

T-219-17
2018 FC 64

T-219-17
2018 CF 64

Rakuten Kobo Inc. (Applicant)

Rakuten Kobo Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Commissioner of Competition, Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc., Holtzbrinck Publishers, LLC and Simon & Schuster Canada, a Division of CBS Canada Holdings Co. (Respondents)

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

INDEXED AS: RAKUTEN KOBO INC. v. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)

RÉPERTORIÉ : RAKUTEN KOBO INC. c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)

Federal Court, Crampton C.J.—Toronto, October 23, 2017; Ottawa, February 1, 2018.

Cour fédérale, le juge en chef Crampton—Toronto, 23 octobre 2017; Ottawa, 1^{er} février 2018.

Editor's Note: Portions redacted by the Court are indicated by [***].

Note de l'arrêviste : Les parties caviardés par la Cour sont indiquées par [***].

Competition — Application seeking various types of relief in relation to consent agreements (CAs) entered into by Commissioner of Competition (Commissioner) with other respondents (respondent publishers) and filed with Competition Tribunal — CAs addressing restrictions on price competition in sale of electronic books (e-books) in Canada resulting from respondent publishers change from wholesale distribution model to agency distribution model — Commissioner concluding that arrangements preventing or lessening competition in retail market for e-book — CAs prohibiting respondent publishers from restricting, limiting or impeding e-book retailer's ability to set, alter or reduce retail price of any e-book — Applicant asserting financial harm if CAs implemented — Issues whether Commissioner acting without jurisdiction by entering into CAs to remedy: (1) conspiracy entered into in U.S. and previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers; (2) arrangement, within meaning of Competition Act, s. 90.1, that never existed; (3) arrangement that was not existing or proposed at time CAs executed — Court herein exercising discretion to decline to consider application on its merits — Factors found in Strickland v. Canada (Attorney General) weighing in favour of declining to hear application — Judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements only heard in exceptional cases — First jurisdictional issue raised by applicant true question of jurisdiction or vires, best dealt with by Tribunal — Other issues factual in nature — Court nevertheless proceeding to consider application on its merits — Commissioner having territorial jurisdiction under Act, s. 90.1

Concurrence — Demande visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec des consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs (les éditeurs défendeurs) et déposés au Tribunal de la concurrence — Les consentements traitaient des restrictions à la concurrence sur les prix dans la vente de livres numériques au Canada qui découlaient d'un passage par les éditeurs défendeurs d'un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d'agence — Le commissaire a conclu que les arrangements avaient pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans le marché des livres numériques — Les consentements interdisaient aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d'un livre numérique — La demanderesse a soutenu qu'elle subirait des torts financiers considérables si les consentements étaient mis en œuvre — Il s'agissait de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier 1) à un complot formé aux États-Unis, qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust; 2) à un accord qui, selon la portée de l'art. 90.1 de la Loi sur la concurrence, n'a jamais existé; 3) à un arrangement qui n'était pas conclu ou proposé au moment de la conclusion des consentements — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre la présente demande sur le fond — Les facteurs énumérés dans l'arrêt Strickland c. Canada (Procureur général) penchaient en faveur du refus d'entendre la demande

to enter into CAs — Act, s. 90.1 applying to all agreements, arrangements preventing or lessening competition in a market regardless of whether entered into within or outside Canada — S. 90.1(a),(b) enabling Tribunal to make orders described therein against “any person — whether or not a party to the agreement or arrangement” — Fact that agreement contemplating substantial adverse impact on competition in Canada strong basis for “real and substantial connection” between agreement, Canada — Not necessary for actus reus element of legislative provision to occur wholly or partially in Canada in order for real, substantial connection to be found — Principle of international comity not offended herein — Not unreasonable for Commissioner to have limited his consideration of information provided by applicant — Commissioner entitled to rely on staff, senior management for summary or synthesis of information provided by applicant — Commissioner not ignoring evidence — Reasonably open for Commissioner to conclude that arrangement remaining in force (i.e. existing) at time he entered into CAs — Respondent publishers’ settlement in U.S. not terminating arrangement in Canada — U.S. judgments not having impact on implementation of arrangement in Canada — Application dismissed.

This was an application seeking various types of relief in relation to three consent agreements (CAs) that the Commissioner of Competition entered into with the other respondents (the respondent publishers) and filed with the Competition Tribunal.

The CAs addressed restrictions on price competition in the sale of electronic books (e-books) in Canada that the Commissioner asserted resulted from a change by the respondent publishers from a wholesale distribution model to an agency distribution model. The recitals in each of the CAs stated that the Commissioner concluded that the arrangements included provisions restricting the ability of e-book retailers to discount the retail prices of e-books; and prevented or lessened competition in the retail market for e-books in Canada, within the meaning of section 90.1 of the Act. The CAs

— Les demandes de contrôle judiciaire de consentements déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels — Bien que la première question de compétence soulevée par la demanderesse était une véritable question de compétence, il serait plus approprié de la présenter au Tribunal — Les autres questions étaient de nature factuelle — Néanmoins, la Cour a analysé la demande au fond — Le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l’art. 90.1 de la Loi pour signer les consentements — L’art. 90.1 de la Loi s’applique à tous les accords et arrangements qui ont pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché, nonobstant qu’ils eurent été conclus au Canada ou à l’étranger — Les art. 90.1a) et b) permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l’encontre de « toute personne — qu’elle soit ou non partie à l’accord ou à l’arrangement » — Le fait que l’accord emportait des répercussions négatives sur la concurrence au Canada constituait un fondement solide pour conclure qu’il y avait un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada — Il n’était pas nécessaire que l’élément d’actus reus de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu’on établisse un lien réel et substantiel — Il n’y a pas eu d’entorse au principe de la courtoisie internationale — Il n’était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par la demanderesse — Le commissaire avait le droit de s’en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu’ils lui remettent un sommaire ou une synthèse des documents soumis par la demanderesse — Le commissaire n’a pas ignoré les renseignements — Il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que l’arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu’il était « existant ») au moment de la signature des consentements — La conclusion d’un règlement par les éditeurs défendeurs aux États-Unis n’a pas mis fin à l’arrangement au Canada — Les jugements américains n’ont pas eu des répercussions sur la mise en œuvre de l’arrangement au Canada — Demande rejetée.

Il s’agissait d’une demande visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec trois consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs (les éditeurs défendeurs) et déposés au Tribunal de la concurrence.

Les consentements traitaient des restrictions à la concurrence sur les prix dans la vente de livres numériques au Canada qui, selon le commissaire, découlaient d’un passage par les éditeurs défendeurs d’un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d’agence. Les attendus de chacun des consentements disposaient que le commissaire avait conclu que les arrangements comprenaient des stipulations qui limitaient la capacité des détaillants de livres numériques de réduire les prix de ceux-ci; et avaient pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans le marché des livres numériques au Canada,

prohibited the respondent publishers from restricting, limiting or impeding an e-book retailer's ability to set, alter or reduce the retail price of any e-book for sale to consumers in Canada, or to offer price discounts or any other form of promotion to encourage consumers in Canada to purchase one or more e-books. The CAs also prohibited the respondent publishers from entering into an agreement with any e-book retailer that has one of those effects. The applicant asserted that if the CAs were implemented, it would suffer significant financial harm, as its contractual relationships with the respondent publishers would be radically altered. In response, the Commissioner maintained that the applicant simply wished to avoid competing by cutting its retail prices. The Commissioner also submitted that the Court should decline to consider this application because the applicant had an adequate alternative remedy and forum under subsection 106(2) of the Act.

The main issues were whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S. and that was previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers; whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement", within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed; and whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement" that was not "existing or proposed" at the time the CAs were executed.

Held, the application should be dismissed.

The Court exercised its discretion to decline to consider the present application on its merits. In *Strickland v. Canada (Attorney General)*, the Supreme Court identified a number of considerations that are relevant to a court's determination of whether to exercise its discretion to refuse to hear a judicial review application. Factors that weighed in favour of declining to hear the present application included the purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue, the relative expertise of the alternative decision maker, the nature of the error alleged, and the costs associated with judicial review proceedings in this Court. Judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements filed with the Tribunal should only be heard in exceptional cases. While the first of the three jurisdictional issues that have been raised by the applicant in this application may properly be characterized as a true question of jurisdiction or *vires*, this issue would be best dealt with by the Tribunal. The other two issues were largely factual in nature. Given the clear choice that Parliament made to place strict limits on the ability of third parties to challenge consent agreements in subsection 106(2) of the Act, the Court should not exercise its

en violation de l'article 90.1 de la Loi. Les consentements interdisaient aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d'un livre numérique pour vente aux consommateurs au Canada, ou d'offrir des rabais ou faire de la promotion commerciale pour encourager les consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres numériques. Les consentements interdisaient également aux éditeurs défendeurs de conclure avec un détaillant de livres numériques un accord ayant l'un de ces effets. La demanderesse a soutenu qu'elle subirait des torts financiers considérables si les consentements étaient mis en œuvre, car ses relations contractuelles avec les éditeurs défendeurs seraient profondément modifiées. Le commissaire a rétorqué que la demanderesse souhaitait simplement éviter de réduire ses prix de vente de détail afin de concurrencer. Le commissaire a soutenu aussi que la Cour devrait refuser d'entendre cette demande, car la demanderesse disposait d'une mesure de réparation alternative appropriée en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi.

Il s'agissait principalement de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un complot formé aux États-Unis, qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust; si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l'article 90.1 de la Loi, n'a jamais existé; et si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à un arrangement qui n'était pas « conclu ou proposé » au moment de la conclusion de ceux-ci.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre la présente demande sur le fond. Dans l'arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême a dressé une liste de facteurs pertinents à la décision d'une cour d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre une demande de contrôle judiciaire. Les facteurs penchant en faveur du refus d'entendre la présente demande étaient notamment les objectifs et les considérations de principes sous-tendant le modèle législatif en cause, le degré d'expertise de l'autre décideur, la nature de l'erreur alléguée, et les coûts associés à une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour. Les demandes de contrôle judiciaire de consentement enregistré auprès du Tribunal et déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels. Bien que la première question des trois questions de compétence soulevées par la demanderesse dans cette demande puisse véritablement se qualifier comme étant une véritable question de compétence, il serait plus approprié de la présenter au Tribunal. Les deux autres questions étaient largement de nature factuelle. Étant donné le choix clair du Parlement visant à imposer des limites rigoureuses

discretion to review the Commissioner's determinations in respect of such issues. Nevertheless, in the event that the Court may be found to have erred in concluding that it would be inappropriate to exercise its discretion, it proceeded to consider the applicant's application on its merits.

The Commissioner had the territorial jurisdiction under section 90.1 to enter into the CAs. It can be inferred from the scheme of the Act as a whole that section 90.1 applies to all agreements and arrangements that have, or are likely to have, the effect described in that provision, namely, a prevention or lessening of competition in a market. This is so regardless of whether they are entered into within or outside Canada. Section 90.1 includes explicit language in paragraphs 90.1(a) and (b) that enables the Tribunal to make the orders described therein against "any person — whether or not a party to the agreement or arrangement". Given the existence of such language, additional language extending the scope of section 90.1 to third parties who give effect to an agreement or arrangement entered into outside Canada was not necessary. In light of this conclusion, it was not necessary to assess whether there is a real and substantial connection between the impugned arrangement and Canada. Still, in case it was wrong on the issue of jurisdiction, the Court proceeded with such an analysis. In the context of section 90.1, a real and substantial connection between Canada and an arrangement or agreement that is entered into outside this country will exist if "a constituent element [of section 90.1] takes place" in this country. The fact that the agreement contemplated a substantial adverse impact on competition in Canada provided a strong basis for concluding that this is a "real and substantial connection" between the agreement and Canada. It is not necessary for the *actus reus* element of a legislative provision to occur wholly or partially in Canada, in order for a real and substantial connection to be found to exist between this country and the activity contemplated by the provision. The principle of international comity was not offended herein. It would be a sad commentary if Canadian laws such as the Act could not be applied so as to protect the domestic economy and its participants from anticompetitive arrangements or other activities engaged in abroad.

On the issue of whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement", within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed, it was not unreasonable for the Commissioner to have limited his consideration of the information that had been provided by the applicant. It was not incumbent upon staff in the Competition Bureau to summarize the applicant's evidence in a manner similar to which they summarized the evidence that supported their conclusions and recommendations

à la capacité des tiers à contester les consentements en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire et contrôler les conclusions du commissaire quant à de telles questions. Néanmoins, advenant que l'on détermine qu'elle a commis une erreur en concluant qu'elle ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire, la Cour a analysé la demande de la demanderesse au fond.

Le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l'article 90.1 pour signer les consentements. On peut déduire de l'esprit de la Loi dans son ensemble que l'article 90.1 s'applique à tous les accords et arrangements qui ont, ou risquent d'avoir, l'effet décrit à cette disposition, nommément, d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché. Ceci, nonobstant qu'ils eurent été conclus au Canada ou à l'étranger. Le libellé explicite de l'article 90.1 se situe aux alinéas a) et b), qui permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l'encontre de « toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement ». Étant donné un tel libellé, il n'était pas nécessaire d'en ajouter pour élargir la portée de l'article 90.1 aux tiers qui mettent en œuvre un accord ou un arrangement convenu à l'étranger. Considérant cette conclusion, il n'était pas nécessaire d'évaluer le lien réel et substantiel entre le Canada et l'arrangement attaqué. Cependant, advenant qu'elle ait commis une erreur en parvenant à cette conclusion, la Cour a effectué cette analyse. Dans le contexte de l'article 90.1, il existera un lien réel et substantiel entre le Canada et l'accord ou l'arrangement convenu à l'étranger si « un élément constitutif [de l'article 90.1] se produit » au Canada. Le fait que l'accord emportait des répercussions négatives sur la concurrence au Canada constituait un fondement solide pour conclure qu'il y avait un « lien réel et substantiel » entre l'arrangement et le Canada. Il n'est pas nécessaire que l'élément d'*actus reus* de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu'on établisse un lien réel et substantiel entre notre pays et l'activité visée par la disposition. Dans la présente affaire, il n'y a pas eu d'entorse au principe de la courtoisie internationale. Il s'agirait d'un constat navrant si les lois canadiennes, comme la Loi, ne pouvaient pas être appliquées pour protéger l'économie domestique et ses participants des arrangements anticoncurrentiels ou d'autres activités entreprises à l'étranger.

En ce qui concerne la question de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l'article 90.1 de la Loi, n'a jamais existé, il n'était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par la demanderesse. Il n'incombait pas au personnel du Bureau de la concurrence de résumer la preuve de la demanderesse d'une façon semblable au résumé de la preuve sur laquelle reposaient leurs conclusions et leurs recommandations

to the Commissioner. The Commissioner was made aware of the essence of the applicant's position. The Commissioner was entitled to rely on staff and senior management in the Competition Bureau to review and provide him with a summary or synthesis of the extensive information that was provided by the applicant and other industry participants during the course of the Commissioner's in-depth inquiry into the arrangement and its alleged implementation in Canada. The Commissioner did not ignore the information that the applicant submitted contradicted the conclusions and recommendations made by the Competition Bureau.

It was reasonably open to the Commissioner to conclude that the arrangement remained in force (i.e., that it was "existing") at the time he entered into the CAs with the respondent publishers. The respondent publishers' settlement with the U.S. Department of Justice and their consent to final U.S. judgments did not terminate the arrangement insofar as it applied to Canada. The applicant did not demonstrate that the U.S. judgments had any impact on the implementation of the arrangement in Canada. Indeed, the shift to the agency model that occurred in Canada appeared to suggest otherwise. It was open to the Commissioner to conclude that this shift was evidence of the implementation of the arrangement in Canada.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1, 9, 45, 46, 48(2), 76(1), 82, 83, 90.1, 105, 106.
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 8(2).
Divorce Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, s. 8(2).
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 317.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on the Application of Positive Comity Principles to the Enforcement of their Competition Laws* (5 October 2014, online: <www.justice.gov> and <www.competitionbureau.gc.ca>).

au commissaire. Le commissaire a été informé de l'essentiel de la position de la demanderesse. Il avait le droit de s'en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu'ils examinent l'imposant volume de documents soumis par la demanderesse et les autres membres de l'industrie au cours de son enquête approfondie sur l'arrangement et sa mise en œuvre alléguée au Canada et lui remettent un sommaire ou une synthèse de ceux-ci. Le commissaire n'a pas ignoré les renseignements qui, selon la demanderesse, contredisaient les conclusions et les recommandations du Bureau de la concurrence.

Il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que l'arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu'il était « existant ») au moment de la signature des consentements avec les éditeurs défendeurs. La conclusion d'un règlement par les éditeurs défendeurs avec le ministère de la Justice des États-Unis et leur consentement à des jugements définitifs n'ont pas eu pour effet de mettre fin à l'arrangement dans la mesure où il s'appliquait au Canada. La demanderesse n'a pas démontré que les jugements américains avaient eu des répercussions sur la mise en œuvre de l'arrangement au Canada. En fait, la transition au modèle d'agence au Canada laissait entendre le contraire. Il était loisible au commissaire de conclure que cette transition était le résultat de la mise en œuvre de l'arrangement au Canada.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1, 9, 45, 46, 48(2), 76(1), 82, 83, 90.1, 105, 106.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, art. 8(2).
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 8(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Municipal Government Act, R.S.A. 2000, ch. M-26.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 317.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice des principes de courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence*, 5 octobre 2014, en ligne : <www.justice.gov> et <www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>.

CASES CITED

APPLIED:

Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII), affd 2015 FCA 149, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 1 S.C.R. xvi; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114; *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193.

CONSIDERED:

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), 2017 FC 382, 24 Admin. L.R. (6th) 25; *Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. No. 10 (QL); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *A.T. v. Globe24h.com*, 2017 FC 114, [2017] 4 F.C.R. 310; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, (1985), 21 D.L.R. (4th) 756; *Gencor Ltd. v. Commission of the European Communities*, Case T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753; *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Case C-413/14 P (2017) (E.C.J.).

REFERRED TO:

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. No. 11 (QL); *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, revd on other grounds 2012 SCC 37,

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII), conf. par 2015 CAF 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 1 R.C.S. xvi; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114; *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2017 CF 382; *Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. n° 10 (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *A.T. c. Globe24h.com*, 2017 CF 114, [2017] 4 R.C.F. 310; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Gencor Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, dossier T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753; *Intel Corporation Inc. c. Commission européenne*, dossier C-413/14 P (2017) (C.J.E.).

DÉCISIONS CITÉES :

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. n° 11 (QL); *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, inf. pour d'autres motifs par 2012

[2012] 2 S.C.R. 345; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, 20 C.P.C. (5th) 351, [2002] O.J. No. 298 (QL) (Sup. Ct.); *Bouchard v. Mitsubishi Motor Sales of Canada Inc.*, 2010 FC 56; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, (1995), 95 C.C.C. (3d) 481; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773; *R. v. BASF Aktiengesellschaft*, 1999 CarswellNat 6381 (F.C.T.D.); *R. v. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00; *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014); *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014); *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; *The Queen v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, (1976), 66 D.L.R. (3d) 660.

AUTHORS CITED

Competition Bureau Canada. News Release. *Japanese company to plead guilty and pay US\$130M fine for its participation in a bid-rigging scheme*, Ottawa: July 20, 2016.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 January 2017), online: <<https://www.justice.gov>>.

APPLICATION seeking various types of relief in relation to three consent agreements that the Commissioner of Competition entered into with the other respondents and filed with the Competition Tribunal. Application dismissed.

APPEARANCES

Nikiforos Iatrou and *Scott McGrath* for applicant Rakuten Kobo Inc.
John Syme and *Katherine Johnson* for respondent the Commissioner of Competition.

CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, 20 C.P.C. (5th) 351, [2002] O.J. n° 298 (QL) (C. sup.); *Bouchard c. Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada Inc.*, 2010 CF 56; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773; *R. c. BASF Aktiengesellschaft*, 1999 CarswellNat 6381 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00; *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014); *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014); *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *La Reine c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence Canada. Communiqué de presse. *Une entreprise japonaise plaidera coupable et payera une amende de 130 millions de dollars américains pour sa participation à un complot de truquage des offres*, Ottawa : 20 juillet 2016.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2011.

United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 janvier 2017), en ligne : <<https://www.justice.gov>>.

DEMANDE visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec trois consentements intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs et déposés au Tribunal de la concurrence. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Nikiforos Iatrou et *Scott McGrath* pour la demanderesse Rakuten Kobo Inc.
John Syme et *Katherine Johnson* pour le défendeur le commissaire de la concurrence.

Linda M. Plumpton and James Gotowiec for respondents Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Randal T. Hughes and Emrys Davis for respondent Holtzbrinck Publishers, LLC.
Peter Franklyn for respondent Simon & Schuster Canada, a Division of CBS Canada Holdings Co.

Linda M. Plumpton et James Gotowiec pour les défenderesses Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Randal T. Hughes et Emrys Davis pour le défendeur Holtzbrinck Publishers, LLC.
Peter Franklyn pour la défenderesse Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co.

SOLICITORS OF RECORD

WeirFoulds LLP for applicant Rakuten Kobo Inc. Department of Justice Canada – Competition Bureau Legal Services, Gatineau, Quebec, for respondent Commissioner of Competition.
Torys LLP, Toronto, for respondents Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Bennett Jones LLP, Toronto, for respondent Holtzbrinck Publishers, LLC.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP and *Goodmans LLP*, Toronto, for respondent Simon & Schuster Canada, a Division of CBS Canada Holdings Co.

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

WeirFoulds LLP pour la demanderesse Rakuten Kobo Inc.
Ministère de la Justice du Canada – Services juridiques du Bureau de la concurrence, Gatineau (Québec), pour le défendeur le commissaire de la concurrence.
Torys LLP, Toronto, pour les défenderesses Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Bennett Jones LLP, Toronto, pour la défenderesse Holtzbrinck Publishers, LLC.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP et *Goodmans LLP*, Toronto, pour la défenderesse Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co.

The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs publics du jugement et du jugement rendu par

CRAMPTON C.J.:

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

I. Introduction

[1] In this application, Rakuten Kobo Inc. (Kobo) seeks various types of relief in relation to three consent agreements (CAs) that the Commissioner of Competition entered into with the other respondents identified in the style of cause above (the respondent Publishers) and filed with the Competition Tribunal in January 2017. Among other things, Kobo has requested a declaration that the CAs are unlawful and invalid, and an order quashing them.

[1] Dans l'espèce, Rakuten Kobo Inc. (Kobo) cherche à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec trois consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs nommés dans l'intitulé de la cause susmentionné (les éditeurs défendeurs) et déposé au Tribunal de la concurrence en janvier 2017. Entre autres, Kobo a demandé une déclaration selon laquelle les consentements sont illégaux et invalides, et une ordonnance les annulant.

[2] In support of its application, Kobo asserts three jurisdictional grounds of review. First, it submits that

[2] La demande de Kobo repose sur trois motifs de contrôle judiciaire. D'abord, elle affirme que le

the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S., not in Canada, and that was resolved by U.S. courts and antitrust enforcers in 2012–2013. Second, Kobo asserts that the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy “an arrangement” that never existed. Third, Kobo maintains that, if such arrangement did once exist, it was no longer “existing or proposed,” as required by section 90.1 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act), at the time the CAs were entered into.

[3] The Commissioner opposes Kobo’s jurisdiction challenges and further submits that this Court should decline to consider this application because Kobo has an adequate alternative remedy under subsection 106(2) of the Act. That provision permits third parties who are directly affected by a consent agreement to apply to the Competition Tribunal (the Tribunal) to have one or more of the agreement’s terms rescinded or varied. The Commissioner maintains that Kobo should not be permitted to use the Court’s judicial review process to defeat Parliament’s clear choice to create a limited right of review of consent agreements based on grounds that a third party may raise.

[4] For the reasons that follow, this application will be denied.

II. The Parties

[5] Kobo is a retailer of electronic books (e-books). It is based in Toronto, Ontario, and has agreements with authors, publishers, and distributors that grant it rights to sell e-books in Canada.

[6] The Commissioner is a statutory authority who is responsible for the administration and enforcement of the Act. In carrying out those responsibilities, the Commissioner is supported by staff in the Competition Bureau.

commissaire a agi sans compétence en concluant les consentements afin de remédier à un complot en place aux États-Unis, et non au Canada. Selon Kobo, ce complot a été réglé par les tribunaux américains et les autorités chargées de faire appliquer les règles antitrust en 2012–2013. Deuxièmement, Kobo soutient que le commissaire a agi sans compétence en concluant des consentements visant à remédier à « un arrangement » qui n’a jamais existé. Troisièmement, Kobo maintient que même si un tel accord avait déjà existé, il n’était pas « conclu ou proposé » au moment des consentements, comme l’exige l’article 90.1 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi).

