaty. Dans une observation pertinente, M. Kahwaty a cependant signalé que ses calculs se fondaient eux-mêmes sur des hypothèses non étayées qui ne permettaient pas nécessairement de

an adequate market demand elasticity study: testimony of Dr. Kahwaty, A.B., Vol. 34, at pages 11492 to 11494. The following exchange between the Tribunal and Dr. Kahwaty is instructive (A.B., Vol. 34, at page 11495):

JUSTICE CRAMPTON: In the absence of this type of customer-specific elasticity data, how could one go about calculating a dead weight loss?

DR. KAHWATY: In the absence of customer-specific elasticity or good market elasticity, I mean, I just don't know how you would do that. You need the shape of the demand curve to figure out dead weight loss. You need the shape of the demand curve. You need elasticity.

JUSTICE CRAMPTON: You're saying it can't be done?

DR. KAWATY: You can't do it.

[126] Second, the Tribunal found that even if it accepted Tervita's submission that zero weighting should be given to the quantitative anti-competitive effects, "it would not necessarily follow that the Tribunal would find that the *offset* element of section 96 has been established on a balance of probabilities" since "the loss of dynamic competition will always merit some non-trivial qualitative weighting in the trade-off assessment" and "in this case, the Commissioner adduced evidence of *qualitative* Effects": reasons, at paragraphs 247 and 248 [emphasis added].

[127] The Tribunal appears to have confused here the offset or balancing analysis required under section 96 (which is more fully discussed below) with the Commissioner's burden to prove the anti-competitive effects of the merger, including the quantification of the "deadweight loss". Whether Tervita must still meet its burden to establish that the gains in efficiency were greater than and offset the quantitative and qualitative anti-competitive effects has no bearing whatsoever on the principle that the Commissioner bears the burden of quantifying the quantitative effects. That Tervita holds the ultimate burden of establishing the offset between gains in efficiency and anti-competitive effects does not relieve the Commissioner of her burden to prove the

résoudre correctement la question en l'absence d'étude adéquate sur l'élasticité de la demande du marché : témoignage de M. Kahwaty, dossier d'appel, vol. 34, aux pages 11492 à 11494. L'échange suivant, entre le Tribunal et M. Kahwaty, est révélateur (dossier d'appel, vol. 34, à la page 11495) :

[TRADUCTION]

LE JUGE CRAMPTON : En l'absence de ce genre de données d'élasticité propres à la clientèle, comment pourrait-on calculer une perte sèche?

M. KAHWATY : En l'absence de données d'élasticité propres à la clientèle ou de solides données sur l'élasticité du marché, je ne sais vraiment pas comment on ferait. Pour déterminer la perte sèche, il faut tracer la courbe de demande. Il faut voir la forme de la courbe de demande. Il faut connaître l'élasticité.

LE JUGE CRAMPTON : Selon vous, ce n'est pas possible?

M. KAWATY : Ce n'est pas possible.

[126] Ensuite, le Tribunal a estimé que, même s'il admettait l'argument de Tervita, selon lequel il ne faut accorder aucun poids aux effets anticoncurrentiels quantitatifs [TRADUCTION] « il ne s'ensuivrait pas nécessairement que l'élément de *neutralisation* de l'article 96 a été établi selon la prépondérance des probabilités », puisque « la perte de concurrence dynamique méritera toujours un certain poids non négligeable dans l'évaluation des concessions » et que « dans cette affaire, la commissaire a soumis des preuves d'effets *qualitatifs* » (motifs, aux paragraphes 247 à 248 [italique ajouté]).

[127] Ici, le Tribunal semble avoir confondu l'analyse de la neutralisation ou de la pondération exigée par l'article 96 — sur laquelle nous reviendrons plus en détail plus loin — et le fardeau qui incombe à la commissaire de prouver les effets anticoncurrentiels du fusionnement, notamment en quantifiant la « perte sèche ». Le fait que Tervita doive ou ne doive pas se charger quand même d'établir que les gains en efficience surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs ne change rien au fardeau qui incombe à la commissaire de quantifier les effets quantitatifs. Le fait qu'au bout du compte, il revienne à Tervita d'établir la neutralisation des effets anticoncurrentiels par les gains en efficience ne dégage nullement

anti-competitive effects and to quantify those effects where possible.

[128] In effect, the Tribunal recognized that the Commissioner had failed to meet her burden of properly quantifying the “deadweight loss”, but nevertheless accepted an admittedly deficient calculation as a “rough estimate” of the loss resulting from the reduction in dynamic competition which would result from the merger.

[129] With respect, the Tribunal’s overall approach to the quantification of the “deadweight loss” negated the Commissioner’s legal burden to quantify, where possible, the anti-competitive effects.

[130] In this case, the Commissioner did not discharge her burden to quantify the “deadweight loss” resulting from the merger, and the Tribunal erred by allowing her to correct that failure through a reply report using an admittedly deficient methodology. The Tribunal compounded that error by not allowing Tervita an opportunity to formally respond to that report. As a result, the Tribunal should have concluded that the “deadweight loss” had not been properly quantified, and that consequently the weight to be attributed to it was not zero, as the appellants submit, but was rather undetermined.

(6) Did the Tribunal err by not considering the one year transportation and market expansion gains in efficiency resulting from the merger?

[131] 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: reasons, at paragraph 251. Tervita asserted that it could have operated a secure landfill at the Babkirk site by the spring of 2012. Under the Tribunal’s divestiture order, it would have been

la commissaire du fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels et de les quantifier autant que possible.

[128] Effectivement, le Tribunal a reconnu que la commissaire avait manqué à son devoir de quantifier adéquatement la « perte sèche », mais a néanmoins admis des calculs reconnus déficients à titre d’« estimation approximative » des pertes qui résulteraient du fusionnement par suite de la réduction de la concurrence dynamique.

[129] En toute déférence, l’approche générale du Tribunal en matière de quantification de la « perte sèche » a réduit à néant le fardeau juridique qui incombait à la commissaire de quantifier autant que possible les effets anticoncurrentiels.

[130] En l’espèce, la commissaire ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de quantifier la « perte sèche » résultant du fusionnement et le Tribunal a commis une erreur en lui permettant de corriger cette omission en produisant en réplique un rapport qui utilisait une méthodologie dont il était admis qu’elle était déficiente. Le Tribunal a aggravé cette erreur en n’accordant pas à Tervita la possibilité de répondre formellement à ce rapport. Par conséquent, le Tribunal aurait dû conclure que la « perte sèche » n’avait pas été quantifiée correctement et qu’en conséquence la valeur qui devait y être attribuée n’était pas égale à zéro, comme le prétendent les appelants, mais qu’elle était indéterminée.

(6) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte des gains en efficacité résultant du fusionnement procurés par une année de transport et une année d’expansion du marché?

[131] En matière de transport, les gains en efficacité consistent en 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 l’autre auraient réalisé des économies au chapitre du transport (motifs, au paragraphe 251). Tervita a affirmé qu’elle aurait pu exploiter un site d’enfouissement sécuritaire

unlikely that a third-party purchaser could have operated the Babkirk site as a full-service secure landfill before the spring of 2013. Consequently, additional transportation savings could have been achieved by Tervita for the one year period it would have operated the site earlier than a purchaser acquiring the site under a divestiture order, *i.e.* from the spring 2012 to the spring 2013. The transportation gains in efficiency for that one-year period were estimated as likely to be between [omitted] and [omitted]: reasons, at paragraph 271.

