

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20230801

Dossier : A-89-23

Référence : 2023 CAF 172

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LA JUGE WOODS
LE JUGE LOCKE
LE JUGE LEBLANC**

ENTRE :

SECURE ENERGY SERVICES INC.

appelante

et

LE COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE

intimé

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 19 juin 2023.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 1^{er} août 2023.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE LOCKE

Y ONT SOUSCRIT :

**LA JUGE WOODS
LE JUGE LEBLANC**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20230801

Dossier : A-89-23

Référence : 2023 CAF 172

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LA JUGE WOODS
LE JUGE LOCKE
LE JUGE LEBLANC**

ENTRE :

SECURE ENERGY SERVICES INC.

appelante

et

LE COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE

intimé

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE LOCKE

I. Aperçu

[1] L'appelante, SECURE Energy Services Inc. (Secure), est le résultat d'un fusionnement avec Tervita Corporation (Tervita), qui a été conclu le 2 juillet 2021 (le fusionnement). L'intimé, le commissaire de la concurrence (le commissaire), dans le cadre de ses responsabilités, a examiné la question de savoir si le fusionnement « empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet », de sorte que l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi), s'appliquerait et permettrait au Tribunal de la concurrence (le Tribunal) de rendre une ordonnance de dissolution du fusionnement ou de cession d'éléments d'actif ou d'actions. L'article 92 de la Loi est reproduit à l'annexe des présents motifs.

[2] Le 29 juin 2021, le commissaire a déposé une demande auprès du Tribunal en vertu de l'article 92 de la Loi en vue d'obtenir une ordonnance de dessaisissement de 41 des installations de Secure. Parmi les divers motifs invoqués en opposition à la demande du commissaire, Secure a fait valoir que l'article 96 de la Loi interdisait au Tribunal de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92. Le paragraphe 96(1) de la Loi prévoit ce qui suit :

Exception dans les cas de gains en efficacité

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

Exception where gains in efficiency

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

que ces gains ne seraient
vraisemblablement pas réalisés si
l'ordonnance était rendue.

likely be attained if the order were
made.

[3] Secure a fait valoir devant le Tribunal que les gains en efficience qui résulteraient du fusionnement surpasseraient et neutraliseraient les effets anticoncurrentiels qui résulteraient de ce fusionnement, et que ces gains en efficience ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

[4] Le Tribunal a entendu la demande du commissaire au cours d'une période de 19 jours en mai et juin 2022, et a entendu des douzaines de témoins et reçu plus de 40 000 pages de témoignages écrits. Le 3 mars 2023, le Tribunal a rendu sa décision concernant la demande du commissaire. Soutenu par des motifs de plus de 700 paragraphes, le Tribunal a ordonné le dessaisissement de 29 des 41 installations identifiées par le commissaire. Le Tribunal a conclu que Secure ne s'était pas acquittée de son fardeau d'établir que des gains en efficience suffisants seraient réalisés pour l'application de l'article 96 de la Loi, ce qui est particulièrement important dans le cadre du présent appel. C'est cette décision du Tribunal (la décision du Tribunal) qui fait l'objet du présent appel.

[5] Secure soulève un certain nombre de questions en appel, lesquelles peuvent être identifiées comme suit :

- A. Interprétation du paragraphe 96(1) de la Loi;
- B. Exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'application de l'article 96;

- C. Éléments de preuve non pris en compte concernant des économies de coûts liés à l'installation d'Elk Point pour déterminer les gains en efficacité pertinents;
- D. Recours au propre avis d'expert du Tribunal pour déterminer l'élasticité du prix de la demande;
- E. Erreurs dans l'évaluation des effets sur le prix des précommandes;
- F. Approche inégale concernant l'application de la norme en matière de preuve;
- G. Manquement à l'équité procédurale.

[6] J'examinerai chacune de ces questions dans les paragraphes qui suivent. Toutefois, je commencerai mes commentaires en déclarant que je conclus que les questions soulevées par Secure sont sans fondement, et que je rejetterais l'appel.

II. Norme de contrôle

[7] Les parties conviennent, et je partage leur avis, qu'étant donné qu'il s'agit d'un appel prescrit par la loi, 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 au para. 37; *Law Society of Saskatchewan c. Abrametz*, 2022 CSC 29 au para. 27. Les normes de contrôle en appel sont celles qui sont énoncées dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 : les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte, tandis que les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit, où il n'existe aucune question de droit isolable, sont examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[8] En ce qui concerne la norme de l'erreur manifeste et dominante, il est utile de noter les commentaires de la Cour dans la décision *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46 :

L'erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue. Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l'issue de l'affaire. Lorsque l'on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier.

[Renvois omis.]

[9] Il convient de noter que le droit de Secure d'interjeter appel de la décision du Tribunal devant la Cour est prévu à l'article 13 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.); le paragraphe 13(2) prévoit qu'un appel sur une question de fait ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la Cour. Secure a demandé l'autorisation d'interjeter appel des questions de fait visées aux questions C, D et E, mais la Cour (dans une ordonnance datée du 21 avril 2023) n'a accordé l'autorisation d'interjeter appel qu'à l'égard des questions C et E. Elle a refusé l'autorisation d'interjeter appel des questions de fait visées à la question D (le fait pour le Tribunal de déterminer l'élasticité du prix de la demande sur le fondement de son opinion d'expert).

