

A-185-21  
2022 FCA 25

A-185-21  
2022 CAF 25

**Commissioner of Competition** (*Appellant*)

**Commissaire de la concurrence** (*appellant*)

v.

c.

**Secure Energy Services Inc. and Tervita Corporation**  
(*Respondents*)

**Secure Energy Services Inc. et Tervita Corporation**  
(*intimées*)

**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)  
v. SECURE ENERGY SERVICES INC.**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)  
c. SECURE ENERGY SERVICES INC.**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Locke and LeBlanc JJ.A.—By videoconference, January 19; Ottawa, February 9, 2022.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Locke et LeBlanc, J.C.A.—Par vidéoconférence, 19 janvier; Ottawa, 9 février 2022.

*Competition — Appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under Competition Act, s. 104 — Application under s. 104 (Section 104 Application) was application for interim relief pending hearing of application under Act, s. 92 (Section 92 Application) — Section 92 Application that prompted Section 104 Application, then Application in Issue sought to enjoin proposed transaction through which respondents would merge (Proposed Transaction) — Section 104 Application sought interim order prohibiting proposed merger until Section 92 Application could be heard, decided — Application in Issue sought “interim interim relief” to prevent merger pending hearing of Section 104 Application — Tribunal finding it lacked jurisdiction to grant appellant’s requested relief — In present appeal, appellant seeking reversal of Tribunal’s finding that it lacked jurisdiction ever to grant interim interim relief — Given closing of Proposed Transaction, absence of live controversy on Application in Issue, present appeal moot — Discretion exercised to hear, decide appeal despite mootness — Main issue was whether Tribunal having jurisdiction to grant requested relief — Appellant arguing that Act, s. 104 providing jurisdiction necessary to grant requested relief or that such jurisdiction existing by necessary implication — Text, context, purpose of s. 104 examined — Act, s. 104(1) indicating it applies when application pursuant to s. 92 has been filed, which was case in present appeal — Since s. 104(1) applying in present situation, text not to be read more narrowly than plain textual reading suggested — Reference in s. 104(1) to “any interim order” encompassing both “interlocutory”, “interim” relief as terms used in superior courts — Also, Parliament provided detailed, specific tools to appellant, related powers to Tribunal, to intervene in transactions of concern under Act — Concerning purpose of s. 104, intent of merger review scheme to ensure*

*Concurrence — Appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appellant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la Loi sur la concurrence — La demande en vertu de l’article 104 de la Loi (demande au titre de l’article 104) était une demande de mesure provisoire dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 92 de la Loi (demande au titre de l’article 92) — La demande au titre de l’article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l’article 104 de la Loi, puis la demande en cause, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée) — La demande au titre de l’article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu’à ce que la demande au titre de l’article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée — La demande en cause visait à obtenir une « mesure provisoire provisoire » afin d’empêcher le fusionnement en attendant l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi — Le Tribunal a conclu qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure demandée par l’appellant — Dans le présent appel, l’appellant demandait l’annulation de la conclusion du Tribunal selon laquelle il n’a jamais eu compétence pour accorder une mesure provisoire provisoire — Compte tenu de la clôture de la transaction proposée, de l’absence de contentieux actuel au sujet de la demande en cause, le présent appel était théorique — Le pouvoir discrétionnaire a été exercé pour entendre et trancher l’appel malgré son caractère théorique — La principale question à trancher était de savoir si le Tribunal avait compétence pour accorder la mesure demandée — L’appellant a soutenu que l’article 104 de la Loi conférerait la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée ou que cette compétence existait par déduction nécessaire — Le texte, le contexte, et l’objet de l’article 104 ont été examinés — Le*

*that proposed mergers could be reviewed, challenged before they close — Nothing in goal of encouraging completion of merger review before closing suggesting narrow interpretation of term “any interim order” — Therefore, Act, s. 104 providing that Tribunal having jurisdiction, in proper circumstances, to grant both interlocutory relief pending decision on application under s. 92, interim relief pending decision on whether to grant interlocutory relief — Accordingly, Tribunal erring in concluding that it lacked jurisdiction necessary to grant relief requested in Application in Issue — Appeal allowed.*

*Practice — Mootness — Whether appeal should be heard despite its mootness — Question arising in context of appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under Competition Act, s. 104 seeking interim order prohibiting proposed merger — Given closing of proposed transaction (i.e. merger), absence of live controversy on Application in Issue, present appeal moot — Courts having discretion to hear appeal despite its mootness — In deciding whether to exercise such discretion, court should consider factors discussed by Supreme Court of Canada in Borowski v. Canada (Attorney General) — Factors are (i) whether adversarial context remains; (ii) concern for judicial economy; (iii) respect for proper law-making function of Court — Question in issue in present appeal likely to recur — All three factors listed in Borowski favouring hearing appeal — Therefore, discretion exercised to hear, decide present appeal.*

*paragraphe 104(1) de la Loi indique qu’il s’applique lorsque la demande en vertu de l’article 92 a été déposée, ce qui était le cas en l’espèce — Puisque le paragraphe 104(1) s’appliquait en l’espèce, le texte ne devait pas être interprété de façon plus restrictive que le suggérait l’interprétation simple du texte — Le renvoi au paragraphe 104(1) à « toute ordonnance provisoire » englobe à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire » comme termes utilisés dans les cours supérieures — De plus, le législateur a fourni à l’appelant des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal les pouvoirs connexes d’intervenir dans des transactions préoccupantes aux termes de la Loi — Concernant l’objet de l’article 104, l’intention du régime d’examen des fusionnements est de s’assurer que les fusionnements proposés puissent faire l’objet d’un examen et être contestés, au besoin, avant leur clôture — Rien à propos de l’objectif d’encourager l’achèvement de l’examen d’un fusionnement avant la clôture de celui-ci ne laissait entendre une interprétation restrictive de « toute ordonnance provisoire » — Par conséquent, l’article 104 de la Loi prévoit que le Tribunal ayant compétence, dans les circonstances appropriées, accorde à la fois un redressement interlocutoire en attendant qu’une décision concernant la demande au titre de l’article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire en attendant qu’une décision sur la question d’accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue — Par conséquent, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’il n’avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en cause — Appel accueilli.*

*Pratique — Caractère théorique — Il s’agissait de savoir si l’appel devait être entendu malgré son caractère théorique — La question a été soulevée dans le contexte de l’appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appelant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la Loi sur la concurrence, demandant une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé — Compte tenu de la clôture de la transaction proposée, de l’absence de contentieux actuel au sujet de la demande en cause, le présent appel était théorique — Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d’entendre un appel malgré son caractère théorique — Pour décider s’ils doivent exercer ce pouvoir discrétionnaire, les tribunaux devraient tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt Borowski c. Canada (Procureur général) — Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l’économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l’élaboration du droit — La question en litige dans le présent appel était susceptible de se répéter — Les trois facteurs énumérés dans l’arrêt Borowski militaient en faveur de l’admission du présent appel — Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire d’entendre et de trancher le présent appel a donc été exercé.*

*Practice — Appeals and New Trials — Whether appellant raised new issue on appeal — Question arising in context of appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant's request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under Competition Act, s. 104 — Appeal raising no new issue that should not be considered — While appellant's argument before Tribunal not directed explicitly to interpretation of s. 104, Tribunal clearly considered that section when it concluded that it lacked jurisdiction to grant requested relief — Appellant entitled to appeal its consideration on this point — Thus, appellant made new argument on existing issue but not raising new issue.*

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing the appellant's request for short-term relief (Application in Issue) pending the hearing of an application under section 104 of the *Competition Act*. The application under section 104 (Section 104 Application) was an application for interim relief pending the hearing of an application under section 92 of the Act (Section 92 Application). The Section 92 Application that prompted the Section 104 Application and then the Application in Issue sought to enjoin a proposed transaction through which the respondents would merge (the Proposed Transaction). The Section 104 Application sought an interim order prohibiting the proposed merger until the Section 92 Application could be heard and decided. Citing the imminent date of the proposed merger, the Application in Issue sought "interim interim relief" to prevent the merger pending the hearing of the Section 104 Application.

In March, 2021, the respondents submitted to the appellant a pre-merger notification pursuant to subsection 114(1) of the Act. A month later, the appellant issued a Supplementary Information Request (SIR) pursuant to subsection 114(2) to which the respondents responded. In June 2021, the respondents undertook to provide 72 hours' notice of their intention to close the proposed transaction. They then provided that notice late in the evening on June 28, 2021, thus opening the possibility that the respondents would effect their merger as early as July 1, 2021 in the late evening. The appellant responded by filing the Section 92 Application and then the Section 104 Application on June 29, 2021. Upon notice from the respondents later that day that they would not voluntarily delay the merger until a ruling on the Section 104 Application, the appellant requested an emergency case management

*Pratique — Appels et nouveaux procès — Il s'agissait de savoir si l'appelant a soulevé une nouvelle question en appel — La question a été soulevée dans le contexte de l'appel à l'encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l'appelant (demande en cause) dans l'attente de l'audition de la demande en vertu de l'article 104 de la Loi sur la concurrence — L'appel ne soulevait aucune nouvelle question qui ne devrait pas être prise en considération — Bien que l'argument de l'appelant devant le Tribunal n'ait pas porté explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée — L'appelant avait le droit d'interjeter appel sur ce point — De sorte que l'appelant a présenté un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne soulevait pas une nouvelle question.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l'appelant (demande en cause) dans l'attente de l'audition de la demande en vertu de l'article 104 de la *Loi sur la concurrence*. La demande présentée en vertu de l'article 104 (demande au titre de l'article 104 de la Loi) était une demande de mesure provisoire dans l'attente de l'audition d'une demande présentée en vertu de l'article 92 (demande au titre de l'article 92 de la Loi). La demande au titre de l'article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l'article 104 de la Loi, puis la demande en cause, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée). La demande au titre de l'article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu'à ce que la demande au titre de l'article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée. La demande en cause, qui mentionnait la date imminente du fusionnement proposé, demandait une « mesure provisoire provisoire » afin d'empêcher le fusionnement en attendant l'audition de la demande au titre de l'article 104 de la Loi.

En mars 2021, les intimées ont présenté à l'appelant un avis préalable au fusionnement conformément au paragraphe 114(1) de la Loi. Un mois plus tard, l'appelant a présenté une demande de renseignements supplémentaires (DRS) en vertu du paragraphe 114(2), à laquelle les intimées ont répondu. En juin 2021, les intimées se sont engagées à donner un préavis de 72 heures afin de signifier leur intention de conclure la transaction proposée. Elles ont donc fourni ce préavis plus tard dans la soirée du 28 juin 2021, ce qui laissait ainsi aux intimées la possibilité d'effectuer leur fusionnement tard dans la soirée du 1<sup>er</sup> juillet 2021. Le 29 juin 2021, l'appelant a répondu en déposant la demande au titre de l'article 92 de la Loi, puis la demande au titre de l'article 104 de la Loi. Après avoir reçu plus tard, ce même jour, un avis des intimées selon lequel elles choisissaient délibérément de ne pas différer le fusionnement,

conference to address the Application in Issue. That application was heard by the Competition Tribunal the next day (June 30, 2021). The Tribunal's Decision dismissed the Application in Issue on July 1, 2021, just minutes before the possible merger. The appellant immediately appealed the decision and made a motion "on an emergency basis for an interim interim order prohibiting closing the Proposed Transaction pending a hearing on a later motion for an interim injunction." The emergency motion was dismissed and the respondents closed the Proposed Transaction a few minutes later, merging the respondents. They continue now as a single entity with the same name as one of the merging entities: SECURE Energy Services Inc. (respondent). Since then, the Section 104 Application was amended to recognize the merger and to seek different relief. That Application was heard and dismissed. The Section 92 Application was also amended to reflect the fact that the merger occurred and to seek to dissolve it rather than block it.

The Tribunal saw two issues before it. The first was whether it had the jurisdiction to grant the "interim interim" relief sought in the Application in Issue. The second was whether, if the Tribunal had jurisdiction, it should grant said relief. In the end, the Tribunal concluded that there was no need to address the second issue because it found that it lacked the jurisdiction to grant the requested relief.

The present appeal was no longer concerned with whether the "interim interim" relief sought in the Application in Issue should have been granted on the facts of this case. Rather, the appellant limited himself to seeking a reversal of the Tribunal's finding that it lacked jurisdiction ever to grant such relief. Because the Proposed Transaction was now closed and the respondents merged to continue as SECURE, there was no longer a live controversy on the Application in Issue and the present appeal was moot. Also, the respondent argued that the appellant's submission that the Tribunal's jurisdiction to grant the requested relief came from section 104 of the Act was not made to the Tribunal and thus it raised a new issue for the first time on appeal. Therefore, there were preliminary issues that needed to be addressed.

The two preliminary issues were whether the appeal should be heard despite its mootness and whether the appellant raised a new issue on appeal. The main issue was whether the Tribunal has jurisdiction to grant the requested relief.

malgré le fait que la demande au titre de l'article 104 n'avait pas encore été tranchée, le commissaire a requis la tenue en urgence d'une conférence de gestion des instances afin de traiter la demande en cause. La demande a été entendue par le Tribunal de la concurrence le jour suivant (le 30 juin 2021). Dans sa décision, le Tribunal a rejeté la demande en cause le 1<sup>er</sup> juillet 2021, quelques minutes avant le fusionnement éventuel. L'appellant a immédiatement fait appel de la décision et a présenté une requête [TRADUCTION] « d'urgence afin d'obtenir une ordonnance provisoire interdisant la clôture de la transaction proposée dans l'attente de l'audition d'une requête ultérieure en injonction provisoire ». La requête d'urgence a été rejetée, et les intimées ont conclu la transaction proposée quelques minutes plus tard et leur fusionnement a eu lieu. Elles poursuivent maintenant leurs activités comme une seule entité dont le nom est le même que celui de l'une des entités fusionnantes : SECURE Energy Services Inc. (intimée). Depuis, la demande au titre de l'article 104 de la Loi a été modifiée afin de reconnaître le fusionnement et pour obtenir une mesure différente. La demande a été entendue et rejetée. La demande au titre de l'article 92 de la Loi a aussi été modifiée afin de tenir compte du fait que le fusionnement a été réalisé et pour chercher à le faire annuler, plutôt qu'à le bloquer.

