

T-411-14
2014 FC 376

T-411-14
2014 CF 376

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, as amended;

AFFAIRE INTÉRESSANT la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, modifiée;

AND IN THE MATTER OF an inquiry under section 10 of the *Competition Act* relating to certain alleged anti-competitive conduct in the markets for e-books in Canada;

ET une enquête en vertu de l'article 10 de la *Loi sur la concurrence* relative à certaines conduites anticoncurrentielles sur les marchés des livres au Canada;

AND IN THE MATTER OF an *ex parte* application by the Commissioner of Competition for an Order requiring Pearson Canada Inc. and Penguin Canada Books Inc. to produce records pursuant to paragraph 11(1)(b) of the *Competition Act* and to make and deliver written returns of information pursuant to paragraph 11(1)(c) of the *Competition Act*.

ET une demande *ex parte* déposée par le commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à Pearson Canada Inc. et Penguin Canada Books Inc. de produire des documents en vertu de l'alinéa 11(1)b) de la *Loi sur la concurrence* et de préparer et donner des déclarations écrites conformément à l'alinéa 11(1)c) de la *Loi sur la concurrence*.

BETWEEN:

ENTRE :

The Commissioner of Competition (*Applicant*)

Le commissaire de la concurrence (*demandeur*)

v.

c.

Pearson Canada Inc. and Penguin Canada Books Inc. (*Respondents*)

Pearson Canada Inc. et Penguin Canada Books Inc. (*défenderesses*)

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

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

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, February 26 and April 23, 2014.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Ottawa, 26 février et 23 avril 2014.

Competition — Ex parte application by Commissioner of Competition for order requiring respondents to produce records pursuant to Competition Act (Act), s. 11(1)(b), make and deliver written returns pursuant to Act, s. 11(1)(c) — Respondents publishers and distributors of books — Commissioner commencing inquiry under Act, s. 10(1)(b)(ii), on basis Commissioner had reason to believe grounds existed for making order with respect to certain alleged anti-competitive conduct to restrict price competition — Issues: Court's role on applications under s. 11(1); scope of information sought by Commissioner; relevance of arguments going to substantive merits of Commissioner's inquiry; role of respondents in such applications — Application under Act, ss. 11(1)(b),(c), for production of records and written returns simply requiring Court to be satisfied of two things, namely,

Concurrence — Demande ex parte déposée par le commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant aux défenderesses de produire des documents en vertu de l'art. 11(1)b) de la Loi sur la concurrence (la Loi) et de préparer et donner des déclarations écrites conformément à l'art. 11(1)c) de la Loi — Les défenderesses sont des éditeurs et des distributeurs de livres — Le commissaire a ouvert une enquête en vertu de l'art. 10(1)b)(ii) de la Loi au motif qu'il avait des raisons de croire qu'il existait des motifs justifiant une ordonnance relativement à certains comportements anticoncurrentiels visant à restreindre la concurrence — Il s'agissait de savoir : le rôle que joue la Cour dans le contexte de demandes faites en vertu de l'art. 11(1); la portée des renseignements que le commissaire cherche à obtenir; la pertinence des arguments relatifs au bien-fondé de l'enquête

inquiry in fact made under s. 10, person likely having information relevant to inquiry — Commissioner's obligations rooted in (i) duty of full, frank disclosure on ex parte application, (ii) Court's duty to satisfy self information relevant, not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome — As statutory authority responsible for administration, enforcement of Competition Act, Commissioner benefiting from presumption actions taken pursuant to Act bona fide, in public interest — In present proceedings, respondents not displacing presumption inquiry described in Commissioner's affidavit bona fide inquiry — Regarding scope of information sought by Commissioner, respondents indeed incurred significant time, expense in responding to prior information requests from Commissioner — However, time, expense alone not providing sufficient justification for Court to decline to exercise discretion to issue revised draft order — To warrant exercise of such discretion, Court having to be satisfied past burden incurred by respondents, together with additional time, expense associated with responding to order excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome — Such not case here — Commissioner's requests not unreasonable — Concerning substantive merits of Commissioner's inquiry, absent evidence of bad faith or other exceptional circumstances, Court should refrain from making determinations at fact-finding stage, essentially reaching final conclusions regarding substantive merits of inquiry — As to role of respondents, given Parliament deliberately decided s. 11 applications should proceed on ex parte basis, Court should not be expected to routinely grant respondents leave to make written or oral submissions — Application allowed.

This is an *ex parte* application by the Commissioner of Competition for an order requiring the respondents to produce records pursuant to paragraph 11(1)(b) of the *Competition Act* and to make and deliver written returns of information pursuant to paragraph 11(1)(c) of the Act.

The respondents are publishers and distributors of books, in print and electronic form.

In July 2012, the Commissioner commenced an inquiry under subparagraph 10(1)(b)(ii) of the Act on the basis that he

du commissaire; le rôle des défendeurs dans le cadre de ce type de demandes — Dans le cadre d'une demande de production de déclarations écrites et de documents en vertu des art. 11(1)b) et c) de la Loi, la Cour doit simplement être convaincue de deux choses, à savoir qu'une enquête est menée en vertu de l'art. 10 et qu'une personne détient vraisemblablement des renseignements pertinents à cette enquête — Les obligations du commissaire trouvent leur source dans l'obligation de divulgation entière et franche qui existe dans le contexte d'une demande ex parte et l'obligation pour la Cour d'être convaincue que les renseignements sont pertinents, ne sont pas excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux — En tant qu'autorité désignée par la loi pour appliquer et exécuter la Loi sur la concurrence, le commissaire jouit d'une présomption selon laquelle il agit de bonne foi et dans l'intérêt public lorsqu'il prend des mesures en vertu de la Loi — En l'espèce, les défenderesses n'ont pas réfuté la présomption selon laquelle l'enquête décrite dans l'affidavit du commissaire est une véritable enquête — Concernant la portée des renseignements que le commissaire cherchait à obtenir, il est vrai que les défenderesses avaient investi beaucoup de temps et d'argent pour répondre aux demandes antérieures du commissaire — Cependant, cela n'était pas en soi suffisant pour que la Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour rendre le projet d'ordonnance révisé — Pour justifier l'exercice d'un tel pouvoir, il fallait que le fardeau assumé dans le passé par les défenderesses ainsi que le temps et l'argent additionnel nécessaires pour se conformer à l'ordonnance soient excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux — Ce n'était pas le cas — Les demandes du commissaire n'étaient pas déraisonnables — Quant au bien-fondé de l'enquête du commissaire, en l'absence de preuves de mauvaise foi ou d'autres circonstances exceptionnelles, la Cour devrait à ce stade de recherche des faits s'abstenir de tirer des conclusions, qui seraient essentiellement des conclusions définitives, concernant le bien-fondé d'une enquête — Par rapport au rôle des défenderesses, étant donné que le législateur a délibérément décidé que les demandes fondées sur l'art. 11 devraient être entendues ex parte, il ne faut pas s'attendre à ce que la Cour accorde régulièrement aux défenderesses la permission de présenter des observations écrites ou de vive voix — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande *ex parte* déposée par le commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant aux défenderesses de produire des documents en vertu de l'alinéa 11(1)b) de la *Loi sur la concurrence* et de préparer et donner des déclarations écrites conformément à l'alinéa 11(1)c) de la Loi.

Les défenderesses sont des éditeurs et des distributeurs de livres, imprimés comme électroniques.

En juillet 2012, le commissaire a ouvert une enquête en vertu de l'alinéa 10(1)b)(ii) de la Loi au motif qu'il avait des

had reason to believe that grounds exist for the making of an order under Part VIII of the Act with respect to certain alleged anti-competitive conduct to restrict e-book retail price competition in Canada. According to the initial affidavit filed by the Commissioner, that inquiry has been directed towards conduct described in sections 76 (price maintenance), 79 (abuse of dominant position) and 90.1 (restrictive agreements among competitors).

The respondents took the position in this case that they did not participate in the alleged horizontal agreement among e-book publishers into which the Commissioner is inquiring under section 90.1 of the Act.

The issues were the following: (i) the Court's role on applications under subsection 11(1), particularly with respect to the exercise of its discretion and what is expected from the Commissioner; (ii) the scope of information sought by the Commissioner; (iii) the relevance of arguments going to the substantive merits of the Commissioner's inquiry; and (iv) the role of respondents in such applications.

Held, the application should be allowed.

An application under paragraphs 11(1)(b) and (c) of the Act for the production of written returns and documents simply requires the Court to be satisfied of two things, namely, that an inquiry is being made under section 10 and that a person is likely to have information that is relevant to the inquiry. The Commissioner's evidentiary obligations on an application under section 11 are not rooted in his reasons to believe that those grounds exist, but rather in (i) the duty of full and frank disclosure that exists on an *ex parte* application; and (ii) the Court's duty to satisfy itself that the information being sought by the Commissioner is relevant to the inquiry in question, and is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

As a statutory authority responsible for the administration and enforcement of the Act, the Commissioner benefits from a presumption that actions taken pursuant to the Act are *bona fide* and in the public interest. Accordingly, in the absence of evidence of bad faith or other evidence that the Commissioner's inquiry is not a *bona fide* inquiry, it will be presumed to be so.

However, given that section 11 applications proceed on an *ex parte* basis, there is a "heavy burden on the Commissioner to make full and frank disclosure" of all of the relevant circumstances surrounding the application. This burden, which can also be expressed as an utmost duty of good faith, is not focused on circumstances supporting the Commissioner's application, but rather on two other things.

raisons de croire qu'il existait des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VIII de la Loi relativement à certains comportements anticoncurrentiels allégués visant à restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques au Canada. Selon l'affidavit déposé par le commissaire, cette enquête vise un comportement décrit aux articles 76 (maintien des prix), 79 (abus de position dominante) et 90.1 (accords restrictifs entre concurrents).

Les défenderesses soutenaient en l'espèce qu'elles n'ont pas participé au présumé accord horizontal entre éditeurs de livres électroniques au sujet duquel le commissaire fait enquête en vertu de l'article 90.1 de la Loi.

Il s'agissait de savoir : i) le rôle que joue la Cour dans le contexte de demandes faites en vertu du paragraphe 11(1), en particulier en ce qui a trait à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et de ce qui est attendu du commissaire; ii) la portée des renseignements que le commissaire cherche à obtenir; iii) la pertinence des arguments relatifs au bien-fondé de l'enquête du commissaire; iv) et le rôle des défendeurs dans le cadre de ce type de demandes.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Dans le cadre d'une demande de production de déclarations écrites et de documents en vertu des alinéas 11(1)(b) et (c) de la Loi, la Cour doit simplement être convaincue de deux choses, à savoir qu'une enquête est menée en vertu de l'article 10 et qu'une personne détient vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents quant à cette enquête. Les obligations du commissaire en matière de preuve aux termes de l'article 11 ne trouvent pas leur source dans ses raisons de croire que ces motifs existent, mais plutôt dans i) l'obligation de divulgation entière et franche qui existe dans le contexte d'une demande *ex parte* et ii) l'obligation de la Cour d'être convaincue que les renseignements que le commissaire cherche à obtenir sont pertinents pour l'enquête en question, et ne sont pas excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux.

En tant qu'autorité désignée par la loi pour appliquer et exécuter la Loi, le commissaire jouit d'une présomption selon laquelle il agit de bonne foi et dans l'intérêt public lorsqu'il prend des mesures en vertu de la Loi. Par conséquent, en l'absence de preuve de mauvaise foi ou d'autres preuves que l'enquête du commissaire n'est pas une véritable enquête, la bonne foi du commissaire sera présumée.

Toutefois, étant donné que les demandes en vertu de l'article 11 sont entendues *ex parte*, le commissaire a « l'obligation rigoureuse [...] de faire une divulgation complète et franche » de toutes les circonstances pertinentes entourant la demande. Ce fardeau, qui peut également être décrit comme une obligation de faire preuve de la plus haute bonne foi, n'est pas centré sur les faits qui sous-tendent la

The first is ensuring that the Court is informed of any points of fact or law which favour the other side. The second is ensuring that the Court is able to detect and redress abuses of its own processes.

The respondents in this case did not displace the presumption that the inquiry described in the Commissioner's affidavit is a *bona fide* one. The information provided in the Commissioner's initial affidavit provided sufficient disclosure to issue the order.

Regarding the scope of the information sought by the Commissioner, although the respondents had already incurred significant time and expense in responding to the various prior information requests from the Commissioner, this alone did not provide a sufficient justification for the Court to decline to exercise its discretion to issue the revised draft order. To warrant the exercise of such discretion in the respondents' favour for this reason, the Court would have to be satisfied that the past burden incurred by the respondents, together with the additional time and expense that will be associated with responding to the order, will be excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. However, such was not the case. The Commissioner's information requests were not unreasonable.

Concerning the substantive merits of the Commissioner's inquiry, the respondents vigorously asserted that as a result of the consent agreement filed with the Tribunal, the Commissioner could no longer have any plausible basis for any ongoing concern that conduct engaged in by them could lessen competition substantially, as contemplated by section 90.1 of the Act. However, the Judge was not satisfied that it was as axiomatic as the respondents suggested that the consent agreement precluded or negated any possibility of an agreement described by section 90.1. A section 11 application is not the appropriate forum for the Court to make final determinations regarding issues related to theories of competitive effects, defences, exemptions or the factual likelihood that an inquiry may disclose the existence of information demonstrating the existence of conduct described in section 90.1 or another provision in Part VIII of the Act. Absent evidence of bad faith or the existence of other exceptional circumstances, the Court should refrain from making determinations at this fact-finding stage which essentially reach final conclusions regarding the substantive merits of an inquiry.

Finally, as to the role of the respondents, pursuant to the express terms of section 11, applications are to be made on an *ex parte* basis. Accordingly, parties other than the Commissioner have no right to participate in the hearing, file evidence or cross-examine on the Commissioner's affidavit. However, the

demande du commissaire, mais plutôt sur deux autres choses. La première est de s'assurer que la Cour est informée de tout point de fait ou de droit connu qui favorise l'autre partie. La deuxième est de s'assurer que la Cour puisse reconnaître les cas d'abus de sa procédure et puisse y remédier.

La présomption selon laquelle l'enquête décrite dans l'affidavit du commissaire est une véritable enquête n'a pas été réfutée par les défenderesses en l'espèce. Les renseignements contenus dans l'affidavit initial du commissaire étaient suffisants pour que l'ordonnance demandée soit rendue.

En ce qui concerne la portée des renseignements que le commissaire cherchait à obtenir, bien que les défenderesses avaient déjà investi beaucoup de temps et d'argent pour répondre aux différentes demandes de renseignements antérieures du commissaire, cela n'était pas en soi suffisant pour que la Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour rendre le projet d'ordonnance révisé. Pour justifier l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire en faveur des défenderesses pour cette raison, il faudrait que la Cour soit convaincue que le fardeau assumé dans le passé par les défenderesses ainsi que le temps et l'argent additionnel qui seront nécessaires pour se conformer à l'ordonnance seront excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux. Or, ce n'était pas le cas. Les demandes de renseignements du commissaire n'étaient pas déraisonnables.

Quant au bien-fondé de l'enquête du commissaire, les défenderesses ont soutenu énergiquement qu'étant donné le consentement déposé auprès du Tribunal, le commissaire ne pouvait plus avoir de motif raisonnable de continuer de se préoccuper de ce que la conduite des défenderesses puisse diminuer sensiblement la concurrence, au sens de l'article 90.1 de la Loi. Or, il n'était pas aussi évident que les défenderesses le prétendaient que le consentement excluait toute possibilité d'un accord visé à l'article 90.1. Une demande fondée sur l'article 11 n'est pas appropriée pour que la Cour formule des conclusions définitives concernant des questions liées à des théories sur les effets de la concurrence, des moyens de défense, des exemptions ou la probabilité factuelle qu'une enquête puisse révéler l'existence de renseignements démontrant l'existence d'un comportement visé à l'article 90.1 ou à une autre disposition de la partie VIII de la Loi. En l'absence de preuves de mauvaise foi ou d'autres circonstances exceptionnelles, la Cour devrait à ce stade de recherche des faits s'abstenir de tirer des conclusions, qui seraient essentiellement des conclusions définitives, concernant le bien-fondé d'une enquête.

Finalement, par rapport au rôle des défenderesses, l'article 11 énonce expressément que les demandes sont faites *ex parte*. En conséquence, seul le commissaire a le droit de participer à l'audience, de déposer des éléments de preuve ou de contre-interroger l'auteur de l'affidavit du commissaire. La

Court may in certain circumstances require that notice be given to the party or parties named in the order being sought by the Commissioner, to provide an opportunity for the party or parties to seek leave to make written or oral submissions. The Court may provide a similar opportunity where the parties in question are aware of and attend the hearing. Given that Parliament can be taken to have deliberately decided that section 11 applications should ordinarily proceed on an *ex parte* basis, it should not be expected that requests for leave to make written or oral submissions will be routinely granted by the Court. The more appropriate manner in which a respondent's concerns regarding the scope or potentially duplicative nature of the draft order should be brought to the Court's attention is through the Commissioner, pursuant to the Commissioner's duty of full and frank disclosure.

Cour peut toutefois exiger dans certaines circonstances qu'un avis soit donné à la partie ou aux parties nommées dans l'ordonnance demandée par le commissaire, afin de donner à cette partie ou ces parties la possibilité de demander la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix. La Cour peut offrir une telle possibilité aux parties lorsque ces dernières sont au courant de l'audience et elles y assistent. Étant donné que le législateur peut être considéré comme ayant délibérément décidé que les demandes fondées sur l'article 11 devraient habituellement être entendues *ex parte*, il ne faut pas s'attendre à ce que la Cour accorde régulièrement la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix. Lorsqu'un défendeur a des préoccupations quant à la portée ou au caractère potentiellement redondant du projet d'ordonnance, il est plus approprié que ces préoccupations soient portées à l'attention de la Cour par l'entremise du commissaire, vu l'obligation de divulgation complète et franche de ce dernier.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 10, 11, 15(1)(a)(ii), 45–62 (Part VI), 63–74 (Part VII), 74.01–74.18 (Part VII.1), 75–107 (Part VIII), 75(1), 76, 79, 90.1, 103.1(7), 108–124 (Part IX), 114(1),(2).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 399(2)(a).
Sherman Act, 15 U.S.C. § 1 (2012).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement on the European Economic Area, OJ L 1/94, Art. 53(1).
Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326/47, Art. 101(1).

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Symbol Technologies Canada ULC v. Barcode Systems Inc., 2004 FCA 339, [2005] 1 F.C.R. 254.

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada, [2001] 1 F.C. 219, (2000), 8 C.P.R. (4th) 372 (T.D.); *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FC 59, 323 F.T.R. 115; *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.) (QL); *SGL Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] F.C.J. No. 1951 (T.D.) (QL).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 10, 11, 15(1)a(ii), 45 à 62 (partie VI), 63 à 74 (partie VII), 74.01 à 74.18 (partie VII.1), 75 à 107 (partie VIII), 75(1), 76, 79, 90.1, 103.1(7), 108 à 124 (partie IX), 114(1),(2).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 399(2)a).
Sherman Act, 15 U.S.C. § 1 (2012).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord sur l'Espace économique européen, JO L 1/94, art. 53(1).
Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 326/47, art. 101(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Symbol Technologies Canada ULC c. Barcode Systems Inc., 2004 CAF 339, [2005] 1 R.C.F. 254.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada, [2001] 1 C.F. 219 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Compagnie de brassage Labatt Limitée*, 2008 CF 59; *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Div. gén.) (QL); *SGL Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1998] A.C.F. n° 1951 (1^{re} inst.) (QL).