III. Interprétation du paragraphe 96(1) de la Loi

[10] Les gains en efficience qui sont considérés comme pertinents (reconnaissables) pour déterminer s'ils « surpasseront et neutraliseront » les effets anticoncurrentiels du fusionnement en question sont au cœur du litige. Les parties semblent convenir, et je partage leur avis, qu'il

s'agit d'une question de droit et que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[11] Le présent litige porte sur les derniers mots du paragraphe 96(1) : « et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue ». Le Tribunal a conclu, et le commissaire partage son avis, que ces derniers mots désignent les « gains en efficience » qui doivent être pondérés en fonction des effets anticoncurrentiels afin de déterminer si l'article 96 s'applique, interdisant ainsi au Tribunal de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92. Pour répondre à la question posée par le paragraphe 96(1), à savoir si le fusionnement en question « a eu [...] pour effet d'entraîner des gains en efficience, [et] que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement » (non souligné dans l'original), le Tribunal a appliqué les derniers mots pour limiter la portée des « gains en efficience » soulignés ci-dessus à ceux qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue ».

Effectivement, le Tribunal et le commissaire interprètent le paragraphe 96(1) comme suit :

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

[12] Le Tribunal a exigé, pour accueillir la défense fondée sur l'article 96 de Secure, que Secure établisse que les gains en efficience résultaient du fusionnement et que les gains qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si le Tribunal rendait une ordonnance en vertu de

l'article 92 surpasseraient tous les effets anticoncurrentiels du fusionnement. C'est ce qu'on appelle l'approche axée sur l'ordonnance.

[13] Pour sa part, Secure fait valoir que l'approche axée sur l'ordonnance mène à une asymétrie involontaire dans la défense fondée sur l'article 96, où seul un sous-ensemble des gains en efficacité résultant du fusionnement (ceux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue) est comparé à tous les effets anticoncurrentiels du fusionnement. Secure fait valoir que cette approche qui consiste à comparer « des pommes et des oranges » ne devrait pas être suivie et que les derniers mots du paragraphe 96(1) devraient plutôt être interprétés comme une restriction distincte du pouvoir du Tribunal de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92. Selon cette approche, si le total de tous les gains en efficacité résultant d'un fusionnement « surpasseront et neutraliseront » tous les effets anticoncurrentiels du fusionnement, le Tribunal ne peut alors pas rendre une ordonnance qui entraînerait la perte de l'un ou l'autre de ces gains en efficacité. Comme le précise Secure, le paragraphe 96(1) soulève deux questions : (i) les gains en efficacité résultant du fusionnement surpassent-ils les effets anticoncurrentiels du fusionnement; et (ii) les gains en efficacité seront-ils réalisés si une ordonnance est rendue? Bien que Secure n'ait pas énoncé sa position de cette façon, son argument semble interpréter le paragraphe 96 (1) comme suit :

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

[14] Le commissaire s'oppose à cette interprétation au motif qu'elle empêcherait le Tribunal de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92, même si la plupart des gains en efficience allégués étaient tout de même vraisemblablement réalisés. Comme l'a fait valoir le commissaire, la perte d'un seul dollar de gains en efficience en raison d'une ordonnance du Tribunal engagerait la défense fondée sur l'article 96, ce qui n'aurait pas pu être l'intention du législateur. Secure ne conteste pas cette conséquence de son interprétation.

[15] Secure offre également une autre interprétation dans l'éventualité où la Cour conclurait que le paragraphe 96(1) prévoit effectivement une approche axée sur l'ordonnance, auquel cas Secure fait valoir que cette disposition devrait néanmoins être interprétée de manière à permettre une analyse symétrique. Selon cette analyse, tant les gains en efficience résultant du fusionnement que les effets anticoncurrentiels du fusionnement devraient se rapporter à la même période et aux mêmes marchés géographiques. On peut présumer qu'ils devraient également être limités aux gains et aux effets qui ne seraient pas réalisés si une ordonnance était rendue en vertu de l'article 92. Je ne peux pas me prononcer avec certitude sur le sens qui est donné aux derniers mots du paragraphe 96(1) selon cette interprétation.

A. *Principes d'interprétation des lois*

[16] Pour trancher le litige concernant l'interprétation appropriée du paragraphe 96(1) de la Loi, il est nécessaire de procéder à une analyse en fonction des principes pertinents d'interprétation des lois. Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, la Cour suprême du Canada a fourni les directives suivantes :

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

[17] Suivant ces directives, j'examinerai d'abord le libellé du paragraphe 96(1), puis son contexte et son objet.

B. *Libellé*

[18] Par souci de commodité, je reproduis de nouveau le paragraphe 96(1) :

Exception dans les cas de gains en efficience

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

Exception where gains in efficiency

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

vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

[19] Les avis divergents des parties concernant la façon d'interpréter cette disposition sont énoncés aux paragraphes 11 à 15 ci-dessus. En résumé, et comme je l'ai indiqué ci-dessus, Secure fait valoir que l'approche axée sur l'ordonnance impose une analyse asymétrique qui consiste à comparer « des pommes et des oranges » et qui n'était pas prévue par le législateur. L'asymétrie relevée par Secure comporte deux aspects. Premièrement, étant donné que les gains en efficience réalisés dans le passé ne seraient pas touchés par une ordonnance rendue en vertu de l'article 92, le Tribunal a comparé, en l'espèce, 10 futures années de gains en efficience et environ 12 années d'effets anticoncurrentiels, soit 10 futures années et environ deux années antérieures. Deuxièmement, les gains en efficience qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si une ordonnance était rendue ne concernaient que les 136 marchés géographiques visés par l'ordonnance, alors que les effets anticoncurrentiels pris en compte concernaient 271 marchés qui se chevauchent et qui sont touchés par le fusionnement, peu importe qu'ils soient touchés par une ordonnance.