Le Tribunal a été saisi de deux questions. La première cherchait à savoir s'il avait compétence pour accorder la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » recherchée dans la demande en cause. La deuxième consistait à savoir si le Tribunal devait accorder cette mesure s'il avait compétence pour le faire. Finalement, le Tribunal a conclu qu'il n'était pas nécessaire de traiter la deuxième question en litige, car il a estimé qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée.

Le présent appel ne portait plus sur la question de savoir si la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » sollicitée dans la demande en cause aurait dû être accordée compte tenu des faits de la présente affaire. L'appellant se limitait plutôt à demander que la conclusion du Tribunal selon laquelle il n'avait jamais eu compétence pour accorder cette mesure soit infirmée. Il n'y avait plus de contentieux actuel concernant la demande en cause et le présent appel était théorique, étant donné que la transaction proposée était maintenant conclue et que les intimées ont fusionné pour poursuivre leurs activités en formant l'entreprise SECURE. De plus, l'intimée a soutenu que l'observation de l'appellant selon laquelle la compétence du Tribunal d'accorder la mesure demandée émanait de l'article 104 de la Loi n'avait pas été conférée au Tribunal, et qu'elle soulevait donc une nouvelle question pour la première fois en appel. Par conséquent, il y avait des questions préliminaires à régler.

Les deux questions préliminaires étaient de savoir si l'appel devait être entendu malgré son caractère théorique et si l'appellant avait soulevé une nouvelle question en appel. La principale question à trancher était de savoir si le Tribunal avait compétence pour accorder la mesure demandée.

*Held*, the appeal should be allowed.

Courts have discretion to hear an appeal despite its mootness. In deciding whether to exercise such discretion, a court should consider the factors discussed by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*. The factors are (i) whether an adversarial context remains, (ii) the concern for judicial economy, and (iii) respect for the proper law-making function of the Court. There was an adversarial context in the present appeal. Both sides of the debate were well and vigorously argued by parties who had an ongoing dispute. Regarding judicial economy, the Court's decision on this appeal would have no practical effects on the rights of the parties. However, judicial economy nevertheless favoured hearing the appeal because the absence of practical effects for the parties was outweighed by the other considerations. The question of the Tribunal's jurisdiction to grant the relief that was sought by the appellant was evasive of appeal since the need for such short-term relief is fleeting and will typically not last beyond the hearing of the original application for interim relief under section 104. Also, although there is no inconsistent case law on the question in issue, and little judicial consideration of the relevant statutory provisions, this was a weak basis for concluding that the question was unlikely to recur. The dearth of judicial consideration does not necessarily indicate any particular commonly held understanding of the scope of the Tribunal's jurisdiction on the question. Therefore the question in issue in the present appeal was likely to recur. With respect to the proper law-making function of the Court, the respondent argued that this factor favoured refusing to hear the moot appeal, in particular since the appellant sought an interpretation of section 104 of the Act that was not put in issue before the Tribunal. Despite the fact that the appellant's argument before the Tribunal did not appear to have focused explicitly on the interpretation of section 104 itself, the Tribunal clearly reached a conclusion that it lacked jurisdiction to grant the requested relief, and it indicated clearly that it considered section 104 among other provisions. The present appeal sought a different interpretation of section 104 than that reached by the Tribunal. Statutory interpretation is clearly part of the proper law-making function of the courts. Thus, this factor favoured the exercise of discretion to hear the appeal in the present matter. Therefore, all three of the factors listed in *Borowski* favoured hearing the appeal. Discretion was therefore exercised to hear and decide the present appeal.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Les tribunaux judiciaires ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel, malgré son caractère théorique. En décidant d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire, un tribunal devrait tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*. Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l'économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit. Il y a un débat contradictoire dans le présent appel. Les parties, qui continuent de s'opposer, ont bel et bien débattu avec vigueur des arguments de l'une et de l'autre. En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, la décision relative au présent appel que la Cour rendra n'aura aucun effet pratique sur les droits des parties. Toutefois, l'économie des ressources judiciaires milite en faveur de l'audition du présent appel, car les autres considérations l'emportent sur l'absence d'effet pratique pour les parties. La question de la compétence qu'a le Tribunal pour accorder la mesure que l'appelant demandait est susceptible de ne jamais faire l'objet d'un appel, étant donné que la nécessité de cette mesure à court terme est provisoire et ne durera généralement pas au-delà de l'audition de la demande initiale d'une mesure provisoire présentée au titre de l'article 104 de la Loi. Ensuite, bien qu'il n'existe aucune jurisprudence incohérente sur la question en litige et que les examens judiciaires des dispositions législatives pertinentes aient été peu nombreux, il ne s'agissait pas là d'un motif suffisant pour conclure à la résurgence peu probable de la question. Le peu d'examen judiciaires n'indique pas nécessairement une interprétation particulière généralement admise de la portée de la compétence du Tribunal sur la question. Par conséquent, la question en litige dans le présent appel était susceptible de se répéter. En ce qui concerne la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit, l'intimée a fait valoir que ce facteur favorisait le refus d'entendre l'appel théorique, en particulier parce que l'appelant a demandé une interprétation de l'article 104 de la Loi qui n'a pas été mise en cause devant le Tribunal. Malgré le fait que l'argument soulevé par l'appelant devant le Tribunal ne semblait pas avoir mis l'accent explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée et il a clairement indiqué qu'il a tenu compte de l'article 104 de la Loi, parmi d'autres dispositions. Dans le présent appel, une interprétation différente de celle faite par le Tribunal de l'article 104 de la Loi était recherchée. L'interprétation de la Loi fait clairement partie de la fonction véritable des tribunaux judiciaires dans l'élaboration du droit. Par conséquent, ce facteur favorisait l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel en l'espèce. Ainsi, les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski* militent en faveur de l'audition du présent appel. Le pouvoir discrétionnaire a donc été exercé pour entendre et trancher le présent appel.

As to the second preliminary issue, the appeal raised no new issue that should not be considered. The respondent argued that the present appeal raised a new issue that was not argued before the Tribunal (the Tribunal's jurisdiction under section 104 to grant the relief requested in the Application in Issue), which issue should not be heard for the first time by the Court. This argument involved some of the same considerations in relation to the proper law-making function of the Court: though the appellant's argument before the Tribunal was not directed explicitly to the interpretation of section 104, the Tribunal clearly considered section 104 when it concluded that it lacked jurisdiction to grant the requested relief. Regardless of the arguments that were made before the Tribunal, the appellant was entitled to appeal its conclusion on this point. Essentially, the appellant was making a new argument on an existing issue but was not raising a new issue.

Regarding the jurisdiction of the Competition Tribunal to grant the requested relief, the appellant relied on two separate grounds for the Tribunal's jurisdiction. First, the appellant argued that section 104 of the Act, properly interpreted, provides the jurisdiction necessary to grant the requested relief. Second, even if section 104 itself does not provide the necessary jurisdiction, such jurisdiction exists by necessary implication. The text, context and purpose of section 104 of the Act were examined. The key provision of section 104 is subsection 104(1), which provides that, where a certain condition has been met ("an application has been made for an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3"), the Tribunal "may issue any interim order that it considers appropriate", subject to the restriction set out in the concluding words of the subsection ("having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief"). The text of subsection 104(1) indicates that it applies when an application pursuant to section 92 of the Act has been filed, and that was the case here. Since subsection 104(1) applied in the present situation, there was no reason in the text thereof to read it as being limited in the way the respondent urged. Subsection 104(1) contemplates "any interim order" that the Tribunal considers appropriate, and this broad scope is limited only by reference to "principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief." However, the wording of subsection 104(1) does not preclude the type of "interim interim" relief that the appellant sought before the Tribunal. Subject to the context and the purpose of section 104, the reference therein to "any interim order" in the text of subsection 104(1) appears to encompass, at least in the technical sense, both "interlocutory" and "interim" relief, as these terms are typically used in superior courts. A reading of subsection 104(1) is that the Section 92 Application could be the application that supported

Quant à la deuxième question préliminaire, l'appel ne soulevait aucune nouvelle question qui ne devrait pas être examinée. L'intimée a affirmé que le présent appel soulevait une nouvelle question qui n'a pas été débattue devant le Tribunal (la compétence du Tribunal aux termes de l'article 104 pour accorder la mesure demandée dans la demande en cause), question qui ne devrait pas être entendue pour la première fois par la Cour. Cet argument comportait certaines des considérations relatives à la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit : bien que l'argument soulevé par l'appelant devant le Tribunal n'ait pas porté explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée. Quels que soient les arguments qui ont été soulevés devant le Tribunal, l'appelant avait le droit d'interjeter appel de la conclusion du Tribunal sur ce point. En substance, l'appelant a présenté un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne soulevait pas une nouvelle question.

En ce qui concerne la compétence du Tribunal de la concurrence d'accorder la mesure demandée, l'appelant a invoqué deux motifs distincts relativement à la compétence du Tribunal. Premièrement, l'appelant a affirmé que l'article 104 de la Loi, lorsqu'il est correctement interprété, confère la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée. Deuxièmement, même si, en soi, l'article 104 de la Loi ne confère pas la compétence nécessaire, cette compétence existe par déduction nécessaire. Le libellé, le contexte et l'objet de l'article 104 de la Loi ont été examinés. La principale disposition de l'article 104 est le paragraphe 104(1), qui prévoit que, lorsqu'une certaine condition a été satisfaite (« une demande d'ordonnance a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3 »), le Tribunal « peut [...] rendre toute ordonnance provisoire qu'il considère justifiée », sous réserve de la restriction énoncée dans le membre de phrase final du paragraphe (« conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction »). Le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi indique que ce dernier s'applique lorsqu'une demande présentée en application de l'article 92 de la Loi a été déposée et c'était le cas en l'espèce. Puisque le paragraphe 104(1) de la Loi s'appliquait dans la situation en l'espèce, il n'y avait aucune raison d'interpréter le libellé du paragraphe comme ayant la portée limitée que l'intimée préconisait. Le paragraphe 104(1) de la Loi prévoit « toute ordonnance provisoire » que le Tribunal considère justifiée et cette vaste portée n'est limitée que par le renvoi aux « principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction ». Cependant, le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi n'empêche pas la prise en compte du type de mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » que l'appelant a cherché à obtenir devant le Tribunal. Sous

both the Section 104 Application and the Application in Issue. As to the context of section 104, Parliament has provided detailed and specific tools to the appellant, and related powers to the Tribunal, to intervene in transactions that are of concern under the Act, and has decided not to grant other such tools and powers. However, there was nothing in the context of section 104, including section 100, that suggested that the broad power of the Tribunal to issue “any interim order that it considers appropriate” should be read more narrowly than a plain textual reading suggested, so as to exclude the relief sought in the Application in Issue. Concerning the purpose of section 104 of the Act, the appellant rightly provided a review of the intent of the merger review scheme provided for in the Act, including in section 104 thereof. He explained that the goal of the scheme was to ensure that proposed mergers could be reviewed and, if necessary, challenged before they close. This is because Parliament recognized that it can be very difficult to reverse or offset anti-competitive effects of a merger after it has been completed. Contrary to the respondent’s argument, there was nothing in the goal of encouraging completion of merger review before closing that would suggest a narrow interpretation of the term “any interim order”.

Having considered the text, context and purpose of section 104 of the Act, that section provides that the Tribunal has jurisdiction, in the proper circumstances, to grant both interlocutory relief (as that term is typically used in superior courts) pending a decision on application under section 92, and interim relief (as that term is typically used in superior courts) pending a decision on whether to grant interlocutory relief. Accordingly, the Tribunal erred in concluding that it lacked the jurisdiction necessary to grant the relief requested in the Application in Issue. The Tribunal might well have been justified in refusing to grant such relief in this case based on the facts, but that was not the basis for the decision.

réserve du contexte et de l’objet de l’article 104 de la Loi, le renvoi à « toute ordonnance provisoire » dans le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi semble comprendre, du moins au sens technique, à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire », étant donné que les cours supérieures utilisent généralement ces termes. L’interprétation du paragraphe 104(1) de la Loi veut que la demande au titre de l’article 92 de la Loi pourrait être la demande qui était à la fois la demande au titre de l’article 104 de la Loi et la demande en cause. En ce qui concerne le contexte de l’article 104, le législateur a offert à l’appelant des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal des pouvoirs connexes pour intervenir lorsque des transactions, aux termes de la Loi, sont préoccupantes et il a décidé de ne pas donner d’autres outils et pouvoirs. Cependant, il n’y a aucun élément du contexte de l’article 104 de la Loi, y compris l’article 100 de la Loi, qui indique que le vaste pouvoir qu’exerce le Tribunal pour rendre « toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée » doit être interprété de manière plus restrictive, en excluant la mesure recherchée dans la demande en cause, que ce que suggère une simple interprétation textuelle. En ce qui concerne l’objet de l’article 104 de la Loi, l’appelant a fourni à juste titre un examen de l’intention du régime d’examen du fusionnement prévu par la Loi, notamment à l’article 104. Il a expliqué que le but du régime était de veiller à ce que les fusionnements proposés puissent faire l’objet d’un examen et être contestés, au besoin, avant leur clôture. Ce but s’explique par le fait que le législateur a reconnu qu’il peut être très difficile d’annuler ou de contrer les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement après qu’il a eu lieu. Contrairement à l’argument de l’intimée, il n’y avait rien à propos de l’objectif d’encourager l’achèvement de l’examen d’un fusionnement avant la clôture de celui-ci qui laissait entendre une interprétation étroite de l’expression « toute ordonnance provisoire ».