[3] Le commissaire s’oppose à la contestation de sa compétence par Kobo et ajoute de plus que notre Cour devrait d’abord refuser cette demande, car Kobo dispose d’une mesure de réparation alternative appropriée en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi. Cette disposition permet aux tiers directement touchés par un consentement de demander au Tribunal de la concurrence (le Tribunal) d’en annuler ou d’en modifier une ou plusieurs modalités. Le commissaire maintient que Kobo ne devrait pas être autorisée à utiliser le processus de contrôle judiciaire de notre Cour pour contourner l’intention très claire du Parlement d’accorder un droit limité de révision de consentements en regard des motifs qu’une tierce partie pourrait soulever.

[4] Pour les motifs qui suivent, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

II. Les parties

[5] Kobo est un détaillant de livres numériques. La société est établie à Toronto et détient des accords avec des auteurs, des éditeurs, et des distributeurs qui lui accordent le droit de vendre des livres numériques au Canada.

[6] Le commissaire est l’autorité habilitée et chargée de l’administration et de l’exécution de la Loi. Dans le cadre de son mandat, le commissaire bénéficie du soutien du personnel du Bureau de la concurrence.

[7] The respondent Publishers are three of the five major publishers of general interest fiction and non-fiction e-books and hard copy books.

III. The CAs

[8] The Commissioner entered into separate, and virtually identical, CAs with each of (i) Hachette Book Group Canada Ltd. and the two related Hachette affiliates identified above (collectively, Hachette), (ii) Holtzbrinck Publishers, LLC (doing business as Macmillan) (Macmillan), and (iii) Simon & Schuster Canada, a division of CBS Canada Holdings Co. (Simon & Schuster).

[9] Broadly speaking, the CAs address restrictions on price competition in the sale of e-books in Canada that the Commissioner asserts resulted from a change by the respondent Publishers from a wholesale distribution model to an agency distribution model.

[10] Pursuant to the wholesale model, the respondent Publishers set a suggested retail price for e-books, and were paid a pre-determined percentage (typically 50 percent) of that suggested price for each book sold, regardless of the price actually charged to the consumer by the retailer. By contrast, under the agency model, retailers were appointed as the non-exclusive agent for the marketing and delivery of e-books on behalf of the publishers, who set the price at which the books must be sold. Retailers are then paid a commission (typically 30 percent) for each book sold.

[11] The recitals in each of the CAs state that the Commissioner has concluded that the respondent Publisher in question implemented in Canada an arrangement that was entered into in the United States with at least one other competing publisher, relating to the sale of e-books in both of those countries (the Arrangement). Those recitals also state that the Commissioner has concluded that the Arrangement includes provisions that restrict the ability of e-book retailers to discount the retail prices of e-books; and that the Arrangement prevents

[7] Les éditeurs défendeurs représentent trois des cinq plus grands éditeurs de livres et de livres numériques de non-fiction et de fiction pour le grand public.

III. Les consentements

[8] Le commissaire a signé des consentements séparés, mais pratiquement identiques, avec i) Hachette Book Group Canada Ltd et les deux filiales Hachette nommées précédemment (collectivement ci-après, Hachette), ii) Holtzbrinck Publishers, LLC (faisant affaire sous le nom Macmillan) (Macmillan), et iii) Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co. (Simon & Schuster).

[9] De façon générale, les consentements traitent des restrictions à la concurrence sur les prix dans la vente de livres numérique au Canada qui, selon le commissaire, découlent d'un passage coordonné par les éditeurs défendeurs d'un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d'agence.

[10] Suivant le modèle de vente en gros, les éditeurs défendeurs établissaient un prix de détail suggéré pour leurs livres numériques, puis ils recevaient un pourcentage prédéterminé (habituellement 50 p. 100) du prix de détail suggéré pour chaque livre vendu, sans égard au prix véritablement facturé au consommateur par le détaillant. En contrepartie, dans un modèle d'agence, les détaillants sont nommés à titre d'agents non exclusifs pour la mise en marché et la vente de livres numériques au nom des éditeurs, lesquels établissent le prix de vente des livres. Les détaillants se font ensuite verser une commission (habituellement 30 p. 100) pour chaque livre vendu.

[11] Les attendus de chacun des consentements disposent que le commissaire a conclu que les éditeurs défendeurs avaient mis en œuvre au Canada un arrangement conclu aux États-Unis avec au moins un autre concurrent quant à la vente de livres numériques dans ces deux pays (l'arrangement). Ces attendus mentionnent également que le commissaire a conclu que l'arrangement comprend des stipulations qui limite la capacité des détaillants de livres numériques de réduire les prix de ceux-ci. En outre, l'arrangement a aussi pour effet

or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in the retail market for e-books in Canada, within the meaning of section 90.1 of the Act.

[12] To address those alleged anticompetitive effects of the collective shift to agency agreements, the CAs prohibit the respondent Publishers from directly or indirectly restricting, limiting or impeding an e-book retailer's ability to set, alter or reduce the retail price of any e-book for sale to consumers in Canada, or to offer price discounts or any other form of promotion to encourage consumers in Canada to purchase one or more e-books. The CAs also prohibit the respondent Publishers from entering into an agreement with any e-book retailer that has one of those effects. These prohibitions apply for nine months, commencing no later than 120 days following the registration of the CAs. During the hearing of this application, the Commissioner described these prohibitions as being the "centrepiece" of the CAs, and as having been designed to "ignite the flames of competition" in the e-book market in Canada. Kobo and other industry participants refer to these prohibitions as creating an "Agency Lite" model of distribution.

[13] Certain other terms in the CAs prohibit the respondent Publishers from entering into agreements with e-book retailers relating to the sale of e-books to consumers in Canada that contain particular types of most-favoured nation clauses (Price MFN Clauses) for a period of three years from the date of the registration of the CA.

[14] In addition, the CAs require the respondent Publishers to take steps to terminate, and not renew or extend, existing agreements with e-book retailers that restrict price discounting or contain a Price MFN Clause. In lieu of such action, the CAs permit the respondent Publishers to take certain alternative steps to address the Commissioner's concerns.

d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché des livres numériques au Canada, en violation de l'article 90.1 de la Loi.

[12] Par conséquent, et afin de contrer les effets anticoncurrentiels allégués de cette transition collective vers des accords d'agences, le consentement interdit aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d'un livre numérique pour vente aux consommateurs au Canada, ou d'offrir des rabais ou faire de la promotion commerciale pour encourager les consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres numériques. Le consentement interdit également aux éditeurs défendeurs de conclure avec un détaillant de livres numériques un accord ayant l'un de ces effets. Ces interdictions ont une durée de neuf mois et entrent en vigueur au plus tard à compter du 120^e jour suivant l'enregistrement des consentements. Au cours de l'audience de cette demande, le commissaire a décrit ces interdictions comme étant la [TRADUCTION] « pièce maîtresse » des consentements, lesquels visaient à [TRADUCTION] « mettre le feu aux poudres de la concurrence » sur le marché du livre numérique au Canada. Kobo et les autres membres de l'industrie soutiennent que ces prohibitions viennent créer une version diluée du modèle d'agence.

[13] D'autres dispositions des consentements interdisent aux éditeurs défendeurs de conclure avec des détaillants de livres numériques un accord, relativement à la vente de livres numériques aux consommateurs au Canada, contenant des genres particuliers de clauses de la nation la plus favorisée (clauses de prix NPF), et cela pour une période de trois ans à compter de la date d'enregistrement des consentements.

[14] En outre, les consentements obligent les éditeurs défendeurs à prendre des mesures pour que soient résiliés, sans qu'ils soient renouvelés ou prolongés, les accords conclus avec des détaillants de livres numériques qui les empêchent d'offrir des rabais ou qui contiennent une clause de prix NPF. En lieu et place d'une résiliation, les consentements autorisent les éditeurs défendeurs à prendre certaines autres mesures pour répondre aux préoccupations du commissaire.

[15] In March of 2017, I issued an order, on consent, staying the implementation of the CAs until the fifth business day following this Court's determination of this application (*Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FC 382, 24 Admin. L.R. (6th) 25 (*Kobo 2017*), at paragraph 8).

[16] Kobo asserts that if the CAs are implemented, it will suffer significant financial harm, as its contractual relationships with the respondent Publishers will be radically altered. In response, the Commissioner maintains that Kobo simply wishes to avoid competing by cutting its retail prices.

IV. Background

[17] The prohibitions in the CAs are essentially the same as the prohibitions that were contained in an earlier single consent agreement that the Commissioner entered into with the respondent Publishers and HarperCollins Canada Limited (HarperCollins) in 2014 (the Initial CA), except that they are now of shorter duration. Those prohibitions are also similar to prohibitions that were contained in final judgments that were issued in the United States in 2012.

[18] The Initial CA was rescinded by the Tribunal after it was found to have been deficient in certain respects (*Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. No. 11 (QL)). On their face, the CAs address those deficiencies.

[19] The Tribunal's rescission of the Initial CA was without prejudice to the ability of the Commissioner to enter into a new consent agreement with the publishers in question, based on conclusions he may reach regarding the elements of the reviewable conduct under subsection 90.1(1) of the Act.

[20] While HarperCollins was a party to the Initial CA, it apparently declined to enter into a revised consent agreement. As a consequence, the Commissioner filed a contested application before the Tribunal against

[15] En mars 2017, j'ai rendu une ordonnance, sur consentement, suspendant l'exécution des consentements jusqu'au cinquième jour ouvrable suivant la décision de notre Cour quant à l'espèce (*Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CF 382 (*Kobo 2017*), au paragraphe 8).

[16] Kobo soutient qu'elle subira des torts financiers considérables si les consentements sont mis en œuvre, car ses relations contractuelles avec les éditeurs défendeurs seront profondément modifiées. Le commissaire rétorque que Kobo souhaite simplement éviter de réduire ses prix de vente de détail afin de concurrencer.

IV. Faits

[17] Les interdictions prévues dans les consentements sont essentiellement les mêmes que celles contenues dans un consentement antérieur conclu entre le commissaire et les éditeurs défendeurs et HarperCollins Canada Limited (HarperCollins) en 2014 (le consentement initial), exception faite que celles-ci sont d'une durée plus limitée. Ces interdictions sont également semblables à celles prévues aux jugements définitifs rendus aux États-Unis en 2012.

[18] Le consentement initial a été annulé par le Tribunal après qu'il eut conclu qu'il était insuffisant à certains chapitres (*Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. n° 11 (QL) (*Kobo 2016*)). À première vue, les consentements comblent ces lacunes.

[19] La résiliation par le Tribunal du consentement initial ne portait pas atteinte à la capacité du commissaire de conclure un nouveau consentement avec les éditeurs en question, fondé sur les conclusions qu'il pouvait tirer concernant les éléments du comportement susceptible de révision décrit au paragraphe 90.1(1) de la Loi.

[20] Toutefois, alors que HarperCollins était partie au consentement initial, elle a apparemment refusé de conclure un consentement révisé. En conséquence, le commissaire a déposé une demande contestée devant le

HarperCollins. HarperCollins then filed a motion for summary dismissal of that application, on the basis of the first and third of the three jurisdictional grounds that Kobo has raised in this application.

[21] In *Kobo 2017*, above, I stayed the hearing of this application until the Tribunal had issued its decision on HarperCollins' above-mentioned motion. I did so after concluding that it was preferable for the Court to have the benefit of the Tribunal's determinations regarding the jurisdictional issues that have been raised in both proceedings before addressing those issues itself (*Kobo 2017*, above, at paragraph 39).

[22] A short while later, in a decision written by Justice Gascon, the Tribunal dismissed HarperCollins' motion, after concluding that it was not plain and obvious that (i) the Tribunal did not have jurisdiction to grant the relief sought by the Commissioner in respect of the Arrangement; and (ii) the Arrangement is no longer "existing or proposed" (*Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. No. 10 (QL) (*HarperCollins*)). Subsequently, HarperCollins entered into a separate consent agreement with the Commissioner and filed a notice of discontinuance in relation to its appeal of Justice Gascon's decision. This separate consent agreement has not been challenged by Kobo in this application.

[23] Whereas HarperCollins submitted that it is the Tribunal that lacks jurisdiction to grant the relief requested by the Commissioner in the contested application that he filed against HarperCollins, Kobo asserts that it is the Commissioner who lacks the jurisdiction to enter into the CAs. Nothing turns on this, as I consider that the Commissioner's jurisdiction under section 90.1 is co-extensive with the Tribunal's jurisdiction, such that if the Tribunal has no jurisdiction in respect of particular conduct, neither does the Commissioner (*Kobo 2017*, above, at paragraph 41).

[24] At the time the three CAs were filed with the Tribunal, the Commissioner also filed a fourth consent

Tribunal contre HarperCollins. HarperCollins a ensuite déposé une requête en rejet sommaire de cette demande fondée sur les premier et troisième motifs de compétence soulevés par Kobo dans l'espèce.

[21] Dans la décision *Kobo 2017*, précitée, j'ai suspendu l'audition de cette demande jusqu'à ce que le Tribunal rende sa décision à l'égard de ladite requête d'HarperCollins. J'ai conclu qu'il était préférable que la Cour puisse profiter des décisions du Tribunal concernant les questions de compétence soulevées dans les deux instances avant de se pencher elles-mêmes sur ces questions (*Kobo 2017*, précitée, au paragraphe 39).

[22] Quelque temps plus tard, dans une décision de la main du juge Gascon, le Tribunal a rejeté la requête d'HarperCollins, concluant qu'il n'était pas évident et manifeste que i) le Tribunal n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée par le commissaire à l'égard de l'arrangement; et que ii) l'arrangement n'était plus « conclu ou proposé » (*Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. n° 10 (QL) (*HarperCollins*)). Par la suite, HarperCollins a signé un consentement avec le commissaire et déposé un avis de désistement de son appel de la décision du juge Gascon. Ce consentement n'a pas été contesté par Kobo dans le cadre de la présente demande.

[23] Dans le cadre de la demande contestée à l'encontre d'elle, HarperCollins a soutenu que c'était le Tribunal qui n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée par le commissaire. En l'espèce, Kobo soutient que c'est le commissaire qui n'a pas la compétence de signer ces consentements. Or, cette distinction importe peu en l'espèce car j'estime que la compétence du commissaire en vertu de l'article 90.1 découle de la compétence du Tribunal. Par conséquent, si le Tribunal n'a pas compétence concernant une conduite en particulier, il en va de même pour le commissaire (*Kobo 2017*, précitée, au paragraphe 41).

[24] Au même moment de l'enregistrement des trois consentements auprès du Tribunal, le commissaire a

agreement that he had entered into with Apple Inc. and Apple Canada Inc. (collectively, Apple). That consent agreement has not been challenged by Kobo and therefore will not be further discussed in these reasons for judgment.

[25] Although Kobo succeeded in persuading the Tribunal to rescind the Initial CA, it was less successful in a prior reference proceeding that concerned the scope of issues that may be raised by a third party who challenges a consent agreement under subsection 106(2) of the Act (*Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition*, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII) (*Kobo 2014*)). In particular, the Tribunal found that it was not open to Kobo to attempt to establish, whether by factual evidence or otherwise, that one or more of the substantive elements set forth in section 90.1 of the Act are not met. This specifically included whether there is an agreement or arrangement—whether existing or proposed—between persons, two or more of whom are competitors. The Tribunal held that disputes with respect to these and other substantive elements, such as whether an agreement is likely to prevent or lessen competition substantially, are beyond the scope of subsection 106(2). That decision was upheld by the Federal Court of Appeal in *Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 FCA 149 (*Kobo FCA*), leave to appeal to SCC refused, 36554 (14 January 2016) [[2016] 1 S.C.R. xvi].

[26] Notwithstanding that the Tribunal rejected Kobo's position regarding the scope of issues that may be raised by third parties in proceedings initiated under subsection 106(2) of the Act, the Tribunal observed that “it would be potentially open to a party to raise [issues] before the Federal Court on an application for judicial review brought pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7” (*Kobo 2014*, above, at paragraph 73 (citations omitted)). A similar observation was also made by the Federal Court of Appeal (*Kobo FCA*, above, at paragraph 10).

également déposé un quatrième consentement intervenu avec Apple Inc. et Apple Canada Inc. (ensemble, Apple). Ce consentement n'a pas été contesté par Kobo; il ne sera donc pas abordé davantage dans les présents motifs.

[25] Bien que Kobo soit parvenue à convaincre le Tribunal d'annuler le consentement initial; il en fut autrement dans le cadre d'une procédure antérieure portant sur la portée des questions pouvant être soulevées par un tiers contestant un consentement en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi (*Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition*, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII) (*Kobo 2014*)). Plus particulièrement, le Tribunal a conclu qu'il n'était pas loisible à Kobo de tenter d'établir, que ce soit par la voie d'une preuve factuelle ou autrement, qu'un ou plusieurs des éléments importants établis dans l'article 90.1 de la Loi n'était pas respecté, y inclus s'il y a présence d'un accord ou d'un arrangement — soit conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents. Le Tribunal a statué que les litiges quant à la présence de ces éléments importants, ou d'autres — notamment à savoir si l'accord avait pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence — outrepassaient la portée du paragraphe 106(2). La Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision dans l'arrêt *Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CAF 149 (*Kobo CAF*), autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, 36554 (le 14 janvier 2016) [[2016] 1 R.C.S. xvi].

[26] Hormis le fait que le Tribunal eut rejeté le point de vue de Kobo quant à la portée des questions pouvant être soulevées par des tiers dans des procédures intentées en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, il a également observé que [TRADUCTION] « il pourrait être loisible à une partie de les soulever devant la Cour fédérale dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 » (*Kobo 2014*, précitée, au paragraphe 73 (citations omises)). La Cour d'appel fédérale a effectué un commentaire semblable (*Kobo CAF*, précitée, au paragraphe 10).

V. Relevant Legislation

[27] Section 105 of the Act provides for the entering into consent agreements and the registration of those agreements by the Tribunal. It states:

Consent agreement

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.

Terms of 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.

Registration

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

Effect of 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.

[28] Pursuant to subsection 106(2), third parties may apply to the Tribunal to vary or rescind a consent agreement. That provision states:

106 ...

Directly affected persons

(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.

[29] Section 90.1 gives the Tribunal the jurisdiction to issue two types of orders in respect of certain agreements or arrangements between competitors. That provision states:

V. Dispositions législatives pertinentes

[27] L'article 105 de la Loi prévoit la procédure entourant les consentements ainsi que l'enregistrement de ceux-ci auprès du Tribunal. Elle dispose :

Consentement

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.

Contenu du consentement

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

Dépôt et enregistrement

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

Effet de l'enregistrement

(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.

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

106 [...]

Personnes directement touchées

(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.

[29] L'article 90.1 accorde au Tribunal la compétence d'émettre deux types d'ordonnance concernant certains accords ou arrangements entre concurrents. Cette disposition prévoit :

Order

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

(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.

VI. Preliminary Issue

[30] The Commissioner submits that this Court should decline to consider this application because Kobo has an adequate alternative remedy and forum under subsection 106(2) of the Act. The Commissioner maintains that Kobo should not be permitted to use the Court’s judicial review process to do an “end run” around the limited right of review of consent agreements that Parliament created for the Tribunal on applications brought by third parties in subsection 106(2) of the Act.

[31] I agree. However, I do so primarily for reasons other than the adequacy of the remedies available to Kobo under that provision.

[32] In *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 (*Strickland*), the Supreme Court of Canada recalibrated the framework applicable to a court’s determination of whether to exercise discretion to hear an application for judicial review. That decision was issued shortly after the Federal Court of Appeal agreed with the Tribunal’s observation that judicial review would be potentially available to third parties such as Kobo who may seek to challenge a consent agreement filed by the Commissioner (*Kobo FCA*, above).

Ordonnance

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 l’arrangement — d’accomplir tout acte au titre de l’accord ou de l’arrangement;

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.

VI. Question préliminaire

[30] Le commissaire soutient que notre Cour devrait refuser cette demande, car Kobo dispose d’une mesure de réparation alternative appropriée en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi. Le commissaire soutient que Kobo ne devrait pas être autorisée à utiliser le mécanisme de contrôle judiciaire de notre Cour pour [TRANSDUCTION] « escamoter » le droit limité que le Parlement a permis aux tiers de demander au Tribunal d’examiner un consentement en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi.

[31] Je suis d’accord. Cependant, je souscris à ce point de vue pour des motifs autres que le caractère approprié des réparations offertes à Kobo en vertu de cette disposition.

[32] Dans l’affaire *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713 (*Strickland*), la Cour suprême du Canada a modifié le cadre applicable à la décision d’une cour d’exercer ou non son pouvoir discrétionnaire d’entendre une demande de contrôle judiciaire. Cette décision a été rendue peu de temps après que la Cour d’appel fédérale ait reconnu le point de vue du Tribunal voulant que le contrôle judiciaire puisse être une avenue potentiellement ouverte aux tiers tels que Kobo, souhaitant contester un consentement intervenu avec le commissaire (*Kobo CAF*, précité).

[33] The central issue in *Strickland* was whether the Federal Court erred in exercising its discretion to decline to hear an application for a declaration that the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, are unlawful. In reaching that conclusion, Justice Gleason (as she then was) emphasized the minor role played by this Court in issues under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, and the broader jurisdiction and expertise of the provincial superior courts in matters related to divorce and child support.

[34] In its assessment of the issue, the Supreme Court identified a number of considerations that are relevant to a court's determination of whether to exercise its discretion to refuse to hear a judicial review application. Those considerations are:

- i. The purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue;
- ii. The nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity;
- iii. The relative expertise of the alternative decision maker;
- iv. The nature of the error alleged;
- v. The existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place;
- vi. Expeditionness;
- vii. The convenience of the alternative remedy;
- viii. The economic use of judicial resources; and
- ix. Cost.

(*Strickland*, above, at paragraph 42.)

[33] La question centrale dans l'arrêt *Strickland* était à savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre une demande de jugement déclaratoire rendant illégales les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175. La juge Gleason (tel était son titre à l'époque), dans sa conclusion, a souligné le rôle mineur que jouait notre Cour en ce qui concerne les questions relevant de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, ainsi que l'étendue de la compétence et de l'expertise des cours supérieures provinciales quant aux questions de divorce et de pensions alimentaires pour enfants.

[34] La Cour suprême a dressé une liste de facteurs pertinents à la décision d'une cour d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre une demande de contrôle judiciaire. Ces facteurs sont les suivants :

- i. les objectifs et les considérations de principe qui sous-tendent le régime législatif en cause;
- ii. la nature de l'autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d'accorder une réparation;
- iii. l'expertise relative de l'autre décideur;
- iv. la nature de l'erreur alléguée;
- v. l'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige;
- vi. la célérité;
- vii. la commodité de l'autre recours;
- viii. l'utilisation économique des ressources judiciaires; et
- ix. les coûts.

(*Strickland*, précité, au paragraphe 42.)

[35] The Court emphasized that the categories of relevant factors are not limited, and that it is for the courts to identify and balance the relevant factors in the context of a particular case. Elaborating, the Court stated:

...The court should consider not only the available alternative, but also the suitability and appropriateness of judicial review in the circumstances. In short, the question is not simply whether some other remedy is adequate, but also whether judicial review is appropriate. Ultimately, this calls for a type of balance of convenience analysis.

(*Strickland*, above, at paragraph 43.)

[36] In the result, the Court relied upon considerations that were “appropriately concerned more with the unsuitability of judicial review in the Federal Court in this case than with the narrower question of whether a remedy comparable to that sought by the appellants is available elsewhere” (*Strickland*, above, at paragraph 46). In this regard, the Court found that the appellants’ judicial review proceedings in the Federal Court were “deeply inconsistent with fundamental parliamentary choices about where important family law issues will be determined” (*Strickland*, above, at paragraph 51).

