

A-174-16  
2017 FCA 236

A-174-16  
2017 CAF 236

**The Toronto Real Estate Board** (*Appellant*)

**Le Toronto Real Estate Board** (*appelant*)

v.

c.

**Commissioner of Competition** (*Respondent*)

**Le commissaire de la concurrence** (*intimé*)

and

et

**The Canadian Real Estate Association** (*Intervener*)

**L'Association canadienne de l'immeuble**  
(*intervenante*)

**INDEXED AS: TORONTO REAL ESTATE BOARD v. CANADA**  
(**COMMISSIONER OF COMPETITION**)

**RÉPERTORIÉ : TORONTO REAL ESTATE BOARD c. CANADA**  
(**COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE**)

Federal Court of Appeal, Nadon, Near and Rennie JJ.A.—Toronto, December 5, 2016; Ottawa, December 1, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Near et Rennie, J.C.A.—Toronto, 5 décembre 2016; Ottawa, 1<sup>er</sup> décembre 2017.

*Competition — Appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of appellant preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area (GTA) — Appellant maintaining database of information on available property listings in GTA, making some information available to members via electronic data feed — However, some data available in database not distributed via data feed — Respondent claiming appellant's actions violating Competition Act, s. 79(1) by preventing or lessening competition — Appellant, not-for-profit corporation, Canada's largest real estate board — Operating online system (Multiple Listing Service (MLS)) for collecting, distributing real estate information among members — Many brokers operating sections of websites called "virtual office websites" (VOWs) whereby appellant's data feed delivering information to brokers to populate websites — Tribunal concluding that VOW restrictions adversely affecting non-price competition in relevant market; also finding that appellant not leading sufficient evidence to demonstrate copyright in MLS database in question — Whether Tribunal erring in finding that appellant substantially reducing competition within meaning of Act, s. 79(1) — Most of appellant's arguments focussing on Act, ss. 79(1)(b),(c) — No dispute that appellant's VOW policies constituting practice in accordance with Act, s. 79(1)(b) — Tribunal applying correct framework respecting s. 79(1)(b) — Finding that evidence of subjective anti-competitive intent, reasonably foreseeable exclusionary effects outweighing very limited evidence adduced in support of alleged legitimate*

*Concurrence — Appel formé à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appellant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto (RGT) — L'appellant tenait une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre dans la RGT et transmettait certaines de ces données à ses membres par voie électronique — Toutefois, d'autres données n'étaient pas transmises par voie électronique — Le défendeur a affirmé que ce comportement de l'appellant empêchait ou diminuait la concurrence, ce qu'interdit l'art. 79(1) de la Loi sur la concurrence — L'appellant est une société à but non lucratif et il est la chambre immobilière la plus importante au Canada — Il gérait un système en ligne (service interagences, ou système MLS) qui recueillait et distribuait des renseignements immobiliers à ses membres — De nombreux courtiers offraient sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI), par lequel les données de l'appellant étaient transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter leur site Web — Le Tribunal a conclu que les restrictions relatives aux BVI ont nui à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante; il a conclu également que l'appellant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer un droit d'auteur sur la base de données MLS — Il s'agissait de déterminer si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appellant avait sensiblement diminué la concurrence au sens de l'art. 79(1) de la Loi — Les principaux arguments*

*business justifications; tribunal's analysis not unreasonable — Also, Tribunal correctly understanding significance of word “substantially” in Act, s. 79(1)(c), test having to apply to determine whether appellant's practice regarding disputed data constituting practice having effect of preventing competition substantially in GTA — Understanding difference in nature between quantitative, qualitative evidence — Tribunal making findings of number of anti-competitive effects caused by VOW restrictions — Of opinion that, “but for” VOW restrictions, such anti-competitive effects would be considerably lower; concluding that anti-competitive effects on non-price dimensions amounting to substantial prevention of competition — In relying on qualitative evidence for findings of anti-competitive effects, conclusion on substantiality, Tribunal not making any reviewable error; thus no basis to interfere with determination under Act, s. 79(1)(c) — Grounds of appeal based on privacy concerns, copyright also failing — Appeal dismissed.*

*Privacy — Personal Information Protection and Electronic Documents Act — In appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of appellant preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area, appellant seeking to justify restriction on disclosure of disputed data on basis of privacy — Specifically claiming that privacy concerns of vendors, purchasers constituting business justification sufficient to escape liability under Competition Act, s. 79(1)(b), asserting that required to comply with Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) — Whether Tribunal erring in failing to conclude that appellant's privacy concerns or statutory obligations constituting business justification within scope of Act, s. 79(1)(b) — Tribunal concluding that little evidentiary support for appellant's contention that restrictions motivated by privacy, finding that privacy concerns pretext for appellant's adoption, maintenance of restrictions of brokers' “virtual office websites” (VOWs)— Tribunal also examining nature, scope of consent clause in Listing Agreement appellant using; concluding that consents provided thereto effective — Role of Tribunal to interpret scope of consents under ordinary law of contract, as informed by PIPEDA — Tribunal doing so*

*de l'appelant portaient sur les art. 79(1)b) et c) de la Loi — Il était acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI de l'appelant constituaient une pratique conforme à l'art. 79(1)b) de la Loi — Le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l'art. 79(1)b) — Il a conclu que la preuve d'intention anti-concurrentielle subjective et d'effets d'exclusion raisonnablement prévisibles l'emportait sur la preuve très limitée qui avait été présentée à l'appui des justifications commerciales légitimes alléguées; son analyse n'était pas déraisonnable — Le Tribunal a bien compris l'importance du terme « sensiblement » à l'art. 79(1)c) de la Loi et le critère qu'il devait appliquer pour décider si la pratique de l'appelant concernant les données en litige avait pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT — Il a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative — Le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI — Il était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles; il a conclu que ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence — En s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle; il n'existait donc aucun motif justifiant une intervention à l'égard de la décision prise en application de l'art. 79(1)c) de la Loi — Les motifs d'appel fondés sur la protection des renseignements personnels et sur le droit d'auteur ont été rejetés également — Appel rejeté.*

*Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques — Dans un appel formé à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, l'appelant a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige sur le fondement de la protection des renseignements personnels — Il a affirmé plus spécifiquement que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'art. 79(1)b) de la Loi sur la concurrence, et qu'il était tenu en droit de se conformer à la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE) — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales de l'appelant à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale au sens de l'art. 79(1)b) de la Loi — Le Tribunal a conclu qu'il n'y avait guère d'élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection*

*thus not erring in conclusion reached — Listing Agreement at issue containing clause governing use, distribution of information — PIPEDA only requiring new consent by clients where information used for new purpose, not where information distributed via new methods — Introduction of VOWs not new purpose — Ground of appeal therefore failing.*

*Copyright — Appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain of appellant's information-sharing practices preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area raising copyright issues of real estate information in appellant's MLS database — Whether Act, s. 79(5) precluding appellant, intervener from advancing copyright claim in MLS database — In light of determination that appellant's virtual office website policy anti-competitive, Competition Act, s. 79(5) precluding reliance on copyright as defence to anti-competitive act — This holding sufficient to dispose of appeal in respect of copyright.*

This was an appeal from two decisions of the Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of the appellant prevented competition substantially in the supply of residential real estate brokerage services in the Greater Toronto Area (GTA). The appellant maintains a database of information on current and previously available property listings in the GTA making some of this information available to its members via an electronic data feed. However, some data available in the database is not distributed via the data feed and can only be viewed and distributed through more traditional channels. The respondent said that this disadvantages innovative brokers who would prefer to establish virtual offices resulting in a substantial prevention or lessening of competition in violation of subsection 79(1) of the *Competition Act*. The appellant claimed in particular that the restrictions do not have the effect of substantially preventing or lessening competition and that such restrictions are due to privacy concerns.

*des renseignements personnels des clients de l'appelant, et que la protection des renseignements personnels servait de prétexte à l'appelant pour l'adoption et le maintien des restrictions relatives au « bureau virtuel sur Internet » (BVI) — Le Tribunal a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d'inscription que l'appelant avait utilisée et conclu que les consentements étaient valides — Le rôle du Tribunal était d'interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d'après la LPRPDE — C'est ce qu'il a fait, et il n'y avait aucune erreur dans la conclusion tirée — La convention d'inscription contenait une clause régissant l'utilisation et la diffusion de l'information — La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l'information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu'elle est diffusée par de nouvelles méthodes — L'introduction des BVI ne constituait pas une nouvelle fin — Ce motif d'appel ne pouvait donc être retenu.*

*Droit d'auteur — Appel à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, soulevant des questions de droit d'auteur à l'égard des renseignements immobiliers contenus dans la base de données MLS de l'appelant — Il s'agissait de savoir si l'art. 79(5) de la Loi empêchait l'appelant et l'intervenante d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS — Étant donné qu'il a été décidé que la politique relative aux bureaux virtuels sur Internet était anti-concurrentielle, l'art. 79(5) de la Loi sur la concurrence interdit d'invoquer le droit d'auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel — Cette conclusion était suffisante pour statuer dans l'appel à l'égard du droit d'auteur.*

Il s'agissait d'un appel formé à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto (RGT). L'appelant tient une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre ou qui l'étaient dans la RGT et transmet certaines de ces données à ses membres par voie électronique. Toutefois, d'autres données ne sont pas transmises par voie électronique et ne peuvent être vues et distribuées qu'au moyen de canaux plus traditionnels. Le défendeur a affirmé que cette situation désavantageait les courtiers innovateurs qui préféreraient établir des bureaux virtuels et empêchait ou diminuait sensiblement la concurrence, ce qu'interdit le paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. L'appelant a déclaré plus particulièrement que les restrictions n'avaient pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence et que les restrictions

The appellant is a not-for-profit corporation and is Canada's largest real estate board. It operates an online system for collecting and distributing real estate information among its members. This "Multiple Listing Service" or MLS system is not accessible to the general public. Part of the MLS system is a database (the MLS database) of information on properties including current listings. Many brokers operate sections of their websites called "virtual office websites" or VOWs. The appellant's data feed delivers information to brokers to populate these sections of their websites. Importantly, not all information in the MLS database is included in the data feed. The respondent first applied to the Tribunal, under subsection 79(1) of the Act, for an order prohibiting certain behaviours relating to the appellant's restrictive distribution of digitized data, but this application was dismissed by the Tribunal. However, on appeal, the matter was referred back for reconsideration. The Tribunal made an order granting in part the respondent's application and made another order on the issue of remedy. Those were the decisions under appeal herein.