Ayant examiné le texte, le contexte et l’objet de l’article 104 de la Loi, cet article dispose que le Tribunal a compétence, dans les circonstances appropriées, pour accorder à la fois un redressement interlocutoire (selon l’utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu’une décision concernant la demande en application de l’article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire (selon l’utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu’une décision sur la question d’accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue. Par conséquent, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’il n’avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en cause. Il était possible que le refus par le Tribunal d’accorder cette mesure en l’espèce ait été justifié par les faits, mais la décision n’était pas fondée sur ceux-ci.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1, 75 to 107, 92, 100, 103.3, 104, 114(1),(2), 123.

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 8(2), 9(2), 13(1).

*Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, rr. 2, 34(1).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 372(1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company*, 2020 FCA 141, [2021] 1 F.C.R. 551, 452 D.L.R. (4th) 318.

## CONSIDERED:

*Canada (Commissioner of Competition) v. Secure Energy Services Inc.*, 2021 Comp. Trib. 7, 2021 CanLII 76988; *Canadian Standard Travel Agent Registry v. International Air Transport Association*, 2008 Comp. Trib. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WL Can.); *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 487 N.R. 202.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FCA 22, 289 D.L.R. (4th) 500, [2008] 2 F.C.R. D-10; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; *The Commissioner of Competition v. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Comp. Trib. 4, 2015 CanLII 154097.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal (2021 Comp. Trib. 4, 2021 CanLII 56985) dismissing the appellant's request for short-term relief pending the hearing of an application under section 104 of the *Competition Act* for interim relief pending the hearing of an application under section 92 of the Act. Appeal allowed.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1, 75 à 107, 92, 100, 103.3, 104, 114(1),(2), 123.

*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 8(2), 9(2), 13(1).

*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, règles 2, 34(1).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 372(1).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company*, 2020 CAF 141, [2021] 1 R.C.F. 551.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Secure Energy Services Inc.*, 2021 Trib. conc. 7, 2021 CanLII 76988; *Canadian Standard Travel Agent Registry c. Association du transport aérien international*, 2008 Trib. conc. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WL Can.); *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Commissaire de la concurrence c. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 CAF 22, [2008] 2 R.C.F. F-12; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Le commissaire de la concurrence c. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Trib. conc. 4, 2015 CanLII 154097.

APPEL à l'encontre d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence (2021 Trib. conc. 4, 2021 CanLII 56985) a rejeté la demande de mesure à court terme de l'appelant dans l'attente de l'audition d'une demande en vertu de l'art. 104 de la *Loi sur la concurrence* pour une mesure provisoire dans l'attente de l'audition d'une demande présentée au titre de l'article 92 de la Loi. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*Paul Klippenstein and Alexander Gay* for appellant.  
*Elder C. Marques and Liam Kelley* for respondent Secure Energy Services Inc.  
 No one appearing for respondent Tervita Corporation.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, for respondent Secure Energy Services Inc.  
*Bennett Jones LLP*, Washington D.C., for respondent Tervita Corporation.

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

LOCKE J.A.:

I. Overview

[1] The appellant, the Commissioner of Competition (the Commissioner), appeals from a decision of the Competition Tribunal (2021 Comp. Trib. 4, 2021 CanLII 56985, *per* Crampton C.J., the Decision) that dismissed the Commissioner’s request for short-term relief pending the hearing of an application under section 104 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act). That application under section 104 was an application for interim relief pending the hearing of an application under section 92 of the Act. For ease of reference, the request for short-term relief is hereinafter referred to as the “Application in Issue”, and the other applications are referred to, respectively, as the “Section 104 Application” and the “Section 92 Application”.

[2] The Section 92 Application that prompted the Section 104 Application and then the Application in Issue sought to enjoin a proposed transaction through which the respondents would merge (the Proposed Transaction). The Section 104 Application sought an

## ONT COMPARU :

*Paul Klippenstein et Alexander Gay* pour l’appelant.  
*Elder C. Marques et Liam Kelley* pour l’intimée Secure Energy Services Inc.  
*Personne n’a comparu* pour l’intimée Tervita Corporation.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, pour l’intimée Secure Energy Services Inc.  
*Bennett Jones LLP*, Washington D.C., pour l’intimée Tervita Corporation.

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

LE JUGE LOCKE, J.C.A. :

I. Aperçu

[1] L’appelant, le commissaire de la concurrence (le commissaire), interjette appel d’une décision du Tribunal de la concurrence (2021 Trib. conc. 4, 2021 CanLII 56985, rendue par le juge en chef Crampton, la décision) qui a rejeté la demande de mesure à court terme du commissaire dans l’attente de l’audition d’une demande présentée au titre de l’article 104 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi). La demande présentée au titre de l’article 104 de la Loi était une demande de mesure provisoire dans l’attente de l’audition d’une demande présentée au titre de l’article 92 de la Loi. Par souci de commodité, la demande de mesure à court terme est ci-après désignée la « demande en question » et les autres demandes sont appelées, respectivement, la « demande au titre de l’article 104 de la Loi » et la « demande au titre de l’article 92 de la Loi ».

[2] La demande au titre de l’article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l’article 104 de la Loi, puis la demande en question, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée). La demande

interim order prohibiting the proposed merger until the Section 92 Application could be heard and decided. Citing the imminent date of the proposed merger, the Application in Issue sought what was called “interim interim relief” to prevent the merger pending the hearing of the Section 104 Application. Presumably, this inelegant phrase was intended to capture the idea of short-term interim relief in the course of an interlocutory proceeding such as the Section 104 Application.

[3] A brief description of some of the relevant facts will help to understand the issues. On March 12, 2021, the respondents submitted to the Commissioner a pre-merger notification pursuant to subsection 114(1) of the Act. On April 9, 2021, the Commissioner issued a Supplementary Information Request (SIR) pursuant to subsection 114(2). The respondents responded to the SIR on May 31, 2021 with the production of some 396,000 documents. Pursuant to section 123 of the Act, the respondents could close the Proposed Transaction 30 days later.

[4] On June 25, 2021, the respondents undertook to provide 72 hours’ notice of their intention to close the Proposed Transaction. They then provided that notice at 11:15 pm ET on June 28, 2021, thus opening the possibility that the respondents would effect their merger as early as 11:15 pm on July 1, 2021.

[5] The Commissioner responded by filing the Section 92 Application and then the Section 104 Application on June 29, 2021. Upon notice from the respondents later that day that they would not voluntarily delay the merger until a ruling on the Section 104 Application, the Commissioner requested an emergency case management conference to address the Application in Issue. That application was heard by the Competition Tribunal (the Tribunal) the next day (June 30, 2021).

au titre de l’article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu’à ce que la demande au titre de l’article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée. La demande en question, qui mentionnait la date imminente du fusionnement proposé, a été appelée [TRADUCTION] « mesure provisoire provisoire » afin d’empêcher le fusionnement en attendant l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Vraisemblablement, cette formulation maladroite visait à exprimer l’idée d’une mesure provisoire à court terme au cours d’une procédure interlocutoire, comme la demande au titre de l’article 104 de la Loi.

[3] Une brève description de certains des faits pertinents aidera à comprendre les questions en litige. Le 12 mars 2021, les intimées ont présenté au commissaire un avis préalable au fusionnement conformément au paragraphe 114(1) de la Loi. Le 9 avril 2021, le commissaire a envoyé une demande de renseignements supplémentaires (DRS) conformément au paragraphe 114(2) de la Loi. Le 31 mai 2021, les intimées ont répondu à la DRS en produisant près de 396 000 documents. Conformément à l’article 123 de la Loi, les intimées pouvaient conclure la transaction proposée 30 jours plus tard.

[4] Le 25 juin 2021, les intimées se sont engagées à donner un préavis de 72 heures afin de signifier leur intention de conclure la transaction proposée. Elles ont donc fourni ce préavis à 23 h 15, heure de l’Est, le 28 juin 2021, ce qui laissait ainsi aux intimées la possibilité d’effectuer leur fusionnement dès 23 h 15, le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

[5] Le 29 juin 2021, le commissaire a répondu en déposant la demande au titre de l’article 92 de la Loi, puis la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Après avoir reçu plus tard, ce même jour, un avis des intimées selon lequel elles choisissaient délibérément de ne pas différer le fusionnement, malgré le fait que la demande au titre de l’article 104 n’avait pas encore été tranchée, le commissaire a requis la tenue en urgence d’une conférence de gestion des instances afin de traiter la demande en question. La demande a été entendue par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) le jour suivant (le 30 juin 2021).

[6] The Tribunal’s Decision dismissed the Application in Issue at 10:49 pm ET on July 1, 2021, just minutes before the possible merger. The Commissioner immediately appealed the Decision to this Court and made a motion “on an emergency basis for an interim interim order prohibiting closing the Proposed Transaction pending a hearing on a later motion for an interim injunction.” The emergency motion was heard by Justice David Stratas beginning at 12:15 am on July 2, 2021, and was dismissed shortly before 2:00 am. The respondents closed the Proposed Transaction a few minutes later, merging the respondents. They continue now as a single entity with the same name as one of the merging entities: SECURE Energy Services Inc. (SECURE).

[7] Since then, the Section 104 Application was amended to recognize the merger and to seek different relief. The Section 104 Application was heard on August 4, 2021, and dismissed on August 16, 2021 (see 2021 Comp. Trib. 7, 2021 CanLII 76988).

[8] The Section 92 Application has likewise been amended to reflect the fact that the merger has occurred, and to seek to dissolve it rather than block it. The Section 92 Application is scheduled to be heard in May and June of this year.

## II. The Tribunal’s Decision

[9] The Tribunal saw two issues before it. The first was whether it had the jurisdiction to grant the “interim interim” relief sought in the Application in Issue. The second was whether, if the Tribunal had jurisdiction, it should grant said relief. In the end, the Tribunal concluded that there was no need to address the second issue because it found that it lacked the jurisdiction to grant the requested relief.

[10] The Tribunal began its analysis by summarizing the parties’ respective positions. It noted that the

[6] Dans sa décision, le Tribunal a rejeté la demande en question à 22 h 49, heure de l’Est, le 1<sup>er</sup> juillet 2021, quelques minutes avant le fusionnement éventuel. Le commissaire a immédiatement fait appel de la décision à notre Cour et a présenté une requête [TRADUCTION] « d’urgence afin d’obtenir une ordonnance provisoire interdisant la clôture de la transaction proposée dans l’attente de l’audition d’une requête ultérieure en injonction provisoire ». La requête d’urgence a été entendue par le juge David Stratas dès 00 h 15, le 2 juillet 2021 et elle a été rejetée peu de temps avant 2 h. Les intimées ont conclu la transaction proposée quelques minutes plus tard et leur fusionnement a eu lieu. Elles poursuivent maintenant leurs activités comme une seule entité dont le nom est le même que celui de l’une des entités fusionnantes : SECURE Energy Services Inc. (SECURE).

[7] Depuis, la demande au titre de l’article 104 de la Loi a été modifiée afin de reconnaître le fusionnement et pour obtenir une mesure différente. La demande au titre de l’article 104 de la Loi a été entendue le 4 août 2021, puis rejetée le 16 août 2021 (voir la décision 2021 Trib. conc. 7, 2021 CanLII 76988).

[8] De même, la demande au titre de l’article 92 de la Loi a été modifiée afin de tenir compte du fait que le fusionnement a été réalisé et pour chercher à le faire annuler, plutôt qu’à le bloquer. La demande au titre de l’article 92 de la Loi devrait être entendue en mai ou en juin de cette année.

## II. La décision du Tribunal

[9] Le Tribunal a été saisi de deux questions. La première cherchait à savoir s’il avait compétence pour accorder la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » recherchée dans la demande en question. La deuxième consistait à savoir si le Tribunal devait accorder cette mesure s’il avait compétence pour le faire. Finalement, le Tribunal a conclu qu’il n’était pas nécessaire de traiter la deuxième question en litige, car il a estimé qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure demandée.

[10] Le Tribunal a commencé son analyse en résumant les thèses respectives des parties. Il a souligné que le

Commissioner argued in favour of the Tribunal’s jurisdiction based on subrule 34(1) of the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141 (the Rules). Sometimes called the “gap rule”, this provision permits the Tribunal to follow the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, for questions not provided for by the Rules. The Commissioner cited the decision in *Canadian Standard Travel Agent Registry v. International Air Transport Association*, 2008 Comp. Trib. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WLNNext Can.) (*CSTAR*), and its reliance on subrule 372(1) of the *Federal Courts Rules*, as authority for finding that the Tribunal had jurisdiction to grant interim relief, though it declined to do so in that case. In addition to the gap rule, the Commissioner cited rule 2 of the Rules, which provides as follows:

#### **Dispensing with Compliance**

##### **Variation**

**2 (1)** The Tribunal may dispense with, vary or supplement the application of any of these Rules in a particular case in order to deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.