[20] Le commissaire fait valoir que rien dans le libellé du paragraphe 96(1) n'exige une approche symétrique et qu'en fait, ce sont les termes mêmes de cette disposition qui créent l'asymétrie dont Secure se plaint. En ce qui concerne les gains en efficience, le libellé met explicitement l'accent sur le sous-ensemble des gains qui « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue ». Cependant, en ce qui concerne les effets anticoncurrentiels, le libellé met l'accent sur « les » effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, et il n'impose aucune limite quant à la période et à la question de savoir si ces

effets seraient touchés par l'ordonnance du Tribunal. En fait, la portée des effets anticoncurrentiels à considérer pour établir une défense fondée sur l'article 96 ne se limite même pas aux effets substantiels de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence, comme prévu à l'article 92.

[21] Secure fait valoir que le fait que l'interprétation du commissaire rend certains termes du paragraphe 96(1) dénués de sens est indicatif du caractère erroné de cette interprétation, ce qui est incompatible avec le principe bien accepté selon lequel la règle de droit a vocation permanente (voir la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10), et qu'une interprétation qui ne donne aucun sens à certains termes doit être évitée. Plus précisément, Secure fait valoir que le paragraphe 96(1) prévoit des gains en efficience qui ont été réalisés ou qui seront vraisemblablement réalisés. Secure fait valoir que les gains en efficience qui ont été réalisés ont déjà été réalisés et que, si les derniers mots du paragraphe 96(1) limitent la portée des gains en efficience pertinents à ceux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue, alors le renvoi aux gains en efficience qui ont été réalisés ne s'appliquerait jamais puisqu'ils ont déjà été réalisés.

[22] Je ne suis pas d'accord avec le fait que le renvoi aux gains en efficience qui ont été réalisés ne s'appliquerait jamais selon l'interprétation du commissaire. L'article 92 envisage la possibilité d'une ordonnance qui dissout un fusionnement déjà réalisé. Je ne vois aucune raison pour que certains gains en efficience résultant d'un fusionnement ne puissent être annulés par une ordonnance rendue en vertu de l'article 92. Bien que certains gains en efficience aient été réalisés entre le fusionnement et l'ordonnance, d'autres n'ont pas encore été réalisés. Par

conséquent, il est pertinent d'examiner la question de savoir si ces gains en efficience non réalisés ont été « réalisés » par un fusionnement et « ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue ».

[23] À mon avis, l'interprétation par le commissaire du paragraphe 96(1) est conforme au libellé. Tant en anglais qu'en français, il est raisonnable d'interpréter les derniers mots de la disposition comme limitant la portée des « gains en efficience » qui doivent être pondérés en fonction des effets anticoncurrentiels, créant ainsi l'asymétrie.

[24] En ce qui concerne l'interprétation de Secure, il est raisonnable, à mon avis, d'interpréter le paragraphe 96(1) comme le montre la version modifiée citée au paragraphe 13 ci-dessus. Toutefois, cette interprétation ne signifie pas nécessairement que même un seul dollar de gains en efficience perdu par suite d'une ordonnance est suffisant pour engager l'article 96. En se fondant sur cette interprétation du libellé, le seuil de gains en efficience perdus visé par l'article 96 n'est pas clair. De plus, il me semble que le paragraphe 96(1) aurait pu être libellé de manière plus claire si l'intention avait été la même que celle invoquée par Secure, à savoir d'interdire la délivrance de certains types d'ordonnances en vertu de l'article 92 (celles qui élimineraient tout gain d'efficience) dans les cas où les gains d'efficience résultant d'un fusionnement surpassent les effets anticoncurrentiels de ce fusionnement.

C. *Contexte*

[25] La défense fondée sur l'article 96 ne s'applique que si le Tribunal conclut qu'un fusionnement « empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou [...] aura

vraisemblablement cet effet », comme le prévoit l'article 92. Cet article, ainsi que le reste de la section « Fusionnements » de la Loi (art. 91 à 103), constitue le contexte le plus pertinent aux fins de l'interprétation du paragraphe 96(1). Cela dit, je ne vois rien dans les articles de cette section, autres que les articles 92 et 96, qui exige des commentaires aux fins du présent appel.

[26] Comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, l'article 92 permet au Tribunal, dans les circonstances appropriées, d'ordonner la dissolution d'un fusionnement ou la cession de certains éléments d'actif ou d'actions. L'article 96 sert à contrôler l'application de ce pouvoir dans les cas où un fusionnement entraîne certains gains en efficience. Comme la Cour suprême du Canada l'a indiqué dans l'arrêt *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 111 (arrêt *Tervita*), et comme l'a reconnu le Tribunal au paragraphe 491 de sa décision, l'article 96 accorde la primauté à l'efficience économique, mais pas sans limite. Au paragraphe 110 de l'arrêt *Tervita*, la majorité de la Cour suprême du Canada a rejeté l'argument selon lequel tous les gains en efficience, quelle que soit leur nature, devraient être pris en compte en vertu de l'article 96. Au paragraphe 113, la majorité a déclaré ce qui suit :

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

[Non souligné dans l'original.]

[27] À mon avis, la phrase soulignée dans la citation ci-dessus, qui fait partie d'une discussion sur les limites de la défense fondée sur l'article 96, démontre que la majorité de la Cour suprême du Canada a favorisé une interprétation du paragraphe 96(1) qui est compatible avec celle défendue par le commissaire et déterminée par le Tribunal, à savoir que les gains en efficience à comparer aux effets anticoncurrentiels se limitent à ceux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si une ordonnance était rendue en vertu de l'article 92. Il n'est pas suggéré dans ce paragraphe que les derniers mots de l'article 96 visent à limiter la portée d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 92, comme l'affirme Secure.