The Tribunal concluded that the VOW restrictions had adversely affected non-price competition in the relevant market to a degree that was material. In particular, it stated that the aggregate adverse impact of the VOW restrictions on non-price competition had been substantial. It also found that the duration and scope of the restrictions was substantial. Thus, the Tribunal found that all three of the subsection 79(1) requirements had been met and that the VOW restrictions were substantially preventing competition for residential real estate brokerage services in the GTA. Turning to copyright, the Tribunal found that the appellant did not lead sufficient evidence to demonstrate copyright in the MLS database.

The issues were whether the Tribunal erred in finding that the appellant had substantially reduced competition within the meaning of subsection 79(1) of the Act; whether the Tribunal erred in failing to conclude that the appellant's privacy concerns or statutory obligations constituted a business justification within the scope of paragraph 79(1)(b) of the Act; and whether subsection 79(5) of the Act precluded the appellant and intervenor from advancing a claim in copyright in the MLS database.

ont été adoptées par souci pour la protection des renseignements personnels.

L'appellant est une société à but non lucratif et il est la chambre immobilière la plus importante au Canada. Il gère un système en ligne qui recueille et distribue des renseignements immobiliers à ses membres. Ce service interagences, ou système MLS, n'est pas accessible au grand public. Il comporte en partie une base de données (la base de données MLS) contenant des renseignements sur les propriétés, notamment les inscriptions actives. De nombreux courtiers offrent sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI). Les données de l'appellant sont transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter ces sections de leur site Web. Il est important de noter que certains renseignements de la base de données MLS ne sont pas inclus dans cette transmission électronique. Le défendeur a présenté une première demande au Tribunal, en vertu du paragraphe 79(1) de la Loi, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant certains actes de l'appellant liés à la distribution restrictive des données numérisées, mais cette demande a été rejetée par le Tribunal. Toutefois, en appel, l'affaire lui a été renvoyée pour qu'il procède à un nouvel examen. Le Tribunal a rendu une ordonnance accueillant, en partie, la demande du défendeur et a rendu une autre ordonnance sur la question de la réparation. Ces décisions étaient en appel dans la présente affaire.

Le Tribunal a conclu que les restrictions relatives aux BVI ont nui à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante. En particulier, il a conclu que l'incidence négative globale des restrictions relatives aux BVI sur la concurrence hors prix a été substantielle. Il a conclu également que la durée et la portée des restrictions était importante. Par conséquent, le Tribunal a conclu que les trois éléments du paragraphe 79(1) étaient réunis et que les restrictions liées aux BVI empêchaient sensiblement la concurrence des services de courtage immobilier résidentiel dans la RGT. En ce qui a trait au droit d'auteur, le Tribunal a conclu que l'appellant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer un droit d'auteur sur la base de données MLS.

Il s'agissait de déterminer si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appellant avait sensiblement diminué la concurrence, au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 79(1) de la Loi; si le Tribunal a commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales de l'appellant à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale dont il peut être tenu compte dans l'analyse qu'appelle l'alinéa 79(1)(b) de la Loi; et si le paragraphe 79(5) de la Loi empêche l'appellant et l'intervenante d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Subsection 79(1) of the Act sets out the three requirements necessary to establish an abuse of dominant position. Most of the appellant's arguments focussed on paragraphs 79(1)(b) and (c) of the Act. There was no dispute that the appellant's VOW policies constitute a practice in accordance with paragraph 79(1)(b). The Tribunal applied the correct framework respecting paragraph 79(1)(b), stating that it was looking for a predatory, exclusionary, or disciplinary effect on a competitor. The Tribunal found that the evidence of subjective anti-competitive intent and reasonably foreseeable exclusionary effects outweighed the very limited evidence that was adduced in support of the alleged legitimate business justifications that the appellant claimed underpinned the development and implementation of the VOW restrictions and its analysis was not unreasonable.

The requirements of paragraph 79(1)(c) were examined. The alleged anti-competitive practices in this case related to what the appellant does with some of the data from the MLS system and what it allows its members to do with this data. The Tribunal correctly understood the significance of the word "substantially" in paragraph 79(1)(c) and the test it had to apply in determining whether or not, on the facts of this case, the appellant's practice regarding the disputed data was a practice that had the effect of preventing competition substantially in the GTA. The respondent, in seeking a determination under subsection 79(1), did not have a legal obligation to quantify all effects which could be quantified. The Tribunal understood the difference in nature between quantitative and qualitative evidence. On the basis of the qualitative evidence put forward by the respondent, the Tribunal made findings of a number of anti-competitive effects caused by the VOW restrictions. It was the Tribunal's opinion that, "but for" the VOW restrictions, such anti-competitive effects would be considerably lower; it concluded that, when considered in the aggregate, these anti-competitive effects on non-price dimensions amounted to a substantial prevention of competition. The arguments of the appellant and intervenor regarding the Tribunal's reliance on qualitative evidence were without merit. In relying on qualitative evidence for its findings of anti-competitive effects and its ultimate conclusion on substantiality, the Tribunal made no reviewable error and there was no basis to interfere with its determination under paragraph 79(1)(c) of the Act.

The appellant sought to justify its restriction on disclosure of the disputed data on the basis that the privacy concerns of vendors and purchasers constituted a business justification sufficient to escape liability under paragraph 79(1)(b) of the Act. It also asserted that it was required to comply with the *Personal Information Protection and Electronic Documents*

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le paragraphe 79(1) de la Loi énonce les trois éléments qui permettent de démontrer un abus de position dominante. Les principaux arguments de l'appellant portent sur les alinéas 79(1)(b) et c) de la Loi. Il était acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI de l'appellant constituent une pratique conforme à l'alinéa 79(1)(b). Le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l'alinéa 79(1)(b), indiquant qu'il recherchait un effet abusif ou visant une exclusion ou une mise au pas sur un concurrent. Le Tribunal a conclu que la preuve d'intention anti-concurrentielle subjective et d'effets d'exclusion raisonnablement prévisibles l'emportait sur la preuve très limitée qui avait été présentée à l'appui des justifications commerciales légitimes alléguées qui, selon l'appellant, sous-tendaient l'élaboration et la mise en œuvre des restrictions relatives aux BVI, et son analyse n'était pas déraisonnable.

Les exigences de l'alinéa 79(1)(c) ont été examinées. Les pratiques d'agissement anti-concurrentiel avancées dans la présente affaire portaient sur l'utilisation par l'appellant de certaines données du système MLS et sur l'utilisation qu'il en permet à ses membres. Le Tribunal a bien compris l'importance du terme « sensiblement » à l'alinéa 79(1)(c) et le critère qu'il devait appliquer pour décider si, compte tenu des faits, la pratique de l'appellant concernant les données en litige avait bel et bien pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT. S'il demandait qu'une décision soit rendue en application du paragraphe 79(1) le défendeur n'était pas tenu de quantifier tous les effets pouvant l'être. Le Tribunal a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative sur le plan de la nature. En s'appuyant sur la preuve qualitative avancée par le défendeur, le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI. Le Tribunal était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles; le Tribunal a conclu que, globalement, ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence. Les arguments de l'appellant et de l'intervenante quant à la preuve qualitative retenue par le Tribunal étaient dénués de fondement. En s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion ultime quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle et il n'existait aucun motif justifiant une intervention à l'égard de la décision prise en application de l'alinéa 79(1)(c) de la Loi.

L'appellant a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige en affirmant que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'alinéa 79(1)(b) de la Loi. Il a également affirmé qu'il était tenu en droit de se conformer à la *Loi sur la protection*

*Act* (PIPEDA) contending that this statutory requirement constituted a business justification. However, the Tribunal concluded that there was little evidentiary support for the contention that the restrictions were motivated by privacy concerns of the appellant's clients. The Tribunal also found that the privacy concerns were a pretext for the appellant's adoption and maintenance of the VOW restrictions. Regarding the establishment of a business justification within the meaning of paragraph 79(1)(b), in this case the Tribunal assessed the evidence before it according to the correct principles and found it lacking. It concluded that the appellant was motivated by a desire to maintain control over the disputed data in an effort to forestall new forms of competition and not by any efficiency, pro-competition, or genuine privacy concerns.

The Tribunal also examined the nature and scope of the consent clause in the Listing Agreement the appellant used and concluded that the consents were effective. The role of the Tribunal was to interpret the scope of the consents under the ordinary law of contract, as informed by the purpose and objectives of PIPEDA. This is what it did and there was no error in the conclusion reached.

PIPEDA requires that individuals consent to the collection, use, and disclosure of their personal information. The Listing Agreement at issue contained a clause governing the use and distribution of information. This clause was broad and unrestricted. Nothing in the text implied the data would only be used during the time the listing was active. PIPEDA only requires new consent where information is used for a new purpose, not where it is distributed via new methods. The introduction of VOWs was not a new purpose. There was nothing in the evidence that would suggest that the appellant considered that the consents were inadequate or that the appellant drew a distinction between the means of communication of information. When the consents were considered in light of the nature of the privacy interests involved, the Tribunal's conclusion that they were sufficient took on added strength. This ground of appeal therefore failed.