##### **Urgent matters**

**(2)** If a party considers that the circumstances require that an application be heard urgently or within a specified period, the party may request that the Tribunal give directions about how to proceed.

[11] Finally, the Commissioner cited subsection 9(2) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19 (CTA), which provides that “[a]ll proceedings before the Tribunal shall be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.”

[12] Despite these arguments, the Tribunal agreed with the essence of the respondents’ contrary position. The respondents argued that there was no gap to be filled by resort to the *Federal Courts Rules*. They argued that section 104 of the Act, and related provisions, are specific and detailed, providing a complete code, and do not provide for the “interim interim” relief requested in

commissaire s’est prononcé en faveur de la compétence du Tribunal, en se fondant sur le paragraphe 34(1) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141 (les Règles). Parfois appelée la règle dite des « lacunes », cette disposition permet au Tribunal de suivre les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, pour des questions que les Règles ne prévoient pas. Le commissaire a invoqué la décision *Canadian Standard Travel Agent Registry c. Association du transport aérien international*, 2008 Trib. conc. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WLNNext Can.) (*CSTAR*) et le paragraphe 372(1) des *Règles des Cours fédérales* sur lequel elle se fondait, pour conclure que le Tribunal avait compétence pour accorder une mesure provisoire, même si, dans cette affaire, il a refusé d’en accorder une. En plus de la règle dite des « lacunes », le commissaire a invoqué la règle 2 des Règles qui est rédigé ainsi :

#### **Dispense d’observation des règles**

##### **Dérégation**

**2 (1)** Le Tribunal peut, dans des cas particuliers, modifier ou compléter les présentes règles ou dispenser de l’observation de tout ou partie de celles-ci en vue d’agir sans formalisme et en procédure expéditive dans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent.

##### **Demandes urgentes**

**(2)** La partie qui est d’avis que les circonstances exigent qu’une demande soit entendue sans délai ou dans un délai précis peut demander au Tribunal de lui donner des directives sur la façon de procéder.

[11] Enfin, le commissaire a invoqué le paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19 (LTC), qui dispose que « [d]ans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent, il appartient au Tribunal d’agir sans formalisme, en procédure expéditive ».

[12] Malgré ces arguments, le Tribunal était d’accord avec l’essentiel de la thèse contraire des intimées. Les intimées ont affirmé qu’il n’y avait pas de lacune à combler par le recours aux *Règles des Cours fédérales*. Elles ont fait valoir que l’article 104 de la Loi et les dispositions connexes, qui sont précis et détaillés, offrent un code complet, mais qu’ils ne prévoient pas la mesure

the Application in Issue. The respondents distinguished *CSTAR* on the basis that that case concerned a situation that had not been contemplated in the Act. The respondents argued that the Commissioner in this case could have sought more time under section 100 of the Act, but that this provision became unavailable when he filed the Section 92 Application. Section 100 empowers the Tribunal, among other things, to give the Commissioner more time to complete an inquiry into whether grounds exist for making an order under section 92.

[13] The Tribunal noted that it has only the jurisdiction that is accorded to it by Parliament, together with plenary powers “necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record” (per subsection 8(2) of the CTA). The Tribunal concluded as follows [at paragraphs 50–55]:

Given the detailed nature of the merger review scheme set forth in the Act and the Rules, Parliament can be taken to have addressed its mind to the specific types of relief it wished to make available to the Commissioner and the different points in time at which such relief is available pursuant to sections 100, 104 and 92, respectively. In not providing for the type of relief that the Commissioner is now seeking, it can be inferred that Parliament decided not to grant the Tribunal the jurisdiction to provide such relief.

That relief would constitute a new, third type of interim relief that would seriously curtail respondents’ rights to procedural fairness. Indeed, this was demonstrated during the hearing yesterday, when the Respondents stated that they were unable to address the three-prong test applicable to injunctive relief because they had only received the Commissioner’s very lengthy application record late the prior day.

Although Parliament is free to curtail the procedural fairness rights of parties who appear before the Tribunal, it

[TRANSLATION] « provisoire provisoire » sollicitée dans la demande en question. Les intimées ont affirmé que la décision *CSTAR* est un précédent qui peut être écarté pour le motif que cette affaire concernait une situation que la Loi ne prévoyait pas. Les intimées ont soutenu qu’en l’espèce, aux termes de l’article 100 de la Loi, le commissaire aurait pu demander plus de temps, mais que cette disposition a cessé d’être disponible lorsqu’il a déposé la demande au titre de l’article 92 de la Loi. L’article 100 de la Loi autorise notamment le Tribunal à accorder au commissaire plus de temps pour achever une enquête tenue pour déterminer s’il existe des motifs pour rendre une ordonnance aux termes de l’article 92 de la Loi.

[13] Le Tribunal a fait remarquer qu’il ne jouissait que de la compétence que lui conférait le législateur, ainsi que des pouvoirs pléniers « pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, [d]es attributions d’une cour supérieure d’archives » (aux termes du paragraphe 8(2) de la LTC). Voici la conclusion du Tribunal [aux paragraphes 50 à 55] :

Vu la nature détaillée du régime d’examen des fusions que prévoient la Loi et les Règles, il est possible de tenir pour acquis que le législateur s’est penché sur les types particuliers de réparations qu’il souhaitait mettre à la disposition du commissaire ainsi que sur les différents moments où il est possible d’accorder ces réparations en vertu des articles 100, 104 et 92, respectivement. Le type de réparation que sollicite maintenant le commissaire n’étant pas prévu, il est possible d’inferer que le législateur a décidé de ne pas accorder au Tribunal le pouvoir de l’accorder.

Cette réparation constituerait un troisième et nouveau type de réparation provisoire qui restreindrait sérieusement les droits à l’équité procédurale des défenderesses. En fait, cela a été démontré à l’audience d’hier, quand les défenderesses ont déclaré qu’il leur était impossible de satisfaire au critère à trois volets qui s’applique à une injonction parce qu’elles n’avaient reçu que la veille le dossier de demande fort long du commissaire.

Il est loisible au législateur de restreindre les droits à l’équité procédurale des parties qui comparaissent devant

cannot be understood to have done so in the absence of express language or by necessary implication: *Kane v Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 SCR 1105, at 1113; *P. & S. Holdings Ltd. v Canada*, 2017 FCA 41, at para 39. No such express language is present in the Act, nor can it be said that the “interim interim” relief being sought by the Commissioner is contemplated by necessary implication.

That relief would also undermine the predictability, certainty and transparency that is achieved by the existing scheme of the Act. Among other things, that scheme clearly informs merging parties of what their obligations are in the merger review process, how long they must wait before they can close their merger, and the potential remedies that are available to the Commissioner to prevent them from doing so.

Although Rule 2 and section 9(2) of the CTA provides the Tribunal with considerable flexibility to deal with matters, including urgent matters, as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit, they do not assist the Commissioner to the extent that he would like in the present circumstances. This is because they do not contemplate the type of substantial curtailment of procedural fairness rights that resulted from the manner in which he proceeded. In any event, Rule 2 and subsection 9(2) are procedural provisions. They cannot be relied upon as a source for substantive remedies that are not contemplated by the Act.

Based on the foregoing, I conclude that the Tribunal does not have the jurisdiction to grant the interim relief pending the hearing of the Section 104 Application that is being sought by the Commissioner.

[14] As indicated, the Tribunal found it unnecessary to decide the merits of the Commissioner’s request in the Application in Issue, based on the conclusion that it had no jurisdiction to grant the request. However, the Tribunal added that, if it had been necessary to decide whether to grant the requested relief, it would have been in an untenable position since the respondents did not have an opportunity to address the issue, and the Tribunal did not have sufficient time to properly review the record.

le Tribunal, mais on ne peut pas considérer qu’il l’a fait en l’absence d’un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens : *Kane c Cons. d’administration de l’U.C.B.*, [1980] 1 RCS 1105, à la page 1113; *P. & S. Holdings Ltd. c Canada*, 2017 CAF 41, au paragraphe 39. Aucun libellé exprès de ce genre ne figure dans la Loi, pas plus qu’on ne peut dire que la réparation [TRADUCTION] « provisoire provisoire » que sollicite le commissaire est envisagée par déduction nécessaire.

Cette réparation minerait également la prévisibilité, la certitude et la transparence que permet d’obtenir le régime actuel de la Loi. Notamment, ce régime informe clairement les parties fusionnantes de leurs obligations dans le cadre du processus d’examen du fusionnement, du temps pendant lequel elles doivent attendre avant de pouvoir conclure leur fusionnement, ainsi que des recours dont dispose le commissaire pour les empêcher de le faire.

Bien que l’article 2 des Règles et le paragraphe 9(2) de la Loi sur le Tribunal de la concurrence procurent au Tribunal une latitude considérable pour ce qui est de traiter de diverses questions, dont des questions urgentes, de la manière la plus informelle et expéditive que le permettent les circonstances et les principes d’équité, ces deux dispositions n’aident pas le commissaire dans la mesure où il le voudrait dans les circonstances actuelles. Cela s’explique par le fait que ces dispositions n’envisagent pas le genre de restriction importante des droits à l’équité procédurale que sa manière de procéder a causée. Quoi qu’il en soit, l’article 2 des Règles et le paragraphe 9(2) de la Loi sur le Tribunal de la concurrence sont des dispositions de nature procédurale, et elles ne peuvent pas être invoquées pour justifier une réparation au fond que la Loi n’envisage pas.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le Tribunal n’a pas compétence pour accorder la réparation provisoire que sollicite le commissaire en attendant l’instruction de la demande présentée au titre de l’article 104.

[14] Comme je l’ai indiqué, le Tribunal a conclu qu’il n’était pas nécessaire qu’il se prononce sur le bien-fondé de la demande du commissaire dans la demande en question, étant donné qu’il avait conclu qu’il n’avait aucune compétence pour accueillir la demande. Cependant, le Tribunal a ajouté que, s’il avait été nécessaire de décider d’accorder ou non la mesure demandée, il se serait trouvé dans une position intenable, puisque les intimées n’avaient pas eu l’occasion de traiter la question et le Tribunal n’avait pas suffisamment de temps pour étudier correctement le dossier.

### III. Issues

[15] It is important to note that the present appeal is no longer concerned with whether the “interim interim” relief sought in the Application in Issue should have been granted on the facts of this case. Rather, the Commissioner limits himself to seeking a reversal of the Tribunal’s finding that it lacked jurisdiction ever to grant such relief. Before addressing this substantive issue, however, it is necessary to address two preliminary issues.

[16] Firstly, because the Proposed Transaction has now closed and the respondents have merged to continue as SECURE, there is no longer a live controversy on the Application in Issue, and the present appeal is moot. The Commissioner recognizes this, but requests that the appeal be heard and decided despite its mootness. SECURE opposes hearing this moot appeal.

[17] The second preliminary issue concerns an argument by SECURE that part of the Commissioner’s appeal on the question of the Tribunal’s jurisdiction to grant “interim interim” relief should not be considered because it raises a new issue for the first time on appeal. Specifically, SECURE argues that the Commissioner’s submission that the Tribunal’s jurisdiction to grant the requested relief comes from section 104 of the Act was not made to the Tribunal.

[18] These issues are analysed below as follows:

- A. Mootness
- B. New Issue Raised on Appeal
- C. Jurisdiction of the Competition Tribunal to Grant the Requested Relief

### III. Les questions en litige

[15] Il est important de noter que le présent appel ne porte plus sur la question de savoir si la mesure [TRANSDUCTION] « provisoire provisoire » sollicitée dans la demande en question aurait dû avoir été accordée compte tenu des faits de la présente affaire. Le commissaire se limite plutôt à demander que la conclusion du Tribunal selon laquelle il n’avait jamais eu compétence pour accorder cette mesure soit infirmée. Avant de traiter la question de fond, toutefois, il convient de régler deux questions préliminaires.

[16] D’abord, il n’y a plus de contentieux actuel concernant la demande en question et le présent appel est théorique, étant donné que la transaction proposée est maintenant conclue et que les intimées ont fusionné pour poursuivre leurs activités en formant l’entreprise SECURE. Le commissaire reconnaît ce fait, mais demande que l’appel soit entendu et tranché, malgré son caractère théorique. SECURE s’oppose à l’audition de cet appel théorique.

[17] Ensuite, la deuxième question préliminaire porte sur un argument de SECURE selon lequel une partie de l’appel du commissaire concernant la question de la compétence du Tribunal pour accorder une mesure [TRANSDUCTION] « provisoire provisoire » ne devrait pas être examinée, car elle soulève une nouvelle question pour la première fois en appel. Plus précisément, SECURE soutient que l’argument du commissaire, selon lequel la compétence du Tribunal pour accorder la mesure demandée émane de l’article 104 de la Loi, n’a pas été présenté au Tribunal.

[18] Ces questions sont ainsi analysées :

- A. Caractère théorique
- B. Nouvelle question soulevée en appel
- C. Compétence du Tribunal de la concurrence pour accorder la mesure demandée

#### IV. Standard of Review

[19] As noted by the appellant, this is a statutory appeal pursuant to subsection 13(1) of the CTA. Accordingly, the appellate standards of review apply: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraph 37.

[20] The only substantive issue in this appeal being the Tribunal's conclusion that it lacked jurisdiction to grant the relief requested by the Commissioner in the Application in Issue (a pure question of law), the applicable standard of review is correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8. On this, the parties agree.

