

Competition Tribunal



Tribunal de la concurrence

Référence : *Rakuten Kobo Inc c Le commissaire de la concurrence*, 2016 Trib conc 11

N° de dossier : CT-2014-002

N° du document du greffe : 239

AFFAIRE CONCERNANT le dépôt et de l'enregistrement d'un consentement en vertu de l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

Rakuten Kobo Inc
(demanderesse)

et

**Le commissaire de la concurrence,
Hachette Book Group Canada Ltd,
Hachette Book Group, Inc,
Hachette Digital Inc, HarperCollins
Canada Limited, Holtzbrinck
Publishers, LLC, et
Simon & Schuster Canada, une division de
CBS Canada Holdings Co**
(défendeurs)



Date de l'audience : Le 25 avril 2016

Devant : Messieurs le juge D. Gascon (président), le juge en chef P. Crampton et le D^r D. McFetridge

Date des motifs et de l'ordonnance : Le 10 juin 2016

MOTIFS DE L'ORDONNANCE ET ORDONNANCE

A. INTRODUCTION ET APERÇU

[1] Il s'agit de la deuxième demande, et de la plus détaillée, présentée en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34 (la « **Loi** »). Par conséquent, elle soulève un certain nombre de nouvelles questions.

[2] En résumé, Rakuten Kobo Inc (« **Kobo** ») cherche à obtenir une ordonnance annulant le consentement qui a été signé par le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** ») et les éditeurs défendeurs avec préjudice au commissaire en signant un autre consentement avec un des défendeurs en raison des mêmes allégations ou d'allégations similaires.

[3] À l'appui de sa demande, Kobo soutient que le consentement ne satisfait pas à l'une ou l'autre des trois « conditions » [TRADUCTION] énoncées par le Tribunal dans sa décision sur une référence qui a été déposée par le commissaire dans le cadre de procédures connexes (*Kobo Inc c Le commissaire de la concurrence*, 2014 Trib conc 14 (la « **décision de référence** »)).

[4] Dans la *décision de référence*, le Tribunal a conclu que sa compétence dans le cadre de procédures en vertu du paragraphe 106(2) est limitée à l'évaluation de trois questions :

- i. la question de savoir si les modalités du consentement en cause ne relèvent pas du type d'ordonnance(s) que le Tribunal est en droit de rendre en ce qui concerne la pratique commerciale susceptible de contrôle qui est examinée;
- ii. la question de savoir si le consentement :
 - a) précise chacun des éléments de fond de la pratique commerciale en question susceptible de contrôle;
 - b) comporte soit (i) un accord explicite entre le commissaire et les défendeurs indiquant que chacun de ces éléments a été respecté, soit (ii) une déclaration selon laquelle le commissaire a conclu que chacun de ces éléments a bien été respecté et une déclaration du (ou des) défendeurs, indiquant qu'ils ne contestent pas cette conclusion;
- iii. la question de savoir si une ou plusieurs modalités du consentement sont inexécutives ou ne mèneraient à aucune obligation exécutoire, par exemple, parce qu'elles sont trop vagues.

(*Décision de référence*, aux paras 125-128)

[5] Le commissaire reconnaît que le consentement ne satisfait pas au critère décrit au paragraphe 4.11.b) ci-dessus. Le Tribunal est d'accord.

[6] Pour les motifs qui suivent, le Tribunal conclut que le consentement ne satisfait pas au critère établi au paragraphe 4.ii.b) ci-dessus.

[7] Le Tribunal conclut également que l'effet combiné de ces lacunes est tel qu'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'annuler le consentement avec préjudice à la capacité du commissaire à signer un autre consentement en raison de simples allégations qui sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que celles formant le fondement du consentement initial. De telles allégations, sans plus, ne satisferaient pas au critère établi au paragraphe 4.ii.b) ci-dessus.

[8] Enfin, le Tribunal rejette l'exposé de Kobo, selon lequel le fait de permettre au commissaire et à un ou plusieurs éditeurs défendeurs de signer un nouveau consentement serait contraire à la Loi et constituerait une violation au principe juridique de la *chose jugée*.

B. FAITS

[9] Comme cela a été décrit plus en détail dans la *décision de référence* et dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c Pearson Canada Inc*, 2014 CF 376, [2015] 3 RCF 3, au milieu de 2012, le commissaire a entamé une enquête en vertu du sous-alinéa 10(1)b(ii) de la Loi en ce qui concerne l'allégation d'une certaine conduite anticoncurrentielle afin de limiter la concurrence du prix au détail des livres numériques dans les marchés des livres numériques au Canada. Notamment, cette conduite impliquait un changement pour les plus grands éditeurs de livres numériques non romanesques et de fiction d'intérêt général, c'est-à-dire un transfert du modèle de distribution en gros vers un modèle de distributions par des agences. Après ce changement, la concurrence du prix au détail des marchés de livres numériques au Canada a présumément été limitée.

[10] Le début de l'enquête impliquait des enquêtes réalisées par les États-Unis et l'Europe et des mesures exécutoires subséquentes prises par ceux-ci concernant un changement similaire du modèle de distribution en gros à un modèle de distribution par des agences qui a été effectué dans ces juridictions.

[11] En février 2014, le commissaire et quatre des éditeurs ciblés par l'enquête (les « **éditeurs défendeurs** ») ont signé un consentement, qui a été déposé et enregistré auprès du Tribunal en vertu de l'article 105 de la *Loi*.

[12] Les éditeurs défendeurs sont Hachette Book Group Canada Ltd et certaines de ses filiales (« **Hachette** »), Holtzbrinck Publishers, LLC (faisant des affaires sous le nom de Macmillan) (« **Macmillan** »), HarperCollins Canada Limited (« **HarperCollins** ») et Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co. (« **Simon & Schuster** »).

[13] Une des modalités du consentement déclare que « le commissaire soutient qu'en plus d'un accord ou d'un arrangement, les défendeurs ont adopté une conduite qui a pour effet que la concurrence des marchés de livres numériques au Canada est empêchée ou diminuée, ce qui est une violation de l'article 90.1 de la *Loi* » [TRADUCTION].

[14] En règle générale, le consentement vise la conclusion d'accords de distribution entre les éditeurs défendeurs et les détaillants de livres numériques. Notamment, le consentement interdit aux éditeurs défendeurs de directement ou indirectement limiter ou entraver la capacité des détaillants de livres numériques à établir, à modifier et à réduire le prix au détail de tout livre numérique dans le cadre de sa vente à des consommateurs au Canada, ou à offrir tout rabais ou toute autre forme de promotion visant à encourager les consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres numériques. L'accord interdit également aux éditeurs défendeurs de conclure un accord avec un détaillant de livres numériques qui aurait l'un de ces effets. Ces interdictions s'appliquent pour une période de 18 mois à partir du 40^e jour suivant l'enregistrement du consentement.

[15] D'autres modalités des consentements interdisent aux éditeurs défendeurs de conclure un accord avec des détaillants de livres numériques, concernant la vente de livres numériques à des consommateurs au Canada, contenant des genres particuliers de clauses de la nation la plus favorisée (« **clauses NPF** »), et cela pour une période de quatre ans et six mois à compter de la date de l'enregistrement du consentement.

[16] De plus, le consentement exige que les éditeurs défendeurs prennent les mesures nécessaires pour terminer, et non renouveler ou proroger, les accords existants avec les détaillants de livres numériques qui contiennent des genres particuliers de clauses. Au lieu de telles mesures, le consentement permet aux éditeurs défendeurs de prendre des mesures alternatives afin de satisfaire à leurs obligations.

[17] Environ deux semaines après le dépôt du consentement auprès du Tribunal, Kobo a présenté un avis de demande (la « **demande initiale** ») en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi*, dans lequel elle demandait une ordonnance annulant le consentement. À titre subsidiaire, Kobo cherche à obtenir une ordonnance modifiant les modalités du consentement afin de supprimer les obligations des éditeurs défendeurs, sauf celles concernant des clauses NPF.

[18] Après le dépôt du consentement, Kobo Inc a changé son nom pour devenir Rakuten Kobo Inc.

[19] Une des principales opérations commerciales de Kobo est celle de détaillant de livres numériques. De plus, Kobo développe et vend des appareils de lecture de livres numériques et crée une application gratuite destinée à la lecture de livres numériques sur les ordinateurs et les appareils mobiles.

[20] Dans son énoncé des motifs et des faits substantiels, joint à l'annexe A de sa demande initiale, Kobo déclare que l'effet du consentement « change rapidement et radicalement les relations contractuelles que Kobo entretient avec » [TRADUCTION] les éditeurs défendeurs.

[21] Selon une ordonnance du 18 mars 2014, le Tribunal a suspendu l'enregistrement du consentement en attendant de rendre une décision quant à la présente demande. Cette ordonnance reste exécutoire jusqu'à l'émission de l'ordonnance ci-jointe, aujourd'hui.

[22] Le 15 avril 2014, le commissionnaire a déposé un avis de renvoi en vertu du paragraphe 124.2(2) de la *Loi*, dans lequel il pose la question suivante :

Quelles sont la nature et la portée de la compétence du Tribunal en vertu du paragraphe 106(2) et, par conséquent, quelle est la signification des termes « les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal » du libellé du paragraphe 106(2) de la *Loi* ?

[TRADUCTION]

[23] En septembre 2014, le Tribunal a répondu à ces questions dans la décision de référence en déclarant qu'il avait compétence pour évaluer les trois types de questions susmentionnées au paragraphe 4 dans le cadre d'une demande présentée en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi*.

[24] Le Tribunal a ajouté qu'il n'avait pas compétence pour aller plus loin, comme demandé par Kobo, et évaluer si un ou plusieurs éléments substantifs quant à la pratique de commerce susceptible de contrôle n'ont pas été satisfaits ou si une défense ou une exception prévue par la *Loi* est applicable. En l'espèce, cela signifie que le Tribunal n'a pas compétence pour évaluer si un ou plusieurs éléments substantifs prévus à l'article 90.1 de la *Loi* sont satisfaits, y compris s'il existe en fait un accord ou un arrangement – conclu ou proposé – entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents. Les litiges touchant ces éléments substantifs ou d'autres, comme de savoir si un accord aurait vraisemblablement empêché ou diminué, ne relèvent pas du paragraphe 106(2).

[25] Le 18 juin 2015, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par Kobo (*Rakuten Kobo Inc c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CAF 149).

[26] Le 14 janvier 2016, la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale (*Rakuten Kobo Inc c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CAF 149, autorisation d'appel à la CSC rejetée, 36554 (14 janvier 2016)).

