



Référence : *Kobo Inc c Le commissaire de la concurrence*, 2014 Trib conc 2

N° de dossier : CT-2014-02

N° de document du greffe : 248

AFFAIRE CONCERNANT la *Loi sur la concurrence*, LRC (1985), c C-34, dans sa version modifiée;

ET AFFAIRE CONCERNANT une enquête menée en vertu de l'article 10 de la *Loi sur la concurrence*, concernant un certain comportement anticoncurrentiel allégué dans le marché des livres numériques au Canada;

ET AFFAIRE CONCERNANT le dépôt et l'enregistrement d'un consentement en application de l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*;

ET AFFAIRE CONCERNANT une demande présentée en application du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la concurrence*, par Kobo Inc en vue de faire annuler ou modifier le consentement entre le commissaire de la concurrence et Hachette Book Group Canada Ltd, Hachette Book Group, Inc, Hachette Digital, Inc; HarperCollins Canada Limited; Holtzbrinck Publishers, LLC; et Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co déposée et enregistrée auprès du Tribunal de la concurrence, le 7 février 2014, conformément à l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

**Kobo Inc**  
(demanderesse)

et

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



Date de l'audience : Le 17 mars 2014

Devant le membre judiciaire : Monsieur le juge Rennie (président)

Motifs de l'ordonnance : Le 27 mars 2014

Motifs signés par : Monsieur le juge Donald J. Rennie

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE ACCUEILLANT LA REQUÊTE EN OBTENTION D'UN SURSIS D'EXÉCUTION DE LA DEMANDERESSE**

## I. INTRODUCTION

[1] Kobo Inc (la « **demanderesse** » ou « **Kobo** ») a présenté une requête en vue d'obtenir le sursis d'exécution d'un consentement conclu en vertu de l'article 105 de la *Loi sur la concurrence*, LRC (1985), c C-34 (la « **Loi** »), signé le 6 février 2014 et enregistré le 7 février 2014 (le « **consentement** »), entre le commissaire de la concurrence (le « **commissaire** ») et Hachette Book Group Canada Ltd, Hachette Book Group, Inc, Hachette Digital, Inc; HarperCollins Canada Limited; Holtzbrinck Publishers, LLC; et Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co. (collectivement appelées les « **éditeurs consentants** ») sur le fondement du dépôt par Kobo, en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi*, d'une demande en vue d'annuler ou de modifier le consentement.

[2] Les présents motifs font suite à mon ordonnance du 18 mars 2014 accueillant la requête de Kobo en vue d'obtenir une suspension.

## II. CONTEXTE

[3] Kobo est une détaillante de livres numériques faisant affaire au Canada depuis février 2009. Elle est la principale détaillante de livres numériques au Canada.

[4] Au cours de l'été de 2012, le commissaire a commencé une enquête visant l'industrie du livre numérique au Canada. Cette enquête faisait suite à une enquête menée par le département de la Justice des États-Unis (« **département de la justice des É.-U.** ») visant le marché américain du livre numérique, laquelle a donné lieu à des accords conclus entre le département de la justice des É.-U. et plusieurs éditeurs, dont certains d'entre eux sont des filiales américaines des éditeurs consentants. Au Canada, l'enquête de 18 mois menée par le commissaire a conduit à l'enregistrement du consentement, le 7 février 2014.

[5] Selon ce consentement, chaque éditeur consentant doit modifier ou mettre un terme à tout contrat qu'il aurait conclu avec un détaillant de livres numériques, qui limiterait, directement ou indirectement, la capacité du détaillant de livres numériques, à consentir des rabais sur le prix des livres numériques vendus à des consommateurs canadiens ou qui aurait comme conséquence de fixer le prix d'un livre numérique vendu par un détaillant donné en fonction du prix de détail du même livre numérique vendu par un autre détaillant (ce type de clause est appelée clause de la nation la plus favorisée « clause de prix NPF »). La durée de validité de ce consentement commencerait quarante (40) jours suivant la date de son enregistrement et demeurerait en vigueur durant dix-huit (18) mois. La date d'enregistrement du consentement étant le 7 février 2014, le commencement de sa période d'effet est établi au 9 mars 2014.