With respect to the issue of copyright in the MLS Database, the ground of appeal that the Tribunal erred in finding that the appellant did not have copyright in the database failed. In light of the determination that the VOW policy was anti-competitive, subsection 79(5) of the Act precludes reliance on copyright as a defence to an anti-competitive act. This was

*des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), faisant valoir que cette exigence légale constituait une justification commerciale. Toutefois, le Tribunal a conclu qu'il n'y avait guère d'élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection des renseignements personnels des clients de l'appellant. Le Tribunal a également conclu que la protection des renseignements personnels servait de prétexte à l'appellant pour l'adoption et le maintien des restrictions relatives aux BVI. En ce qui concerne l'établissement d'une justification commerciale au sens de l'alinéa 79(1)b), dans la présente affaire, le Tribunal a évalué la preuve dont il disposait en appliquant les principes pertinents et l'a jugée lacunaire. Il a conclu que l'appellant était motivé par le désir de maintenir le contrôle sur les données en litige dans le but de parer à toute nouvelle forme de concurrence, et non par des préoccupations fondées sur l'efficacité ou proconcurrentielles ou par un souci véritable de protection des renseignements personnels.

Le Tribunal a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d'inscription que l'appellant avait utilisée et conclu que les consentements étaient valides. Le rôle du Tribunal était d'interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d'après l'objet et les objectifs de la LPRPDE. C'est ce qu'il a fait, et il n'y avait aucune erreur dans la conclusion tirée.

La LPRPDE exige que les personnes consentent à la collecte, à l'utilisation et à la communication de leurs renseignements personnels. La convention d'inscription contenait une clause régissant l'utilisation et la diffusion de l'information. Cette clause était générale et dépourvue de restrictions. Rien dans le libellé n'indiquait que les données ne seraient utilisées que pendant la période durant laquelle l'inscription était active. La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l'information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu'elle est diffusée par de nouvelles méthodes. L'introduction des BVI ne constituait pas une nouvelle fin. Il n'y avait rien dans la preuve qui donnerait à penser que l'appellant estimait que les consentements étaient inadéquats ou qu'il envisageait de manière différente les divers moyens de communication de l'information. Lorsque les consentements étaient examinés à la lumière de la nature des intérêts de protection des renseignements personnels en jeu, la conclusion du Tribunal qu'ils étaient suffisants n'en était que plus solide. Ce motif d'appel ne pouvait donc être retenu.

En ce qui concerne le droit d'auteur sur la base de données MLS, le motif d'appel selon lequel le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appellant n'avait pas de droit d'auteur sur la base de données a été rejeté. Étant donné qu'il a été décidé que la politique relative aux BVI était anti-concurrentielle, le paragraphe 79(5) de la Loi interdit

sufficient to dispose of the appeal in respect of copyright. Moreover, although the Tribunal applied the incorrect legal test to determine whether copyright exists, it was an error of no consequence.

d'invoquer le droit d'auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel. Cette conclusion était suffisante pour statuer dans l'appel à l'égard du droit d'auteur. En outre, bien que le Tribunal ait appliqué le mauvais critère juridique pour décider s'il existait un droit d'auteur, il s'agissait toutefois d'une erreur sans conséquence.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 78, 79, 92, 96(1).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1),(2).  
*Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, rr. 68(2), 69(2).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “compilation”, 5.  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 6.1, Sch. 1, clauses 4.3.1, 4.3.2.

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161.

##### APPLIED:

*Tervita Corporation v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352 (as to standard of review); *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 1 S.C.R. vii; *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] C.C.T.D. No. 17 (QL) (Comp. Trib.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.

##### CONSIDERED:

*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2013 Comp. Trib. 9, 2013 CACT 9 (CanLII); *Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board*, 2014 FCA 29, 456 N.R. 373, leave to appeal to S.C.C. refused [2014] 2 S.C.R. ix; *Nadeau Poultry Farm Limited v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333; *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22 (1997), 154 D.L.R. (4th) 328 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1998] 1 S.C.R. xv; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *Ellis-Don Ltd. v.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 78, 79, 92, 96(1).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 6.1, ann. 1, art. 4.3.1, 4.3.2.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « compilation », 5.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 13(1),(2).  
*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, règles 68(2), 69(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Tervita Corporation c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352 (en ce qui concerne la norme de contrôle); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2007] 1 R.C.S. vii; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] D.T.C.C. n° 17 (QL) (Trib. conc.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2013 Trib. conc. 9, 2013 CACT 9 (CanLII); *Commissaire de la concurrence c. Toronto Real Estate Board*, 2014 CAF 29, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2014] 2 R.C.S. ix; *Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188; *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1998] 1 R.C.S. xv; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC

*Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.*, 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165; *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98; *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, 411 D.L.R. (4th) 385; *ING Bank N.V. v. Canpotex Shipping Services Ltd.*, 2017 FCA 47; *Royal Bank of Canada v. Trang*, 2016 SCC 50, [2016] 2 S.C.R. 412; *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195, (2000), 6 C.P.R. (4th) 211 (C.A.); *Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Ltd. (411travelbuys.ca)*, 2015 FC 18, 473 F.T.R. 38; *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 4 S.C.R. v; *Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48; *Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209.

## REFERRED TO:

*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *CarGurus, Inc. v. Trader Corporation*, 2017 FCA 181; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.); *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293.

## AUTHORS CITED

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.  
 Delisle Ron *et al. Evidence: Principles and Problems*, 11th ed. Toronto: Thompson Reuters, 2015.  
 Paciocco, David and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Thompson Reuters, 2015.

APPEAL from two decisions (2016 Comp. Trib. 7; 2016 Comp. Trib. 8) of the Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of the appellant prevented competition substantially in the

4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Canada (Commissariat à l'information) c. Calian Ltd.*, 2017 CAF 135; *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688; *ING Bank N.V. c. Canpotex Shipping Services Ltd.*, 2017 CAF 47; *Banque Royale du Canada c. Trang*, 2016 CSC 50, [2016] 2 R.C.S. 412; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.); *Red Label Vacations inc. (redtag.ca) c. 411 Travel Buys Limited (411travelbuys.ca)*, 2015 CF 18; *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 4 R.C.S. v; *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, conf. par 2012 CAF 226; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48; *Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *CarGurus, Inc. c. Trader Corporation*, 2017 CAF 181; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.); *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293.

## DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.  
 Delisle Ron *et al. Evidence: Principles and Problems*, 11<sup>e</sup> éd.. Toronto : Thompson Reuters, 2015.  
 Paciocco, David et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7<sup>e</sup> éd. Toronto : Thompson Reuters, 2015.

APPEL à l'encontre de deux décisions (2016 Trib. conc. 7; 2016 Trib. conc. 8) du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appellant

supply of residential real estate brokerage services in the Greater Toronto Area. Appeal dismissed.

empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto. Appel rejeté.

#### APPEARANCES

*William V. Sasso, Jacqueline Horvat and Carol Hitchman* for appellant.  
*John F. Rook Q.C., Andrew D. Little and Emrys Davis* for respondent.  
*Sandra A. Forbes and Michael Finley* for intervener.

#### ONT COMPARU :

*William V. Sasso, Jacqueline Horvat et Carol Hitchman* pour l'appelant.  
*John F. Rook, c.r., Andrew D. Little et Emrys Davis* pour le défendeur.  
*Sandra A. Forbes et Michael Finley* pour l'intervenante.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, *Spark LLP* and *Gardiner Roberts LLP*, Toronto, for appellant.  
*Bennett Jones LLP*, Toronto, for respondent.  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, for intervener.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, *Spark LLP* et *Gardiner Roberts LLP*, Toronto, pour l'appelant.  
*Bennett Jones LLP*, Toronto, pour le défendeur.  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, pour l'intervenante.

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

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

NADON AND RENNIE JJ.A.:

LES JUGES NADON ET RENNIE, J.C.A. :

#### I. Introduction

#### I. Introduction

[1] This is a statutory appeal from two decisions of the Competition Tribunal (the Tribunal) which held that certain information-sharing practices of the Toronto Real Estate Board (TREB) prevented competition substantially in the supply of residential real estate brokerage services in the Greater Toronto Area (GTA): *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 7 (Tribunal Reasons, TR) and *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 8 (the order).

[1] La Cour est saisie d'un appel formé en vertu de la loi à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence (le Tribunal), qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements du Toronto Real Estate Board (TREB) empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto (RGT) (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. conc. 7 (motifs du Tribunal, MT) et *Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. con. 8 (l'ordonnance)).

[2] TREB maintains a database of information on current and previously available property listings in the GTA. TREB makes some of this information available to its members via an electronic data feed, which its members can then use to populate their websites.

[2] Le TREB tient une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre ou qui l'étaient dans la RGT. Le TREB transmet certaines de ces données à ses membres par voie électronique, qu'ils peuvent ensuite charger dans leurs sites Web. Toutefois,

However, some data available in the database is not distributed via the data feed, and can only be viewed and distributed through more traditional channels. The Commissioner of Competition says this disadvantages innovative brokers who would prefer to establish virtual offices, resulting in a substantial prevention or lessening of competition in violation of subsection 79(1) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (*Competition Act*). TREB says that the restrictions do not have the effect of substantially preventing or lessening competition. Furthermore, TREB claims the restrictions are due to privacy concerns and that its brokers' clients have not consented to such disclosure of their information. TREB also claims a copyright interest in the database it has compiled, and that under subsection 79(5) of the *Competition Act*, the assertion of an intellectual property right cannot be an anti-competitive act.

[3] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

## II. Background and Procedural History

[4] TREB, the appellant, is a not-for-profit corporation incorporated under the laws of Ontario. With approximately 46 000 members, it is Canada's largest real estate board. TREB itself is not licensed to trade in real estate and does not do so.