[27] Entre temps, durant une conférence de gestion de l'instance tenue le 22 décembre 2014, l'avocat du commissaire a confirmé son énoncé précédant à l'intention de Kobo et des éditeurs défendeurs, selon lequel, à la lumière de la *décision de référence*, le commissaire était prêt à consentir à la principale réparation demandée par Kobo dans sa demande présentée en vertu du paragraphe 106(2).

[28] Le 30 novembre 2015, Kobo a déposé un avis de demande modifié (la « **demande** »), et cherche à obtenir essentiellement la même réparation qu'il cherchait à obtenir dans sa demande initiale, cette fois « avec préjudice » au commissaire en signant un consentement avec un des éditeurs défendeurs « en raison d'allégations qui sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que celles formant le fondement du consentement initial » [TRADUCTION].

[29] Kobo a également ajouté un motif supplémentaire justifiant la réparation, à savoir que certaines modalités du consentement « sont vagues et ne permettent pas de les exécuter ou mèneraient à une obligation inexécutoire » [TRADUCTION]. À cet égard, les exposés de Kobo

portent sur des dispositions du paragraphe 5 du consentement, lesquels sont abordés dans la section E(iv) des présents motifs.

[30] Dans sa réponse du 8 janvier 2016, Kobo expliquait qu'elle n'avait pas modifié les motifs de sa demande autrement parce que sa demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême était encore pendante à ce moment-là et qu'elle croyait encore ces motifs valides. Par la suite, dans les observations légales de la réponse du 21 avril 2016, Kobo expliquait qu'après que l'appel de la *décision de référence* avait été tranché par la Cour suprême, elle n'avait pas déposé un nouvel avis de demande modifié puisque cela aurait créé un retard et compliqué l'échéancier. Cela dit, elle déclare également que, « comme le montrent clairement [ses] observations légales et [sa] conduite depuis que la CSC a rendu sa décision, Kobo a seulement avancé des arguments qui étaient permis par la [*décision de référence*] » [TRADUCTION].

[31] Dans ses représentations juridiques écrites et son exposé oral en l'espèce, le commissaire a confirmé qu'il consent à l'annulation du consentement avec préjudice à sa capacité de signer un autre consentement « en raison d'*allégations* qui sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que celles formant le fondement du consentement initial » [TRADUCTION] (italiques ajoutés). Cependant, le commissaire a précisé que son consentement ne porte pas préjudice au fait qu'il signe un autre consentement « en raison de *conclusions* qu'[il] peut tirer sur les sujets visés par les modalités du consentement, ainsi que de tout autre sujet pertinent relativement aux éléments substantifs d'une conduite susceptible de contrôle en vertu de l'art. 90.1 de la Loi » (italiques dans l'original).

[32] Le commissaire explique que sa position récente est fondée sur le fait que le consentement ne porte que sur des *allégations*, et non pas sur des *conclusions* tirées par le commissaire, tel que l'exige le critère établi au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs. Le commissaire ajoute que, si le Tribunal conclut que le paragraphe 5 est vague et inexécutoire, il devrait être retiré du consentement, supposant que le Tribunal n'a pas l'intention d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour annuler le reste du consentement.

[33] Au cours de l'audience en l'espèce, l'avocate de HarperCollins, au nom de HarperCollins, Macmillan et Hachette (les « **trois éditeurs défendeurs** »), a déclaré que les trois éditeurs défendeurs étaient prêts à consentir à appuyer la position du commissaire, selon laquelle le consentement devrait être annulé (transcription, à la p. 200). Cependant, elle déclare que les trois éditeurs défendeurs n'appuient pas la position du commissaire, selon laquelle le paragraphe 5 du consentement serait dissociable du reste du consentement. Notamment, elle déclare que les trois éditeurs défendeurs auraient signé le consentement sans cette disposition (transcription, à la p. 207).

[34] Le quatrième éditeur défendeur, Simon & Schuster, ne reconnaît pas ni n'admet qu'il existe des motifs justifiant l'annulation du consentement. Il affirme plutôt que l'intérêt public à ce qu'il y ait règlement serait gravement compromis si le consentement était annulé. Notamment, il laisse entendre que l'annulation du consentement pourrait bien créer des procédures plus coûteuses, plus longues et possiblement imprévisibles au-delà de ce qu'elles ont déjà exigé. Par conséquent, il encourage le Tribunal à exercer son pouvoir discrétionnaire afin de rejeter la demande.

C. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[35] L'article 105 de la *Loi* régit la signature de consentements et l'enregistrement de ces accords auprès du Tribunal. L'article 105 prévoit ce qui suit :

105. (1) Le commissaire et la personne à l'égard de laquelle il a demandé ou peut demander une ordonnance en vertu de la présente partie – exception faite de l'ordonnance provisoire prévue à l'article 103.3 – peuvent signer un consentement.

(2) Le consentement porte sur le contenu de toute ordonnance qui pourrait éventuellement être rendue contre la personne en question par le Tribunal.

(3) Le consentement est déposé auprès du Tribunal qui est tenu de l'enregistrer immédiatement.

(4) Une fois enregistré, le consentement met fin aux procédures qui ont pu être engagées, et il a la même valeur et produit les mêmes effets qu'une ordonnance du Tribunal, notamment quant à l'engagement des procédures.

105. (1) The Commissioner and a person in respect of whom the Commissioner has applied or may apply for an order under this Part, other than an interim order under section 103.3, may sign a consent agreement.

(2) The consent agreement shall be based on terms that could be the subject of an order of the Tribunal against that person.

(3) The consent agreement may be filed with the Tribunal for immediate registration.

(4) Upon registration of the consent agreement, the proceedings, if any, are terminated, and the consent agreement has the same force and effect, and proceedings may be taken, as if it were an order of the Tribunal.

[36] En vertu du paragraphe 106(2), les tiers peuvent demander au Tribunal de modifier ou d'annuler un consentement. Cette disposition prévoit ce qui suit :

(2) Toute personne directement touchée par le consentement – à l'exclusion d'une partie à celui-ci – peut, dans les soixante jours suivant l'enregistrement, demander au Tribunal d'en annuler ou d'en modifier une ou plusieurs modalités. Le Tribunal peut accueillir la demande s'il conclut que la personne a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal.

(2) A person directly affected by a consent agreement, other than a party to that agreement, may apply to the Tribunal within 60 days after the registration of the agreement to have one or more of its terms rescinded or varied. The Tribunal may grant the application if it finds that the person has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal.

[37] De plus, en vertu du paragraphe 106(1), les parties à un consentement peuvent également demander au Tribunal de modifier ou d'annuler l'accord. Cette disposition prévoit ce qui suit :

106 (1) Le Tribunal peut annuler ou modifier le consentement ou l'ordonnance visés à la présente partie, à l'exception de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 103.3 et du consentement visé à l'article 106.1, lorsque, à la demande du commissaire ou de la personne qui a signé le consentement, ou de celle à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue, il conclut que, selon le cas :

a) les circonstances ayant entraîné le consentement ou l'ordonnance ont changé et que, sur la base des circonstances qui existent au moment où la demande est faite, le consentement ou l'ordonnance n'aurait pas été signé ou rendue, ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet;

b) le commissaire et la personne qui a signé le consentement signent un autre consentement ou le commissaire et la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance a été rendue ont consenti à une autre ordonnance.

106 (1) The Tribunal may rescind or vary a consent agreement or an order made under this Part other than an order under section 103.3 or a consent agreement under section 106.1, on application by the Commissioner or the person who consented to the agreement, or the person against whom the order was made, if the Tribunal finds that

(a) the circumstances that led to the making of the agreement or order have changed and, in the circumstances that exist at the time the application is made, the agreement or order would not have been made or would have been ineffective in achieving its intended purpose; or

(b) the Commissioner and the person who consented to the agreement have consented to an alternative agreement or the Commissioner and the person against whom the order was made have consented to an alternative order.

[38] En l'espèce, la pratique de commerce susceptible de contrôle qui représente le fondement du consentement est celle décrite au paragraphe 90.1(1) de la *Loi*. Cette disposition prévoit ce qui suit :

90.1 (1) Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :

a) interdisant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à

90.1 (1) If, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that an agreement or arrangement — whether existing or proposed — between persons two or more of whom are competitors prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market, the Tribunal may make an order

(a) prohibiting any person — whether or not a party to the agreement or

l'arrangement – d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;

arrangement — from doing anything under the agreement or arrangement;
or

b) enjoignant à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

(b) requiring any person — whether or not a party to the agreement or arrangement — with the consent of that person and the Commissioner, to take any other action.

D. QUESTIONS EN LITIGE

[39] Les questions générales suivantes ont été soulevées en l'espèce :

- a. Les modalités du consentement relèvent-elles du type d'ordonnance(s) que le Tribunal est en droit de rendre concernant le paragraphe 90.1(1) ?
- b. Le consentement, y compris ses modalités, identifie-t-il de manière suffisante les éléments prévus au paragraphe 90.1(1) qui doivent être établis avant que le Tribunal ait compétence pour rendre une ordonnance contre les éditeurs défendeurs ?
- c. Le consentement contient-il soit (i) un énoncé portant que le commissaire et les éditeurs défendeurs reconnaissent que chacun des éléments prévus au paragraphe 90.1(1) a été satisfait, soit (ii) un énoncé portant que le commissaire a conclu que chacun de ces éléments a été satisfait et un énoncé des éditeurs défendeurs, selon lequel ils ne contestent pas cette conclusion ?
- d. Est-ce qu'une ou plusieurs modalités importantes du consentement sont inexécutaires en raison de leur libellé vague ou d'une autre raison ?
- e. Le Tribunal devrait-il exercer sa compétence afin d'annuler le consentement ?
- f. Le cas échéant, le Tribunal devrait-il annuler le consentement, avec préjudice à la capacité du commissaire et d'un ou plusieurs éditeurs défendeurs à déposer un autre consentement ?

[40] Ces questions en litige seront abordées une à la fois. Il est entendu que le Tribunal remarque que le commissaire et les éditeurs défendeurs ne contestent pas que Kobo est une personne « directement touchée » par le consentement en vertu du paragraphe 106(2).

E. ANALYSE

- (i) **Les modalités du consentement relèvent-elles du type d'ordonnance(s) que le Tribunal est en droit de rendre concernant le paragraphe 90.1(1) ?**

[41] En vertu du paragraphe 105(2), les consentements déposés auprès Tribunal doivent porter

sur le contenu de toute ordonnance qui pourrait éventuellement être rendue contre la (ou les) personne(s) en question par le Tribunal concernant la (ou les) personnes contre qui le commissaire demande ou pourrait demander une ordonnance en vertu de la partie VIII de la *Loi*.