[132] Market expansion gains in efficiency result from additional hazardous waste which would be transported for disposal at the Babkirk site operating as a 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: reasons, at paragraph 252. Like the transportation gains in efficiency, Tervita would have only achieved additional market expansion gains in efficiency for the one-year period it would have operated the Babkirk site as a secure landfill earlier than an eventual purchaser under a divestiture order, *i.e.* from the spring 2012 to the spring 2013. The market expansion gains in efficiency for that one-year period were estimated as likely to be [omitted]: reasons, at paragraph 271.

[133] The Tribunal found these one-year gains in efficiency to be the result of delays in the implementation of its order, and concluded that it would be contrary to the purposes of the *Competition Act* to recognize them: reasons, at paragraphs 269 and 270.

au site Babkirk au printemps 2012 ou avant. En vertu de l'ordonnance de dessaisissement du Tribunal, il aurait été peu vraisemblable qu'une tierce partie acheteuse puisse exploiter le site Babkirk en tant que site d'enfouissement sécuritaire à service complet avant le printemps 2013. Par conséquent, Tervita aurait pu susciter des économies supplémentaires au chapitre du transport pendant l'année d'exploitation supplémentaire dont elle aurait profité par rapport à un acheteur ayant acquis le site en vertu d'une ordonnance de dessaisissement, soit entre le printemps 2012 et le printemps 2013. Selon toute vraisemblance, les gains en efficacité relatifs au transport pour cette période d'un an auraient été de l'ordre de [supprimé] à [supprimé] (motifs, au paragraphe 271).

[132] En ce qui concerne l'expansion du marché, les gains en efficacité découlent de la quantité supplémentaire de déchets dangereux qui seraient transportés au site d'enfouissement sécuritaire de Babkirk à des fins d'élimination. 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 (motifs, au paragraphe 252). Comme dans le cas des gains en efficacité relatifs au transport, Tervita aurait réalisé des gains en efficacité supplémentaires relatifs à l'expansion du marché en exploitant le site Babkirk en tant que site d'enfouissement sécuritaire à service complet pendant une année de plus que ne l'aurait pu un acheteur ayant acquis le site en vertu d'une ordonnance de dessaisissement, soit entre le printemps 2012 et le printemps 2013. Selon toute vraisemblance, les gains en efficacité relatifs à l'expansion du marché pour cette période d'un an auraient été de l'ordre de [supprimé] (motifs, au paragraphe 271).

[133] Le Tribunal a estimé que ces gains en efficacité d'un an découleraient du délai de mise en application de son ordonnance et conclu qu'il serait contraire à l'intention de la *Loi sur la concurrence* de les reconnaître (motifs, aux paragraphes 269 et 270).

[134] In my view, the Tribunal correctly refused to consider both these gains in efficiency.

[135] Indeed, the only reason that Tervita could possibly have achieved transportation and market expansion gains in efficiency with the Babkirk site for the one-year period extending from the spring 2012 to the spring 2013—and a purchaser of that site under the Tribunal’s order could not have achieved similar gains in efficiency—was the time required for the Tribunal to render a decision and to effect the actual divestiture of the Babkirk site into the hands of a third-party secure landfill operator. I agree with the Tribunal that it would be contrary to the overall scheme of the *Competition Act* to consider order implementation gains in efficiency since the results of a merger review under that Act should not be driven by the delays required to properly implement a divestiture order from the Tribunal resulting from such a review.

[136] There is also another reason for which I would not consider these one-year gains in efficiency.

[137] Under subsection 96(1) of the *Competition Act*, the Tribunal must find “that the merger ... has brought about or is likely to bring about gains in efficienc[ies]” [emphasis added]. Thus, gains in efficiency claimed for the period *preceding* the merger review decision must have been *in fact* achieved in order to be recognized (“has brought about”). Gains in efficiency claimed for the period *subsequent* to the merger review decision must be *likely* to be achieved (“likely to bring about”). Possible gains in efficiency which could have been brought about prior to the merger review decision, but were not actually achieved, are consequently not considered. This is because the gains in efficiency defence rests on the premise that the trade-off between merger gains in efficiency and anti-competitive effects must actually benefit the Canadian economy.

[134] À mon avis, le Tribunal avait raison, dans ces deux cas, de refuser de prendre en considération ces gains en efficience.

[135] En fait, la seule raison qui aurait permis à Tervita de réaliser des gains en efficience au chapitre du transport et de l’expansion du marché en exploitant le site Babkirk du printemps 2012 au printemps 2013, et empêché un acquéreur de ce site en vertu de l’ordonnance du Tribunal de réaliser des gains en efficience comparables, est le délai requis pour que le Tribunal rende sa décision et effectue le dessaisissement du site Babkirk aux mains d’une tierce partie prête à l’exploiter en tant que site d’enfouissement sécuritaire. Comme le Tribunal, j’estime qu’il serait contraire à l’objectif global de la *Loi sur la concurrence* de prendre en considération des gains en efficience découlant de la mise en application d’une ordonnance, étant donné que les résultats de l’examen d’un fusionnement aux termes de la Loi ne devraient pas être dictés par les délais requis pour mettre correctement en application une ordonnance de dessaisissement formulée par le Tribunal par suite de cet examen.

[136] Une autre raison m’incite à refuser de prendre en considération ces gains en efficience d’un an.

[137] Aux termes du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal doit conclure que le fusionnement « a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficience » [non souligné dans l’original]. Ainsi, les gains en efficience revendiqués pour la période *précédant* la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent avoir été *en fait* réalisés pour pouvoir être reconnus (« a eu pour effet »). Les gains en efficience revendiqués pour la période *postérieure* à la décision faisant suite à l’examen du fusionnement doivent *vraisemblablement* avoir été réalisés (« aura vraisemblablement pour effet »). Les éventuels gains en efficience qui auraient été réalisés avant la décision prise à l’issue de l’examen du fusionnement, mais qui n’ont pas été effectivement réalisés n’entrent donc pas en considération. Cette situation tient au fait que le moyen de défense tiré des gains en efficience repose sur la prémisse que le compromis entre les gains en efficience que procure le fusionnement et les effets anticoncurrentiels doit se concrétiser par un avantage réel pour l’économie canadienne.

[138] Tervita has admittedly still not started to build or operate a secure landfill operation at the Babkirk site. Consequently, the one-year transportation and market expansion gains in efficiency have not in fact been realized by Tervita, and will now never be realized. As things now stand, these gains in efficiency are irremediably lost for the Canadian economy. They should therefore not be considered in the balancing exercise required under section 96 of the *Competition Act*.

(7) *Did the Tribunal err in its section 96 offset methodology?*

[139] The methodology adopted by the Tribunal for determining whether the gains in efficiency could offset the anti-competitive effects was a subjective balancing exercise comparing the magnitude of the gains in efficiency to the magnitude of the effects. It explained its methodology as follows, at paragraph 309 of its reasons:

The Tribunal considers that the terms “greater than” and “offset” [in section 96 of the *Competition Act*] each contemplate both quantifiable and non-quantifiable (i.e. qualitative) efficiencies. In the Tribunal’s view, “greater than” connotes that the efficiencies must be of a larger magnitude, or more extensive than, the effects referred to in section 96. This contemplates a balancing of commensurables, even if some of the efficiencies being balanced are not capable of accurate or rough quantification. By contrast, the term “offset” is broad enough to connote a balancing of incommensurables (e.g., apples and oranges) that requires the exercise of subjective judgment to determine whether the efficiencies compensate for the likely effects referred to in section 96.