[37] A similar result was reached in the subsequent case of *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114 (*797175*). There, the issue was whether the Court should hear an application for judicial review of a decision of the Calgary Composite Assessment Review Board regarding a property assessment. The parties were in agreement that the application concerned issues of fact and mixed fact and law which were not appealable under the relevant section of the *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26. In deciding to dismiss the application without assessing those issues, the Court held as follows [at paragraphs 35–37]:

[35] La Cour a souligné que ces catégories de facteurs pertinents n’étaient pas limitatives, et qu’il revenait aux cours de cerner et de pondérer les facteurs pertinents en regard du contexte du dossier. La Cour, abordant sur ce point, a dit :

[...] La cour doit tenir compte non seulement de l’autre recours disponible, mais aussi de la pertinence et du caractère opportun du contrôle judiciaire dans les circonstances. Bref, la question ne consiste pas simplement à décider si quelque autre recours est adéquat, mais également s’il convient de recourir au contrôle judiciaire. En définitive, cela requiert une analyse du type de la pondération des inconvénients.

(*Strickland*, précité, au paragraphe 43.)

[36] Finalement, la Cour s’en est remise à des considérations qui « touchent davantage au caractère inopportun d’un contrôle judiciaire en Cour fédérale dans la présente affaire qu’à la simple question de savoir s’il est possible pour les appelants d’obtenir ailleurs une réparation comparable à celle qu’ils demandent » (*Strickland*, précité, au paragraphe 46). À cet égard, la Cour a conclu que la procédure de contrôle judiciaire des appelants devant la Cour fédérale était « profondément incompatible avec les choix fondamentaux du législateur quant à la juridiction compétente pour instruire les questions importantes de droit de la famille » (*Strickland*, précité, au paragraphe 51).

[37] La Cour du banc de la Reine de l’Alberta est parvenue à une conclusion semblable dans le dossier subséquent *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114 (*797175*). Dans cette affaire, la question était à savoir si la Cour devrait entendre une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Calgary Composite Assessment Review Board quant à une évaluation foncière. Les parties s’entendaient sur le fait que cette demande portait sur des questions mixtes de fait et de droit lesquelles sont sans appel en vertu de la disposition pertinente de la *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, ch. M-26. Refusant la demande sans examiner ces questions, la Cour a tenu les propos suivants [aux paragraphes 35–37] :

There are strong policy reasons for the Court to not usurp the intention of the legislature by reviewing the factual merits of assessment board decisions. Section 470 provides an important gate-keeping function by regulating access to the appeal process, partly for reasons of efficiency and judicial economy. The City and the Board emphasize this represents a real “flood-gates” concern because of: the number of assessment complaint hearings each year; the substantial volume of evidence and materials that are often filed in these hearings; an *The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in d*, since tax-payers can challenge assessments for each and every year.

Having regard to the foregoing, the discretion of the Court should be exercised against the granting of judicial review where the questions raised are those of fact or mixed fact and law, except in extraordinary circumstances, which were not argued in this instance and are not before this Court.

In my view, the right to constitutionally protected review of administrative decision-making is discretionary and is not absolute and must be balanced against important legislative and policy considerations, as was set out in *Strickland*.

[38] In reaching the foregoing conclusion, the Court was guided by the following comments of the Alberta Court of Appeal in *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1 (*Henderson*) [at paragraph 26]:

... Judicial review should not generally be used as an end run around statutory restrictions on appeal rights. Thus, we would be disinclined to grant judicial review even if it appeared to us that the conclusion reached by the hearing panel was wrong if its decision was made in the course of a process that had been conducted according to law. Otherwise, an application for judicial review could be used to do indirectly what cannot be directly done — obtain an appeal not intended by the Legislature.

[39] In my view, the reasoning adopted in *Strickland*, 797175 and *Henderson* leads to a similar result in the case at bar. Stated differently, an assessment of the factors that were identified and given particular emphasis

[TRADUCTION] Il existe de solides motifs politiques enjoignant à la Cour de s’abstenir d’usurper l’intention du législateur en examinant le fond factuel des décisions des comités d’évaluation. L’article 470 joue un rôle important de gardien en réglementant l’accès au processus d’appel, en partie pour des raisons d’efficacité et d’économie des ressources judiciaires. La Ville et la Commission ont souligné qu’à défaut de cette disposition, il y aurait un véritable risque « d’avalanche » en raison du nombre de plaintes en lien avec les évaluations chaque année; du volume imposant d’éléments de preuve et de documents souvent produits dans le cadre de telles audiences; et du fait que les contribuables pourraient contester les évaluations tous les ans.

Eu égard à ce qui précède, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d’accueillir le contrôle judiciaire d’une décision portant sur des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, sauf dans des circonstances extraordinaires, lesquelles n’ont pas été avancées dans l’espèce et ne sont pas devant notre Cour.

À mon avis, le droit à une révision garantie par la Constitution des décisions administratives relève d’un exercice discrétionnaire; il n’est pas absolu et il doit absolument être pondéré en regard des objectifs et des considérations de principes, comme statué dans *Strickland*.

[38] La Cour, rendant la conclusion précédente, a été guidée par la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1 (*Henderson*) [au paragraphe 26] :

[TRADUCTION] [...] Les demandes en contrôle judiciaire ne devraient pas servir à escamoter les restrictions législatives aux droits d’appel. Par conséquent, nous serions peu disposés à accueillir une demande en contrôle judiciaire, même s’il nous semblait que le comité était parvenu à la mauvaise conclusion, mais qu’il avait suivi un processus conforme à la loi. Autrement, les demandes de contrôle judiciaire pourraient servir à accomplir indirectement ce qui ne peut l’être directement; soit obtenir un appel à l’encontre de l’intention du législateur.

[39] À mon avis, le raisonnement adopté dans les décisions *Strickland*, 797175 et *Henderson* mène à un résultat semblable dans l’espèce. En d’autres mots, l’évaluation des facteurs identifiés ainsi que l’importance

in those cases leads to the conclusion that I should exercise my discretion to decline to consider the present application on its merits.

[40] Based on the particular circumstances surrounding this application, the most relevant of the factors identified in *Strickland* are the first three in the list set forth at paragraph 34 above. However, I will briefly assess all of the factors in that list below. The parties did not identify additional factors that warrant consideration. In my view, one such factor could be said to be the Commissioner’s broad discretion to settle matters by way of consent agreements (*Kobo 2014*, above, at paragraphs 3, 32 and 95). I consider that this factor can be taken into account in an assessment of the purpose and objectives underpinning sections 105 and 106 of the Act.

i. *The purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue*

[41] This factor was exhaustively canvassed in *Kobo 2014*, above, at paragraphs 35–79. For the present purposes, the most relevant information is set forth in the following passages [at paragraphs 50, 51, 70, 71, 74, 75 and 76]:

It is common ground between the parties that the “mischief” which Parliament sought to address in 2002 in establishing the consent agreement process that is now enshrined in sections 105 and 106 included the significant cost, delay and uncertainty associated with the former consent order process. Those problems arose primarily because that process “created too many incentives, too many ways for third parties to get involved and to lengthen the process ...” (*Kobo’s* oral submissions, Transcript, at pp. 101-2, and 166).

It is not disputed that these problems deterred businesses from participating in the consent order process, led to a practice of negotiating “undertakings” with the Commissioner that may not have been enforceable, and gave rise to a widespread consensus that the consent order process was “broken and needed to be fixed.”

...

de ceux-ci dans ces dossiers me mènent à conclure que je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire pour rejeter la présente demande sur le fond.

[40] Étant donné les circonstances particulières de l’espèce, les trois premiers facteurs énoncés dans l’arrêt *Strickland* sont les plus pertinents de la liste figurant au paragraphe 34 ci-haut. Toutefois, j’analyserai brièvement chacun d’entre eux dans les paragraphes suivants. Les parties n’ont pas identifié de facteurs supplémentaires devant être considérés. Cependant, j’estime que le pouvoir discrétionnaire élargi du commissaire lui permettant de régler des dossiers par la voie de consentements pourrait constituer un tel facteur (*Kobo 2014*, précitée, aux paragraphes 3, 32 et 95). À mon avis, ce facteur peut être pris en compte dans l’analyse des buts et des objectifs qui sous-tendent les articles 105 et 106 de la Loi.

i. *Les objectifs et les considérations de principe qui sous-tendent le régime législatif en cause*

[41] Ce facteur a été examiné de façon exhaustive dans la décision *Kobo 2014*, précitée, aux paragraphes 35–79. Aux fins de l’espèce, les renseignements les plus pertinents se retrouvent dans les passages suivants [aux paragraphes 50, 51, 70, 71, 74, 75 et 76] :

[TRADUCTION] Les parties s’entendent que le « méfait » que le Parlement souhaitait contrer en 2002 en établissant le processus de consentement, désormais incarné par les articles 105 et 106, tenait compte des coûts, du délai et de l’incertitude importants de l’ancien processus de consentement. Ces problèmes provenaient souvent du fait que le processus « générait trop d’incitatifs, trop de façons dont les tiers pouvaient s’immiscer au processus et le rallonger [...] » (observations verbales de *Kobo*, Transcription, aux pages 101-102 et 166).

Il est incontesté que ces problèmes décourageaient les entreprises de prendre part au processus de consentement et a donné naissance à une pratique de négociation « d’engagements » avec le commissaire, lesquels n’étaient peut-être pas exécutoires. Il y avait un consensus répandu voulant que le processus de consentement était [TRADUCTION] « dysfonctionnel et il devait être réparé ».

[...]

In my view, it is very clear from the legislative history, including Mr. von Finckenstein's testimony, that Parliament did not intend to confer upon the Tribunal the jurisdiction to hear and adjudicate upon factual disputes with respect to the basis for the conclusions reached by the Commissioner regarding either the substantive elements of reviewable trade practices, or the defences and exceptions set forth in the Act in respect of those trade practices.

As Kobo recognizes, the 2002 amendments to sections 105 and 106 were designed to, among other things, streamline the settlement process and make it faster and more predictable (*Rona Inc. v. Commissioner of Competition*, 2005 Comp. Trib. 18, at para 77).

...

The effect of the two amendments proposed by Mr. von Finckenstein, and accepted by the Committee, was to remove the ability of the Commissioner to include in consent agreements terms that could not be imposed by the Tribunal, and to add a very limited ability for third parties to apply to the Tribunal to have one or more terms of the agreement rescinded or varied. The Tribunal's jurisdiction under subsection 106(2) to grant the application was confined to circumstances where the applicant "has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal."

The best evidence of what was meant by the latter language is Mr. von Finckenstein's testimony, as it was he who proposed that language, and indeed the initially proposed text of sections 105 and 106, when Bill C-23 was introduced at First Reading.

In my view, it is clear from that testimony of Mr. von Finckenstein that the words "has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal" were intended to mean "has established that the terms of the consent agreement are not within the scope of the type of order(s) that the Tribunal is permitted to issue in respect of the reviewable trade practice in question." In other words, when Parliament enacted Mr. von Finckenstein's proposals word for word after hearing his very specific testimony, it appears to have simply intended that terms which are not within the purview of one or more specific types of orders in respect of a particular reviewable trade practice can not be the subject of an order of Tribunal, within the meaning of subsection 106(2). In my view, the legislative record does not support the more expansive interpretation of that provision that has been advanced by Kobo. [Emphasis in original.]

À mon avis, il est très clair, en regard de l'histoire législative, y compris du témoignage de M. von Finckenstein, que le Parlement n'avait pas l'intention de confier au Tribunal la compétence d'entendre et d'arbitrer des litiges factuels quant aux motifs des conclusions du commissaire, que ce soit quant aux éléments de fond des pratiques commerciales susceptibles d'examen, ou quant aux moyens de défense et aux exceptions prévues à la Loi en regard de celles-ci.

Comme Kobo le reconnaît, les modifications de 2002 aux articles 105 et 106 visaient, entre autres, à simplifier le processus de règlement et à le rendre plus rapide et prévisible (*Rona Inc. v. Commissioner of Competition*, 2005 Comp. Trib. 18, au para 77).

[...]

Les deux modifications proposées par M. von Finckenstein, et acceptées par le Comité, avaient pour effet de retirer au commissaire la capacité d'inclure des modalités aux consentements qui ne pourraient pas être imposées par le Tribunal, ainsi que d'accorder une capacité très limitée aux tiers de s'adresser au Tribunal pour obtenir l'annulation ou la modification d'une ou de plusieurs modalités d'un consentement. La compétence du Tribunal en vertu du paragraphe 106(2) pour accueillir la demande est limitée aux circonstances où le demandeur « a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal ».

La meilleure preuve qui soit de l'intention sous-tendant ce vocabulaire est le témoignage de M. von Finckenstein : c'est lui qui a proposé cette formule et le texte pour les articles 105 et 106 lors de la présentation à la première lecture du projet de loi C-23.

À mon avis, il est clair du témoignage de M. von Finckenstein que l'expression « a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal » visait à signifier que le demandeur [TRADUCTION] « a établi que les modalités du consentement ne correspondent pas au type d'ordonnance(s) que peut rendre le Tribunal en regard de la pratique commerciale susceptible de révision visée ». En d'autres termes, le Parlement, en édictant la proposition de M. von Finckenstein, mot pour mot, après avoir entendu son témoignage très pointu, semble avoir simplement eu l'intention d'exclure les modalités qui ne relevaient pas du type d'ordonnance que peut rendre le Tribunal en regard d'une pratique commerciale susceptible de révision, selon la définition du paragraphe 106(2). De plus, le dossier législatif ne vient pas appuyer l'interprétation plus généreuse que soutient Kobo. [Souligné dans l'original.]

[42] In summary, the purposes and policy considerations underpinning the consent agreement scheme that is now included in sections 105 and 106 of the Act were to “streamline the settlement process and make it faster and more predictable.” This was achieved by eliminating the Tribunal’s prior ability to hear and adjudicate upon factual disputes raised by third parties such as those that are at the root of the second and third “jurisdictional” challenges that have been raised by Kobo in the present application. Parliament ultimately decided to confine the rights of third parties to solely raising issues with respect to whether the terms of a consent agreement “are not within the scope of the type of order(s) that the Tribunal is permitted to issue in respect of the reviewable trade practice in question” [emphasis in original].

[43] In my view, the foregoing purposes and policy considerations weigh strongly in favour of declining to hear the present application.

- ii. *The nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity*

[44] The Tribunal is a specialized administrative body that has been recognized as being “especially well suited to the task of overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic” (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 49; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, (*Superior Propane*), at paragraph 57 [at paragraph 77 of [2001] 3 F.C. 185]).

[45] Pursuant to subsection 8(2) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, the Tribunal “has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.”

[46] The Tribunal also has the remedial capacity under subsection 106(2) of the Act to rescind or vary

[42] En résumé, les objectifs et les considérations de principes sous-tendant le modèle des consentements figurant maintenant aux articles 105 et 106 sont de [TRADUCTION] « à simplifier le processus de règlement et à le rendre plus rapide et prévisible ». Cet objectif a été atteint en éliminant la capacité antérieure du Tribunal à entendre et à arbitrer des litiges factuels soulevés par des tiers, tels que ceux soulevés par les deuxième et troisième contestations de la « compétence » avancées par Kobo dans l’espèce. Le Parlement a finalement décidé de limiter les droits des tiers aux questions liées aux modalités d’un consentement qui [TRADUCTION] « ne correspondent pas au type d’ordonnance(s) que peut rendre le Tribunal en regard de la pratique commerciale susceptible de révision visée » [souligné dans l’original].

[43] À mon avis, l’intention et les considérations de principe susmentionnées penchent fortement en faveur du rejet de la présente demande.

- ii. *La nature de l’autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d’accorder une réparation*

[44] Le Tribunal est une instance administrative spécialisée reconnue comme « [étant] particulièrement bien placé[e] pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques » (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 49; *Canada (Commissaire de la Concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104 (*Supérieur Propane*), au paragraphe 57 [au paragraphe 77 dans [2001] 3 C.F. 185]).

[45] En vertu du paragraphe 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, le Tribunal « a, pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d’une cour supérieure d’archives ».

[46] Le Tribunal dispose également d’une capacité de réparation en vertu de paragraphe 106(2) de la Loi

consent agreements. However, as Kobo emphasized during the hearing of this application, the Tribunal may not do so based on grounds such as the second and third “jurisdictional challenges” that it is now raising. Although Kobo and the Commissioner interpret my decision in *Kobo 2014* as also precluding Kobo from advancing the first jurisdictional issue that it has raised in the present application, I disagree. In my view, the issue of whether anticompetitive agreements entered into outside Canada are within the purview of section 90.1 is an issue that raises a question with respect to whether the consent agreement is “something [that] the Tribunal couldn’t have done,” or that is “outside the purview of the Tribunal” (*Kobo 2014*, above, at paragraph 77). Accordingly, this is an issue that could legitimately be raised before the Tribunal by a third party under subsection 106(2) of the Act. However, Kobo failed to do so in respect of either the Initial CA or the CAs.

[47] Nevertheless, given that Kobo is precluded by the terms of subsection 106(2), as interpreted in *Kobo 2014* and *Kobo FCA*, above, from raising before the Tribunal the other two “jurisdictional” issues that it has raised in this application, I consider that this factor weighs in favour of hearing this application on its merits.

iii. *The relative expertise of the alternative decision maker*

[48] Kobo submits that because the judges of this Court who are also members of the Tribunal tend to be assigned to hear matters brought before this Court that involve issues under the Act, this factor should be considered to be neutral. Although that may be true at the present time, it has not always been so, and it may not be so in the future.

[49] Judges of this Court who are also members of the Tribunal “can be expected to have a level of expertise or experience in this area of the law over and above that acquired by a judge in the ordinary course of judicial work” (*Superior Propane*, above, at paragraph 56 [at

lui permettant d’annuler ou de modifier des consentements. Or, Kobo a soutenu au cours de l’audience en l’espèce que le Tribunal ne peut pas agir ainsi, conformément aux deuxième et troisième « contestations de la compétence » qu’elle avance désormais. En dépit du fait que Kobo et le commissaire interprètent tous deux ma décision dans l’affaire *Kobo 2014* comme empêchant Kobo de déposer la première question de compétence avancée dans l’espèce, je ne suis pas d’accord. À mon avis, la question à savoir si les accords anticoncurrentiels conclus à l’extérieur du Canada sont visés par l’article 90.1 importe la question de savoir si le consentement est [TRADUCTION] « une mesure que le Tribunal n’aurait pas pu prendre » ou s’il se situe [TRADUCTION] « à l’extérieur du pouvoir du Tribunal » (*Kobo 2014*, précitée, au paragraphe 77). Conséquemment, il s’agit d’une question qui pourrait être légitimement soulevée devant le Tribunal par un tiers en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi. Cependant, ce n’est pas la voie qu’a suivie Kobo ni quant au consentement initial ni quant aux consentements visés par l’espèce.

[47] Néanmoins, étant donné que Kobo ne peut pas, en vertu du paragraphe 106(2), tel qu’interprété dans la décision *Kobo 2014* et dans l’arrêt *Kobo CAF*, précités, soulever les deux autres questions de « compétence » figurant dans sa demande, j’estime que ce facteur pèse en faveur d’entendre celle-ci sur le fond.

iii. *L’expertise relative de l’autre décideur*

[48] Kobo avance que ce facteur devrait avoir un effet plutôt neutre, car les juges de notre Cour affectés aux dossiers liés à la Loi sont souvent également membres du Tribunal. Bien que ce puisse être exact à l’heure actuelle, ce ne fut pas toujours le cas, et ce ne sera peut-être pas ainsi à l’avenir.

[49] Les juges de notre Cour qui sont également membres du Tribunal sont censés « avoir un degré d’expertise ou d’expérience dans ce domaine du droit supérieur à celui qu’a acquis un juge dans le cours normal de ses fonctions judiciaires » (*Supérieur Propane*, précité,

paragraph 76 of [2001] 3 F.C. 185)). This is in part because, when sitting as a judicial member of the Tribunal, they have the assistance of lay members.

[50] Given the foregoing, I consider that this factor weighs in favour of declining to hear the present application.

iv. *The nature of the error alleged*

[51] The three grounds upon which Kobo has based the present application have each been characterized as being “jurisdictional” challenges. However, as further discussed in Part VIII of these reasons below, I consider that only the first of those challenges raises a true question of jurisdiction. As noted above, that question concerns the issue of whether anticompetitive agreements entered into outside Canada fall within the purview of section 90.1 of the Act. The other two “jurisdictional” challenges that Kobo has raised are rooted largely in factual disputes about (i) whether the shift from the wholesale model of e-book distribution to the agency model of distribution in Canada occurred as result of the implementation of the U.S. Arrangement that is described in the recitals of the CAs, and (ii) whether the Arrangement was “existing or proposed” at the time the CAs were executed and filed with the Tribunal.

[52] In my view, the fact that one of the issues that Kobo has raised is a true jurisdictional issue ordinarily should weigh in favour of this Court exercising its jurisdiction to hear the present application. However, given my view that this issue may also be raised before the Tribunal, I consider that this factor weighs in favour of not granting discretion to hear the present application (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraphs 24–25; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223 (*Access Copyright*), at paragraph 70, rev’d on other grounds 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345, at paragraphs 10–11 and 59–60). This is particularly so given that this issue has been the subject of active debate

au paragraphe 56 [au paragraphe 76 dans [2001] 3 C.F. 185)]. Ceci s’explique en partie par le fait qu’ils bénéficient de l’assistance des membres non juges lorsqu’ils siègent comme juges dans une formation du Tribunal.

[50] Eu égard à ce qui précède, j’estime que ce facteur pèse à l’encontre de l’audition de la présente demande.

iv. *La nature de l’erreur alléguée*

[51] Les trois motifs avancés par Kobo dans la présente demande sont dits des « contestations de la compétence ». Cependant, comme je l’aborderai dans la partie VIII des présents motifs, j’estime que seule la première de ces contestations soulève une véritable question de compétence. À l’instar de mes commentaires susmentionnés, la question vise à savoir si l’article 90.1 de la Loi s’applique à un accord anticoncurrentiel conclu à l’extérieur du pays. Les deux autres « contestations de la compétence » avancées par Kobo sont fondées en grande partie sur les litiges factuels à savoir si i) le passage d’un modèle de vente en gros des livres numériques à un modèle d’agence au Canada découle de l’entente convenue aux États-Unis et décrite dans les attendus des consentements; et si ii) l’arrangement était « conclu ou proposé » au moment de l’exécution et de l’enregistrement des consentements auprès du Tribunal.

[52] J’estime que le fait qu’une des questions soulevées par Kobo soit véritablement une question de compétence devrait habituellement peser en faveur d’une décision discrétionnaire de la Cour permettant d’entendre l’espèce. Or, je considère également que cette question pourrait être soulevée devant le Tribunal; ainsi, j’estime que ce facteur ne pèse pas en faveur d’une décision discrétionnaire menant à entendre l’espèce (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), aux paragraphes 24 et 25; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223 (*Access Copyright*), au paragraphe 70, infirmé pour d’autres motifs par 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345, aux paragraphes 10–11 et 59–60). Étant

for many years, both here and abroad, such that it could benefit from the Tribunal's recognized expertise.

[53] The fact that the other two “jurisdictional” challenges that Kobo has raised are rooted largely in factual disputes also weighs in favour of not exercising my discretion to hear the present application.

v. *The existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place*

[54] As I have noted previously, the first and third of the three issues that Kobo has raised in this application have been litigated before the Tribunal in *HarperCollins*, above. However, the CAs are not being challenged in that proceeding, or in any other proceeding of which I am aware. Accordingly, this factor weighs in favour of exercising my discretion to hear the present application on its merits.

vi. *Expediiousness*

[55] In my view, this factor has no independent relevance in the present context because Kobo's inability to raise two of the three “jurisdictional” challenges that it is advancing in this application has already been considered and weighed above. There is no separate issue as to whether the relief that Kobo is seeking could be more expeditiously obtained in this forum, relative to another forum. The fact that judicial review proceedings may be more expeditious than a subsection 106(2) proceeding before the Tribunal is considered separately below.

vii. *The convenience of the alternative remedy*

[56] Kobo submits that this factor weighs in favour of exercising my jurisdiction to hear its application, because it is unlikely to succeed in raising these issues before the Tribunal, and the Commissioner has stated that he will oppose any attempt that Kobo may make to raise those issues in that forum. I agree. However,

donné que cette question a été le sujet d'un débat actif depuis de nombreuses années, tant ici qu'à l'étranger, il serait particulièrement intéressant de bénéficier de l'expertise reconnue du Tribunal sur celle-ci.