[42] En l'espèce, les personnes en cause sont les éditeurs défendeurs et la disposition pertinente de la partie VIII est le paragraphe 90.1(1).

[43] Le paragraphe 90.1(1) permet au Tribunal de rendre deux types d'ordonnances s'il conclut qu'un accord ou un arrangement – conclu ou proposé – entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue la concurrence dans un marché, ou aurait vraisemblablement cet effet.

[44] Les deux types d'ordonnances sont décrits aux alinéas 90.1(1)*a*) et *b*) respectivement. Si le Tribunal conclut que les éléments décrits immédiatement ci-dessous sont satisfaits, il peut rendre une ordonnance qui :

- a) interdit à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;
- b) enjoint à toute personne – qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement – de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

[45] Le consentement contient plusieurs modalités qui imposent des interdictions aux éditeurs défendeurs. Il contient également des modalités qui exigent que les éditeurs défendeurs prennent des mesures.

[46] Kobo reconnaît que les modalités du consentement ne *relèvent* pas des deux types d'ordonnances que le Tribunal est en droit de rendre concernant le paragraphe 90.1(1), parce que la nature même de la présumée conduite contestée par le commissaire en vertu de cette disposition n'a pas été identifiée.

[47] Le Tribunal n'est pas d'accord. En tirant cette hypothèse, Kobo confond l'exigence voulant que les modalités du consentement *relèvent* d'au moins un type d'ordonnance que le Tribunal est en droit de rendre (*décision de référence*, au para 125) concernant le paragraphe 90.1(1), en ce qui concerne la question de savoir si les conditions préalables à l'exercice de la compétence du Tribunal afin de rendre une telle ordonnance ont été satisfaites. Cette dernière question est évaluée aux sections E(ii) et E(iii) des présents motifs.

[48] La question pertinente à cette étape de l'analyse est de savoir si l'interdiction et d'autres modalités du consentement relèvent des types d'ordonnances que le Tribunal est en droit de rendre en vertu des alinéas 90.1(1)*a*) et *b*) de la *Loi*. À première vue, ces modalités relèvent clairement à ces types d'ordonnances.

[49] En résumé, les modalités du consentement relatives à des interdictions relèvent directement de l'alinéa 90.1(1)*a*), tandis que les autres modalités du consentement relèvent

clairement l'alinéa 90.1(1)b), qui permet explicitement au commissaire et aux éditeurs défendeurs de consentir aux modalités qui exigent que ces derniers prennent les mesures nécessaires.

[50] Par conséquent, le Tribunal conclut que le critère établi au paragraphe 4.i des présents motifs, et identifié comme premier élément dans la *décision de référence*, est satisfait.

- (ii) **Le consentement, y compris ses modalités, identifie-t-il de manière suffisante les éléments prévus au paragraphe 90.1(1) qui doivent être établis avant que le Tribunal ait compétence pour rendre une ordonnance contre les éditeurs défendeurs ?**

[51] Nonobstant le fait que les modalités du consentement peuvent relever du (ou des) type(s) d'ordonnances que le Tribunal est en droit de rendre en vertu du paragraphe 90.1(1), il existe deux conditions qui doivent être satisfaites avant que le Tribunal ait la *compétence* pour rendre de telles ordonnances. La première est de satisfaire aux éléments prévus au paragraphe 90.1(1) et la seconde, qui est abordée à la section E(iii) des présents motifs, est que le consentement doit contenir au moins un des deux énoncés identifiés au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs concernant ces éléments.

[52] Si ces deux conditions sont satisfaites, les modalités du consentement ne sont pas des modalités qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal contre les éditeurs défendeurs, car le Tribunal n'a pas compétence pour enregistrer un consentement, en vertu de l'application combinée des paragraphes 105(2) et 90.1(1) (*décision de référence*, aux paras 90-96).

- a) *Quels sont les éléments du paragraphe 90.1(1) à identifier dans le consentement ?*

[53] Kobo soutient que le consentement n'identifie pas chacun des éléments substantifs prévus au paragraphe 90.1(1) et que, dans le cadre de son interrogatoire préalable, le commissaire a admis que le consentement n'identifie pas deux de ces éléments, à savoir si au moins deux concurrents sont parties à l'accord ou à l'arrangement proposé et si à la date du dépôt du consentement, l'accord ou l'arrangement présumé était conclu ou proposé.

[54] Kobo soutient qu'un consentement visant une conduite susceptible de contrôle en vertu du paragraphe 90.1(1) doit identifier les neuf éléments suivants :

- i. qui, selon le commissaire, sont les parties à l'accordé ou à l'arrangement présumé;
- ii. si le commissaire prétend qu'aux moins deux des parties à l'accord ou à l'arrangement sont des concurrents;
- iii. la date à laquelle le commissaire affirme avoir conclu l'accord ou l'arrangement;

- iv.** la date à laquelle l'accord ou l'arrangement a pris effet selon le commissaire;
- v.** la date à laquelle l'accord ou l'arrangement a expiré, le cas échéant, selon le commissaire;
- vi.** si, au moment du consentement, l'accord présumé avait été « conclu ou proposé »;
- vii.** la conduite visée par l'accord ou l'arrangement proposé;
- viii.** si l'accord ou l'arrangement présumé est écrit ou oral;
- ix.** si l'accord ou l'arrangement vise le Canada.

[55] Lors de l'audience, l'avocat du commissaire a soulevé une question concernant un certain nombre d'éléments énumérés ci-dessus. Notamment, il a affirmé que les éléments substantifs de la conduite susceptible de contrôle décrits au paragraphe 90.1(1) n'incluent pas les dates auxquelles l'accord ou l'arrangement en cause a pris effet et a expiré (le cas échéant) ni s'il est écrit ou oral. Le Tribunal est d'accord. Il s'agit de faits descriptifs quant aux éléments de « l'accord », et non pas d'éléments distincts en soi.

[56] L'avocat du commissaire reconnaît toutefois que le paragraphe 90.1(1) contient les six éléments suivants, lesquels devraient être abordés dans les consentements relatifs à une conduite prévue par cette disposition :

- i.** si la conduite contestée est un accord ou un arrangement;
- ii.** si l'accord ou l'arrangement est conclu ou proposé;
- iii.** l'identité d'au moins deux des parties à l'accord ou à l'arrangement;
- iv.** le fait qu'au moins deux des parties à l'accord ou à l'arrangement sont des concurrents;
- v.** le fait que l'accord ou l'arrangement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet;
- vi.** le(s) marché(s) au Canada touché(s), ou vraisemblablement touché(s) par l'effet.

[57] Le Tribunal est d'accord avec le commissaire que, en ce qui concerne la pratique susceptible de contrôle décrite au paragraphe 90.1(1), ces éléments constituent les seuls éléments qui doivent être identifiés de manière suffisante et faire l'objet d'un des deux énoncés décrits au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs afin qu'il ait la compétence prévue au paragraphe 105(2).

[58] Le Tribunal est toutefois en désaccord avec l'argument du commissaire portant qu'il suffit que le consentement déclare (i) que les éditeurs défendeurs sont parties à *un* accord conclu inconnu qui n'est pas autrement décrit, (ii) qu'au moins deux des personnes parties à l'accord sont des concurrents et (iii) que l'accord empêche ou diminue la concurrence d'un ou plusieurs marchés de distribution de livres numériques au Canada.

[59] Afin d'établir que les modalités du consentement *pourraient* faire l'objet d'une ordonnance contre les éditeurs défendeurs, en vertu du paragraphe 105(2), le consentement ne doit pas seulement répéter les éléments du paragraphe 90.1(1), tels qu'ils apparaissent dans la *Loi*. Il doit également expliquer la *façon* dont ces éléments sont satisfaits.

[60] Par conséquent, en ce qui concerne les éléments d'« un accord ou d'un arrangement », le consentement doit plus que seulement déclarer, d'une des façons décrites au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs, qu'*un* accord (ou un arrangement) a été conclu. Il doit fournir au Tribunal une compréhension suffisante du fondement de l'accord pour que le Tribunal soit convaincu que les interdictions du consentement concernent les modalités de l'accord, en vertu de l'alinéa 90.1(1)*a*) (*décision de référence*, au para 96). Si le Tribunal n'en est pas convaincu, il est difficile de voir comment le Tribunal pourrait être en position d'interdire aux éditeurs défendeurs de faire quoi que ce soit en vertu de l'accord, au sens de cet alinéa. En résumé, si le Tribunal n'a pas une compréhension suffisante de l'accord pour savoir que les modalités relatives aux interdictions du consentement visent les modalités de l'accord, il ne s'agirait que d'interdire aux éditeurs défendeurs de faire quelque chose qu'ils sont invités à *déduire* de l'accord.

[61] Par exemple, l'avocat du commissaire déclare qu'il n'est pas nécessaire de divulguer explicitement que l'accord contesté inclut des types de clauses NPF qui sont interdites dans le consentement. Le Tribunal n'est pas d'accord, il s'agit de renseignements qui doivent être divulgués soit dans les modalités, soit ailleurs dans le consentement. Il en va de même pour les autres éléments interdits en vertu du consentement. Il est entendu que le consentement devrait déclarer que l'accord en question inclut chacun des éléments qui font l'objet d'une interdiction. C'est la seule façon permettant au Tribunal de savoir que les interdictions prévues par le consentement visent réellement « tout acte au titre de l'accord », en vertu de l'alinéa 90.1(1)*a*). Il est important de souligner que le Tribunal ne devrait pas avoir à tirer des conclusions à cet égard.

[62] En effet, sans une compréhension de la nature même de l'accord, il est difficile de voir comment le Tribunal pourrait être convaincu au sujet des éléments décrits au paragraphe 90.1(1) de la *Loi*, notamment que les faits relatifs à la conduite ne sont pas les mêmes ou essentiellement les mêmes que les faits sur lesquels sont fondés a) les procédures entamées contre le(s) défendeur(s) en vertu des articles 45 ou 49, ou b) une ordonnance rendue contre une personne et demandée par le commissaire en vertu des articles 76, 79 ou 92.

[63] En ce qui concerne les cinq autres éléments du paragraphe 90.1(1), le Tribunal considère qu'il suffit que le consentement déclare, d'une des façons décrites au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs, que : (i) l'accord en question a été conclu ou proposé; (ii) les éditeurs défendeurs sont parties à l'accord – sinon le consentement devrait soit identifier les parties à l'accord, soit fournir une description de la nature des parties à l'accord et leur relation avec les

éditeurs défendeurs, par exemple filiale, fournisseur, client, etc.; (iii) au moins deux des éditeurs défendeurs sont des concurrents – sinon le consentement devrait soit identifier au moins deux parties à l'accord qui sont des concurrents, soit fournir une description de la nature de telles parties et leur relation avec les éditeurs défendeurs; (iv) l'accord empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aurait vraisemblablement cet effet; et (v) cet effet anticoncurrentiel touche ou touchera vraisemblablement les marchés de livres numériques au Canada.