[140] The Tribunal went even further with this subjective balancing methodology by adding that even quantitative effects which had not been in fact quantified—because of shortcomings in the evidence or where the Commissioner had failed to meet her evidentiary burden—could nevertheless be given *qualitative* weight in certain circumstances as a result of the subjective judgment used to determine whether the gains in efficiency offset the anti-competitive effects (reasons, at

[138] Tervita a admis ne pas avoir encore commencé à construire ou à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk. Par conséquent, les gains d’une année de transport et d’une année d’expansion du marché ne se sont pas matérialisés dans le cas de Tervita et ne se concrétiseront jamais. Dans l’état actuel des choses, ces gains en efficacité sont irrémédiablement perdus pour l’économie canadienne. On ne devrait donc pas en tenir compte dans le cadre de l’analyse de la pondération exigée par l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*.

7) *Le Tribunal a-t-il commis une erreur en appliquant sa méthode de neutralisation fondée sur l’article 96?*

[139] La méthode adoptée par le Tribunal pour déterminer si les gains en efficacité pouvaient neutraliser les effets anticoncurrentiels était une démarche de pondération subjective consistant à comparer l’ampleur des gains en efficacité avec l’ampleur des conséquences. Voici comment le Tribunal explique sa méthodologie au paragraphe 309 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le Tribunal estime que les verbes « surpasseront » et « neutraliseront » [à l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*] visent à la fois des gains en efficacité quantifiables et des gains en efficacité non quantifiables (c.-à-d. dans ce dernier cas, des gains en efficacité qualitatifs). Suivant le Tribunal, en employant le mot « surpasseront » le législateur voulait dire que les gains en efficacité doivent être supérieurs aux effets visés à l’article 96, ce qui impliquait une pondération d’éléments comparables, et ce, même si certains des gains en efficacité pondérés ne se prêtent pas à une quantification précise ou même approximative. Par contraste, le terme « neutraliseront » est suffisamment large pour englober la pondération d’éléments non comparables (p. ex., des pommes et des oranges), ce qui suppose l’exercice d’un jugement subjectif pour déterminer si les gains en efficacité compensent les effets probables visés à l’article 96.

[140] Le Tribunal est allé même plus loin avec cette méthode de pondération subjective en ajoutant que même les effets quantitatifs qui n’avaient pas en fait été quantifiés — en raison des lacunes de la preuve ou dans les cas où la commissaire ne s’était pas acquittée de son fardeau de la preuve — pouvaient néanmoins se voir accorder une certaine valeur *qualitative* dans certaines circonstances en recourant à une appréciation subjective pour déterminer si les gains en efficacité compensent

paragraph 287; see also concurring opinion of Crampton C.J., at paragraphs 408 and 409):

Where, as in this case, the pre-existing market situation is characterized by a monopoly and the Tribunal is not provided with sufficient persuasive evidence to enable it to quantify the Effects associated with such market power, it will be open to the Tribunal to give qualitative weight to those Effects.

[141] In exercising its subjective judgment under the framework it developed, the Tribunal gave considerable weight to the qualitative anti-competitive effects of the merger. This allowed the Tribunal to conclude that even if no weighting were given to the quantitative effects, Tervita would still not have met its burden of satisfactorily demonstrating the offset requirement of section 96 of the *Competition Act*. The Tribunal's reasoning in this regard is instructive [reasons, at paragraphs 313 to 317]:

Given the Tribunal's conclusion that the Merger would result in a number of important qualitative or other non-quantifiable effects, and that it would not likely bring about significant qualitative, cognizable, efficiencies, it is also readily apparent that the combined quantitative and qualitative efficiencies are not likely to be "greater than" the combined quantitative and qualitative Effects.

In addition, the Tribunal is persuaded, on a balance of probabilities, that even if a zero weighting is given to the *quantifiable* Effects, as CCS [Tervita] submitted should be done, CCS has not satisfied the "offset" element of section 96. In short, the Tribunal is satisfied that the very minor *quantitative* efficiencies, ([omitted] annually) that are cognizable, together with any qualitative or other non-quantifiable efficiencies that may be cognizable, would not "offset" the significant qualitative Effects that it has found are likely to result from the Merger.

This conclusion would remain the same even if the Tribunal were to accept and give full weight to the Order Implementation Efficiencies, which only amount to a maximum of [omitted] (which represents one year of transportation cost savings) plus [omitted] (which represents one year of annual market expansion efficiencies).

les effets anticoncurrentiels (motifs, au paragraphe 287; voir également l'opinion concordante du juge en chef Crampton, aux paragraphes 408 et 409) :

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, la situation pré-existante du marché se caractérise par un monopole et que le Tribunal ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve convaincants pour lui permettre de quantifier les effets associés à ce pouvoir de marché, il est loisible au Tribunal d'accorder une valeur qualitative aux effets en question.

[141] Pour recourir à son appréciation subjective dans le cadre qu'il a lui-même élaboré, le Tribunal a accordé beaucoup de poids aux effets anticoncurrentiels qualitatifs du fusionnement, ce qui lui a permis de conclure que, même si l'on n'accordait aucune valeur aux effets quantitatifs, Tervita se serait quand même acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer de façon satisfaisante les exigences de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* en ce qui concerne la neutralisation. Le raisonnement suivi par le Tribunal à cet égard est instructif [motifs, aux paragraphes 313 à 317] :

[TRADUCTION] Compte tenu de la conclusion du Tribunal suivant laquelle le fusionnement entraînerait plusieurs effets importants sur le plan qualitatif ainsi que d'autres effets non quantifiables, et compte tenu également du fait que le fusionnement ne permettrait vraisemblablement pas de réaliser des gains en efficacité qualitatifs reconnus importants, il est également évident que les gains quantitatifs et qualitatifs combinés ne « surpasseront » pas les effets quantitatifs et qualitatifs combinés.

De plus, le Tribunal est convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que même si l'on n'accorde aucune valeur aux effets *quantifiables*, comme CCS [Tervita] affirme qu'on devrait le faire, CCS n'a pas satisfait à l'aspect « neutralisation » de l'article 96. En résumé, le Tribunal est convaincu que les gains en efficacité *quantitatifs* très négligeables de [omis] annuellement qui peuvent être reconnus, ajoutés à tout gain en efficacité qualitatif et à tout autre gain non quantifiable qui peuvent être reconnus ne pourraient « surpasser » les effets qualitatifs importants qui résulteraient vraisemblablement du fusionnement.

Le Tribunal en viendrait à la même conclusion même s'il devait accepter et prendre en considération des gains en efficacité découlant de la mise en application d'une ordonnance qui n'équivaldraient au maximum qu'à [omis] (ce qui représente des économies d'une année de frais de transport) ainsi que [omis] (ce qui correspond aux économies d'une année d'expansion du marché).