[6] Kobo a conclu avec chacun de ses éditeurs consentants des contrats appelés « accords d'agences ». En général, ces accords d'agences sont conclus lorsque le détaillant est désigné comme mandataire non exclusif de la commercialisation et de la livraison de livres numériques au nom de l'éditeur. L'éditeur fixe le prix de détail, et le détaillant reçoit une commission (habituellement de 30 %) pour chaque livre numérique vendu. De toute évidence, certains des accords d'agences de Kobo, ou la totalité de ceux-ci contiennent des clauses qui seraient interdites par le consentement.

[7] Le 21 février 2014, Kobo a présenté une demande en vue d'annuler ou modifier le consentement en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi*, dont le texte est le suivant :

(2) Toute personne directement touchée par le consentement — à l'exclusion d'une partie à celui-ci — peut, dans les soixante jours suivant l'enregistrement, demander au Tribunal d'en annuler ou d'en modifier une ou plusieurs modalités. Le Tribunal peut accueillir la demande s'il conclut que la personne a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal.	(2) A person directly affected by a consent agreement, other than a party to that agreement, may apply to the Tribunal within 60 days after the registration of the agreement to have one or more of its terms rescinded or varied. The Tribunal may grant the application if it finds that the person has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal.
--	---

[8] Le paragraphe 106(2) a été ajouté à la *Loi* lors des modifications qui lui ont été apportées en 2002, remplaçant ainsi l'ancien régime d'ordonnance sur consentement, selon lequel l'élaboration d'un régime d'ordonnance sur consentement nécessitait l'approbation du Tribunal au préalable, contrairement au régime actuel qui ne l'exige pas. L'ancien régime était inefficace et inefficent et le législateur a adopté ces modifications dans le but de mettre en œuvre un processus plus simple et rapide (*Burns Lake Native Development Corporation c Commissaire de la concurrence et West Fraser Timber Co Ltd*, 2006 Trib conc 16, aux paragraphes 26-32 [*Burns Lake*]).

[9] Le 21 février 2014, Kobo a également présenté cette requête en vue d'obtenir le sursis d'exécution de l'enregistrement du consentement en attendant que soit rendue la décision relative à sa demande déposée en vertu du paragraphe 106(2). La requête a été entendue le 17 mars 2014 et, à l'audience, l'avocat des défenderesses n'a présenté aucune position et aucune observation. Le consentement précise que les éditeurs consentants ne contesteront pas, uniquement aux fins de l'accord, y compris l'exécution, l'enregistrement, l'application, la modification ou l'annulation, les allégations du commissaire selon lesquelles, à la suite d'un accord ou d'un arrangement, ils ont eu un comportement dont le résultat a été d'empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence dans les marchés des livres numériques au Canada, contrevenant ainsi à l'article 90.1 de la *Loi*.

[10] Le 18 mars 2014, j'ai accueilli la requête de Kobo visant l'obtention d'un sursis d'exécution du consentement et les motifs de cette ordonnance sont présentés ci-dessous.

### III. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[11] Un consentement déposé en vertu de l'article 105 de la *Loi* a, une fois enregistré, la même force exécutoire qu'une ordonnance du Tribunal, et des procédures peuvent être engagées. Un tel consentement doit être fondé sur des modalités pouvant faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal.

[12] La question en litige dans la présente requête consiste à établir si le Tribunal devrait suspendre l'exécution du consentement en attendant que soit rendue la décision relative à la demande présentée par Kobo en vertu du paragraphe 106(2). Le critère en matière de sursis d'exécution a été établi par la Cour suprême du Canada dans *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1994] 1 RCS 31, page 334 [*RJR-MacDonald*] :

- a) il existe une question sérieuse à trancher;
- b) le demandeur subira un préjudice irréparable si le sursis n'est pas accordé;
- c) la prépondérance des inconvénients penche en faveur de l'octroi du sursis d'exécution.

[13] J'examine à tour de rôle chacun des éléments du critère.