[5] TREB operates an online system for collecting and distributing real estate information among its members. This "Multiple Listing Service" or MLS system is not accessible to the general public. Part of the MLS system is a database (the MLS database) of information on properties, including, *inter alia*: addresses, list prices, interior and exterior photographs, length of time for sale, whether the listing was withdrawn or expired, etc. The information is entered by TREB's member brokers into the system and appears almost instantly on the MLS database. When inputting information, some fields are mandatory and others are optional. The MLS database contains both current listings and an archive of

d'autres données ne sont pas transmises par voie électronique et ne peuvent être vues et distribuées qu'au moyen de canaux plus traditionnels. Le commissaire de la concurrence affirme que cette situation désavantage les courtiers innovateurs qui préféreraient établir des bureaux virtuels et empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ce qu'interdit le paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Le TREB déclare que les restrictions n'ont pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. En outre, le TREB soutient que les restrictions ont été adoptées par souci pour la protection des renseignements personnels et que les clients de ses courtiers n'ont pas consenti à une telle communication de leurs renseignements. Le TREB invoque aussi le droit d'auteur sur la base de données, qu'il a compilée, et rappelle qu'aux termes du paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, la revendication d'un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

## II. Faits et historique procédural

[4] Le TREB, appelant en l'espèce, est une société à but non lucratif constituée en vertu des lois de l'Ontario. Comptant environ 46 000 membres, le TREB est la chambre immobilière la plus importante au Canada. Le TREB lui-même n'est pas autorisé à effectuer des opérations immobilières et ne le fait pas.

[5] Le TREB gère un système en ligne qui recueille et distribue des renseignements immobiliers à ses membres. Ce service interagences, ou système MLS, n'est pas accessible au grand public. Il comporte en partie une base de données (la base de données MLS) contenant des renseignements sur les propriétés, notamment l'adresse, le prix demandé, des photographies intérieures et extérieures, le temps écoulé avant la vente ainsi que l'état de l'inscription, par exemple si elle a été retirée ou a expiré. Les renseignements y sont consignés par les courtiers membres du TREB et sont affichés presque instantanément dans la base de données MLS. Certains champs sont obligatoires et d'autres sont

inactive listings going back to 1986. TREB's members have full access to the database at any time.

[6] Many brokers operate sections of their websites where their clients can log in and view information, called "virtual office websites" or VOWs. TREB's data feed delivers information to brokers to populate these sections of their websites. Importantly, not all information in the MLS database is included in the data feed. Certain data is excluded (the "disputed data"). However, TREB's VOW Policy contains no restriction upon how its members can communicate the same disputed data to their clients through other delivery mechanisms. Consequentially, some information cannot be shared with clients in a VOW, but can be shared with them by other methods, such as in person, by email, or by fax.

[7] In May 2011, the Commissioner first applied to the Tribunal, under subsection 79(1) of the *Competition Act*, for an order prohibiting certain behaviours related to TREB's restrictive distribution of digitized data. The Commissioner alleged that TREB's policies excluded, prevented, or impeded the emergence of innovative business models and service offerings in respect of the supply of residential real estate brokerage services in the GTA.

[8] In April 2013, the Tribunal dismissed the Commissioner's application, finding that the abuse of dominance provisions of the *Competition Act* could not apply to TREB because, as a trade organization, TREB did not compete with its members (*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2013 Comp. Trib. 9, 2013 CACT 9 (CanLII)). However, on appeal in February 2014, this Court set aside the Tribunal's order and referred the matter back for reconsideration, finding that subsection 79(1) of the *Competition Act* could apply to TREB (*Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board*, 2014 FCA 29,

facultatifs. La base de données MLS contient à la fois des inscriptions actives et des inscriptions inactives archivées depuis 1986. Les membres du TREB ont pleinement accès à la base de données en tout temps.

[6] De nombreux courtiers offrent sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI), à laquelle leurs clients peuvent se connecter pour obtenir des renseignements. Les données du TREB sont transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter ces sections de leur site Web. Il est important de noter que certains renseignements de la base de données MLS ne sont pas inclus dans cette transmission électronique. Certaines données sont exclues (les « données en litige »). Toutefois, la politique du TREB relative aux BVI ne restreint pas la façon dont les membres peuvent communiquer les données en litige à leurs clients par d'autres voies. Par conséquent, certains renseignements ne peuvent être communiqués aux clients par un BVI, mais peuvent l'être par d'autres méthodes, notamment de vive voix, par courriel ou par télécopieur.

[7] En mai 2011, le commissaire a présenté une première demande au Tribunal, en vertu du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant certains actes du TREB liés à la distribution restrictive des données numérisées. Selon le commissaire, les politiques du TREB excluaient, empêchaient ou entravaient l'émergence d'offres de services ou de modèles commerciaux novateurs en matière de courtage immobilier résidentiel dans la RGT.

[8] En avril 2013, le Tribunal a rejeté la demande du commissaire, concluant que les dispositions relatives à l'abus de position dominante de la *Loi sur la concurrence* ne pouvaient pas s'appliquer au TREB puisque, en tant qu'organisation professionnelle, il n'entraînait pas en concurrence avec ses membres (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2013 Trib. conc. 9, 2013 CACT 9 (CanLII)). Toutefois, en février 2014, notre Cour a annulé l'ordonnance du Tribunal et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il procède à un nouvel examen, concluant que le paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence* pouvait s'appliquer au TREB

456 N.R. 373 (*TREB FCA 1*), leave to appeal to S.C.C. refused, 35799 (24 July 2014) [[2014] 2 S.C.R. ix].

[9] The matter was reconsidered by a different panel of the Tribunal in the fall of 2015. On April 27, 2016, the Tribunal issued its reasons on the merits and made an order granting, in part, the Commissioner's application (*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 7 [cited above]). The issue of remedy was the subject of a further hearing and order of the Tribunal on June 3, 2016 (*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 8 [cited above]). Those two decisions are now on appeal before this Court.

[10] The intervener in this case is the Canadian Real Estate Association (CREA), a national organization representing the real estate industry in Canada. TREB is a member of CREA. CREA owns the MLS trademarks. The MLS system is operated by local boards (in this case, by TREB) under license from CREA.

### III. The Tribunal Decision

[11] The Tribunal first addressed the abuse of dominance issue by defining the relevant market to be “the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” (TR, at paragraph 161). The Tribunal then addressed the three-part test in subsection 79(1) of the *Competition Act*. For ease of reference, we reproduce the provision here:

#### **Prohibition where abuse of dominant position**

**79 (1)** Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

- (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

(*Commissaire de la concurrence c. Toronto Real Estate Board*, 2014 CAF 29 (*TREB CAF 1*), autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, 35799 (24 juillet 2014) [[2014] 2 R.C.S. ix]).

[9] L'affaire a été réexaminée par une formation différente du Tribunal à l'automne 2015. Le 27 avril 2016, le Tribunal a tranché sur le fond et rendu une ordonnance accueillant, en partie, la demande du commissaire (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. conc. 7 [précitée]). La question de la réparation a fait l'objet d'une autre audience et d'une ordonnance du Tribunal, le 3 juin 2016 (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. conc. 8 [précitée]). Ces deux décisions sont en appel devant nous.

[10] L'intervenante en l'espèce est l'Association canadienne de l'immeuble (ACI), une organisation nationale représentant l'industrie de l'immobilier au Canada. Le TREB est un membre de l'ACI, qui est propriétaire des marques de commerce MLS. Le système MLS est exploité par les chambres immobilières locales (en l'occurrence le TREB) en vertu de licences accordées par l'ACI.

### III. La décision du Tribunal

[11] Le Tribunal a d'abord traité la question de l'abus de position dominante en définissant le marché pertinent ainsi : « la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT » (MT, au paragraphe 161). Le Tribunal a ensuite abordé le critère à trois volets, énoncé au paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. Par souci de commodité, nous reproduisons ci-après la disposition en question :

#### **Ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position dominante**

**79 (1)** Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

- 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 anticoncurrentiels;

(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.

[12] The Tribunal found that TREB “substantially or completely controls the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” and therefore the terms of paragraph 79(1)(a) were met (TR, at paragraph 162).

[13] With respect to paragraph 79(1)(b), the Tribunal found that TREB had engaged in, and continued to engage in a practice of anti-competitive acts (TR, at paragraph 454). TREB took the position that its actions were motivated by concern for the privacy of real estate buyers’ and sellers’ information, and that this concern constituted a legitimate business justification for the VOW restrictions which had to be balanced against the evidence of anti-competitive intent (TR, at paragraphs 21, 285–287 and 321).

[14] In this context, the Tribunal found TREB’s concern with privacy to be unpersuasive. We will turn to this issue in greater detail later in these reasons; suffice to say at this point that, looking at the record before it, the Tribunal found little evidence that TREB’s VOW committee had considered or acted upon privacy concerns before establishing TREB’s VOW Policy (TR, at paragraphs 321, 360 and 390).

[15] Turning to paragraph 79(1)(c), the Tribunal found that the VOW restrictions prevented competition substantially in the market. After describing this branch of the test (TR, at paragraphs 456–483), the Tribunal adopted a “but for” approach to this analysis, comparing the real world with the hypothetical world in which the VOW restrictions did not exist. Thus, in the Tribunal’s view, it was the burden of the Commissioner to adduce evidence to prove “a substantial difference between the level of actual or likely competition in the relevant

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.

[12] Le Tribunal a conclu que, puisque le TREB « contrôle sensiblement ou complètement la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT », les conditions de l’alinéa 79(1)a étaient remplies (MT, au paragraphe 162).

[13] En ce qui a trait à l’alinéa 79(1)b, le Tribunal a conclu que le TREB s’était livré et continuait de se livrer à une pratique d’agissements anti-concurrentiels (MT, au paragraphe 454). TREB a déclaré que ses agissements étaient motivés par le souci de la protection des renseignements personnels des acquéreurs et vendeurs de propriétés. Il s’agissait d’une justification commerciale légitime des restrictions imposées à l’égard des BVI, qu’il fallait mettre en balance avec la preuve d’une intention anti-concurrentielle (MT, aux paragraphes 21, 285–287 et 321).