This is because, in the Tribunal’s view, the qualitative Effects, when taken together merit substantial weight. That weight is greater than the weight attributable to the aggregate of the cognizable quantitative and qualitative efficiencies under any reasonable approach. In brief, those qualitative Effects are (i) reduced site clean-up and the benefits that such remediation would confer upon “area residents, wildlife, and the overall environment”; and, more importantly, (ii) reduced “value propositions” than would likely otherwise emerge in the relevant market, linking prices to various new or enhanced services.

Most importantly, in the absence of the Order, the Merger will maintain a monopolistic structure in the relevant market. In other words, the Merger will not only give rise to the qualitative effects summarized immediately above, but it will also preclude benefits of competition that will arise in ways that will defy prediction. [Italics in original.]

[142] The appellants challenge both the choice of methodology and its application by the Tribunal.

[143] They submit that it was not open to the Tribunal to develop and use a methodology which tipped the scale in favour of anti-competitive effects on the basis of an unreasoned and subjective assessment of qualitative effects. In the appellants’ view, the offset methodology must be *reasonable*; otherwise the scope of application of section 96 of the *Competition Act* would lack predictability and would be arbitrary.

[144] Turning to the application of this methodology by the Tribunal, the appellants further submit that:

(a) the first qualitative effect recognized by the Tribunal, dealing with qualitative environmental benefits, is not cognizable under the present structure of the *Competition Act*;

(b) the second qualitative effect recognized by the Tribunal, reduced “value propositions”, is in fact a quantitative effect which the Commissioner had the burden to quantify, but failed to do so; and

(c) by placing important weight to the monopolistic structure in the concerned market, as it did in

Suivant le Tribunal, cela s’explique par le fait qu’il y a lieu d’accorder beaucoup de valeur aux effets qualitatifs, lorsqu’on les examine globalement. Cette valeur est plus grande que celle attribuée à l’ensemble des gains en efficience quantitatives et qualitatifs reconnus, quelle que soit l’approche raisonnable adoptée. En bref, ces effets qualitatifs sont les suivants : (i) réduction de l’ampleur du nettoyage du site et avantages que cette restauration aurait sur [TRADUCTION] « les résidents du secteur, la faune et l’environnement en général » et, surtout, (ii) réduction des « propositions de valeur » qui se seraient autrement vraisemblablement présentées dans le marché pertinent, ce qui permettrait d’établir un lien entre les prix et les divers services nouveaux ou améliorés.

Mais surtout, si l’ordonnance demandée n’est pas prononcée, le fusionnement aura pour effet de perpétuer une structure monopolistique dans le marché pertinent. En d’autres termes, le fusionnement n’aura pas seulement comme conséquence les effets qualitatifs résumés ci-dessus, mais exclura les avantages susceptibles de découler de la concurrence, par des mécanismes impossibles à prévoir. [Italique dans l’original.]

[142] Les appelants contestent tant le choix de méthodologie que l’application que le Tribunal en a faite.

[143] Les appelants font valoir qu’il n’était pas loisible au Tribunal d’élaborer et d’utiliser une méthodologie qui faisait pencher la balance en faveur des effets anti-concurrentiels en se fondant sur une évaluation non raisonnée et subjective des effets qualitatifs. Suivant les appelants, la méthodologie doit être *raisonnable*, à défaut de quoi l’application de l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* serait imprévisible et arbitraire.

[144] Pour ce qui est de l’application que le Tribunal a faite de sa méthodologie, les appelants font par ailleurs valoir ce qui suit :

a) le premier effet qualitatif reconnu par le Tribunal et portant sur les avantages qualitatifs pour l’environnement n’est pas reconnu selon l’économie actuelle de la *Loi sur la concurrence*;

b) le deuxième effet qualitatif reconnu par le Tribunal, en l’occurrence, les « propositions de valeur », était en fait un effet quantitatif qu’il incombait à la commissaire de quantifier, ce qu’elle n’a pas fait;

c) en accordant autant d’importance à la structure monopolistique dans le marché pertinent, comme il l’a

paragraph 317 of its reasons, reproduced above, the Tribunal erred in law since the creation or maintenance of a monopoly is not, in itself, a distinct anti-competition effect under the *Competition Act*, notably in light of subsection 92(2).

[145] I will review these grounds in turn.

[146] Dealing first with the methodology, I agree with the Tribunal that the offset called for under section 96 of the *Competition Act* 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 resulting or likely to result from the merger. I also agree with the Tribunal that the gains in efficiency must be of a larger magnitude than the effects referred to in section 96. I further agree that the “offset” element of section 96 requires that the overall gains in efficiency compensate for the overall anti-competitive effects, and that in this balancing exercise it is insufficient to simply state that the quantitative gains in efficiency exceed the quantitative effects. I also agree that, in light of the qualitative elements, this balancing exercise cannot be based solely on mathematical quantifications, though such quantifications are very important in order to ensure, whenever possible, that proper weight is attributed to any given efficiency or anti-competitive effect.

[147] However, I part company with the Tribunal when it favours a subjective balancing exercise for determining whether the gains in efficiency offset the anti-competitive effects. I agree with the appellants that the offset analysis must not be based on subjective judgment. The overall offset analysis under section 96 must be as *objective* as is reasonably possible, and where an objective determination cannot be made, it must be *reasonable*.

fait au paragraphe 317 de ses motifs, précité, le Tribunal a commis une erreur de droit, étant donné que la création ou la perpétuation d’un monopole ne constitue pas, en soi, un effet anticoncurrentiel distinct reconnu par la *Loi sur la concurrence*, notamment à la lumière du paragraphe 92(2).

[145] Je vais passer en revue chacun de ces arguments.

[146] Pour ce qui est tout d’abord de la méthodologie, je suis d’accord avec le Tribunal pour dire que la neutralisation exigée par l’article 96 de la *Loi sur la concurrence* oblige le Tribunal à pondérer tant les gains en efficience quantitatifs et les gains en efficience 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 qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. Je suis également d’accord avec le Tribunal pour dire que les gains en efficience doivent être supérieurs aux effets visés à l’article 96. Je suis également d’accord pour dire que l’élément de « neutralisation » prévu à l’article 96 exige que les gains en efficience surpassent dans l’ensemble les effets anticoncurrentiels et que, dans le cadre de cette démarche de pondération, il ne suffit pas de se contenter d’affirmer que les gains en efficience quantitatifs surpassent les effets quantitatifs. Je suis également d’accord pour dire qu’à la lumière des éléments qualitatifs, cette démarche de pondération ne peut être fondée uniquement sur des calculs mathématiques, bien que ces calculs soient très importants pour s’assurer, dans la mesure du possible, que l’on attribue la valeur qui convient à tout gain en efficience ou effet anticoncurrentiel.

[147] Je me dissocie toutefois du Tribunal lorsqu’il favorise une démarche de pondération subjective pour déterminer si les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels. Je suis d’accord avec les appelants pour dire que l’analyse de la neutralisation ne peut reposer sur une appréciation subjective. L’analyse globale de la neutralisation prévue à l’article 96 doit être aussi *objective* que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d’être *raisonnable*.

[148] An objective offset analysis means that the quantification of both gains in efficiency and anti-competitive effects must be carried out whenever it is reasonably possible to do so. When precise quantification is not reasonably possible for a given element, a rough estimate is to be preferred to a subjective judgment call. When neither a precise quantification nor a rough estimate is reasonably possible for a given element, then of course there will be a certain degree of discretion in attributing weight to any remaining qualitative gain in efficiency or effect, but this discretion must be curtailed and limited by the principles of reasonableness. In other words, any weight given to the remaining unquantifiable qualitative effects must be reasonable, i.e., it must be supported by the evidence, and the reasoning behind the Tribunal's weighting must be clearly articulated or otherwise discernible.