**a. Une question sérieuse à trancher**

[14] À des fins limitées à la présente requête, le commissaire convient que Kobo est une « personne directement touchée » au sens du paragraphe 106(2).

[15] Kobo soutient que l'historique législatif du paragraphe 106(2) de la *Loi* indique que celui-ci devait servir de « soupape de sûreté » eu égard au pouvoir du commissaire de conclure des consentements, et que c'est dans ce contexte que les questions sérieuses qu'elle soulève doivent être examinées.

[16] Kobo soutient que sa demande soulève d'importantes questions non résolues en ce qui a trait au consentement et à l'application du paragraphe 106(2). Elle soutient que sa demande soulève deux questions sérieuses à trancher. Ces questions sérieuses se fondent sur le fait que le consentement a été conclu même si le commissaire a omis de souligner l'existence d'un accord ou d'un arrangement entre les éditeurs consentants conformément à l'article 90.1 de la *Loi* (un « **accord en vertu de l'article 90.1** »). Kobo soutient que le fait que le commissaire n'a fait aucune allégation en ce qui a trait à un accord en vertu de l'article 90.1, ni n'en a prouvé l'existence, mène à la première question sérieuse, laquelle est ainsi formulée :

Le Tribunal est-il compétent pour rendre une ordonnance en vertu de l'article 90.1 sans qu'aucun accord ou aucune proposition d'accord ni d'arrangement n'ait été conclu entre les concurrents (ou que l'existence d'un tel accord n'ait même été alléguée)?

[17] Kobo soutient que le Tribunal n'a pas cette compétence. Par conséquent, selon elle, pour qu'un consentement au sens de l'article 105 puisse neutraliser un accord en vertu de l'article 90.1, il doit satisfaire aux exigences substantielles de l'article 90.1. Elle soutient qu'il ne faut pas interpréter de manière restrictive le paragraphe 106(2) puisque le Tribunal n'a qu'à être convaincu qu'il est compétent pour rendre des ordonnances du genre visées dans un consentement. Néanmoins, si une telle interprétation restrictive était adoptée, Kobo soutient qu'une deuxième question sérieuse est tout de même soulevée, laquelle est ainsi formulée :

Le Tribunal peut-il rendre une ordonnance empêchant une personne de faire quoi que ce soit en vertu d'un accord putatif aux termes de l'article 90.1 alors qu'il n'a précisé aucune

modalité visant un tel accord ou qu'il n'est pas convaincu qu'un tel accord existe ou a été proposé?

[18] Kobo soutient également que le Tribunal n'est pas habilité à le faire, puisque l'alinéa 90.1(1)a) lui confère le pouvoir d'interdire à quiconque de faire quoi que ce soit en vertu d'un accord aux termes de l'article 90.1, un pouvoir qui ne peut être exercé sans réellement préciser l'accord en cause. Bien qu'un tiers puisse être tenu par un consentement établi en vertu de l'alinéa 90.1(1) b) de « prendre toute autre mesure », il n'en demeure pas moins, selon Kobo, que l'existence d'un accord 90.1 doit avoir été établie, et que, de toute façon, le consentement contient des interdictions, le rendant indéniablement visé par l'alinéa 90.1(1)a).

[19] Kobo soutient également que le commissaire a antérieurement reconnu le caractère sérieux d'une question semblable à celles qu'elle propose actuellement. Dans *Burns Lake*, le Tribunal a répondu à deux questions du commissaire, dont il avait été saisi par renvoi, mais en fait, une troisième question avait à l'origine été soulevée par le commissaire, mais retirée par la suite. Cette question était ainsi formulée : « Dans une demande présentée en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi* en vue de faire modifier ou annuler les modalités d'un consentement, les termes indiquant "que les modalités ne pouvaient faire l'objet d'une ordonnance par le Tribunal" habilite-t-ils le Tribunal à réexaminer la question, à savoir si le fusionnement ou le fusionnement proposé aura vraisemblablement comme résultat d'empêcher ou diminuer sensiblement la concurrence? » (*Burns Lake Native Development Corporation c Commissaire de la concurrence et West Fraser Timber Co Ltd*, 2005 Trib conc 19, au para 39, confirmé par *Burns Lake Native Development Corporation c Canada (Commissaire de la Concurrence)*, 2006 CAF 97). En d'autres mots, cette affaire portait sur l'étendue du pouvoir de révision du Tribunal en matière de demandes présentées en vertu du paragraphe 106(2). Kobo estime que cette situation s'apparente aux questions qu'elle soulève actuellement, et que si elle était suffisamment sérieuse pour justifier son examen lors d'un renvoi à la demande du commissaire, elle est assez sérieuse pour satisfaire au seuil peu élevé du critère de *RJR-MacDonald*.