[64] Il est entendu que, en ce qui concerne l'identité des parties à l'accord ou à l'arrangement contesté, il n'est pas nécessaire que le Tribunal connaisse l'identité exacte des parties à l'accord ou à l'arrangement en cause. Le Tribunal n'a qu'à savoir si les éditeurs défendeurs sont partis à l'accord. S'ils ne sont pas toutes parties à l'accord, le Tribunal doit savoir pourquoi on lui demande de rendre une ordonnance contre eux et connaître le type de renseignements décrits dans le paragraphe précédent concernant la nature des parties à l'accord et leur relation avec les éditeurs défendeurs, par exemple filiale, fournisseur, client, etc.

[65] Afin d'orienter les futures affaires concernant la présente question, et en reconnaissant le fait que le commissaire peut choisir de chercher dès le départ un consentement contre seulement un défendeur, le Tribunal est convaincu qu'il aurait compétence pour rendre une ordonnance, prévue aux paragraphes 105(2) et 90.1 (1), si le consentement déclare (i) que le défendeur est partie à l'accord en cause et (ii) qu'il y a au moins une autre partie à l'accord non identifiée, dont l'identité est connue du commissaire et dont la nature et la relation avec le défendeur sont précisées. Si le défendeur en question n'est pas partie à l'accord, le Tribunal devra connaître les éléments décrits au point (ii) du paragraphe 63 des présents motifs.

[66] Bien sûr, le consentement devra également aborder ces autres éléments du paragraphe 90.1(1), y compris l'exigence selon laquelle il doit y avoir au moins deux parties à l'accord qui sont des concurrents. À cet égard, le consentement devrait aborder la question de savoir si au moins deux défendeurs sont des concurrents, et sinon, si a) un des défendeurs et une autre partie (identifiée ou non) à l'accord sont des concurrents, ou si b) deux parties (identifiées ou non) à l'accord sont des concurrents. Si au moins un concurrent n'est pas identifié, sa nature et sa relation avec le défendeur (par exemple, filiale, fournisseur, client, etc.) devraient être fournies.

[67] Comme l'a fait observer le Tribunal dans la *décision de référence*, l'exigence de divulgation décrite dans les précédents paragraphes fournira non seulement au Tribunal des renseignements dont il a besoin pour exercer sa compétence, mais elle permettra également d'atteindre l'important objectif de s'assurer que le public est au fait de ces renseignements. Dissimuler de tels renseignements au public pourrait ébranler la confiance du public envers l'administration de la justice et l'application de la Loi (*décision de référence*, au para 93).

[68] Le Tribunal note la préoccupation soulevée par les avocats du commissaire et de HarperCollins, selon laquelle les parties pourraient avoir de la difficulté à signer un consentement si le Tribunal est « indûment prescriptif » [TRADUCTION] et va trop loin dans son application de l'exigence relative à l'identification des éléments nécessaires dans le consentement. Le Tribunal ne croit toutefois pas que l'identification des six éléments établis dans

sa décision pourrait créer un effet paralysant sur le règlement subséquent de l'espèce de manière consensuelle ou, de manière plus générale, sur les consentements proposés en vertu du paragraphe 90.1(1). Ce niveau de divulgation est nécessaire afin de permettre au Tribunal d'exercer sa compétence et d'informer le public de manière adéquate.

[69] Le Tribunal remarque que les renseignements décrits dans les paragraphes précédents sont similaires à ceux qui sont souvent divulgués dans les communiqués de presse publiés par le commissaire lors du dépôt d'un consentement ou d'énoncés conjoints des faits concernant des procédures criminelles fondées sur la *Loi*.

[70] Par exemple, dans un communiqué de presse publié par le Bureau de la concurrence le 30 décembre 2015 concernant le consentement qu'il a signé avec Telus, intitulé *Les clients de Telus recevront des remises en argent totalisant 7,34 millions de dollars aux termes d'une entente conclue avec le Bureau de la concurrence*, le Bureau de la concurrence n'a pas seulement divulgué que Telus avait fait ou permis que soient faites des déclarations fausses ou trompeuses. Il a également été divulgué des renseignements additionnels concernant la nature même de ces déclarations faites dans des publicités visant la messagerie texte payante dans des fenêtres publicitaires, des applications et les médias sociaux la messagerie texte payante, et le fait que les clients de Telus, de Telus Mobilité et de Koodo qui ont dû payer des frais pour certains services de messagerie texte payante entre le 1^{er} janvier 2011 et le 16 août 2013.

[71] De même, dans des communiqués de presse publiés par le Bureau de la concurrence (et en effet dans les consentements déposés) concernant des fusions, les renseignements fournis vont généralement au-delà d'une description des parties, du type de fusion et de la nature de tout démantèlement ou de toute autre réparation. De tels communiqués de presse, ainsi que les consentements déposés auprès du Tribunal, fournissent aussi habituellement une description générale des entreprises et de leurs produits.

[72] Il en va de même pour les énoncés conjoints des faits dans le cadre de procédures criminelles aux termes de la *Loi*. Par exemple, dans *Canada c Maxzone Auto Parts (Canada) Corp*, 2012 CF 1117, les renseignements fournis incluaient une brève description des entreprises et du contenu de l'accord, l'identité des parties à l'accord, la façon dont a été conclu l'accord, le fait que les directives, les instructions et les autres communications ont été effectuées par la défenderesse dans le but de donner effet à l'accord au Canada, le total des ventes de la défenderesse pour la période et le produit pertinents, et enfin le fait que la défenderesse a reconnu que ses aveux établissaient tous les éléments constitutifs d'une infraction particulière en vertu de la *Loi*.

[73] Il est entendu que le Tribunal ne laisse pas entendre que la divulgation relative aux six éléments prévus par le paragraphe 90.1(1) doit être plus détaillée que celle qui est normalement fournie dans les énoncés conjoints des faits déposés à la Cour fédérale dans le cadre de procédures de détermination de la sentence en vertu de la *Loi*.

- b) *Le consentement identifie-t-il de manière suffisante les six éléments prévus par le paragraphe 90.1(1) ?*

[74] Le Tribunal a conclu que le consentement n'identifie pas de manière suffisante les six éléments prévus par le paragraphe 90.1(1).

[75] Le Tribunal reconnaît qu'il peut *tirer des conclusions* du consentement, notamment que les éditeurs défendeurs sont des concurrents et des parties au présumé consentement signé qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence des marchés de livres numériques au Canada, ce qui est prévu au paragraphe 90.1(1).

[76] Cependant, les énoncés explicites relatifs à ces éléments ne sont pas faits ailleurs dans le consentement. En fait, la deuxième modalité du consentement déclare simplement que « le commissaire *affirme* qu'en plus d'un accord ou d'un arrangement, les défendeurs ont exercé une conduite qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence des marchés de livres numériques au Canada, ce qui est une violation de l'article 90.1 de la Loi » [TRADUCTION] (italiques ajoutés).

[77] Bien que le Tribunal puisse donner le bénéfice du doute au commissaire concernant la simple identification de certains des six éléments prévus au paragraphe 90.1(1), d'autres ne sont aucunement identifiés. Par exemple, aucun des énoncés cités dans les paragraphes précédents ni une autre disposition du consentement n'identifie l'exigence selon laquelle l'accord ou l'arrangement contesté doit avoir été conclu ou proposé ni l'exigence selon laquelle au moins deux parties à cet accord ou à cet arrangement doivent être des concurrents. En effet, même l'exigence selon laquelle l'accord ou l'arrangement doit empêcher ou diminuer la concurrence, ou avoir vraisemblablement cet effet, est seulement abordée au temps passé plutôt qu'au présent ou au futur, conformément au paragraphe 90.1(1).

[78] De plus, telle qu'elle a été décrite aux paragraphes 58-67 des présents motifs, la simple énumération des six éléments prévus au paragraphe 90.1(1), tels qu'ils sont établis par la *Loi*, n'est pas suffisante pour clairement identifier les éléments prévus par cette disposition, et ce, afin de permettre l'exercice de la compétence du Tribunal. Le consentement doit décrire *comment* ces éléments sont satisfaits. À cet égard, le consentement ne répond pas à cette exigence. Par exemple, il n'offre pas au Tribunal une compréhension suffisante du fondement de l'accord pour convaincre le Tribunal que les interdictions du consentement relèvent des modalités de l'accord, ce qui est prévu à l'alinéa 90.1(1)a). De plus, il n'explique pas, de manière explicite, comment les éléments mentionnés dans les paragraphes précédents des présents motifs sont satisfaits.

[79] Par conséquent, pour les motifs susmentionnés, le Tribunal conclut que le consentement n'identifie pas de manière suffisante les six éléments prévus par le paragraphe 90.1(1) et que le critère établi au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs n'est pas satisfait en l'espèce.

- (iii) **Le consentement contient-il soit (i) un énoncé portant que le commissaire et les éditeurs défendeurs reconnaissent que chacun des éléments prévus au paragraphe 90.1(1) a été satisfait, soit (ii) un énoncé portant que le commissaire a conclu que chacun de ces éléments a été satisfait et un énoncé des éditeurs défendeurs, selon lequel ils ne contestent pas cette conclusion ?**

[80] Le commissaire reconnaît dans ses exposés écrits et oraux que le consentement ne contient aucun des deux énoncés décrits dans le sous-titre ci-dessus, lesquels constituent la deuxième partie de la seconde condition identifiée dans la *décision de référence*. Cela n'est pas contesté par les éditeurs défendeurs.

[81] En résumé, le consentement ne déclare nullement que le commissaire et les éditeurs défendeurs reconnaissent que ces derniers sont des parties à un accord ou à un arrangement conclu ou proposé, qu'au moins deux d'entre eux sont des concurrents (ou qu'une ou plusieurs parties identifiées ou non à l'accord sont des concurrents) ou que l'accord ou l'arrangement empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans les marchés de livres numériques au Canada, ou aurait vraisemblablement cet effet. Subsidiairement, le consentement ne présente aucune conclusion que le commissaire pourrait tirer relativement à ces éléments.

[82] Le Tribunal reconnaît que les paragraphes 4 et 5 du consentement font référence à des accords conclus entre les éditeurs défendeurs et les détaillants de livres numériques qui sont en vigueur au moment de l'enregistrement du consentement. Le libellé de ces paragraphes peut toutefois être lu de manière à comprendre que ces paragraphes relèvent de tels accords qui *peuvent* avoir été conclus, contrairement à la divulgation portant que de tels accords ont en fait réellement été conclus.