#### V. Analysis

##### A. *Mootness*

[21] As noted at paragraph 16 above, the present appeal is moot because there is no longer a live controversy between the parties. Generally speaking, a court will not hear a moot appeal. However, courts have discretion to hear an appeal despite its mootness. The parties agree that, in deciding whether to exercise such discretion, a court should consider the factors discussed by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231 (*Borowski*), at pages 358–363. The factors are (i) whether an adversarial context remains, (ii) the concern for judicial economy, and (iii) respect for the proper law-making function of the Court. These factors are considered below.

(1) July 2, 2021 Order by Justice Stratas

[22] Before addressing the factors in *Borowski*, SECURE argues that the Court should not hear this moot appeal based on the following recital in Justice Stratas's

#### IV. La norme de contrôle

[19] Comme l'a souligné l'appelant, il s'agit d'un appel prévu par la loi en application du paragraphe 13(1) de la LTC. Par conséquent, les normes de contrôle en appel s'appliquent : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (arrêt *Vavilov*), au paragraphe 37.

[20] Comme la seule question de fond dans le présent appel porte sur la conclusion du Tribunal, selon laquelle il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée par le commissaire dans la demande en question (une pure question de droit), la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8. Les parties sont d'accord sur ce point.

#### V. Discussion

##### A. *Caractère théorique*

[21] Comme je l'ai mentionné au paragraphe 16 ci-dessus, le présent appel est théorique, car il n'existe plus de contentieux actuel entre les parties. En général, un tribunal judiciaire n'entendra pas un appel théorique. Cependant, les tribunaux judiciaires ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel, malgré son caractère théorique. Les parties conviennent qu'en décidant d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire, un tribunal judiciaire devrait tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (arrêt *Borowski*), aux pages 358 à 363. Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l'économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit. Ces facteurs sont examinés ci-dessous.

1) Ordonnance rendue par le juge Stratas le 2 juillet 2021

[22] Avant de traiter les facteurs examinés dans l'arrêt *Borowski*, SECURE soutient que la Cour ne devrait pas entendre cet appel théorique, compte tenu du préambule

July 2, 2021 order: “AND WHEREAS, if the practical effect of this Order is to render this appeal moot, the Court directs the appellant to file a notice of discontinuance.” In its memorandum of fact and law, SECURE argues that this passage is binding on the Commissioner, and now operates to order him to discontinue the appeal. In oral argument, SECURE backs away somewhat from this firm position. Now, SECURE concedes that Justice Stratas’s order is not determinative of the issue of whether the Court should exercise its discretion, but rather should be a consideration.

[23] In my view, the passage in question cannot even be persuasive on the question of the exercise of discretion since Justice Stratas gave no consideration to, and apparently heard no argument on, the factors from *Borowski* to be considered. Justice Stratas was not weighing how Court’s discretion should be exercised. Rather, it appears that he was simply attempting to ensure that, in the likely event that the appeal became moot, the Commissioner would take some action to deal with it rather than simply allowing it to languish, thereby prompting the Court at some point to devote resources to issuing a notice of status review and thereafter acting on any response (or lack of response) thereto.

## (2) Adversarial Context

[24] I turn now to the first of the factors identified in *Borowski*. The Commissioner argues that there is an adversarial context by virtue of the fact that the Section 92 Application remains in dispute between the parties, and further that the parties have energetically argued the present appeal.

[25] For its part, SECURE notes that the Section 92 Application raises different issues, and is irrelevant to the present appeal. It also notes that the record in the present appeal is one-sided and time did not permit a proper review of it by either the Tribunal or SECURE.

suivant dans l’ordonnance rendue par le juge Stratas le 2 juillet 2021 : [TRADUCTION] « ET ATTENDU QUE, si l’effet pratique de la présente ordonnance est de rendre cet appel théorique, la Cour enjoint à l’appelant de déposer un avis de désistement ». Dans son mémoire des faits et du droit, SECURE affirme que cet extrait lie le commissaire et qu’il a maintenant pour effet de lui enjoindre d’abandonner l’appel. Dans sa plaidoirie, SECURE revient quelque peu sur cette position ferme. SECURE admet désormais que l’ordonnance rendue par le juge Stratas n’est pas déterminante relativement à la question de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire, mais qu’elle devrait plutôt être un facteur.

[23] À mon avis, l’extrait en question ne peut même pas être convaincant sur la question du pouvoir discrétionnaire, étant donné que le juge Stratas n’a aucunement tenu compte des facteurs tirés de l’arrêt *Borowski* qu’il convenait d’examiner et qu’il semble qu’il n’a entendu aucun argument au sujet de ceux-ci. Le juge Stratas n’examinait pas la façon dont le pouvoir discrétionnaire de la Cour devrait être exercé. Il semble plutôt qu’il tentait simplement de veiller, dans l’éventualité probable que l’appel devienne théorique, à ce que le commissaire prenne des mesures pour traiter cette question, au lieu de simplement la laisser traîner, ce qui aurait pour effet d’inciter la Cour, à un moment donné, à consacrer des ressources à la délivrance d’un avis d’examen de l’état de l’instance, puis à prendre des mesures à l’égard d’une réponse (ou d’une non-réponse) à cet avis.

## 2) Débat contradictoire

[24] J’examinerai maintenant le premier des facteurs indiqués dans l’arrêt *Borowski*. Le commissaire affirme qu’il y a un débat contradictoire, du fait que la demande au titre de l’article 92 de la Loi demeure en litige entre les parties et qu’en outre, les parties ont débattu avec énergie du présent appel.

[25] Pour sa part, SECURE fait remarquer que la demande au titre de l’article 92 de la Loi soulève des questions différentes et qu’elle n’a rien à voir avec le présent appel. Elle fait également observer que le dossier dans le présent appel est en faveur d’une seule partie et que ni le Tribunal ni SECURE n’ont eu le temps de l’examiner en bonne et due forme.

[26] In my view, there is an adversarial context in the present appeal. Both sides of the debate were well and vigorously argued by parties who have an ongoing dispute. These arguments have been of great assistance to this Court. SECURE's argument concerning the limited review of the record before the Tribunal is of marginal importance because the Commissioner is no longer seeking the relief he sought before the Tribunal. The only substantive issue before this Court is the legal question of the jurisdiction of the Tribunal to grant such relief.

### (3) Judicial Economy

[27] *Borowski* describes several considerations related to the second factor of judicial economy. One concerns whether the Court's decision will have some practical effect on the rights of the parties. Another concerns whether the issues in dispute are of a recurring nature but brief duration, which may be evasive of review. Finally, we should consider the public importance of resolving the debate between the parties.

[28] The Commissioner argues that the nature of the relief at issue in this appeal makes it evasive of review because it is of short duration, such that the debate will generally be moot before an appeal can be heard. The Commissioner also argues that a decision on this appeal is of public importance. Firstly, the Commissioner asserts that the question of the Tribunal's power to grant the relief at issue is likely to recur. Moreover, the scope of the Tribunal's power to grant relief is of considerable importance to the Commissioner's ability to take action to support the purpose of the Act "to maintain and encourage competition in Canada" (per section 1.1), especially in conditions of urgency involving parties who insist on proceeding with a merger despite a pending application by the Commissioner to prevent it. The Commissioner relies on the decisions in *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FCA 22, [2008] 2 F.C.R. D-10, 289 D.L.R. (4th) 500, and *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598 (*Air Canada*), two

[26] À mon avis, il y a un débat contradictoire dans le présent appel. Les parties, qui continuent de s'opposer, ont bel et bien débattu avec vigueur des arguments de l'une et de l'autre. Ces arguments ont beaucoup aidé notre Cour. L'importance de l'argument de SECURE concernant l'examen limité du dossier dont disposait le Tribunal est minime, car le commissaire ne cherche plus à obtenir la mesure pour laquelle il a présenté une demande au Tribunal. La seule question de fond que notre Cour doit trancher est la question de droit qui porte sur la compétence du Tribunal pour accorder cette mesure.

### 3) Économie des ressources judiciaires

[27] L'arrêt *Borowski* présente plusieurs considérations relatives au deuxième facteur, celui qui porte sur l'économie des ressources judiciaires. L'une d'entre elles porte sur la question de savoir si la décision de la Cour aura un effet pratique sur les droits des parties. Une autre concerne la question de savoir si les questions en litige sont de nature répétitive et de courte durée, de sorte qu'elles sont susceptibles de ne jamais être soumises aux tribunaux. Enfin, nous devrions tenir compte de l'importance que représente la résolution du débat entre les parties pour le public.

[28] Le commissaire affirme que la nature de la mesure en cause dans le présent appel, du fait de sa courte durée, la rend susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux, de sorte que le débat sera généralement théorique avant qu'un appel puisse être entendu. Le commissaire soutient également qu'une décision portant sur le présent appel est une question d'importance publique. D'abord, le commissaire fait valoir que la question sur le pouvoir qu'a le Tribunal pour accorder la mesure en cause est susceptible de se répéter. Ensuite, la portée du pouvoir qu'a le Tribunal pour accorder une mesure revêt une importance considérable pour la capacité du commissaire à prendre des mesures qui appuient l'objet de la Loi qui est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada » (aux termes de l'article 1.1), notamment dans des conditions d'urgence où les parties insistent pour effectuer un fusionnement, malgré une demande en attente présentée par le commissaire qui vise à empêcher ce fusionnement. Le commissaire invoque les arrêts *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Limitée*, 2008 CAF 22, [2008] 2

cases in which this Court decided to hear appeals from the Tribunal despite their mootness.

[29] SECURE argues that considering this appeal would be a waste of judicial resources. SECURE argues that the appeal would have no practical effects on the rights of the parties, and such an appeal should be heard only in “exceptionally rare cases”: *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 487 N.R. 202, at paragraph 16. SECURE notes that there is no inconsistent jurisprudence on the question of the Tribunal’s jurisdiction to grant the requested relief. Further, SECURE argues that, based on the 20-year history of the statutory provisions in issue and the dearth of jurisprudence thereunder, the question is not likely to recur.

[30] Finally, SECURE argues that the Commissioner’s own actions in this case created the urgency, which could have been avoided. Specifically, having received notice of the Proposed Transaction on March 12, 2021, and having received the documents responsive to the SIR on May 31, 2021, he did not file the Section 92 Application and the Section 104 Application until June 29, 2021, just two days before the respondents intended to merge. SECURE also notes that the Commissioner failed to seek additional time pursuant to section 100 of the Act, which was open to him until the Section 92 Application was filed. An order under section 100 could have gained the Commissioner an additional 30, or even 60, days. The Tribunal also discussed this option not pursued by the Commissioner.

[31] With regard to the argument based on section 100, the Commissioner responds that the additional time he needed was to have his Section 104 Application heard and decided, not to complete an inquiry into whether to file the Section 92 Application. Accordingly, he argues, section 100 was of no assistance.

R.C.F. F-12 et *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598 (arrêt *Air Canada*), deux arrêts où la Cour a décidé d’entendre les appels interjetés à l’encontre de la décision du Tribunal en dépit de son caractère théorique.

[29] SECURE affirme que l’examen du présent appel pourrait occasionner un gaspillage des ressources judiciaires. SECURE soutient que l’appel n’aurait aucun effet pratique sur les droits des parties et que cet appel ne devrait être entendu que dans « des cas exceptionnellement rares » : *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196, au paragraphe 16. SECURE fait remarquer qu’il n’existe aucune incohérence jurisprudentielle sur la question de la compétence du Tribunal pour accorder la mesure demandée. En outre, SECURE fait valoir que, compte tenu du fait que les dispositions législatives en cause sont en vigueur depuis une vingtaine d’années et que peu de jurisprudence en découle, la question n’est pas susceptible de se répéter.

[30] Enfin, SECURE affirme qu’en l’espèce, les propres mesures prises par le commissaire ont créé la situation urgente qui aurait pu avoir été évitée. Plus précisément, alors qu’il a reçu l’avis de la transaction proposée le 12 mars 2021 et qu’il a reçu les documents en réponse à la DRS le 31 mai 2021, il n’a pas déposé la demande au titre de l’article 92 de la Loi et la demande au titre de l’article 104 de la Loi avant le 29 juin 2021, soit tout juste deux jours avant l’intention des intimées de fusionner. SECURE souligne aussi que le commissaire, alors qu’il lui était loisible de le faire jusqu’au dépôt de la demande au titre de l’article 92 de la Loi, n’a pas demandé un délai supplémentaire en application de l’article 100 de la Loi. Une ordonnance rendue en application de l’article 100 de la Loi aurait pu permettre au commissaire de bénéficier de 30 voire 60 jours supplémentaires. Le Tribunal a également discuté de cette option que le commissaire n’a pas retenue.

[31] En ce qui concerne l’argument fondé sur l’article 100 de la Loi, le commissaire répond qu’il avait besoin d’un délai supplémentaire, non pas pour achever une enquête visant à déterminer s’il fallait ou non déposer la demande au titre de l’article 92 de la Loi, mais pour entendre et trancher la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Par conséquent, il affirme que l’article 100 de la Loi n’était d’aucune utilité.

[32] I accept that this Court's decision on this appeal will have no practical effects on the rights of the parties. However, I find that judicial economy nevertheless favours hearing this appeal because the absence of practical effects for the parties is outweighed by the other considerations.

[33] First, the question of the Tribunal's jurisdiction to grant the relief that was sought by the Commissioner is evasive of appeal since the need for such short-term relief is fleeting and will typically not last beyond the hearing of the original application for interim relief under section 104.