REFERRED TO:

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research), 1995 CanLII 7315, 61 C.P.R. (3d) 137 (Ont. Gen. Div.); *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Bank of Montreal* (1996), 68 C.P.R. (3d) 527 (Comp. Trib.); *Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Superior Propane Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 194 (Comp. Trib.); *Rona Inc. v. Commissioner of Competition*, 2005 Comp. Trib. 26, online: < http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2003-007_0101_38PIG-8202007-9053.pdf >; *Industrial Milk Producers Assn. v. British Columbia (Milk Board)*, [1989] 1 F.C. 463, (1988), 47 D.L.R. (4th) 710 (T.D.); *North of Smokey Fishermen's Assn. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 33, 229 F.T.R. 1; *Frelighsburg (Municipalité) c. Entreprises Sibeca Inc.*, 2002 CanLII 41283, 40 M.P.L.R. (3d) 157 (Que. C.A.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; *CP Containers (Bermuda) Ltd. (Re)*, 1995 CarswellNat 2899, 64 C.P.R. (3d) 384 (Comp. Trib.); *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Limited*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 100 O.R. (3d) 535; *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7316, 61 C.P.R. (3d) 142 (Ont. Gen. Div.); *R. v. S.A.B.*, 2001 ABCA 235, 96 Alta. L.R. (3d) 31.

Ex parte APPLICATION by the Commissioner of Competition for an order requiring the respondents to produce documents pursuant to paragraph 11(1)(b) of the *Competition Act* and to make and deliver written returns pursuant to paragraph 11(1)(c) of the *Competition Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Parul Shah and *Jonathan Chaplan* for applicant.
Catherine Beagan Flood, *Navin Joneja* and *David Rosner* for respondents.

DÉCISIONS CITÉES :

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research), 1995 CanLII 7315, 61 C.P.R. (3d) 137 (Div. gén. Ont.); *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Canada (Loi sur la concurrence, Directeur des enquêtes et recherches) c. Banque de Montréal* (1996), 68 C.P.R. (3d) 527 (Trib. conc.); *Canada (Loi sur la concurrence, Directeur des enquêtes et recherches) c. Superior Propane Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 194 (Trib. conc.); *Rona Inc. c. Commissaire de la concurrence*, 2005 Trib. Conc. 26, en ligne : < http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2003-007_Motifs%20de%20l'Ordonnance%20et%20Ordonnance%20relative%20aux%20frais_98a_53_8-19-2005_2147.pdf >; *Industrial Milk Producers Assn. c. Colombie-Britannique (Milk Board)*, [1989] 1 C.F. 463 (1^{re} inst.); *North of Smokey Fishermen's Assn. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 33; *Frelighsburg (Municipalité) c. Entreprises Sibeca Inc.*, 2002 CanLII 41283 (C.A. Qué.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *CP Containers (Bermuda) Ltd. (Re)*, 1995 CarswellNat 2899, 64 C.P.R. (3d) 384 (Trib. conc.); *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Limited*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 100 O.R. (3d) 535; *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7316, 61 C.P.R. (3d) 142 (Div. gén. Ont.); *R. v. S.A.B.*, 2001 ABCA 235, 96 Alta. L.R. (3d) 31.

DEMANDE *ex parte* déposée par le commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant aux défenderesses de produire des documents en vertu de l'alinéa 11(1)(b) de la *Loi sur la concurrence* et de préparer et donner des déclarations écrite conformément à l'alinéa 11(1)(c) de la *Loi sur la concurrence*. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Parul Shah et *Jonathan Chaplan* pour le demandeur.
Catherine Beagan Flood, *Navin Joneja* et *David Rosner* pour les défenderesses.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, for
respondents.

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

[1] CRAMPTON C.J.: These are the reasons for the order that I issued in this proceeding on March 3, 2014. In that order, I granted the *ex parte* application by the Commissioner of Competition [Commissioner] for the production of records and the delivery of written returns by the respondents pursuant to paragraphs 11(1)(b) and 11(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act), respectively.

[2] The purpose of these reasons is to clarify (i) the Court's role on applications under subsection 11(1), particularly with respect to the exercise of its discretion and what is expected from the Commissioner; (ii) the scope of information sought by the Commissioner; and (iii) the relevance of arguments going to the substantive merits of the Commissioner's inquiry.

[3] In addition, these reasons will also clarify the role of respondents in such applications.

[4] For the reasons set out below, the focus of the Court's attention in applications made under section 11 is not on whether the Commissioner has disclosed sufficient information to satisfy the Court that the Commissioner's inquiry is a *bona fide* one and that there is reason to believe that grounds exist for the making of an order under a specific section in Part VIII of the Act, or under Part VIII generally. Instead, in the typical proceedings initiated under section 11, the Court's focus will be on satisfying itself that (i) an inquiry is in fact being made; (ii) the Commissioner has provided full and frank disclosure; (iii) the information or records described in the order being sought are relevant to the inquiry in question; and (iv) the scope of such information or records is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le
demandeur.
Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour les
défenderesses.

*Ce qui suit est la version française des motifs de
l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE EN CHEF CRAMPTON : Voici les motifs de l'ordonnance que j'ai rendue dans la présente instance le 3 mars 2014. Dans cette ordonnance, j'ai accueilli la demande *ex parte* déposée par le commissaire de la concurrence [le commissaire] en vue de la production de documents et de la remise de déclarations écrites par les défenderesses en application respectivement des alinéas 11(1)b) et 11(1)c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi).

[2] Les présents motifs ont pour objet de préciser : i) le rôle de la Cour dans le contexte de demandes faites en vertu du paragraphe 11(1), en particulier en ce qui a trait à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et de ce qui est attendu du commissaire; ii) la portée des renseignements que le commissaire cherche à obtenir; et iii) la pertinence des arguments relatifs au bien-fondé de l'enquête du commissaire.

[3] En outre, les présents motifs préciseront le rôle des défendeurs dans le cadre de ce type de demandes.

[4] Pour les motifs exposés ci-après, la Cour ne s'intéresse pas, dans le cadre des demandes déposées en vertu de l'article 11, à la question de savoir si le commissaire a communiqué suffisamment de renseignements pour convaincre la Cour que l'enquête est une véritable enquête et qu'il y a des raisons de croire qu'il existe des motifs justifiant le prononcé d'une ordonnance en vertu d'un article précis de la partie VIII de la Loi, ou en vertu de la partie VIII en général. Dans le cadre d'une instance typique introduite en vertu de l'article 11, la Cour s'intéressera plutôt à la question de savoir si elle est convaincue : i) qu'une enquête est effectivement menée; ii) que le commissaire a procédé à une divulgation complète et franche; iii) que les renseignements ou les documents décrits dans l'ordonnance demandée sont pertinents pour l'enquête en question; iv) que la portée

[5] That being said, as a practical matter, it may be difficult for the Court to satisfy itself that a respondent has or is likely to have information that is relevant to the Commissioner's inquiry, as required by subsection 11(1), without some contextual evidence of this nature. In the present application, the Commissioner amply satisfied the Court in this regard.

[6] Insofar as the substantive merits of the Commissioner's inquiry are concerned, hearings on *ex parte* applications under section 11 are not the appropriate forum in which definitive determinations should be made with respect to such issues.

[7] As to the role of respondents, it should not be expected that requests for leave to make written or oral submissions will be routinely granted by the Court. Generally speaking, the more appropriate manner in which a respondent's concerns regarding the scope or duplicative nature of the draft order should be brought to the Court's attention is through the Commissioner, pursuant to the Commissioner's duty of full and frank disclosure. It would then remain open to the respondent to bring a motion to deal with issues that subsequently arise, in the usual manner.

I. Background

[8] According to the evidence filed by the Commissioner, the respondents Pearson Canada Inc. (Pearson Canada) and Penguin Canada Books Inc. (Penguin Canada) appear to be related to each other and to Penguin Group (USA), Inc. Pearson plc (Pearson) appears to be the parent company of each of those entities.

[9] Pearson Canada and Penguin Canada are publishers and distributors of books, in print and electronic form.

de ces renseignements ou documents n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse.

[5] Cela dit, il peut s'avérer en pratique difficile que la Cour soit convaincue qu'un défendeur détient ou détient vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents pour l'enquête du commissaire comme l'exige le paragraphe 11(1), sans certains éléments de preuve contextuelle de cette nature. Dans la présente demande, le commissaire a amplement convaincu la Cour à cet égard.

[6] Pour ce qui concerne le bien-fondé de l'enquête du commissaire, les audiences *ex parte* de demandes faites en vertu de l'article 11 ne sont pas le lieu approprié pour tirer des conclusions définitives sur de telles questions.

[7] Quant au rôle des défendeurs, l'on ne devrait pas s'attendre à ce que la Cour accueille régulièrement des demandes d'autorisation de présenter des observations par écrit ou de vive voix. En règle générale, il est plus approprié que les préoccupations d'un défendeur quant à la portée ou à la redondance du projet d'ordonnance soient portées à l'attention de la Cour par l'entremise du commissaire, en vertu de l'obligation de divulgation complète et franche de ce dernier. Il demeurera ensuite loisible au défendeur de déposer une requête pour traiter des questions qui se posent subséquemment, en la manière habituelle.

I. Contexte

[8] D'après les éléments de preuve produits par le commissaire, les défenderesses Pearson Canada Inc. (Pearson Canada) et Penguin Canada Books Inc. (Penguin Canada) semblent être liées entre elles ainsi qu'à Penguin Group (USA), Inc. Pearson plc (Pearson) semble être la société mère de chacune de ces entités.

[9] Pearson Canada et Penguin Canada sont des éditeurs et des distributeurs de livres, imprimés comme électroniques.

[10] In April 2012, the United States of America (U.S.A.), acting under the direction of the Attorney General of the United States, initiated a civil action (the complaint) against Apple Inc. (Apple) and five of the six largest publishers of general interest fiction and non-fiction books in the United States. Those publishers (publisher defendants) included Penguin (USA), Inc., The Penguin Group, a division of Pearson (collectively, Penguin U.S.), Hachette Book Group, Inc. (Hachette), HarperCollins Publishers L.L.C. (HarperCollins), Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH and Holtzbrinck Publishers, LLC (collectively, Holtzbrinck), doing business as Macmillan (collectively, Macmillan), and Simon & Schuster, Inc. (Simon & Schuster).

[11] According to the complaint filed by the U.S.A., beginning no later than 2009, the publisher defendants, together with Apple, conspired to limit competition in the sale of general interest fiction and non-fiction electronic books (e-books), in particular with respect to the wholesale prices of such e-books, contrary to section 1 of the *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1 (2012). A central aspect of that alleged conspiracy involved replacing the wholesale model of retail distribution with an agency model that gave the publisher defendants the power to raise retail e-book prices themselves. At the distribution level, this shift to an agency model began with Apple, with whom the publisher defendants each signed e-book distribution agreements over a period of three days, in January 2010. Over the following four months, it was alleged that each publisher defendant transformed its business relationships with all of the major e-book retailers in the United States by replacing their prior wholesale model with an agency model and imposing flat prohibitions against discounting and other forms of price competition on all Apple e-book retailers.

[12] Among other things, the complaint also described the alleged roles of the chief executive officers (CEOs) of the defendant publishers in the alleged conspiracy, including the roles of Mr. John Makinson, CEO of the Penguin Group, who was repeatedly referenced in the

[10] En avril 2012, les États-Unis d'Amérique (les États-Unis), agissant par l'entremise du procureur général des États-Unis, ont intenté une action au civil (la plainte) contre Apple Inc. (Apple) et cinq des six plus grands éditeurs de livres de fiction et de livres non romanesques d'intérêt général aux États-Unis. Ces éditeurs (les éditeurs défendeurs) comprenaient Penguin (USA), Inc., The Penguin Group, une division de Pearson (collectivement Penguin U.S.), Hachette Book Group, Inc. (Hachette), HarperCollins Publishers L.L.C. (HarperCollins), Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH et Holtzbrinck Publishers, LLC (collectivement Holtzbrinck), faisant affaire sous le nom Macmillan (collectivement Macmillan) et Simon & Schuster, Inc. (Simon & Schuster).

[11] Selon la plainte déposée aux États-Unis, les éditeurs défendeurs et Apple ont comploté au moins depuis 2009 pour limiter la concurrence dans la vente de livres de fiction et de livres non romanesques d'intérêt général en format électronique (livres électroniques), en particulier en ce qui a trait aux prix de gros de ces livres, en contravention à l'article 1 du *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1 (2012). Un aspect central de ce présumé complot consistait à remplacer le modèle de vente en gros pour la distribution au détail par un modèle fondé sur le mandat qui conférait aux éditeurs défendeurs le pouvoir d'augmenter eux-mêmes les prix de détail des livres électroniques. Au niveau de la distribution, ce passage à un modèle fondé sur le mandat a commencé avec Apple, avec qui les éditeurs défendeurs ont chacun signé des accords de distribution de livres en l'espace de trois jours en janvier 2010. Il a été allégué qu'au cours des quatre mois suivants, chaque éditeur défendeur avait transformé ses relations commerciales avec tous les grands détaillants de livres aux États-Unis en remplaçant leur modèle de vente en gros antérieur par un modèle fondé sur le mandat et en imposant des interdictions pures et simples d'escomptes et d'autres formes de concurrence des prix à tous les détaillants de livres électroniques Apple.

[12] Entre autres choses, la plainte décrivait également les rôles allégués des présidents-directeurs généraux (PDG) des éditeurs défendeurs dans le présumé complot, notamment les rôles de M. John Makinson, PDG du Penguin Group, qui est mentionné à répétition dans la

complaint, and Mr. David Shanks, CEO of Penguin (USA), Inc.

[13] In due course, that complaint led to the issuance of a final judgment (final judgment) in May 2013 against Penguin U.S. The terms of that judgment include various provisions directed towards restrictive agreements entered into between Penguin U.S. and retailers, prohibitions on entering into similar agreements for a fixed period of time, a prohibition on retaliatory conduct against other e-book publishers or e-book retailers (as defined in the judgment), and prohibitions on certain types of horizontal conduct with other e-book publishers (including other publisher defendants, all as defined in the judgment). The restrictive distribution agreements in question included agreements limiting e-book retailers' ability to set, alter or reduce the retail price of any e-book, or to offer price discounts or any other form of promotion to consumers, and agreements that contained certain types of most-favoured-nation (MFN) clauses.

[14] In April 2013, the European Commission (Commission) issued a communication (Market Test Notice) in which it described its preliminary assessment of allegations of similar conduct against certain subsidiaries of Pearson and other publishers in relation to the sale of e-books in the European Economic Area (EEA). The Market Test Notice also described various commitments that had been offered by those subsidiaries of Pearson to address the concerns identified by the Commission. Notwithstanding those commitments, those subsidiaries specifically did not agree with the Commission's assessment.

[15] On July 1, 2013, Bertelsmann SE & Co., KGaA and Pearson combined parts of their respective publishing businesses in a joint venture known as Penguin Random House.

[16] Among other things, the Commission's investigation led to the issuance of a Commission decision on July 25, 2013 against Penguin Random House Limited and certain of its affiliates. That decision included a description of the alleged participation by those entities,

plainte, et de M. David Shanks, PDG de Penguin (USA), Inc.

[13] La plainte s'est soldée par un jugement final en mai 2013 contre Penguin U.S. Ce jugement comprend différentes dispositions visant des accords restrictifs conclus entre Penguin U.S. et des détaillants, des interdictions de conclure des accords similaires pendant une période de temps précise, une interdiction de prendre des représailles contre d'autres éditeurs de livres électroniques ou détaillants de livres électroniques (identifiés dans le jugement) et des interdictions de certains types de conduites horizontales avec d'autres éditeurs de livres (dont d'autres éditeurs défendeurs, tous identifiés dans le jugement). Les accords restrictifs en matière de distribution dont il était question comprenaient des accords limitant la capacité des détaillants de livres électroniques de fixer, modifier ou réduire le prix de détail de tout livre électronique ou d'offrir des rabais ou toute autre forme de promotion aux consommateurs, et des accords qui comportaient certains types de clauses de la nation la plus favorisée (NPF).

[14] En avril 2013, la Commission européenne (Commission) a diffusé un document (avis de consultation) dans lequel elle décrivait son évaluation préliminaire d'allégations de conduite similaire formulées contre certaines filiales de Pearson et d'autres éditeurs en rapport avec la vente de livres électroniques dans l'Espace économique européen (EEE). L'avis de consultation décrivait aussi différents engagements que ces filiales de Pearson avaient proposé de prendre pour répondre aux préoccupations soulevées par la Commission. Malgré ces engagements, ces filiales se sont dites expressément en désaccord avec l'évaluation de la Commission.

[15] Le 1^{er} juillet 2013, Bertelsmann SE & Co., KGaA et Pearson ont uni des secteurs de leurs entreprises d'édition respectives dans une coentreprise appelée Penguin Random House.

[16] L'enquête de la Commission a entre autres mené à la publication d'une décision de la Commission le 25 juillet 2013 contre Penguin Random House Limited et certaines de ses sociétés liées. Cette décision comportait une description de la participation alléguée de ces

their principal rivals and Apple in the implementation of a common global plan within the EEA. In addition, it described the Commission's preliminary view that those entities had participated in a concerted practice that was likely to have an appreciable effect on trade between EEA Member States, within the meaning of Article 101(1) of the *Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326/47 and Article 53(1) of the *Agreement on the European Economic Area*, OJ L 1/94.

[17] After reiterating that the Penguin entities in question did not agree with its preliminary assessment, the Commission accepted various commitments that had been offered by those entities to address its concerns. Those commitments included the termination of restrictive distribution agreements (referred to as "agency agreements") with retailers in the EEA, particularly agreements that (a) restrict, limit or impede an e-book retailer's ability to set, alter or reduce retail prices of e-books, or to offer any other form of promotion; or (b) contain certain types of MFN clauses. They also included undertakings to refrain from restricting an e-book retailer's pricing discretion, as described above, for a period of two years, and to refrain from entering into agreements with e-book retailers containing certain types of MFN clauses, for a period of five years.

[18] In July 2012, the Commissioner commenced an inquiry under subparagraph 10(1)(b)(ii) of the Act on the basis that he had reason to believe that grounds exist for the making of an order under Part VIII of the Act with respect to certain alleged anti-competitive conduct to restrict e-book retail price competition in the markets for e-books in Canada. According to the initial affidavit filed by the Commissioner in these proceedings, that inquiry has been directed from the outset towards conduct described in sections 76 (price maintenance), 79 (abuse of dominant position) and 90.1 (restrictive agreements among competitors).

entités, de leurs principales rivales et d'Apple à la mise en œuvre d'un plan global commun au sein de l'EEE. En outre, la décision exposait l'avis préliminaire de la Commission selon lequel ces entités avaient participé à une pratique concertée qui était susceptible d'avoir un effet appréciable sur le commerce entre États membres de l'EEE, au sens du paragraphe 101(1) du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO C 326/47 et du paragraphe 53(1) de l'*Accord sur l'Espace économique européen*, JO L 1/94.

[17] Après avoir réitéré que les entités Penguin en question n'étaient pas d'accord avec son évaluation préliminaire, la Commission a accepté différents engagements que ces entités avaient proposé de prendre pour répondre aux préoccupations de la Commission. Ces engagements comprenaient la résiliation des accords restrictifs en matière de distribution (désigné comme des « accords de mandat ») avec des détaillants dans l'EEE, en particulier les accords qui a) restreignent, limitent ou éliminent la capacité d'un détaillant de livres électroniques de fixer, modifier ou réduire les prix de détail de livres électroniques ou d'offrir toute autre forme de promotion; ou b) comportent certains types de clauses de la NPF. Ces engagements prévoyaient également que ces sociétés s'abstiendraient de restreindre le pouvoir discrétionnaire de fixation de prix d'un détaillant de livres électroniques, tel que décrit précédemment, pendant une période de deux ans, et de conclure des ententes avec des détaillants de livres électroniques comportant certains types de clauses de la NPF, pendant une période de cinq ans.

[18] En juillet 2012, le commissaire a ouvert une enquête en vertu de l'alinéa 10(1)b)(ii) de la Loi au motif qu'il avait des raisons de croire qu'il existait des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VIII de la Loi relativement à certaines conduites anticoncurrentielles alléguées visant à restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques sur le marché de tels livres au Canada. Selon l'affidavit initial déposé par le commissaire dans la présente instance, cette enquête vise depuis le début une conduite décrite aux articles 76 (maintien des prix), 79 (abus de position dominante) et 90.1 (accords restrictifs entre concurrents).