[14] Dans ce contexte, le Tribunal a conclu que le souci de protection des renseignements personnels allégué n’était pas convaincant. Nous y reviendrons. À ce stade, il suffit de dire qu’au vu du dossier qui avait été présenté au Tribunal, peu d’éléments démontraient que le comité des BVI du TREB s’était soucié de la protection des renseignements personnels ou pris des mesures à cet égard avant d’établir sa Politique relative aux BVI (MT, aux paragraphes 321, 360 et 390).

[15] En ce qui concerne l’alinéa 79(1)c, le Tribunal a conclu que les restrictions liées aux BVI empêchaient sensiblement la concurrence dans le marché. Après avoir décrit ce volet du critère (MT, au paragraphe 456–483), le Tribunal a opté pour une analyse de l’absence hypothétique, comparant le monde réel à un monde hypothétique dépourvu de restrictions liées aux BVI. Par conséquent, de l’avis du Tribunal, il incombait au commissaire de présenter des éléments de preuve pour démontrer « une différence notable entre le niveau de

market in the presence of the impugned practice and the level of competition that likely would have prevailed in the absence of that practice” (TR, at paragraph 482).

[16] In describing the applicable test, the Tribunal made the point that the Commissioner could bring either quantitative or qualitative evidence, or both, to meet his burden. Because of its view that “dynamic competition is generally more difficult to measure and to quantify”, there may be a greater need for the Commissioner to rely on qualitative evidence. This is particularly so in innovation cases. However, the Tribunal also recognized “that it may be more difficult to meet this burden when the Commissioner relies largely on qualitative evidence” (TR, at paragraphs 471 and 470).

[17] After reviewing the parties’ submissions on the evidence with respect to a lessening of competition (TR, at paragraphs 484–499), the Tribunal noted that “there is a high degree of competition in the Relevant Market, as reflected in considerable ongoing entry and exit, a significant degree of discounting activity with respect to net commissions, and a significant level of ongoing technological and other innovation, including with respect to quality and variety and through Internet-based data-sharing vehicles” (TR, at paragraph 501).

[18] Nonetheless, in addressing the “but for” question, the Tribunal found that the VOW restrictions prevented competition in five ways: by increasing barriers to entry and expansion; by increasing costs imposed on VOWs; by reducing the range of brokerage services available in the market; by reducing the quality of brokerage service offerings; and by reducing innovation (TR, at paragraphs 505–619).

[19] However, the Tribunal found that the Commissioner had failed to prove that the VOW restrictions were preventing competition in three other manners: by reducing downward pressure on broker commission rates; by reducing output; and by maintaining incentives

concurrency réel ou vraisemblable sur le marché pertinent si la pratique reprochée est appliquée, et le niveau de concurrence qui aurait vraisemblablement existé en l’absence de cette pratique » (MT, au paragraphe 482).

[16] En décrivant le critère applicable, le Tribunal a souligné que le commissaire pouvait présenter des éléments de preuve quantitatifs ou qualitatifs, ou les deux, pour s’acquitter du fardeau de la preuve. Étant donné l’avis du Tribunal selon lequel « la concurrence dynamique est plus difficile à mesurer et à quantifier », il se peut que le commissaire doive s’appuyer davantage sur des éléments de preuve qualitatifs. C’est notamment le cas dans les affaires portant sur l’innovation. Toutefois, le Tribunal a également reconnu « qu’il pourrait être plus difficile pour le commissaire de s’acquitter de ce fardeau lorsqu’il se fonde en grande partie sur des preuves qualitatives » (MT, aux paragraphes 471 et 470).

[17] Après avoir examiné les observations des parties sur la preuve de diminution de la concurrence (MT, aux paragraphes 484–499), le Tribunal a fait remarquer « qu’il y a un niveau élevé de concurrence sur le marché pertinent, comme le démontrent le taux élevé d’entrée et de sortie, le degré élevé de remise concernant les commissions nettes et un niveau important d’innovation technologique continue et autre qui touche notamment la qualité, la variété ainsi que les modèles de partage de données sur Internet » (MT, au paragraphe 501).

[18] Néanmoins, après avoir analysé la situation n’eût été les restrictions liées aux BVI, le Tribunal a conclu qu’elles empêchaient la concurrence de cinq façons : en multipliant les obstacles à l’entrée et à la participation accrue, en augmentant les coûts imposés aux BVI, en réduisant l’éventail des services de courtage dans le marché, en réduisant la qualité de l’offre de services de courtage et en freinant l’innovation (MT, aux paragraphes 505–619).

[19] Toutefois, le Tribunal a conclu que le commissaire n’avait pas été en mesure de prouver que les restrictions liées aux BVI empêchaient la concurrence de trois autres manières : en réduisant la pression à la baisse sur les taux de commission des courtiers, en

for brokers to steer clients away from inefficient transactions (TR, at paragraphs 620–638).

[20] After satisfying itself that the VOW restrictions were preventing competition in five ways, the Tribunal then addressed the substantiality of those anti-competitive effects. Turning first to magnitude and degree, the Tribunal framed the question as whether “full-information VOW brokerages likely would be hired by significantly more clients as a real estate brokerage, ‘but for’ the *aggregate impact* of the three components of TREB’s practice of anti-competitive acts” as a result of being able to display the disputed data (TR, at paragraph 646 (emphasis in original)).

[21] TREB had argued that without conversion of website viewers into clients, the popularity of a website was irrelevant (TR, at paragraphs 645 and 648). However, the Tribunal found that website innovation could also be relevant if it spurred other competitors to compete (TR, at paragraph 649).

[22] After noting that the Commissioner had failed to conduct an empirical assessment with regard to local markets where sold information (the final price at which a house sold) was available through VOWs and other local markets where such information was not available through VOWs, the Tribunal declined to draw the adverse inference against the Commissioner which TREB argued it should draw. The Tribunal noted that “as a statutory authority, the Commissioner has to be prudent with, and make difficult decisions regarding the allocation of, the limited public funds available for administering and enforcing the Act at any given time” (TR, at paragraph 656).

[23] The Tribunal also considered, in refusing to draw the inference, the fact that the Commissioner’s expert, Dr. Vistnes, had advised the Commissioner that an

réduisant les ventes et en encourageant les courtiers à éloigner les clients des opérations non rentables (MT, au paragraphes 620–638).

[20] Après avoir conclu que les restrictions liées aux BVI empêchaient la concurrence de cinq façons, le Tribunal s’est demandé si elles l’empêchaient sensiblement. Examinant d’abord l’importance et la portée de ces effets, le Tribunal a énoncé ainsi la question :savoir si un plus grand nombre de clients est susceptible de faire appel aux services des maisons de courtage dotées d’un BV fournissant des renseignements complets en tant que maison de courtage immobilier, n’eût été *l’incidence générale* des droits éléments de la pratique d’agissements anti-concurrentiels imposée par le TREB » s’ils avaient été en mesure d’afficher les données en litige ? (MT, au paragraphe 646) [les caractères italiques dans l’original].

[21] Selon le TREB, à défaut d’une conversion de visiteurs en clients, la popularité d’un site Web n’était guère pertinente (MT, au paragraphes 645 et 648). Toutefois, le Tribunal a conclu que l’innovation d’un site Web pouvait aussi être pertinente si elle encourageait d’autres concurrents à faire concurrence (MT, au paragraphe 649).

[22] Après avoir noté que le commissaire n’avait pas effectué d’évaluation empirique comparant les marchés locaux où les renseignements sur le prix de vente (le prix de vente final d’une propriété) étaient à la disposition des BVI à d’autres marchés locaux où les BVI ne disposaient pas de ce type de renseignements, le Tribunal a refusé de tirer la conclusion défavorable à l’endroit du commissaire que le TREB l’exhortait à tirer. Le Tribunal a fait la remarque suivante « la loi confère au commissaire et que celui-ci doit, en tout temps, faire preuve de prudence et prendre des décisions difficiles concernant l’allocation des fonds publics limités pour l’application et l’exécution de la Loi » (MT, au paragraphe 656).

[23] En refusant de tirer la conclusion défavorable souhaitée par le TREB, le Tribunal a également tenu compte de l’avis de l’expert du commissaire, M. Vistnes,

empirical assessment would be costly, difficult, and of little value. Notwithstanding its refusal to draw the adverse inference sought by TREB, the Tribunal made it clear that the Commissioner continued to bear the burden of proving that the required elements of his application were met which “may well be a more challenging task in the absence of quantitative evidence” (TR, at paragraph 656).

[24] The Tribunal then stated that it was prepared to draw an adverse inference against the Commissioner in regard to the testimony of two of its witnesses, Messrs. Nagel and McMullin, whose brokerages (respectively Redfin Corporation and Viewpoint Realty Services Inc.) conducted business in areas where the disputed data was available and in other areas where such data was not available (Nova Scotia and parts of the United States). Because neither witness presented evidence with regard to these other markets, the Tribunal inferred that the conversion rates of those websites would not be helpful to the Commissioner’s case. However, the Tribunal then noted that it would not give much weight to its inference because of Dr. Vistnes’ opinion that the low conversion rates could be the result of local differences in the relevant markets.

[25] The Tribunal also commented that “even a limited comparison between one local U.S. market where sold information is available and one local U.S. market where such information is not available may have been at least somewhat helpful”, adding that the same comment applied to Nova Scotia with respect to pending sold prices. The Tribunal also commented that the absence of such a comparison made its task with regard to the “substantiality” element of paragraph 79(1)(c) much more difficult. The Tribunal concluded by saying that the absence of such comparison “resulted in this case being much more of a ‘close call,’ than it otherwise may have been” (TR, at paragraph 658).