[53] Le fait que les deux autres « contestations de la compétence » soient largement fondées sur un litige factuel ne pèse également pas en faveur d'un exercice discrétionnaire permettant à la Cour d'entendre l'espèce.

v. *L'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige*

[54] Comme je l'ai mentionné plus tôt, la première et la troisième question soulevée par Kobo dans l'espèce ont déjà été examinées par le Tribunal dans la décision *HarperCollins*, précitée. Cependant, les consentements ne sont pas attaqués dans cette procédure ou dans toute autre procédure à ma connaissance. Conséquemment, ce facteur pèse en faveur d'une décision discrétionnaire permettant d'entendre l'espèce sur le fond.

vi. *La célérité*

[55] À mon avis, ce facteur n'a aucune pertinence indépendante dans l'espèce, car l'incapacité de Kobo à soulever deux des trois « contestations de la compétence » avancées dans sa demande a déjà été examinée et pondérée plus haut. Il n'y a aucune question séparée à savoir si la réparation demandée par Kobo pourrait être traitée plus rapidement devant notre Cour, par rapport à une autre instance. Le fait qu'une procédure de contrôle judiciaire puisse être plus expéditive qu'une procédure intentée en vertu du paragraphe 106(2) devant le Tribunal est analysé séparément plus bas.

vii. *La commodité de l'autre recours*

[56] Kobo soutient que ce facteur pèse en faveur d'un exercice discrétionnaire de notre Cour permettant d'entendre sa demande. En outre, elle avance qu'il est peu probable qu'elle parvienne à soulever les trois questions devant le Tribunal, et le commissaire a déjà affirmé qu'il s'opposerait à toute tentative de Kobo en ce

given that I have already weighed in Kobo's favour its inability to raise before the Tribunal two of the three "jurisdictional" issues that it is advancing in this application, this factor does not merit any significant additional weighting in my assessment.

viii. *The economic use of judicial resources*

[57] The nature of judicial review proceedings is such that they can often be determined more expeditiously, and with fewer judicial resources, than proceedings before the Tribunal, which frequently involve two judicial members. In any event, given that judicial review proceedings in this Court are heard by a single judge, whereas a proceeding under subsection 106(2) of the Act would require a panel of three members of the Tribunal, I consider that this factor weighs in favour of hearing this application on its merits.

ix. *Cost*

[58] As noted in *Kobo 2014*, above, at paragraph 50, the "mischief" that Parliament sought to address when it established the current consent agreement framework in sections 105 and 106 of the Act included the significant cost that was associated with the former consent order process. (See quote reproduced at paragraph 41 above.) As also noted in *Kobo 2014*, above, at paragraph 42: "[i]f one or more of the Commissioner's conclusions with respect to the elements of the relevant restrictive trade practice were subject to dispute under subsection 106(2), this would open up a potentially far broader range of complex issues in the average proceeding under that provision than was ever in dispute under the former consent order process." The same would be true if those same types of issues were subject to dispute in judicial review proceedings before this Court, as Kobo now requests. Stated differently, the public and private costs associated with judicial review proceedings in this Court would be potentially very significant, including for private parties who enter into settlements with the Commissioner, by way of consent agreements.

sens devant cette instance. Je suis d'accord. Or, étant donné que j'ai déjà statué que Kobo ne pouvait pas soulever deux des trois « contestations de la compétence » dans l'espèce, ce facteur ne devrait pas peser davantage dans l'analyse.

viii. *L'utilisation économique des ressources judiciaires*

[57] La nature des procédures de contrôle judiciaire est telle qu'elles peuvent souvent être tranchées plus rapidement et avec moins de ressources judiciaires que les procédures devant le Tribunal, lesquelles nécessitent souvent la présence de deux juges. À tout événement, étant donné que les procédures de contrôle judiciaire de notre Cour sont entendues par un seul juge, contrairement aux procédures en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, lesquelles nécessitent la présence de trois membres du Tribunal, j'estime que ce facteur pèse en faveur de l'audition de la demande sur le fond.

ix. *Les coûts*

[58] Tel que mentionné précédemment dans la décision *Kobo 2014*, précitée, au paragraphe 50, le « méfait » que souhaitait contrer le Parlement lorsqu'il a établi le modèle de consentement actuel figurant aux articles 105 et 106 de la Loi tenait compte des coûts importants découlant de l'ancien processus de consentement. (Voir la citation reproduite au paragraphe 41 ci-haut.) Le Tribunal, dans la décision *Kobo 2014*, abonde dans le même sens au paragraphe 42 [TRADUCTION] : « si une ou plusieurs des conclusions du commissaire quant aux éléments des pratiques pertinentes restreignant le commerce pouvaient être contestées en vertu du paragraphe 106(2), il serait alors possible de soulever, au sein d'une procédure typique, une gamme de questions complexes beaucoup plus vaste que prévu par cette disposition, et qui n'avaient jamais été soulevées dans l'ancien processus ». Il pourrait en être de même si ces mêmes types de questions pouvaient être contestés dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire devant notre Cour, tel comme le demande Kobo dans l'espèce. En d'autres mots, les coûts publics et privés associés aux procédures judiciaires devant notre Cour pourraient être

[59] Accordingly, I consider that this factor weighs in favour of declining to hear the present application.

x. *Summary*

[60] In summary, the factors that weigh in favour of declining to hear the present application are: (i) the purposes and policy considerations underpinning the consent agreement scheme that is set forth in the Act, (ii) the expertise of the Tribunal, relative to that of the Court, (iii) the nature of the errors that the Commissioner is alleged to have made, and (iv) the public and private costs that would likely be associated with permitting third parties to seek judicial review of conclusions reached by the Commissioner with respect to either the substantive elements of reviewable trade practices, or the defences and exceptions set forth in the Act in respect of those trade practices.

[61] By comparison, the factors that weigh in favour of hearing this application on its merits are (i) the nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity, (ii) the existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place, and (iii) the economic use of judicial resources.

[62] To avoid double counting, the factors that do not merit any additional weight in the particular circumstances of this case are the convenience of the alternative remedy and expeditiousness.

[63] Balancing the various considerations discussed above, I consider that it would not be appropriate for me to exercise my discretion to hear Kobo's application on the merits. This is particularly so given that the contrary conclusion would be "deeply inconsistent with fundamental parliamentary choices" about the scope of third party rights with respect to consent agreements filed by the Commissioner with the Tribunal (*Strickland*, above, at paragraph 51; see also 797175, above, at paragraphs 35–37, and *Henderson*, above, at paragraph 26).

très importants, y compris pour les parties privées qui ont convenu d'un règlement avec le commissaire par la voie de consentement.

[59] Conséquemment, j'estime que ce facteur pèse à l'encontre de l'audition de la présente demande.

x. *Sommaire*

[60] En résumé, les facteurs qui pèsent en faveur du rejet de l'espèce sont les suivants : i) les objectifs et les considérations de principes sous-tendant le modèle des consentements, ii) l'expertise du Tribunal relativement à celle de notre Cour, iii) la nature des erreurs alléguées comme ayant été commises par le commissaire, et iv) les coûts privés et publics qui seraient probablement associés au fait de permettre à des tiers de demander le contrôle judiciaire de conclusions rendues par le commissaire quant aux éléments de fond de pratiques commerciales susceptibles de révision ou des moyens de défense et d'opposition établis dans la Loi en regard de ces pratiques commerciales.

[61] En contrepartie, les facteurs qui pèsent en faveur d'entendre la présente demande sur le fond sont i) la nature de l'autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d'accorder une réparation; ii) l'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige; et iii) l'utilisation économique des ressources judiciaires.

[62] Afin d'éviter un double calcul, les facteurs qui ne méritent aucun poids supplémentaire dans les circonstances particulières de l'espèce sont la commodité de l'autre recours et la célérité.

[63] Ayant pondéré les différentes considérations susmentionnées, j'estime qu'il ne serait pas approprié que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande de Kobo sur le fond. Cette conclusion est particulièrement à propos étant donné que le contraire serait « profondément incompatible avec les choix fondamentaux du législateur » à propos de la portée des droits des tiers en regard des consentements enregistrés par le commissaire auprès du Tribunal (*Strickland*, précité, au paragraphe 51; voir également 797175, précité,

[64] Based on the foregoing assessment, I consider that judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements filed with the Tribunal should only be heard in exceptional cases. Although it is always difficult to identify such cases in advance, they would include those where the grounds for review concern (i) constitutional issues, (ii) issues that are of central importance to the legal system as a whole and outside the Tribunal's specialized area of expertise (such as alleged bias or bad faith on the part of the Commissioner), (iii) true questions of jurisdiction or *vires*, or (iv) issues relating to the jurisdictional lines between the Commissioner (or the Tribunal) and another specialized tribunal. I note that these grounds are so important that they are reviewable by courts on a "correctness" standard, when decisions in respect of them are made by administrative tribunals or other decision makers (*Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*Edmonton East*), at paragraph 24).

[65] For the reasons I have provided, while the first of the three jurisdictional issues that have been raised by Kobo in this application may properly be characterized as a true question of jurisdiction or *vires*, I consider that this issue would be best dealt with by the Tribunal (*Alberta Teachers*, above; *Access Copyright*, above).

[66] Turning to the other two issues that Kobo has raised, while Kobo characterizes them as "jurisdiction", they are largely factual in nature. Given the clear choice that Parliament made to place strict limits on the ability of third parties to challenge consent agreements in subsection 106(2) of the Act, I consider that the Court should not exercise its discretion to review the Commissioner's determinations in respect of such issues. Indeed, absent exceptional circumstances, the same logic would apply in respect of questions of mixed fact and law.

aux paragraphes 35–37, et *Henderson*, précité, au paragraphe 26).

[64] Étant donné l'analyse qui précède, j'estime que les demandes de contrôle judiciaire de consentement enregistré auprès du Tribunal et déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels. Bien qu'il est toujours difficile d'identifier de tels dossiers à l'avance, ils comprendraient les dossiers fondés sur i) des questions constitutionnelles ii) des questions d'importance centrale au système judiciaire dans son ensemble et outrepassant la compétence spécialisée du Tribunal (comme les allégations de partialité ou de mauvaise foi de la part du commissaire), iii) les véritables questions de compétence, ou iv) les questions portant sur les limites de la compétence du commissaire (ou du Tribunal) et un autre tribunal spécialisé. Je remarque que ces motifs sont si importants qu'ils s'évaluent selon la norme de la décision correcte lorsque les décisions afférentes sont rendues par un tribunal administratif ou d'autres décideurs (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*Edmonton East*), au paragraphe 24).

[65] Pour les motifs susmentionnés, bien que la première question des trois questions de compétence soulevées par Kobo dans cette demande puisse véritablement se qualifier comme ainsi, j'estime qu'il serait plus approprié de la présenter au Tribunal (*Alberta Teachers*, précité; *Access Copyright*, précité).

[66] En outre, les deux autres questions soulevées par Kobo, quoique qualifiées de « contestations de la compétence », sont plutôt de nature factuelle. Étant donné le choix clair du Parlement visant à imposer des limites rigoureuses à la capacité des tiers à contester les consentements en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, j'estime que notre Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire et contrôler les conclusions du commissaire quant à de telles questions. En effet, exception faite de circonstances exceptionnelles, la même logique s'appliquerait aux questions mixtes de fait et de droit.

[67] Nevertheless, in the event that I may be found to have erred in concluding that it would be inappropriate to exercise my discretion to hear Kobo's application on its merits, I will proceed to consider those merits below, rather than exposing the Commissioner and the respondent Publishers to the possibility of having to deal with these issues at an uncertain point in the future. Given that I have now heard that application, and I am very familiar with the specific issues that Kobo has raised, I consider that dealing with those issues below would also be in the interests of judicial economy. I am also mindful that the Commissioner and the respondent Publishers have been attempting to resolve these matters since the Initial CA was filed in early 2014, and that Kobo has so far succeeded in forestalling those efforts, which have been designed to provide the Canadian public with more competitive prices for e-books.

VII. Issues

[68] The remaining issues raised by Kobo in this application are as follows:

- i. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S. and that was previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers?
- ii. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement", within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed?
- iii. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement" that was not "existing or proposed" at the time the CAs were executed?

[69] In its notice of application and written submissions, Kobo also appeared to raise a fourth issue, when it alleged that the Commissioner had erroneously concluded that the CAs would remedy the competition concerns identified by the Commissioner. However, during the hearing of this application, Kobo confirmed that it

[67] Néanmoins, advenant qu'on détermine que j'ai commis une erreur en concluant ainsi, j'analyserai le fond de la demande de Kobo, plutôt que de la soumettre, ainsi que le commissaire et les éditeurs défendeurs, à la possibilité d'avoir à les traiter éventuellement à l'avenir. Par ailleurs, ayant entendu la demande et étant très bien informé des questions précises avancées par Kobo, j'estime qu'il est judicieux que je les aborde dans un intérêt d'économie des ressources judiciaires. Je suis également conscient du fait que le commissaire et les éditeurs défendeurs essaient de régler ces dossiers depuis le consentement initial enregistré en début 2014 et que Kobo a depuis réussi à les empêcher, alors qu'ils visaient à faire bénéficier les Canadiens de prix plus concurrentiels sur les livres numériques.

VII. Questions en litige

[68] Les questions soulevées par Kobo et restantes à trancher dans l'espèce sont les suivantes :

- i. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un complot formé aux États-Unis, et non au Canada, et qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust?
- ii. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l'article 90.1 de la Loi, n'a jamais existé?
- iii. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à un arrangement qui n'était pas « conclu ou proposé » au moment de la conclusion de ceux-ci?

[69] Dans son avis de demande et ses observations écrites, Kobo semble également soulever une quatrième question en alléguant que le commissaire a commis une erreur en concluant que les consentements pouvaient remédier à ses préoccupations quant à la concurrence. Cependant, durant l'audition de la demande, Kobo a

was not advancing this allegation as a further ground for seeking judicial review.

VIII. Standard of Review

[70] As I have discussed, notwithstanding Kobo's characterization of the three issues that it has raised in this application as being issues of "jurisdiction", I consider that only the first of those issues truly is so.

[71] The Commissioner characterizes that first issue as a question of statutory interpretation, which attracts a reasonableness standard of review (*Alberta Teachers*, above, at paragraphs 34 and 39; *Edmonton East*, above, at paragraphs 22 and 26).

[72] However, the issue of whether an enforcement authority or an adjudicative body in Canada is able to deal here with conduct that occurs outside this country has long been considered to be a question of jurisdiction (namely, "subject matter" or "substantive" jurisdiction).

[73] As the Supreme Court of Canada noted in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), at paragraph 57: "Broadly speaking, jurisdiction refers to a state's power to exercise authority over individuals, conduct and events, and to discharge public functions that affect them" (emphasis added). At paragraph 59 of its decision, the Court observed that "[t]he primary basis for jurisdiction is territoriality" (quoting *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178 (*Libman*), at page 183 (emphasis added)).

[74] In *Libman*, above, La Forest J. reviewed the historical approach of Canadian courts to criminal matters and concluded that "as time went on the courts began to interpret their territorial jurisdiction more liberally", including "when the impact of a crime was felt in Canada" (at page 206 (emphasis added)). Later in his decision, he observed that "Canadian courts (like those in England and other countries for that matter) frequently took jurisdiction over transnational offences that occurred partly in Canada where they felt this country had a legitimate interest in doing so" (at

confirmé qu'elle ne soulevait pas cette allégation en qualité de motif supplémentaire pour demander un contrôle judiciaire.

VIII. Norme de contrôle

[70] Comme je l'ai mentionné, nonobstant la caractérisation de Kobo des trois questions soulevées comme portant sur la « compétence », j'estime que seule la première répond à cette définition.

[71] Le commissaire a qualifié la première de question d'interprétation des lois, laquelle s'apprécie en regard de la norme de la décision raisonnable (*Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 34 et 39; *Edmonton East*, précité, aux paragraphes 22 et 26).

[72] Toutefois, la question de savoir si une autorité chargée d'exécuter la loi ou un organisme d'arbitrage est à même de traiter une conduite qui s'est déroulée dans un pays a depuis longtemps été considérée comme une question de compétence (nommément « d'objet » ou de compétence « fondamentale »).

[73] Comme l'a remarqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), au paragraphe 57 : « [d]e façon générale, la compétence renvoie au pouvoir de l'État d'exercer son autorité et ses attributions publiques à l'égard de personnes, d'actes et d'événements » (je souligne). Au paragraphe 59 de sa décision, la Cour a remarqué que « [l]a première assise de sa compétence est la territorialité » (citant *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178 (*Libman*), à la page 183 (je souligne)).

[74] Dans l'arrêt *Libman*, précité, le juge La Forest a passé en revue la démarche historique du Canada en matière pénale et a conclu « à mesure que le temps passait, les tribunaux ont commencé à interpréter leur compétence territoriale de façon plus libérale », y compris « lorsque les conséquences d'un crime étaient ressenties au Canada » (à la page 206 (je souligne)). Plus tard dans cette décision, il a remarqué que « les tribunaux canadiens (tout comme ceux d'Angleterre et d'autres pays à ce sujet) ont fréquemment assumé compétence relativement à des infractions comportant un élément

page 209 (emphasis added)). Ultimately, he concluded that “all that is necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada it is sufficient that there be a ‘real and substantial link’ between an offence and this country” (at pages 212–213 (emphasis added)).

[75] Likewise, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (SOCAN), at paragraph 63, the Supreme Court observed: “Generally speaking, this Court has recognized, as a sufficient ‘connection’ for taking jurisdiction, situations where Canada is the country of transmission . . . or the country of reception” (citations omitted, emphasis added [italics in original]).

[76] Similarly, in *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851 (*Lapointe*), at paragraph 25, the Supreme Court observed: “Before a court can assume jurisdiction over a claim, a ‘real and substantial connection’ must be shown between the circumstances giving rise to the claim and the jurisdiction where the claim is brought” (citations omitted, emphasis added). A similar observation was made by the Court in *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545 (*Sun-Rype*), at paragraph 45 (see also, *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467, at paragraph 52.)

[77] I recognize that the Supreme Court of Canada has repeatedly observed that true questions of jurisdiction or *vires* are rare (*Edmonton East*, above, at paragraph 26; *Alberta Teachers*, above, at paragraphs 33–34). However, I consider this to be one of those rare situations. Indeed, if the ability of an agent of the state such as the Commissioner to address conduct occurring outside Canada’s borders that is considered to have effects within those borders is not an issue of true jurisdiction, it is difficult to conceive of what would constitute such an issue. As counsel to the Commissioner observed, in

d’extranéité, commises en partie au Canada, lorsqu’ils ont estimé que le pays avait un intérêt légitime à le faire » (à la page 209 (je souligne)). Finalement, il a conclu « il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu’une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada » et « qu’il y ait un “lien réel et important” entre l’infraction et notre pays » (aux pages 212 et 213 (je souligne)).

[75] De façon similaire, dans l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (SOCAN), au paragraphe 63, la Cour suprême a statué : « [n]otre Cour a généralement reconnu l’existence d’un “lien” justifiant l’exercice de la compétence lorsque le Canada était le pays de transmission [...] ou de réception » (citations omises, je souligne [italiques dans l’original]).

[76] Puis, dans l’arrêt *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851 (*Lapointe*), au paragraphe 25, la Cour suprême a soutenu : « [a]vant qu’une cour puisse se déclarer compétente à l’égard d’une demande, il faut lui démontrer l’existence d’un “lien réel et substantiel” entre les circonstances à l’origine de la demande et le ressort où la demande est présentée » (citations omises, je souligne). La Cour a fait une remarque semblable dans l’arrêt *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 (*Sun-Rype*), au paragraphe 45 (voir également *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467, au paragraphe 52).

[77] Je reconnais que la Cour suprême a statué que les véritables questions de compétence sont rares (*Edmonton East*, précité, au paragraphe 26; *Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 33 et 34). Cependant, j’estime que l’espèce constitue l’une de ces rares occasions. En outre, si la capacité d’un agent de l’État tel que le commissaire à agir en regard d’une conduite survenue à l’extérieur du Canada ayant des effets à l’intérieur de ses frontières n’emporte pas une véritable question de compétence, il m’est difficile de concevoir ce qui pourrait l’être. Comme l’a mentionné l’avocat du

making a different point, this issue concerns “the fundamental jurisdiction or reach of the *Competition Act*”.

[78] As a true question of jurisdiction or *vires*, the issue of the territorial reach of section 90.1 is subject to review on a standard of correctness (*Alberta Teachers*, above, at paragraph 30; *Edmonton East*, above, at paragraph 24).

[79] Turning to the second and third issues that Kobo has raised in this application, as I have discussed, although they have been characterized as being “jurisdictional”, they are at their root largely factual in nature. They are not true questions of jurisdiction or *vires*. Kobo does not take issue with the Commissioner’s interpretation of the word “arrangement” or with the words “existing or proposed” in section 90.1 of the Act. Rather, Kobo takes issue with the Commissioner’s factual conclusions and his alleged failure to consider certain information that it had provided to the Competition Bureau, in reaching those conclusions.

[80] As issues that are largely questions of fact, the second and third issues that have been raised by Kobo are reviewable on a standard of reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 53–54). This is so even if those issues may also be said to involve an element of statutory interpretation (*Alberta Teachers*, above, at paragraphs 33–34 and 39; *Edmonton East*, above, at paragraphs 22–26), and even if it is alleged that an administrative decision maker erred by reaching its decision without regard to the material before it (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 45–46).

IX. Assessment

- A. *Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S. and that was previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers?*

commissaire, à propos d’un autre point, la question porte sur [TRADUCTION] « la compétence fondamentale ou la portée de la *Loi sur la concurrence* ».

[78] En tant que véritable question de compétence, la définition de la portée territoriale de l’article 90.1 s’apprécie selon la norme de la décision correcte (*Alberta Teachers*, précité, au paragraphe 30; *Edmonton East*, précité, au paragraphe 24).

[79] Par contre, les deuxième et troisième questions soulevées par Kobo sont majoritairement de nature factuelle, en dépit d’être qualifiée comme étant relative à la « compétence ». Il ne s’agit pas de véritables questions de compétence. Kobo ne s’oppose pas à l’interprétation des mots « arrangement » ou « conclu ou proposé » énoncés dans l’article 90.1 de la Loi par le commissaire. Kobo conteste plutôt les conclusions factuelles du commissaire ainsi que son omission alléguée de tenir compte de certains renseignements qu’elle avait fournis au Bureau de la concurrence dans ses conclusions.

[80] Étant majoritairement des questions de fait, les deuxième et troisième questions soulevées par Kobo s’apprécient selon la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 53 et 54). Cette conclusion s’applique même aux questions dites d’interprétation des lois (*Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 33–34 et 39; *Edmonton East*, précité, aux paragraphes 22 à 26), et même s’il est allégué que le décideur administratif a commis une erreur en rendant sa décision sans tenir compte des éléments dont il disposait (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 45 et 46).

IX. Discussion

- A. *Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un complot survenu aux États-Unis, et non au Canada, et qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust?*

(1) The parties' submissions

[81] Kobo submits that the Commissioner acted outside his jurisdiction by entering into the CAs to remedy an arrangement that the CAs state was entered into in the U.S. and that he acknowledges was entered into there.

[82] Kobo maintains that the Commissioner's jurisdiction is limited to what has been set forth in the Act, and that the words of section 90.1 do not provide him with any jurisdiction in respect of agreements or arrangements that are entered into outside Canada.

[83] Kobo further asserts that the presumption against the extraterritorial application of federal legislation such as the Act may only be rebutted by express wording or necessary implication, both of which are absent and cannot be inferred (*SOCAN*, above, at paragraph 54). In this regard, Kobo submits that the language employed in sections 46 and 83 of the Act indicates that when Parliament intends a provision to apply extraterritorially, it uses express language. In Kobo's view, the absence of similar express language from section 90.1 implies that Parliament did not intend that provision to be applied to arrangements entered into outside Canada.

[84] Kobo also states that the "real and substantial connection" test has no application in the present context, because it only applies when it is unclear whether Parliament intended a statute to apply extraterritorially or when it is unclear whether the facts fall within the territorial ambit of a statute. Kobo maintains that neither of these pre-conditions apply, because it is clear that Parliament did not intend section 90.1 to apply extraterritorially, and that the Commissioner has acknowledged that the impugned Arrangement was entered into outside Canada.

[85] Finally, Kobo maintains that records of legislative debates indicate that Parliament was aware, well before it enacted section 90.1, that the "civil" provisions of the Act did not provide extraterritorial jurisdiction.

1) Les observations des parties

[81] Kobo soutient que le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un accord conclu aux États-Unis, conformément à ceux-ci et de l'admission de celui-ci.

[82] Kobo avance que la compétence du commissaire est limitée aux paramètres de la Loi et que le libellé de l'article 90.1 ne lui confère pas la compétence en regard d'accords ou d'arrangements convenus à l'extérieur du Canada.