[19] On February 7, 2014, a consent agreement (consent agreement) between the Commissioner and Hachette, certain of its affiliates, Macmillan, HarperCollins Canada Limited and Simon & Schuster Canada, a division of CBS Canada Holdings Co. (collectively, the “settling publishers”), was filed with the Competition Tribunal (Tribunal).

[20] Neither the respondents nor any of their affiliates were a party to the consent agreement. They take the position that they did not participate in the alleged horizontal agreement among e-book publishers into which the Commissioner is inquiring under section 90.1 of the Act.

[21] A press release issued by the Competition Bureau (Bureau) on the day the consent agreement was filed states, among other things, that the Bureau’s investigation into the e-book industry in Canada continues.

II. Relevant Legislation

[22] What follows is a brief summary of the legislation that is relevant to this application. The full text of the provisions referred to below is set forth in Appendix 1 to these reasons.

[23] Pursuant to subparagraph 10(1)(b)(ii) of the Act, the Commissioner may cause an inquiry to be made into all such matters as the Commissioner considers necessary to inquire into with the view of determining the facts, whenever the Commissioner has reason to believe that grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII of the Act. Part VII.1 deals with deceptive marketing practices and is not relevant to this application. Part VIII deals with civilly reviewable trade practices, such as refusals to supply, price maintenance, exclusive dealing, tied selling, market restriction, abuse of dominant position and mergers.

[24] Once on inquiry, the formal investigative powers set forth in the Act may be exercised by the Commissioner, subject to judicial oversight. Those powers include the power to obtain, pursuant to paragraph 11(1)(b), an order for the production of “a record, a copy of a

[19] Le 7 février 2014, un consentement entre le commissaire et Hachette, certaines de ses sociétés liées, Macmillan, HarperCollins Canada Limited et Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co. (collectivement les « éditeurs ayant réglé »), a été déposé auprès du Tribunal de la concurrence (Tribunal).

[20] Ni les défenderesses ni aucune de leurs sociétés liées n’étaient parties au consentement. Elles soutiennent qu’elles n’ont pas participé au présumé accord horizontal entre éditeurs de livres électroniques au sujet duquel le commissaire fait enquête en vertu de l’article 90.1 de la Loi.

[21] Un communiqué de presse émis par le Bureau de la concurrence (Bureau) le jour du dépôt du consentement indique notamment que l’enquête du Bureau visant l’industrie du livre au Canada se poursuit.

II. Dispositions législatives pertinentes

[22] Voici maintenant un bref résumé des dispositions législatives qui sont pertinentes pour la présente demande. Le texte intégral des dispositions mentionnées ci-après est reproduit à l’annexe 1 des présents motifs.

[23] En vertu de l’alinéa 10(1)(b)(ii) de la Loi, le commissaire peut faire étudier toutes questions qui, d’après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits chaque fois qu’il a des raisons de croire qu’il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII de la Loi. La partie VII.1 traite des pratiques commerciales trompeuses, et elle n’est pas pertinente quant à la présente demande. La partie VIII traite des pratiques commerciales susceptibles d’examen dans des instances de nature civile, comme les refus de vendre, le maintien des prix, l’exclusivité, les ventes liées, la limitation du marché, l’abus de position dominante et les fusions.

[24] Dans le cadre d’une enquête, les pouvoirs d’enquête officiels prévus par la Loi peuvent être exercés par le commissaire, sous supervision judiciaire. Ces pouvoirs comprennent le pouvoir d’obtenir, en vertu de l’alinéa 11(1)(b), une ordonnance de produire « les documents

record certified by affidavit to be a true copy, or any other thing, specified in the order”. They also include the power to obtain, pursuant to paragraph 11(1)(c), an order for the making and delivery of “a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is by the order required.” The Court may issue such orders upon being satisfied by information on oath or solemn affirmation that (i) an inquiry is being made; and (ii) that the respondent has or is likely to have information that is relevant to the inquiry.

[25] Pursuant to subsection 76(1) of the Act, the Tribunal may issue certain types of remedial orders where it finds that certain types of persons, including a person who is engaged in the business of producing or supplying a product, have directly or indirectly engaged in one of two types of price maintenance. The first of those is agreeing, threatening, promising or likewise influencing upward, or discouraging the reduction of, the price at which the person’s customer offers to supply or advertises a product within Canada. The second is refusing to supply a product or otherwise discriminating against any person or class of persons engaged in business in Canada because of the low pricing policy of that other person or class of persons. However, subsection 76(4) provides that no order may be made if the person and the customer in question are among other things, “principal and agent or mandator and mandatary.”

[26] Pursuant to section 79 of the Act, the Tribunal may prohibit a person or persons from engaging in a practice of anti-competitive acts where it finds that (a) the person or persons in question substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business; (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in the anti-competitive practice in question; and (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market.

— originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou les autres choses dont l’ordonnance fait mention ». Ils comprennent également le pouvoir d’obtenir, en vertu de l’alinéa 11(1)c), une ordonnance de production et de remise d’« une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l’ordonnance ». La Cour peut rendre de telles ordonnances lorsqu’elle est convaincue d’après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle (i) qu’une enquête est menée et (ii) que le défendeur détient ou détient vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents quant à l’enquête.

[25] En vertu du paragraphe 76(1) de la Loi, le Tribunal peut prononcer certains types d’ordonnances réparatrices lorsqu’il conclut que certains types de personnes, notamment la personne qui exploite une entreprise de production ou de fourniture d’un produit, se livrent directement ou indirectement à l’un ou l’autre de deux types de maintien des prix. Le premier consiste pour une personne, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, à faire monter ou à empêcher qu’on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d’un produit au Canada. Le deuxième consiste pour une personne à refuser de fournir un produit à une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou à prendre quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison de son régime de bas prix. Cependant, le paragraphe 76(4) dispose qu’aucune ordonnance ne peut être rendue si la personne et le client en question ont, entre autres choses, entre eux « des relations de mandant à mandataire ».

[26] Aux termes de l’article 79 de la Loi, le Tribunal peut interdire à une ou plusieurs personnes de se livrer à une pratique d’agissements anticoncurrentiels lorsqu’il conclut que a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions; b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à la pratique d’agissements anticoncurrentiels en question; et c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

[27] Pursuant to subsection 90.1(1) of the Act, the Tribunal may issue certain types of remedial orders where it 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”.

III. The Draft Order and its Schedules

[28] The draft order submitted by the Commissioner on this application was virtually identical in all material respects to the orders recently issued by this Court pursuant to section 11 of the Act. That form of order has evolved into essentially a template and reflects comments provided by the Court to the Commissioner in prior hearings under section 11. The Court recognizes that this form of order may well continue to evolve and may not be appropriate in every case. The respondents did not raise any concerns with respect to the text in the main body of the draft order.

[29] Schedules I and II to the draft order described the records to be produced pursuant to paragraph 11(1)(b) of the Act and the written returns of information to be produced pursuant to paragraph 11(1)(c), respectively. By comparison with other such schedules that this Court has seen, those schedules each had a relatively modest number of specifications and, at least to some extent, reflected input previously provided by the respondents to the Commissioner.

[30] Broadly speaking, the records and written returns of information sought by the Commissioner concerned the following:

- (i) communications among e-book publishers relating to the sale, pricing or supply of e-books in Canada;
- (ii) negotiations of agreements between e-book publishers and e-book retailers relating to the sale, pricing or supply of e-books in Canada;

[27] Aux termes du paragraphe 90.1(1) de la Loi, le Tribunal peut rendre certains types d’ordonnances réparatrices lorsqu’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 ».

III. Le projet d’ordonnance et ses annexes

[28] Le projet d’ordonnance présenté par le commissaire dans le cadre de la présente demande était à peu près identique à tous égards importants aux ordonnances que la Cour a récemment rendues en vertu de l’article 11 de la Loi. Cette forme d’ordonnance est essentiellement devenue un modèle et elle tient compte des commentaires que la Cour a faits au commissaire lors d’audiences antérieures sous le régime de l’article 11. La Cour reconnaît que cette forme d’ordonnance pourrait bien continuer d’évoluer et qu’elle n’est pas nécessairement indiquée dans tous les cas. Les défenderesses n’ont soulevé aucune préoccupation quant au texte du corps principal du projet d’ordonnance.

[29] Les annexes I et II du projet d’ordonnance décrivaient les documents à produire en vertu de l’alinéa 11(1)b) de la Loi et les déclarations écrites de renseignements à produire en vertu de l’alinéa 11(1)c). En comparaison d’autres annexes semblables que la Cour a vues, ces annexes énuméraient un nombre relativement modeste d’éléments et tenaient compte des renseignements que les défendeurs avaient déjà communiqués au commissaire, dans une certaine mesure du moins.

[30] De manière générale, les documents et les déclarations écrites de renseignements que le commissaire demandait concernaient ce qui suit :

- i) les communications entre éditeurs de livres électroniques concernant la vente, la fixation des prix ou la fourniture de tels livres au Canada;
- ii) les négociations d’accords entre éditeurs et détaillants de livres électroniques concernant la vente, la fixation des prix ou la fourniture de livres au Canada;

(iii) the business and strategic considerations or justifications for agreements that limit an e-book retailer's ability to set, alter or reduce the retail price of e-books sold to consumers in Canada;

(iv) the procedures, policies, strategies or analyses relating to the pricing of e-books in Canada;

(v) the relationship between e-books and print books in Canada; and

(vi) the respondents' revenues from the sale or supply of e-books in Canada.

[31] The principal concerns raised by the respondents with respect to Schedules I and II are discussed in Part IV.b of these reasons below.

IV. Analysis

A. *The Court's role and what is expected from the Commissioner*

[32] The initial affidavit filed by the Commissioner in support of this application stated the following with respect to the inquiry that is being conducted in this matter:

(i) It was commenced under subparagraph 10(1)(b)(ii) of the Act based on the Commissioner's reason to believe that grounds exist for the making of an order under Part VIII of the Act with respect to certain alleged anti-competitive conduct to restrict e-book retail price competition in the markets for e-books in Canada;

(ii) It concerns, but is not limited to, the settling publishers and the respondents;

(iii) Based on the Commissioner's preliminary investigation and information the Bureau has gathered to

iii) les considérations commerciales ou stratégiques ou les justifications des accords qui limitent la capacité d'un détaillant de livres électroniques de fixer, modifier ou réduire le prix de détail de ces livres vendus à des consommateurs au Canada;

iv) les procédures, politiques, stratégies ou analyses relatives à la fixation des prix des livres électroniques au Canada;

v) le rapport entre les livres électroniques et les livres imprimés au Canada;

vi) les revenus que les défenderesses ont tirés de la vente ou de la fourniture de livres électroniques au Canada.

[31] Les principales préoccupations soulevées par les défenderesses relativement aux annexes I et II sont traitées plus loin, à la partie IV.B des présents motifs.

IV. Analyse

A. *Le rôle de la Cour et ce qui est attendu du commissaire*

[32] L'affidavit initial que le commissaire a déposé au soutien de la présente demande énonçait ce qui suit au sujet de l'enquête qui est menée dans la présente affaire :

i) L'enquête a été entreprise en vertu de l'alinéa 10(1)(b)(ii) de la Loi parce que le commissaire avait des raisons de croire qu'il existait des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VIII de la Loi relativement à certaines conduites anticoncurrentielles alléguées visant à restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques dans ce marché au Canada;

ii) L'enquête vise notamment les éditeurs ayant réglé et les défenderesses;

iii) Compte tenu de l'enquête préliminaire menée par le commissaire et des renseignements que le Bureau a

date, the Commissioner has and continues to have reason to believe that, among other things:

(a) The respondents entered into an agreement or arrangement with certain of their competitors to restrict e-book retail price competition;

(b) Further to this agreement or arrangement, the respondents have engaged in conduct to restrict e-book retail price competition in Canada by, among other things, limiting or impeding the ability of e-book retailers to set, alter or reduce the retail price of e-books sold to consumers;

(c) The respondents have engaged in this conduct since approximately 2011, and continue to do so;

(d) By engaging in the above-mentioned conduct, the respondents have prevented or lessened, and are preventing or lessening, competition substantially in the markets for e-books in Canada.

[33] That affidavit also stated that the Commissioner is investigating the alleged anti-competitive conduct under sections 76 and 79 of the Act.

[34] During the hearing of this application the respondents submitted that the Commissioner is required to disclose, in the affidavit filed in support of an application under section 11, his reasons to believe that grounds exist for the making of an order, in respect of each of the elements of each section of the Act that are within the purview of the inquiry in question. While appearing to acknowledge that the Commissioner had broadly disclosed his reasons to believe with respect to section 90.1, they maintained that he had an obligation to provide at least some evidence with respect to each of the elements of section 90.1, yet failed to do so. In this regard, they relied on *Symbol Technologies Canada ULC v. Barcode Systems Inc.*, 2004 FCA 339, [2005] 2 F.C.R. 254 (*Symbol Technologies*). With respect to sections 76 and 79, they went further and alleged that the Commissioner

recueillis jusqu'à présent, le commissaire continue d'avoir des raisons de croire entre autres que :

a) les défenderesses ont conclu un accord ou un arrangement avec certains de leurs concurrents pour restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques;

b) dans le cadre de cet accord ou arrangement, les défenderesses se sont livrées à une conduite visant à restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques au Canada, notamment en limitant ou en éliminant la capacité des détaillants de fixer, modifier ou réduire le prix de détail des livres électroniques vendus aux consommateurs;

c) les défenderesses ont commencé à se livrer à cette pratique aux environs de 2011, et elles continuent de le faire;

d) en se livrant à la pratique susmentionnée, les défenderesses ont empêché ou sensiblement diminué la concurrence sur les marchés des livres électroniques au Canada, et elles continuent de le faire.

[33] L'affidavit énonçait également que le commissaire menait une enquête au sujet de la présumée conduite anticoncurrentielle en vertu des articles 76 et 79 de la Loi.

[34] Lors de l'audition de la présente demande, les défenderesses ont soutenu que le commissaire devait dévoiler, dans l'affidavit déposé au soutien d'une demande en vertu de l'article 11, les raisons qu'il avait de croire qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en ce qui concerne chacun des articles de la Loi à l'égard desquels l'enquête en question est menée. Bien qu'elles aient semblé reconnaître que le commissaire avait dévoilé en des termes généraux les raisons qu'il avait de croire qu'il existait des motifs justifiant une ordonnance en vertu de l'article 90.1, les défenderesses ont soutenu que le commissaire avait une obligation de dévoiler à tout le moins certains éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'article 90.1, mais qu'il avait omis de le faire. À cet égard, les défenderesses ont invoqué l'arrêt *Symbol Technologies Canada ULC c.*

failed to disclose any reason to believe that grounds exist for the making of an order. Instead, they asserted that the Commissioner simply made a bare statement that he “is also investigating the alleged anti-competitive conduct under sections 76 and 79 of the Act”. Relying on this Court’s decisions in *Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada*, [2001] 1 F.C. 219 (T.D.) (*Air Canada*), they maintained that this was insufficient. They added that, prior to seeing this reference in the Commissioner’s initial affidavit, they had been unaware that the Commissioner’s inquiry extended to those sections of the Act.

[35] I disagree with the substance of the respondents’ submissions regarding the Commissioner’s disclosure requirements.

[36] To begin, in my view, *Symbol Technologies* is distinguishable. That case involved an appeal by a private party (Symbol Technologies Canada ULC (Symbol)) from a decision of the Tribunal granting leave to another private party (Barcode Systems Inc.) to make an application to the Tribunal against Symbol under the refusal to supply provisions of the Act. The applicable test for leave, as set forth in subsection 103.1(7) of the Act, is whether the Tribunal has reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in its business by the practice of refusal to supply, as defined in subsection 75(1) of that Act. The Federal Court of Appeal ruled that “unless the Tribunal considers all the elements of the practice set out in subsection 75(1) on the leave application, it could not conclude, as required by paragraph 103.1(7), that there was reason to believe that an alleged practice could be subject to an order under subsection 75(1)” (*Symbol Technologies*, above, at paragraph 18).

Barcode Systems Inc., 2004 CAF 339, [2005] 1 R.C.F. 254 (*Symbol Technologies*). En ce qui concerne les articles 76 et 79, les défenderesses sont allées plus loin et ont allégué que le commissaire n’a divulgué aucune raison pour laquelle il croyait qu’il existait des motifs justifiant une ordonnance. Les défenderesses ont affirmé que le commissaire s’était contenté de faire une affirmation non étayée selon laquelle il [TRADUCTION] « mène également une enquête au sujet de la conduite anticoncurrentielle alléguée visée aux articles 76 et 79 de la Loi ». Se fondant sur la décision de la Cour *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada*, [2001] 1 C.F. 219 (1^{re} inst.) (*Air Canada*), les défenderesses ont fait valoir que cette simple affirmation du commissaire est insuffisante. Elles ont ajouté qu’avant de lire cette affirmation dans l’affidavit initial du commissaire, elles ne savaient pas que l’enquête du commissaire portait sur des conduites visées à ces articles de la Loi.

[35] Je ne suis pas d’accord avec les prétentions des défenderesses au sujet des obligations de divulgation du commissaire.

[36] Tout d’abord, à mon avis, la présente espèce se distingue de l’affaire *Symbol Technologies*. Dans cette affaire, une partie privée (Symbol Technologies Canada ULC (Symbol)) avait interjeté appel d’une décision du Tribunal autorisant une autre partie privée (Barcode Systems Inc.) à présenter une demande au Tribunal contre Symbol en vertu des dispositions de la Loi relatives au refus de vendre. Le critère applicable en matière d’autorisation, énoncé au paragraphe 103.1(7) de la Loi, tient à la question de savoir si le Tribunal a des raisons de croire que l’entreprise du demandeur est directement et sensiblement gênée par la pratique du refus de vendre définie au paragraphe 75(1) de la Loi. La Cour d’appel fédérale a statué que « s’il ne considérait pas tous les éléments de la pratique énoncés au paragraphe 75(1) pour trancher la demande de permission, le Tribunal ne pourrait conclure, comme le prescrit le paragraphe 103.1(7), qu’il existait des motifs de croire qu’une pratique alléguée pourrait faire l’objet d’une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1) » (arrêt *Symbol Technologies*, précité, au paragraphe 18).

[37] The present application concerns something very different, namely, an application under paragraphs 11(1)(b) and (c) of the Act for the production of written returns and documents. The test for the Court on such an application simply requires the Court to be satisfied of two things, namely, that an inquiry is being made under section 10 and that a person is likely to have information that is relevant to the inquiry. In contrast to the situation in *Symbol Technologies*, there is no requirement in section 11 for the Court to consider whether there is reason to believe, or reasonable grounds to believe, that grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII of the Act (*Air Canada*, above, at paragraph 20; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7315, 61 C.P.R. (3d) 137 (Ont. Gen. Div.), at paragraph 8). That function was given by Parliament to the Commissioner, pursuant to subparagraph 10(1)(b)(ii) of the Act. This is an important difference from the test that must be satisfied to obtain a search warrant under subparagraph 15(1)(a)(ii) of the Act. Under that provision, it is the Court which must be satisfied by information on oath or solemn affirmation that there are reasonable grounds to believe that grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII of the Act.

[38] In further support of their position that the Commissioner is required to provide, in the affidavit filed in support of a request for an order under section 11, some explanation of why there is reason to believe that the grounds referred to in subparagraph 10(1)(b)(ii) exist, the respondents relied upon the following statement of Justice Reed, in *Air Canada*, above, at paragraph 31:

Section 11 provides that a judge may, not shall, issue an order. Residual discretion exists. Also, I cannot conclude that section 11 authorizes the issuing of an order to produce information if the Commissioner were acting on a “whim”. I cannot envisage a court granting a section 11 order on the basis of a bald assertion by the Commissioner that an inquiry has been commenced. It seems to me that any judge would require more than that. He or she is likely to require some description of the

[37] La présente demande concerne quelque chose de très différent, à savoir, une demande de production de déclarations écrites et de documents en vertu des alinéas 11(1)b) et c) de la Loi. Selon le critère applicable à l’égard d’une telle demande, la Cour doit simplement être convaincue de deux choses, à savoir qu’une enquête est menée en vertu de l’article 10 et qu’une personne détient vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents quant à cette enquête. Par contraste avec la situation dans l’affaire *Symbol Technologies*, l’article 11 n’exige pas que la Cour examine la question de savoir s’il existe des raisons de croire, ou des motifs raisonnables de croire, qu’il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VII.1 ou de la partie VIII de la Loi (décision *Air Canada*, précitée, au paragraphe 20; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7315, 61 C.P.R. (3d) 137 (Div. gén. Ont.), au paragraphe 8). Le Parlement a donné cette fonction au commissaire au sous-alinéa 10(1)b)(ii) de la Loi. Il s’agit là d’une différence importante par rapport au critère auquel il doit être satisfait pour obtenir un mandat de perquisition en vertu du sous-alinéa 15(1)a)(ii) de la Loi. Aux termes de cette disposition, c’est la Cour qui doit être convaincue, d’après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VII.1 ou de la partie VIII de la Loi.