[34] Also, though there is no inconsistent jurisprudence on the question in issue, and little judicial consideration of the relevant statutory provisions, this is a weak basis for concluding that the question is unlikely to recur. The dearth of judicial consideration does not necessarily indicate any particular commonly-held understanding of the scope of the Tribunal's jurisdiction on the question. As argued by the Commissioner, the rarity of his resort to section 104 of the Act suggests that parties whose transactions are being scrutinized typically cooperate with the Commissioner such that an order from the Tribunal is not needed, and therefore not sought. The most likely reason for such cooperation would seem to be that parties understand that the Act gives the Commissioner the tools he needs to review and address proposed transactions even if they do not cooperate. If the Tribunal's conclusion concerning the limits of its jurisdiction remains in place, the incentive of parties to cooperate with the Commissioner seems likely to be reduced, thus increasing the likelihood that the question of the Tribunal's jurisdiction will arise again in the future. Further, parties facing the Commissioner's scrutiny would be encouraged by the respondents' experience before the Tribunal to exploit its jurisdictional limits by moving to close a proposed transaction before the Commissioner has completed his work. For these reasons, I am of the view that the question in issue in the present appeal is likely to recur.

[32] Je reconnais que la décision relative au présent appel que notre Cour rendra n'aura aucun effet pratique sur les droits des parties. J'estime toutefois que l'économie des ressources judiciaires milite en faveur de l'audition du présent appel, car les autres considérations l'emportent sur l'absence d'effet pratique pour les parties.

[33] D'abord, la question de la compétence qu'a le Tribunal pour accorder la mesure que le commissaire demandait est susceptible de ne jamais faire l'objet d'un appel, étant donné que la nécessité de cette mesure à court terme est provisoire et ne durera généralement pas au-delà de l'audition de la demande initiale d'une mesure provisoire présentée au titre de l'article 104 de la Loi.

[34] Ensuite, bien qu'il n'existe aucune jurisprudence incohérente sur la question en litige et que les examens judiciaires des dispositions législatives pertinentes aient été peu nombreux, il ne s'agit pas là d'un motif suffisant pour conclure à la résurgence peu probable de la question. Le peu d'examen judiciaires n'indique pas nécessairement une interprétation particulière généralement admise de la portée de la compétence du Tribunal sur la question. Comme l'a affirmé le commissaire, le fait qu'il ait rarement recouru à l'article 104 de la Loi indique que les parties, dont les transactions font l'objet d'un examen attentif, coopèrent généralement avec le commissaire, de sorte qu'une ordonnance du Tribunal ne s'avère pas nécessaire et qu'elle n'est donc pas demandée. La raison la plus probable pour laquelle cette coopération existe semblerait être que les parties comprennent que, même si elles ne coopèrent pas, la Loi offre au commissaire les outils dont il a besoin pour examiner et traiter les transactions proposées. Si la conclusion du Tribunal concernant les limites de sa compétence reste valable, il semble probable que les parties seront moins enclines à coopérer avec le commissaire, ce qui augmente la probabilité que la question de la compétence du Tribunal réapparaisse à l'avenir. En outre, les parties qui font l'objet d'un examen effectué par le commissaire seraient encouragées, du fait de l'expérience des intimées devant le Tribunal, à exploiter les limites de sa compétence en procédant à la clôture d'une transaction proposée avant que le commissaire n'achève son travail. Pour ces motifs, je suis d'avis

[35] A related consideration is that the question of the tools available to the Commissioner to address proposed transactions that may have anti-competitive effects is of public importance. SECURE does not really dispute this point. In fact, SECURE acknowledges that its involvement in this appeal is to represent the interests of others who could face scrutiny from the Tribunal.

[36] Finally, I find that the debate over whether the Commissioner should have made an application under section 100 prior to filing the Section 92 Application is not central to the question of the Tribunal's jurisdiction to grant the requested relief after the Section 92 Application was filed. In any case, I am also mindful of this Court's guidance in *Air Canada*, at paragraph 28 that "the benefits of clarifying the law is a prudent use of judicial resources with respect to issues that are not confined to the particular facts of this appeal and to the evidence before the Tribunal."

#### (4) The Proper Law-Making Function of the Court

[37] SECURE argues that the factor of the proper law-making function of the Court favours refusing to hear this moot appeal. SECURE notes that the Commissioner seeks an interpretation of section 104 of the Act that was not put in issue before the Tribunal. In particular, the argument before the Tribunal was that it had jurisdiction to grant the Application in Issue by virtue of the gap rule and other related legislative provisions. The argument before the Tribunal was not based on the interpretation of section 104.

[38] Despite the fact that the Commissioner's argument before the Tribunal does not appear to have focused explicitly on the interpretation of section 104 itself, the Tribunal clearly reached a conclusion that it

que la question en litige dans le présent appel est susceptible de se répéter.

[35] Une considération connexe est l'importance publique que revêt la question des outils offerts au commissaire pour traiter les transactions proposées qui pourraient avoir des effets anticoncurrentiels. SECURE ne conteste pas vraiment ce point. En fait, elle reconnaît que sa participation au présent appel vise à représenter les intérêts d'autres entreprises qui pourraient faire l'objet d'un examen par le Tribunal.

[36] Enfin, j'estime que le débat sur la question de savoir si le commissaire aurait dû présenter une demande au titre de l'article 100 de la Loi, avant de déposer la demande au titre de l'article 92 de la Loi, n'est pas au cœur de la question de la compétence du Tribunal pour accorder la mesure demandée après le dépôt de la demande au titre de l'article 92 de la Loi. Quoiqu'il en soit, j'ai aussi à l'esprit l'enseignement de notre Cour dans l'arrêt *Air Canada*, au paragraphe 28, selon lequel « constitue une utilisation prudente des ressources judiciaires le fait de se prévaloir des avantages de préciser la loi quant aux questions non restreintes aux faits particuliers du présent appel et à la preuve dont dispose le Tribunal ».

#### 4) La fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit

[37] SECURE soutient que le facteur de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit est en faveur du refus d'entendre cet appel théorique. SECURE fait remarquer que le commissaire cherche à donner à l'article 104 de la Loi une interprétation qui n'a pas été mise en cause devant le Tribunal. Plus précisément, l'argument soulevé devant le Tribunal était qu'il avait compétence pour accueillir la demande en question selon la règle dite des « lacunes » et d'autres dispositions législatives connexes. L'argument soulevé devant le Tribunal n'était pas fondé sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi.

[38] Malgré le fait que l'argument soulevé par le commissaire devant le Tribunal ne semble pas avoir mis l'accent explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement conclu qu'il n'avait

lacked jurisdiction to grant the requested relief, and it indicated clearly that it considered section 104 among other provisions. The extract from the Decision quoted in paragraph 13 above demonstrates this.

[39] The present appeal seeks a different interpretation of section 104 than that reached, albeit implicitly, by the Tribunal. Statutory interpretation is clearly part of the proper law-making function of the courts. In my view, this factor favours the exercise of the Court's discretion to hear this appeal.

#### (5) Conclusion on Mootness

[40] I conclude that all three of the factors listed in *Borowski* favour hearing this appeal. I would exercise the Court's discretion to hear and decide it.

#### B. *New Issue Raised on Appeal*

[41] As noted at paragraph 17 above, SECURE argues that the present appeal raises a new issue that was not argued before the Tribunal (the Tribunal's jurisdiction under section 104 to grant the relief requested in the Application in Issue), which issue should not be heard for the first time by this Court.

[42] This argument involves some of the same considerations as discussed above in relation to the proper law-making function of the Court: though the Commissioner's argument before the Tribunal was not directed explicitly to the interpretation of section 104, the Tribunal clearly considered section 104 when it concluded that it lacked jurisdiction to grant the requested relief. Regardless of the arguments that were made before the Tribunal, the Commissioner is entitled to appeal its conclusion on this point.

[43] Essentially, the Commissioner is making a new argument on an existing issue, but does not raise a new

pas compétence pour accorder la mesure demandée et il a clairement indiqué qu'il a tenu compte de l'article 104 de la Loi, parmi d'autres dispositions. L'extrait de la décision cité au paragraphe 13 ci-dessus le démontre.

[39] Dans le présent appel, une interprétation différente de celle faite, bien qu'implicitement, par le Tribunal de l'article 104 de la Loi est recherchée. L'interprétation de la Loi fait clairement partie de la fonction véritable des tribunaux judiciaires dans l'élaboration du droit. À mon avis, ce facteur milite en faveur de l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire pour entendre le présent appel.

#### 5) Conclusion sur le caractère théorique

[40] Je conclus que les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski* militent en faveur de l'audition du présent appel. J'exercerais le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour entendre et trancher l'appel.

#### B. *Nouvelle question soulevée en appel*

[41] Comme je l'ai mentionné au paragraphe 17 ci-dessus, SECURE affirme que le présent appel soulève une nouvelle question qui n'a pas été débattue devant le Tribunal (la compétence du Tribunal aux termes de l'article 104 pour accorder la mesure demandée dans la demande en question), question qui ne devrait pas être entendue pour la première fois par notre Cour.

[42] Cet argument comporte certaines des considérations relatives à la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit qui ont déjà été discutées précédemment : bien que l'argument soulevé par le commissaire devant le Tribunal n'ait pas porté explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée. Quels que soient les arguments qui ont été soulevés devant le Tribunal, le commissaire a le droit d'interjeter appel de la conclusion du Tribunal sur ce point.

[43] En substance, le commissaire présente un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne

issue. As stated in *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company*, 2020 FCA 141, [2021] 1 F.C.R. 551, 452 D.L.R. (4th) 318, at paragraph 87:

This is not a problem. The law is always at large. A party can always raise new law and new legal arguments in this Court concerning issues that were before the first-instance court provided that the opposing party has had fair notice of them and has had an opportunity to respond to them.

[44] Nothing leads me to believe that SECURE has not had fair notice and an opportunity to respond to the question of the interpretation of section 104. As indicated above, this issue has been well and vigorously argued. In preparing its argument, SECURE had the benefit of reading and responding to the Commissioner's memorandum of fact and law, which deals with the issue head-on. SECURE expresses concern about the fact that, by virtue of the Commissioner's late introduction of its interpretation of section 104, the Tribunal will have been denied an opportunity to weigh in. In my view, this concern should not be determinative. Even if the Commissioner had made all the arguments it makes here before the Tribunal, and the Tribunal had provided its analysis thereof, this Court would be considering this appeal on a standard of correctness.

[45] In my view, this appeal raises no new issue that should not be considered.

*C. Jurisdiction of the Competition Tribunal to Grant the Requested Relief*

[46] Now, I turn to the only substantive issue in this appeal: whether the Tribunal has the jurisdiction to grant "interim interim" relief to delay a proposed merger until an application for interim relief under section 104 of the Act can be heard and decided. As indicated above, the Tribunal found that section 104 contemplates interim relief to give time for a decision on an application under section 92, but does not contemplate more immediate relief to give time for a decision on a separate application under section 104.

soulève pas une nouvelle question. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company*, 2020 CAF 141, [2021] 1 R.C.F. 551, au paragraphe 87 :

Cette situation ne pose pas problème. Le droit évolue toujours. Une partie peut toujours invoquer de nouvelles règles de droit et de nouveaux arguments juridiques devant notre Cour sur des questions qui ont été examinées par le tribunal de première instance, à condition que la partie adverse en soit prévenue à temps et qu'elle ait la possibilité d'y répondre.

[44] Rien ne m'amène à penser que SECURE n'a pas été prévenue à temps et qu'elle n'a pas eu la possibilité de répondre à la question sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi. Comme je l'ai mentionné précédemment, cette question a été bel et bien débattue avec vigueur. En préparant son argument, SECURE a eu l'avantage de lire le mémoire des faits et du droit du commissaire, qui traite de front de la question, et d'y répondre. SECURE se dit préoccupée par le fait qu'en raison de la présentation tardive par le commissaire de son interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal n'a pas eu l'occasion de se prononcer. À mon avis, cette préoccupation ne devrait pas être déterminante. Même si le commissaire avait présenté au Tribunal tous les arguments qu'il a fait valoir en l'espèce et même si le Tribunal avait présenté son analyse de ceux-ci, notre Cour examinerait le présent appel selon la norme de la décision correcte.

[45] À mon avis, le présent appel ne soulève aucune nouvelle question qui ne devrait pas être examinée.

*C. Compétence du Tribunal de la concurrence pour accorder la mesure demandée*

[46] J'examinerai maintenant la seule question de fond dans le présent appel qui consiste à déterminer si le Tribunal a compétence pour accorder une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » afin de différer le fusionnement proposé jusqu'à ce qu'une demande de mesure provisoire, aux termes de l'article 104 de la Loi, puisse être entendue et tranchée. Comme je l'ai indiqué précédemment, le Tribunal a estimé que l'article 104 de la Loi prévoit une mesure provisoire qui permet de disposer de suffisamment de temps pour rendre une décision

[47] The key facts underlying this appeal are not in dispute, but they are also of limited relevance to what is essentially an exercise in statutory interpretation.

[48] The Commissioner relies on two separate grounds for the Tribunal’s jurisdiction. First, the Commissioner argues that section 104, properly interpreted, provides the jurisdiction necessary to grant the requested relief. Second, even if section 104 itself does not provide the necessary jurisdiction, such jurisdiction exists by necessary implication.

[49] In order to address the first ground asserted by the Commissioner, it is necessary to conduct a formal statutory interpretation analysis. The parties do not disagree on the proper approach. A majority of the Supreme Court of Canada provided the following guidance in *Vavilov*, at paragraphs 117–118:

A court interpreting a statutory provision does so by applying the “modern principle” of statutory interpretation, that is, that the words of a statute must be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Parliament and the provincial legislatures have also provided guidance by way of statutory rules that explicitly govern the interpretation of statutes and regulations: see, e.g., *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21.