[149] This approach flows from the prior jurisprudence. My colleague Nadon J., as he then was, writing as a judicial member of the Tribunal in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417 (*Superior Propane* No. 3), at paragraph 233, opined that the degree of subjective judgment in the section 96 offset analysis should be reduced to the minimum possible. For that purpose, he found that the anti-competitive effects that are measurable should be estimated, and that the failure to do so would not lead the Tribunal to view them qualitatively.

[150] This approach was approved on appeal by Rothstein J.A., as he then was, writing for our Court in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529 (*Superior Propane* No. 4), at paragraphs 34 to 38. The issue there concerned the recognition of wealth transfers as effects of a merger, and their inclusion in the overall section 96 offset analysis. Rothstein J.A. notably stated the following, at paragraph 38 of *Superior Propane* No. 4:

[148] Pour s'assurer que l'analyse de la neutralisation soit objective, il faut, chaque fois qu'il est raisonnablement possible de le faire, quantifier tant les gains en efficience que les effets anticoncurrentiels. Lorsqu'il n'est pas raisonnablement possible de quantifier avec précision un élément donné, il y a lieu de préférer un chiffre approximatif à une appréciation subjective. Lorsqu'on ne peut raisonnablement quantifier avec précision un élément donné ou proposer un chiffre approximatif, il faut évidemment exercer son propre pouvoir d'appréciation et attribuer une valeur aux gains en efficience ou aux effets qualitatifs restants, mais ce pouvoir d'appréciation doit être restreint et circonscrit par les principes du caractère raisonnable. En d'autres termes, la valeur accordée aux effets qualitatifs non quantifiables restants doit être raisonnable, c'est-à-dire reposer sur la preuve, et le raisonnement sur lequel le Tribunal s'est fondé pour procéder à sa pondération doit être clairement articulé ou être autrement discernable.

[149] Cette manière d'envisager la question découle de la jurisprudence. Mon collègue, le juge Nadon, qui était alors juge à la Cour fédérale et écrivait en tant que juge membre du Tribunal de la concurrence dans la décision *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (*Supérieur Propane* n° 3), au paragraphe 233, s'est dit d'avis qu'on devait recourir le moins possible au type d'appréciation subjective permise dans le cadre de l'analyse de la neutralisation prévue à l'article 96. À cette fin, le juge Nadon a conclu que les effets anticoncurrentiels qui étaient mesurables devaient être estimés, et que leur non-estimation ne conduirait pas le Tribunal à les considérer comme qualitatifs.

[150] Le juge Rothstein, qui était alors juge à la Cour d'appel fédérale et qui s'exprimait au nom de notre Cour, a approuvé cette méthode dans l'arrêt *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529 (*Supérieur Propane* n° 4), aux paragraphes 34 à 38. Dans cette affaire, le débat tournait autour de la reconnaissance des transferts de richesse dans l'analyse des effets d'un fusionnement et de leur inclusion dans l'analyse globale de la neutralisation prévue à l'article 96. Le juge Rothstein a notamment déclaré ce qui suit, au paragraphe 38 de l'arrêt *Supérieur Propane* n° 4 :

Including the wealth transfer in the effects analysis necessarily involves a significant degree of subjective judgment. The Tribunal's goal appears to have been to minimize the degree of subjective judgment required in the effects assessment process under subsection 96(1). The Tribunal's insistence on quantification, where possible, is to enable it to make the most objective judgment that can be made in the circumstances. In my view, that is not unreasonable.

[151] The Tribunal has not clearly articulated in its reasons why the approach minimizing subjective judgment and favouring, where possible, an objective offset analysis—as prescribed in *Superior Propane* No. 3 and approved by our Court in *Superior Propane* No. 4—should now be discarded in favour of a methodology which favours the exercise of subjective judgment.

[152] In the absence of a cogent explanation demonstrating why subjective judgment should be favoured, I prefer to follow the prior jurisprudence calling for an offset methodology that is based, insofar as feasible, on objective determinations. 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.

[153] I now turn to the application by the Tribunal of its offset methodology.

[154] The Tribunal considered reduced site clean-up and the resulting environmental benefits as qualitative effects of the merger.

L'inclusion du transfert de richesse dans l'analyse des effets suppose nécessairement un degré significatif de jugement subjectif. Le Tribunal semble avoir visé à minimiser le degré de jugement subjectif nécessaire dans le processus d'appréciation des effets dans le cadre du paragraphe 96(1). L'insistance du Tribunal sur l'estimation quantitative dans les cas où elle est possible vise à lui permettre de porter le jugement le plus objectif possible dans les circonstances. À mon avis, ce n'est pas déraisonnable.

[151] Le Tribunal n'a pas clairement expliqué dans ses motifs la raison pour laquelle il fallait désormais écarter la méthode qui consistait à minimiser l'appréciation subjective et à favoriser dans la mesure du possible une analyse de la neutralisation objective, comme le prescrit l'arrêt *Supérieur Propane* n° 3 et comme l'a confirmé notre Cour dans l'arrêt *Supérieur Propane* n° 4 — pour favoriser désormais une méthode préconisant une appréciation subjective.

[152] À défaut d'une explication convaincante démontrant la raison pour laquelle il convient de favoriser une démarche fondée sur une appréciation subjective, je préfère m'en tenir à la jurisprudence antérieure nous invitant à suivre une méthode de neutralisation fondée, dans la mesure du possible, sur une appréciation objective. 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.

[153] Je passe maintenant à l'application que le Tribunal a faite de sa méthodologie en ce qui concerne la neutralisation.

[154] Le Tribunal a considéré le nettoyage du site et les avantages en découlant pour l'environnement comme des effets qualitatifs du fusionnement.

[155] I question 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*. The purposes of the *Competition Act* are set out in its section 1.1, which refers solely to economic considerations: promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy; expanding opportunities for Canadian participation in world markets; ensuring that small and medium-size enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy; and providing consumers with competitive prices and product choices. Environmental concerns having no economic impact are not listed, nor are they otherwise considered under the *Competition Act*.

[156] Some may well find it desirable to include environmental values within a merger review. Nevertheless the introduction of such values into the *Competition Act* is a policy matter which properly belongs to Parliament to decide. I add that the Tribunal, in its present form, is not particularly well suited to decide environmental issues since its members (or at least its lay members) are chosen on the advice of persons who are knowledgeable in economics, industry, commerce and public affairs, but not necessarily in the environment: *Competition Tribunal Act*, subsection 3(3).

[157] However, the Tribunal did more than take into account non-economic environmental effects. The reduced site clean-up it referred to as a qualitative effect of the merger is the result of market expansion which is lost as a result of the merger. The Tribunal accepted that the 10 percent drop in tipping fees which would be brought about by competition between the Babkirk site and the Silverberry secure landfill would result in the disposal of approximately [omitted] additional tonnes of hazardous waste: reasons, at paragraph 298. The Tribunal had already treated this effect as part of the deficient “deadweight loss” analysis (reasons, at paragraphs 299 to 301). It then considered it again as a qualitative effect, when it should have instead

[155] Je me demande 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. Les objets de la *Loi sur la concurrence* sont énoncés à l’article 1.1 de cette loi, qui ne parle que de considérations d’ordre économique, à savoir : stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne, améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux, assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne et assurer au consommateur des prix compétitifs et un choix dans les produits. Les préoccupations environnementales qui n’ont pas de répercussions économiques ne font pas partie de cette liste et elles ne sont pas par ailleurs prises en compte dans la *Loi sur la concurrence*.