[83] Le Tribunal reconnaît également que les modalités qui définissent chaque éditeur défendeur incluent leurs filiales, leurs successeurs et leurs ayants droit « qui font des affaires dans la publication, la vente et la distribution de livres numériques au Canada » [TRADUCTION]. Ces termes sont toutefois qualifiés par les termes « s'ils sont localisés d'une quelconque façon ».

[84] Par conséquent, le Tribunal conclut que le critère établi au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs n'est pas satisfait en l'espèce, car le consentement ne contient ni (i) un énoncé portant que le commissaire et les éditeurs défendeurs reconnaissent que chacun des éléments prévus au paragraphe 90.1(1) a été satisfait, ni (ii) un énoncé portant que le commissaire a conclu que chacun de ces éléments a été satisfait et un énoncé des éditeurs défendeurs, selon lequel ils ne contestent pas cette conclusion.

(iv) **Est-ce qu'une ou plusieurs modalités importantes du consentement sont inexécutaires en raison de leur libellé vague ou d'une autre raison ?**

[85] Kobo affirme que le paragraphe 5 du consentement, qui est qualifié de paragraphe crucial du consentement, est vague et inexécutaire en raison de son libellé et n'aborde pas la préoccupation, qui, selon le commissaire, aurait dû être abordée.

[86] Le paragraphe 5 du consentement prévoit ce qui suit :

5. Nonobstant les paragraphes 2 et 4 du présent accord, un défendeur peut conclure des accords et modifier des accords conclus avec des détaillants de livres numériques, ainsi qu'exécuter les modalités des accords en vigueur avec des détaillants de livres numériques suivant la

date de l'enregistrement du présent accord, en vertu duquel les rabais ou toute autre forme de promotion visant à encourager les consommateurs au Canada d'acheter un ou plusieurs livres numériques du défendeur (contrairement à des publicités et des promotions réalisées par le détaillant de livres numériques qui n'est pas spécifiquement lié ni ne gère les livres numériques du défendeur) sont limités, à condition que :

(a) une telle restriction n'interfère pas dans la capacité du détaillant de livres numériques à réduire le prix final que paieront les consommateurs au Canada pour acheter les livres numériques du défendeur pour un montant global (les « fonds conjoints ») équivalant au montant total des commissions que le défendeur paie au détaillant de livres numériques, sur une période d'au moins un an, en ce qui a trait à la vente des livres numériques du défendeur à des consommateurs au Canada;

(b) le défendeur ne restreint pas, ni ne limite, ni n'empêche l'utilisation des fonds conjoints par le détaillant de livres numériques dans le but d'offrir des rabais ou toute autre forme de promotion visant à encourager les consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres numériques du défendeur;

(c) la méthode de comptabilité de l'activité promotionnelle du détaillant de livres numériques ne restreint pas, ni ne limite, ni n'empêche le détaillant de livres numériques à mener toute forme d'activité au détail ou d'activité promotionnelle.

[TRADUCTION]

[87] Selon la compréhension qu'en a le Tribunal, le paragraphe 5 fournit une exception aux interdictions prévues au paragraphe 2 et les exigences relatives aux avis prévus à l'alinéa 4d) du consentement. Celui-ci permet essentiellement à un éditeur défendeur de limiter les rabais lorsqu'il atteint le point où le montant global des rabais dépasse le montant total des commissions payées par l'éditeur défendeur à un détaillant de livres numériques sur une période d'au moins un an. En d'autres termes, le paragraphe 5 permet aux éditeurs défendeurs de limiter les rabais offerts par les détaillants de livres numériques lorsqu'il atteint un point où ces derniers vendent essentiellement les livres des éditeurs défendeurs à un prix qui ne couvre pas les coûts nets des détaillants de livres numériques, selon les estimations calculées sur une période d'au moins un an. Cependant, selon les modalités établies aux alinéas 5a), b) et c), il est interdit aux éditeurs défendeurs de limiter tout autre rabais offert par le détaillant de livres numériques qui ne satisfait pas à ce critère rigoureux.

[88] Kobo affirme que le libellé du paragraphe 5 est si vague que même le commissaire a de la difficulté à le comprendre. À cet égard, Kobo remarque que, bien que le commissaire déclare dans sa réponse à la demande de Kobo que ce paragraphe établit un « rabais minimal » [TRADUCTION], le représentant du commissaire déclare dans des communications préalables que le paragraphe 5 est en fait supposé établir une limite quant au montant des rabais – essentiellement, un « rabais maximal » [TRADUCTION]. En d'autres termes, un détaillant de livres

numériques peut offrir un rabais pouvant atteindre le montant global équivalant au montant total des commissions que l'éditeur défendeur peut devoir payer au détaillant, sur une période d'au moins un an, en ce qui a trait à la vente de livres numériques de l'éditeur défendeur à des consommateurs au Canada. Kobo ajoute que les termes « au moins un an » peuvent être interprétés de manière à permettre à l'éditeur défendeur de financer le détaillant de livres numériques afin d'offrir un rabais illimité, et même d'utiliser les commissions qu'il reçoit pour offrir un rabais sur les livres numériques inférieur aux coûts nets encourus par le détaillant.

[89] Le Tribunal reconnaît que les interprétations du paragraphe 5 adoptées par le commissaire, tel qu'elles sont décrites ci-dessus, ne sont pas aussi claires qu'elles auraient pu l'être. Selon la compréhension qu'a le Tribunal des explications du commissaire, la formule établie au paragraphe 5 du consentement prévoit un minimum, ou un seuil, sous lequel les éditeurs défendeurs ne peuvent empêcher les détaillants de livres numériques d'offrir un rabais, et ce seuil est également un maximum, ou un plafond, au-delà duquel les détaillants de livres numériques peuvent être empêchés d'offrir un rabais.

[90] Cependant, là n'est pas la question. Comme l'a reconnu le commissaire durant l'audience en l'espèce, il revient au Tribunal de conclure si le paragraphe 5 ou toute autre disposition du consentement est vague ou inexécutoire.

[91] Selon le Tribunal, le paragraphe 5 du consentement établit clairement une formule, en vertu de laquelle les éditeurs défendeurs peuvent limiter les rabais offerts par les détaillants de livres numériques à un certain degré avec le temps. Ce degré correspond au montant global du rabais qui dépasse le montant total des commissions qu'un éditeur défendeur paie au détaillant sur une certaine période de temps, dont la durée est d'au moins un an, en ce qui a trait à la vente de livres numériques du défendeur à des consommateurs au Canada.

[92] Le Tribunal reconnaît que cette formule *peut* permettre aux détaillants de livres numériques de recevoir de telles commissions afin de vendre, à des prix inférieurs à leurs coûts nets, *certain*s livres numériques qu'ils ont obtenus d'un éditeur défendeur. Cependant, le libellé du paragraphe 5 permettrait à un éditeur défendeur d'empêcher un détaillant de livres électroniques d'offrir un degré global de rabais, sur une certaine période de temps qui est d'au moins un an, qui est supérieur au montant total des commissions payées par l'éditeur défendeur à un détaillant de livres numériques durant cette période.

[93] Le Tribunal accepte l'argument du commissaire et des éditeurs défendeurs, selon lequel la nature du paragraphe 5 est permissive. Comme il a été susmentionné, le paragraphe 5 permet une exception très limitée aux interdictions établies ailleurs dans le consentement, et il interdit explicitement de limiter de quelque façon les rabais qui ne correspondent pas à cette exception très limitée. L'exécution quant à un rabais qui correspond à l'exception serait effectuée par l'éditeur défendeur contre le détaillant de livres numériques en cause, vraisemblablement dans le cadre d'une poursuite civile pour violation d'un contrat.

[94] Cependant, si un éditeur défendeur tente de limiter tout rabais offert par un détaillant de livres numériques qui ne correspond pas à cette exception très limitée, cela violerait les

modalités de l'alinéa 5a) et du paragraphe 2 du consentement. Notamment, le paragraphe 2 interdit explicitement aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher « la capacité d'un détaillant de livres numériques à établir, à modifier ou à réduire le prix de vente au détail de tout livre numérique payable par des consommateurs au Canada ou à offrir des rabais ou toute autre forme de promotion afin d'encourager des consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres électroniques » [TRADUCTION] (soulignement ajouté), conformément à la définition des termes soulignés donnée par le consentement. Une telle violation du libellé clair du paragraphe 2 du consentement serait exécutoire par le commissaire, vraisemblablement après avoir reçu une plainte d'un détaillant de livres numériques.

[95] S'il existe un quelconque doute à cet égard, le paragraphe 22 du consentement prévoit ce qui suit :

En cas de différend quant à l'interprétation ou à l'application du présent accord, soit le commissaire, soit les défendeurs peuvent présenter une demande au Tribunal pour obtenir une ordonnance interprétant toute disposition du présent accord.

[TRADUCTION]

[96] À la lumière de l'extrait précédent, le Tribunal est convaincu que le libellé du paragraphe 5 n'est en fait ni vague ni inexécutoire, et qu'il existe un mécanisme efficace établi par le consentement, à savoir le paragraphe, afin de régler tout différend qui surgirait entre les éditeurs défendeurs et le commissaire. Si un détaillant de livres numériques ou des membres du public trouvent le libellé du paragraphe 5 ou tout autre paragraphe du consentement ambigu, ils peuvent faire part de leurs préoccupations au commissaire ou à un éditeur défendeur, qui, à son tour, peut les transmettre au Tribunal.

[97] Le Tribunal remarque que sa conclusion selon laquelle le libellé du paragraphe 5 n'est ni vague ni inexécutoire semble être fondée sur une expérience réalisée aux États-Unis. À cet égard, Simon & Schuster remarque que le paragraphe 5 est fondé sur le paragraphe VI.B des jugements finaux rendus par la Cour de district du district sud de New York, aux États-Unis, contre Hachette, HarperCollins et Simon & Schuster en septembre 2012 et contre Macmillan en août 2013. Simon & Schuster ajoute que personne n'a contesté ces jugements finaux.