[26] However, the Tribunal highlighted the little weight it gave to the low conversion rates [TR, at paragraph 662]:

selon qui une évaluation empirique serait coûteuse, difficile et d’une utilité limitée. Quoi qu’il en soit, le Tribunal a indiqué clairement qu’il incombaît toujours au commissaire de prouver les éléments requis de sa demande, une tâche susceptible « qui pourrait bien s’avérer une tâche plus difficile en l’absence d’une preuve quantitative » (MT, au paragraphe 656).

[24] Le Tribunal a également indiqué qu’il était prêt à tirer une conclusion défavorable au commissaire relativement à la déposition de deux de ses témoins, à savoir MM. Nagel et McMullin, dont les maisons de courtage (Redfin Corporation et Viewpoint Realty Services Inc. respectivement) faisaient affaire dans des régions où les données en litige sont communiquées et dans d’autres régions où elles ne le sont pas (en Nouvelle-Écosse et dans certaines parties des États-Unis). Puisque ni l’un ni l’autre témoin n’a abordé ces autres marchés, le Tribunal a inféré que les taux de conversion de leurs sites Web n’amèneraient pas d’eau au moulin du commissaire. Cependant, le Tribunal a ensuite fait remarquer qu’il ne donnerait pas beaucoup de poids à cette inférence en raison de l’avis de M. Vistnes selon lequel les faibles taux de conversion pouvaient découler de différences locales dans les marchés pertinents.

[25] Le Tribunal a aussi indiqué que « même une comparaison limitée entre un marché américain local où des renseignements sur les propriétés vendues sont disponibles et un marché américain local où de tels renseignements ne le sont pas aurait pu avoir une certaine utilité », ajoutant que le même commentaire s’appliquait à la Nouvelle-Écosse en ce qui concerne les prix consignés avant conclusion de l’acte de vente. Le Tribunal a aussi souligné que l’absence d’une telle comparaison lui compliquait beaucoup l’analyse de l’effet sensible qu’appelle l’alinéa 79(1)c). Le Tribunal a conclu en affirmant que l’absence d’une telle comparaison rendait le litige beaucoup moins évident qu’il aurait pu l’être (MT, au paragraphe 658).

[26] Toutefois, le Tribunal a souligné le peu de poids qu’il avait accordé aux faibles taux de conversion [MT, au paragraphe 662] :

The Tribunal does not accord much significance to the fact that the low conversion rates of firms such as ViewPoint, Redfin and TheRedPin suggest that many consumers are evidently treating the information available on their websites as complements to the information available from the (different) broker they ultimately use to list or purchase their home. The fact remains that the innovative tools, features and other services available on those websites is assisting them to compete, and is forcing traditional brokerages to respond.

In other words, if we understand the Tribunal correctly, it was not prepared to, in effect, give any weight to the fact that the conversion rates of ViewPoint, Redfin, and TheRedPin were not significant. However, later in its reasons, the Tribunal makes the finding that if the disputed data were available to these firms in the GTA, they likely would have been successful in converting “an increasing and significant number of website users into clients.” Paragraph 676 reads:

The Tribunal concludes that being able to obtain sold information from the VOW Data Feed, and to work with that data as they see fit, would likely enable full-information VOWs, including ViewPoint and those such as TheRedPin who would like to become full-information VOWs, to convert an increasing and significant number of website users into clients.

[27] Then, in dealing with the issue of qualitative evidence, the Tribunal made six observations based on the evidence adduced on behalf of the Commissioner [TR, at paragraphs 666–670 and 672]:

First ... the Disputed Data is very important, if not critical, in assisting Internet-based brokerages to distinguish themselves from incumbent traditional brokerages....

Second, home purchasers and sellers value being able to obtain information with respect to sold prices, the conditional sale status of homes in the market, firm “pending sold” information, [withdrawn, expired, suspended or terminated] listings and cooperating broker commissions *prior to* meeting with their broker/agent, or

Le Tribunal n’accorde pas trop d’importance au fait que le faible taux de transformation des maisons de courtage, telles que ViewPoint, Redfin et TheRedPin, démontre que de nombreux consommateurs traitent évidemment les renseignements disponibles sur leurs sites Web comme étant des compléments aux renseignements disponibles auprès de la maison de courtage (différente) dont ils retiendront ultimement les services pour inscrire ou pour acheter leur propriété résidentielle. Il n’en demeure pas moins que les outils innovateurs, les caractéristiques et les autres services disponibles sur ces sites Web les aident à faire concurrence, et forcent les maisons de courtage traditionnelles à réagir.

Autrement dit, si nous comprenons bien, le Tribunal n’était pas disposé, dans les faits, à accorder du poids au fait que les taux de conversion de ViewPoint, Redfin et TheRedPin n’étaient pas importants. Toutefois, plus loin dans ses motifs, le Tribunal constate que si les données en litige avaient été à la disposition de ces sociétés dans la RGT, elles auraient probablement réussi à convertir « un nombre de plus en plus important d’utilisateurs de leurs sites Web ». Nous citons ci-après le paragraphe 676 :

Le Tribunal conclut que la possibilité d’obtenir dans le flux de données des BV des renseignements sur le prix de vente et de travailler à leur gré avec ces données, permettrait probablement aux BV fournissant des renseignements complets, notamment ViewPoint et les autres maisons de courtage comme TheRedPin qui souhaiteraient devenir des BV fournissant des renseignements complets, de transformer en clients un nombre de plus en plus important d’utilisateurs de leurs sites Web.

[27] Ensuite, en ce qui a trait à la preuve qualitative, le Tribunal a fait six observations fondées sur les éléments de preuve présentés au nom du commissaire [MT, aux paragraphes 666–670 et 672] :

Premièrement [...] les données en litige sont très importantes, voire cruciales, pour ce qui est de permettre aux maisons de courtage faisant affaire sur Internet de se démarquer des maisons de courtage traditionnelles. [...]

Deuxièmement, les acheteurs et les vendeurs de propriétés résidentielles apprécient de pouvoir obtenir des renseignements sur le prix de vente des propriétés, les propriétés dans le marché faisant l’objet d’une vente conditionnelle, les renseignements sur les propriétés dont la vente n’est pas conclue, les inscriptions REST

in any event *prior to* finalizing the listing price of their homes or making an offer on a home.

Third, an inability to display and use the Disputed Data to develop innovative products has been preventing, and is likely to continue to prevent, ViewPoint from entering the Relevant Market. This has also prevented Realosophy and TheRedPin from growing as much as they likely would have grown .... this also prevented Sam & Andy from expanding within the Relevant Market, and prevented their brokerage customers from doing the same.

Fourth, ViewPoint, Realosophy and TheRedPin are Internet-based innovative brokerages that, in aggregate, likely would have introduced a considerably broader range of brokerage services, increased the quality of some important services (such as CMAs), benefited from lower operating costs and considerably increased the overall level of innovation in the Relevant Market, “but for” the VOW Restrictions. ...

Fifth, the VOW Restrictions have erected barriers to the entry and expansion of innovative brokers in the Relevant Markets. ...

...

Sixth, the VOW Restrictions have stifled innovation in the supply of Internet-based real estate brokerage services in the GTA. [Emphasis in original.]

[28] The Tribunal then discussed the importance of the disputed data fields to brokers and consumers, finding that sold data, pending and conditional solds, and withdrawn, expired, suspended or terminated listings were valued by home buyers and sellers (TR, at paragraphs 675–685). In the Tribunal’s opinion, making cooperating broker commissions available would also increase transparency in the market and would allow brokers to distinguish themselves by providing more information (TR, at paragraphs 686–690).

et les commissions des courtiers collaborateurs *avant* de rencontrer leur courtier/agent, ou, en tout état de cause, *avant* d’établir de façon définitive le prix de vente de leurs propriétés ou de faire une offre sur une propriété résidentielle.

Troisièmement, l’incapacité d’afficher et d’utiliser les données en litige afin de créer des produits novateurs a empêché, et empêchera probablement, ViewPoint d’entrer dans le marché pertinent. Cela a également empêché Realosophy et TheRedPin de croître autant qu’elles auraient probablement pu, et cela continuera probablement de les empêcher de croître autant qu’elles le pourraient [...] cela a également empêché Sam & Andy de prendre de l’expansion dans le marché pertinent et empêché les clients de leurs maisons de courtage de prendre également de l’expansion.

Quatrièmement, ViewPoint, Realosophy et TheRedPin sont des maisons de courtage faisant affaire sur Internet qui, dans l’ensemble, auraient probablement introduit une gamme beaucoup plus large de services de courtage, auraient amélioré la qualité de certains services importants (comme les ACM), auraient profité de la réduction des coûts d’exploitation et auraient accru sensiblement le niveau global d’innovation dans le marché pertinent, n’eût été les restrictions relatives aux BV. [...]

Cinquièmement, les restrictions relatives aux BV ont érigé des obstacles à l’entrée et à la croissance des maisons de courtage novatrices dans le marché pertinent [...]

[...]

Sixièmement, les restrictions relatives aux BV ont freiné l’innovation dans l’offre de services de courtage immobilier résidentiel basés sur Internet dans la RGT. [Italiques dans l’original.]

[28] Le Tribunal a ensuite abordé l’importance des données en litige pour les courtiers et les consommateurs. Il a conclu que les données sur les prix de vente, les prix consignés avant conclusion de l’acte de vente et pour vente conditionnelle, et sur les inscriptions retirées, expirées, suspendues ou annulées étaient considérées comme utiles par les acquéreurs et les vendeurs de biens immobiliers (MT, aux paragraphes 675–685). Selon le Tribunal, communiquer le montant des commissions des courtiers collaborateurs accroîtrait aussi la transparence dans le marché et permettrait aux courtiers de se démarquer en offrant plus de renseignements (MT, aux paragraphes 686–690).