[20] Pour sa part, le commissaire soutient que Kobo n'a soulevé aucune question sérieuse puisqu'il faut interpréter le paragraphe 106(2) de manière restrictive, et que, par conséquent, les consentements intervenus en application de l'article 105 ne devraient pas être liés aux dispositions de fond de l'article 90.1. Le commissaire fait remarquer qu'en vertu du paragraphe 106(2) des *Règles du Tribunal de la concurrence (DORS/2008-141)*, un consentement n'a qu'à satisfaire à trois exigences légales pour être considéré comme valide, notamment qu'il comporte les renseignements suivants :

- a) les dispositions de la *Loi* au titre desquelles le consentement est établi;
- b) les nom et adresse de chacune des personnes qu'il vise;
- c) ses modalités.

[21] Le commissaire soutient, par conséquent, qu'il n'est pas nécessaire qu'un consentement précise tout détail allant au-delà de ces exigences légales. Ainsi, il n'était pas nécessaire que le consentement précise les détails de tout accord aux termes de l'article 90.1, existant ou proposé, possiblement intervenu entre les éditeurs consentants. Les consentements sont des négociations, et certains éléments de ces négociations peuvent comprendre des éléments qui ne sont pas

divulgués au public.

[22] Subsidiairement, le commissaire soutient que, même si le Tribunal conclut qu'un consentement doit être fondamentalement lié aux éléments du comportement anticoncurrentiel allégué ou en établir l'existence, le consentement concorde toutefois avec l'article 90.1 de la *Loi*, puisque l'alinéa 90.1(1)*b*) confère au Tribunal le pouvoir d'interdire à une personne, avec l'accord de cette dernière et du commissaire, de « prendre toute autre mesure ».

[23] Le seuil en ce qui a trait à cet élément du critère est peu élevé, une fois que le décideur est convaincu que la demande n'est ni futile ni vexatoire, il doit passer à l'examen des autres éléments (*RJR-MacDonald*, à la page 337). J'estime que la demande de Kobo soulève indéniablement des questions sérieuses liées à l'interprétation du paragraphe 106(2). Le fait que dans *Burns Lake* le commissaire ait pratiquement soulevé une question identique dans le renvoi est un facteur concluant. La demande soulève également la question sous-jacente plus importante de savoir si le consentement intervenu au sens de l'article 105 de la *Loi* pouvant neutraliser un accord aux termes de l'article 90.1 exige que le commissaire satisfasse aux exigences substantielles de l'article 90.1 de la *Loi* et, le cas échéant, dans quelle mesure. Cette interaction entre les articles 90.1 et 105, et leur relation avec les demandes présentées en application du paragraphe 106(2) constituent une question dont le Tribunal n'a jamais été saisi, et en soi, elle n'est ni futile ni vexatoire. D'ailleurs, le fait que Kobo et le commissaire ont de part et d'autre proposé des théories possibles en ce qui a trait à cette interaction confirme qu'il s'agit d'une question sérieuse à trancher.

[24] Par conséquent, le premier élément du critère de *RJR-MacDonald* est respecté.

#### **b. Le préjudice irréparable**

[25] Kobo soutient qu'elle subira un préjudice financier irréparable si le présent sursis d'exécution n'est pas accordé. Selon elle, le fondement de ce préjudice repose sur trois sources d'éléments de preuve :

- (i) le communiqué de presse du commissaire du 7 février 2014 annonçant le consentement (le « **communiqué de presse** ») et un article de journal du 12 mars 2014;
- (ii) deux lettres de résiliation ou de modification reçues par Kobo de la part de deux des quatre éditeurs consentants après l'enregistrement du consentement (les « **lettres de modification** »);
- (iii) l'expérience de Kobo aux É.- U. à la suite de l'adoption d'ententes de règlement dans ce pays;
- (iv) les prévisions d'affaires internes de Kobo.