[83] Kobo avance de plus que la présomption à l'encontre de l'application extraterritoriale des lois fédérales, telles que la Loi, peut également être renversée par un libellé exprès ou l'implication nécessaire; or, ces deux éléments sont absents et ne peuvent pas être déduits (*SOCAN*, précité, au paragraphe 54). À cet égard, Kobo estime que le libellé des articles 46 et 83 de la Loi démontre que le Parlement utilise un libellé exprès lorsqu'il vise à ce qu'une disposition soit applicable de façon extraterritoriale. De l'avis de Kobo, l'absence de libellé exprès de l'article 90.1 signifie que le Parlement n'entrevoit pas que cette disposition s'applique aux accords conclus à l'extérieur du Canada.

[84] Kobo affirme également que le critère du « lien réel et substantiel » ne s'applique pas dans ce contexte, car il vise uniquement les circonstances où le Parlement n'a pas manifesté une intention claire de donner une portée extraterritoriale à une loi ou lorsqu'il n'est pas clair que les faits se situent à l'intérieur du champ d'application territorial d'une loi. Kobo soutient que ni l'une ni l'autre de ces conditions préalables ne s'appliquent, car l'intention du Parlement est manifeste en regard de la portée territoriale de l'article 90.1 et le commissaire a reconnu que l'arrangement attaqué avait été conclu à l'extérieur du Canada.

[85] Finalement, Kobo maintient que le dossier des débats législatif indique que le Parlement était conscient, avant d'édicter l'article 90.1, que les dispositions dites « civiles » de la Loi n'emportaient pas de compétence extraterritoriale.

[86] I will pause to address this latter point now, as it can be dispensed with relatively quickly. In brief, the records to which Kobo refers are not particularly helpful in the present context. This is because they concern international enforcement cooperation and the difficulties that can arise in relation to obtaining evidence abroad when instruments such as a mutual legal assistance treaty do not extend to civil matters. Those records make no mention of section 90.1 or any other particular provision of the Act. (In fact, they pre-date its addition to the Act by several years.) Accordingly, I will not further address this particular submission.

[87] In response, the Commissioner submits that interpreting section 90.1 in the manner suggested by Kobo would not be consistent with the scheme of the Act and would lead to an absurdity or an outcome that is at odds with the Act. In such circumstances, the Commissioner maintains that the implied exclusion rule of statutory interpretation that Kobo appeared to be relying on when making inferences based on the wording in sections 46 and 83 of the Act has no application.

[88] In addition, the Commissioner states that the fact that the impugned arrangement was formed in the U.S. does not, by itself, imply that the Commissioner applied section 90.1 in an extraterritorial manner. The Commissioner submits that while the arrangement was formed beyond Canadian borders, it specifically contemplated, was implemented, and had an impact on competition in Canada. The Commissioner notes that the Act has regularly been applied in these and similar circumstances in the past.

[89] Moreover, the Commissioner asserts that even if the application of section 90.1 may be said to have been extraterritorial in the present circumstances, the presumption against the extraterritorial application of the Act is rebutted by necessary implication. That necessary implication can be found in the practical reality that commercial dealings and antitrust markets do not respect national boundaries. In addition, the Commissioner submits that, insofar as the territorial issue is concerned,

[86] Je m'arrêterai un instant pour aborder ce dernier point maintenant, car il peut être tranché plutôt rapidement. En résumé, les dossiers auxquels fait référence Kobo ne sont pas particulièrement utiles dans le contexte de l'espèce. En outre, ils portent sur des préoccupations liées à la coopération internationale quant à leur exécution et aux difficultés qui peuvent survenir dans l'obtention d'éléments de preuve à l'étranger dans le contexte où les traités d'entraide juridique ne portent pas sur les matières civiles. Ces dossiers ne font aucunement mention de l'article 90.1 ou de toute autre disposition de la Loi. (Au surplus, ils sont antérieurs à l'ajout de la disposition à la Loi de plusieurs années.) Conséquemment, je n'aborderai pas davantage cet élément en particulier.

[87] En réponse, le commissaire soutient que l'interprétation de l'article 90.1 suggérée par Kobo ne serait pas conforme à l'esprit de la Loi et aurait un résultat absurde ou à l'antithèse de la celle-ci. Ainsi, le commissaire maintient que la règle d'exclusion implicite d'interprétation des lois, sur laquelle semble s'appuyer Kobo lorsqu'elle tire des déductions du libellé des articles 46 et 83 de la Loi, n'a aucune application.

[88] De plus, le commissaire affirme que le fait que l'arrangement attaqué eut été conclu aux États-Unis n'équivaut pas, en soi, à une application extraterritoriale de l'article 90.1. En outre, il soutient que bien que l'arrangement fut formulé à l'étranger, il visait précisément, et a été mis en œuvre comme tel, à avoir des répercussions sur la concurrence au Canada. Le commissaire remarque que la Loi a régulièrement été appliquée de cette façon dans des circonstances semblables par le passé.

[89] De plus, le commissaire soutient que même si l'article 90.1 avait été appliqué de façon extraterritoriale dans les circonstances en l'espèce, la présomption à l'encontre de cette application est renversée par implication nécessaire. L'implication nécessaire se retrouve dans la réalité pratique des échanges commerciaux et des marchés antitrust qui ne respectent pas les frontières nationales. De plus, le commissaire soutient que, dans la mesure où la question territoriale est visée, l'article 90.1

section 90.1 is no different from the merger and other provisions of the Act that have long been applied to economic actors and conduct which has its origins beyond Canada's borders, but which contemplates, has been implemented, and has had an impact on Canada.

(2) Analysis

(a) *Framework*

[90] The issue that Kobo has raised regarding the Commissioner's jurisdiction over arrangements formed outside Canada is essentially the same as the issue that was raised in *HarperCollins*, above, with respect to the Tribunal's jurisdiction over such arrangements. Given that the Commissioner's jurisdiction under section 90.1 is co-extensive with the Tribunal's jurisdiction in relation to agreements and arrangements contemplated by that provision, I consider that Justice Gascon's thorough analysis in that case provides a helpful point of departure for the present purposes. This is so notwithstanding that the focus of Justice Gascon's analysis was not upon the correct interpretation of section 90.1. Rather, it was upon whether it was plain and obvious that section 90.1 does not provide the Tribunal with any jurisdiction in respect of foreign arrangements or agreements.

[91] At the outset of his analysis of this issue, Justice Gascon noted that it is important to distinguish between the territorial and the extraterritorial subject-matter jurisdiction that may be conferred by a statute (*HarperCollins*, above, at paragraphs 68–70).

[92] Unless implicitly or explicitly provided otherwise in a statute, territorial jurisdiction is presumed to exist in respect of "persons, property, juridical acts and events within the territorial boundaries of" the relevant legislative body's jurisdiction (Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2013) (Côté), at page 212).

[93] For example, pursuant to the objective territorial principle, a state may claim jurisdiction over conduct

ne se distingue pas des fusionnements et des autres dispositions de la Loi qui ont été appliquées, depuis longtemps, à des acteurs et à des conduites économiques dont les origines se situent à l'extérieur des frontières canadiennes, mais qui visent, et ont été mises en œuvre, de façon à avoir des répercussions au Canada.

2) Discussion

a) *Cadre analytique*

[90] La question soulevée par Kobo quant à la compétence du commissaire en regard des arrangements convenus à l'extérieur du Canada est essentiellement la même que celle soulevée dans la décision *HarperCollins*, précitée, quant à la compétence du Tribunal par rapport à de tels arrangements. Puisque la compétence du commissaire en vertu de l'article 90.1 découle de la compétence du Tribunal quant aux accords et aux arrangements entrevus par cette disposition, j'estime que l'analyse rigoureuse du juge Gascon dans cet affaire constitue un point de départ utile dans l'espèce. Ceci, malgré le fait que l'interprétation correcte de l'article 90.1 ne fût pas le point central de l'analyse du juge Gascon. En outre, il s'est plutôt penché sur la question à savoir s'il était évident et manifeste que l'article 90.1 n'accordait aucune compétence au Tribunal en regard des accords ou des arrangements conclus à l'étranger.

[91] Dès le début de son analyse, le juge Gascon a souligné l'importance de distinguer les concepts de la portée territoriale et extraterritoriale qui peuvent être prévus par une loi (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 68 à 70).

[92] Sauf mention implicite ou explicite dans une loi, la compétence territoriale est présumée à l'égard [TRANSLATION] « des personnes, des biens, des actes et des événements juridiques survenant à l'intérieur des frontières territoriales » de la juridiction de l'organisme législatif pertinent (Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2013) (Côté), à la page 212).

[93] Par exemple, en vertu du principe objectif de la territorialité, un État peut invoquer sa compétence à

that commences or occurs outside its borders in two general types of situations. The first is where the conduct is completed within those borders. The second is where a constituent element of a statutory provision directed towards the conduct takes place within those borders. In each of those situations, the state may legitimately claim territorial jurisdiction because of the existence of a “sufficiently strong link” connecting the conduct in question to the state (*Hape*, above, at paragraph 59).

[94] Notwithstanding the foregoing, a federal statute may implicitly or explicitly indicate that its territorial reach is narrower than, or extends beyond, the national borders. Where a statute is ambiguous in this regard, the courts have applied what is known as the “real and substantial connection” test (*Libman*, above, at pages 212–213; *SOCAN*, above, at paragraphs 58–60; *A.T. v. Globe24h.com*, 2017 FC 114, [2017] 4 F.C.R. 310 (*Globe24h*), at paragraph 50). Generally speaking, it is only where no such connection exists that a statute may be said to have extraterritorial effect:

... In summary then, and at the risk of oversimplifying, a statute of a given State will be said to have an extraterritorial effect if it governs persons, property, juridical acts or facts which do not have a ‘real and important link’ with that State.

(Côté, above, at page 216.)

[95] The “real and substantial connection” test was developed in *Libman*, above, at page 213, after the Supreme Court observed that “[t]his country has a legitimate interest in prosecuting persons for activities that take place abroad but have an unlawful consequence here” (at page 209).

[96] This followed the Supreme Court’s recognition in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, at page 409, that a state also has an “important interest ... in injuries suffered by persons within its territory.” In the intervening years, it has been increasingly recognized that courts in Canada may have jurisdiction over tort actions brought by persons alleging that they have suffered harm in this country as a result of foreign anticompetitive agreements amongst defendants

l’égard d’une conduite qui débute ou qui se produit à l’intérieur de ses frontières dans deux situations générales. La première est lorsque la conduite est complétée à l’intérieur de ces frontières. La seconde est lorsqu’un élément constitutif d’une disposition législative à l’égard de la conduite se déroule à l’intérieur de ces frontières. Dans chacune de ces situations, l’État est en droit d’invoquer sa compétence territoriale, car celles-ci « rattach[ent] ainsi suffisamment » la conduite en question à son territoire (*Hape*, précité, au paragraphe 59).

[94] Malgré ces remarques, le libellé d’une loi fédérale peut réduire sa portée territoriale ou l’élargir outre-frontière implicitement ou explicitement. Lorsqu’une loi est ambiguë, les cours ont appliqué le critère dit du « lien réel et substantiel » (*Libman*, précité, aux pages 212 et 213; *SOCAN*, précité, aux paragraphes 58 à 60; *A.T. c. Globe24h.com*, 2017 CF 114, [2017] 4 R.C.F. 310 (*Globe24h*), au paragraphe 50). De façon générale, c’est uniquement en l’absence d’un tel lien qu’une loi peut être dite de portée extraterritoriale :

[TRADUCTION] [...] En somme, et au risque de trop simplifier la chose, une loi d’un État donné aura une portée dite extraterritoriale si elle régit des personnes, des biens, des actes ou des faits juridiques qui n’ont pas de « lien réel et substantiel » avec cet État.

(Côté, précité, à la page 216.)

[95] Le critère du « lien réel et substantiel » a été élaboré dans l’arrêt *Libman*, précité, à la page 213, après que la Cour suprême eut observé que « [n]otre pays a un intérêt légitime à poursuivre des personnes pour des activités qui se sont déroulées à l’étranger, mais qui ont des conséquences illégales ici » (à la page 209).

[96] Cette conclusion s’inscrivait dans la foulée de la reconnaissance par la Cour suprême dans l’arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, à la page 409, du « grand intérêt qu’un État porte aux blessures subies par ceux qui se trouvent sur son territoire ». Au cours des années qui se sont écoulées dans l’intervalle, il est devenu de plus en plus établi que les cours au Canada pourraient avoir la compétence d’entendre des actions en responsabilité délictuelle déposée

who have then sold their products in Canada, either directly or through their subsidiaries (*Sun-Rype*, above, at paragraph 46; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168 (*Fairhurst*), at paragraphs 32 and 43–45; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, [2002] O.J. No. 298 (QL) (Sup. Ct.) (*VitaPharm*), at paragraphs 58–62 and 96–97; *Bouchard v. Mitsubishi Motor Sales of Canada Inc.*, 2010 FC 56 (*Bouchard*), at paragraphs 69–70). Whether such jurisdiction exists will depend on the particular framework that has been developed in tort law for recognizing the existence of a “real and substantial connection” between the litigation and the forum (*Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572 (*Van Breda*), at paragraphs 80–90).

[97] When it is determined that a statute implicitly or explicitly confers territorial jurisdiction upon a court, tribunal or regulatory authority, or where such jurisdiction is found to exist as a result of the application of the “real and substantial connection” test, it is not necessary to consider the presumption against extraterritorial effect. Stated differently, where an application of the real and substantial connection test establishes that a statute applies to persons or conduct outside Canada, there is no violation of the presumption against extraterritoriality (*R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1 (*Stucky*), at paragraphs 27 and 32). This is because jurisdiction exists as a result of a real and substantial connection with the territory of Canada.

[98] Based on the foregoing, and contrary to what is contended by Kobo, there are three principal steps to be followed in determining whether section 90.1 of the Act confers jurisdiction in respect of agreements and arrangements that are made outside Canada:

- i. Assess whether section 90.1 explicitly or implicitly provides the Commissioner with jurisdiction in respect of arrangements entered into outside Canada.

par des personnes alléguant ayant subi un préjudice dans ce pays suite à la conclusion d’accords anticoncurrentiels à l’étranger entre des défendeurs vendant leurs produits au Canada, directement ou par l’entremise de filiales (*Sun-Rype*, précité, au paragraphe 46; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168 (*Fairhurst*), aux paragraphes 32 et 43 à 45; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, [2002] O.J. n° 298 (QL) (C. sup.) (*VitaPharm*), aux paragraphes 58 à 62 et 96, 97; *Bouchard c. Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada Inc.*, 2010 CF 56 (*Bouchard*), aux paragraphes 69 et 70). La question de savoir si une telle compétence existe dépendra du cadre particulier élaboré en responsabilité délictuelle permettant de reconnaître le « lien réel et substantiel » entre le litige et l’instance (*Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572 (*Van Breda*), aux paragraphes 80 à 90).

[97] Il n’est pas nécessaire d’analyser la présomption à l’encontre d’un effet extraterritorial lorsqu’il est établi qu’une loi confère implicitement ou explicitement une compétence territoriale à une cour, à un tribunal ou à un organisme de réglementation, ou lorsque cette compétence est établie à la suite d’une analyse du « lien réel et substantiel ». En d’autres mots, lorsqu’à l’issue d’une analyse du critère du lien réel et substantiel, il est établi qu’une loi s’applique aux personnes ou à une conduite à l’extérieur du Canada, il n’y a aucune violation à la présomption à l’encontre de l’extraterritorialité (*R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1 (*Stucky*), aux paragraphes 27 et 32). Le cas échéant, c’est que la compétence découle de l’existence d’un lien réel et substantiel avec le territoire canadien.

[98] À la lumière de ce qui précède, et contrairement à ce que soutient Kobo, il est nécessaire de suivre trois étapes principes pour déterminer si l’article 90.1 de la Loi prévoit une compétence à l’égard des accords et des arrangements conclus à l’extérieur du Canada :

- i. Déterminer si l’article 90.1 prévoit explicitement ou implicitement que le commissaire ait compétence par rapport aux arrangements conclus à l’extérieur du Canada.

- | | |
|--|---|
| <p>ii. If not, assess whether there is a “real and substantial connection” between the impugned agreement and Canada.</p> <p>iii. If not, assess whether the presumption against the extraterritorial application of section 90.1 can be rebutted.</p> <p>(b) <i>Does section 90.1 explicitly or implicitly provide the Commissioner with jurisdiction in respect of arrangements entered into outside Canada?</i></p> | <p>ii. Dans le cas contraire, déterminer s’il existe un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement attaqué et le Canada.</p> <p>iii. Dans le cas contraire, déterminer s’il est possible de renverser la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale de l’article 90.1.</p> <p>(b) <i>L’article 90.1 prévoit-il explicitement ou implicitement que le commissaire ait compétence par rapport aux arrangements conclus à l’extérieur du Canada?</i></p> |
|--|---|

[99] The wording of section 90.1 simply refers to “an agreement or arrangement—whether existing or proposed—between persons two or more of whom are competitors”. In contrast to certain other provisions of the Act (e.g., sections 1.1, 9, 45(5), 46(1), 76(1), 82 and 83(1)), there is no reference to “Canada”. Likewise, there is no mention of the section not applying in respect of persons or certain things done outside Canada, as there is in subsection 48(2). Accordingly, it is readily apparent that section 90.1 does not explicitly provide the Commissioner with jurisdiction in respect of an arrangement entered into outside Canada.

[99] Le libellé de l’article 90.1 fait simplement référence à « un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents ». Contrairement à certaines dispositions de la Loi (p. ex. les articles 1.1, 9, 45(5), 46(1), 76(1), 82 et 83(1)), il n’y a aucune mention au « Canada ». Il n’y a également aucune mention voulant que cet article ne s’applique pas à l’égard de certaines personnes ou conduites commises à l’extérieur du Canada, comme c’est le cas du paragraphe 48(2). Conséquemment, à première vue, il est manifeste que l’article 90.1 ne prévoit pas explicitement que le commissaire ait compétence sur les arrangements conclus à l’extérieur du Canada.

[100] Therefore, it is necessary to consider whether section 90.1 implicitly contemplates agreements or arrangements entered into outside Canada.

[100] Par conséquent, il est nécessaire de chercher à savoir si l’article 90.1 porte implicitement sur les accords ou les arrangements conclus à l’extérieur du Canada.

[101] Unfortunately, it appears that there are no potentially helpful Parliamentary debates that shed light on this issue (*HarperCollins*, above, at paragraphs 115 and 117).

[101] Malheureusement, il ne semble y avoir aucun débat parlementaire potentiellement utile pour éclairer la Cour sur cette question (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 115 et 117).

(i) The purposes of the Act

i) L’objet de la Loi

[102] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 (the *Interpretation Act*) states: “Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

[102] L’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 prévoit : « [t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

[103] The objects, or purposes, of the *Competition Act* are set forth in section 1.1, which states:

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.

[104] In my view, interpreting the words “agreement or arrangement” in section 90.1 in a large and liberal manner, so as to contemplate any agreements or arrangements that undermine the purposes of the Act (whether entered into inside or outside Canada), would best ensure the attainment of those purposes.

[105] The purposes set forth in section 1.1 are also of assistance in applying the modern principle of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289 (*Tran*), at paragraph 23; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (*Rizzo*), at paragraph 21).

[106] More specifically, interpreting the words “agreement or arrangement” in the manner that I have described above would yield a result that is more harmonious with the scheme of the Act contemplated by section 1.1, than interpreting them to exclude agreements or arrangements entered into outside Canada. This is because the former interpretation would permit the Commissioner to seek remedies under section 90.1 in respect of foreign anticompetitive agreements and arrangements that undermine one or more of the objectives set forth in section 1.1, whereas the latter interpretation would preclude the Commissioner from doing so. To the extent that this latter interpretation would expose Canadian businesses and consumers to paying higher

[103] L’objet, ou l’intention, de la *Loi sur la concurrence* sont énoncés à l’article 1.1 :

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’efficience 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.

[104] À mon avis, l’interprétation des mots « accord ou arrangement » de l’article 90.1 doit se faire d’une façon large et libérale pour inclure tout accord ou arrangement allant à l’encontre de l’objet de la Loi (qu’il soit conclu au Canada ou à l’étranger). Une telle interprétation permettrait le mieux d’atteindre l’objet de la Loi.

[105] L’objet énoncé à l’article 1.1 est également utile dans l’application du principe moderne d’interprétation législative voulant qu’il « faille lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (*Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289 (*Tran*), au paragraphe 23; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo*), au paragraphe 21).

[106] Plus particulièrement, l’interprétation des mots « accord ou arrangement » de la façon décrite précédemment donnerait un résultat plus conforme à l’esprit de la Loi tel qu’énoncé à l’article 1.1, plutôt que de les interpréter comme voulant exclure les accords ou les arrangements conclus à l’extérieur du Canada. En outre, la première interprétation permettrait au commissaire de remédier, en vertu de l’article 90.1, aux accords ou aux arrangements anticoncurrentiels étrangers qui contreviennent à l’objet de la Loi énoncé à l’article 1.1, tandis que la seconde l’en empêcherait. Dans la mesure où cette dernière interprétation ferait en sorte que les entreprises et les consommateurs canadiens paieraient des prix plus élevés pour une gamme potentiellement

prices for a potentially broad range of inputs and final products than would otherwise be the case, it would undermine and frustrate an important purpose of the Act.

[107] Such an interpretation would also produce an absurd result that is to be avoided (*R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paragraph 36; *Tran*, above, at paragraph 31; *Rizzo*, above, at paragraph 27). To the extent that such anticompetitive effects can also seriously undermine the attainment of the other purposes enunciated in section 1.1, the frustration of the Act's purposes and the related absurdity to be avoided is even greater (*Stucky*, above, at paragraphs 37 and 48). These problems are further compounded when it is considered that, under the interpretation advanced by Kobo, parties wishing to enter into agreements or arrangements that are contemplated by section 90.1 would be able to avoid the operation of that provision by simply driving across the border and concluding their agreement in the U.S.

(ii) Patterns of expression in the Act

[108] Notwithstanding the foregoing, Kobo submits that other provisions in the Act undermine the view that the words "agreement or arrangement" in section 90.1 should be interpreted broadly to include those entered into outside Canada. In particular, Kobo suggests that the wording of subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b) indicates that Parliament did not intend the words "agreement or arrangement" in section 90.1 to apply to agreements or arrangements entered into outside Canada. Stated differently, Kobo asserts that by including subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b) in the Act, Parliament established a pattern of including express language in the Act when it intended to grant extraterritorial jurisdiction over arrangements entered into outside Canada. Kobo asserts that the absence of similar language in section 90.1 makes it clear that Parliament did not intend to grant such jurisdiction under that provision.

[109] Subsection 46(1) states as follows:

vaste d'entrants et de produits finaux que dans le cas contraire, ceci irait à l'encontre d'un objet important de la Loi, voire le contrecarrait.

[107] Une telle interprétation donnerait un résultat absurde que nous devons éviter (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au paragraphe 36; *Tran*, précité, au paragraphe 31; *Rizzo*, précité, au paragraphe 27). Par ailleurs, de tels effets anticoncurrentiels peuvent également sérieusement aller à l'encontre de la réalisation des autres objets énoncés à l'article 1.1; il est d'autant plus important d'éviter de contrecarrer l'objet de la Loi ainsi que ce déroulement absurde (*Stucky*, précité, aux paragraphes 37 et 48). Ces problèmes seraient d'autant plus aggravés si la Loi était interprétée comme le soutien Kobo : les parties souhaitant conclure des accords ou des arrangements visés par l'article 90.1 n'auraient qu'à se rendre de l'autre côté de la frontière aux États-Unis pour y conclure leur accord et ainsi, se soustraire à cette disposition.

ii) Modèles d'expression dans la Loi

[108] Malgré ces remarques, Kobo soutient que les autres dispositions de la Loi vont à l'encontre d'une interprétation large des mots « accord ou arrangement » dans l'article 90.1 comme incluant les accords ou les arrangements convenus à l'extérieur du Canada. Plus particulièrement, elle avance que le libellé du paragraphe 46(1) et de l'alinéa 83(1)(b) indique que le législateur n'a pas voulu que les mots « accord ou arrangement » de l'article 90.1 englobent les accords ou les arrangements conclus à l'étranger. En d'autres termes, Kobo soutient que le paragraphe 46(1) et l'alinéa 83(1)(b) démontrent que le Parlement avait suivi un modèle de libellé exprès dans la Loi lorsqu'il avait l'intention d'inclure une compétence extraterritoriale quant aux arrangements conclus à l'extérieur du Canada. Kobo estime que l'absence d'un tel vocabulaire à l'article 90.1 illustre manifestement que le Parlement n'avait pas l'intention d'accorder une telle compétence en vertu de cette disposition.