[38] Toujours au soutien de leur prétention selon laquelle le commissaire est tenu de fournir, dans l’affidavit déposé au soutien d’une demande d’ordonnance en vertu de l’article 11, certaines explications concernant pourquoi il y a des raisons de croire qu’il existe des motifs visés au sous-alinéa 10(1)b)(ii), les défendresses ont invoqué le passage suivant des motifs de la juge Reed dans la décision *Air Canada*, précitée, au paragraphe 31 :

L’article 11 prévoit qu’un juge peut, et non pas doit, rendre une ordonnance. Un pouvoir discrétionnaire résiduel existe. De plus, je ne peux pas conclure que l’article 11 permet de rendre une ordonnance obligeant à produire des renseignements si le commissaire agissait par « caprice ». Je ne peux pas concevoir qu’un tribunal puisse rendre une ordonnance en application de l’article 11 en se fondant sur la simple affirmation du commissaire qu’une enquête a été commencée. Il me

nature of the alleged conduct that is the subject of the inquiry, the basis of the Commissioner's decision to commence an inquiry and his reason for believing that conduct to which the inquiry is addressed has occurred. Also, the judge must be satisfied that the person against whom the order is sought is likely to have relevant information. This does not mean that the Court second guesses the Commissioner's decision that he has reasons to believe that the conduct that is the subject of the inquiry in question occurred, but it does allow the Court to refuse to grant an order when there is insufficient evidence to support a conclusion that a *bona fide* inquiry has been commenced. [Emphasis in original.]

[39] I agree with Justice Reed's statement that the presence of the word "may" in section 11 reflects Parliament's intention that the Court should, and does, retain the residual discretion to refuse to grant an order requested under that section of the Act, even where the two conditions set forth in section 11 have been met. To reiterate, these two conditions are that the Commissioner has been satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that a respondent is likely to have information that is relevant to the inquiry. As noted by Justice Mactavish in *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FC 59, 323 F.T.R. 115 (*Labatt*), at paragraph 50, section 11 does not mandate that the Court act as a mere "rubber stamp" once those two conditions have been satisfied (see also *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126 (*RBC*), at paragraphs 19–38).

[40] I also share Justice Reed's view that it would be difficult to envisage a court granting an order under section 11 on the basis of bald assertions with respect to the two conditions set forth in that provision, or if it appeared that the Commissioner were acting on a "whim". As Justice Mactavish elaborated, to properly exercise its discretion and its independent judicial oversight role with respect to the extensive investigative powers granted to the Commissioner under section 11, the Court must be fully apprised of the relevant circumstances surrounding the Commissioner's application (*Labatt*, above, at paragraphs 50–51).

semble qu'un juge requerrait plus que ça. Il requerrait vraisemblablement une description de la nature de la conduite alléguée qui fait l'objet de l'enquête, le fondement de la décision du commissaire de commencer une enquête et la raison pour laquelle il croit que le comportement qui fera l'objet de l'enquête a eu lieu. Le juge doit également être convaincu que la personne visée par l'ordonnance est vraisemblablement en possession de renseignements pertinents. Cela ne signifie pas que le tribunal réévalue la décision du commissaire portant qu'il a des raisons de croire que le comportement qui fait l'objet de l'enquête s'est produit, mais cela permet au tribunal de refuser de rendre une ordonnance lorsque la preuve n'est pas suffisante pour permettre de conclure qu'une enquête a été entreprise de bonne foi. [Souligné dans l'original.]

[39] Je suis d'accord avec l'affirmation de la juge Reed selon laquelle la présence du mot « peut » à l'article 11 traduit l'intention du législateur de faire en sorte que la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de rendre une ordonnance demandée en vertu de cette disposition de la Loi, même lorsque les deux conditions prévues à l'article 11 sont remplies. Encore une fois, ces deux conditions sont que, d'une part, le commissaire a été convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et que le défendeur détient vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents quant à cette enquête. Comme le notait la juge Mactavish dans la décision *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Compagnie de brassage Labatt Limitée*, 2008 CF 59 (*Labatt*), au paragraphe 50, l'article 11 ne prévoit pas que la Cour doit agir comme simple « organe d'enregistrement » après que ces conditions ont été remplies (voir aussi *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50 (*RBC*), aux paragraphes 19 à 38).

[40] Je partage également l'avis de la juge Reed qu'il serait difficile d'envisager qu'un tribunal rende une ordonnance en vertu de l'article 11 sur le fondement de simples affirmations non étayées relativement aux deux conditions prévues à cette disposition, ou si le commissaire semblait agir « par caprice ». Comme la juge Mactavish l'a expliqué, pour exercer correctement son pouvoir discrétionnaire et son rôle de surveillance judiciaire indépendante à l'égard des vastes pouvoirs d'enquête conférés au commissaire en vertu de l'article 11, la Cour doit être pleinement informée des circonstances pertinentes entourant la demande du

[41] However, I do not share Justice Reed's view that the Commissioner is required to provide sufficient evidence that a *bona fide* inquiry has been commenced. Stated alternatively, I do not accept the respondents' position that the Commissioner is required to provide some evidence to explain why there is reason to believe that the grounds set forth in subparagraph 10(1)(b)(ii) exist. I am not aware of any other authority that would support this view. That being said, as a practical matter, it may be difficult for the Court to satisfy itself that a respondent has or is likely to have information that is relevant to the Commissioner's inquiry, as required by subsection 11(1), without some contextual evidence of this nature. In the present application, the Commissioner amply satisfied the Court in this regard.

[42] In my view, the Commissioner's evidentiary obligations on an application under section 11 are not rooted in his reasons to believe that those grounds exist, but rather in (i) the duty of full and frank disclosure that exists on an *ex parte* application; and (ii) the Court's duty to satisfy itself that the information being sought by the Commissioner is relevant to the inquiry in question, and is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at paragraph 32; *RBC*, above, at paragraphs 21–23).

[43] It is now well established that, as a statutory authority responsible for the administration and enforcement of the Act, the Commissioner benefits from a presumption that actions taken pursuant to the Act are *bona fide* and in the public interest (*Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Bank of Montreal* (1996), 68 C.P.R. (3d) 527 (Comp. Trib.), at paragraph 32; *Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research) v. Superior Propane Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 194 (Comp. Trib.), at paragraph 19; *Rona Inc. v. Commissioner of Competition*, 2005 Comp. Trib. 26, at paragraph 17; see

commissaire (décision *Labatt*, précitée, aux paragraphes 50 et 51).

[41] Cependant, je ne partage pas l'avis de la juge Reed lorsqu'elle estime que le commissaire doit fournir suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer qu'une véritable enquête est entreprise. Autrement dit, je ne souscris pas à la prétention des défenderesses selon laquelle le commissaire est tenu de présenter certains éléments de preuve pour expliquer pourquoi il a des raisons de croire qu'il existe des motifs visés au sous-alinéa 10(1)b)(ii). Je ne connais aucun précédent judiciaire à l'appui de cette prétention. Cela dit, il peut s'avérer difficile en pratique pour la Cour de se convaincre qu'un défendeur détient ou détient vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents quant à l'enquête du commissaire, comme l'exige le paragraphe 11(1), sans disposer de certains éléments de preuve contextuelle de cette nature. Dans la présente demande, le commissaire a amplement convaincu la Cour à cet égard.

[42] À mon avis, les obligations du commissaire en matière de preuve aux termes de l'article 11 ne trouvent pas leur source dans ses raisons de croire que ces motifs existent, mais plutôt dans i) l'obligation de divulgation entière et franche qui existe dans le contexte d'une demande *ex parte* et ii) l'obligation de la Cour d'être convaincue que les renseignements que le commissaire cherche à obtenir sont pertinents pour l'enquête en question, et ne sont pas excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, au paragraphe 32; arrêt *RBC*, précité, aux paragraphes 21 à 23).

[43] Il est maintenant bien établi qu'en tant qu'autorité désignée par la loi pour appliquer et exécuter la *Loi sur la concurrence*, le commissaire jouit d'une présomption selon laquelle il agit de bonne foi et dans l'intérêt public lorsqu'il prend des mesures en vertu de la Loi (*Canada (Loi sur la concurrence, Directeur des enquêtes et recherches) c. Banque de Montréal* (1996), 68 C.P.R. (3d) 527 (Trib. conc.), au paragraphe 32; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Superior Propane Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 194 (Trib. conc.), au paragraphe 19; *Rona Inc. c. Commissaire de la concurrence*, 2005 Trib. concurr. 26, au paragraphe 17; voir aussi

also *Industrial Milk Producers Assn. v. British Columbia (Milk Board)*, [1989] 1 F.C. 463 (T.D.), at page 476; *North of Smokey Fishermen's Assn. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 33, 229 F.T.R. 1, at paragraph 24; *Frelighsburg (Municipalité) c. Entreprises Sibeca Inc.*, 2002 CanLII 41283, 40 M.P.L.R. (3d) 157 (Que. C.A.), at paragraphs 59–61). Accordingly, in the absence of evidence of bad faith or other evidence that the Commissioner's inquiry is not a *bona fide* inquiry, it will be presumed to be so.

[44] However, given that section 11 applications proceed on an *ex parte* basis, there is a “heavy burden on the Commissioner to make full and frank disclosure” of all of the relevant circumstances surrounding the application (*Labatt*, above, at paragraph 22; *RBC*, above, at paragraphs 26–36). This burden, which can also be expressed as an “utmost duty of good faith”, is not focused on circumstances supporting the Commissioner's application, but rather on two other things. The first is ensuring that the Court is informed of “any points of fact or law known to it which favour the other side” (*United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.) (QL), at paragraph 27); *Labatt*, above, at paragraphs 25–26; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27). The second is ensuring that the Court is able to detect and redress abuses of its own processes (*RBC*, above, at paragraphs 31–36).

[45] For example, the Commissioner cannot, through non-disclosure or misinformation, mislead the Court as to the potential relevance of the information for the inquiry in question. Likewise, the Commissioner is obliged to disclose the general nature and extent of any information already obtained from the respondent in the course of the inquiry and in the investigation leading up to the inquiry. If the respondent has provided significant information to the Commissioner in other contexts, such as a recent merger review, the Commissioner should also provide a general description of that information, together with an explanation of how that

Industrial Milk Producers Assn. c. Colombie-Britannique (Milk Board), [1989] 1 C.F. 463 (1^{re} inst.), à la page 476; *North of Smokey Fishermen's Assn. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 33, au paragraphe 24; *Frelighsburg (Municipalité) c. Entreprises Sibeca Inc.*, 2002 CanLII 41283 (C.A. Qué.), aux paragraphes 59 à 61). Par conséquent, en l'absence de preuve de mauvaise foi ou d'autres preuves que l'enquête du commissaire n'est pas une véritable enquête, la bonne foi du commissaire sera présumée.

[44] Toutefois, étant donné que les demandes en vertu de l'article 11 sont entendues *ex parte*, le commissaire a « l'obligation rigoureuse [...] de faire une divulgation complète et franche » de toutes les circonstances pertinentes entourant la demande (décision *Labatt*, précitée, au paragraphe 22; arrêt *RBC*, précité, aux paragraphes 26 à 36). Ce fardeau, qui peut également être décrit comme une [TRADUCTION] « obligation de faire preuve de la plus haute bonne foi », n'est pas centré sur les faits qui sous-tendent la demande du commissaire, mais plutôt sur deux autres choses. La première est de s'assurer que la Cour est informée de [TRADUCTION] « tout point de fait ou de droit connu qui favorise l'autre partie » (*United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.) (QL), au paragraphe 27; décision *Labatt*, précitée, aux paragraphes 25 et 26; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27). La deuxième est de s'assurer que la Cour puisse reconnaître les cas d'abus de sa procédure et puisse y remédier (arrêt *RBC*, précité, aux paragraphes 31 à 36).

[45] Par exemple, le commissaire ne peut pas, par non-divulgation ou la fourniture de renseignements erronés, induire la Cour en erreur quant à la pertinence potentielle des renseignements quant à l'enquête en question. De même, le commissaire est tenu de divulguer la nature et l'étendue générale de tous renseignements déjà obtenus du défendeur au cours de l'enquête et au cours des vérifications ayant mené à l'enquête. Si le défendeur a fourni des renseignements pertinents au commissaire dans d'autres contextes, comme dans le cadre de l'examen récent d'une fusion, le commissaire devrait également fournir une description générale de ces

information differs from the information being sought in the section 11 application.

[46] These examples also describe information that should be disclosed by the Commissioner to satisfy the Court that the information being sought in the application is relevant to the inquiry in question, and is not excessive, disproportionate or unduly burdensome.

[47] Notwithstanding the foregoing, the Court recognizes that section 11 applications are made at the investigatory stage, before an application for an order under one of the substantive provisions of Part VII.1 or Part VIII has been made. The reason to “cause an inquiry to be made” under subsection 10(1) is with a “view of determining the facts.” For this reason, the Commissioner ordinarily will be given a certain degree of latitude with respect to minor or non-material misstatements, other errors or omissions, particularly if the application has been made on an emergency basis, or otherwise with little time for preparation (*Labatt*, above, at paragraph 28; *Friedland*, above, at paragraph 31).

[48] A certain degree of latitude will also ordinarily be warranted in recognition of the fact that the Commissioner may well need additional information to better understand the nature of the conduct that is the subject of the inquiry, whether it raises issues under additional sections of the Act, and the market(s) in which there is reason to believe the conduct is or may be taking place. Stated differently: “Courts must, in the exercise of [their] discretion, remain alert to the danger of unduly burdening and complicating the law enforcement investigative process. Where that process is in embryonic form engaged in the gathering of the raw material for further consideration, the inclination of the Courts is away from intervention” (*SGL Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] F.C.J. No. 1951 (T.D.) (QL), at paragraph 11).

[49] In recognition of this, and the fact that subparagraph 10(1)(b)(ii) refers to the existence of grounds for making an order under Part VII.1 or VIII of the Act, it is

renseignements et expliquer en quoi ces renseignements diffèrent des renseignements demandés aux termes de la demande en vertu de l’article 11.

[46] Ces exemples décrivent également des renseignements que le commissaire devrait divulguer pour convaincre la Cour que les renseignements demandés aux termes de la demande sont pertinents pour l’enquête en question et ne sont pas excessifs, disproportionnés ou indûment onéreux.

[47] Malgré ce qui précède, la Cour reconnaît que les demandes fondées sur l’article 11 sont faites au stade de l’enquête, avant qu’une demande d’ordonnance en vertu d’une des dispositions de fond de la partie VII.1 ou de la partie VIII soit faite. Une enquête est menée, en vertu du paragraphe 10(1), « en vue de déterminer les faits ». Pour cette raison, un certain degré de latitude sera habituellement accordé au commissaire quant à des inexactitudes mineures ou sans importance, ou à d’autres erreurs ou omissions, en particulier si la demande a été faite en urgence ou avec peu de temps de préparation (décisions *Labatt*, au paragraphe 28; et *Friedland*, au paragraphe 31, précitées).

[48] Un certain degré de latitude sera habituellement justifié également en reconnaissance du fait qu’il se pourrait que le commissaire ait besoin de renseignements additionnels pour mieux comprendre la nature de la conduite visée par l’enquête, si elle soulève des questions au regard d’autres articles de la Loi, et le ou les marchés sur lesquels il y a des raisons de croire que cette conduite a lieu ou pourrait avoir lieu. Autrement dit : « Les tribunaux judiciaires doivent, dans l’exercice de [leur] ce pouvoir discrétionnaire, toujours demeurer conscients du danger qu’il y a de surcharger et de compliquer indûment le processus d’enquête sur l’application de la loi. Lorsque ce processus, à l’état embryonnaire, consiste à rassembler des matériaux bruts pour étude ultérieure, les tribunaux ne sont pas enclins à intervenir. » (*SGL Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1998] A.C.F. n° 1951 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 11).

[49] Compte tenu de ce qui précède, et du fait que le sous-alinéa 10(1)(b)(ii) évoque l’existence de motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1

not strictly necessary that the Commissioner identify any specific section of the Act in his affidavit (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425 (*Thomson*), at pages 529–530. In any event, the Commissioner will not be prevented from seeking information in respect of sections of the Act that are not identified in that affidavit. However, the Court will be vigilant to ensure that the Commissioner is not embarking on a “fishing expedition” (*Thomson*, above, at pages 613–614).

[50] In my view, the foregoing principles simply clarify and apply to section 11 applications the existing jurisprudence, including *Labatt*, above, as it has developed subsequent to *Air Canada*. These principles apply to the typical case, and leave ample room for the Court to deal with exceptional circumstances and the particular facts of each case.

(1) The Commissioner’s application in these proceedings

[51] In the present proceedings, the respondents did not raise a question as to the *bona fides* of the Commissioner’s inquiry, other than with respect to the substantive issues discussed in Part IV.C of these reasons below. Accordingly, the presumption that the inquiry described in the Commissioner’s affidavit is a *bona fide* one was not displaced.

[52] In issuing my order dated March 3, 2014, I was, and remain, persuaded that the other information provided in the Commissioner’s initial affidavit, which is described at paragraphs 32 and 33 above, provided sufficient disclosure of the relevant circumstances surrounding the application to enable me to satisfy myself (i) that the respondents have or are likely to have the information identified in that order; and (ii) that it was appropriate for me to exercise my discretion to issue the order.

ou VIII de la Loi, il n’est pas strictement nécessaire que le commissaire cite un article précis de la Loi dans son affidavit (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 (*Thomson*), aux pages 529 et 530). Quoi qu’il en soit, le commissaire pourra toujours demander des renseignements relativement à des articles de la Loi qui ne sont pas cités dans cet affidavit. Toutefois, la Cour se montrera vigilante pour s’assurer que le commissaire n’entreprend pas des recherches à l’aveuglette (arrêt *Thomson*, précité, aux pages 613 et 614).

[50] À mon avis, les principes susmentionnés ne font que clarifier et appliquer aux demandes faites en vertu de l’article 11 la jurisprudence actuelle, y compris la décision *Labatt*, précitée, telle qu’elle a évolué à la suite de la décision *Air Canada*. Ces principes s’appliquent aux cas typiques, et ils laissent amplement de marge de manœuvre à la Cour pour composer avec des circonstances exceptionnelles et les faits particuliers de chaque affaire.

1) La demande du commissaire dans la présente instance

[51] Dans la présente instance, les défenderesses n’ont pas soulevé de questions concernant le caractère véritable de l’enquête du commissaire, sauf quant aux questions de fond examinées plus loin à la partie IV.C des présents motifs. En conséquence, la présomption selon laquelle l’enquête décrite dans l’affidavit du commissaire est une véritable enquête n’a pas été réfutée.

[52] Lorsque j’ai rendu mon ordonnance datée du 3 mars 2014, j’étais convaincu (et je le demeure) que les autres renseignements communiqués dans l’affidavit initial du commissaire, décrits aux paragraphes 32 et 33 des présents motifs, divulguaient suffisamment de circonstances pertinentes entourant la demande pour me permettre d’être convaincu i) que les défenderesses détiennent ou détiennent vraisemblablement les renseignements évoqués dans cette ordonnance; et ii) qu’il y avait lieu que j’exerce mon pouvoir discrétionnaire pour rendre l’ordonnance.

[53] Given the concerns that were identified by the respondents with respect to the sufficiency of the disclosure provided in the Commissioner's initial affidavit, and given my observation during the proceedings that those concerns could have easily been addressed by providing additional information in an amended affidavit, the Commissioner submitted a revised affidavit shortly after the hearing on this application.