[26] Kobo soutient que seuls les détaillants de livres numériques comme Kobo, et non les éditeurs consentants, subiront des pertes financières découlant de l'adoption du consentement. Cette affirmation est appuyée par le communiqué de presse et, plus particulièrement, par les lettres de modification. Les lettres de modification visent unilatéralement à transformer les accords d'agences qui existent actuellement en accords en « version diluée du modèle d'agence », selon lesquels les interdictions en matière d'établissement des prix sont retirées, alors que les éditeurs consentants ont toujours droit à 70 % des revenus du prix de vente au

détail qu'ils ont établi. Il en découle donc que Kobo devrait à elle seule assumer le coût lié à tout rabais sur le prix de vente au détail qu'ils décideraient d'offrir. C'est pourquoi, Kobo affirme que le préjudice financier attribuable au consentement reposerait essentiellement sur ses épaules ou sur celles d'autres détaillantes de livres numériques comme elles, et non sur celles des éditeurs consentants.

[27] S'appuyant sur son expérience sur le marché américain à la suite d'ententes de règlement semblables qui y ont été conclues, Kobo a estimé qu'elle subirait conséquemment d'importantes pertes financières. Elle soutient qu'il est pertinent de fonder ses prévisions sur une comparaison avec le marché américain. Selon les prévisions internes d'affaires établies par Kobo, elle subirait d'importantes pertes découlant de l'exécution du consentement, et elle soutient que les hypothèses avancées dans ces prévisions sont justes, comme en font foi les explications de Michael Tamblyn, son agent de contenu principal. Kobo soutient que c'est le type de préjudice et non son ampleur qui est pertinent dans le cas d'une requête visant l'obtention d'un sursis d'exécution, mais elle fournit tout de même des données afin de démontrer que sa position selon laquelle elle subirait un préjudice repose sur un fondement probatoire clair.

[28] Kobo soutient que le temps et l'argent qu'il lui faudrait dépenser en vue d'assurer la transition vers une version diluée du modèle d'agence contribueraient également au préjudice qu'elle subirait.

[29] Enfin, Kobo soutient qu'elle n'aurait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts au commissaire et que, par conséquent, le préjudice qu'elle subirait serait irréparable.

[30] Le commissaire soutient que Kobo ne subirait aucun préjudice financier en raison de sa situation financière actuelle. De plus, les éléments de preuve qu'elle a présentés pour étayer sa perte financière sont spéculatifs, puisque la méthode utilisée pour calculer les pertes est teintée de plusieurs hypothèses erronées et elle ne tient pas compte de tous les facteurs économiques pertinents. L'une de ces hypothèses erronées consiste à dire que la chute du prix des livres numériques n'aurait aucune incidence sur le volume de vente de Kobo. Le commissaire soutient que cette position va à l'encontre de toute théorie économique fondamentale reconnaissant qu'une chute de prix a pour effet d'augmenter le volume des ventes.

[31] Le commissaire soutient également que tout préjudice subi par Kobo peut être évité puisque ses pertes prévues découlent en partie de la stratégie d'affaires qu'elle a consciemment adoptée. Il serait également possible de remédier à de telles pertes, puisqu'il a été démontré que Kobo a adopté des mesures d'urgence pour parer l'instauration du consentement.

[32] Sur le plan des principes, le commissaire demande au Tribunal de ne pas accepter le préjudice financier comme fondement valide pour accorder un sursis d'exécution visant le consentement, car il contreviendrait alors totalement à l'objet de la *Loi*, qui consiste à protéger la concurrence et non les concurrents. Tout préjudice financier subi par Kobo, selon le commissaire, ne découlerait aucunement du consentement; il serait plutôt le résultat du fait qu'il serait dès lors impossible pour Kobo de demander des prix gonflés artificiellement et anticoncurrentiels pour ses livres numériques. Le commissaire soutient que la protection visée par la *Loi* ne correspond aucunement au type de « préjudice » en cause.