[98] Le paragraphe VI.B de ces jugements finaux déclare ce qui suit :

Nonobstant les paragraphes V.A et V. du présent jugement final, une partie au règlement peut conclure des ententes de représentation avec des détaillants de livres numériques, en vertu desquelles le total de la valeur monétaire de rabais ou de toute autre forme de promotion visant à encourager les consommateurs à acheter un ou plusieurs livres numériques de la partie au règlement (contrairement à des publicités et à des promotions réalisées par le détaillant de livres numériques qui n'est pas spécifiquement lié ni ne gère les livres numériques de la partie au règlement) ne peut être restreint, à condition (1) qu'une telle restriction

n'interfère pas dans la capacité du détaillant de livres numériques à réduire le prix final que paieront les consommateurs pour acheter les livres numériques de la partie au règlement pour un montant global équivalant au montant total des commissions que la partie au règlement paie au détaillant de livres numériques, sur une période d'au moins un an, en ce qui a trait à la vente des livres numériques de la partie au règlement à des consommateurs; (2) que la partie au règlement ne restreint pas, ni ne limite, ni n'empêche l'utilisation des fonds conjoints par le détaillant de livres numériques dans le but d'offrir des rabais ou toute autre forme de promotion visant à encourager les consommateurs à acheter un ou plusieurs livres numériques; et (3) que la méthode de comptabilité de l'activité promotionnelle du détaillant de livres numériques ne restreint pas ni ne limite ni d'empêche le détaillant de livres numériques à mener toute forme d'activité au détail ou d'activité promotionnelle.

[TRADUCTION]

[99] Une comparaison du paragraphe 5 du consentement et du paragraphe VI.B des jugements finaux des États-Unis révèle que leur libellé est en effet très similaire, voire même presque identique, en ce qui a trait aux termes que Kobo conteste. Si, comme le soutient Simon & Schuster, ce paragraphe n'est pas contesté, cela appuierait également la conclusion du Tribunal selon laquelle le paragraphe 5 du consentement n'est ni vague ni inexécutoire.

[100] Kobo se plaint du fait que le paragraphe 5 du consentement n'est pas exécutoire par le Tribunal contre les détaillants, y compris les grandes chaînes qui peuvent appliquer des prix d'éviction, et qu'en vertu du consentement, les détaillants de livres numériques n'ont pas l'obligation de faire quoi que ce soit.

[101] Selon la compréhension qu'a le Tribunal du consentement, un des principaux objectifs du consentement n'est pas de *contraindre* les détaillants de livres numériques à adopter une certaine conduite quant aux prix. Au contraire, le principal objectif du consentement est d'offrir aux détaillants de livres numériques plus de liberté en ce qui a trait aux rabais et à toute autre forme de concurrence des prix qu'ils auraient autrement. L'objectif est principalement atteint par les interdictions prévues aux paragraphes 2 et 3, les exigences établies aux alinéas 4c) et d) et les interdictions prévues aux alinéas 5a) à c). Ces interdictions et ces exigences relèvent directement des alinéas 90.1(1)a) et b).

[102] Par conséquent, même si un des objectifs du consentement est d'empêcher l'imposition de prix d'éviction par les détaillants de livres numériques, le fait que le consentement peut ne pas être efficace pour atteindre cet objectif ne pourrait pas servir de fondement pour justifier l'annulation ou la modification du consentement par le Tribunal. Les motifs pouvant justifier l'annulation ou la modification du consentement par le Tribunal sont limités aux trois motifs identifiés au paragraphe 4 des présents motifs.

[103] En tirant sa conclusion sur ce point, le Tribunal tient compte du fait que, durant le processus de communication orale préalable, un représentant du commissaire a qualifié la

préoccupation, selon laquelle le paragraphe 5 du consentement vise à permettre à un éditeur défendeur de limiter la capacité d'un détaillant de livres numériques « [d']offrir des rabais de manière agressive et [de] possiblement imposer des prix d'éviction » [TRADUCTION]. Cependant il est important de souligner que le Tribunal ne considère pas que le libellé du paragraphe 5 est vague, indépendamment du fait qu'il puisse exister certaines incertitudes quant aux objectifs sous-jacents.

[104] Le Tribunal ajouterait simplement en passant que le fait que le paragraphe attribue implicitement l'exécution d'une telle conduite par un détaillant de livres numériques à l'éditeur défendeur en cause n'est pas non plus un motif justifiant l'annulation ou la modification du consentement. De plus, le Tribunal remarque que les détaillants de livres numériques ne sont pas des défendeurs en vertu du consentement.

[105] Étant donné la conclusion du Tribunal selon laquelle le consentement n'est ni vague ni inexécutoire, il n'est pas nécessaire d'aborder l'exposé des éditeurs défendeurs, selon lequel le paragraphe 5 ne peut être supprimé du consentement sans leur consentement et que la demande du commissaire à cet égard ne peut être rejetée. Le Tribunal remarque toutefois en passant que chacun des éditeurs défendeurs soutient qu'il n'aurait pas signé le consentement si cette exception au paragraphe 2 et à l'alinéa 4*d*) n'avait pas été incluse dans le consentement. Le Tribunal accepte ces arguments. Dans ces circonstances, si le Tribunal conclut que le paragraphe 5 est vague ou inexécutoire, le Tribunal doit supprimer cette disposition malgré les oppositions des éditeurs défendeurs.

[106] Le paragraphe 106(1) de la *Loi* accorde au Tribunal le pouvoir discrétionnaire d'annuler ou de modifier un consentement enregistré en vertu de l'article 105 suivant la présentation d'une demande par le commissaire ou la personne qui a consenti à un tel accord. La disposition prévoit deux possibilités. Premièrement, l'alinéa 106(1)*a*) vise des situations où le Tribunal conclut que les circonstances ayant entraîné le consentement ont changé et que, sur la base des circonstances qui existent au moment où la demande est présentée, le consentement n'aurait pas été signé, ou n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet. Deuxièmement, l'alinéa 106(1)*b*) couvre les situations où le Tribunal conclut que le commissaire et la personne qui a signé le consentement initial signent un autre consentement.

[107] Selon le Tribunal, l'alinéa 106(1)*a*) vise principalement la possibilité d'*annuler* un consentement (puisque le consentement initial « n'aurait pas été signé » ou « n'aurait pas eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet » à la lumière des changements dans les circonstances) à la demande unilatérale du commissaire ou de la personne ayant signé le consentement initial, à condition que le demandeur satisfasse les conditions établies à cet alinéa. À la lumière de cela, le Tribunal hésite généralement à *modifier* les modalités d'un consentement à la suite d'une demande unilatérale par une partie à cet accord dans des affaires où il accepte le fait qu'une autre partie n'aurait pas signé le consentement si les modalités en cause avaient été modifiées de la façon proposée par le Tribunal. Le Tribunal utilise le terme « généralement » parce que la modification d'un consentement en raison d'une demande unilatérale et sans le consentement des parties pourrait, par exemple, être considérée par le Tribunal dans certaines affaires où un consentement exige un dessaisissement de plusieurs marchés locaux ou contient plusieurs obligations distinctes et dissociables. Dans de telles

affaires, la modification pourrait envisager lorsqu'une partie soutient que les conditions du marché ont changé quant à un marché local particulier ou lorsqu'une obligation distincte est telle que l'accord n'aurait pas été signé ou n'aurait pas été eu les effets nécessaires à la réalisation de son objet relativement au marché local particulier ou à l'obligation distincte.

[108] Cette interprétation du paragraphe 106(1) est conforme à l'objet des articles 105 et 106 de la *Loi*, concernant les consentements. Les principes d'interprétation législative moderne exigent que les termes d'une loi soient lus dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi et son objet (Elmer A Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto, Butterworths, 1983); *Hypothèques Trustco Canada c Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 RCS 601, au para 10). L'article 105 de la *Loi* vise particulièrement l'enregistrement des consentements et a été ajouté afin d'offrir une façon rapide de régler, avec consentement, certaines affaires prévues par la partie VIII de la *Loi* en matière civile. Et l'article 106 vise directement les éventuelles annulations et modifications de *consentements* signés en vertu de cette partie. Ces deux dispositions ont comme objet de seulement viser les consentements (ou des ordonnances rendues en vertu de la partie VIII), et l'élément relatif au consentement est au cœur même des *consentements* signés en vertu de ces deux articles.

[109] Dans ces circonstances, s'il n'y a plus consentement, la réparation la plus appropriée, sauf dans des circonstances exceptionnelles, semblerait être l'annulation. Bien sûr, l'alinéa 106(1)*b*) permet au Tribunal de modifier un consentement s'il conclut que toutes les parties consentent aux modalités d'un autre consentement (auquel cas, l'élément relatif au consentement de l'accord est manifestement préservé).

[110] Quoi qu'il en soit, le Tribunal remarque également que la suppression du paragraphe 5 du consentement n'est demandée ni dans les actes de procédures de Kobo ni dans ceux du commissaire.

[111] En résumé, le Tribunal conclut que le critère établi au paragraphe 4.iii des présents motifs (c'est-à-dire comme troisième élément dans la *décision de référence*) est satisfait en l'espèce, car le consentement ne contient pas de modalités qui sont inexécutoires ou ne mèneraient à aucune obligation exécutoire, par exemple, parce qu'elles sont trop vagues.

(v) **Conclusions relatives aux présumées lacunes du consentement**

[112] Pour les motifs susmentionnés aux parties E(i) à (iv), le Tribunal a tiré les conclusions suivantes relativement aux présumées lacunes du consentement :

- i. Les modalités du consentement relèvent des types d'ordonnance que le Tribunal est en droit de rendre en vertu des alinéas 90.1(1)*a*) et *b*) de la *Loi*. En résumé, les modalités relatives aux interdictions du consentement relèvent directement de l'alinéa 90.1(1)*a*) de la *Loi*, tandis que les autres modalités du consentement relèvent clairement de l'alinéa 90.1(1)*b*), lequel permet explicitement au commissaire et aux éditeurs défendeurs de consentir à des modalités qui obligent ces derniers à prendre des mesures, quelles qu'elles

soient.

- ii. Le consentement, y compris ses modalités, n'identifie pas de manière suffisante les six éléments du paragraphe 90.1(1). Notamment, le consentement ne fournit pas au Tribunal une compréhension suffisante du fondement de l'accord pour que le Tribunal soit convaincu que les interdictions du consentement concernent les modalités de l'accord, en vertu de l'alinéa 90.1(1)a). Il n'identifie pas non plus si l'accord ou l'arrangement contesté a été conclu ou proposé, si au moins deux parties à cet accord ou à cet arrangement sont des concurrents ou si l'accord empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet. À l'égard de ce dernier élément, le consentement fait simplement référence au fait que la concurrence a été sensiblement empêchée ou diminuée par le passé.
- iii. Les modalités du consentement ne sont pas vagues ou inexécutives.

(vi) Le Tribunal devrait-il exercer sa compétence afin d'annuler le consentement ?

[113] Simon & Schuster soutient que, même si Kobo établit que les modalités du consentement ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal, ce dernier possède un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'accorder la réparation demandée, mais il ne s'agit toutefois pas d'une obligation. Le Tribunal reconnaît qu'un tel pouvoir discrétionnaire relève du paragraphe 106(2), lequel prévoit que le Tribunal « *peut* accueillir [une demande présentée en vertu de la présente disposition] s'il conclut que [le demandeur] a établi que les modalités [d'un consentement contesté] ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal » (italiques ajoutés).