[109] Le paragraphe 46(1) dispose des suivantes :

Foreign directives

46 (1) Any corporation, wherever incorporated, that carries on business in Canada and that implements, in whole or in part in Canada, a directive, instruction, intimation of policy or other communication to the corporation or any person from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation, which communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45, is, whether or not any director or officer of the corporation in Canada has knowledge of the conspiracy, combination, agreement or arrangement, guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court. [Emphasis added.]

[110] Kobo maintains that the underlined words above reflect Parliament's view that conspiracies entered into outside Canada do not violate section 45 of the Act, and that therefore the addition of section 46 was necessary, to provide a means to address the implementation of those conspiracies in Canada. Kobo asserts that Parliament's implicit decision not to include similar language in section 90.1 demonstrates that it did not intend that provision to be applied to arrangements outside Canada.

[111] Kobo advances the same position with respect to paragraph 83(1)(b), which states:

Foreign laws and directives

83 (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a decision has been or is about to be made by a person in Canada or a company incorporated by or pursuant to an Act of Parliament or of the legislature of a province

...

(b) as a result of a directive, instruction, intimation of policy or other communication to that person or company or to any other person, from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of that person or company, where the communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or

Directives étrangères

46 (1) Toute personne morale, où qu'elle ait été constituée, qui exploite une entreprise au Canada et qui applique, en totalité ou en partie au Canada, une directive ou instruction ou un énoncé de politique ou autre communication à la personne morale ou à quelque autre personne, provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger qui est en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par la personne morale, lorsque la communication a pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45, commet, qu'un administrateur ou dirigeant de la personne morale au Canada soit ou non au courant du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement, un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal. [Je souligne.]

[110] Kobo soutient que les mots soulignés témoignent du point de vue du Parlement voulant que les complots engendrés à l'extérieur du Canada ne contreviennent pas à l'article 45, donc il fût nécessaire d'ajouter l'article 46 pour traiter de la mise en œuvre de ces complots au Canada. Kobo estime que la décision implicite du Parlement de ne pas inclure un tel vocabulaire à l'article 90.1 démontre qu'il n'avait pas l'intention de voir appliquer cette disposition aux arrangements convenus à l'extérieur du Canada.

[111] Kobo soutient le même point de vue à l'égard de l'alinéa 83(1)(b), lequel prévoit :

Législation et directives étrangères

83 (1) Lorsque à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'une décision a été ou est sur le point d'être prise par une personne qui se trouve au Canada ou par une personne morale constituée aux termes ou en application d'une loi fédérale ou provinciale :

[...]

b) par suite d'une directive, d'une instruction, d'un énoncé de politique ou d'une autre communication à cette personne, à cette personne morale ou à toute autre personne, provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger qui est en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par cette personne ou cette personne morale, lorsque la communication a pour objet de

arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45,

the Tribunal may, by order, direct that

(c) in a case described in paragraph (a) or (b), no measures be taken by the person or company in Canada to implement the law, directive, instruction, intimation of policy or other communication. [Emphasis added.]

[112] As is readily apparent, the underlined wording in paragraph 83(1)(b) is similar to the underlined wording in subsection 46(1).

[113] There are two possible interpretations of what Parliament intended to achieve by including sections 46 and 83 in the Act. The first, advanced by Kobo, is that Parliament wished to extend the Act to apply to agreements or arrangements entered into outside Canada in the circumstances that are described in those two sections. In so doing, it used the following words to reveal its view that section 45 does not extend to agreements or arrangements entered into outside Canada: “for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45” (emphasis added). Under this interpretation, the parties to agreements or arrangements described in section 45, but entered into abroad, would not be criminally liable under section 45 for directly or indirectly implementing their agreements in Canada. However, the third parties described in section 46 would face criminal liability, in the circumstances described in that provision.

[114] The second interpretation of what Parliament intended to achieve by including sections 46 and 83 in the Act is that it simply wished to extend the Act in the manner that I have just described, without intending to imply anything whatsoever about its understanding of the scope of section 45. That is to say, Parliament simply wished to create a new offence in section 46, for persons who are not parties to the agreement or arrangement in

donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'extérieur du Canada qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une contravention à l'article 45,

le Tribunal peut rendre une ordonnance qui :

c) dans un cas visé à l'alinéa a) ou b), interdit à cette personne ou à cette personne morale de prendre au Canada des mesures d'application de la règle de droit, de la directive, de l'instruction, de l'énoncé de politique ou de l'autre communication. [Je souligne.]

[112] À première vue, on remarque que le libellé souligné dans l'alinéa 83(1)(b) est semblable à celui souligné dans le paragraphe 46(1).

[113] Il y a deux interprétations possibles de l'intention du Parlement en incluant les articles 46 et 83 à la Loi. La première, soutenue par Kobo, est que le Parlement souhaitait élargir la portée de la Loi pour inclure les accords ou les arrangements conclus à l'extérieur du Canada dans les circonstances décrites à ces deux articles. Ce faisant, il a utilisé le libellé suivant pour révéler son point de vue voulant que l'article 45 ne s'applique pas aux accords ou aux arrangements conclus à l'étranger : « a pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'extérieur du Canada qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une contravention à l'article 45 » (je souligne). Selon cette interprétation, les parties aux accords ou aux arrangements décrits à l'article 45, mais conclus à l'étranger, ne seraient pas tenus criminellement responsables en vertu de l'article 45 pour avoir directement ou indirectement mis en œuvre leurs accords au Canada. Cependant, les tiers décrits à l'article 46 risqueraient d'être tenus criminellement responsables, dans les circonstances décrites à celui-ci.

[114] La deuxième interprétation de l'intention du Parlement en incluant les articles 46 et 83 de la Loi est qu'il souhaitait simplement élargir la Loi de la façon dont je viens de la décrire, sans pour autant laisser entendre quoi que ce soit de plus à propos de sa compréhension de la portée de l'article 45. C'est-à-dire que le Parlement a simplement voulu créer une nouvelle infraction à l'article 46 pour les personnes qui ne sont

question and who implement communications from persons outside Canada, for the purpose of giving effect to a foreign conspiracy, agreement or arrangement that has not yet been implemented in Canada, at least not by one or more of the parties thereto. Likewise, Parliament simply wished to create a new power in section 83, to enable the Tribunal to order or direct that no measures be taken by a person or company in question to implement communications from persons outside Canada of the type that I have just described. Under this interpretation, the parties to agreements or arrangements described in section 45, but entered into abroad, may well be criminally liable for directly or indirectly implementing their agreements in Canada. And third parties would also be criminally liable, in the circumstances described in section 46.

[115] It is not necessary for me to take a position as to which of these two interpretations of sections 46 and 83, and by implication section 45, is the correct one. For the present purposes, it will suffice for me to conclude that it is by no means clear that those sections should be interpreted as Kobo suggests. In other words, it is by no means clear that (i) section 45 does not apply to agreements or arrangements that are entered into outside Canada and that are implemented in Canada by the parties thereto, and (ii) Parliament established a pattern in the Act of including express language (in subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b)) when it intends to grant extraterritorial jurisdiction over agreements or arrangements that are entered into outside Canada.

[116] Indeed, it has been found on several occasions that section 45 does or may apply to foreign agreements that are implemented in Canada (*VitaPharm*, above; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773, at paragraphs 106–121; *Fairhurst*, above, at paragraph 32; *Bouchard*, above, at paragraph 69). In other cases, involving guilty plea agreements, courts have assumed jurisdiction in connection with alleged contraventions of section 45 by parties to foreign price fixing conspiracies (see, for example, *R. v. BASF Aktiengesellschaft*, 1999

pas partie à l'accord ou à l'arrangement en question et qui mettent en œuvre les communications issues de personnes à l'étranger, dans le but de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement qui n'aurait pas encore été mis en œuvre au Canada, du moins pas par l'une ou plusieurs partie à celui-ci. De façon similaire, le Parlement souhaitait simplement créer de nouveaux pouvoirs à l'article 83 afin de permettre au Tribunal d'ordonner ou de diriger qu'aucune mesure ne soit prise par une personne ou une société visée afin de mettre en œuvre les communications issues de personnes à l'étranger de la nature décrite précédemment. Selon cette interprétation, les parties aux accords ou aux arrangements décrits à l'article 45, mais conclus à l'étranger, pourraient être tenues criminellement responsables en vertu de celui-ci pour avoir directement ou indirectement mis en œuvre leurs accords au Canada. Les tiers seraient également criminellement responsables dans les circonstances décrites à l'article 46.

[115] Il n'est pas nécessaire que je tranche la question à savoir laquelle de ces deux interprétations des articles 46 et 83, et par le truchement de celles-ci, de l'article 45, est exacte. Aux fins de l'espèce, il me suffira de conclure que ces articles ne devraient aucunement être interprétés comme le suggère Kobo. En d'autres mots, il n'est nullement clair que i) l'article 45 ne s'applique pas aux accords ou aux arrangements conclus à l'extérieur du Canada et mis en œuvre au Canada par les parties à ceux-ci, et que ii) le Parlement a établi un modèle de libellé exprès dans la Loi (au paragraphe 46(1) et à l'alinéa 83(1)(b)) lorsqu'il entrevoyait d'accorder une compétence extraterritoriale à l'égard d'accords ou d'arrangements convenus à l'étranger.

[116] En outre, il a été établi à plusieurs reprises que l'article 45 s'applique, ou peut s'appliquer, aux accords étrangers mis en œuvre au Canada (*VitaPharm*, précitée; *Shah v. L.G. Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773, aux paragraphes 106 à 121; *Fairhurst*, précité, au paragraphe 32; *Bouchard*, précitée, au paragraphe 69). Dans d'autres cas, impliquant des ententes de plaidoyer de culpabilité, les cours ont présumé de leur compétence à l'égard d'infractions alléguées de l'article 45 par des parties à des complots de fixation des prix à l'étranger

CarswellNat 6381 (F.C.T.D.); *R. v. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00 (agreed statement of facts (14 September 2000) and certificate (21 September 2000)); see also Competition Bureau, News Release, *Japanese company to plead guilty and pay US\$130M fine for its participation in a bid-rigging scheme* (20 July 2016), online: <www.competitionbureau.gc.ca>).

[117] I pause to add that the Tribunal has also issued several orders, on consent, relating to economic activity originating outside Canada that specifically contemplated and had an impact on competition in Canada (see cases cited in *HarperCollins*, above, at paragraph 155).

[118] Among other things, Kobo's interpretation of section 45 would suffer from essentially the same shortcomings as its interpretation of section 90.1, as described at paragraphs 106–107 above. In brief, that interpretation would be inconsistent with the purposes of the Act, as set forth in section 1.1 of the Act, and it would lead to an absurd result that is to be avoided. That absurd result is exposing Canadian businesses and consumers to paying higher prices for a potentially broad range of inputs and final products than would be the case if section 45 is interpreted as applying to foreign agreements or arrangements that are implemented in Canada by the parties thereto.

[119] In the absence of any clear or even a reasonably clear pattern by Parliament to include express language in the Act when it intends a provision to apply to agreements or arrangements that are entered into outside Canada, Kobo's position that Parliament did not intend section 90.1 to apply to such agreements becomes a bald assertion.

[120] I will simply note in passing that there is an entirely reasonable explanation for the absence in section 90.1 of any language that is similar to that which is set forth in subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b),

(voir par exemple, *R. c. BASF Aktiengesellschaft*, 1999 CarswellNat 6381 (C.F. 1^{re} inst.); *R. v. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00 (entente sur les faits (14 septembre 2000) et certificat (21 septembre 2000)); voir également Bureau de la concurrence, Communiqué de presse, *Une entreprise japonaise plaidera coupable et payera une amende de 130 millions de dollars américains pour sa participation à un complot de truquage des offres* (20 juillet 2016), en ligne : <www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>).

[117] Je m'arrête un instant pour ajouter que le Tribunal a également émis de nombreuses ordonnances, sur consentement, quant à des activités économiques issues de l'étranger qui visaient précisément à avoir, et avaient, des répercussions sur la concurrence au Canada (voir les dossiers cités dans la décision *HarperCollins*, précitée, au paragraphe 155).

[118] Entre autres, l'interprétation par Kobo de l'article 45 est essentiellement grevée des mêmes lacunes que son interprétation de l'article 90.1, que j'ai décrites aux paragraphes 106 et 107 précédents. En résumé, cette interprétation contreviendrait à l'objet de la Loi, tel qu'établi à l'article 1.1, et elle mènerait à un résultat absurde qu'il faut éviter. En outre, une telle interprétation ferait en sorte que les sociétés et les consommateurs canadiens paieraient des prix plus élevés pour une gamme potentiellement plus vaste d'entrants et de produits finaux que le serait le cas si l'article 45 était interprété comme étant applicable aux accords ou aux arrangements mis en œuvre au Canada par les parties à ceux-ci.

[119] À défaut d'un modèle clair, voire raisonnablement clair, témoignant d'un libellé exprès par le Parlement dans la Loi lorsqu'il avait l'intention qu'une disposition s'applique aux accords ou aux arrangements conclus à l'extérieur du Canada, la position de Kobo voulant que le législateur ne souhaite pas appliquer l'article 90.1 à ceux-ci devient qu'une simple assertion.

[120] Je remarquerai simplement au passage qu'il y a une explication tout à fait raisonnable à cette absence à l'article 90.1 d'un libellé semblable à celui du paragraphe 46(1) et de l'alinéa 83(1)(b), abordés

discussed above. That explanation is that section 90.1 includes explicit language in paragraphs 90.1(a) and (b) that enables the Tribunal to make the orders described therein against “any person—whether or not a party to the agreement or arrangement”. Given the existence of such language, additional language extending the scope of section 90.1 to third parties who give effect to an agreement or arrangement entered into outside Canada was not necessary.

[121] Moreover, as Justice Gascon explained in *HarperCollins*, above, at paragraphs 103–105, there are other important differences between sections 90.1 and 45. Given the conclusion that I have reached regarding Kobo’s patterns of expression argument, it is not necessary for me to address those differences here.

(iii) Summary

[122] Based on the conclusions that I have reached in Parts IX.A.(2)(b)(i) and (ii) immediately above, I have concluded that it can be inferred from the scheme of the Act as a whole that section 90.1 applies to all agreements and arrangements that have, or are likely to have, the effect described in that provision, namely, a prevention or lessening of competition in a market. This is so regardless of whether they are entered into within or outside Canada.

[123] Given the conclusion that I have reached, it is not necessary to assess whether there is a real and substantial connection between the impugned Arrangement and Canada. However, in case I have erred in reaching that conclusion, I will proceed to assess whether there is a real and substantial connection between the Arrangement and Canada.

(c) *Is there a “real and substantial connection” between the Arrangement and Canada?*

[124] Generally speaking, a real and substantial connection between Canada and activities that take place outside this country is one that is not weak, hypothetical or tenuous (*Van Breda*, above, at paragraphs 26 and 32). At the other end of the spectrum, it is not necessary to establish “the strongest” possible connection

précédemment. En effet, le libellé explicite de l’article 90.1 se situe aux alinéas a) et b) qui permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l’encontre de « toute personne — qu’elle soit ou non partie à l’accord ou à l’arrangement ». Étant donné un tel libellé, il n’était pas nécessaire d’en ajouter pour élargir la portée de l’article 90.1 aux tiers qui mettent en œuvre un accord ou un arrangement convenu à l’étranger.

[121] De plus, comme l’a expliqué le juge Gascon dans la décision *HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 103 à 105, les articles 90.1 et 45 se distinguent grandement. Étant donné ma conclusion quant à l’argument du modèle d’expression avancé par Kobo, il est inutile que j’aborde ces différences dans l’espace.

iii) Sommaire

[122] Étant donné mes conclusions aux parties IX.A.(2)(b)(i) et (ii) ci-haut, j’ai conclu qu’on peut déduire de l’esprit de la Loi dans son ensemble que l’article 90.1 s’applique à tous les accords et arrangements qui ont, ou risquent d’avoir, l’effet décrit à cette disposition, nommément, d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché. Ceci, nonobstant qu’ils eurent été conclus au Canada ou à l’étranger.

[123] Considérant cette conclusion, il n’est pas nécessaire d’évaluer le lien réel et substantiel entre l’arrangement attaqué et le Canada. Cependant, advenant que j’aie commis une erreur en parvenant à cette conclusion, j’effectuerai l’analyse pour déterminer s’il existe un lien réel et substantiel entre l’arrangement et le Canada.

c) *Existe-il un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada?*

[124] De façon générale, un lien réel et substantiel entre le Canada et les activités se déroulant à l’étranger en est un qui n’est ni faible, ni hypothétique, ni ténu (*Van Breda*, précité, aux paragraphes 26 et 32). À l’autre bout de l’échelle, il n’est pas nécessaire d’établir l’existence des liens « les plus déterminants » possibles

between Canada and such activities (*Lapointe*, above, at paragraph 34).

[125] In the context of section 90.1, a real and substantial connection between Canada and an arrangement or agreement that is entered into outside this country will exist if “a constituent element [of section 90.1] takes place” in this country (*Hape*, above, at paragraph 59). If that condition is satisfied in respect of the Arrangement, the Commissioner may be said to have had the territorial jurisdiction to enter into the CAs with the respondent Publishers, and to file the CAs with the Tribunal. In my view, this is particularly so if the constituent element contemplates substantial harm to competition in Canada.

[126] The constituent elements of section 90.1 are as follows:

- i. an agreement or arrangement;
- ii. that is existing or proposed;
- iii. between two or more persons who are competitors; and that
- iv. prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market.

[127] The Commissioner’s conclusion that these elements have been met provided a sufficient basis upon which to exercise jurisdiction in respect of the Arrangement, and then enter into the CAs with the respondent Publishers. This is because one of the constituent elements of section 90.1, namely the last of the elements in the list above, “took place” in Canada, according to the Commissioner. Indeed, the fact that this element contemplates a substantial adverse impact on competition in Canada provides a strong basis for concluding that this is a “real and substantial connection” between the Agreement and Canada.

[128] This is particularly so for three reasons. First, as Justice Gascon observed in *HarperCollins*, above, at paragraph 152, this element “goes to the very core

entre le Canada et lesdites activités (*Lapointe*, précité, au paragraphe 34).

[125] Dans le contexte de l’article 90.1, il importe de démontrer l’existence d’un lien réel et substantiel entre le Canada et l’accord ou l’arrangement convenu à l’étranger. Ce sera le cas si « un élément constitutif [de l’article 90.1] se produit » au Canada (*Hape*, précité, au paragraphe 59). Si l’arrangement satisfait à cette exigence, alors il peut être dit que le commissaire a la compétence territoriale de signer des consentements avec les éditeurs défendeurs et d’enregistrer ceux-ci au Tribunal. À mon avis, c’est particulièrement le cas lorsque l’élément constitutif vise à nuire de façon considérable à la concurrence au Canada.

[126] Les éléments constitutifs de l’article 90.1 sont les suivants :

- i. un accord ou un arrangement;
- ii. conclu ou proposé;
- iii. entre deux ou plusieurs personnes qui sont en concurrence; et
- iv. visant à empêcher ou à diminuer, ou étant susceptible d’empêcher ou de diminuer, la concurrence de façon considérable dans un marché.

[127] Le commissaire a conclu que la réunion de ces éléments constituait un fondement suffisant pour exercer sa compétence à l’égard de l’arrangement, puis de signer des consentements avec les éditeurs défendeurs. Selon le commissaire, en l’occurrence c’est en raison de la [TRADUCTION] « survenance » au Canada d’un élément constitutif de l’article 90.1, soit le dernier de la liste ci-haut. En effet, cet élément emporte un objectif de répercussions négatives sur la concurrence au Canada et constitue un fondement solide pour conclure qu’il y a là un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada.

[128] C’est particulièrement le cas pour trois raisons. D’abord, comme l’a mentionné le juge Gascon dans la décision *HarperCollins*, précitée, au paragraphe 152,

of section 90.1”. Second, such an adverse impact on competition in this country can be assumed to be associated with material harm to consumers or businesses in Canada. Third, a substantial adverse impact on competition can also be assumed to undermine Canada’s ability to achieve the various objectives of the Act set forth in section 1.1.

[129] Kobo attempts to distinguish the facts in this case from the facts in *SOCAN* and *Globe24h*, above, on the basis that the activity that was at issue in those cases occurred both in Canada and abroad. Specifically, in *SOCAN*, above, at paragraph 59, it was held that a communication between Canada and a foreign state “is both here and there”, and in *Globe24h*, above, at paragraph 54, it was held that “the physical location of [a foreign] website operator or host server is not determinative because telecommunications occur ‘both here and there’”.

[130] However, it is not necessary for the *actus reus* element of a legislative provision to occur wholly or partially in Canada, in order for a real and substantial connection to be found to exist between this country and the activity contemplated by the provision. As I have noted above, it is sufficient if another “constituent element” takes place in this country. If, as the Supreme Court has recognized, an unlawful consequence in Canada or injury in Canada can suffice to establish a real and substantial connection to Canada (see paragraphs 95–96 above), it logically follows that other forms of adverse impact within Canada can also be sufficient for this purpose.

[131] Just as foreign electronic transmissions “which are received and have their impact here” can be found to provide a sufficient connection with Canada to warrant the exercise of jurisdiction in this country (*SOCAN*, above, at paragraphs 62–63; *Globe24h*, above, at paragraphs 54–56), the same is true of foreign agreements or arrangements that have a substantial anticompetitive impact in this country.

cet élément [TRADUCTION] « touche le cœur de l’article 90.1 ». Deuxièmement, un tel effet négatif sur la concurrence au pays est présumé emporter un préjudice matériel aux consommateurs ou aux sociétés au Canada. Troisièmement, on peut présumer que de telles répercussions négatives sur la concurrence iraient à l’encontre de la capacité du Canada à atteindre les différents objectifs édictés à l’article 1.1 de la Loi.

[129] Kobo tente de distinguer les faits de l’espèce des faits de l’arrêt *SOCAN* et de la décision *Globe24h* précités, au motif que l’activité en cause dans ces affaires s’est produite tant au Canada qu’à l’étranger. Plus particulièrement, dans l’arrêt *SOCAN*, précité, au paragraphe 59, la Cour a statué qu’une communication entre le Canada et un État étranger « se situe à la fois ici et à l’autre endroit » et dans *Globe24h*, précitée, au paragraphe 54, la Cour a statué que « le lieu d’origine de l’exploitant du site Web ou du serveur hôte n’est pas un facteur déterminant parce que les télécommunications se situent “à la fois ici et à l’autre endroit” ».

[130] Cependant, il n’est pas nécessaire que l’élément d’*actus reus* de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu’on établisse un lien réel et substantiel entre notre pays et l’activité visée par la disposition. Comme je l’ai mentionné précédemment, il suffit qu’un autre « élément constitutif » se déroule ici. Si, comme l’a reconnu la Cour suprême, la survenance d’une conséquence illégale au Canada ou d’un préjudice au Canada suffit pour établir l’existence d’un lien réel et substantiel (voir les paragraphes 95 et 96 précédents), il est logique que d’autres formes d’effets négatifs au Canada puissent également suffire à cette fin.

[131] Si les « transmissions [électroniques] en provenance de l’étranger qui sont reçues et ont des répercussions au pays » peuvent établir un lien suffisant au Canada pour permettre l’exercice d’une compétence dans notre pays (*SOCAN*), précité, aux paragraphes 62 et 63; *Globe24h*, précitée, aux paragraphes 54 à 56), il en va de même pour les accords ou les arrangements étrangers qui ont des conséquences négatives considérables sur la concurrence dans notre pays.

[132] In such circumstances, the principle of international comity is not offended (*Libman*, above, at pages 211–214; *HarperCollins*, above, at paragraph 170; *Globe24h*, above, at paragraph 56).

[133] Comity is a flexible concept that “must be adjusted in light of a changing world order” (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077 (*Morguard*), at page 1097; see also *Van Breda*, above, at paragraph 74). It is generally understood to be “the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws” (*Morguard*, above, at page 1096, quoting *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at page 283 (emphasis added)).

[134] Within this framework, another nation cannot easily say that the protection of the Canadian public offends the dictates of comity (*Libman*, above, at page 209). Indeed, it would be a sad commentary on our law, and undermine public confidence in it, if Canadian laws such as the Act could not be applied so as to protect the domestic economy and its participants from anticompetitive arrangements or other activities engaged in abroad (*Libman*, above, at page 212). This is particularly so in the current era of increasing international commerce. In my view, allowing parties to foreign conspiracies that have anticompetitive effects in Canada to avoid the operation of the law in this country would undermine “the promotion of order and fairness” (*SOCAN*, above, at paragraph 57), as well as public confidence in the law.