This Court has adopted the “modern principle” as the proper approach to statutory interpretation, because legislative intent can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context: Sullivan

concernant une demande au titre de l’article 92 de la Loi. En revanche, il ne prévoit pas une mesure plus immédiate qui permet de disposer de suffisamment de temps pour rendre une décision concernant une demande distincte au titre de l’article 104 de la Loi.

[47] Les faits clés sous-jacents au présent appel ne sont pas contestés, mais leur importance quant à ce qui constitue essentiellement un exercice d’interprétation des lois est limitée.

[48] Le commissaire invoque deux motifs distincts relativement à la compétence du Tribunal. Premièrement, le commissaire affirme que l’article 104 de la Loi, lorsqu’il est correctement interprété, confère la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée. Deuxièmement, même si, en soi, l’article 104 de la Loi ne confère pas la compétence nécessaire, cette compétence existe par déduction nécessaire.

[49] Pour traiter le premier motif invoqué par le commissaire, il est nécessaire de mener une analyse formelle de l’interprétation de la Loi. Les parties ne sont pas en désaccord sur l’approche qu’il convient d’adopter. Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont donné les indications suivantes dans l’arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 117 et 118 :

La cour qui interprète une disposition législative le fait en appliquant le « principe moderne » en matière d’interprétation des lois, selon lequel il faut lire les termes d’une loi « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. Le Parlement et les législatures provinciales ont également donné certaines indications en adoptant des règles législatives qui encadrent explicitement l’interprétation des lois et des règlements : voir, par ex., la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

Notre Cour a adopté ce « principe moderne » en tant que méthode appropriée d’interprétation des lois parce que c’est uniquement à partir du texte de loi, de l’objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble qu’il est possible de saisir l’intention du législateur : Sullivan,

[R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014)], at pp. 7-8. Those who draft and enact statutes expect that questions about their meaning will be resolved by an analysis that has regard to the text, context and purpose, regardless of whether the entity tasked with interpreting the law is a court or an administrative decision maker....

[50] The majority in *Vavilov* went on at paragraph 120 to direct that:

... the merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision. In this sense, the usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are “precise and unequivocal”, their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10....

[51] The tribunal did not conduct a formal statutory interpretation analysis as contemplated in *Vavilov*. There are at least two likely reasons for this. Firstly, it appears that the Commissioner’s argument before the Tribunal was not based on a particular interpretation of section 104 itself. Secondly, the tight time constraints involved in the Application in Issue would have made it difficult to provide such an analysis. In any case, as the standard of review in this case is correctness, there is no question of deference to the Tribunal, and the absence of more formal analysis is of marginal importance.

[52] The following sections address the text, context and purpose of section 104 in turn.

(1) Text of Section 104

[53] The text of section 104 of the Act is as follows:

**Interim order**

**104 (1)** If an application has been made for an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3, the Tribunal, on application by the Commissioner or a person who has made an application under section 75, 76 or 77, may issue any interim order that it considers

[R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014)], p. 7-8. Les personnes qui rédigent et adoptent des textes de loi s’attendent à ce que les questions concernant leur sens soient tranchées à la suite d’une analyse qui tienne compte du libellé, du contexte et de l’objet de la disposition concernée, que l’entité chargée d’interpréter la loi soit une cour de justice ou un décideur administratif [...]

[50] Dans l’arrêt *Vavilov*, les juges majoritaires ont ajouté au paragraphe 120 l’indication suivante :

[...] le fond de l’interprétation de celle-ci par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d’interprétation législative s’appliquent tout autant lorsqu’un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d’une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d’interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10 [...]

[51] Le Tribunal n’a pas mené une analyse formelle de l’interprétation de la Loi comme le prévoyait l’arrêt *Vavilov*. Il y a au moins deux raisons probables à cela. Premièrement, il semble que l’argument présenté au Tribunal par le commissaire n’était pas fondé sur une interprétation particulière de l’article 104 de la Loi. Deuxièmement, les délais serrés qui concernaient la demande en question auraient rendu difficile l’exécution de cette analyse. Quoi qu’il en soit, la norme de contrôle qui s’applique en l’espèce étant celle de la décision correcte, il n’y a aucune question portant sur la déférence à accorder au Tribunal et l’absence d’une analyse plus formelle revêt une importance insignifiante.

[52] Les sections suivantes traitent à tour de rôle du libellé, du contexte et de l’objet de l’article 104 de la Loi.

1) Libellé de l’article 104 de la Loi

[53] L’article 104 de la Loi est rédigé ainsi :

**Ordonnance provisoire**

**104 (1)** Lorsqu’une demande d’ordonnance a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3, le Tribunal peut, à la demande du commissaire ou d’une personne qui a présenté une demande en vertu des

appropriate, having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief.

#### Terms of interim order

(2) An interim order issued under subsection (1) shall be on such terms, and shall have effect for such period of time, as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances of the case.

#### Duty of Commissioner

(3) Where an interim order issued under subsection (1) on application by the Commissioner is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete proceedings under this Part arising out of the conduct in respect of which the order was issued.

[54] The key provision is subsection 104(1). It provides that, where a certain condition has been met (“an application has been made for an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3”), the Tribunal “may issue any interim order that it considers appropriate”, subject to the restriction set out in the concluding words of the subsection (“having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief”).

[55] The parties agree that the Section 92 Application meets the condition of an application “under this Part” (Part VIII of the Act, covering sections 75 to 107). However, SECURE argues that the Application in Issue did not meet this condition because it was based on the Section 104 Application rather than the Section 92 Application—the Application in Issue sought “interim interim” relief pending a decision on the Section 104 Application. SECURE argues that the requirement for an application “under this Part” does not contemplate a separate application under the same section 104. SECURE notes first that the condition requires that the underlying application be for an “order”, not an interim order. SECURE also notes that all other possible applications for interim orders in this Part are excluded (sections 100 and 103.3). According to SECURE, this buttresses the argument that the application that underlies an application under section 104 cannot be for an “interim interim” order.

articles 75, 76 ou 77, rendre toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d’injonction.

#### Conditions des ordonnances provisoires

(2) Une ordonnance provisoire rendue aux termes du paragraphe (1) contient les conditions et a effet pour la durée que le Tribunal estime nécessaires et suffisantes pour parler aux circonstances de l’affaire.

#### Obligation du commissaire

(3) Si une ordonnance provisoire est rendue en vertu du paragraphe (1) à la suite d’une demande du commissaire et est en vigueur, le commissaire est tenu d’agir dans les meilleurs délais possible pour terminer les procédures qui, sous le régime de la présente partie, découlent du comportement qui fait l’objet de l’ordonnance.

[54] La principale disposition est le paragraphe 104(1) de la Loi. Il dispose que, lorsqu’une certaine condition a été satisfaite (« une demande d’ordonnance a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3 »), le Tribunal « peut [...] rendre toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée », sous réserve de la restriction énoncée dans le membre de phrase final du paragraphe (« conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d’injonction »).

[55] Les parties conviennent que la demande au titre de l’article 92 de la Loi satisfait à la condition d’une demande faite « en application de la présente partie » (partie VIII de la Loi qui couvre les articles 75 à 107). Cependant, SECURE affirme que la demande en question ne satisfaisait pas à cette condition, car elle était fondée sur la demande au titre de l’article 104 de la Loi, plutôt que sur la demande au titre de l’article 92 de la Loi — la demande en question visait l’obtention d’une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » en attendant qu’une décision concernant la demande au titre de l’article 104 de la Loi soit rendue. SECURE soutient que l’exigence d’une demande faite « en application de la présente partie » ne prévoit pas une demande distincte présentée au titre du même article 104 de la Loi. SECURE fait d’abord remarquer que la condition requiert que la demande sous-jacente vise une « ordonnance », et non une ordonnance provisoire. SECURE

[56] The text of subsection 104(1) indicates that it applies when an application pursuant to section 92 of the Act has been filed, and that is the case here. Having concluded that subsection 104(1) applies in the present situation, I see no reason in the text thereof to read it as being limited in the way SECURE urges. Subsection 104(1) contemplates “any interim order” that the Tribunal considers appropriate, and this broad scope is limited only by reference to “principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief.” It is not necessary to determine precisely what limitations are contemplated by this wording, but I expect that it includes at least the test for granting interlocutory or injunctive relief as set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385 (see *The Commissioner of Competition v. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Comp. Trib. 4, 2015 CanLII 154097, at paragraph 26). However, the wording of subsection 104(1) does not preclude the type of “interim interim” relief that the Commissioner sought before the Tribunal. It is well-understood that superior courts may grant “interlocutory” relief pending a decision on the merits of the substantive dispute before the court. But it is also well understood that superior courts may grant what is typically called “interim” relief pending a decision on a request for interlocutory relief. Moreover, as noted by Justice Stratas in his July 2, 2021 order in this appeal, this Court has the power to grant even shorter term relief pending a decision on a request for interim relief.

souligne ensuite que toutes les autres demandes possibles d’ordonnances provisoires dans la présente partie sont exclues (articles 100 et 103.3). Selon SECURE, cela étaye l’argument selon lequel la demande sous-jacente à une demande au titre de l’article 104 de la Loi ne peut pas viser une ordonnance [TRADUCTION] « provisoire provisoire ».

[56] Le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi indique que ce dernier s’applique lorsqu’une demande présentée en application de l’article 92 de la Loi a été déposée et c’est le cas en l’espèce. Ayant conclu que le paragraphe 104(1) de la Loi s’applique dans la situation en l’espèce, je ne vois aucune raison d’interpréter le libellé du paragraphe comme ayant la portée limitée que SECURE préconise. Le paragraphe 104(1) de la Loi prévoit « toute ordonnance provisoire » que le Tribunal considère justifiée et cette vaste portée n’est limitée que par le renvoi aux « principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d’injonction ». Il n’est pas nécessaire d’établir précisément les limites qui sont prévues par ce libellé, mais je m’attends à ce qu’il comprenne au moins le critère relatif à un redressement interlocutoire ou à une injonction, comme cela est énoncé dans l’arrêt *RJR — Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 (voir la décision *Le commissaire de la concurrence c. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Trib. conc. 4, 2015 CanLII 154097, au paragraphe 26). Cependant, le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi n’empêche pas la prise en compte du type de mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » que le commissaire a cherché à obtenir devant le Tribunal. Il est bien établi que les cours supérieures peuvent accorder un redressement « interlocutoire » en attendant qu’une décision sur le fond du litige soit rendue devant la cour. Il est toutefois également bien établi que les cours supérieures peuvent accorder ce qui est généralement appelé une mesure « provisoire » en attendant qu’une décision concernant une demande de redressement interlocutoire soit rendue. En outre, comme l’a souligné le juge Stratas dans son ordonnance du 2 juillet 2021, dans le présent appel, notre Cour a le pouvoir d’accorder une mesure à plus court terme, en attendant qu’une décision soit rendue concernant une demande de mesure provisoire.

[57] Subject to consideration below of the context and the purpose of section 104, the reference therein to “any interim order” in the text of subsection 104(1) appears to encompass, at least in the technical sense, both “interlocutory” and “interim” relief, as these terms are typically used in superior courts. SECURE’s alternative interpretation would have us conclude that the term “interim order” refers to what are typically called “interlocutory orders”, and excludes what are called “interim orders”. Parliament’s use of the word “interim” makes such an interpretation particularly difficult to accept.

[58] In my view, it is not necessary to reach a conclusion on SECURE’s argument that the application for an “order under this Part” near the beginning of subsection 104(1) cannot be a separate application under section 104. My reading of subsection 104(1) is that the Section 92 Application could be the application that supports both the Section 104 Application and the Application in Issue. It is also interesting to note subsection 104(3), which applies when an interim order is issued under subsection 104(1). This provision requires the Commissioner to “proceed as expeditiously as possible to complete proceedings under this Part arising out of the conduct in respect of which the order was issued.” The “conduct in respect of which the order was issued” in this case would be SECURE’s refusal to suspend the merger in order to permit the Section 104 Application to be heard.

## (2) Context of Section 104

[59] The focus of SECURE’s argument concerning the context of section 104, both before this Court and before the Tribunal, is section 100. SECURE argues, and the Commissioner does not dispute, that Parliament has balanced the interests of the Commissioner (and the public on behalf of whom he acts) to review proposed mergers of companies and intervene if appropriate, and such

[57] Sous réserve de l’examen ci-dessous du contexte et de l’objet de l’article 104 de la Loi, le renvoi à « toute ordonnance provisoire » dans le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi semble comprendre, du moins au sens technique, à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire », étant donné que les cours supérieures utilisent généralement ces termes. L’interprétation subsidiaire de SECURE nous amènerait à conclure que l’expression « ordonnance provisoire » renvoie à ce qui est généralement appelé des « ordonnances interlocutoires », et qu’elle exclut ce qu’on nomme des « ordonnances provisoires ». L’utilisation par le législateur du qualificatif « provisoire » rend particulièrement difficile l’acceptation de cette interprétation.

[58] À mon avis, il n’est pas nécessaire de tirer une conclusion sur l’argument de SECURE selon lequel la demande d’une « ordonnance [...] faite en application de la présente partie », au début du paragraphe 104(1) de la Loi, ne peut pas être une demande distincte faite en application de l’article 104 de la Loi. Selon mon interprétation du paragraphe 104(1) de la Loi, la demande au titre de l’article 92 de la Loi pourrait être la demande qui étaye à la fois la demande au titre de l’article 104 de la Loi et la demande en question. Il est aussi intéressant de mentionner le paragraphe 104(3) de la Loi, qui s’applique lorsqu’une ordonnance provisoire est rendue en application du paragraphe 104(1). Cette disposition requiert que le commissaire « agi[sse] dans les meilleurs délais possible pour terminer les procédures qui, sous le régime de la présente partie, découlent du comportement qui fait l’objet de l’ordonnance ». En l’espèce, le « comportement qui fait l’objet de l’ordonnance » serait le refus de SECURE de suspendre le fusionnement afin de permettre l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi.