[29] The Tribunal then reviewed counterarguments to its above findings. The Tribunal did not find significant that some VOW operators in Nova Scotia, which does not have any VOW restrictions, had abandoned their VOWs (TR, at paragraph 693). Likewise, the Tribunal did not find significant the fact that statistics from the National Association of Realtors in the United States indicated that customers did not value the disputed data fields that highly (TR, at paragraphs 694–696). The Tribunal noted that in the United States, where sold information was “widely displayed by competitor websites”, the National Association of Realtors had started displaying sold information on what appeared to be its official website (TR, at paragraph 700). In addition, the Tribunal was satisfied that the fact that brokers displayed the disputed data when permitted indicated that that information was of value to home buyers; otherwise brokers would not display it (TR, at paragraph 701).

[30] The Tribunal stated its conclusion on the magnitude of the effect of the VOW restrictions on competition in the following way [TR, at paragraph 702]:

For the reasons set forth above, the Tribunal concludes that the VOW Restrictions have adversely affected non-price competition in the Relevant Market to a degree that is material. Indeed, the Tribunal concludes that the aggregate adverse impact of the VOW Restrictions on non-price competition has been substantial, having regard to the considerable negative effect on the range of brokerage services, the negative effect on the quality of service offerings, and the considerable adverse impact on innovation in the Relevant Market. In the absence of an order, this substantial adverse impact is likely to continue. The Tribunal has reached this conclusion despite the fact that, the quantitative evidence on commission rates does not indicate that net commissions for real estate brokerage services were, are or likely would be, materially higher than in the absence of the VOW Restrictions. [Emphasis added.]

[31] Then, turning to duration and scope, the Tribunal found that, as the VOW restrictions had been in place since 2011, the duration was substantial. Likewise, as the effects were present throughout the GTA, a substantial part of the market was impacted (TR, at paragraphs 703–704).

[29] Le Tribunal a ensuite examiné les arguments contraires à ses conclusions, reproduites plus haut. Il n’a pas jugé important que certains exploitants de BVI en Nouvelle-Écosse, où il n’y a pas de restrictions à cet égard, aient abandonné leurs BVI (MT, au paragraphe 693) et que, selon les statistiques émanant de la National Association of Realtors aux États-Unis, les clients n’accordaient pas une grande valeur aux données en litige (MT, aux paragraphes 694–696). Le Tribunal a fait remarquer qu’aux États-Unis, où le prix de vente est « affiché par des sites Web concurrents », la National Association of Realtors avait commencé à afficher le prix de vente sur ce qui semblait être son site Web officiel (MT, au paragraphe 700). En outre, le Tribunal était convaincu que, si les courtiers affichaient les données en litige lorsqu’ils étaient autorisés à le faire c’est que cette information avait de la valeur pour les acquéreurs d’un bien immobilier, car ils ne le feraient pas autrement (MT, au paragraphe 701).

[30] Le Tribunal a formulé ainsi sa conclusion sur l’ampleur de l’effet des restrictions liées aux BVI sur la concurrence [MT, au paragraphe 702] :

Pour les motifs énoncés ci-dessus, le Tribunal conclut que les restrictions relatives aux BV ont nui à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante. En effet, le Tribunal conclut que l’incidence négative globale des restrictions relatives aux BV sur la concurrence hors prix a été substantielle, compte tenu de l’effet négatif considérable sur la gamme des services de courtage, de l’effet négatif sur la qualité des offres de service et de l’incidence négative considérable sur l’innovation dans le marché pertinent. En l’absence d’une ordonnance, cette incidence négative substantielle risque de continuer. Le Tribunal a tiré cette conclusion malgré le fait que la preuve quantitative sur les taux de commission n’indique pas que les commissions nettes pour les services de courtage immobilier étaient, sont ou seraient vraisemblablement nettement plus élevées qu’en l’absence des restrictions relatives aux BV. [Non souligné dans l’original.]

[31] Ensuite, au sujet de la durée et de la portée des effets, le Tribunal a conclu que, puisque les restrictions liées aux BVI étaient en place depuis 2011, leur durée était importante. De même, comme les effets ont été ressentis dans toute la RGT, une partie importante du marché a été touchée (MT, aux paragraphes 703–704).

[32] Thus, the Tribunal found that all three of the subsection 79(1) requirements had been met and that the VOW restrictions were substantially preventing competition for residential real estate brokerage services in the GTA. At paragraphs 705 to 715 of its reasons, the Tribunal summarized its views on the three elements of subsection 79(1).

[33] Turning to copyright, the Tribunal found that TREB did not lead sufficient evidence to demonstrate copyright in the MLS database. Copyright in a database exists where the “selection or arrangement of data” is original (TR, at paragraph 732). The Tribunal found that TREB’s evidence did not speak to skill and judgment in compiling the database, but rather illustrated that it was a more mechanical exercise. The Tribunal pointed to many facts including: TREB did not present witnesses on the arrangement of the data; a third party corrects errors in the database; contracts referencing copyright are not evidence that copyright exists; members provide the information which is uploaded “almost instantaneously” to the database; TREB’s database is in line with industry norms across Canada; and creating rules on accuracy and quality of the information does not reflect the originality of the work (TR, at paragraph 737).

[34] In the alternative, the Tribunal found that, even if TREB had copyright in the database, it would not enjoy the protection offered by subsection 79(5) because TREB’s conduct amounted to more than the “mere exercise” of its intellectual property rights (TR, at paragraphs 720–721 and 746–758).

#### IV. Issues

[35] In order to dispose of this appeal, we must determine the three following issues:

1. Did the Tribunal err in finding that TREB had substantially reduced competition within the

[32] Par conséquent, le Tribunal a conclu que les trois éléments du paragraphe 79(1) étaient réunis et que les restrictions liées aux BVI empêchaient sensiblement la concurrence des services de courtage immobilier résidentiel dans la RGT. Aux paragraphes 705 à 715 de ses motifs, le Tribunal résume ses conclusions sur les trois éléments de la disposition.

[33] En ce qui a trait au droit d’auteur, le Tribunal a conclu que le TREB n’avait pas présenté suffisamment d’éléments de preuve pour démontrer un droit d’auteur sur la base de données MLS. Un droit d’auteur sur une base de données existe lorsque « le choix ou [...] l’agencement [...] [des] données » est original (MT, au paragraphe 732). Le Tribunal était d’avis que la preuve déposée par le TREB démontrait, non pas l’exercice de talent et de jugement dans la compilation de la base de données, mais plutôt un exercice de nature mécanique. Le Tribunal a souligné de nombreux faits, dont les suivants : le TREB n’a convoqué personne pour témoigner sur l’agencement des données; un tiers corrige les erreurs dans la base de données; des contrats évoquant un droit d’auteur ne constituent pas une preuve de l’existence d’un tel droit; les membres fournissent les données qui sont téléchargées « presque instantanément » dans la base de données; la base de données du TREB est conforme aux normes du secteur pan-canadiennes et la création de règles sur l’exactitude et la qualité de l’information ne témoigne pas de l’originalité de l’œuvre (MT, au paragraphe 737).

[34] Subsidiairement, le Tribunal était d’avis que, même si le TREB avait un droit d’auteur sur la base de données, il ne bénéficierait pas de la protection garantie par le paragraphe 79(5) puisque les agissements du TREB ne résultaient pas « du seul fait de l’exercice » de ses droits en matière de propriété intellectuelle (MT, aux paragraphes 720–721 et 746–758).

#### IV. Les questions en litige

[35] Pour statuer dans l’appel, nous devons trancher les trois questions suivantes :

1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le TREB avait sensiblement diminué la

meaning of subsection 79(1) of the *Competition Act*?

2. Did the Tribunal err in failing to conclude that TREB's privacy concerns or statutory obligations constituted a business justification within the scope of paragraph 79(1)(b)?
3. Does subsection 79(5) of the *Competition Act* preclude TREB and CREA from advancing a claim in copyright in the MLS database? If not, did the Tribunal err in its consideration of TREB's claim of copyright?

#### V. Analysis

##### A. *Standard of Review*

[36] Before addressing the three issues, a few words on the standard of review are necessary.

[37] There is a statutory right of appeal to this Court from decisions of the Tribunal. Subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19 (*Competition Tribunal Act*) provides that any decision or order can be appealed "as if it were a judgment of the Federal Court." In *Tervita Corporation v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352 (*Tervita FCA*), our Court held that questions of law arising from decisions of the Tribunal were to be reviewed on the standard of correctness (TR, at paragraphs 53–59; see also *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185, at paragraph 88). That determination was upheld by the Supreme Court of Canada in *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161 (*Tervita SCC*).

[38] As to questions of mixed fact and law, the Supreme Court in *Tervita SCC* also upheld this Court's

concurrency, au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*?

2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales du TREB à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale dont il peut être tenu compte dans l'analyse qu'appelle l'alinéa 79(1)b)?
3. Le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* empêche-t-il le TREB et l'ACI d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS? Sinon, le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son examen du droit d'auteur invoqué par le TREB?

#### V. Analyse

##### A. *Norme de contrôle*

[36] Avant de répondre aux trois questions, quelques mots s'imposent sur la norme de contrôle.

[37] La loi prévoit un droit d'appel des décisions du Tribunal devant notre Cour. Le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, dispose que les décisions ou ordonnances du Tribunal sont susceptibles d'appel « tout comme s'il s'agissait de jugements de la Cour fédérale ». Dans l'affaire *Tervita Corporation c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352 (*Tervita CAF*), la Cour affirme que les questions de droit émanant des décisions du Tribunal sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte (MT, aux paragraphes 53–59; voir également *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185, au paragraphe 88 ). Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161 (*Tervita CSC*).