[114] Simon & Schuster affirme que le Tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin de rejeter la demande de réparation visant l'annulation sollicitée par Kobo sur la base que l'annulation du consentement minerait sensiblement l'intérêt public à encourager le règlement et l'intérêt public à respecter les accords négociés de bonne foi avec les organismes de réglementation qui agissent dans l'intérêt public. Simon & Schuster ajoute que le consentement doit être présumé être dans l'intérêt public.

[115] Simon & Schuster semble reconnaître que ces motifs justifiant le maintien du consentement s'appliqueraient à tout consentement contesté en vertu du paragraphe 106(2). Par conséquent, il est clair qu'il ne suffit pas en soi de justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le Tribunal afin de rejeter la demande de réparation visant l'annulation sollicitée en vertu du paragraphe 106(2).

[116] Cependant, Simon & Schuster soutient que, dans les circonstances particulières en l'espèce, le Tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin de refuser la réparation sollicitée par Kobo. À cet égard, Simon & Schuster se fonde sur les faits suivants : la négociation du consentement après une enquête entamée au milieu de 20121; les éditeurs défendeurs, après avoir pensé qu'ils avaient atteint une certitude en réglant leur différend avec le commissaire, ont dû participer à un long, coûteux et lourd processus de recours judiciaires

entamé par Kobo, puis par le commissaire (sous la forme de l'instance de référence décrite aux paragraphes 22-23 des présents motifs); le consentement est inspiré des jugements finaux qui ont été rendus aux États-Unis (tels qu'ils sont abordés aux paragraphes 10 et 96-98 des présents motifs); et il existe une réelle possibilité que des recours judiciaires supplémentaires soient entamés par Kobo si le consentement est annulé et que les éditeurs défendeurs signent un autre consentement avec le commissaire. À la lumière de ces circonstances, Simon & Schuster soutient que le maintien du consentement promouvrait l'intérêt public à maintenir la finalité du long et coûteux processus de règlement des enquêtes et des procédures connexes.

[117] Le Tribunal est sensible à la position de Simon & Schuster. Le Tribunal reconnaît également qu'il existe de véritables considérations d'intérêt public qui favorisent le règlement de litiges et de différends.

[118] Cependant, il existe également de véritables considérations d'intérêt public qui favorisent l'annulation de règlements. Elles incluent l'intérêt public à s'assurer que les consentements déposés auprès du Tribunal soient exécutoires et qu'ils identifient de manière suffisante les principes juridiques sous-jacents applicables et les principaux faits relatifs à ces consentements (*décision de référence*, au para 93).

[119] En ce qui concerne les faits en l'espèce, le Tribunal conclut que le consentement n'identifie pas de manière suffisante les principes juridiques sous-jacents au consentement ni ne décrit de manière suffisante les principaux faits relatifs au consentement qui est présumé violer le paragraphe 90.1(1) et qu'il présente un vice fatal.

[120] Les lacunes du consentement sont résumées au paragraphe 111 des présents motifs, et il n'est pas nécessaire de les répéter ici.

[121] Pour ce seul motif, le Tribunal conclut qu'il ne serait pas approprié d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin de rejeter la demande d'annulation du consentement présentée par Kobo.

[122] En plus du fait que le consentement ne fournit pas la quantité minimale de renseignements au point de présenter un vice fatal, il existe un deuxième motif indépendant justifiant la conclusion du Tribunal, selon laquelle il serait inapproprié qu'il refuse d'annuler le consentement. En résumé, il s'agit du fait que le commissaire que les trois éditeurs défendeurs ont consenti à l'annulation du consentement et que le Tribunal accepte l'argument du commissaire, selon lequel il ne serait pas conforme à l'intérêt public et à l'objet de la Loi que le consentement soit annulé seulement pour les trois éditeurs défendeurs, et non pour Simon & Schuster.

[123] Bien que le Tribunal soit sensible à la préoccupation de Simon & Schuster concernant le fait d'être exposé à des frais juridiques additionnels si le consentement est annulé, le Tribunal remarque que de tels frais peuvent en fait être très limités si un autre consentement, contenant les principaux renseignements qui étaient absents du consentement, était négocié et déposé. Le Tribunal remarque également que les principaux renseignements manquants ne concernent pas les interdictions ou les aux modalités exécutoires prévues par le consentement.

[124] En résumé, le Tribunal rejette l'argument de Simon & Schuster, selon lequel le Tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin de rejeter la demande de Kobo visant l'annulation du consentement. Pour les motifs susmentionnés, le Tribunal conclut plutôt qu'il devrait exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'annuler le consentement.

(vii) **Le cas échéant, le Tribunal devrait-il annuler le consentement, avec préjudice à la capacité du commissaire et d'un ou plusieurs éditeurs défendeurs à déposer un autre consentement ?**

[125] Kobo soutient que si le Tribunal accueille sa requête visant l'annulation du consentement, le Tribunal devrait le faire avec préjudice à la capacité du commissaire à signer un autre consentement avec un ou plusieurs éditeurs défendeurs en ce qui a trait à la même conduite présumée. Kobo avance cet argument pour deux motifs.

[126] Premièrement, Kobo soutient que le fait de permettre au commissaire de demander ou de consentir à l'annulation serait contraire à l'objet de l'article 106 dans son ensemble. À cet égard, Kobo affirme que, si l'objectif du commissaire est la modification, avec consentement ou fondée sur le consentement, le recours approprié pour ce dernier serait de présenter une demande de modification du consentement en vertu du paragraphe 106(1) de la Loi. Kobo ajoute que le fait de permettre au commissaire et à certains ou à tous les éditeurs défendeurs de signer un autre consentement empêcherait le Tribunal d'exercer son rôle de superviseur que le législateur lui a attribué dans le cadre du processus d'annulation ou de modification.

[127] Le Tribunal n'est pas d'accord.

[128] En ce qui concerne le rôle de superviseur du Tribunal, ce rôle est exercé en l'espèce. Il est également loisible au Tribunal de remplir un rôle semblable dans le cadre de tout éventuel consentement qui pourrait être négocié et signé par le commissaire et un ou plusieurs éditeurs défendeurs.

[129] En ce qui concerne les objectifs du commissaire et l'objet de la Loi, le dossier indique clairement que le commissaire a communiqué son intention de consentir à la *demande de Kobo*, qui sollicite l'annulation du consentement *qu'après* que la *décision de référence* soit rendue, et il est devenu clair que le consentement n'est pas conforme à l'exigence décrite au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs. Avant cela, l'objectif du commissaire était de maintenir le consentement en vigueur.

[130] Après que la *décision de référence* est rendue, mais avant que la présente décision le soit, l'issue de la demande de Kobo en l'espèce demeure incertaine. Dans ces circonstances, le Tribunal conclut qu'une option légitime pour le commissaire est d'attendre et de voir comment le Tribunal tranchera la demande en l'espèce et d'espérer que si le Tribunal accueille la *demande de Kobo* visant l'annulation du consentement, le commissaire et certains ou tous les éditeurs défendeurs pourront négocier et déposer un autre consentement auprès du Tribunal. Le Tribunal n'est pas d'accord avec l'argument de Kobo, selon lequel la seule option pour le commissaire, s'il souhaite obtenir un consentement qui respecte les exigences établies au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs, est de déposer une demande de modification du

consentement en vertu du paragraphe 106(1), et ce, avant de connaître l'issue de la présente demande.

[131] Il n'y a rien dans l'objet de l'article 106 qui suggère que le commissaire serait contraint de demander l'annulation ou la modification du consentement en vertu du paragraphe 106(1), plutôt qu'à attendre qu'une instance existante en vertu du paragraphe 106(2) soit complétée, puis de demander le dépôt d'un autre consentement si le consentement initial est annulé en vertu du paragraphe 102(2).

[132] En effet, l'objet de la *Loi* dans son ensemble appuie l'argument du commissaire sur ce point. C'est parce que l'objet prévoit qu'une conduite anticoncurrentielle décrite à l'une des dispositions de la partie VIII de la *Loi* peut être abordée dans le cadre de procédures de contestation ou d'un consentement. Si l'annulation du consentement se fait avec préjudice à la capacité du commissaire à signer un autre consentement avec certains ou tous les éditeurs défendeurs, la conduite anticoncurrentielle présumée dans le consentement peut être contestée dans le cadre de procédures ou demeurée non abordée. Cette dernière issue serait clairement contraire à l'objet identifié au paragraphe 1.1 de la *Loi*, particulièrement en ce qui concerne le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. Et le préjudice à la capacité du commissaire à régler son différend avec les éditeurs défendeurs par la signature d'un consentement ne serait pas conforme avec l'objet de la partie VIII, qui permet le règlement de tels différends par consentement ou par des procédures de contestation, ainsi qu'avec l'objectif établi et plus étendu visant le règlement des différends par règlement, dans l'intérêt de l'efficacité de l'administration de la justice (*Kelvin Energy Ltd c Lee*, [1992] 3 RCS 235, à la p 259; *Sable Offshore Energy Inc c Ameron International Corp*, 2013 CSC 37, [2013] 2 RCS 623, aux paras 1 et 11).

[133] Il s'avère que le fait d'attendre l'issue de la présente demande est un choix judicieux, car le commissaire sait maintenant qu'il existe plus de lacunes dans le consentement qu'il croyait au départ, avant de recevoir la présente décision. S'il avait simplement cherché à modifier le consentement, dans le cadre d'une demande présentée en vertu du paragraphe 106(1), afin d'inclure une des exigences alternatives établies au paragraphe 4.ii.b) des présents motifs, le consentement aurait à tout le moins été annulé de manière subséquente par le Tribunal pour d'autres motifs que ceux mentionnés dans la présente décision.

[134] Le Tribunal reconnaît que le juge Rennie remarque dans son ordonnance fixant l'échéancier du 22 décembre 2014 que si le commissaire cherche à faire annuler le consentement sans l'accord des parties au consentement, il doit le faire conformément au cadre législatif, y compris le paragraphe 106(1). Cependant, le juge Rennie n'y suggère pas qu'il n'est pas loisible au commissaire et aux défendeurs de négocier et de déposer un autre consentement, à condition qu'aucun autre consentement ne soit en vigueur à ce moment-là, étant donné le fait que le Tribunal a accordé la réparation concernant l'annulation du consentement sollicitée par Kobo.