D. *Objet*

[28] L'article 1.1 de la Loi prévoit que son objet est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne ». L'objectif de l'efficience est clairement la principale motivation de la défense fondée sur l'article 96 : *Commissaire de la Concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104 au para. 110 (voir aussi l'arrêt *Tervita* au para. 87). Cela dit, le législateur a clairement tempéré cet objectif par son choix de libellé. Il n'a pas entièrement écarté l'objectif de préserver et de favoriser la concurrence, de façon à priver le Tribunal du pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92 lorsqu'une telle ordonnance ferait obstacle à tout gain en efficience, même dans le cas d'un fusionnement ayant des effets anticoncurrentiels importants. Je n'accepte pas l'argument de Secure selon lequel cela est implicite à l'article 96. Dans la version anglaise, pour aborder les effets anticoncurrentiels, cette disposition renvoie aux « *effects of any prevention or lessening of competition* » (non souligné dans l'original) (« effets de

l'empêchement ou de la diminution de la concurrence » en français). Le mot « *any* » n'a pas été inclus dans la définition des gains en efficience en vertu de l'article 96, bien qu'il aurait pu l'être.

[29] Secure fait valoir qu'un autre objectif de la Loi est la prévisibilité. Elle fait valoir que l'interprétation asymétrique du paragraphe 96(1) préconisée par le commissaire et appliquée par le Tribunal n'aurait pas pu être prévue par le législateur parce qu'elle empêche les parties qui envisagent un fusionnement d'évaluer correctement, à l'avance, si une ordonnance est susceptible d'être rendue en vertu de l'article 92. C'est pourquoi la portée et la date de délivrance de cette ordonnance seraient inconnues des parties du fusionnement jusqu'à la délivrance de l'ordonnance. Alors que tous les effets anticoncurrentiels du fusionnement seraient pris en compte en vertu du paragraphe 96(1), ces effets ne seraient mis en balance qu'à l'égard d'un sous-ensemble de gains en efficience, à savoir ceux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue. De toute évidence, la portée et la date de délivrance de l'ordonnance influeraient sur la pertinence des gains en efficience.

[30] Secure cite également la majorité dans l'arrêt *Tervita*, au paragraphe 115, selon laquelle « [l]es gains en efficience qui résultent de l'application de la Loi ne peuvent être pris en compte au titre de l'art. 96 ». Secure fait valoir qu'une interprétation du paragraphe 96(1) de la Loi selon laquelle les gains en efficience sont reconnus ou non selon la portée et la date de délivrance de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 92 va à l'encontre de cette directive de la majorité de la Cour suprême.

[31] À mon avis, le paragraphe 115 de l'arrêt *Tervita* ne devrait pas être interprété comme interdisant une interprétation du paragraphe 96(1) qui considère les gains en efficience comme pouvant être reconnus ou indépendants de la portée et de la date de délivrance d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 92. Ce paragraphe abordait les GEEEO (gains en efficience liés à l'exécution de l'ordonnance), qui se distinguaient, dans l'arrêt *Tervita*, des gains en efficience résultant du fusionnement lui-même. Au paragraphe 107, la majorité a déclaré ce qui suit :

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

[32] J'accepte l'hypothèse selon laquelle la prévisibilité est importante dans l'examen des fusionnements (voir l'arrêt *Tervita* au para. 130), et cette prévisibilité peut être limitée par l'interprétation par le commissaire du paragraphe 96(1). Toutefois, je conclus qu'une interprétation qui limite les gains en efficience pertinents (à ceux qui ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue) est l'intention clairement exprimée par le libellé de la disposition. Une limite quant à la prévisibilité est inhérente. Le législateur aurait peut-être été moins préoccupé par la prévisibilité que l'aurait souhaité *Secure*.

[33] *Secure* renvoie à la directive énoncée aux paragraphes 124 et 150 de l'arrêt *Tervita* selon laquelle l'appréciation d'une défense fondée sur l'article 96 devrait être aussi objective que

possible. Toutefois, je n'accepte pas le fait que l'interprétation par le commissaire du paragraphe 96(1) introduit une subjectivité dans l'appréciation, qui n'existe pas de toute façon. Comme la Cour suprême du Canada l'a reconnu dans l'arrêt *Tervita*, le commissaire a le fardeau de quantifier les effets quantifiables, mais les effets qui ne peuvent pas être estimés de façon quantitative peuvent être considérés de façon qualitative.

[34] Compte tenu de l'asymétrie explicite dans le libellé du paragraphe 96(1), l'interprétation du commissaire est correcte. À mon avis, il convient d'interpréter les mots « et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue » comme limitant la portée des gains en efficacité reconnus d'une manière qui ne s'applique pas à la portée des effets anticoncurrentiels pertinents.

[35] Cette asymétrie explicite dans le libellé du paragraphe 96(1) est également un motif clé pour lequel je rejette l'interprétation subsidiaire de *Secure*. À mon avis, cette asymétrie empêche le Tribunal de tenir compte symétriquement des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels en adoptant une approche fondée sur l'ordonnance.