[33] Le commissaire présente également l'argument de « l'avalanche de poursuites ». Il soutient que, si ce sursis d'exécution est accordé sur le fondement de ce type de préjudice, le régime de consentement en sera miné, puisqu'à l'avenir, des consentements feront l'objet de sursis d'exécution, car il est pratiquement assuré que les tiers seront financièrement touchés par de tels consentements. Ceci ne concorde aucunement avec l'intention du législateur qui voulait instaurer un processus de consentement simple et rapide.

[34] En réponse à l'allégation du commissaire voulant que les pertes de Kobo soient spéculatives puisqu'elles reposent sur des hypothèses erronées, cette dernière souligne que le commissaire n'a interrogé M. Tamblyn que sur une seule hypothèse sans aborder les autres, et que cette omission de le contre-interroger sur celles-ci a pour effet de transférer le fardeau de la preuve au commissaire qui doit démontrer que ces hypothèses étaient inappropriées conformément à la décision rendue par la Cour fédérale dans *Effem Foods Ltd c H J Heinz Co of Canada* (1997), 75 CPR (3d) 331. Kobo rétorque également que le commissaire ne peut prétendre que Kobo tire profit de prix gonflés en ce qui a trait aux livres numériques alors qu'il n'a jamais allégué, et encore moins démontré, que Kobo avait adopté un comportement anticoncurrentiel de quelque nature que ce soit.

[35] À mon avis, Kobo a établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle subira un préjudice irréparable, si ce sursis d'exécution n'est pas accordé. La rentabilité de Kobo n'influence aucunement la décision de savoir si elle subira un préjudice, et la possibilité qu'une société subisse un préjudice si la voie de sa rentabilité est parsemée d'embûches est reconnue dans la jurisprudence (*Danone Canada Inc c Canada (Procureur général)*, 2009 CF 44, au paragraphe 59, 343 FTR 17). Je ne suis également pas convaincu par les observations du commissaire, selon lesquelles les données de prévision de Kobo sont spéculatives. Le commissaire n'a produit aucun élément de preuve en vue de contester le bien-fondé de la méthode de Kobo. Par conséquent, je conclus que les projections financières de Kobo ne sont pas que conjectures.

[36] Je n'accepte pas la prétention du commissaire voulant que les pertes prévues de Kobo découlent de la stratégie d'affaires qu'elle a consciemment adoptée et soient donc évitables, puisqu'aucun élément de preuve n'appuie cette position. L'argumentation selon laquelle il serait possible pour Kobo de remédier à toute perte qu'elle pourrait subir en raison des mesures d'urgence qu'elle a adoptées ne tient pas non plus la route. Le fait que Kobo soit prête à parer toute éventualité est une simple démonstration de son sens des affaires axé sur la prudence.

[37] Qui plus est, je ne peux pas accepter l'argument de principe du commissaire voulant que le type de préjudice évoqué par Kobo ne puisse être considéré comme un préjudice aux fins du présent sursis d'exécution au prétexte que ce serait contraire aux objets de la *Loi*. Bien qu'un rabais dans les prix des livres numériques puisse manifestement être bénéfique pour le consommateur, le commissaire n'a produit aucun motif juridique expliquant pourquoi une perte financière subie par un détaillant et attribuable à de telles chutes de prix ne peut constituer un préjudice aux fins du critère en matière de sursis d'exécution.

[38] Le commissaire soutient que le fait de reconnaître ce type de préjudice déclencherait une avalanche de poursuites donnant automatiquement lieu à des sursis exécutoires en matière de consentements à l'avenir. Un tel scénario n'est cependant qu'hypothétique et il ne tient



aucunement compte du fait que tout demandeur éventuel devra tout de même prouver qu'un tel préjudice sera effectivement subi, et satisfaire aux deux autres éléments du critère *RJR-MacDonald*. Il suppose également, dans la mesure où les demandes sont présentées en vertu du paragraphe 106(2), que le tribunal ne les gèrera pas de manière à assurer un équilibre entre l'intérêt de la collectivité des affaires, l'intérêt du commissaire dans l'application de la *Loi* et celui des autres qui sont directement touchés par le consentement.