[135] De plus, comme il a été expliqué aux paragraphes 104-108 des présents motifs, le Tribunal aurait hésité à modifier le consentement à la suite d'une demande unilatérale par le commissaire en raison de l'opposition des éditeurs défendeurs, que le Tribunal qualifie de valide. Sans le consentement des éditeurs défendeurs, la seule option « unilatérale » appropriée offerte au commissaire dans les circonstances aurait été de solliciter l'annulation du

consentement en vertu du paragraphe 106(1) s'il croyait que les circonstances avaient changé et que, à la lumière de ce changement, il n'aurait pas (ou n'aurait pu) signé le consentement. En l'espèce, le commissaire a finalement consenti à la réparation concernant l'annulation sollicitée par Kobo.

[136] Le deuxième motif de Kobo pour demander l'annulation du consentement avec préjudice à la capacité du commissaire de déposer un autre consentement signé avec les éditeurs défendeurs est qu'un tel recours, selon Kobo, serait contraire au principe de la chose jugée et, plus particulièrement, au principe de la préclusion fondée sur la cause d'action.

[137] La chose jugée inclut deux formes de préclusion, à savoir la préclusion fondée sur la cause d'action et la préclusion fondée sur la question en litige, dont chacune est fondée sur un principe double selon lequel l'instance est finale et qu'une partie devrait être tracassée qu'une seule fois à l'égard d'une même cause d'action (*Danyluk c Ainsworth Technologies Inc*, 2001 CSC 44, [2001] 2 RCS 460, au para 18; *Angle c MRN*, [1975] 2 RCS 248).

[138] La préclusion fondée sur la cause d'action empêche qu'une nouvelle instance soit entamée sur une cause d'action qui a déjà été tranchée et qui opposait les mêmes parties (*Erds c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CAF 419, au para 15).

[139] La possibilité d'une nouvelle instance qui préoccupe Kobo semble être l'éventuelle instance qui *peut* être entamée relativement à tout consentement révisé que le commissaire et un ou plusieurs éditeurs défendeurs *peuvent* négocier et déposer auprès du Tribunal. Kobo est inquiète que, en raison de la possibilité qu'un tel consentement révisé soit déposé à des fins d'enregistrement immédiat en vertu du paragraphe 105(3), elle n'ait pas l'occasion de présenter une requête de préclusion avant que le consentement obtienne un statut semblable à celui d'une ordonnance judiciaire. Pour ce motif, Kobo soutient qu'une éventuelle ordonnance qui empêcherait l'enregistrement d'un second consentement serait nécessaire et appropriée.

[140] En cherchant à obtenir une ordonnance prospective, Kobo se fonde sur le fait que, dans son traité, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 4^e éd. (Markham, LexisNexis Canada Inc, 2015), à la p. 138, Donald J. Lange remarque que la préclusion fondée sur la cause d'action est considérée de manière prospective. Cependant, ce que Kobo omet de remarquer également est que, dans la phrase suivante dans le traité, il est déclaré que « une cour ne devrait pas se prononcer de manière prospective relativement à des questions et une preuve dont elle n'est pas saisie » [TRADUCTION]. Comme le commissaire le souligne à juste titre, le Tribunal n'est pas encore saisi d'une question ou d'une preuve relativement à un second consentement, lequel demeure hypothétique.

[141] De plus, les deux textes invoqués dans le traité susmentionné n'appuient pas la présentation d'une demande prospective de préclusion fondée sur la cause d'action en l'espèce. Le premier texte est *Newcastle (Ville) c Carter* (1985), 10 Admin LR 41, aux p. 54-58 (CBR N-B), une affaire dans laquelle l'auteur de la plainte dans un différend de travail avait déjà entamé une instance subséquente en déposant une plainte auprès de la Commission des relations industrielles (la « **Commission** ») de la province afin d'obtenir une réparation, ce qui était le sujet de procédures à la Commission de police municipale et d'un appel au procureur général.

Compte tenu des « circonstances exceptionnelles de l'affaire », la Cour a exclu de manière prospective la Commission de la réparation qui avait été rejetée dans les instances précédentes. Cette affaire est distincte de l'espèce, car le commissaire n'a déposé aucun consentement révisé et il ne semble pas y avoir des « circonstances exceptionnelles » connexes.

[142] Le second texte invoqué dans le traité susmentionné est brièvement considéré et rejeté dans le cadre de l'application d'une préclusion fondée sur la cause d'action de manière prospective (*Koffman c Gabriola Wildwood Estates Ltd*, 48 DLR (3d) 759 (CS C-B), aux pages 765 à 766).

[143] En l'absence d'autres textes invoqués à l'appui de la demande exceptionnelle de Kobo, visant l'application du principe de préclusion fondée sur la cause d'action de manière prospective par le Tribunal, le Tribunal refuse d'appliquer ce principe. En résumé, ce n'est qu'après la publication des présents motifs que les questions soulevées par Kobo dans la première instance (à savoir l'instance entamée en vertu du paragraphe 106(2)) pourront être tranchées. Il n'existe actuellement aucune deuxième instance impliquant les mêmes parties et la possibilité d'un recours subséquent demeure hypothétique à cette étape des procédures. Cette possibilité ne serait soulevée que si le consentement est annulé, si un autre consentement est signé par le commissaire et certains et tous les éditeurs défendeurs et si une nouvelle contestation est déposée par Kobo contre ce consentement alternatif.

[144] La préclusion fondée sur la cause d'action s'applique dans des circonstances exceptionnelles, où les défenses avancées dans une deuxième instance peuvent ou devraient être soulevées par un défendeur dans l'instance antérieure, mais qui ne l'ont pas été. Le commissaire ou le Tribunal ne connaît pas le contenu de ce que constituerait une deuxième instance ou les faits sous-jacents un éventuel autre consentement entre le commissaire et certains ou tous les éditeurs défendeurs. De plus, il est raisonnable de s'attendre à ce que, si un autre consentement est signé par le commissaire et les éditeurs défendeurs, il existe de nouveaux faits qui pourraient ne pas avoir été soulevés dans l'instance actuelle. Le dossier ne contient aucun élément de preuve quant à un accord alternatif entre le commissaire et les éditeurs défendeurs, accord qui aurait pu constituer le fondement d'une demande de modification en vertu de l'alinéa 106(1)b) de la *Loi*.

[145] Quoi qu'il en soit, le Tribunal ne souhaite pas empêcher le commissaire et les éditeurs défendeurs de tenter de négocier un autre accord, conformément aux présents motifs. Le Tribunal conclut qu'un tel résultat serait particulièrement inéquitable, car le commissaire et les éditeurs défendeurs ne pourraient pas savoir lorsqu'ils ont négocié et déposé le consentement que celui-ci serait lacunaire pour les motifs établis dans la présente décision. Le Tribunal conclut que les intérêts relatifs à l'efficacité de l'administration de la justice pèsent lourd en faveur de la préservation de la possibilité pour le commissaire et les éditeurs défendeurs de négocier et de déposer un second consentement qui serait conforme aux présents motifs.

F. CONCLUSION

[146] Pour les motifs mentionnés aux parties E(i) à (iv) de la présente décision, le Tribunal tire les conclusions suivantes en ce qui concerne les présumées lacunes du consentement :

- i. Les modalités du consentement relèvent des types d'ordonnance que le Tribunal est en droit de rendre en vertu des alinéas 90.1(1)*a*) et *b*) de la Loi. En résumé, les modalités relatives aux interdictions du consentement relèvent directement de l'alinéa 90.1(1)*a*) de la Loi, tandis que les autres modalités du consentement relèvent clairement de l'alinéa 90.1(1)*b*), lequel permet explicitement au commissaire et aux éditeurs défendeurs de consentir à des modalités qui obligent ces derniers à prendre des mesures, quelles qu'elles soient.

- i. Le consentement, y compris ses modalités, n'identifie pas de manière suffisante les six éléments du paragraphe 90.1(1). Notamment, le consentement ne fournit pas au Tribunal une compréhension suffisante du fondement de l'accord pour que le Tribunal soit convaincu que les interdictions du consentement concernent les modalités de l'accord, en vertu de l'alinéa 90.1(1)*a*). Il n'identifie pas non plus si l'accord ou l'arrangement contesté a été conclu ou proposé, si au moins deux parties à cet accord ou à cet arrangement sont des concurrents ou si l'accord empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet. À l'égard de ce dernier élément, le consentement fait simplement référence au fait que la concurrence a été sensiblement empêchée ou diminuée par le passé.

- ii. Les modalités du consentement ne sont pas vagues ou inexécutaires.

[147] À la lumière de ces conclusions, le Tribunal conclut que le consentement est si lacunaire qu'il permet l'exercice de son pouvoir discrétionnaire afin d'annuler le consentement.

[148] Par conséquent, le Tribunal accueille en partie la demande de Kobo. Pour les motifs mentionnés à la partie E(viii) de la présente décision, le Tribunal annule le consentement, mais sans préjudice à la capacité du commissaire et d'un ou plusieurs éditeurs défendeurs de négocier et déposer une version révisée du consentement conforme aux présents motifs.

POUR LES MOTIFS SUSMENTIONNÉS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[149] La demande de Kobo est accueillie en partie.

[150] Le consentement signé par le commissaire et les éditeurs défendeurs est annulé, avec préjudice à la capacité du commissaire à signer un autre consentement avec n'importe lequel des éditeurs défendeurs sur le fondement d'*allégations* qui sont les mêmes ou sensiblement les mêmes que les allégations qui forment le fondement du consentement initial, mais sans préjudice à la capacité du commissaire à signer un autre consentement avec les éditeurs défendeurs sur le fondement de *conclusions* qu'il peut avoir tirées concernant les six éléments de la conduite susceptible de contrôle en vertu du paragraphe 90.1(1) de la Loi, conformément aux présents motifs.

[151] À la lumière du résultat partagé, aucuns dépens ne sont octroyés.

FAIT à Ottawa, ce 10^e jour de juin, 2016.

SIGNÉ au nom du Tribunal par les membres siégeant à l'audience.

- (s) Le juge Denis Gascon (président)
- (s) Le juge en chef Paul Crampton
- (s) D^r Donald McFetridge

AVOCATS :

Pour la demanderesse :

Rakuten Kobo Inc

Nikiforos Iatrou
Scott McGrath
Bronwyn Roe

Pour les défendeurs :

Le commissaire de la concurrence

John Syme
Esther Rossman
Katherine Johnson

Hachette Book Group Canada Ltd,
Hachette Book Group, Inc,
Hachette Digital, Inc

Linda Plumpton
James Gotowiec

HarperCollins Canada Limited

Katherine L. Kay
Danielle Royal

Holtzbrinck Publishers, LLC

Randal Hughes
Emrys Davis

Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co

Mahmud Jamal
Peter Franklyn