[36] *Secure* attire l'attention de la Cour sur des commentaires formulés par Mel Cappe, alors sous-ministre adjoint de la Consommation et des Corporations, Coordonation de la politique, lors d'une réunion d'un comité parlementaire le 21 mai 1986, au sujet des derniers mots du paragraphe 96(1) (voir Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-91*, 33^e lég., 1^{re} sess., n^o 11 (21 mai 1986), p. 42). Après avoir cité l'article en question, il a déclaré ce qui suit :

Ici, il est question de l'ordonnance d'interdiction. Pour que la défense soit valable, il faut donc que les parties qui fusionnent prouvent que les gains en efficience seraient plus importants que les coûts et démontrent que l'ordonnance du tribunal empêcherait la réalisation de ces gains en efficience.

[Non souligné dans l'original.]

[37] À mon avis, ces commentaires ne sont pas suffisants pour conclure, malgré les indications contraires susmentionnées, que la défense fondée sur l'article 96 visait à limiter la portée du pouvoir du Tribunal, en vertu de l'article 92, d'interdire la délivrance d'une ordonnance qui empêcherait toute perte de gains en efficience. Comme je l'ai indiqué au paragraphe 24 ci-dessus, cette intention aurait pu être formulée beaucoup plus clairement.

[38] Secure fait valoir que l'interprétation asymétrique du paragraphe 96(1) appliquée par le Tribunal et défendue par le commissaire mène à un résultat absurde, qui doit être évité. Secure fait également valoir que le Tribunal a même reconnu cette absurdité au paragraphe 706 de ses motifs. Je ne suis pas d'accord pour dire que le Tribunal a reconnu une absurdité dans l'interprétation qu'il a adoptée. Il a reconnu l'asymétrie, mais a conclu qu'elle était le produit du libellé de la disposition. Il a ensuite indiqué ce qui suit :

Dans la mesure où il existe un fondement solide pour inclure dans l'analyse comparative tout effet anticoncurrentiel s'étant matérialisé avant le prononcé de l'ordonnance du Tribunal et pour exclure des gains en efficience sur lesquels l'ordonnance n'aura vraisemblablement pas d'incidence, la formation ne considère pas qu'il s'agit d'une situation d'un tel d'absurde qu'elle nécessiterait autrement de chercher une interprétation différente à donner au paragraphe 96(1).

[39] À mon avis, le Tribunal a clairement compris le principe selon lequel il faut éviter une interprétation qui mène à un résultat absurde, et il n'a clairement pas conclu à une telle absurdité.

L'emploi par le Tribunal des mots « une situation d'un tel absurde qu'elle nécessiterait autrement de chercher une interprétation différente » ne change pas mon avis.

[40] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas d'accord avec l'argument de Secure selon lequel l'interprétation asymétrique du paragraphe 96(1) est absurde. Secure cite à plusieurs reprises l'arrêt *Tervita*, au paragraphe 144, à l'appui de sa position selon laquelle une telle approche qui consiste à comparer « des pommes et des oranges » et qui mène à une « pondération en nombres incommensurables », ne devrait pas être suivie. Je n'interprète pas le paragraphe 144 de l'arrêt *Tervita* comme l'exhorte Secure. Je reproduis ce paragraphe ci-après par souci de commodité :

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

[41] D'abord, les « nombres incommensurables » mentionnés ne sont pas les gains en efficacité par rapport aux effets anticoncurrentiels. Il s'agit plutôt des aspects quantitatifs par rapport aux aspects qualitatifs. De plus, on reconnaît à ce paragraphe que le terme « *offset* » signifie que « des pommes et des oranges » seront comparées.

E. *Conclusion concernant l'interprétation du paragraphe 96(1)*

[42] Ayant examiné le libellé, le contexte et l'objet du paragraphe 96(1) de la Loi, je conclus que le Tribunal a interprété correctement cette disposition.

IV. Exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'application de l'article 96

[43] Secure fait valoir que le Tribunal a commis une erreur en prétendant exercer son pouvoir discrétionnaire, dans les circonstances de la présente affaire, où l'écart entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels est faible, pour rejeter la défense fondée sur l'article 96 qui est invoquée par Secure. Secure fait valoir que le Tribunal n'avait aucun pouvoir discrétionnaire à exercer en vertu de l'article 96, puisque le libellé est de nature obligatoire : « Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que [...] ».

[44] Il est vrai que la défense fondée sur l'article 96 est de nature obligatoire, en ce sens que, une fois les exigences de celle-ci satisfaites, le Tribunal perd le pouvoir de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92. En ce sens, l'utilisation par le Tribunal du terme « pouvoir discrétionnaire » peut donner une fausse impression. Toutefois, le Tribunal n'a commis aucune erreur. En fait, il a fait précisément ce que la majorité de la Cour suprême du Canada a ordonné dans l'arrêt *Tervita*, au paragraphe 154, que le Tribunal a cité :

Répetons que point n'est besoin que les gains en efficience atteignent un seuil d'importance précis. Or, il ne faut pas oublier que les modèles économiques sont intrinsèquement probabilistes et sont toujours assortis d'une certaine marge d'incertitude. Lorsque la pondération quantitative effectuée à la première étape de l'analyse qu'appelle l'art. 96 se traduit par des gains nets positifs, mais faibles, par rapport à l'incertitude intrinsèque de ces estimations, le Tribunal doit tenir compte de cette incertitude dans sa mise en balance des différentes considérations. Je ne dis pas qu'il faille minimiser les gains quantitatifs dans de tels cas, je dis simplement que dans les affaires où l'écart entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels est faible le Tribunal doit examiner soigneusement les

hypothèses sur lesquelles repose l'analyse quantitative. Il peut alors rejeter la défense fondée sur les gains en efficience, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, mais il doit justifier clairement sa décision. Ses motifs doivent sembler rationnels, même si la décision est contraire au résultat strict que l'analyse quantitative indiquerait par ailleurs.