[54] In that revised affidavit, additional information was added, to reflect the following:

(i) The Commissioner has reason to believe that the respondents continue to engage in conduct to restrict e-book retail price competition, in particular by entering into and continuing to have distribution agreements with e-book retailers that, among other things, limit or impede the ability of e-book retailers to set, alter or reduce the retail price of e-books sold to consumers.

(ii) In certain circumstances, these distribution agreements also contain clauses whereby the retail price at which one e-book retailer sells an e-book to consumers depends on the retail price at which another e-book retailer sells the same e-book to consumers.

(iii) The consent agreement does not resolve the Commissioner's concerns regarding the respondents' alleged conduct and the effects of the conduct in the markets for e-books in Canada, because the Commissioner has reason to believe that the respondents continue to have the above-described types of agreements with e-book retailers in Canada that will not be affected by the consent agreement, and that will therefore continue to restrict e-book retail price competition in the markets for e-books in Canada.

[55] In addition, the Commissioner added new material to specifically address each of the elements of sections 76 and 79 of the Act.

[53] Étant donné les préoccupations que les défenderesses ont soulevées quant au caractère suffisant de la divulgation faite dans l'affidavit initial du commissaire et l'observation que j'ai faite au cours de l'instance selon laquelle ces préoccupations auraient pu facilement être dissipées en communiquant des renseignements additionnels dans un affidavit modifié, le commissaire a produit un affidavit révisé peu après l'audition de la présente demande.

[54] Dans cet affidavit révisé, des renseignements additionnels ont été ajoutés, de manière à refléter ce qui suit :

i) Le commissaire a des raisons de croire que les défenderesses continuent de se conduire de manière à restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques, en particulier en concluant et en maintenant des accords de distribution avec des détaillants de livres électroniques qui, entre autres choses, limitent ou éliminent la capacité des détaillants de tels livres de fixer, modifier ou réduire le prix de détail de ces livres vendus aux consommateurs.

ii) Dans certaines circonstances, ces accords de distribution comportent également des clauses en vertu desquelles le prix de détail auquel un détaillant vend un livre électronique aux consommateurs dépend du prix de détail auquel un autre détaillant vend le même livre électronique aux consommateurs.

iii) Le consentement ne dissipe pas les préoccupations du commissaire concernant la présumée conduite des défenderesses et les effets de cette conduite sur les marchés des livres électroniques au Canada, parce que le commissaire a des raisons de croire que les défenderesses demeurent parties à des accords du genre de ceux décrits plus haut avec des détaillants de livres électroniques au Canada et que le consentement n'aura pas d'incidence sur ces accords, de sorte que ceux-ci continueront de restreindre la concurrence des prix de détail des livres électroniques dans ce marché au Canada.

[55] En outre, le commissaire a ajouté de nouveaux renseignements de manière à renvoyer expressément à chacun des éléments évoqués aux articles 76 et 79 de la Loi.

[56] For the reasons that I have given above with the benefit of an opportunity to reflect more fully on the matter, it was unnecessary for the Commissioner to provide this additional information in an amended affidavit.

[57] For greater certainty, at the time I issued my order dated March 3, 2014, I was, and remain, persuaded that the information in the initial affidavit, described at paragraphs 32–33 above, was sufficient to satisfy me that it was appropriate to exercise my discretion to issue that order. That order had been amended over a number of drafts to address certain other issues that are addressed in Part IV.B. of these reasons below. This information was reinforced by additional information provided in the initial affidavit, and in the appendices thereto, with respect to the foreign investigations into similar conduct in the United States and Europe. It was not necessary for the Commissioner to address each of the elements of section 90.1, 76 or 79, or to further explain the precise manner in which the respondents were believed to have limited the ability of e-book retailers to set, alter or reduce the retail price of e-books sold to consumers in Canada since 2011. It was also not necessary for the Commissioner to further explain why the conduct being inquired into will not be affected by the consent agreement that was entered into with the settling publishers.

[58] I would simply add in passing that, based on the factual information provided in the initial affidavit, it should have been readily apparent to the respondents that the conduct therein might well raise legitimate issues under sections 76 and 79 of the Act. During the hearing of this application, counsel to the Commissioner represented that this factual information regarding the basis for the Commissioner's inquiry had previously been communicated to the respondents. This was not disputed by the respondents. In any event, the respondents do not appear to have been prejudiced by the lack of more explicit disclosure with respect to the basis for the Commissioner's inquiry under sections 76 and 79.

[56] Pour les motifs que j'ai exposés plus haut après avoir eu la possibilité d'approfondir ma réflexion sur la question, j'estime qu'il n'était pas nécessaire que le commissaire communique ces renseignements additionnels dans un affidavit modifié.

[57] Pour plus de certitude, au moment où j'ai rendu mon ordonnance datée du 3 mars 2014, j'étais convaincu (et je le suis toujours) que les renseignements contenus dans l'affidavit initial, décrits aux paragraphes 32 et 33 des présents motifs, étaient suffisants pour me convaincre qu'il y avait lieu que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour rendre cette ordonnance. Cette ordonnance a été modifiée dans plusieurs projets successifs pour régler certains autres problèmes qui sont traités plus loin, à la partie IV.B des présents motifs. Ces renseignements ont été renforcés par des renseignements additionnels communiqués dans l'affidavit initial, et dans les annexes y joints, concernant les enquêtes menées à l'étranger relativement à une conduite similaire aux États-Unis et en Europe. Il n'était pas nécessaire que le commissaire renvoie à chacun des éléments évoqués aux articles 90.1, 76 ou 79, ou qu'il explique plus en détail précisément comment il croyait que les défenderesses avaient limité la capacité des détaillants de fixer, modifier ou réduire le prix de détail des livres électroniques vendus à des consommateurs au Canada depuis 2011. Il n'était pas non plus nécessaire que le commissaire explique plus en détail pourquoi le consentement qui a été conclu avec les éditeurs ayant réglé n'aura pas d'incidence sur la conduite qui fait l'objet de l'enquête.

[58] J'ajouterais simplement en passant que, compte tenu des renseignements factuels communiqués dans l'affidavit initial, il aurait dû être évident pour les défenderesses que la conduite qui y était décrite était susceptible de soulever des questions légitimes au regard des articles 76 et 79 de la Loi. Lors de l'audition de la présente demande, l'avocat du commissaire a affirmé que ces renseignements factuels concernant le fondement de l'enquête du commissaire avaient été communiqués auparavant aux défenderesses. Celles-ci n'ont pas contesté cette affirmation. Dans tous les cas, les défenderesses ne semblent pas avoir été lésées par l'absence d'une divulgation plus explicite quant au fondement de l'enquête du commissaire au regard des articles 76 et 79.

[59] Therefore, there does not appear to be a sound basis for me to exercise my discretion to depart from the general rule, discussed at paragraphs 47–49 above, that the Commissioner should be given the latitude to conduct his inquiry under Part VIII of the Act, whether it be with respect to the section of the Act that has been the focus of the inquiry, other sections that have been identified, or even sections that have not been identified. Of course, this is all subject to various parameters that have been discussed above, namely, that he provide full and frank disclosure to the Court, that the Court be satisfied that the information described in the order being sought is relevant to the Commissioner’s inquiry, and that the Court be satisfied that such information is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

B. The scope of information sought by the Commissioner

[60] Prior to the hearing on this application, the Commissioner and counsel to the respondents had several written exchanges. Among other things, the respondents expressed concerns regarding the burdensome and potentially duplicative nature of the draft order that the Commissioner had shared with them. To a large degree, those concerns related to the extensive information already provided to the Commissioner over the course of 2012 and 2013 in connection with both the Penguin Random House joint venture and the U.S. investigation mentioned in Part I of these reasons, above. In communicating their concerns, the respondents noted this Court’s prior admonition that the Commissioner should disclose such concerns to the Court and provide a summary of potentially overlapping information previously obtained from them (*Labatt*, above, at paragraphs 77, 78, 88–91 and 95–97).

[61] At the respondents’ request, and perhaps having regard to that admonition, the Commissioner disclosed both the correspondence that predated the filing of this application and the subsequent correspondence that was filed prior to the hearing.

[59] Par conséquent, il ne semble pas y avoir de motif valable justifiant que j’exerce mon pouvoir discrétionnaire pour déroger à la règle générale, dont j’ai traité aux paragraphes 47 à 49 des présents motifs, selon laquelle le commissaire devrait jouir de la latitude voulue pour mener son enquête en vertu de la partie VIII de la Loi, que ce soit au regard de l’article de la Loi en rapport avec lequel l’enquête est menée, d’autres articles qui ont été cités, ou même d’articles qui n’ont pas été cités. Évidemment, tout cela est sous réserve qu’il soit satisfait aux différentes exigences que j’ai mentionnées, à savoir que le commissaire doit faire une divulgation complète et franche à la Cour, la Cour doit être convaincue que les renseignements décrits dans l’ordonnance demandée sont pertinents pour l’enquête du commissaire, et la Cour doit être convaincue que ces renseignements ne sont pas excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux.

B. La portée des renseignements que le commissaire demande

[60] Avant l’audition de la présente demande, le commissaire et les avocats des défenderesses ont eu plusieurs échanges écrits. Les défenderesses ont notamment exprimé des préoccupations concernant le caractère onéreux et possiblement redondant du projet d’ordonnance que le commissaire leur avait communiqué. Dans une large mesure, ces préoccupations avaient trait aux volumineux renseignements déjà communiqués au commissaire en 2012 et 2013 en rapport avec la coentreprise Penguin Random House et l’enquête américaine mentionnée à la partie I des présents motifs. Lorsqu’elles ont communiqué leurs préoccupations, les défenderesses ont noté que la Cour avait déjà averti le commissaire qu’il devrait faire part de ces préoccupations à la Cour et fournir un résumé des renseignements potentiellement redondants déjà obtenus des défenderesses (décision *Labatt*, précitée, aux paragraphes 77, 78, 88 à 91 et 95 à 97).

[61] À la demande des défenderesses, et peut-être en raison de cet avertissement, le commissaire a divulgué la correspondance antérieure au dépôt de la présente demande et la correspondance ultérieure produite avant l’audience.

[62] In their correspondence, the respondents stated, among other things, that they had already provided the Bureau with the following:

- (i) Copies of their existing agency agreements for the sale of e-books;
- (ii) Information about their largest e-book customers in Canada (filed as part of the notification to the Commissioner that was filed under Part IX of the Act, in respect of the Penguin Random House joint venture);
- (iii) Extensive information in response to an informal request for information made in connection with that joint venture;
- (iv) Copies of more than 20 000 documents produced in response to a formal supplementary request for information made in connection with the joint venture (which apparently led the respondents to collect more than 300 000 documents, before eventually determining that only 20 000 were responsive to the request);
- (v) Copies of approximately 290 000 documents that were submitted to the Antitrust Division of the United States Department of Justice (DOJ) in connection with the joint venture.

[63] The respondents further noted that they had incurred more than \$750 000 in professional fees (before applicable taxes) in responding to the Commissioner's prior requests for information.

[64] In response to the respondents' request that the draft order be amended to eliminate requests for information that had previously been provided, the Commissioner added paragraph 12 to the draft that was initially submitted to the Court. That paragraph states that the respondents need not produce information that was provided to the Commissioner in respect of the Penguin Random House joint venture pursuant to subsections 114(1) (initial notification filing) and 114(2) (formal supplementary information request) of the Act.

[62] Dans leur correspondance, les défenderesses affirmaient notamment qu'elles avaient déjà fourni ce qui suit au commissaire :

- i) Des copies de leurs accords de mandat en vigueur relativement à la vente de livres électroniques;
- ii) Des renseignements au sujet de leurs plus gros clients au Canada pour ce qui est des livres électroniques (ces renseignements avaient été communiqués dans le cadre de l'avis au commissaire qui avait été produit en vertu de la partie IX de la Loi, relativement à la coentreprise Penguin Random House);
- iii) De volumineux renseignements en réponse à une demande officieuse de renseignements faite en rapport avec cette coentreprise;
- iv) Des copies de plus de 20 000 documents produits en réponse à une demande officielle de renseignements supplémentaires faite en rapport avec la coentreprise (qui avait apparemment amené les défenderesses à rassembler plus de 300 000 documents, avant de conclure finalement que la demande en visait seulement 20 000);
- v) Des copies d'environ 290 000 documents qui ont été communiqués à l'Antitrust Division du ministère de la Justice des États-Unis en rapport avec la coentreprise.

[63] Les défenderesses notaient en outre qu'elles avaient engagé plus de 750 000 \$ en honoraires professionnels (avant les taxes applicables) pour répondre aux demandes de renseignements antérieures du commissaire.

[64] Les défenderesses ont demandé que le projet d'ordonnance soit modifié de manière à éliminer les demandes visant des renseignements qui avaient été communiqués auparavant, suite à quoi le commissaire a ajouté le paragraphe 12 au projet qui avait été présenté initialement à la Cour. Ce paragraphe énonce que les défenderesses n'ont pas besoin de produire des renseignements qui ont été communiqués au commissaire en rapport avec la coentreprise Penguin Random House en vertu des paragraphes 114(1) (renseignements

[65] Paragraph 12 of the draft order complements paragraph 11, which provides that where a respondent previously produced a record to the Commissioner, that respondent is not required to produce a copy of the record, provided that the respondent: (1) identifies the previously produced record or thing to the Commissioner's satisfaction; (2) makes and delivers a written return in which it agrees and confirms certain things; and (3) receives confirmation from the Commissioner that such records or things need not be produced. In addition, paragraph 11 states that where an affiliate of the respondents, as identified in Schedule 1 to the order, previously produced a record or thing to the Commissioner, the respondents are not required to produce an additional copy of the record, provided that the respondents comply with the three conditions above.

[66] I am satisfied that, taken together, paragraphs 12 and 11 appropriately address the respondents' concerns regarding the potentially duplicate nature of the order.

[67] With respect to the respondents' submissions concerning the information previously provided in connection with the Commissioner's current inquiry, the Penguin Random House joint venture and the U.S. DOJ's investigation of essentially the same conduct that is the subject of the Commissioner's inquiry, I find the Commissioner's general position to be *prima facie* reasonable. In brief, the Commissioner states that such information is insufficient to determine the facts with respect to the current inquiry. Based on the description of that information above, the different purposes for which much of that information was provided, and the fact that the bulk of that information was provided to a regulatory authority in another country in relation to a different investigation, it is not obvious to me that it should suffice for the purposes of the Commissioner's inquiry into alleged conduct in Canada under sections 90.1, 76 and 79 of the Act.

réglementaires fournis avec l'avis initial) et 114(2) (demande officielle de renseignements supplémentaires) de la Loi.

[65] Le paragraphe 12 du projet d'ordonnance complète le paragraphe 11, qui énonce que lorsqu'une défenderesse a déjà fourni un document au commissaire, cette défenderesse n'est pas tenue de produire une copie de ce document, pourvu que la défenderesse : 1) identifie le document ou la chose déjà produit à la satisfaction du commissaire; 2) produise et communique une déclaration écrite dans laquelle elle admet et confirme certaines choses; et 3) obtienne la confirmation du commissaire que ces documents ou choses n'ont pas à être produites. En outre, aux termes du paragraphe 11, lorsqu'une société liée aux défenderesses, mentionnée à l'annexe 1 de l'ordonnance, a déjà remis un document ou une chose au commissaire, les défenderesses ne sont pas tenues de produire une copie additionnelle du document, pourvu qu'elles remplissent les trois conditions susmentionnées.

[66] Je suis convaincu que, pris ensemble, les paragraphes 12 et 11 répondent convenablement aux préoccupations des défenderesses quant au caractère potentiellement redondant de l'ordonnance.

[67] Pour ce qui concerne les observations des défenderesses quant aux renseignements fournis antérieurement en rapport avec l'enquête actuelle du commissaire, la coentreprise Penguin Random House et l'enquête du ministère de la Justice des États-Unis concernant essentiellement la même conduite que l'enquête du commissaire, j'estime que la position générale du commissaire est raisonnable à première vue. En bref, le commissaire affirme que ces renseignements sont insuffisants pour déterminer les faits dans le cadre de la présente enquête. Compte tenu de la description de ces renseignements donnée plus haut, des fins différentes auxquelles un bonne part de ces renseignements ont été fournis et du fait que la majorité de ces renseignements ont été fournis à un organisme de réglementation dans un pays tiers en rapport avec une enquête différente, il ne me semble pas évident que ces renseignements devraient suffire pour l'enquête du commissaire concernant une présumée conduite au Canada qui serait visée aux articles 90.1, 76 et 79 de la Loi.

[68] I recognize that the respondents have already incurred significant time and expense in responding to the various prior information requests from the Commissioner described above. However, this alone does not provide a sufficient justification for the Court to decline to exercise its discretion to issue the revised draft order (*Labatt*, above, at paragraph 92). To warrant the exercise of such discretion in the respondents' favour for this reason, the Court would have to be satisfied that the past burden incurred by the respondents, together with the additional time and expense that will be associated with responding to the order that I have issued, will be excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

[69] In their correspondence to the Commissioner dated February 25, 2014, the respondents acknowledged that the revised draft order had satisfactorily addressed a number of the concerns that they had previously expressed. However, they maintained that other concerns remained unaddressed. Those concerns, together with the substantive issues discussed in the next section below, were the focus of their oral submissions in the hearing before me the following day. The remaining concerns of the respondents can be summarized as follows.

[70] To begin, they maintained that the revised draft order should be restricted to trade e-books, and should not extend to educational e-books. They based this position on their understanding that the inquiry does not relate to the latter type of e-books, and on the fact that Pearson Canada has published only educational books since it transferred its trade book business to Penguin Canada, in July 2013. They added that the definition of the broader category of all trade books should be limited to general interest fiction and non-fiction books, as was done in the U.S. complaint discussed in Part I of these reasons above.

[71] While the Commissioner confined many of the specifications in the revised draft order to trade books

[68] Je reconnais que les défenderesses ont déjà investi beaucoup de temps et d'argent pour répondre aux différentes demandes de renseignements antérieures du commissaire décrites précédemment. Cependant, cela n'est pas en soi suffisant pour que la Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour rendre le projet d'ordonnance révisé (décision *Labatt*, précitée, au paragraphe 92). Pour justifier l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire en faveur des défenderesses pour cette raison, il faudrait que la Cour soit convaincue que le fardeau assumé dans le passé par les défenderesses ainsi que le temps et l'argent additionnels qui seront nécessaires pour se conformer à l'ordonnance que j'ai rendue seront excessifs, disproportionnés ou inutilement onéreux.

[69] Dans leur correspondance adressée au commissaire datée du 25 février 2014, les défenderesses ont reconnu que le projet d'ordonnance révisé avait répondu de manière satisfaisante à plusieurs des préoccupations qu'elles avaient exprimées auparavant. Cependant, elles ont soutenu que d'autres préoccupations subsistaient toujours. Leur plaidoirie à l'audience que j'ai présidée le lendemain a porté sur ces préoccupations ainsi que sur les questions de fond examinées dans la section suivante. Les préoccupations subsistantes des défenderesses peuvent être résumées comme suit.

[70] Tout d'abord, les défenderesses ont soutenu que le projet d'ordonnance révisé devrait être limité aux livres électroniques d'intérêt général, et ne devrait pas s'étendre aux livres électroniques éducatifs. Elles fondaient cette position sur leur compréhension selon laquelle l'enquête ne vise pas les livres électroniques éducatifs et sur le fait que Pearson Canada a publié uniquement des livres éducatifs depuis qu'elle a transféré ses activités relatives aux livres d'intérêt général à Penguin Canada en juillet 2013. Elles ont ajouté que la définition de la catégorie plus générale composée de tous les livres d'intérêt général devrait être limitée aux ouvrages de fiction et aux ouvrages non romanesques d'intérêt général, comme ce fut le cas dans la plainte déposée aux États-Unis dont il a été question à la partie I des présents motifs.