[156] Certains pourraient juger souhaitable d’incorporer les valeurs environnementales lors de l’examen des fusionnements. Quoiqu’il en soit, l’incorporation de ces valeurs dans la *Loi sur la concurrence* est une question de principe qui relève entièrement du législateur. Je tiens à ajouter que, dans sa forme actuelle, le Tribunal n’est pas particulièrement bien adapté pour trancher des questions environnementales puisque ses membres — du moins ceux qui ne sont pas juristes — sont des personnes versées dans les affaires publiques, économiques, commerciales ou industrielles, mais pas nécessairement dans les questions environnementales (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, paragraphe 3(3)).

[157] Le Tribunal ne s’est toutefois pas contenté de tenir compte des effets environnementaux non économiques. L’assainissement réduit de sites, que le Tribunal a qualifié d’effet qualitatif du fusionnement, résulte de la perte de l’expansion du marché par suite du fusionnement. Le Tribunal a accepté qu’une réduction de 10 p. 100 des redevances de déversement qui résulteraient de la concurrence entre le site Babkirk et le site d’enfouissement sanitaire de Silverberry se traduirait par l’élimination d’environ [supprimé] de tonnes supplémentaires de déchets dangereux (motifs, au paragraphe 298). Le Tribunal avait déjà examiné cette répercussion dans le cadre de son analyse déficiente de la « perte sèche » (motifs, aux paragraphes 299 à 301).

considered it only once as a quantitative anti-competitive effect that had not been appropriately quantified by the Commissioner.

[158] My comments above concerning the reduced site clean-up also apply to the reduced “value propositions” considered by the Tribunal as a second qualitative effect. “Value propositions” are offers Tervita would have made in a competitive environment to certain customers that would have amounted to either existing services being provided at lower prices, or new or enhanced services being provided, thus leading to a lower total cost for overall waste services used by such customers. These “value propositions” could have been quantified by the Commissioner, but were not in fact quantified, even roughly. At the very least, the Commissioner should have submitted evidence as to why she did not quantify this effect. The Tribunal nevertheless decided to consider these as qualitative effects. Again, this approach runs contrary to *Superior Propane* No. 3 and *Superior Propane* No. 4. A quantitative effect which has not in fact been quantified should not be considered as a qualitative effect since that may lead the Tribunal into a subjective overstatement of the weight the effect should be accorded in the offset balancing exercise required under section 96.

[159] This now brings me to the final issue raised by the appellants in this appeal: whether the Tribunal erred in law by considering Tervita’s monopoly as a distinct anti-competitive effect under the *Competition Act* by finding that “[m]ost importantly...the Merger will not only give rise to the qualitative effects summarized immediately above, but it will also preclude benefits of competition that will arise in ways that defy prediction”: reasons, at paragraph 317.

[160] Our Court has found that considering a monopoly as a distinct anti-competitive effect could result in double counting the anti-competitive effects

Il l’a reprise dans son analyse des effets qualitatifs, alors qu’il aurait plutôt dû en tenir compte une seule fois en tant qu’effet anticoncurrentiel quantitatif qui n’avait pas été quantifié de façon appropriée par la commissaire.

[158] Les observations que j’ai formulées au sujet de l’assainissement réduite de sites s’appliquent également aux « propositions de valeur » que le Tribunal a également considérées comme un effet qualitatif. Les « propositions de valeur » sont des offres que Tervita aurait faites dans un milieu compétitif à certains consommateurs, qui auraient permis d’offrir soit des services existants à des prix moins élevés, soit de nouveaux ou de meilleurs services, ce qui entraînerait une baisse du prix total des services de gestion des déchets utilisés par ces clients. Ces « propositions de valeur » auraient pu être quantifiées par la commissaire, mais ne l’ont pas été, même approximativement. La commissaire aurait pu à tout le moins présenter des éléments de preuve expliquant pourquoi elle n’avait pas quantifié cet effet. Le Tribunal a néanmoins décidé de tenir compte de ces éléments à titre d’effets qualitatifs. Là encore, cette façon de procéder va à l’encontre des décisions *Supérieur Propane* n° 3 et *Supérieur Propane* n° 4. Un effet quantitatif qui n’a pas été en réalité quantifié ne devrait pas être considéré comme un effet qualitatif, étant donné qu’il peut conduire le Tribunal à accorder subjectivement une valeur excessive à un effet dont il y a lieu de tenir compte dans l’analyse exigée par l’article 96.

[159] Ce qui m’amène à la dernière question soulevée par les appelants dans le présent appel, à savoir si le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant le monopole de Tervita comme un effet anticoncurrentiel distinct au sens de la *Loi sur la concurrence* et en estimant que [TRADUCTION] « surtout, [...] le fusionnement n’aura pas seulement comme conséquence les effets qualitatifs résumés ci-dessus, mais exclura les avantages susceptibles de découler de la concurrence, par des mécanismes impossibles à prévoir » (motifs, au paragraphe 317).

[160] Notre Cour a jugé que le fait de considérer un monopole comme un effet anticoncurrentiel distinct risquait de faire compter en double les effets

resulting from the merger. As noted by Rothstein J.A. in *Superior Propane* No. 4, at paragraphs 50 and 51:

In its redetermination decision, the Tribunal [in *Superior Propane* No. 3] noted that in its substantial lessening or prevention of competition approach, it had already taken into account a number of effects of the merger “i.e., deadweight loss, interdependent pricing, service quality etc.”. To consider these effects again, as arising from the monopoly condition, would be to double-count them. The Tribunal, therefore, concluded that for the additional effects of a monopoly to be taken into account, the Commissioner was required to provide evidence of effects that had not already been considered. However, the Tribunal found that the Commissioner had presented no evidence of such additional effects.

The question is one of evidence. If the condition of monopoly resulted in additional effects that had not already been taken into account by the Tribunal, there had to be evidence of those effects. In the absence of the Commissioner providing evidence of additional effects resulting from monopoly that had not already been introduced, I cannot say that the Tribunal erred in finding that a monopoly condition did not give rise to additional anti-competitive effects.

[161] Insofar as the Tribunal is 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, it has not followed the above quoted principles set out in *Superior Propane* No. 3 and *Superior Propane* No. 4.

The offset analysis

[162] The determination of whether the gains in efficiency resulting from the merger offset the anti-competitive effects is largely a fact-finding exercise to which appellate courts should generally show deference, unless the determination was based on an error of law or constituted a palpable or overriding error.