[39] Pour conclure, je suis par conséquent convaincu que Kobo subira un préjudice financier et que ce préjudice n'est pas hypothétique. Il faut remarquer que cette conclusion a été tirée par le Tribunal sur la foi d'éléments de preuve étayant le préjudice qui ne sont ni hypothétiques ni composés de simples prétentions; au contraire, la preuve est constituée de données financières actuelles, de prévisions raisonnées et validées davantage par un renvoi à l'expérience connue sur le marché américain. La preuve dont est saisi le Tribunal est nettement différente que celle présentée à la Cour d'appel fédérale dans *Gateway City Church c Canada (Ministre du Revenu national)*, 2013 CAF 126, et évoquée par le commissaire.

[40] Le préjudice serait irréparable. La cour d'appel fédérale a reconnu que l'incapacité d'un demandeur à réclamer des dommages-intérêts au commissaire advenant que sa demande soit accueillie qu'il obtienne gain de cause contribue à la nature du préjudice financier irréparable (*Tervita Corp c Canada (Commissaire de la Concurrence)*, 2012 CAF 223, au paragraphe 15, 434 NR 159 [*Tervita*]; *Canada (Commissaire de la Concurrence) c Canadian Waste Services Holdings Inc*, 2004 CAF 273, au paragraphe 18; *Nadeau Poultry Farm Limited c Groupe Westco Inc et al*, 2008 Trib conc 16, au paragraphe 29).

[41] Par conséquent, le deuxième élément du critère de *RJR-MacDonald* est respecté.

### c. La prépondérance des inconvénients

[42] Kobo soutient que la prépondérance des inconvénients lui est favorable puisque l'octroi d'un sursis d'exécution n'aura pas pour effet de causer un préjudice au public, alors qu'au contraire, Kobo subirait un grave préjudice si le sursis n'était pas accordé. En fait, Kobo soutient qu'en réalité l'intérêt du public commande l'octroi d'un sursis d'exécution.

[43] Kobo affirme que le public ne subira aucun préjudice puisque le consentement n'impose aucune interdiction permanente en ce qui a trait aux clauses interdites s'y rapportant; il impose simplement une interdiction de 18 mois. L'octroi du sursis d'exécution n'aura donc aucunement pour effet de rendre le consentement moins efficace; il sera simplement en vigueur pour un groupe de consommateurs ultérieurs. Le fait qu'aux É.U. chaque entente de règlement a été instaurée environ six mois après son dépôt et que la période de mise en œuvre des ententes a été échelonnée sur 16 mois indique qu'il n'y a pas lieu de précipiter les choses. Kobo soutient, par conséquent, qu'il va sans dire qu'un retard dans la période de mise en œuvre du consentement n'aura pas pour effet de rendre ses modalités moins efficaces.

[44] Par ailleurs, Kobo soutient que sans, un sursis exécutoire, elle subira un sérieux préjudice, puisque sa demande deviendra vraisemblablement théorique. Sans le sursis, pratiquement rien n'inciterait Kobo à poursuivre sa demande, puisque même si, en fin de compte, Kobo obtenait gain de cause, sans le sursis d'exécution visant le consentement, le tort serait fait, le marché ne serait plus le même et il lui serait impossible de récupérer ses pertes.

[45] Kobo soutient que, même si le consentement est le résultat d'activités entreprises par un agent du gouvernement exerçant ses obligations légales, l'intérêt du public ne favorise aucunement le commissaire, puisqu'il ne s'agit pas d'une situation d'une demande de suspension d'une loi ou d'un programme par Kobo. Ce sursis d'exécution s'apparente plutôt à une exemption où l'intérêt du public est moins favorable au gouvernement. En effet, Kobo soutient que l'intérêt du public est favorable à l'octroi du sursis d'exécution et à l'audience en vue d'entendre sa demande sur le fond, puisque le public a droit à de la clarté, à de la transparence et à une direction dans le processus de consentement, une lacune importante à l'heure actuelle, compte tenu des questions sérieuses qui n'ont toujours pas été tranchées.