[71] Bien que le commissaire ait limité bon nombre des demandes dans le projet d'ordonnance révisé aux

(as defined therein), certain other specifications were not so confined. These included the “data” specifications set forth in specifications 11, 12 and 13 of Schedule II. Specification 11 relates to all books, including print and audio books, while specification 12 relates to all e-books. Specification 13 then requests much of the same information as described in specification 12, for each print book and audio book within the scope of specification 11.

[72] After I expressed some sympathy during the hearing of this application with the respondents’ position in relation to specification 13, the Commissioner confined that specification to trade print books and trade audio books. In addition, the Commissioner narrowed the definition of those types of books in the final order.

[73] In my view, the Commissioner’s refusal to confine the final draft order, including the specifications mentioned above, to trade e-books is not unreasonable. I accept the Commissioner’s explanation that the information and records being requested under the final draft order with respect to print, audio and educational books may well be relevant to, and assist in, the assessment of the competitive effects of the alleged anti-competitive conduct in relation to trade e-books. For example, if the analysis of all of this information revealed that the prices of print and audio books, including educational books, did not increase to the same degree as the prices of trade e-books in the period following the implementation of the conduct under inquiry, that could assist the Commissioner to establish that such conduct has substantially lessened competition, or is likely to do so.

[74] I also accept the Commissioner’s position that even though Pearson Canada transferred its trade book business to Penguin Canada in July 2013, it may have information relevant to the inquiry, including information of the type described in the above-mentioned specifications, for several reasons. These include the fact that it was engaged in the distribution and sale of trade

livres électroniques d’intérêt général (définis dans le projet d’ordonnance en question), certaines autres demandes n’étaient pas ainsi limitées. C’est le cas notamment des demandes relatives aux « données » énoncées aux points 11, 12 et 13 de l’annexe II. Le point 11 vise tous les livres, y compris les livres imprimés et les livres audio, tandis que le point 12 vise tous les livres électroniques. Au point 13, on demande ensuite bon nombre des mêmes renseignements que ceux visés au point 12, pour chaque livre imprimé et chaque livre audio visé au point 11.

[72] Après que j’ai exprimé une certaine ouverture lors de l’audition de la présente affaire, à l’égard de la position des défenderesses concernant le point 13, le commissaire a limité ce point aux livres imprimés d’intérêt général et aux livres audio d’intérêt général. De plus, le commissaire a resserré la définition de ces types de livres dans l’ordonnance finale.

[73] À mon avis, le refus du commissaire de limiter le projet d’ordonnance final, y compris les demandes susmentionnées, aux livres électroniques d’intérêt général n’est pas déraisonnable. J’accepte l’explication du commissaire selon laquelle les renseignements et les documents demandés aux termes du projet d’ordonnance final en rapport avec les livres imprimés, audio et éducatifs peuvent être pertinents et utiles aux fins de l’évaluation des effets de la présumée conduite anticoncurrentielle sur la concurrence dans le domaine des livres électroniques d’intérêt général. Par exemple, si l’analyse de tous ces renseignements révélait que les prix des livres imprimés et audio, y compris les livres éducatifs, n’avaient pas augmenté autant que les prix des livres électroniques d’intérêt général au cours de la période suivant l’adoption de la conduite sous enquête, cela pourrait aider le commissaire à établir que cette conduite a sensiblement réduit la concurrence ou qu’elle est susceptible d’avoir cet effet.

[74] J’admets également la position du commissaire selon laquelle même si Pearson Canada a transféré ses activités dans le domaine des livres d’intérêt général à Penguin Canada en juillet 2013, il se peut qu’elle détienne des renseignements pertinents pour l’enquête, y compris des renseignements du genre de ceux qui sont visés par les demandes susmentionnées, et ce, pour

books (including e-books) prior to that transfer, it has entered into agreements with e-book retailers for the distribution and sale of e-books, it continues to be engaged in the book publishing business generally, and it is an affiliate of Penguin Canada. If Pearson Canada no longer has certain categories of information because they have been transferred to Penguin Canada, it simply has to explain that fact in accordance with the terms of the final order.

[75] This reasoning also applies with respect to the respondents' submission that the relevant period should not include any periods after July 1, 2013, the date upon which (i) Pearson Canada contributed its trade book assets to Penguin Canada; and (ii) Penguin Canada was contributed to the Penguin Random House joint venture. I acknowledge the respondents' assertion that the senior officers of the joint venture are different than those of the respondents, and that Random House Canada has never been subject to any inquiry with respect to an alleged agreement for the sale of e-books. However, I do not accept their position that the documents and records of the joint venture could not be relevant to the Commissioner's inquiry, and that having to provide documents after July 1, 2013 from the joint venture would be disproportionately burdensome on Penguin.

[76] In addition, the respondents submitted that the "relevant period," as defined in the order, should not include any periods prior to 2010, because (i) Penguin Canada and its predecessor did not sell any e-books to retailers prior to 2010; (ii) e-book readers were not sold in Canada until very late in 2009, and even then likely not in any material volumes until much later; and (iii) the Commissioner's affidavit only claims to have "reason to believe that Penguin has engaged in this conduct since approximately 2011".

[77] In my view, it is not unreasonable for the Commissioner to seek information dating back to

plusieurs raisons. Parmi celles-ci, mentionnons le fait qu'elle distribuait et vendait des livres d'intérêt général (y compris des livres électroniques) avant ce transfert, qu'elle a conclu des accords de distribution et de vente de livres électroniques avec des détaillants, qu'elle demeure active dans le secteur de l'édition de livres en général, et qu'elle est une société liée à Penguin Canada. Si Pearson Canada ne détient plus certaines catégories de renseignements parce qu'ils ont été transférés à Penguin Canada, elle n'a qu'à l'expliquer en conformité avec les dispositions de l'ordonnance finale.

[75] Ce raisonnement s'applique aussi relativement à la prétention des défenderesses selon laquelle la période pertinente ne devrait comprendre aucune période postérieure au 1^{er} juillet 2013, date à laquelle i) Pearson Canada a cédé ses actifs liés aux livres d'intérêt général à Penguin Canada; et ii) Penguin Canada a été cédée à la coentreprise Penguin Random House. J'admets les affirmations des défenderesses selon laquelle les dirigeants de la coentreprise ne sont pas les mêmes personnes que les dirigeants des défenderesses, et Random House Canada n'a jamais fait l'objet d'aucune enquête concernant un accord relatif à la vente de livres électroniques. Cependant, je n'admets pas leur position selon laquelle les documents de la coentreprise ne peuvent pas être pertinents pour l'enquête du commissaire, et le fait de fournir des documents de la coentreprise qui sont postérieurs au 1^{er} juillet 2013 imposerait un fardeau disproportionné à Penguin.

[76] En outre, les défenderesses ont soutenu que la « période pertinente » au sens de l'ordonnance ne devrait inclure aucune période antérieure à 2010 parce que i) Penguin Canada et son prédécesseur n'ont vendu aucun livre électronique à des détaillants avant 2010; ii) des lecteurs de livres électroniques ont seulement commencé à être vendus au Canada vers la toute fin de 2009, et ce n'est vraisemblablement que beaucoup plus tard qu'ils ont commencé à être vendus en nombres appréciables; et iii) l'affidavit du commissaire dit seulement que le commissaire a [TRADUCTION] « des raisons de croire que Penguin s'est livrée à cette conduite à partir de 2011 environ ».

[77] À mon avis, il n'est pas déraisonnable que le commissaire cherche à obtenir des renseignements

September 2009. According to the complaint filed by the U.S.A., that is approximately when the initial discussions took place between and among Apple and the U.S. publisher defendants, including Penguin U.S. I am satisfied that it is relevant for the Commissioner to see copies of the communications, records and other information described in the final order dating back to that period. Among other things, this will assist the Commissioner to understand the business context in which the alleged conduct in Canada occurred, its underlying rationale, the extent to which that conduct changed relative to prior conduct and the impact that the conduct had, relative to the state of affairs immediately prior to that conduct, i.e., in the fall of 2009 and over the course of 2010.

[78] The respondents further submitted that the relevant period described in the order should not include any periods after May 17, 2013, the date of the U.S. final judgment. In this regard, they asserted that, pursuant to that final judgment, Penguin Canada and its predecessor have been legally prohibited from entering into or enforcing any agreement or arrangement with any other e-book publisher relating to prices or conditions of sale for e-books since that date.

[79] In my view, the fact that a respondent or an affiliate of a respondent to an application made under section 11 may have entered into a resolution in another jurisdiction with respect to conduct that is similar to conduct that is the subject of an inquiry under the Act does not axiomatically imply that documents and records post-dating such resolution cannot be relevant to the Commissioner's inquiry. To fully understand the nature and impact of the conduct in question, it will often be necessary to compare a respondent's behaviour and policies during the period in which conduct contrary to the Act is believed to have occurred, with the respondent's behaviour and policies during a reasonable period of time both before and after that period.

[80] Finally, the respondents took the position that specification 11 of the order should not require information with respect to all books that they offered for sale during the relevant period, but rather should be confined

remontant à septembre 2009. Selon la plainte déposée aux États-Unis, c'est vers cette époque que les discussions initiales ont eu lieu entre Apple et les éditeurs défendeurs aux États-Unis, dont Penguin U.S. Je suis convaincu qu'il est pertinent que le commissaire voie des copies des communications, des documents et des autres renseignements décrits dans l'ordonnance finale datant de cette période. Cela aidera notamment le commissaire à comprendre le contexte commercial dans lequel la présumée conduite au Canada a eu lieu, les raisons qui la sous-tendent, la mesure dans laquelle cette conduite différait de la conduite antérieure et les effets que la conduite en question a eus par rapport à la situation qui existait immédiatement auparavant, c'est-à-dire à l'automne 2009 et au cours de l'année 2010.

[78] Les défenderesses ont soutenu en outre que la période pertinente décrite dans l'ordonnance ne devrait inclure aucune période postérieure au 17 mai 2013, soit la date du jugement final américain. À cet égard, les défenderesses ont affirmé qu'aux termes de ce jugement final, Penguin Canada et son prédécesseur se sont vu interdire en droit de conclure ou d'exécuter tout accord ou arrangement avec quelque autre éditeur de livres électroniques relativement aux prix ou aux conditions de vente de livres électroniques après cette date.

[79] À mon avis, le fait qu'un défendeur ou une société liée à un défendeur visé par une demande faite en vertu de l'article 11 ait pu adopter une résolution dans un autre ressort relativement à une conduite qui est similaire à la conduite qui fait l'objet d'une enquête en vertu de la Loi n'implique pas nécessairement que les documents postérieurs à cette résolution ne peuvent pas être pertinents pour l'enquête du commissaire. Pour comprendre pleinement la nature et les incidences de la conduite en question, il sera souvent nécessaire de comparer le comportement et les politiques d'un défendeur durant la période au cours de laquelle la conduite contraire à la Loi est censée avoir été adoptée avec le comportement et les politiques du défendeur au cours d'une période raisonnable avant et après cette période.

[80] Enfin, les défenderesses ont soutenu que le point 11 de l'ordonnance ne devrait pas exiger des renseignements relatifs à tous les livres qu'elles ont offerts à la vente durant la période pertinente, mais devrait

to books that they actually sold. In support of this position, they stated that, in any given month, there are thousands of older books that Penguin Canada maintains for sale but does not actually sell. They added that it is not possible, or would be disproportionately burdensome to have to try to identify, books that were not sold in a given month. In addition, they stated that information in respect of books that were not sold during the relevant period cannot have any relevance to competition in Canada or the Commissioner's inquiry.

[81] After I expressed some sympathy with the respondents' position on this point during the hearing of this application, the Commissioner revised specification 11 to exclude those print and audio books that were not sold at any point during the relevant period. In my view, this was a reasonable and sufficient response, particularly given that the focus of the respondents' oral submissions in respect of this matter appeared to be upon older print and audio books. Given that the focus of the Commissioner's inquiry is upon e-books, information and records with respect to those books, including e-books that were not actually sold during the relevant period, may very well be relevant to the inquiry. Indeed, it is not immediately apparent why information and records with respect to quantities of the relevant products sold and not sold during the relevant period of an inquiry would not be relevant to the inquiry.

C. Issues concerning the substantive merits

[82] In their correspondence to the Commissioner and during the oral hearing on this application, the respondents vigorously asserted that as a result of the consent agreement filed with the Tribunal, the Commissioner can no longer have any plausible basis for any ongoing concern that conduct engaged in by them could lessen competition substantially, as contemplated by section 90.1 of the Act.

plutôt être limité aux livres que les défenderesses ont effectivement vendus. Au soutien de cette prétention, elles ont affirmé qu'au cours de tout mois donné, il y a des milliers de livres plus anciens que Penguin Canada offre à la vente mais qu'elle ne vend pas. Les défenderesses ont ajouté qu'il ne serait pas possible de tenter d'identifier les livres qui n'ont pas été vendus au cours d'un mois donné, ou que cela représenterait un fardeau exagérément onéreux. De plus, les défenderesses ont affirmé que les renseignements relatifs aux livres qui n'ont pas été vendus au cours de la période pertinente ne peuvent être d'aucune pertinence quant à la concurrence au Canada ou à l'enquête du commissaire.

[81] Après que j'ai exprimé une certaine ouverture à l'égard de la position des défenderesses sur ce point lors de l'audition de la présente demande, le commissaire a révisé le point 11 de manière à exclure les livres imprimés et audio qui n'avaient été vendus à aucun moment au cours de la période pertinente. À mon avis, cela constituait une mesure raisonnable et suffisante, compte tenu particulièrement du fait que les observations verbales des défenderesses à ce sujet semblaient viser les livres imprimés et audio plus anciens. Étant donné que l'enquête du commissaire vise les livres électroniques, les renseignements et les documents relatifs à ces livres, y compris les livres électroniques qui n'ont pas été vendus durant la période pertinente, pourraient très bien être pertinents pour l'enquête. En effet, il n'est pas évident que les renseignements et les documents relatifs à des quantités des produits pertinents vendus et non vendus au cours de la période pertinente visée par une enquête ne seraient pas pertinents pour l'enquête.

C. Questions relatives à la justification de l'enquête

[82] Dans leur correspondance adressée au commissaire et lors de l'audition de la présente demande, les défenderesses ont soutenu énergiquement qu'étant donné le consentement déposé auprès du Tribunal, le commissaire ne pouvait plus avoir de motif raisonnable de continuer de se préoccuper de ce que la conduite des défenderesses puisse diminuer sensiblement la concurrence, au sens de l'article 90.1 de la Loi.

[83] In support of their position, the respondents noted that each of the other major book publishers in Canada are parties to the consent agreement. They added that a term in the consent agreement states that where that agreement imposes an obligation on a respondent party to the agreement to engage in or to refrain from engaging in certain conduct, that obligation shall apply to any joint venture or other business arrangement established by that respondent and any of Penguin (USA), Inc., Pearson Canada or Penguin Canada, or their subsidiaries, successors and assigns. Accordingly, they asserted that the consent agreement expressly, and as a matter of fact, negates or precludes the possibility of an agreement described by section 90.1 of the Act, because neither Pearson Canada nor Penguin Canada can be party to an agreement with any competitor with a sufficient market presence to be able to agree to behave in a manner that prevents or lessens competition substantially. They maintain that this position is reinforced by the press release issued by the Bureau in respect of the consent agreement. Among other things, that press release states that the Bureau “expects that competition among retailers will increase, resulting in lower prices for e-books”, as a consequence of the consent agreement.

[84] Based on the foregoing, the respondents submitted that the Commissioner cannot have “reason to believe” that grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII of the Act, within the meaning of subparagraph 10(1)(b)(ii), and that therefore the Court should exercise its discretion to decline to issue the order sought by the Commissioner. They made a similar submission based on their assertion that the U.S. final judgment is (i) binding upon the Penguin Random House joint venture, of which Penguin Canada forms a part; and (ii) prohibits Penguin Canada from entering into or enforcing any agreement or arrangement with any other e-book publisher to raise, stabilize, fix, set or coordinate the retail price or wholesale price of any e-book, or to fix, set or coordinate any term or condition relating to the sale of e-books since May 17, 2013. They added that the fact that the Penguin Random House joint venture was ultimately cleared by the Commissioner reinforces their position that the Commissioner cannot have “reason to believe” that the grounds described above exist.

[83] Au soutien de leur position, les défenderesses ont noté que chacun des autres grands éditeurs de livres au Canada sont parties au consentement. Elles ont ajouté qu’une des clauses du consentement énonce que lorsque celui-ci impose à une défenderesse partie au consentement l’obligation d’adopter ou de s’abstenir d’adopter une certaine conduite, cette obligation s’applique à toute coentreprise ou autre arrangement commercial établi par cette défenderesse et Penguin (USA), Inc., Pearson Canada ou Penguin Canada, ou leurs filiales, successeurs et ayants droit. Par conséquent, les défenderesses ont affirmé que le consentement excluait expressément la possibilité d’un accord visé à l’article 90.1 de la Loi, parce que ni Pearson Canada ni Penguin Canada ne peuvent être parties à un accord avec un concurrent ayant une présence suffisante sur le marché pour pouvoir convenir de se comporter d’une manière qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Les défenderesses soutiennent que cette position est renforcée par le communiqué de presse que le Bureau a émis au sujet du consentement. Ce communiqué de presse mentionne notamment que, selon le Bureau, le consentement [TRADUCTION] « devrait avoir pour effet d’intensifier la concurrence entre détaillants et d’occasionner du même coup une baisse du prix des livres électroniques ».

[84] Compte tenu de ce qui précède, les défenderesses ont soutenu que le commissaire ne pouvait pas avoir « des raisons de croire » qu’il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu de la partie VII.1 ou de la partie VIII de la Loi, au sens du sous-alinéa 10(1)(b)(ii), et que, par conséquent, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser de rendre l’ordonnance demandée par le commissaire. Les défenderesses ont formulé une observation similaire fondée sur leur affirmation selon laquelle le jugement final américain i) lie la coentreprise Penguin Random House, dont Penguin Canada fait partie; et ii) interdit à Penguin Canada de conclure ou d’exécuter tout accord ou arrangement avec tout autre éditeur de livres électroniques visant à augmenter, stabiliser, fixer, établir ou coordonner le prix de détail ou le prix de gros de tout livre électronique ou à fixer, établir ou coordonner toute condition relative à la vente de livres électroniques depuis le 17 mai 2013. Les défenderesses ont ajouté que le fait que le commissaire ait en fin de compte exonéré la coentreprise Penguin Random House renforce leur

[85] In response, the Commissioner maintained that the respondents entered into one or more agreements contrary to section 90.1 and that pursuant to that or those agreement(s), they switched from their prior wholesale agreements with retailers to agency agreements that have and will continue to impose anti-competitive restrictions on retailers. The Commissioner also noted that the term in the consent agreement which imposes obligations on the settling publishers with respect to Penguin Canada and Pearson Canada pertains to future joint ventures or other business arrangements between the respondents and any of the settling publishers. The Commissioner submitted that, notwithstanding this provision, the respondents can continue to engage in unilateral discussions with e-book retailers while still acting further to the anti-competitive agreement that the Commissioner alleges was entered between the respondents and the settling publishers. In response to questioning during the hearing of this application, the Commissioner stated that there is nothing in the consent agreement that prohibits the settling publishers from being a party to the agreement that is the subject of the inquiry being conducted pursuant to section 90.1, or that requires the settling publishers to withdraw from any such agreement.

[86] By their plain and explicit terms, each of the obligations imposed on the settling publishers under Part II of the consent agreement pertains to agreements or arrangements between a settling publisher and an e-book retailer, or to retaliatory conduct by the former towards the latter. In contrast to the U.S. final judgment, there does not appear to be any provision in the consent agreement that expressly prohibits a publisher from entering into or enforcing an agreement or other arrangement with another publisher to fix, set or coordinate the retail or wholesale price of any e-book, or to fix, set or coordinate any term or condition relating to the sale of e-books.

[87] Accordingly, I am not satisfied that it is as axiomatic as the respondents suggest that the consent agreement precludes or negates any possibility of an

position selon laquelle le commissaire ne peut pas avoir « des raisons de croire » que les motifs décrits plus haut existent.