[163] In this case, the Tribunal erred in law in its section 96 analysis, notably by accepting a defective “deadweight” loss calculation, by using an overly subjective offset methodology, by treating as qualitative effects

anticoncurrentiels découlant d’un fusionnement. Ainsi que le juge Rothstein l’a fait observer dans l’arrêt *Supérieur Propane* n° 4, aux paragraphes 50 et 51 :

Dans sa décision à la suite du réexamen, le Tribunal a noté [dans l’arrêt *Supérieur Propane* n° 3] que, dans son analyse de l’empêchement ou de la diminution sensible de la concurrence, il avait déjà pris en compte un certain nombre des effets du fusionnement, « c’est-à-dire la perte sèche, la fixation interdépendante de prix, la qualité du service, etc. ». Prendre en considération ces effets une autre fois comme découlant de la situation de monopole équivaldrait à les compter en double. Le Tribunal a donc conclu que, pour que des effets additionnels du monopole soient pris en compte, le commissaire devait fournir la preuve d’effets qui n’avaient pas encore été pris en considération. Toutefois, le Tribunal a conclu que le commissaire n’avait pas présenté de preuve de tels effets additionnels.

Il s’agit d’une question de preuve. Si la situation de monopole entraîne des effets additionnels que le Tribunal n’avait pas déjà pris en compte, il fallait une preuve de ces effets. Le commissaire n’ayant pas fourni de preuve d’effets additionnels résultant du monopole qui n’avaient pas déjà été présentés, je ne puis dire que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’une situation de monopole n’entraîne pas d’effets anticoncurrentiels additionnels.

[161] Dans la mesure où le Tribunal 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, force est de conclure que le Tribunal n’a pas suivi les principes précités mentionnés dans les décisions *Supérieur Propane* n° 3 et *Supérieur Propane* n° 4.

L’analyse de la neutralisation

[162] La question de savoir si les gains en efficacité entraînés par le fusionnement surpassent les effets anticoncurrentiels est dans une large mesure un exercice d’appréciation des faits à l’égard duquel les juridictions d’appel devraient en principe faire preuve de déférence à moins que la décision ne repose sur une erreur de droit ou ne constitue une erreur déterminante ou dominante.

[163] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal a commis une erreur de droit dans son analyse de l’article 96, notamment en acceptant un calcul de la perte « sèche » fautif, en recourant à une méthodologie trop

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*.

[164] In light of these errors, it is now necessary to consider whether the matter should be remitted to the Tribunal for a new determination in accordance with these reasons, or whether this Court should make a fresh assessment.

[165] In *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at paragraph 33, the Supreme Court of Canada found:

It is well established that appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record where they deem such an assessment to be in the interests of justice and feasible on a practical level....

The Supreme Court of Canada recently reiterated this approach in *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at paragraph 103.

[166] There is here a complete record on which to carry out a new determination of the offset. In order to avoid further prolonging the proceedings between these parties, I believe that the interests of justice would be best served if this Court finally decided the matter.

[167] In this case, the quantitative anti-competitive effects of the merger which have not been quantified by the Commissioner include the loss of market expansion resulting from competition and the “value propositions”. The fact that these effects have not been quantified does not mean that they do not exist or that zero value should be assigned to them. Rather, the lack of quantification simply means that the weight to be afforded to these effects is undetermined. A proper interpretation of section 96 of the *Competition Act* requires that the party bearing the burden of the offset analysis (in this case the appellants) must still demonstrate on a balance of probabilities that the gains in efficiency offset the anti-competitive effects.

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*.

[164] Compte tenu de ces erreurs, il est maintenant nécessaire de nous demander si la question devrait être déférée au Tribunal pour qu’il rende une nouvelle décision en conformité avec les présents motifs ou si notre Cour devrait procéder à une nouvelle appréciation.

[165] Dans l’arrêt *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, au paragraphe 33, la Cour suprême du Canada a conclu :

Il est bien établi que les juridictions d’appel ont compétence pour apprécier à nouveau la preuve au dossier lorsqu’elles estiment qu’une telle appréciation est dans l’intérêt de la justice et qu’elle ne soulève pas d’obstacle en pratique [...]

La Cour suprême du Canada a récemment confirmé cette démarche dans l’arrêt *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, au paragraphe 103.

[166] Nous disposons en l’espèce d’un dossier complet qui nous permet de procéder à une nouvelle analyse de la neutralisation. Pour éviter de prolonger encore les procédures opposant les parties, j’estime qu’il est dans l’intérêt de la justice que notre Cour tranche le débat une fois pour toutes.

[167] Dans le cas qui nous occupe, les effets anticoncurrentiels quantitatifs du fusionnement qui n’ont pas été quantifiés par la commissaire comprennent la perte de l’expansion du marché résultant de la concurrence et les « propositions de valeur ». Ce n’est pas parce que ces effets n’ont pas été quantifiés qu’ils n’existent pas ou qu’on ne devrait leur accorder aucune valeur. L’absence de quantification signifie tout simplement que la valeur accordée à ces effets n’a pas encore été déterminée. Pour bien interpréter l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*, il faut que celui qui a la charge de la preuve dans l’analyse de la neutralisation — dans le cas qui nous occupe, les appelants — démontre, selon la prépondérance des probabilités, que les gains en efficacité neutralisent les effets anticoncurrentiels.

[168] In cases where the gains in efficiency resulting from the merger are significant, under an *objective* and *reasonable* offset methodology, it would not be open for the Tribunal to assign weight to the quantitative but non-quantified effects in such a manner as to offset the gains in efficiency. Nor could the Tribunal treat these quantitative but non-quantified effects as qualitative effects in order to assign subjective weight to them.

[169] However, in this case the gains in efficiency resulting from the merger are marginal to the point of being negligible. The only gains in efficiency resulting from the merger are very small overhead gains, which in any event may well be achieved by a third-party secure landfill operator who would acquire the Babkirk site following the divestiture order. Consequently, the merger provides negligible gains in efficiency while ensuring the continuation and strengthening of Tervita's market monopoly in the geographic area at issue.

[170] In my view, it cannot be concluded that an anti-competitive merger may be approved under section 96 of the *Competition Act* if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger. This approach is supported by the jurisprudence and by the very terms of subsection 96(1) of the *Competition Act*, which require that the gains in efficiency be both "greater than" and "offset" the anti-competitive effects.

[171] I refer in particular to *Superior Propane* No. 3, at paragraphs 171 and 172, where my colleague Nadon J., as he then was, found that the efficiency defence is not available if the gains in efficiency simply marginally exceed the anti-competitive effects:

While the Tribunal agrees that in such cases, relatively small gains in efficiency will be needed to exceed the typically small deadweight loss, the Act requires more under section 96.

Indeed ... subsection 96(1) makes it quite clear that the efficiency defence is not available if efficiency gains merely exceed the effects of lessening or prevention of competition. To be available, those gains must also offset the effects, and it cannot be concluded that the Tribunal would find that

[168] Dans les cas où les gains en efficacité découlant du fusionnement sont importants selon une méthodologie *objective* et *raisonnable*, il ne serait pas loisible au Tribunal d'accorder aux effets quantitatifs, mais non quantifiés, une valeur qui neutraliserait les gains en efficacité. Le Tribunal ne pourrait pas non plus traiter ces effets quantitatifs, mais non quantifiés, d'effets qualitatifs pour leur attribuer une valeur subjective.

[169] Toutefois, en l'espèce, les gains en efficacité découlant du fusionnement sont minimes au point d'être négligeables. Les seuls gains en efficacité résultant du fusionnement sont de très faibles économies en frais généraux, économies que pourrait de toute façon fort bien réaliser tout exploitant tiers d'un site d'enfouissement sécuritaire qui acquerrait le site Babkirk par suite de l'ordonnance de dessaisissement. Par conséquent, le dessaisissement ne permet de réaliser que des gains en efficacité négligeables tout en permettant à Tervita de conserver et même de renforcer sa situation de monopole dans le secteur géographique en question.