[Non souligné dans l'original.]

[45] Aux paragraphes 714 à 716 de sa décision, le Tribunal a conclu que, même si la présente affaire pouvait être considérée comme une affaire où l'écart entre les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels est faible, un examen plus approfondi des éléments de preuve (et en particulier de la nature prudente des estimations du commissaire concernant les effets sur les prix et les autres effets) mène à une conclusion selon laquelle la défense fondée sur l'article 96 ne devrait pas être accueillie. Je n'accepte pas le fait que, dans son premier examen de ces estimations, le Tribunal a tiré des conclusions claires qui l'ont empêché de les examiner de manière plus approfondie et de tenir compte de leur caractère prudent. À mon avis, le Tribunal a adéquatement expliqué sa conclusion, comme l'exige l'arrêt *Tervita*.

V. Installation d'Elk Point

[46] L'installation de traitement, de récupération et d'élimination d'Elk Point était l'une des installations acquises par Secure dans le cadre du fusionnement. Quelques mois plus tard, cette installation a été accidentellement détruite par un incendie. Secure possédait une autre installation pouvant être utilisée pour répondre aux exigences des clients (l'installation de traitement, de récupération et d'élimination de Tulliby Lake) et, par conséquent, Secure n'avait pas à assumer les coûts de reconstruction de l'installation d'Elk Point.

[47] L'installation d'Elk Point était l'une des installations dont le Tribunal avait ordonné la cession. Secure fait valoir que tout acheteur de l'installation d'Elk Point devra assumer les coûts de reconstruction que Secure elle-même n'a pas eu à payer. Secure fait valoir que ces coûts de reconstruction représentent donc un gain en efficience résultant du fusionnement qui ne sera vraisemblablement pas réalisé si l'ordonnance du Tribunal devait être maintenue et que, par conséquent, ces coûts auraient dû être pris en compte dans l'évaluation de la défense fondée sur l'article 96. Secure fait remarquer que les calculs du Tribunal des gains en efficience ne tiennent pas compte des éléments de preuve concernant les économies réalisées sur les coûts de reconstruction.

[48] Le commissaire répond que le Tribunal n'a commis aucune erreur à cet égard parce qu'il a conclu que Secure n'avait pas prouvé que le traitement effectué à l'installation de Tulliby Lake plutôt qu'à l'installation d'Elk Point serait globalement moins coûteux (voir la décision du Tribunal aux para. 569 et 570, et 574 à 583). Le commissaire fait valoir qu'il s'agit d'une lacune fondamentale, qui aurait été présente même si les coûts de reconstruction que Secure n'avait pas eu à payer avaient été discutés. Le commissaire étaye son argument en faisant remarquer que la décision initiale de Secure était de fermer l'installation de Tulliby Lake et de conserver l'installation d'Elk Point. Selon le commissaire, cela laisse entendre que le fait de conserver l'installation de Tulliby Lake pourrait bien être l'option la moins efficace.

[49] Il s'agit d'une question factuelle qui doit être examinée selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Compte tenu du seuil élevé à satisfaire pour établir qu'une telle erreur a été commise, je ne suis pas convaincu que la Cour devrait intervenir à l'égard de cette question.

Il semble effectivement que les calculs du Tribunal des gains en efficience ne tiennent pas compte des éléments de preuve concernant les économies de coûts liées à la reconstruction de l'installation d'Elk Point, mais il semble également que l'examen de ces éléments de preuve n'aurait pas tenu compte de l'absence fondamentale d'éléments de preuve selon lesquels le traitement à l'installation de Tulliby Lake plutôt qu'à l'installation d'Elk Point serait globalement moins coûteux. Les conclusions du Tribunal concernant ce manque d'éléments de preuve ne s'appliquent pas uniquement aux économies quotidiennes, comme le prétend Secure. Le Tribunal a clairement indiqué au paragraphe 580 de ses motifs que « Secure n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, les gains en efficience globaux allégués qu'elle attribue à la rationalisation d'installations ».

[50] Si le Tribunal a commis une erreur à l'égard de cette question, je ne suis pas convaincu qu'elle était manifeste ou dominante.

VI. Avis d'experts sur l'élasticité du prix de la demande

[51] Secure fait valoir que le Tribunal a commis une erreur en rejetant les éléments de preuve d'experts concernant l'élasticité du prix de la demande qui ont été présentés par le commissaire et Secure. Secure fait valoir qu'à l'audience, l'expert du commissaire (D^r Miller) est revenu sur son estimation initiale et a souscrit à l'estimation fournie par l'expert de Secure (D^r Yatchew). Malgré l'absence évidente de désaccord, le Tribunal a conclu que, « en raison des lacunes que présentent les analyses des D^{rs} Miller et Yatchew, le Tribunal n'a pas été en mesure de tirer une

conclusion définitive en se fondant seulement sur les éléments de preuve » (voir la décision du Tribunal au para. 659).

[52] Le Tribunal a poursuivi, au paragraphe 660, comme suit : « Toutefois, au vu du dossier de preuve dans son ensemble, le Tribunal conclut que, selon la prépondérance des probabilités, l'élasticité du prix de la demande de chacun de ces services se situe vraisemblablement entre - 0,1 et - 0,3 ». Le Tribunal a conclu que cette estimation était [TRADUCTION] « conforme à la conclusion que D^r Yatchew et D^r Miller ont en fin de compte tiré ».