## 2) Contexte de l’article 104 de la Loi

[59] L’argument de SECURE concernant le contexte de l’article 104 de la Loi, qui a été soulevé devant notre Cour et le Tribunal, porte sur l’article 100 de la Loi. SECURE affirme — et le commissaire ne conteste pas cette affirmation — que le législateur a concilié les intérêts du commissaire (et du public au nom de qui il agit) relatifs à l’examen des fusionnements d’entreprises

companies' competing interests in arranging their affairs as they see fit and acting without interference. SECURE argues that the existing legislative provisions in the Act are a complete code of the tools made available to the Commissioner in that regard.

[60] The Act provides that notice of proposed transactions meeting certain criteria must be provided to the Commissioner (subsection 114(1)). The Act also prohibits parties from closing such transactions for 30 days thereafter (paragraph 123(1)(a)). During that period, the Commissioner may issue an SIR seeking further information (subsection 114(2)), and in such a case, the Act provides that the parties may not close the proposed transaction until 30 days after providing a certified response thereto (paragraph 123(1)(b)). The purpose of both of these waiting periods is to give the Commissioner time to review the proposed transaction before it closes. If that time proves insufficient to complete his review, the Commissioner may seek an order under section 100 to obtain an additional 30 days (extendable to 60 days). If, after his review, the Commissioner files an application for relief under section 92, he may make a further application for an interim order under section 104.

[61] SECURE argues that these provisions are both comprehensive and specific, and that further measures that could delay a proposed transaction should not be read into the Act. It notes in particular that section 104 does not state that the single term "any interim order" contemplates two separate kinds of relief—"interim" (typically called "interlocutory" in superior courts) and "interim interim" (typically called "interim"). SECURE also notes that, prior to filing the Section 92 Application on June 29, 2021, the Commissioner could have sought an order under section 100 to provide the additional time that would be required to file the Section 92 Application and to seek and obtain interim relief under section 104. SECURE argues that Parliament has

proposés et à son intervention au besoin, ainsi que les intérêts opposés de ces entreprises relatifs à l'organisation de leurs affaires comme bon leur semble et au fait d'agir sans ingérence. SECURE soutient que les dispositions législatives existantes dans la Loi constituent un code complet des outils mis à la disposition du commissaire à cet égard.

[60] La Loi dispose que le commissaire doit être avisé du fait que les transactions proposées doivent satisfaire à certains critères (paragraphe 114(1)). La Loi interdit aussi la clôture de ces transactions par les parties dans les 30 jours qui suivent (alinéa 123(1)a)). Pendant cette période, le commissaire peut envoyer une DRS visant à obtenir des renseignements supplémentaires (paragraphe 114(2) de la Loi) et, en pareilles circonstances, la Loi dispose que les parties ne peuvent pas conclure la transaction proposée avant l'expiration d'un délai de 30 jours, à compter de la date à laquelle une réponse certifiée à la DRS a été fournie (alinéa 123(1)b) de la Loi). Ces deux délais d'attente visent à donner au commissaire suffisamment de temps pour examiner la transaction proposée avant sa clôture. Si ce délai s'avère insuffisant pour terminer l'examen, le commissaire peut demander une ordonnance en application de l'article 100 de la Loi afin d'obtenir un délai supplémentaire de 30 jours (qui peut être porté à 60 jours). Si, après son examen, le commissaire dépose sa demande d'une mesure en application de l'article 92 de la Loi, il peut faire une demande supplémentaire afin d'obtenir une ordonnance provisoire au titre de l'article 104 de la Loi.

[61] SECURE fait valoir que ces dispositions sont à la fois générales et particulières et qu'on ne devrait pas interpréter la Loi de manière à y intégrer d'autres mesures qui pourraient retarder une transaction proposée. Plus précisément, elle souligne que l'article 104 de la Loi n'indique pas que la seule expression « toute ordonnance provisoire » prévoit deux types de mesures distincts : une mesure « provisoire » (généralement appelée « interlocutoire » dans les cours supérieures) et une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » (généralement appelée « provisoire »). SECURE fait également observer qu'avant de déposer le 29 juin 2021 la demande au titre de l'article 92 de la Loi, le commissaire aurait pu avoir demandé une ordonnance en application de

provided the tools needed to address the Commissioner's concerns about the Proposed Transaction in a timely fashion, and that the current situation resulted from his failure to use those tools.

[62] The Commissioner argues that section 100, as compared to section 104, has a different purpose—it applies at a different stage of the merger review, has a different test, and provides different relief. The Commissioner notes that it applies only to give additional time to complete his review of the proposed transaction, and then only if that transaction is likely to “substantially impair the ability of the Tribunal to remedy the effect of the proposed merger on competition under [section 92] because that action would be difficult to reverse.”

[63] I accept SECURE's argument that Parliament has provided detailed and specific tools to the Commissioner, and related powers to the Tribunal, to intervene in transactions that are of concern under the Act, and has decided not to grant other such tools and powers. However, I see nothing in the context of section 104, including section 100, that suggests that the broad power of the Tribunal to issue “any interim order that it considers appropriate” should be read more narrowly than a plain textual reading suggests, so as to exclude the relief sought in the Application in Issue.

### (3) Purpose of Section 104

[64] At paragraphs 54 to 62 of his memorandum of fact and law, the Commissioner provides a review of the intent of the merger review scheme provided for in the Act, including in section 104 thereof. He explains that the goal of the scheme was to ensure that proposed mergers could be reviewed and, if necessary, challenged before

l'article 100 de la Loi afin de bénéficier du délai supplémentaire qui serait nécessaire pour déposer la demande au titre de l'article 92 de la Loi et pour demander et obtenir une mesure provisoire aux termes de l'article 104 de la Loi. SECURE fait valoir que le législateur a offert les outils nécessaires pour répondre aux préoccupations du commissaire au sujet de la transaction proposée en temps opportun et que la situation actuelle découlait du fait que le commissaire n'avait pas utilisé ces outils.

[62] Le commissaire avance que l'article 100 de la Loi, comparativement à l'article 104 de la Loi, a un objet différent : son application intervient à une étape différente de l'examen d'un fusionnement, il comporte un critère différent et il prévoit une mesure différente. Le commissaire souligne que cet article ne trouve application que pour lui donner un délai supplémentaire afin qu'il achève son examen de la transaction proposée et uniquement si la transaction est susceptible « de réduire sensiblement l'aptitude du Tribunal à remédier à l'influence du fusionnement proposé sur la concurrence, si celui-ci devait éventuellement appliquer [l'article 92] à l'égard de ce fusionnement ».

[63] Je retiens l'argument de SECURE selon lequel le législateur a offert au commissaire des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal des pouvoirs connexes pour intervenir lorsque des transactions, aux termes de la Loi, sont préoccupantes et il a décidé de ne pas donner d'autres outils et pouvoirs. Cependant, je ne relève aucun élément du contexte de l'article 104 de la Loi, y compris l'article 100 de la Loi, qui indique que le vaste pouvoir qu'exerce le Tribunal pour rendre « toute ordonnance provisoire qu'il considère justifiée » devrait être interprété de manière plus restrictive, en excluant la mesure recherchée dans la demande en question, que ce que suggère une simple interprétation textuelle.

### 3) Objet de l'article 104 de la Loi

[64] Aux paragraphes 54 à 62 de son mémoire des faits et du droit, le commissaire examine le but du régime d'examen du fusionnement prévu par la Loi, notamment à l'article 104. Il explique que le but du régime était de veiller à ce que les fusionnements proposés puissent faire l'objet d'un examen et être contestés, au

they close. This is because Parliament recognized that it can be very difficult to reverse or offset anti-competitive effects of a merger after it has been completed.

[65] SECURE does not dispute this description of the purpose of the scheme, but urges that this Court focus on the specific measures provided for in the Act to achieve it. I have discussed in the previous section concerning the context of section 104 why I do not accept that these specific measures have the effect of narrowing the broad scope of the term “any interim order”. Likewise, there is nothing in the goal of encouraging completion of merger review before closing that would suggest a narrow interpretation of that term.

[66] SECURE also argues that interpreting section 104 to permit “interim interim” relief pending determination of a separate application under section 104 for interim relief would curtail procedural fairness. I do not accept this argument. It is based on the specific facts in this case, in which the timelines were extremely tight, and there was insufficient opportunity for either the respondents (as they were at the time) or the Tribunal to adequately review and consider the supporting material submitted by the Commissioner. The question before this Court is not whether “interim interim” relief was appropriate in this case. Rather, it is whether the Tribunal may ever grant such relief. It should be understood that, even if this question is answered in the affirmative, the Tribunal will maintain the role of deciding in each case whether such relief is fair and appropriate in the circumstances, and may refuse to grant relief where it is not. The question is really whether the Tribunal has the jurisdiction to grant relief in cases where it is fair. Notably, subrule 2(2) of the Rules (reproduced at paragraph 10 above) provides that the Tribunal may give directions about how to proceed in urgent cases. This would include directions to ensure procedural fairness in the particular circumstances.

besoin, avant leur clôture. Ce but s’explique par le fait que le législateur a reconnu qu’il peut être très difficile d’annuler ou de contrer les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement après qu’il a eu lieu.

[65] SECURE ne conteste pas cette description du but du régime, mais elle demande que notre Cour se concentre sur les mesures particulières prévues par la Loi qui visent à atteindre ce but. Dans la section précédente qui portait sur le contexte de l’article 104 de la Loi, j’ai expliqué pourquoi je n’étais pas d’accord pour dire que ces mesures particulières avaient pour effet de restreindre la vaste portée de l’expression « toute ordonnance provisoire ». De même, il n’y a rien à propos de l’objectif d’encourager l’achèvement de l’examen d’un fusionnement avant la clôture de celui-ci qui laisse entendre que cette expression doit recevoir une interprétation restrictive.

[66] SECURE fait aussi valoir qu’interpréter l’article 104 de la Loi comme une disposition permettant au Tribunal d’accorder une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire », en attendant qu’une demande distincte faite en application de l’article 104 de la Loi, en vue de l’obtention d’une mesure provisoire, soit tranchée, restreindrait l’équité procédurale. Je dois rejeter cet argument. Il est fondé sur les faits particuliers en l’espèce où les délais étaient extrêmement serrés et où ni les intimées (tel qu’elles étaient désignées à l’époque) ni le Tribunal n’ont eu l’occasion d’examiner adéquatement les pièces justificatives présentées par le commissaire et d’en tenir compte. La question que notre Cour doit trancher n’est pas de savoir si une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » convenait en l’espèce. Il s’agit plutôt de savoir si le Tribunal pourrait avoir le droit d’accorder cette mesure. Il faut comprendre que, même si cette question reçoit une réponse affirmative, le Tribunal continuera de décider, pour chaque affaire, si cette mesure est juste et indiquée dans les circonstances et, si tel n’est pas le cas, il pourrait refuser d’accorder une mesure. La véritable question est celle de savoir si le Tribunal a compétence pour accorder une mesure lorsqu’elle est juste. Il convient de souligner que le paragraphe 2(2) des Règles (reproduit au paragraphe 10 ci-dessus) dispose que le Tribunal peut donner des directives sur la marche à suivre en cas d’urgence. Cela comprend les directives qui visent à garantir l’équité procédurale dans des circonstances particulières.

## (4) Conclusion on Jurisdiction

[67] Having considered the text, context and purpose of section 104, I conclude that it provides that the Tribunal has jurisdiction, in the proper circumstances, to grant both interlocutory relief (as that term is typically used in superior courts) pending a decision on application under section 92, and interim relief (again, as that term is typically used in superior courts) pending a decision on whether to grant interlocutory relief. Accordingly, I find that the Tribunal erred in concluding that it lacked the jurisdiction necessary to grant the relief requested in the Application in Issue. The Tribunal might well have been justified in refusing to grant such relief in this case based on the facts, but that was not the basis for the Decision.

[68] Having reached this conclusion, it is not necessary for me to consider the Commissioner's alternative argument that the Tribunal's jurisdiction to grant the requested "interim interim" relief exists by necessary implication.

VI. Conclusion

[69] For the reasons discussed above, I would allow the appeal with costs, and set aside the Tribunal's order.

PELLETIER J.A.: I agree.

LEBLANC J.A.: I agree.

## 4) Conclusion sur la compétence

[67] Ayant examiné le texte, le contexte et l'objet de l'article 104 de la Loi, je conclus qu'il dispose que le Tribunal a compétence, dans les circonstances appropriées, pour accorder à la fois un redressement interlocutoire (selon l'utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu'une décision concernant la demande en application de l'article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire (là encore, selon l'utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu'une décision sur la question d'accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue. Par conséquent, j'estime que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en question. Il est possible que le refus par le Tribunal d'accorder cette mesure en l'espèce ait été justifié par les faits, mais la décision n'est pas fondée sur ceux-ci.

[68] Ayant tiré cette conclusion, je n'ai pas besoin d'examiner l'argument subsidiaire du commissaire selon lequel la compétence du Tribunal pour accorder la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » existe par déduction nécessaire.

VI. Conclusion

[69] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel avec dépens et j'annulerais l'ordonnance rendue par le Tribunal.

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

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