[170] À mon avis, on ne peut conclure qu'un fusionnement anticoncurrentiel peut être approuvé en vertu de l'article 96 de la *Loi sur la concurrence* si ce fusionnement ne peut procurer que des gains en efficacité négligeables ou insignifiants. Ce raisonnement est confirmé par la jurisprudence, ainsi que par le libellé même du paragraphe 96(1) de la *Loi sur la concurrence*, qui exige que les gains en efficacité « surpassent » et « neutralisent » les effets anticoncurrentiels.

[171] Je songe en particulier à la décision *Supérieur Propane* n° 3, dans laquelle mon collègue le juge Nadon a conclu, aux paragraphes 171 et 172, que les gains en efficacité ne pouvaient être invoqués en défense que s'ils ne dépassaient que de peu les effets neutralisants des effets anticoncurrentiels :

Le Tribunal est d'accord pour dire que dans de tels cas, il suffira de gains en efficacité relativement peu élevés pour l'emporter sur la perte sèche, généralement faible, mais le paragraphe 96 de la Loi exige plus que cela.

En effet, [...] il ressort à l'évidence du paragraphe 96(1) que la défense fondée sur les gains en efficacité n'est pas applicable au cas où les gains en efficacité ne font que dépasser les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence. Pour qu'elle soit applicable, ces gains doivent

efficiency gains (whether large or small) that marginally exceeded the effects (whether large or small) would also offset those effects. In particular, it cannot be concluded that an anti-competitive merger would be approved under section 96 if the only savings were the salaries of two senior executives.

[172] The gains in efficiency here are of lesser magnitude than even those contemplated in the above quote from *Superior Propane* No. 3. The overall gains in efficiency resulting from the merger amount to approximately [omitted] per year, and thus do not even represent the yearly remuneration of a half-time junior employee.

[173] Moreover, a pre-existing monopoly, such as is the case here, will usually magnify the anti-competitive effects of a merger: *Superior Propane* No. 3, at paragraphs 165 and 169; *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, above, at pages 155 to 161.

[174] Though the anti-competitive effects of the merger in this case have not been quantified, they nevertheless exist. Under an *objective* and *reasonable* offset determination, marginal and insignificant gains in efficiency cannot offset known anti-competitive effects even where the weight to be afforded to such effects is undetermined. This is not treating the quantitative anti-competitive effects as qualitative effects in order to give them some subjective weight. Rather, this is an *objective* and *reasonable* offset determination in which the anti-competitive effects and the gains in efficiency are recognized for what they are.

CONCLUSIONS

[175] For the reasons set out above, I would dismiss both appeals. I would award costs to the Commissioner, but there should only be one set of costs for both appeals.

[176] Considering the confidentiality order issued by our Court in this case, these reasons shall be provided to counsel prior to being released to the public. The parties

aussi neutraliser les effets, et l'on ne saurait affirmer que le Tribunal conclurait que des gains en efficience (élevés ou non) qui dépasseraient de peu les effets (importants ou non) neutraliseraient aussi ces effets. On ne peut en particulier soutenir qu'un fusionnement anticoncurrentiel serait approuvé en vertu de l'article 96 dans le cas où les seules économies qu'il produirait seraient les traitements de deux cadres supérieurs.

[172] Les gains en efficience sont, en l'espèce, encore moins importants que ceux envisagés dans le passage précité de la décision *Supérieur Propane* n° 3. Les gains en efficience globaux résultant du fusionnement équivalent à environ [supprimé] par année et ne représentent même pas la rémunération annuelle d'un employé subalterne à temps partiel.

[173] Qui plus est, un monopole préexistant comme celui dont il s'agit en l'espèce aura habituellement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement (*Supérieur Propane* n° 3, aux paragraphes 165 et 169; *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, précité, aux pages 155 à 161).

[174] Bien qu'en l'espèce les effets anticoncurrentiels du fusionnement n'aient pas été quantifiés, ils existent quand même. Suivant une analyse de la neutralisation *objective* et *raisonnable*, 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. En agissant ainsi, on ne qualifie pas les effets anticoncurrentiels quantitatifs d'effets qualitatifs pour leur donner une valeur subjective quelconque; on procède plutôt à une analyse de la neutralisation *objective* et *raisonnable* en attribuant leur véritable valeur aux effets anticoncurrentiels et aux gains en efficience.

CONCLUSIONS

[175] Pour les motifs qui ont été exposés, je rejeterais les deux appels et j'adjugerais les dépens à la commissaire. Il ne devrait toutefois y avoir qu'un seul mémoire de dépens pour les deux appels.

[176] Compte tenu de l'ordonnance de confidentialité prononcée par notre Cour dans la présente affaire, les présents motifs seront d'abord communiqués aux

shall each have seven days from the date of these reasons to indicate in writing to the Court which portions, if any, should not be publicly disclosed. As the case may be, the parties shall also each submit in the same time frame representations justifying why this Court should restrict public disclosure of portions of the reasons notwithstanding the open court principle. The Court will thereafter determine which portions of these reasons, if any, should be kept confidential.

Evans J.A.: I agree.

Stratas J.A.: I agree.

SCHEDULE

Relevant extracts of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34

Purpose of
Act

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.

...

Definition
of "merger"

91. 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.

avocats avant d'être publiés. Les parties auront chacune sept jours à compter de la date des présents motifs pour indiquer par écrit à la Cour quelles parties, le cas échéant, ne devraient pas être divulguées au public. Les parties communiqueront également, le cas échéant, dans le même délai leurs observations pour expliquer les raisons pour lesquelles notre Cour devrait limiter la divulgation des présents motifs au public malgré le principe de la publicité des débats. La Cour déterminera par la suite quelles parties des présents motifs, le cas échéant, devraient être gardées confidentielles.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.

ANNEXE A

Extraits pertinents de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34

Objet

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.

[...]

Définition de
« fusionnement »

91. 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.

Order

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

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 :

Ordonnance en cas de diminution de la concurrence

(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.

(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.

Evidence

(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.

(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.

Preuve

Factors to be considered regarding prevention or lessening of competition

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

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,

Éléments à considérer

	<p>(iii) regulatory control over entry,</p> <p>and any effect of the merger or proposed merger on such barriers;</p> <p>(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;</p> <p>(f) any likelihood that the merger or proposed merger will or would result in the removal of a vigorous and effective competitor;</p> <p>(g) the nature and extent of change and innovation in a relevant market; and</p> <p>(h) any other factor that is relevant to competition in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger.</p> <p>...</p>	<p>(iii) la réglementation de cet accès,</p> <p>et tous les effets du fusionnement, réalisé ou proposé, sur ces entraves;</p> <p>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;</p> <p>f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;</p> <p>g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;</p> <p>h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé.</p> <p>[...]</p>	
Exception where gains in efficiency	<p>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.</p>	<p>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.</p>	Exception dans les cas de gains en efficacité
Factors to be considered	<p>(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</p> <p>(a) a significant increase in the real value of exports; or</p> <p>(b) a significant substitution of domestic products for imported products.</p>	<p>(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 :</p> <p>a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;</p> <p>b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.</p>	Facteurs pris en considération
Restriction	<p>(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.</p>	<p>(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.</p>	Restriction