[53] Secure fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit à deux égards. Premièrement, Secure fait valoir que le Tribunal a outrepassé son rôle judiciaire et a manqué à l'équité procédurale en substituant son propre avis d'« expert » à celui des experts des parties. Deuxièmement, Secure fait valoir que le Tribunal n'avait pas le droit de se fonder sur les éléments de preuve des experts des parties après les avoir rejetés.

[54] Je tiens d'abord à faire remarquer qu'il était nécessaire que Secure qualifie ces erreurs alléguées d'erreurs de droit parce que, comme je l'ai mentionné au paragraphe 9 ci-dessus, l'autorisation d'interjeter appel de cette question en tant que question de fait avait été refusée. Il est difficile pour Secure, ayant qualifié les erreurs alléguées de questions de fait aux fins de sa requête en autorisation d'appel, de les qualifier maintenant de questions de droit. Quoiqu'il en soit, je ne relève aucune erreur de droit.

[55] En ce qui concerne le premier point, je ne relève aucune erreur de droit dans le refus du Tribunal d'adopter les éléments de preuve des experts dans leur ensemble et de tenir compte d'autres éléments de preuve pour en arriver à sa conclusion. Cela n'outrepasse pas le rôle judiciaire du Tribunal et ne constitue pas un manquement à l'équité procédurale. Secure n'a démontré aucune incohérence entre la conclusion du Tribunal et les éléments de preuve.

[56] En ce qui concerne le deuxième point, je n'accepte pas l'hypothèse selon laquelle le Tribunal a rejeté les éléments de preuve des experts des parties. Comme il est indiqué dans la citation reproduite au paragraphe 51 ci-dessus, le Tribunal a simplement conclu qu'il n'était pas en mesure de tirer une conclusion définitive en ne tenant compte que des éléments de preuve des experts. La déclaration qu'il a faite immédiatement après, selon laquelle sa conclusion était conforme à celle des experts, laisse aussi entendre qu'il n'avait pas entièrement rejeté ces éléments de preuve.

VII. Évaluation des effets sur le prix des précommandes

[57] Secure fait valoir que le Tribunal a commis une erreur à deux égards étroitement liés dans son évaluation des effets du fusionnement sur les prix avant son ordonnance. À ces deux égards, Secure fait valoir qu'il était manifestement incohérent pour le Tribunal de se fonder sur les effets allégués sur les prix à compter de la date de clôture sans tenir compte de sa propre conclusion selon laquelle les effets sur les prix n'auraient vraisemblablement pas été réalisés. Secure les qualifie d'erreurs de droit ou, à titre subsidiaire, d'erreurs de fait manifestes et dominantes.

[58] Quoi qu'il en soit, je ne relève aucune erreur.

[59] D'abord, je n'accepte pas l'hypothèse de Secure selon laquelle le Tribunal a conclu que les effets sur les prix ne se seraient vraisemblablement pas réalisés à partir de la date de clôture du fusionnement. Le Tribunal a plutôt critiqué l'ensemble de données de huit mois sur lequel s'appuie le témoin de Secure, D^f Duplantis, affirmant qu'elles étaient insuffisantes pour produire des résultats fiables (voir la décision du Tribunal au para 207). Le Tribunal a mentionné les facteurs dont D^f Duplantis aurait dû tenir compte : (i) le temps requis pour négocier les tarifs avec les clients; (ii) les contrats existants qui pourraient demeurer en vigueur pendant la période de huit mois; et (iii) la réticence possible à augmenter les prix pendant l'examen du commissaire. Toutefois, le Tribunal n'a pas conclu que les effets sur les prix ne se seraient vraisemblablement pas réalisés à partir de la date de clôture.

[60] En ce qui concerne l'allégation selon laquelle le traitement par le Tribunal des éléments de preuve à ce sujet était incohérent, Secure fait valoir que le Tribunal a accepté les éléments de preuve du témoin du commissaire, D^f Miller, sans insister sur les ajustements qu'il a jugés manquants dans les éléments de preuve de D^f Duplantis, et que c'est ce qui a incité le Tribunal à ne pas tenir compte de ces éléments de preuve. Il s'agit d'une question de fait à l'égard de laquelle l'expertise du Tribunal mérite une grande déférence (voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Rogers Communications Inc.*, 2023 CAF 16 au para. 7). En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, l'intervention de la Cour serait inappropriée. Selon les paragraphes de la décision du Tribunal cités par Secure (décision du Tribunal aux para. 635, 662

et 667), il ne m'apparaît pas évident (manifeste) que le traitement par le Tribunal des éléments de preuve de D^f Miller était incompatible avec celui des éléments de preuve de D^f Duplantis.

VIII. Application de la norme de preuve

[61] Secure fait valoir que, à bien des égards, le Tribunal a adopté une approche inégale dans l'examen des éléments de preuve de chaque partie. Elle fait valoir que cela équivaut à une erreur de droit, y compris à un manquement à l'équité procédurale.

[62] Je tiens à noter que certains des arguments de Secure sur cette question dépendent de la question de savoir si elle a obtenu gain de cause à l'égard d'autres questions qu'elle soulève. Il s'agit notamment de l'interprétation asymétrique du paragraphe 96(1), ainsi que du traitement des éléments de preuve d'experts concernant l'élasticité du prix de la demande. Compte tenu des conclusions que j'ai tirées ci-dessus, ces arguments doivent être rejetés.

[63] Les autres arguments invoqués par Secure alléguant une approche inégale dans le traitement des éléments de preuve visent des exemples où le Tribunal a critiqué les éléments de preuve de Secure et ne leur a accordé aucun poids, mais où il a ajusté les éléments de preuve présentés par le commissaire afin de remédier aux lacunes dans ces éléments de preuve et de leur accorder un certain poids.