[135] I will venture to say that it is for these reasons that other jurisdictions, such as the United States and the European Union, extend their antitrust or competition laws to anticompetitive activities that take place outside their respective territories, but that have a particular effect within them. In the case of the U.S., such effect has been defined to be “a direct, substantial and reasonable foreseeable effect on domestic commerce” that is

[132] En de telles circonstances, il n’y a pas d’entorse au principe de la courtoisie internationale (*Libman*, précité, aux pages 211 à 214; *HarperCollins*, précitée, au paragraphe 170; *Globe24h*, précitée, au paragraphe 56).

[133] La courtoisie est un concept souple, qui « doit donc s’ajuster aux changements de l’ordre mondial » (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 (*Morguard*), à la page 1097; voir également *Van Breda*, précité, au paragraphe 74). Elle est généralement comprise comme étant « la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois » (*Morguard*, précité, à la page 1096, citant *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, à la page 283 (je souligne)).

[134] Dans un tel cadre, une autre nation ne peut pas facilement soutenir que la protection du public canadien vient contrevenir aux dictats de la courtoisie (*Libman*, précité, à la page 209). En outre, non seulement la confiance du public en pâtirait, il s’agirait d’un constat navrant pour notre droit si les lois canadiennes, comme la Loi, ne pouvaient pas être appliquées pour protéger l’économie domestique et ses participants des arrangements anticoncurrentiels ou d’autres activités entreprises à l’étranger (*Libman*, précité, à la page 212). C’est particulièrement vrai à notre ère, alors que le commerce international est en croissance. À mon avis, le fait de permettre à des parties membres de complots étrangers ayant des effets anticoncurrentiels au Canada d’éviter la loi de notre pays irait à l’encontre des « principes d’ordre et d’équité » (*SOCAN*, précité, au paragraphe 57), tout en ébranlant la confiance du public dans le droit.

[135] Je m’avancerai à dire que ce sont pour ces raisons que les autres juridictions, comme les États-Unis et l’Union européenne, ont élargi la portée de leurs lois antitrust ou sur la concurrence aux activités anticoncurrentielles se déroulant à l’extérieur de leurs territoires respectifs, mais ayant un effet particulier en leur sein. Aux États-Unis, cet effet a été défini comme étant [TRADUCTION] « une répercussion directe, substantielle et

of a nature contemplated by U.S. antitrust laws (see, e.g., *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014), at page 818; *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014), at pages 398, 404 and 411; *Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012), at pages 854–861; and “Section 3.1” in United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 January 2017), at pages 19–21, online: <www.justice.gov>). In the European Union, that effect has been defined to be an “immediate, substantial and foreseeable effect” (*Gencor Ltd. v. Commission of the European Communities*, Case T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753, at paragraph 92; *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Case C-413/14 P (2017) (E.C.J.), at paragraphs 49–50 and 56).

[136] A further indication that “the promotion of order and fairness” between nations would not be undermined by the application of the laws of one country towards anticompetitive conduct that occurs in another country is the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on the Application of Positive Comity Principles to the Enforcement of their Competition Laws* (5 October 2014, online: <www.justice.gov> and <www.competitionbureau.gc.ca>). One of the important purposes of that agreement is stated to be to:

...[h]elp ensure that trade and investment flows between the Parties and competition and consumer welfare within the territories of the Parties are not impeded by anticompetitive activities for which the competition laws of one or both Parties can provide a remedy.

[137] Pursuant to that agreement, the competition authorities of a requested party may, at the request of the other party, investigate and, if warranted, remedy anticompetitive activities taking place in the requested party’s state in certain circumstances. Those circumstances include where the activities in question occur principally in and are directed principally to the requested

raisonnablement prévisible sur le commerce domestique » de nature à être visée par les lois antitrust américaines (voir, par exemple, *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014), à la page 818; *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014), aux pages 398, 404 et 411; *Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012), aux pages 854 à 861; et la « Section 3.1 » dans United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 janvier 2017), aux pages 19 à 21, en ligne : <www.justice.gov>). Au sein de l’Union européenne, cet effet a été décrit comme étant [TRADUCTION] « immédiat, substantiel et prévisible » (*Gencor Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, dossier T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753, au paragraphe 92; *Intel Corporation Inc. c. Commission européenne*, dossier C-413/14 P (2017) (C.J.U.E.), aux paragraphes 49–50 et 56).

[136] Autre indice que les « principes d’ordre et équité » entre les nations ne seraient pas endigués par l’application des lois d’un pays à l’égard d’une conduite anticoncurrentielle se produisant dans un autre pays : l’*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique concernant l’exercice des principes de courtoisie active dans l’application de leurs lois sur la concurrence* (5 octobre 2014, en ligne : <www.justice.gov> et <www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>). L’un des objets importants de cet Accord est :

[...] de contribuer à ce que les courants d’échange et d’investissement entre les Parties, ainsi que la concurrence et le bien-être des consommateurs sur les territoires des Parties, ne soient pas entravés par des agissements anticoncurrentiels auxquels les lois sur la concurrence de l’une ou l’autre des Parties ou des deux Parties permettent de prendre des mesures correctives.

[137] En vertu de celui-ci, les autorités de la concurrence de la partie requise peuvent, à la demande de l’autre partie, enquêter sur des agissements anticoncurrentiels et, au besoin, y apporter des mesures correctives en regard des activités ayant lieu dans l’État de la partie requise, dans certaines circonstances. Parmi ces circonstances figurent celles où les activités en question

party's state, but are adversely affecting the important interests of the requesting party. Among other things, the Agreement explicitly states in Article IV that Canada and the United States "recognize that it may be appropriate to pursue separate enforcement activities where anticompetitive activities affecting both territories justify the imposition of penalties within both jurisdictions".

[138] In any event, I am satisfied that the Commissioner had the territorial jurisdiction under section 90.1 to enter into the CAs with the respondent Publishers based on his conclusion that the Arrangement prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in the retail market for e-books in Canada. My conclusion in this regard is reinforced by the fact that the Commissioner also concluded that: (i) the Arrangement was implemented in Canada by Macmillan, Simon and Schuster, and one or more of the Hachette entities; (ii) Macmillan sells e-books from the U.S. into Canada, whereas Simon & Schuster does so through a Canadian affiliate (the situation is less clear with respect to Hachette), and (iii) the Arrangement contemplated that it would be implemented in Canada. Collectively, these facts provide a real and substantial connection between the Arrangement and Canada.

[139] I will simply note in passing that each of the CAs states that "the Respondents do not admit, but will not for the purposes of this Agreement only ... contest the Commissioner's conclusions". It is also relevant to note in this context that a shift from the wholesale model to the agency model of distribution of e-books did in fact take place following the shift in the U.S., although there was a delay that I will address further below in these reasons.

(d) *The presumption against the extraterritorial application of section 90.1*

[140] Given my conclusion that there is a real and substantial connection between the impugned agreement

se déroulent principalement ou sont principalement dirigées vers l'État de la partie requise, mais ont des effets négatifs sur les intérêts importants de la partie requérante. Entre autres, l'Accord stipule explicitement à l'article IV que le Canada et les États-Unis reconnaissent « qu'il peut être opportun d'entreprendre des activités de mise en application indépendantes lorsque des agissements anticoncurrentiels affectant les deux territoires justifient l'imposition de sanctions dans les deux juridictions ».

[138] À tout événement, je suis convaincu que le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l'article 90.1 pour signer les consentements avec les éditeurs défendeurs, étant donné sa conclusion voulant que l'arrangement empêchât ou réduisît, ou était susceptible d'empêcher ou de réduire, substantiellement la concurrence dans le marché de détail des livres numériques au Canada. Ma conclusion à cet égard est renforcée par le fait que le commissaire a également conclu que : i) l'arrangement avait été mis en œuvre au Canada par Macmillan, Simon & Schuster ainsi qu'une ou plusieurs des filiales Hachette; ii) Macmillan vend des livres numériques des États-Unis au Canada, tandis que Simon & Schuster vendent ces livres par l'entremise d'une filiale canadienne (la situation est moins claire quant à Hachette); et iii) l'arrangement devait être mis en œuvre au Canada. Ainsi réunis, ces faits démontrent un lien réel et substantiel entre l'arrangement et le Canada.

[139] Je remarquerai simplement au passage que chacun des consentements énoncent que « les défenderesses n'admettent pas les conclusions du commissaire, mais que pour les seules fins du présent consentement [...] elles ne les contesteront pas ». Il importe également de souligner dans l'espèce que la transition du modèle de vente en gros à un modèle d'agence pour la distribution des livres numériques a eu lieu ici suite à celle aux États-Unis, quoiqu'il y a eu un retard, que j'aborderai plus loin dans les présents motifs.

d) *La présomption à l'encontre d'une application extraterritoriale de l'article 90.1*

[140] Étant donnée ma conclusion voulant qu'il existe un lien réel et substantiel entre l'arrangement contesté

and Canada, there is no need to consider the presumption against the extraterritorial application of section 90.1. In short, the real and substantial link provides a sufficient basis upon which to conclude that section 90.1 gives the Commissioner the territorial subject matter jurisdiction to enter into the CAs in respect of the impugned arrangement. In these circumstances, the presumption against the extraterritorial application of statutes enacted by Parliament is not violated (*Stucky*, above, at paragraph 32).

[141] In any event, I consider that such a real and substantial link would be sufficient to overcome the presumption against extraterritorial effect.

B. *Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy “an arrangement,” within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed?*

[142] Kobo submits that the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy “an arrangement”, within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed. Kobo maintains that materials it provided to the Commissioner demonstrated the following:

- i. Contrary to the collective shift from the wholesale model to the agency model of retailing e-books that simultaneously occurred in the U.S. in early 2010, pursuant to discussions that dated back to December 2009, the corresponding shift in Canada occurred over a period of approximately 23 months, beginning on March 31, 2010 and ending on February 28, 2012.
- ii. The driving motivator for the shift in the U.S. was Amazon’s pricing of e-books at approximately \$9.99. However, Amazon had not begun to sell e-books in Canada prior to the shift that took place here.
- iii. The launch of the iPad, which occurred on January 27, 2010, and was a unifying event for the shift to agency in the U.S., had already taken place

et le Canada, il n’est pas nécessaire d’analyser la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale de l’article 90.1. En résumé, le lien réel et substantiel est un fondement suffisant pour conclure que l’article 90.1 confère une compétence territoriale au commissaire lui permettant de conclure des consentements en réponse à l’accord contesté. Par conséquent, la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale des lois édictées par le Parlement est respectée (*Stucky*, précité, au paragraphe 32).

[141] À tout événement, j’estime qu’un tel lien réel et substantiel serait suffisant pour renverser la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale.

B. *Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un arrangement » qui, selon la portée de l’article 90.1 de la Loi, n’a jamais existé?*

[142] Kobo soutient que le commissaire a outrepassé sa compétence en signant les consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l’article 90.1 de la Loi, n’a jamais existé. Kobo soutient que les documents qu’elle a fournis au commissaire démontrent que :

- i. Aux États-Unis, le passage collectif d’un modèle de vente en gros des livres numériques à un modèle d’agence s’est effectué en début 2010, à la suite de discussions survenues en décembre 2009. Or, cette transition s’est effectuée au Canada au cours d’une période d’environ 23 mois, débutant le 31 mars 2010 et se terminant le 28 février 2012.
- ii. Le principal facteur à l’origine de cette transition aux États-Unis était Amazon : les livres numériques s’y vendaient à environ 9,99 \$. Cependant, Amazon n’avait toujours pas commencé à vendre des livres numériques au Canada au moment de la transition ici.
- iii. Le lancement du iPad le 27 janvier 2010 a été un événement unificateur dans le cadre de cette transition vers le modèle d’agence aux États-Unis.

in Canada several months prior to when Kobo shifted to agency with most of its publishers.

- iv. Kobo wanted to enter into agency agreements in Canada, and pushed to enter into them with individual publishers, who were dragging their heels and were reluctant to switch to agency in Canada, as Kobo wanted. It was in Kobo's interest to effect that switch because the agency model provides Kobo with predictable, dependable revenue streams which allow Kobo to focus on investments in research and development particularly in relation to e-book devices.

[143] Based on the foregoing, Kobo maintains that the shift to agency in Canada did not occur as a result of the Arrangement.

[144] Kobo adds that the most pertinent material that it provided to staff in the Competition Bureau was not put before the Commissioner or included in the record that he produced to Kobo pursuant to rule 317 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. In this regard, Kobo notes that, of the documents listed in the index to that record, only one was provided by Kobo and that, with one exception, neither the Commissioner nor staff in the Competition Bureau questioned Kobo about any of the approximately 160 000 records that it provided to them in the course of their review. The single exception was when Kobo's affiant, Mr. Michael Tamblyn, was cross-examined on his affidavit that was filed in this application. Among other things, Mr. Tamblyn confirmed in paragraph 55 of that affidavit that "Kobo had to (separately) encourage several Publishers to move to Agency or speed up implementing Agency" in Canada.

[145] There is some support in the record for Kobo's position that it pushed the leading book publishers to shift from the wholesale model to the agency model of e-book distribution. For example, an internal e-mail written in the fall of 2010 reflects that one of those publishers wanted to move fast, and that another one "is slower but will go if we push them". In another e-mail message that was written around that time, Mr. Tamblyn

En outre, ceci s'est produit au Canada plusieurs mois avant que Kobo effectue la transition avec certains des éditeurs.

- iv. Kobo souhaitait convenir des arrangements de distribution par agence au Canada et a entrepris des démarches avec les éditeurs individuellement, ceux-ci étant plus réticents à passer à ce modèle que le souhaitait Kobo. En outre, Kobo était intéressée à passer un modèle d'agence, car il comporte un flux de revenus fiable et prévisible, ce qui lui permet de concentrer ses investissements sur la recherche et le développement, particulièrement sur ses appareils de lecture de livres numériques.

[143] Compte tenu de ce qui précède, Kobo soutient que la transition vers le modèle d'agence au Canada ne s'est pas effectuée en lien avec l'arrangement.

[144] Kobo ajoute que les documents les plus pertinents qu'elle a soumis au personnel du Bureau de la concurrence n'ont pas été transmis au commissaire ou inclus dans le dossier qu'on lui a remis en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. À ce titre, Kobo souligne que, des documents figurant à l'annexe du dossier, un seul provenait d'elle. Hormis une exception, ni le commissaire ni le personnel n'a communiqué avec Kobo en lien avec les quelques 160 000 documents qu'elle leur a remis dans le cadre de cet examen. Seule exception : M. Micheal Tamblyn, le déposant de Kobo, a été contre-interrogé sur son affidavit déposé dans la présente demande. Entre autres, M. Tamblyn a confirmé au paragraphe 55 de cet affidavit que [TRADUCTION] « Kobo a dû encourager plusieurs éditeurs (séparément) à passer au modèle d'agence ou à accélérer la transition » au Canada.

[145] Un certain appui à la position de Kobo voulant qu'elle a dû inciter les principaux éditeurs à passer du modèle de vente en gros au modèle de distribution par agence de leurs livres numériques, se glane du dossier. Par exemple, un courriel interne rédigé à l'automne de 2010, illustre le fait qu'un de ses éditeurs voulait effectuer la transition rapidement, tandis que l'autre [TRADUCTION] « est moins rapide, mais va faire le saut

encouraged a representative of [***] to “move ahead for Canada as soon as possible”. An additional e-mail message written the same day by Mr. Tamblyn to another one of the major book publishers reflected a similar sentiment. Other documentation from January 2011 indicates that Kobo underscored for [***] the importance to Kobo of moving to agency in Canada. In addition, correspondence from Kobo to Indigo Books and Music Inc. (Indigo) in March 2011 states that their “shared objective should be to get publishers into Agency or Agency-like paper”. Other correspondence from the CEO of Indigo Books to the President of HarperCollins later that month states: “We have been engaging for months in discussions with you regarding the need to move quickly to an agency model”.

[146] The Commissioner notes that the fact that the implementation of agency in Canada took longer than in the U.S. is addressed in the record, which includes internal Competition Bureau memoranda that were prepared for the Commissioner. Among other things, those memoranda refer to several documents that the Bureau obtained during its investigation, which reflect that the Arrangement contemplated the U.S. and other countries, including Canada. In one document, dated December 17, 2009, a Vice President of HarperCollins in the U.K. wrote to the [***] of HarperCollins’ operations in [***] to explain that “the phase one launch will be US and Canada — with UK and AUS/NZ in phase 2, [***]”

[147] Likewise, specific reference to Canada was made in minutes of a HarperCollins Executive Committee meeting, dated December 21, 2009. Among other things, those minutes state:

NEW DEVELOPMENTS • Apple Met with all publishers confidentially. Entering eBook business

si nous insistons ». Dans un autre courriel écrit autour de la même période, M. Tamblyn a encouragé un représentant de [***] à [TRADUCTION] « aller de l’avant aussi rapidement que possible au Canada ». Un autre courriel, rédigé le même jour par M. Tamblyn à un autre grand éditeur, témoigne du même sentiment. D’autres documents de janvier 2011 indiquent que Kobo a souligné à [***] l’importance pour elle de passer à un modèle d’agence au Canada. De plus, la correspondance de Kobo à Indigo Books and Music Inc. (Indigo) de mars 2011 mentionne que [TRADUCTION] « leur objectif commun devrait être de faire passer les éditeurs à un modèle d’agence ». Le directeur général d’Indigo Books écrivant au président de HarperCollins plus tard ce même mois avance que [TRADUCTION] : « nous avons engagé des discussions avec vous depuis des mois quant à la nécessité de passer rapidement à un modèle d’agence ».

[146] Le commissaire remarque que la mise en œuvre tardive du modèle d’agence au Canada par rapport aux États-Unis figure au dossier, qui comprend un mémoire interne du Bureau de la concurrence à son intention. Entre autres, ce mémoire fait référence à plusieurs documents obtenus par le Bureau au cours de son enquête, lesquels démontrent que l’arrangement prévu aux États-Unis portait également sur d’autres pays, dont le Canada. Dans un document, daté du 17 décembre 2009, un vice-président de HarperCollins au Royaume-Uni a écrit au [***] des opérations de HarperCollins en [***] pour lui expliquer que [TRADUCTION] « la première phase sera lancée aux États-Unis et au Canada, puis au Royaume-Uni et en Australie/Nouvelle-Zélande à la deuxième phase. [***] ».

[147] De façon similaire, on retrouve des références précises au Canada dans un procès-verbal d’une réunion du conseil de direction de HarperCollins daté du 21 décembre 2009. Entre autres, le procès-verbal mentionne :

[TRADUCTION]

NOUVEAUX DÉVELOPPEMENTS • Apple a rencontré tous les éditeurs en secret. Quant au commerce de livres numériques [...]

... US and Canada immediately. Europe slightly later.

[...] Immédiatement aux États-Unis et au Canada. Europe un peu plus tard.

The whole thing is built it's a matter of turning it on.

Le modèle est prêt, il ne s'agit qu'à le mettre en œuvre.
[Soulignement ajouté par le commissaire.]

[Emphasis added by the Commissioner.]

[148] In the same memorandum that included the foregoing information, it is stated that Apple's proposed agency agreements that were circulated to the major book publishers on January 11, 2010, expressly included Canada in their defined territory. The memorandum added that, in its written response to an Order for the production of documents and written returns that this Court issued pursuant to section 11 of the Act:

[148] Dans le même mémoire comprenant ces renseignements, il est mentionné que les accords d'agence proposés par Apple et transmis aux éditeurs le 11 janvier 2010 nommaient expressément le Canada dans le territoire visé. Le mémoire ajoute que, en réponse à une ordonnance de production et d'états écrits rendue par notre Cour en vertu de l'article 11 de la Loi :

... Apple confirmed that it had entered into agency agreements with certain of the publishers for the sale of e-books in the US which included a definition of "Territory" referring to both United States and Canada.
[***]

[TRANSDUCTION]

[...] Apple a confirmé qu'elle avait conclu des accords d'agence avec certains éditeurs de livres numériques aux États-Unis dont la définition de « territoire » comprenait les États-Unis et le Canada. [***]

[149] The memorandum also stated that Apple confirmed in its written returns that it:

[149] Le mémoire mentionne également que Apple a confirmé dans ses états écrits qu'elle :

[***]

[TRANSDUCTION]

[***]

[Emphasis added by the Commissioner.]

[Soulignement ajouté par le commissaire.]

[150] Another document quoted in that memorandum was an e-mail from a Director of Apple Canada to someone at Apple U.S., in which the former expressed his understanding of the draft agency agreements as follows:

[150] Un autre document cité dans le mémoire était un courriel du directeur d'Apple Canada à quelqu'un chez Apple U.S., ce dernier lui expliquant sa compréhension de l'ébauche d'arrangement d'agence comme suit :

[***]

[TRANSDUCTION]

[***]

[151] According to that memorandum, when the final agency agreements were signed between Apple and "Hachette, HarperCollins, Macmillan and Simon & Schuster, they all continued to reference Canada [***]"

[151] Selon ce mémoire, les accords d'agence définitifs avaient été signés par Apple et [TRANSDUCTION] « Hachette, HarperCollins, Macmillan et Simon & Schuster, et faisaient tous référence au Canada [***] ».

[152] With respect to the delay that occurred in effecting the shift to the agency model in Canada, the memorandum states that internal discussions within Apple

[152] Quant au retard dans la transition au modèle d'agence au Canada, le mémoire indique la tenue de discussions internes chez Apple quant aux questions

regarding the practical aspects of how to implement the agency model in Canada “appear to have delayed the roll out of the iBookstore in Canada for several months past the US store”. However, towards the end of March 2010, a senior executive of Apple in the U.S. sent an e-mail message to several of the major book publishers stating: “I want to be able to move quickly after the US launch [of the iBookstore] to follow with Canada ”.

[153] That memorandum then stated: “Apple’s Canadian agency agreements were drafted as amendments to the [main agreements in the U.S.] and incorporated the terms of [the latter agreements] by reference”.

[154] Finally, that memorandum identified delays within [***] as a further factor that delayed the shift to Agency in Canada, and noted that “[t]he team has evidence to suggest that during this time Kobo was eager to move to agency model attempting to encourage transition by [REDACTED.]” Based on what Kobo has told the Court, I consider it reasonable to assume that the redacted material included the names of at least some of the major e-book publishers in Canada.

[155] I will pause to note that the memorandum in question also summarized what appear to have been the principal sources of information obtained by Competition Bureau staff during the course of their investigation. The bullet-form list that was provided to the Commissioner included mention of “information provided by [Kobo, Indigo, Apple Canada and Apple Inc.]”. Later in that memorandum, there was a reference to Kobo’s internal analysis of the price increases that it observed from the switch to agency in Canada, and to certain related observations that Kobo made, apparently to the Competition Bureau. Other documentation that was prepared by the case team also mentions that information had been obtained from Kobo, including pursuant to an order under section 11 of the Act, and that some market participants had maintained that even if the Arrangement as it related to Canada may have existed at one time, it could no longer be “existing” because of the settlements that had been reached in the U.S. That documentation further notes:

pratiques de mise en œuvre de ce modèle, laquelle [TRADUCTION] « semble avoir retardé le lancement du iBookstore au Canada de plusieurs mois par rapport aux États-Unis ». Toutefois, vers la fin de mars 2010, un cadre supérieur d’Apple aux États-Unis a envoyé un courriel à plusieurs éditeurs indiquant [TRADUCTION] : « Je veux être en mesure d’agir rapidement au Canada après le lancement [du iBookstore] aux États-Unis ».

[153] Puis, le mémoire mentionne [TRADUCTION] : « les ébauches d’accords d’agence d’Apple au Canada ont été ajoutées comme des modifications [aux accords d’origine aux États-Unis]; les modalités des accords d’origine y figurent à titre de référence ».

[154] Finalement, ce mémoire fait état des retards avec [***], un autre facteur ayant nuit à la transition au Canada, et remarque que [TRADUCTION] « l’équipe dispose de preuve portant à croire qu’au cours de cette période, Kobo était pressée de passer à un modèle d’agence et tentait d’encourager la transition de [EXPURGÉ] ». À la lumière des observations de Kobo devant notre Cour, j’estime qu’il est raisonnable de présumer que le document expurgé comprenait les noms d’au moins quelques grands éditeurs de livres numériques au Canada.