[85] En réponse, le commissaire a soutenu que les défenderesses avaient conclu un ou plusieurs accords contrevenant à l'article 90.1 et qu'en vertu de cet accord ou de ces accords, elles avaient remplacé leurs accords de vente en gros antérieurs avec des détaillants par des accords de mandat qui imposent et continueront d'imposer des restrictions anticoncurrentielles aux détaillants. Le commissaire a également noté que la disposition du consentement qui impose des obligations aux éditeurs ayant réglé à l'égard de Penguin Canada et de Pearson Canada concerne les coentreprises ou autres arrangements commerciaux futurs entre les défenderesses et des éditeurs ayant réglé. Le commissaire a soutenu que, malgré cette disposition, les défenderesses peuvent continuer d'engager des discussions unilatérales avec des détaillants de livres électroniques tout en continuant d'agir conformément à l'accord anticoncurrentiel qui, selon les allégations du commissaire, a été conclu entre les défenderesses et les éditeurs ayant réglé. En réponse à des questions lors de l'audition de la présente demande, le commissaire a affirmé que le consentement ne comporte aucune disposition qui interdit aux éditeurs ayant réglé d'être parties à l'accord visé par l'enquête menée en vertu de l'article 90.1, ou qui exige que les éditeurs ayant réglé se retirent de tout accord semblable.

[86] Il ressort clairement de leur libellé que chacune des obligations imposées aux éditeurs ayant réglé en vertu de la partie II du consentement vise les accords ou arrangements entre un éditeur ayant réglé et un détaillant de livres électroniques ou les représailles du premier contre le second. Par contraste avec le jugement final américain, le consentement ne semble comporter aucune disposition qui interdit expressément à un éditeur de conclure ou d'exécuter un accord ou autre arrangement avec un autre éditeur visant à fixer, établir ou coordonner le prix de détail ou de gros de tout livre électronique ou à fixer, établir ou coordonner des conditions relatives à la vente de tels livres.

[87] Par conséquent, je ne suis pas convaincu qu'il est aussi évident que les défenderesses le prétendent que le consentement exclut toute possibilité d'un accord

agreement described by section 90.1. The same applies with even greater force to the fact that the Penguin Random House joint venture was cleared, as that arrangement only involved the parties to the joint venture, whereas the agreement that is the subject of the inquiry under section 90.1 includes other leading participants in the publishing business in Canada.

[88] I am also not satisfied that it is unlikely that the Commissioner's inquiry could discover information to demonstrate, as a matter of fact, the existence of an agreement described by section 90.1, to which one or both of the respondents are a party. I note that the respondents did not lead any evidence on either of these points.

[89] More fundamentally, a section 11 application is not the appropriate forum for the Court to make final determinations regarding issues related to theories of competitive effects, defences, exemptions or the factual likelihood that an inquiry may disclose the existence of information demonstrating the existence of conduct described in section 90.1 or another provision in Part VIII of the Act (*Air Canada*, above, at paragraph 21; *CP Containers (Bermuda) Ltd. (Re)*, 1995 CarswellNat 2899, 64 C.P.R. (3d) 384 (Comp. Trib.), at paragraph 6).

[90] A section 11 application is made during the investigatory phase of the administration and enforcement of the Act by the Commissioner. The purpose of such investigations is to determine whether there is sufficient evidence to warrant an application to the Tribunal (in the case of inquiries under Part VII.1 or Part VIII of the Act) or a referral to the Director of Public Prosecutions (in the case of an inquiry under Part VI or Part VII). Absent evidence of bad faith or the existence of other exceptional circumstances, which I have difficulty identifying at this point in time, the Court should refrain from making determinations at this fact finding stage which essentially reach final conclusions regarding the substantive merits of an inquiry (*Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 235).

visé à l'article 90.1. Cela est d'autant plus vrai au regard du fait que la coentreprise Penguin Random House a été exonérée, puisque cet arrangement concernait uniquement les parties à la coentreprise, tandis que l'accord qui est l'objet de l'enquête en vertu de l'article 90.1 met en cause d'autres chefs de file du secteur de l'édition au Canada.

[88] Je ne suis pas non plus convaincu que l'enquête du commissaire n'est pas susceptible de mettre au jour des renseignements démontrant qu'il existe effectivement un accord visé à l'article 90.1 auquel l'une ou l'autre des défenderesses ou toutes deux sont parties. Je note que les défenderesses n'ont présenté aucun élément de preuve relativement à l'un ou l'autre de ces points.

[89] Plus fondamentalement, une demande fondée sur l'article 11 n'est pas appropriée pour que la Cour formule des conclusions définitives concernant des questions liées à des théories sur les effets de la concurrence, des moyens de défense, des exemptions ou la probabilité factuelle qu'une enquête puisse révéler l'existence de renseignements démontrant l'existence d'une conduite visée à l'article 90.1 ou à une autre disposition de la partie VIII de la Loi (décision *Air Canada*, précitée, au paragraphe 21; *CP Containers (Bermuda) Ltd. (Re)*, 1995 CarswellNat 2899, 64 C.P.R. (3d) 384 (Trib. conc.), au paragraphe 6).

[90] Une demande fondée sur l'article 11 est faite durant la phase d'enquête de l'application et de l'exécution de la Loi par le commissaire. Ces enquêtes visent à déterminer s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour justifier le dépôt d'une demande auprès du Tribunal (dans le cas des enquêtes en vertu de la partie VII.1 ou de la partie VIII de la Loi) ou un renvoi au directeur des poursuites pénales (dans le cas d'une enquête en vertu de la partie VI ou de la partie VII). En l'absence de preuves de mauvaise foi ou d'autres circonstances exceptionnelles, que j'ai actuellement du mal à cerner, la Cour devrait à ce stade de recherche des faits s'abstenir de tirer des conclusions, qui seraient essentiellement des conclusions définitives, concernant le bien-fondé d'une enquête (*Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 235).

[91] This applies equally to the respondents' position with respect to subsection 76(4) of the Act, which provides, among other things, that no order may be made under subsection 76(2) where the respondent supplier and the customer are principal and agent.

D. *The role of respondents*

[92] Pursuant to the express terms of section 11, applications are to be made on an *ex parte* basis. Accordingly, parties other than the Commissioner have no right to participate in the hearing, file evidence or cross-examine on the Commissioner's affidavit (*Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, at paragraph 36; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Limited*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 100 O.R. (3d) 535, at paragraphs 34–36; *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7316, 61 C.P.R. (3d) 142 (Ont. Gen. Div.), at paragraphs 12 and 15).

[93] However, the Court may in certain circumstances require that notice be given to the party or parties named in the order being sought by the Commissioner, to provide an opportunity for the party or parties to seek leave to make written or oral submissions. The Court may provide a similar opportunity where, as in this application, the parties in question are aware of and attend the hearing.

[94] Given that Parliament can be taken to have deliberately decided that section 11 applications should ordinarily proceed on an *ex parte* basis, it should not be expected that requests for leave to make written or oral submissions will be routinely granted by the Court (*R. v. S.A.B.*, 2001 ABCA 235, 96 Alta. L.R. (3d) 31, at paragraph 61). The more appropriate manner in which a respondent's concerns regarding the scope or potentially duplicative nature of the draft order should be brought to the Court's attention is through the Commissioner, pursuant to the Commissioner's duty of full and frank disclosure (*Labatt*, above, at paragraphs 100–107).

[91] Cela s'applique également à la position des défenderesses concernant le paragraphe 76(4) de la Loi, qui dispose notamment qu'aucune ordonnance ne peut être rendue en vertu du paragraphe 76(2) lorsque le fournisseur défendeur et le client sont respectivement mandant et mandataire.

D. *Le rôle des défenderesses*

[92] L'article 11 énonce expressément que les demandes sont faites *ex parte*. En conséquence, seul le commissaire a le droit de participer à l'audience, de déposer des éléments de preuve ou de contre-interroger l'auteur de l'affidavit du commissaire (*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, au paragraphe 36); *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Limited*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 100 O.R. (3d) 535, aux paragraphes 34 à 36; *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7316, 61 C.P.R. (3d) 142 (Div. gén. Ont.), aux paragraphes 12 et 15).

[93] La Cour peut toutefois exiger dans certaines circonstances qu'un avis soit donné à la partie ou aux parties nommées dans l'ordonnance demandée par le commissaire, afin de donner à cette partie ou ces parties la possibilité de demander la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix. La Cour peut offrir une telle possibilité aux parties lorsque, comme c'est le cas dans la présente demande, ces dernières sont au courant de l'audience et elles y assistent.

[94] Étant donné que le législateur peut être considéré comme ayant délibérément décidé que les demandes fondées sur l'article 11 devraient habituellement être entendues *ex parte*, il ne faut pas s'attendre à ce que la Cour accorde régulièrement la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix (*R. v. S.A.B.*, 2001 ABCA 235, 96 Alta. L.R. (3d) 31, au paragraphe 61). Lorsqu'un défendeur a des préoccupations quant à la portée ou au caractère potentiellement redondant du projet d'ordonnance, il est plus approprié que ces préoccupations soient portées à l'attention de la Cour par l'entremise du commissaire, vu l'obligation de divulgation complète et franche de ce dernier (décision *Labatt*, précitée, aux paragraphes 100 à 107).

[95] In this regard, the Court generally will want to know whether one or more drafts of the order that is being sought have been discussed with representatives of the party or parties named in the order. Where such dialogue has taken place, the Court should be provided with a sense of the nature of any concerns that have been expressed by the party or parties in question, the basis for those concerns and whether the draft order was modified to reflect any of those concerns. In the current application, this was achieved by including the respondents' prior correspondence with the Commissioner in the appendices to the initial affidavit that was filed on behalf of the Commissioner. The Commissioner's written submissions then explained how, if at all, the respondents' concerns were addressed in subsequent drafts of the order.

[96] Once the order has been issued by the Court, it would remain open to the respondent to bring a motion to deal with issues that subsequently arise, in the usual manner.

[97] Parties considering seeking leave to make written or oral submissions to the Court should be aware that if their request is granted, it may be more difficult for them to subsequently demonstrate that the Court should set aside or vary its order "by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order" as stipulated by paragraph 399(2)(a) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

V. Conclusion

[98] For the reasons given above, the focus of the Court's attention in applications made under section 11 generally is not on whether the Commissioner has disclosed sufficient information to satisfy the Court that the Commissioner's inquiry is a *bona fide* one and that there is reason to believe that grounds exist for the making of an order under a specific section in Part VIII of the Act, or under Part VIII generally. Instead, in the typical proceedings initiated under section 11, the Court's focus will be on satisfying itself that (i) an inquiry is in fact being made; (ii) the Commissioner has provided full and frank disclosure; (iii) the information or records

[95] À cet égard, la Cour voudra généralement savoir si un ou plusieurs projets de l'ordonnance qui est demandée ont fait l'objet de discussions avec des représentants de la partie ou des parties nommées dans l'ordonnance. Lorsqu'un tel dialogue a eu lieu, la Cour devrait être informée de la nature de toute préoccupation que la partie ou les parties en question ont exprimée, du fondement de ces préoccupations et de la question de savoir si le projet d'ordonnance a été modifié de manière à en tenir compte. Dans la présente demande, le commissaire l'a fait en annexant la correspondance antérieure des défenderesses à l'affidavit initial qui a été déposé pour le compte du commissaire. Les observations écrites du commissaire expliquaient ensuite comment il avait été répondu aux préoccupations des défenderesses dans des projets subséquents de l'ordonnance, le cas échéant.

[96] Après que la Cour a rendu l'ordonnance, il demeure loisible à la défenderesse de présenter une requête pour traiter des questions qui surgissent par la suite, en la manière habituelle.

[97] Les parties qui songent à demander la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix à la Cour devraient être conscientes que, si leur demande est accueillie, il pourrait s'avérer plus difficile pour elles de démontrer ultérieurement que la Cour devrait annuler ou modifier son ordonnance parce que « des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue » conformément à l'alinéa 399(2)a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106.

V. Conclusion

[98] Pour les motifs exposés ci-dessus, lorsqu'elle est saisie de demandes faites en vertu de l'article 11, la Cour ne cherchera généralement pas à savoir si le commissaire a divulgué suffisamment de renseignements pour convaincre la Cour que l'enquête du commissaire est une véritable enquête et qu'il y a des raisons de croire qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu d'un article précis de la partie VIII de la Loi, ou en vertu de la partie VIII de manière générale. En effet, d'habitude, dans le cadre d'une instance introduite en vertu de l'article 11, la Cour cherchera plutôt à être convaincue i) qu'une enquête a effectivement été entreprise; ii) que

described in the order being sought are relevant to the inquiry in question; and (iv) the scope of such information or records is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. In the present proceeding, having regard to the information filed by the Commissioner and the changes that were made to various drafts of the order that I ultimately signed, I had no difficulty satisfying myself of those things.

[99] With respect to the substantive competition issues raised by the respondents, hearings on *ex parte* applications under section 11 are not the appropriate forum in which definitive determinations should be made with respect to such issues.

[100] As to the role of respondents, it should not be expected that requests for leave to make written or oral submissions will be routinely granted by the Court. Generally speaking, the more appropriate manner in which a respondent's concerns regarding the scope or potentially duplicative nature of a draft order being sought in an application under section 11 should be brought to the Court's attention is through the Commissioner, pursuant to the Commissioner's duty of full and frank disclosure.

le commissaire a procédé à une divulgation complète et franche; iii) que les renseignements ou les documents décrits dans l'ordonnance demandée sont pertinents pour l'enquête en question; et iv) que la portée de ces renseignements n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse. Dans la présente instance, compte tenu des renseignements communiqués par le commissaire et des modifications qui ont été apportées aux différentes versions proposées de l'ordonnance que j'ai finalement rendue, je n'ai eu aucune difficulté à être convaincu de ces choses.

[99] Pour ce qui concerne les questions de fond relatives à la concurrence soulevées par les défenderesses, les auditions *ex parte* de demandes faites en vertu de l'article 11 ne sont pas appropriées pour que la Cour tire des conclusions définitives à ce sujet.

[100] Quant au rôle des défenderesses, il ne faudrait pas s'attendre à ce que la Cour accueille régulièrement des demandes de permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix. En règle générale, il est plus approprié que les préoccupations de défendeurs relatives à la portée ou au caractère potentiellement redondant d'un projet d'ordonnance demandé aux termes d'une ordonnance faite en vertu de l'article 11 soient portées à l'attention de la Cour par l'entremise du commissaire, vu l'obligation de divulgation complète et franche de ce dernier.

APPENDIX 1

Relevant Provisions of the *Competition Act*

Inquiry by
Commis-
sioner

10. (1) The Commissioner shall

(a) on application made under section 9,

(b) whenever the Commissioner has reason to believe that

(i) a person has contravened an order made pursuant to section 32, 33 or 34, or Part VII.1 or Part VIII,

ANNEXE 1

Dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence*

10. (1) Le commissaire fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits :

Enquête par
le
commissaire

a) sur demande faite en vertu de l'article 9;

b) chaque fois qu'il a des raisons de croire :

(i) soit qu'une personne a contrevenu à une ordonnance rendue en application des articles 32, 33 ou 34, ou des parties VII.1 ou VIII,

(ii) grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII, or

(iii) an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed, or

(c) whenever directed by the Minister to inquire whether any of the circumstances described in subparagraphs (b)(i) to (iii) exists,

cause an inquiry to be made into all such matters as the Commissioner considers necessary to inquire into with the view of determining the facts.

Information on inquiry

(2) The Commissioner shall, on the written request of any person whose conduct is being inquired into under this Act or any person who applies for an inquiry under section 9, inform that person or cause that person to be informed as to the progress of the inquiry.

Inquiries to be in private

(3) All inquiries under this section shall be conducted in private.

Order for oral examination, production or written return

11. (1) If, on the *ex parte* application of the Commissioner or his or her authorized representative, a judge of a superior or county court is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry, the judge may order the person to

(a) attend as specified in the order and be examined on oath or solemn affirmation by the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner on any matter that is relevant to the inquiry before a person, in this section and sections 12 to 14 referred to as a “presiding officer”, designated in the order;

(b) produce to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner within a time and at a place specified in the order, a record, a copy of a record certified by affidavit to be a true copy, or any other thing, specified in the order; or

(ii) soit qu’il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,

(iii) soit qu’une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l’être;

c) chaque fois que le ministre lui ordonne de déterminer au moyen d’une enquête si l’un des faits visés aux sous-alinéas b)(i) à (iii) existe.

(2) À la demande écrite d’une personne dont les activités font l’objet d’une enquête en application de la présente loi ou d’une personne qui a demandé une enquête conformément à l’article 9, le commissaire instruit ou fait instruire cette personne de l’état du déroulement de l’enquête.

(3) Les enquêtes visées au présent article sont conduites en privé.

11. (1) Sur demande *ex parte* du commissaire ou de son représentant autorisé, un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté peut, lorsqu’il est convaincu d’après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu’une enquête est menée en application de l’article 10 et qu’une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l’enquête en question, ordonner à cette personne :

a) de comparaître, selon ce que prévoit l’ordonnance de sorte que, sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l’enquête, être interrogée par le commissaire ou son représentant autorisé devant une personne désignée dans l’ordonnance et qui, pour l’application du présent article et des articles 12 à 14, est appelée « fonctionnaire d’instruction »;

b) de produire auprès du commissaire ou de son représentant autorisé, dans le délai et au lieu que prévoit l’ordonnance, les documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou les autres choses dont l’ordonnance fait mention;

Renseignements concernant les enquêtes

Enquêtes en privé

Ordonnance exigeant une déposition orale ou une déclaration écrite

	(c) make and deliver to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, within a time specified in the order, a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is by the order required.	(c) de préparer et de donner au commissaire ou à son représentant autorisé, dans le délai que prévoit l'ordonnance, une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance.	
Records in possession of affiliate	(2) Where the person against whom an order is sought under paragraph (1)(b) in relation to an inquiry is a corporation and the judge to whom the application is made under subsection (1) is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an affiliate of the corporation, whether the affiliate is located in Canada or outside Canada, has records that are relevant to the inquiry, the judge may order the corporation to produce the records.	(2) Lorsque, en rapport avec une enquête, la personne contre qui une ordonnance est demandée en application de l'alinéa (1)b) est une personne morale et que le juge à qui la demande est faite aux termes du paragraphe (1) est convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle, qu'une affiliée de cette personne morale a des documents qui sont pertinents à l'enquête, il peut, sans égard au fait que l'affiliée soit située au Canada ou ailleurs, ordonner à la personne morale de produire les documents en question.	Documents en possession d'une affiliée
No person excused from complying with order	(3) No person shall be excused from complying with an order under subsection (1) or (2) on the ground that the testimony, record or other thing or return required of the person may tend to criminate the person or subject him to any proceeding or penalty, but no testimony given by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(a), or return made by an individual pursuant to an order made under paragraph (1)(c), shall be used or received against that individual in any criminal proceedings thereafter instituted against him, other than a prosecution under section 132 or 136 of the <i>Criminal Code</i> .	(3) Nul n'est dispensé de se conformer à une ordonnance visée au paragraphe (1) ou (2) au motif que le témoignage oral, le document, l'autre chose ou la déclaration qu'on exige de lui peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais un témoignage oral qu'un individu a rendu conformément à une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)a) ou une déclaration qu'il a faite en conformité avec une ordonnance prononcée en application de l'alinéa (1)c) ne peut être utilisé ou admis contre celui-ci dans le cadre de poursuites criminelles intentées contre lui par la suite sauf en ce qui concerne une poursuite prévue à l'article 132 ou 136 du <i>Code criminel</i> .	Nul n'est dispensé de se conformer à l'ordonnance
Effect of order	(4) An order made under this section has effect anywhere in Canada.	(4) Une ordonnance rendue en application du présent article a effet partout au Canada.	Effet de l'ordonnance
	...	[...]	
Price maintenance	76. (1) On application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal may make an order under subsection (2) if the Tribunal finds that (a) a person referred to in subsection (3) directly or indirectly (i) by agreement, threat, promise or any like means, has influenced upward, or has discouraged the reduction of, the price at which the person's customer or any other	76. (1) Sur demande du commissaire ou de toute personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, le Tribunal peut rendre l'ordonnance visée au paragraphe (2) s'il conclut, à la fois : a) que la personne visée au paragraphe (3), directement ou indirectement : (i) soit, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne	Maintien des prix

	<p>person to whom the product comes for resale supplies or offers to supply or advertises a product within Canada, or</p> <p>(ii) has refused to supply a product to or has otherwise discriminated against any person or class of persons engaged in business in Canada because of the low pricing policy of that other person or class of persons; and</p> <p>(b) the conduct has had, is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market.</p>	<p>qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada,</p> <p>(ii) soit a refusé de fournir un produit à une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou a pris quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison de son régime de bas prix;</p> <p>b) que le comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.</p>	
Order	(2) The Tribunal may make an order prohibiting the person referred to in subsection (3) from continuing to engage in the conduct referred to in paragraph (1)(a) or requiring them to accept another person as a customer within a specified time on usual trade terms.	(2) Le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à la personne visée au paragraphe (3) de continuer de se livrer au comportement visé à l'alinéa (1)a) ou exiger qu'elle accepte une autre personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales.	Ordonnance
Persons subject to order	(3) An order may be made under subsection (2) against a person who	(3) Peut être visée par l'ordonnance prévue au paragraphe (2) la personne qui, selon le cas :	Personne visée par l'ordonnance
	(a) is engaged in the business of producing or supplying a product;	a) exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit;	
	(b) extends credit by way of credit cards or is otherwise engaged in a business that relates to credit cards; or	b) offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit;	
	(c) has the exclusive rights and privileges conferred by a patent, trade-mark, copyright, registered industrial design or registered integrated circuit topography.	c) détient les droits et privilèges exclusifs que confèrent un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée.	
Where no order may be made	(4) No order may be made under subsection (2) if the person referred to in subsection (3) and the customer or other person referred to in subparagraph (1)(a)(i) or (ii) are principal and agent or mandator and mandatary, or are affiliated corporations or directors, agents, mandataries, officers or employees of	(4) L'ordonnance prévue au paragraphe (2) ne peut être rendue lorsque la personne visée au paragraphe (3) et le client ou la personne visés aux sous-alinéas (1)a)(i) ou (ii) ont entre eux des relations de mandant à mandataire ou sont des personnes morales affiliées ou des administrateurs, mandataires, dirigeants ou employés :	Cas où il ne peut être rendu d'ordonnance
	(a) the same corporation, partnership or sole proprietorship; or	a) soit de la même personne morale, société de personnes ou entreprise individuelle;	
	(b) corporations, partnerships or sole proprietorships that are affiliated.	b) soit de personnes morales, sociétés de personnes ou entreprises individuelles qui sont affiliées.	