[64] Toutefois, il incombe au Tribunal d'examiner et d'apprécier les éléments de preuve. Je ne vois aucune erreur de droit dans la conclusion selon laquelle certains éléments de preuve sont si

lacunaires qu'aucun poids ne devrait leur être accordé, tandis que d'autres éléments de preuve lacunaires peuvent être corrigés. Je ne suis pas convaincu non plus que le Tribunal a décidé de ne pas accorder de poids aux éléments de preuve lacunaires ou de les modifier en fonction de la partie qui les avait déposés – Secure ou le commissaire.

[65] Je partage l'avis du commissaire que les arguments de Secure sur cette question constituent essentiellement une contestation indirecte des conclusions de fait du Tribunal. Secure n'a ni demandé ni obtenu l'autorisation d'interjeter appel de ces questions en tant que questions de fait. Par conséquent, nous ne pouvons considérer ces erreurs comme des erreurs de fait alléguées. Quoi qu'il en soit, Secure ne m'a pas convaincu du fait que le Tribunal avait commis une erreur manifeste et dominante dans son traitement des éléments de preuve.

IX. Équité procédurale

[66] Secure fait valoir qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale lorsque le Tribunal, ayant conclu que le fusionnement n'avait pas diminué sensiblement la concurrence dans plusieurs marchés géographiques, a ordonné le dessaisissement de seulement 29 des 41 installations proposées par le commissaire. Secure fait remarquer, dans ses conclusions devant le Tribunal, qu'elle a demandé que la demande du commissaire soit rejetée entièrement. Cependant, à titre subsidiaire, elle a demandé la possibilité de produire des éléments de preuve et de présenter des observations sur la question de la réparation. Aucune possibilité de ce genre n'a été accordée.

[67] Secure cite la décision de la Cour intitulée *Air Canada c. Robinson*, 2021 CAF 204 au paragraphe 54 (*Air Canada*), où figurent des exemples de situations où l'équité procédurale exige qu'une partie ait la possibilité d'être entendue sur une question particulière. Cela comprend les situations où l'arbitre a reçu des éléments de preuve ou des observations d'une partie *ex parte* (sans préavis à l'autre partie), ou a reçu des commentaires d'autres membres de l'organisme administratif sans préavis aux parties que de nouvelles questions résultaient des commentaires. L'idée est que les parties devraient connaître les éléments de preuve qui pèsent contre elles et avoir la possibilité d'y répondre.

[68] Les circonstances particulières décrites au paragraphe précédent ne sont pas présentes en l'espèce. De plus, la Cour a précisé, dans *Air Canada*, au paragraphe 55, qu'en règle générale, un décideur administratif n'est pas tenu de fournir un préavis au sujet de la réparation qu'il envisage d'accorder. Dans *Air Canada*, cette règle générale ne s'appliquait pas parce qu'*Air Canada* n'avait aucune idée des types de réparations qui auraient pu être imposés.

[69] En l'espèce, Secure était pleinement consciente des 41 installations dont le commissaire proposait le dessaisissement et de la possibilité que le dessaisissement d'un sous-ensemble de ces installations pourrait être ordonné. Secure a eu la possibilité, pendant l'audience devant le Tribunal, de présenter des éléments de preuve et des observations concernant la question de la réparation. En résumé, Secure connaissait les éléments de preuve qui pesaient contre elle et a eu la possibilité d'y répondre. Je ne relève aucun manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

X. Conclusion

[70] Pour les motifs susmentionnés, je rejetterais l'appel avec dépens.

« George R. Locke »

j.c.a.

« Je souscris à ces motifs.
Judith Woods, j.c.a. »

« Je souscris à ces motifs.
René Leblanc, j.c.a. »

ANNEXE

Objet

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

[...]

Ordonnance en cas de diminution de la concurrence

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

- a)** dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b)** entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c)** entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un

Purpose of Act

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

...

Order

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

- (a)** in a trade, industry or profession,
- (b)** among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c)** among the outlets through which a trade, industry or

commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;

profession disposes of a product, or

d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

(d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

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

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non :

(e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person

(i) de le dissoudre, conformément à ses directives,

(i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,

(ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,

(ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or

(iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure;

(iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, to take any other action, or

f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant :

(f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person

(i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,

(i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,

(ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,

(ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or

(iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non :

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

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

(iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

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

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

Preuve

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

[...]

Exception dans les cas de gains en efficience

96 (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour

Evidence

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

...

Exception where gains in efficiency

96 (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to

effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

Facteurs pris en considération

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

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

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

Restriction

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

bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

Factors to be considered

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

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

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

Restriction

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

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-89-23

INTITULÉ : SECURE ENERGY SERVICES
INC. c. LE COMMISSAIRE DE
LA CONCURRENCE

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO (ONTARIO)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 19 JUIN 2023

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE LOCKE

Y ONT SOUSCRIT : LA JUGE WOODS
LE JUGE LEBLANC

DATE DES MOTIFS : LE 1^{ER} AOÛT 2023

COMPARUTIONS :

Robert E. Kwinter
Nicole Henderson
Randall Hofley
Joe McGrade

POUR L'APPELANTE

Jonathan Hood
Paul Klippenstein
Ellé Nekiar
Kevin Hong

POUR L'INTIMÉ

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.
Avocats
Toronto (Ontario)

POUR L'APPELANTE

Shalene Curtis-Micallef
Sous-procureure générale du Canada

POUR L'INTIMÉ