[155] Je m’arrêterai pour faire remarquer que le mémoire en question résumait également ce qui semblait être les principales sources des renseignements obtenus par le personnel du Bureau de la concurrence au cours de son enquête. La liste pointée remise au commissaire mentionnait, entre autres, qu’il s’agissait de [TRADUCTION] « renseignements fournis par [Kobo, Indigo, Apple Canada et Apple Inc.] ». Ultérieurement dans le mémoire, on fait référence à l’analyse interne de Kobo quant à l’augmentation des prix qu’elle a observée depuis la transition à un modèle d’agence au Canada, puis à certaines observations connexes formulées par Kobo à l’intention, à ce qu’il semble, du Bureau de la concurrence. D’autres documents, préparés par l’équipe chargée du dossier, mentionnent également les renseignements obtenus de Kobo, y compris dans le cadre de l’ordonnance en vertu de l’article 11 de la Loi, ainsi que le fait que certains participants au marché avait soutenu que même si l’accord quant au Canada avait existé par le passé, il ne pouvait plus [TRADUCTION] « exister »

Despite these arguments, the team notes that the publishers that are the subject of the investigation continue to operate with agency agreements that prevent discounting in Canada and many of which contain MFN clauses. That is, none of the publishers have adopted the *substantive* terms of the US Final Judgments in Canada. [Emphasis in original.]

[156] Kobo maintains that the few above-mentioned very general references to the information that it provided, and to the fact that it attempted to encourage the transition to the agency model in Canada, did not constitute a reasonable summary of all of the evidence that it had provided to the Bureau. Kobo asserts that it was incumbent upon staff in the Competition Bureau to, at the very least, summarize that evidence in a manner similar to which they summarized the evidence that supported their conclusions and recommendations to the Commissioner.

[157] I disagree.

[158] Among other things, the memoranda that were prepared by staff within the Competition Bureau provided the Commissioner with the key facts that Kobo was one of the principal sources of information obtained during the investigation of this matter and that there was evidence indicating the following:

- i. During the relevant period, Kobo was eager to move to the agency model and attempted to encourage the transition towards that model;
- ii. Canada was contemplated by the Arrangement;
- iii. Apple had sound business reasons for wanting the Arrangement to include Canada;
- iv. Apple and [***] were at least in part responsible for the delay in implementing the Arrangement in Canada, relative to the U.S.;

au Canada en raison des règlements conclus aux États-Unis. En outre, ces documents mentionnent :

[TRADUCTION] Malgré ces arguments, l'équipe remarque que les éditeurs visés par l'enquête continuent d'exécuter des accords d'agence qui empêchent la réduction des prix au Canada, bon nombre comprenant des clauses de prix NPF. En d'autres termes, aucun des éditeurs n'a adopté les conditions de *fond* des jugements définitifs des tribunaux américains au Canada. [Souligné dans l'original.]

[156] Kobo soutient que les quelques références très générales susmentionnées aux renseignements qu'elle a soumis ainsi qu'à ses tentatives d'encourager la transition vers un modèle d'agence au Canada ne constituent pas un résumé raisonnable de toute la preuve qu'elle a remise au Bureau. Kobo soutient qu'il incombait au personnel du Bureau de la concurrence, à tout le moins, de résumer la preuve d'une façon semblable au résumé de la preuve sur laquelle reposent les conclusions et les recommandations du commissaire.

[157] Je ne suis pas d'accord.

[158] Entre autres, le mémoire préparé par le personnel du Bureau de la concurrence informait le commissaire de faits importants ainsi que du fait que Kobo avait été l'une des principales sources de renseignements au cours de leur enquête. Il mentionne également que certains éléments de preuve indiquent que :

- i. Au cours de la période visée, Kobo était pressée de passer à un modèle d'agence et tentait d'encourager une transition en ce sens;
- ii. Le Canada était visé par l'arrangement;
- iii. Apple avait des motifs commerciaux solides pour souhaiter l'inclusion du Canada à l'arrangement;
- iv. Apple et [***] étaient au moins en partie responsable du retard dans la mise en œuvre de l'arrangement au Canada, par rapport aux États-Unis;

- v. by the end of 2011, all of the major Canadian e-book retailers were operating under the agency model.

[159] In addition, the Commissioner was informed that submissions had been made to the effect that, even if there may have been an Arrangement at one time, it was no longer “existing,” as required by section 90.1.

[160] In brief, the Commissioner was made aware of the essence of Kobo’s position. Specifically, he was informed that Kobo had encouraged the transition to the agency model in Canada—the implication being that shift may not have been attributable to the Arrangement. And he was informed that submissions had been made to the effect that, even if the Arrangement had existed at one time, it could no longer be “existing”.

[161] In my view, the Commissioner was entitled to rely on staff and senior management in the Competition Bureau to review and provide him with a summary or synthesis of the extensive information that was provided by Kobo and other industry participants during the course of the Commissioner’s in-depth inquiry into the Arrangement and its alleged implementation in Canada (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 753; *The Queen v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, at pages 245–246).

[162] The case team and senior management in the Competition Bureau were not under any obligation to provide to the Commissioner more detailed accounts of the information that Kobo had supplied during the course of the Bureau’s investigation. I note that one of the key briefing memoranda that were provided to the Commissioner and that were included in the amended certified tribunal record (CTR) was 14 pages in length, and appears to have included what the Senior Deputy Commissioner of Competition considered to be the information that was most important for the Commissioner to know. That information included a synthesis of evidence that came from various sources, some of whom, like Kobo, had provided extensive information pursuant to an order issued by this Court pursuant to section 11 of the Act.

- v. À la fin de 2011, tous les principaux détaillants canadiens de livres numériques fonctionnaient selon un modèle d’agence.

[159] De plus, le commissaire a été informé d’observations voulant que même si un tel arrangement avait déjà existé, il n’existait plus à l’heure actuelle comme l’exige l’article 90.1.

[160] En résumé, le commissaire était informé de l’essentiel de la position de Kobo. Plus particulièrement, il a été informé du fait que Kobo avait encouragé la transition vers un modèle d’agence au Canada, sous-entendant que cette transition n’est peut-être pas attribuable à l’arrangement. Il était également informé des observations en ce sens, que même si un tel arrangement avait existé, ce n’était plus le cas.

[161] À mon avis, le commissaire avait le droit de s’en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu’ils examinent l’imposant volume de documents soumis par Kobo et les autres membres de l’industrie au cours de son enquête approfondie sur l’arrangement et sa mise en œuvre alléguée au Canada et lui remettent un sommaire ou une synthèse de ceux-ci (*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 753; *La Reine c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238, aux pages 245 et 246).

[162] En outre, l’équipe du dossier et la direction du Bureau de la concurrence n’étaient nullement tenues de remettre au commissaire un rapport plus détaillé des renseignements fournis par Kobo au cours de l’enquête. Je remarque que l’un des principaux mémoires d’information remis au commissaire et figurant dans le dossier certifié du tribunal (DCT) amendé comportait 14 pages et semblait comprendre les renseignements que le sous-commissaire principal à la concurrence estimait être les plus importants pour le commissaire. Ces renseignements comprenaient une synthèse de la preuve issue de différentes sources, certaines, à l’instar de Kobo, ayant remis une somme considérable de documents à la suite d’une ordonnance rendue par notre Cour en vertu de l’article 11 de la Loi.

[163] Based on the information contained in that 14 page memorandum, as well as in the other materials contained in the CTR, I do not agree that the Commissioner erred in the manner alleged by Kobo. That is to say, I have not been persuaded that the Commissioner ignored the information that Kobo submits contradicted the conclusions and recommendations made by case team and senior management in the Competition Bureau. As I have noted at paragraph 160 above, the Commissioner was informed of the essence of Kobo's position. Kobo has not provided any evidence that indicates or suggests that the Commissioner did not consider that information in reaching his decision to enter into the CAs.

[164] Given the foregoing, I conclude that it was not unreasonable for the Commissioner to have limited his consideration of the information that had been provided by Kobo, to the information described above. The manner in which the Commissioner and staff in the Competition Bureau synthesize the evidence in an investigation, particularly one like this that involved hundreds of thousands of documents, if not more, attracts a high degree of deference. On the particular facts of this case, I consider that it would not be appropriate for this Court to require the Commissioner to give greater consideration than appears to have been given to the information that a particular participant such as Kobo may submit to the Competition Bureau over the course of the Commissioner's inquiry.

[165] For greater certainty, given the information that was made available to the Commissioner regarding the implementation of the Arrangement in Canada, I also find that it was not unreasonable for him to conclude that the Arrangement did in fact extend to Canada and was implemented in Canada.

C. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement" that was not "existing or proposed" at the time the CAs were executed?

[166] Kobo submits that by the time the Commissioner filed the CAs, there was no Arrangement, existing or proposed, even if it did once exist in respect of Canada.

[163] Étant donné les renseignements figurant dans ce mémoire de 14 pages, ainsi que dans les autres documents figurant au DCT, je ne suis pas d'accord que le commissaire ait commis une erreur comme le soutient Kobo. En somme, je ne suis pas convaincu que le commissaire a ignoré les renseignements qui, selon Kobo, contredisent les conclusions et les recommandations de l'équipe chargée du dossier et de la direction du Bureau de la concurrence. Comme je l'ai mentionné au paragraphe 160 précédent, le commissaire était informé de la position de Kobo. Kobo n'a pas produit d'éléments de preuve indiquant ou portant à croire que le commissaire n'a pas tenu compte de ces renseignements lorsqu'il a décidé de signer les consentements.

[164] À la lumière de ce qui précède, je conclus qu'il n'était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par Kobo à ceux énoncés précédemment. La façon dont le commissaire et le personnel du Bureau de la concurrence traitent la preuve dans une enquête, particulièrement lorsque celle-ci, comme dans l'espèce, comporte des centaines de milliers de documents, sinon plus, commande un degré élevé de déférence. Quant à l'espèce, j'estime qu'il ne serait pas approprié que notre Cour exige du commissaire qu'il accorde davantage d'importance que ce fut le cas aux renseignements soumis par un participant en particulier, comme Kobo, au Bureau de la concurrence dans le cadre d'une de ses enquêtes.

[165] Pour plus de précision, étant donné l'information qui était devant le commissaire concernant la mise en œuvre de l'arrangement au Canada, je conclus qu'il n'était pas déraisonnable pour le commissaire de déterminer que l'arrangement envisageait le Canada et que celui-ci avait été mis en œuvre au Canada.

C. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à un arrangement qui n'était pas « conclu ou proposé » au moment de la conclusion de ceux-ci?

[166] Kobo soutient que le commissaire a signé des consentements alors qu'il n'y avait plus d'arrangement, conclu ou proposé, même s'il eut déjà existé au Canada.

[167] In support of its position, Kobo notes that the respondent Publishers settled with the U.S. Department of Justice (DOJ) and consented to final judgments (the U.S. Judgments) in 2012. Kobo asserts that the effect of the U.S. Judgments was to bring an end to the Arrangement. Kobo maintains that from the time the U.S. Judgments took effect, the respondent Publishers have been expressly prohibited from coordinating their activities in respect of the sale of e-books. Kobo adds that, in accordance with terms of the U.S. Judgments, the respondent Publishers terminated the agency agreements that they had at the time with e-book retailers.

[168] As further support for its position, Kobo notes that [***] Insofar as [***] is concerned, Kobo notes that its [***]

[169] In response, the Commissioner states that none of the respondent Publishers adopted the substantive terms of the U.S. Judgments in Canada, and that those publishers continue to operate with the agency agreements contemplated by the Arrangement. He adds that those agency agreements continue to prevent price discounting at retail.

[170] In my view, the Commissioner's conclusions in this regard were not unreasonable.

[171] As Kobo conceded during the hearing of this Application, there is nothing in the U.S. Judgments that terminated the Arrangement insofar as it applied to Canada.

[172] The complaint that was brought against the major book publishers in the U.S. requested “injunctive relieve to prevent further injury to consumers in the United States” (emphasis added).

[173] Consistent with this, the U.S. Judgments required the settling publishers to take certain actions with respect to their agreements with “E-book Retailers” and imposed certain prohibitions on those publishers in their dealings with e-book Retailers and with other e-book Publishers. In turn, the term “E-book Retailer” was defined to mean “any Person that lawfully Sells (or seeks

[167] Kobo appuie sa position sur le fait que les éditeurs défendeurs ont conclu un règlement avec le ministère de la Justice des États-Unis et consenti à des jugements définitifs [les jugements américains] en 2012. Kobo soutient que les jugements américains ont eu pour effet de mettre fin à l'arrangement. Kobo soutient que dès l'entrée en vigueur des jugements américains, il était expressément interdit aux éditeurs défendeurs de coordonner leurs activités quant à la vente de livres numériques. Kobo rajoute que, conformément aux jugements américains, les éditeurs défendeurs ont mis fin aux accords d'agence qu'ils détenaient à l'époque avec les détaillants de livres numériques.

[168] Par ailleurs, Kobo avance que [***] Quant à [***], Kobo remarque que [***]

[169] Le commissaire rétorque qu'aucun des éditeurs défendeurs n'a adopté les modalités de fond des jugements américains au Canada et qu'ils continuent leurs opérations en vertu des accords d'agence prévus par l'arrangement. Il ajoute que ces accords d'agence continuent à empêcher la réduction des prix de vente de détail.

[170] À mon avis, la conclusion du commissaire à ce titre n'est pas déraisonnable.

[171] Comme l'a reconnu Kobo à l'audience de la présente demande, rien dans les jugements américains ne prévoit la résiliation de l'arrangement dans la mesure où il s'appliquait au Canada.

[172] La plainte déposée contre les grands éditeurs aux États-Unis cherchait à obtenir [TRADUCTION] « une mesure d'injonction visant à prévenir d'autres préjudices aux consommateurs des États-Unis » (je souligne).

[173] Ainsi, les jugements américains exigeaient des éditeurs ayant réglé qu'ils prennent certaines mesures par rapport à leurs accords avec les [TRADUCTION] « détaillants de livres numériques » et imposaient certaines interdictions à ces éditeurs quant à leurs interactions avec les détaillants de livres numériques et les autres éditeurs de livres numériques. Ainsi, l'expression

to lawfully Sell) e-books to consumers in the United States, or through which a Publisher Defendant, under an Agency Agreement, Sells e-books to consumers” (emphasis added). The term “E-book Publisher” was also defined by reference to the ownership or control of the copyright or other authority “sufficient to distribute the E-book within the United States to E-book Retailers and to permit such E-book Retailers to Sell the E-book to consumers in the United States” (emphasis added).

[174] In addition, pursuant to Section IV.C. of the U.S. Judgments, the settling publishers were required to provide the U.S. DOJ with advance notice of the formation or the material modification of certain types of transactions relating to the sale, development or promotion of e-books in the United States.

[175] There does not appear to be anything in the U.S. Judgments that in any way extends their operation to Canada, or that was intended to have the effect of terminating the Arrangement in Canada. I note that Justice Gascon reached essentially the same conclusion with respect to the U.S. Judgment to which HarperCollins Publishers LLC is or was subject (*HarperCollins*, above, at paragraphs 179 and 187–190).

[176] Moreover, Kobo has not demonstrated that the U.S. Judgments had any impact on the implementation of the Arrangement in Canada.

[177] Indeed, the shift to the agency model that occurred in Canada over the course of 2010 and 2011 would appear to suggest otherwise. Based on the evidence that was provided to the Commissioner and this Court, it was reasonably open to the Commissioner to conclude that this shift was evidence of the implementation of the Arrangement in Canada (*HarperCollins*, above, at paragraphs 195–204).

[TRANSDUCTION] « détaillant de livres numériques » a été définie pour signifier [TRANSDUCTION] « toute personne vendant légalement (ou cherchant à vendre légalement) des livres numériques aux consommateurs des États-Unis ou agissant en intermédiaire pour l’un des éditeurs défendeurs aux fins de vendre des livres numériques aux consommateurs » (je souligne). L’expression [TRANSDUCTION] « éditeur de livres numériques » a également été définie en faisant référence à la propriété ou au contrôle des droits d’auteurs ou à une autre autorisation [TRANSDUCTION] « suffisante pour la distribution de livres numériques aux détaillants de livres numériques au sein des États-Unis et permettre la vente de livres numériques par ces derniers aux consommateurs des États-Unis » (je souligne).

[174] De plus, conformément à la section IV.C des jugements américains, les éditeurs ayant réglé étaient tenus de remettre au ministère de la Justice un avis préalable quant à la formation ou à la modification importante de certains types de transaction quant à la vente, le développement ou la promotion des livres numériques aux États-Unis.

[175] Il ne semble y avoir aucune mesure dans les jugements américains visant les opérations des éditeurs au Canada ou ayant pour objet de mettre fin à l’arrangement au Canada. Je remarque que le juge Gascon est parvenu à essentiellement la même conclusion quant au jugement américain auquel intervient HarperCollins Publishers LLC (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 179 et 187 à 190).

[176] De plus, Kobo n’a pas démontré que les jugements américains avaient eu des répercussions sur la mise en œuvre de l’arrangement au Canada.

[177] En outre, la transition au modèle d’agence au Canada au cours de 2010 et de 2011 laisse entendre le contraire. Compte tenu de la preuve remise au commissaire et à notre Cour, il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que cette transition était le résultat de la mise en œuvre de l’arrangement au Canada (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 195 à 204).

[178] Finally, it is not by any means apparent to me that any contractual provisions in Kobo's contracts with [***] or any of the other respondent Publishers precluded the possibility of the Arrangement being implemented in Canada.

[179] During his cross-examination by counsel to the Commissioner, Mr. Tambllyn was asked whether any changes were made, insofar as the Canadian e-book market is concerned, in Kobo's contracts with the major book publishers as a result of the settlements in the U.S. He replied that, with the exception of Kobo's contract with [***], he didn't believe that the U.S. settlements resulted in any such changes.

[180] Subsequent to the issuance of the U.S. final judgment in respect of [***] U.S. parent company and certain other major book publishers, Kobo and [***] entered into a short agreement. In essence, that agreement provided that (i) the U.S. territory would be removed from the existing agreement dated March 31, 2010, (ii) the parties would enter into a separate agreement for the sales of digital books in the U.S., and (iii) Kobo would continue serving as [***] agent in Canada in accordance with the terms of the above-mentioned 2010 agreement.

[181] In my view, it is clear on the face of that short agreement that it did not terminate the Arrangement as it relates to Canada. On the contrary, it preserved it as it relates to Canada, while providing that a new agreement would be entered into in relation to the sale of e-books in the U.S.

[182] [***] It is by no means clear to me that this terminated the Arrangement in Canada, insofar as [***] was concerned.

[183] In summary, based on the foregoing, I consider that it was reasonably open to the Commissioner to conclude that the Arrangement remained in force (i.e., that it was "existing") at the time he entered into the CAs with the respondent Publishers. Put differently, it was reasonably open to the Commissioner to conclude on the evidence that was before him that the Arrangement includes Canada and that the U.S. Judgments did not terminate the Arrangement as it relates to this country.

[178] Finalement, à mon avis, aucune clause des ententes contractuelles de Kobo avec [***] ou tout autre éditeur défendeur n'empêche la mise en œuvre éventuelle de l'arrangement au Canada.

[179] Durant le contre-interrogatoire de M. Tambllyn par l'avocat du commissaire, il lui a été demandé si des modifications avaient été apportées, quant au marché canadien du livre numérique, aux contrats de Kobo avec les grands éditeurs dans la foulée des règlements aux États-Unis. Il a répondu qu'à l'exception du contrat entre Kobo et [***], il ne croyait pas que les règlements américains avaient entraîné de telles modifications.

[180] À la suite du jugement américain définitif contre la société mère de [***] aux États-Unis et certains autres grands éditeurs, Kobo et [***] ont conclu un bref accord. En résumé, l'accord prévoyait que i) le territoire américain serait retiré de l'accord existant daté du 31 mars 2010; ii) que les parties signeraient un accord séparé quant à la vente de livres numériques aux États-Unis; et iii) que Kobo continuerait d'agir en qualité d'agent canadien pour [***], conformément aux modalités de l'entente de 2010 susmentionnée.

[181] À mon avis, ce bref accord témoigne du fait que l'arrangement n'était pas résilié au Canada. Au contraire, il stipule que l'arrangement était maintenu au Canada, mais qu'un nouvel accord serait convenu quant à la vente de livres numériques aux États-Unis.

[182] [***] Rien n'indique clairement que ceci venait résilier l'arrangement au Canada, du point de vue de [***].

[183] En résumé et à la lumière de ce qui précède, j'estime qu'il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que l'arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu'il était « existant ») au moment de la signature des consentements avec les éditeurs défendeurs. En d'autres termes, il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure, en regard de la preuve devant lui, que l'arrangement visait le Canada et que les jugements américains n'y mettaient pas fin

It was also reasonably open to the Commissioner to conclude that the contractual provisions discussed above did not terminate the Arrangement in Canada.

X. Conclusion

[184] For the reasons set forth in Part VI above, I have concluded that it would not be appropriate for me to exercise my discretion to hear Kobo's application on the merits.

[185] However, in the event that I have erred in reaching that conclusion, I have assessed this application on its merits and have reached the conclusion that it should be dismissed.

[186] With respect to the first issue that Kobo raised, I have concluded that the Commissioner has territorial jurisdiction in respect of the Arrangement. For the reasons set forth in Parts IX.A.(2)(b)(i) and (ii) above, it can be inferred from the scheme of the Act as a whole that section 90.1 applies to agreements and arrangements that have, or are likely to have, the effect described in that provision, namely, a prevention or lessening of competition in a market, whether they are entered into within or outside Canada. In any event, for the reasons set forth in Part IX.A.(2)(c) above, there is a real and substantial connection between the Arrangement and Canada, such that the Commissioner had territorial jurisdiction to enter into the CAs. Given these conclusions, it is not necessary to address whether the presumption against the extraterritorial application of legislation can be rebutted.

[187] With respect to the second issue that Kobo raised, for the reasons set forth in Part IX.B above, I have concluded that the Commissioner did not err by failing to give greater consideration to the information provided by Kobo. The Commissioner was made aware of the essence of that information, and Kobo has not provided any evidence to suggest that he did not consider it in reaching his decision to enter into the CAs.

[188] With respect to the third issue that Kobo raised, I consider that it was reasonably open to the Commissioner

en ce qui concerne notre pays. Il était également raisonnablement loisible au commissaire de conclure que les stipulations contractuelles abordées précédemment ne résiliaient pas l'arrangement au Canada.

X. Conclusion

[184] Pour les motifs mentionnés à la partie VI ci-haut, j'estime qu'il ne serait pas approprié que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande de Kobo sur le fond.

[185] Toutefois, advenant que j'aie commis une erreur en parvenant à cette conclusion, j'ai analysé cette demande sur le fond et conclu qu'elle devrait être rejetée.

[186] Quant à la première question soulevée par Kobo, j'ai conclu que le commissaire avait la compétence territoriale à l'égard de l'arrangement. Étant donné les motifs figurant aux parties IX.A.(2)(b)(i) et (ii) ci-haut, on peut déduire de l'esprit de la Loi dans son ensemble que l'article 90.1 s'applique à tous les accords et arrangements qui ont, ou risquent d'avoir, l'effet décrit à cette disposition, nommément, d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché. À tout événement, pour les motifs énoncés à la partie IX.A.(2)(c), il existe un lien réel et substantiel entre l'arrangement et le Canada, ainsi, le commissaire avait la compétence territoriale de signer les consentements. Étant donné ces conclusions, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir s'il est possible de renverser la présomption à l'encontre d'une application extraterritoriale d'une loi.

[187] Quant à la deuxième question soulevée par Kobo, pour les motifs énoncés à la partie IX.B ci-dessus, j'ai conclu que le commissaire n'avait pas commis d'erreur en omettant d'accorder plus d'importance aux renseignements fournis par Kobo. Le commissaire a été informé de l'essentiel de ces renseignements et Kobo n'a pas produit d'éléments de preuve portant à croire qu'il n'a pas tenu compte de ces renseignements dans sa décision de signer les consentements.

[188] Quant à la troisième question, j'estime qu'il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure

to conclude that the Arrangement remained in force (i.e., it was “existing”) at the time he entered into the CAs with the respondent Publishers.

que l’arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu’il était « existant ») au moment de la signature des consentements avec les éditeurs défendeurs.

JUDGMENT

JUGEMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE que :

1. This application is dismissed with costs payable to the Commissioner.

1. La demande est rejetée avec dépens en faveur du commissaire.