[46] Kobo soutient enfin qu'elle a agi en temps opportun. Le paragraphe 106(2) autorise le dépôt d'une demande dans les soixante (60) jours suivant l'enregistrement d'un consentement, mais Kobo a présenté sa demande dans les deux semaines. En effet, Kobo souligne que le moment prévu de l'entrée en vigueur du consentement est fixé à 40 jours après l'enregistrement, soit 20 jours avant l'expiration de la période de 60 jours allouée pour présenter une demande en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi*. Il en découle que les modalités du consentement entravent ou limitent les droits de Kobo prévus au paragraphe 106(2), et l'octroi d'un sursis d'exécution en attendant que la demande de Kobo soit tranchée sur le fond doit ainsi en être favorisé.

[47] Le commissaire soutient que la prépondérance des inconvénients commande le rejet de la demande de sursis d'exécution parce qu'autrement, on agirait de manière non conforme à l'objet de la *Loi*, qui est de favoriser et d'encourager la concurrence au Canada. Sans la mise en œuvre du consentement, le public continuera d'être privé des avantages de la libre concurrence en matière de prix sur le marché du livre numérique. Le commissaire soutient que l'intérêt du public le favorise considérablement puisqu'il s'agit d'une situation dans laquelle

un agent public s'acquitte de ses obligations légales (*RJR-MacDonald*). Le commissaire soutient également que, puisque le préjudice de Kobo est hypothétique, cette dernière ne subira aucun préjudice véritable si le consentement est exécuté.

[48] À mon avis, la prépondérance des inconvénients est favorable à l'octroi du sursis d'exécution. Bien que le maintien du statu quo puisse, à court terme, priver le consommateur d'un accès à des livres numériques à prix réduit, le fait de ne pas accorder le sursis d'exécution aura de toute évidence une incidence grave sur l'utilité de la demande de Kobo. Si la demande de Kobo est accueillie et que le Tribunal conclut que le consentement doit être annulé ou modifié, Kobo aurait déjà subi une perte et il serait impossible de faire marche arrière.

[49] Je suis également persuadé par l'observation de Kobo voulant que l'intérêt du public ne soit pas très favorable au commissaire, puisque la demande de Kobo soulève des questions qu'il est de l'intérêt du public de trancher. Le commissaire ne m'a pas convaincu que la possibilité d'obtenir un meilleur prix pour les livres numériques était une situation urgente au point de l'emporter sur l'importance de trancher les questions soulevées par Kobo dans sa demande. Cette absence de situation d'urgence est étayée par le fait que des accords semblables ont été mis en œuvre par étalement aux É.- U., au cours d'une période de 16 mois. J'estime que la meilleure façon de balancer les intérêts du public contradictoires qui sont en jeu en l'espèce est d'accorder le sursis d'exécution et de faire progresser la demande de Kobo dans les meilleurs délais. Le juge Mainville a, par ailleurs, adopté une approche semblable dans *Tervita*, au paragraphe 19.

[50] Ainsi, la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi du sursis d'exécution.

[51] Le troisième et dernier volet du critère de *RJR-MacDonald* est donc respecté. Par conséquent, Kobo a droit au sursis d'exécution qu'elle demande.

[52] Les motifs sont à l'appui de l'ordonnance du 18 mars 2014 accordant le sursis d'exécution.

FAIT à Ottawa, ce 27<sup>e</sup> jour de mars 2014.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le président.

(s) Donald J. Rennie

## COMPARUTIONS

Pour la demanderesse :

Kobo Inc

Nikiforos Iatrou  
Mandy L. Seidenberg  
Bronwyn Roe

Pour les défendeurs :

Le commissaire de la concurrence

Jonathan Chaplan  
Parul Shah  
Esther Rossman

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

James Gotowiec

HarperCollins Canada Limited

Katherine L. Kay

Holtzbrinck Publishers, LLC

Emrys Davis

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

Peter Franklyn