Suggested retail price	<p>(5) For the purposes of this section, a suggestion by a producer or supplier of a product of a resale price or minimum resale price for the product, however arrived at, is proof that the person to whom the suggestion is made is influenced in accordance with the suggestion, in the absence of proof that the producer or supplier, in so doing, also made it clear to the person that they were under no obligation to accept the suggestion and would in no way suffer in their business relations with the producer or supplier or with any other person if they failed to accept the suggestion.</p>	<p>(5) Pour l'application du présent article, le fait, pour le producteur ou fournisseur d'un produit, de proposer pour ce produit un prix de revente ou un prix de revente minimal, quelle que soit la façon de déterminer ce prix, lorsqu'il n'est pas prouvé que le producteur ou fournisseur, en faisant la proposition, a aussi précisé à la personne à laquelle il l'a faite que cette dernière n'était nullement obligée de l'accepter et que, si elle ne l'acceptait pas, elle n'en souffrirait en aucune façon dans ses relations commerciales avec ce producteur ou fournisseur ou avec toute autre personne, constitue la preuve qu'il a influencé, dans le sens de la proposition, la personne à laquelle il l'a faite.</p>	Prix de détail proposé
Advertised price	<p>(6) For the purposes of this section, the publication by a producer or supplier of a product, other than a retailer, of an advertisement that mentions a resale price for the product is proof that the producer or supplier is influencing upward the selling price of any person to whom the product comes for resale, unless the price is expressed in a way that makes it clear to any person whose attention the advertisement comes to that the product may be sold at a lower price.</p>	<p>(6) Pour l'application du présent article, la publication, par le producteur ou le fournisseur d'un produit qui n'est pas détaillant, d'une réclame mentionnant un prix de revente pour ce produit constitue la preuve qu'il a fait monter le prix de vente demandé par toute personne qui le reçoit pour le revendre, à moins que ce prix ne soit exprimé de façon à préciser à quiconque prend connaissance de la publicité que le produit peut être vendu à un prix inférieur.</p>	Prix annoncé
Exception	<p>(7) Subsections (5) and (6) do not apply to a price that is affixed or applied to a product or its package or container.</p>	<p>(7) Les paragraphes (5) et (6) ne s'appliquent pas au prix apposé ou inscrit sur un produit ou sur son emballage.</p>	Exception
Refusal to supply	<p>(8) If, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that any person, by agreement, threat, promise or any like means, has induced a supplier, whether within or outside Canada, as a condition of doing business with the supplier, to refuse to supply a product to a particular person or class of persons because of the low pricing policy of that person or class of persons, and that the conduct of inducement has had, is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market, the Tribunal may make an order prohibiting the person from continuing to engage in the conduct or requiring the person to do business with the supplier on usual trade terms.</p>	<p>(8) S'il conclut, à la suite d'une demande du commissaire ou de toute personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, qu'une personne, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a persuadé un fournisseur, au Canada ou à l'étranger, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou catégorie et que la persuasion a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à la personne de continuer à se comporter ainsi ou exiger qu'elle entretienne des relations commerciales avec le fournisseur en question aux conditions de commerce normales.</p>	Refus de fournir
Where no order may be made	<p>(9) No order may be made under subsection (2) in respect of conduct referred to in subparagraph (1)(a)(ii) if the Tribunal is satisfied that the person or class of persons referred to in</p>	<p>(9) L'ordonnance prévue au paragraphe (2) à l'égard du comportement visé au sous-alinéa (1)(a)(ii) ne peut être rendue si le Tribunal est convaincu que la personne ou catégorie de</p>	Cas où il ne peut être rendu d'ordonnance

	that subparagraph, in respect of products supplied by the person referred to in subsection (3),	personnes visée au sous-alinéa avait l'habitude, quant aux produits fournis par la personne visée au paragraphe (3) :	
	(a) was making a practice of using the products as loss leaders, that is to say, not for the purpose of making a profit on those products but for purposes of advertising;	a) de les sacrifier à des fins de publicité et non d'en tirer profit;	
	(b) was making a practice of using the products not for the purpose of selling them at a profit but for the purpose of attracting customers in the hope of selling them other products;	b) de les vendre sans profit afin d'attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits;	
	(c) was making a practice of engaging in misleading advertising; or	c) de faire de la publicité trompeuse;	
	(d) made a practice of not providing the level of servicing that purchasers of the products might reasonably expect.	d) de ne pas assurer la qualité de service à laquelle leurs acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre.	
Inferences	(10) In considering an application by a person granted leave under section 103.1, the Tribunal may not draw any inference from the fact that the Commissioner has or has not taken any action in respect of the matter raised by the application.	(10) Le Tribunal, lorsqu'il est saisi d'une demande présentée par une personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, ne peut tirer quelque conclusion que ce soit du fait que le commissaire a pris des mesures ou non à l'égard de l'objet de la demande.	Application
Where proceedings commenced under section 45, 49, 79 or 90.1	(11) No application may be made under this section against a person on the basis of facts that are the same or substantially the same as the facts on the basis of which	(11) Aucune demande à l'endroit d'une personne ne peut être présentée au titre du présent article si les faits allégués au soutien de la demande sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui ont été allégués au soutien :	Procédures en vertu des articles 45, 49, 79 et 90.1
	(a) proceedings have been commenced against that person under section 45 or 49; or	a) d'une procédure engagée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 45 ou 49;	
	(b) an order against that person is sought under section 79 or 90.1.	b) d'une ordonnance demandée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 79 ou 90.1.	
Definition of "trade terms"	(12) For the purposes of this section, "trade terms" means terms in respect of payment, units of purchase and reasonable technical and servicing requirements.	(12) Pour l'application du présent article, « conditions de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.	Définition de « conditions de commerce »
	...	[...]	
Prohibition where abuse of dominant position	79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that	79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :	Ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position dominante

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

Additional
or
alternative
order

(2) Where, on an application under subsection (1), the Tribunal finds that a practice of anti-competitive acts has had or is having the effect of preventing or lessening competition substantially in a market and that an order under subsection (1) is not likely to restore competition in that market, the Tribunal may, in addition to or in lieu of making an order under subsection (1), make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the practice in that market.

Limitation

(3) In making an order under subsection (2), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.

Administra-
tive
monetary
penalty

(3.1) If the Tribunal makes an order against a person under subsection (1) or (2), it may also order them to pay, in any manner that the Tribunal specifies, an administrative monetary penalty in an amount not exceeding \$10,000,000 and, for each subsequent order under either of those subsections, an amount not exceeding \$15,000,000.

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

(2) Dans les cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

Ordonnance
supplémentaire
ou
substitutive

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

Restriction

(3.1) S'il rend une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2), le Tribunal peut aussi ordonner à la personne visée de payer, selon les modalités qu'il peut préciser, une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 000 000 \$ et, pour toute ordonnance subséquente rendue en vertu de l'un de ces paragraphes, de 15 000 000 \$.

Sanction
administra-
tive pécuniaire

Aggravating or mitigating factors	<p>(3.2) In determining the amount of an administrative monetary penalty, the Tribunal shall take into account any evidence of the following:</p> <p>(a) the effect on competition in the relevant market;</p> <p>(b) the gross revenue from sales affected by the practice;</p> <p>(c) any actual or anticipated profits affected by the practice;</p> <p>(d) the financial position of the person against whom the order is made;</p> <p>(e) the history of compliance with this Act by the person against whom the order is made; and</p> <p>(f) any other relevant factor.</p>	<p>(3.2) Pour la détermination du montant de la sanction administrative pécuniaire, il est tenu compte des éléments suivants :</p> <p>a) l'effet sur la concurrence dans le marché pertinent;</p> <p>b) le revenu brut provenant des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence;</p> <p>c) les bénéfices réels ou prévus sur lesquels la pratique a eu une incidence;</p> <p>d) la situation financière de la personne visée par l'ordonnance;</p> <p>e) le comportement antérieur de la personne visée par l'ordonnance en ce qui a trait au respect de la présente loi;</p> <p>f) tout autre élément pertinent.</p>	Facteurs à prendre en compte
Purpose of order	<p>(3.3) The purpose of an order made against a person under subsection (3.1) is to promote practices by that person that are in conformity with the purposes of this section and not to punish that person.</p>	<p>(3.3) La sanction prévue au paragraphe (3.1) vise à encourager la personne visée par l'ordonnance à adopter des pratiques compatibles avec les objectifs du présent article et non pas à la punir.</p>	But de la sanction
Superior competitive performance	<p>(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.</p>	<p>(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.</p>	Efficience économique supérieure
Exception	<p>(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the <i>Copyright Act</i>, <i>Industrial Design Act</i>, <i>Integrated Circuit Topography Act</i>, <i>Patent Act</i>, <i>Trade-marks Act</i> or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.</p>	<p>(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la <i>Loi sur les brevets</i>, de la <i>Loi sur les dessins industriels</i>, de la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>, de la <i>Loi sur les marques de commerce</i>, de la <i>Loi sur les topographies de circuits intégrés</i> ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.</p>	Exception
Limitation period	<p>(6) No application may be made under this section in respect of a practice of anti-competitive acts more than three years after the practice has ceased.</p>	<p>(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.</p>	Prescription

Where proceedings commenced under section 45, 49, 76, 90.1 or 92

(7) No application may be made under this section against a person on the basis of facts that are the same or substantially the same as the facts on the basis of which

(a) proceedings have been commenced against that person under section 45 or 49; or

(b) an order against that person is sought by the Commissioner under section 76, 90.1 or 92.

...

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.

Factors to be considered

(2) In deciding whether to make the finding referred to in subsection (1), the Tribunal may have regard to the following factors:

(a) the extent to which foreign products or foreign competitors provide or are likely to provide effective competition to the businesses of the parties to the agreement or arrangement;

(b) the extent to which acceptable substitutes for products supplied by the parties to the agreement or arrangement are or are likely to be available;

(c) any barriers to entry into the market, including

(7) Aucune demande à l'endroit d'une personne ne peut être présentée au titre du présent article si les faits au soutien de la demande sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui ont été allégués au soutien :

a) d'une procédure engagée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 45 ou 49;

b) d'une ordonnance demandée par le commissaire à l'endroit de cette personne en vertu des articles 76, 90.1 ou 92.

[...]

Procédures en vertu des articles 45, 49, 76, 90.1 ou 92

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.

(2) Pour décider s'il arrive à la conclusion visée au paragraphe (1), le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties à l'accord ou à l'arrangement;

b) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à l'accord ou à l'arrangement;

c) les entraves à l'accès à ce marché, notamment :

Facteurs à considérer

	(i) tariff and non-tariff barriers to international trade,	(i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,	
	(ii) interprovincial barriers to trade, and	(ii) les barrières interprovinciales au commerce,	
	(iii) regulatory control over entry;	(iii) la réglementation de cet accès;	
	(d) any effect of the agreement or arrangement on the barriers referred to in paragraph (c);	d) les effets de l'accord ou de l'arrangement sur les entraves visées à l'alinéa c);	
	(e) the extent to which effective competition remains or would remain in the market;	e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans ce marché;	
	(f) any removal of a vigorous and effective competitor that resulted from the agreement or arrangement, or any likelihood that the agreement or arrangement will or would result in the removal of such a competitor;	f) le fait que l'accord ou l'arrangement a entraîné la disparition d'un concurrent dynamique et efficace ou qu'il entraînera ou pourrait entraîner une telle disparition;	
	(g) the nature and extent of change and innovation in any relevant market; and	g) la nature et la portée des changements et des innovations dans tout marché pertinent;	
	(h) any other factor that is relevant to competition in the market that is or would be affected by the agreement or arrangement.	h) tout autre facteur pertinent à l'égard de la concurrence dans le marché qui est ou serait touché par l'accord ou l'arrangement.	
Evidence	(3) For the purpose of subsections (1) and (2), the Tribunal shall not make the finding solely on the basis of evidence of concentration or market share.	(3) Pour l'application des paragraphes (1) et (2), le Tribunal ne peut fonder sa conclusion uniquement sur des constatations relatives à la concentration ou à la part de marché.	Preuve
Exception where gains in efficiency	(4) The Tribunal shall not make an order under subsection (1) if it finds that the agreement or arrangement has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the agreement or arrangement, and that the gains in efficiency would not have been attained if the order had been made or would not likely be attained if the order were made.	(4) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue au paragraphe (1) dans les cas où il conclut que l'accord ou l'arrangement a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement de l'accord ou de l'arrangement et que ces gains n'auraient pas été réalisés si l'ordonnance avait été rendue ou ne le seraient vraisemblablement pas si l'ordonnance était rendue.	Exception dans les cas de gains en efficacité
Restriction	(5) For the purposes of subsection (4), the Tribunal shall not find that the agreement or arrangement has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.	(5) Pour l'application du paragraphe (4), le Tribunal ne peut fonder uniquement sur une redistribution de revenu entre plusieurs personnes sa conclusion que l'accord ou l'arrangement a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité.	Restriction
Factors to be considered	(6) In deciding whether the agreement or arrangement is likely to bring about the gains in	(6) Pour décider si l'accord ou l'arrangement aura vraisemblablement pour effet d'entraîner les	Facteurs pris en considération

	<p>efficiency described in subsection (4), the Tribunal shall consider whether such gains will result in</p> <p>(a) a significant increase in the real value of exports; or</p> <p>(b) a significant substitution of domestic products for imported products.</p>	<p>gains en efficience visés au paragraphe (4), le Tribunal examine si ces gains se traduiront, selon le cas :</p> <p>a) par une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;</p> <p>b) par une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.</p>	
Exception	<p>(7) Subsection (1) does not apply if the agreement or arrangement is entered into, or would be entered into, only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate.</p>	<p>(7) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'accord ou à l'arrangement qui est intervenu ou interviendrait exclusivement entre des personnes morales qui sont chacune des affiliées de toutes les autres.</p>	Exception
Exception	<p>(8) Subsection (1) does not apply if the agreement or arrangement relates only to the export of products from Canada, unless the agreement or arrangement</p> <p>(a) has resulted in or is likely to result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product;</p> <p>(b) has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or</p> <p>(c) has prevented or lessened or is likely to prevent or lessen competition substantially in the supply of services that facilitate the export of products from Canada.</p>	<p>(8) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'accord ou à l'arrangement qui se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada, sauf dans les cas suivants :</p> <p>a) il a eu pour résultat ou aura vraisemblablement pour résultat une réduction ou une limitation de la valeur réelle des exportations d'un produit;</p> <p>b) il a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;</p> <p>c) il a sensiblement empêché ou diminué la concurrence dans la fourniture de services visant à favoriser l'exportation de produits du Canada, ou aura vraisemblablement un tel effet.</p>	Exception
Exception	<p>(9) The Tribunal shall not make an order under subsection (1) in respect of</p> <p>(a) an agreement or arrangement between federal financial institutions, as defined in subsection 49(3), in respect of which the Minister of Finance has certified to the Commissioner</p> <p>(i) the names of the parties to the agreement or arrangement, and</p> <p>(ii) the Minister of Finance's request for or approval of the agreement or arrangement for the purposes of financial policy;</p>	<p>(9) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue au paragraphe (1) en ce qui touche :</p> <p>a) un accord ou un arrangement intervenu entre des institutions financières fédérales, au sens du paragraphe 49(3), à l'égard duquel le ministre des Finances certifie au commissaire le nom des parties et le fait qu'il a été conclu à sa demande ou avec son autorisation pour les besoins de la politique financière;</p>	Exception

(b) an agreement or arrangement that constitutes a merger or proposed merger under the *Bank Act*, the *Cooperative Credit Associations Act*, the *Insurance Companies Act* or the *Trust and Loan Companies Act* in respect of which the Minister of Finance has certified to the Commissioner

(i) the names of the parties to the agreement or arrangement, and

(ii) the Minister of Finance's opinion that the merger is in the public interest, or that it would be in the public interest, taking into account any terms and conditions that may be imposed under those Acts; or

(c) an agreement or arrangement that constitutes a merger or proposed merger approved under subsection 53.2(7) of the *Canada Transportation Act* in respect of which the Minister of Transport has certified to the Commissioner the names of the parties to the agreement or arrangement.

Where proceedings commenced under section 45, 49, 76, 79 or 92

(10) No application may be made under this section against a person on the basis of facts that are the same or substantially the same as the facts on the basis of which

(a) proceedings have been commenced against that person under section 45 or 49; or

(b) an order against that person is sought by the Commissioner under section 76, 79 or 92.

Definition of "competitor"

(11) In subsection (1), "competitor" includes a person who it is reasonable to believe would be likely to compete with respect to a product in the absence of the agreement or arrangement.

b) un accord ou un arrangement constituant une fusion — réalisée ou proposée — aux termes de la *Loi sur les banques*, de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, de la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, et à l'égard duquel le ministre des Finances certifie au commissaire le nom des parties et le fait que cette fusion est dans l'intérêt public, ou qu'elle le serait compte tenu des conditions qui pourraient être imposées dans le cadre de ces lois;

c) un accord ou un arrangement constituant une fusion — réalisée ou proposée — agréée en vertu du paragraphe 53.2(7) de la *Loi sur les transports au Canada* et à l'égard duquel le ministre des Transports certifie au commissaire le nom des parties.

(10) Aucune demande à l'endroit d'une personne ne peut être présentée au titre du présent article si les faits au soutien de la demande sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux allégués au soutien :

a) d'une procédure engagée à l'endroit de cette personne en vertu des articles 45 ou 49;

b) d'une ordonnance demandée par le commissaire à l'endroit de cette personne en vertu des articles 76, 79 ou 92.

Procédures en vertu des articles 45, 49, 76, 79 et 92

(11) Au paragraphe (1), « concurrent » s'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence de l'accord ou de l'arrangement.

Définition de « concurrent »