[38] Quant aux questions mixtes de fait et de droit, la Cour suprême dans l'arrêt *Tervita CSC* confirme aussi la

determination in *Tervita FCA* that such questions were to be determined on the standard of reasonableness. With regard to questions of fact, leave of this Court is required (*Competition Tribunal Act*, subsection 13(2)). In the present matter, no such leave was sought and consequently we cannot interfere with the Tribunal's findings of fact (see *CarGurus, Inc. v. Trader Corporation*, 2017 FCA 181, at paragraph 17; *Nadeau Poultry Farm Limited v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333 (*Nadeau Poultry Farm*), at paragraph 47).

### B. Substantial Reduction in Competition

#### (1) TREB's and CREA's Submissions

[39] TREB submits that the Tribunal erred in finding that the test under subsection 79(1) of the *Competition Act* was made out. In its view, the Commissioner bore the burden of proving each element of the test and did not discharge that burden on any of the three elements.

[40] TREB asserts that since it does not control the relevant market, paragraph 79(1)(a) has not been established.

[41] TREB submits that it did not act with the necessary anti-competitive purpose, therefore the Tribunal erred in finding that paragraph 79(1)(b) was made out. In its view, the VOW Policy was meant to allow its members to offer VOWs and thus reach a greater range of potential buyers. The exclusion of some data from the data feed was made for legitimate privacy related reasons.

[42] With respect to paragraph 79(1)(c), TREB submits that the Tribunal erred in accepting speculative qualitative evidence. Actual quantitative evidence was available and should have been brought forward by the Commissioner. His failure to do so should have led the Tribunal to make an adverse inference against him. CREA, the intervener, agrees with TREB's submissions on these three points.

conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Tervita CAF* que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Pour ce qui est des questions de fait, l'appel est subordonné à l'autorisation de la Cour (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, paragraphe 13(2)). En l'espèce, aucune autorisation n'a été demandée et, par conséquent, nous ne pouvons pas modifier les conclusions de fait tirées par le Tribunal (voir *CarGurus, Inc. c. Trader Corporation*, 2017 CAF 181, au paragraphe 17; *Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188 (*Nadeau Ferme Avicole*), au paragraphe 47).

### B. Diminution sensible de la concurrence

#### 1) Observations du TREB et de l'ACI

[39] Le TREB soutient que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il avait été satisfait au critère énoncé au paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. Le TREB est d'avis qu'il incombait au commissaire de prouver chaque élément du critère et qu'il ne s'était acquitté de ce fardeau pour aucun des trois éléments.

[40] Le TREB affirme que, puisqu'il ne contrôle pas le marché pertinent, il n'est pas satisfait à l'alinéa 79(1)a).

[41] Le TREB soutient qu'il n'avait pas agi dans un dessein anti-concurrentiel, ce qu'il faut démontrer. Par conséquent, le Tribunal a conclu à tort qu'il avait été satisfait à l'alinéa 79(1)b). Selon le TREB, la politique relative aux BVI avait pour but de permettre à ses membres d'offrir des BVI et d'attirer ainsi davantage d'acquéreurs potentiels. L'exclusion de certaines données de la transmission électronique était justifiée par des soucis légitimes de protection des renseignements personnels.

[42] En ce qui concerne l'alinéa 79(1)c), le TREB fait valoir que le Tribunal a eu tort d'accepter des éléments de preuve qualitatifs hypothétiques. De réels éléments de preuve quantitatifs étaient à la disposition du commissaire, qui aurait dû les présenter. Cette omission aurait dû amener le Tribunal à tirer une conclusion défavorable à son endroit. L'ACI, intervenante en l'espèce, souscrit aux observations du TREB sur ces trois points.

[43] CREA further argues that the Tribunal read out, for all intents and purposes, the requirement of “substantiality” from the subsection 79(1) test. In its view, statements by brokers are insufficient to establish that access to the disputed data would increase competition substantially. While access to the disputed data may help brokers improve their services, this is not equivalent to a competitive benefit. CREA points to other evidence it claims demonstrates that brokers operating with the current VOW data feed are equally or more competitive than those with access to more data. Furthermore, CREA asserts that there is no proven link between broker success and receiving more data.

## (2) The Commissioner’s Submissions

[44] The Commissioner asserts that TREB’s policies regarding the disputed data comprise at least three acts that constitute an anti-competitive practice, as quoted by the Tribunal at paragraph 320 of its reasons:

- i. The exclusion of the Disputed Data from TREB’s VOW Data Feed;
- ii. Provisions in TREB’s VOW Policy and Rules that prohibit Members who want to provide services through a VOW from using the information included in the VOW Data Feed for any purpose other than display on a website; and
- iii. Prohibiting TREB’s Members from displaying certain information, including the Disputed Data, on their VOWs .... This prohibition is reinforced by terms in TREB’s Data Feed Agreement that limit the use of the MLS data in the VOW Data Feed to a purpose that is narrower than the corresponding provision in the [authorized user agreement] that applies to Members using the Stratus system.

[45] In other words, the Commissioner argues that it is anti-competitive to prohibit the disputed data from being distributed via the data feed.

[43] L’ACI prétend en outre que le Tribunal a négligé dans les faits le volet relatif à un effet sensible du critère énoncé au paragraphe 79(1). L’ACI est d’avis que les déclarations des courtiers ne permettent pas de démontrer que l’accès aux données en litige aurait pour effet d’augmenter sensiblement la concurrence. Certes, l’accès aux données en litige pourrait aider les courtiers à améliorer leurs services, mais il ne s’agit pas d’un avantage favorisant la concurrence. L’ACI souligne d’autres éléments de preuve qui, selon elle, démontrent que les courtiers qui utilisent la transmission électronique directe aux BVI dans sa forme actuelle sont tout aussi concurrentiels, voire plus, que ceux qui ont à leur portée davantage de données. En outre, l’ACI affirme que rien ne démontre que la réussite d’un courtier est subordonnée à la communication de données supplémentaires.

## 2) Les observations du commissaire

[44] Le commissaire affirme que les politiques du TREB concernant les données en litige prévoient au moins trois agissements qui constituent une pratique anti-concurrentielle. Le Tribunal les reproduit au paragraphe 320 de ses motifs :

- i. L’exclusion des données en litige du flux de données des BV fourni par le TREB;
- ii. Les dispositions de la politique et des règles sur les BV établies par le TREB qui empêchent les membres qui veulent fournir des services par l’intermédiaire d’un BV d’utiliser l’information incluse dans le flux de données des BV pour toutes fins autres que l’affichage sur un site Web;
- iii. Le fait d’interdire aux membres du TREB d’afficher certaines informations sur leurs BV, y compris les données en litige [...] Cette interdiction est renforcée par les modalités de l’Entente relative aux flux de données fourni par le TREB qui limitent l’utilisation des données du SIA dans le flux des données des BV à une fin qui est plus étroite que la disposition correspondante dans l’EUA [l’entente de l’utilisateur autorisé] qui s’applique aux membres utilisant le système Stratus [...]

[45] Autrement dit, selon le commissaire, il est anti-concurrentiel d’interdire la distribution des données en litige au moyen de la transmission électronique directe.

[46] The Commissioner further submits that the Tribunal's paragraph 79(1)(b) analysis is reasonable, entitled to deference, and supported by the evidence. The Tribunal applied the correct legal test, and its finding regarding TREB's purpose in implementing the VOW restrictions is one of fact, and therefore not reviewable on this appeal. In the alternative, the Commissioner submits that the facts indicate that the Tribunal's finding on this point was reasonable. The Tribunal looked at the evidence as a whole and determined that, while privacy concerns were mentioned at TREB's VOW taskforce meetings, they were not a principal motivating factor. Furthermore, this finding turned on a credibility assessment of the testimony of Mr. Richardson, TREB's CEO, which is entitled to deference.

[47] Regarding paragraph 79(1)(c), the Commissioner submits that the Tribunal once again applied the correct legal test. TREB and CREA misstate the law when they say that the Commissioner must provide quantitative evidence to prove a substantial lessening or prevention of competition. In the Commissioner's view, this position is not supported by the case law. The Commissioner differentiates *Tervita SCC*, which found quantification necessary for a merger test under a different section of the *Competition Act*, namely subsection 96(1). Indeed, according to the Commissioner, non-price effects such as service quality, range of products, and innovation are not amenable to quantification. The Commissioner submits that TREB and CREA are de facto arguing that he has a legal burden to quantify the substantial lessening or preventing of competition. In addition, the Commissioner says that the Tribunal's refusal to draw an adverse inference against him on this point is entitled to deference.

### (3) The Abuse of Dominance Framework

[48] Subsection 79(1), which is reproduced at paragraph 11 above, sets out the three requirements necessary to establish an abuse of dominant position. The

[46] Le commissaire soutient en outre que l'analyse de l'alinéa 79(1)b) par le Tribunal est raisonnable, emporte la déférence et est étayée par la preuve. Le Tribunal a appliqué le critère juridique approprié, et sa conclusion sur la raison d'être des restrictions relatives aux BVI établies par le TREB est une conclusion de fait. Elle échappe donc à la portée du présent appel. Subsidiairement, de l'avis du commissaire, la conclusion tirée par le Tribunal sur ce point était raisonnable au vu des faits. Le Tribunal a examiné la preuve dans son ensemble et a décidé que, bien que des réserves à l'égard de la protection des renseignements personnels aient été soulevées aux réunions du groupe de travail sur les BVI du TREB, elles ne constituaient pas la principale motivation. En outre, cette conclusion reposait sur une évaluation de la crédibilité du témoignage de M. Richardson, le PDG de TREB, une conclusion qui commande la déférence.

[47] Le commissaire est d'avis que le Tribunal a également appliqué le bon critère juridique à l'analyse portant sur l'alinéa 79(1)c). Selon lui, le TREB et l'ACI font un exposé erroné du droit en affirmant qu'il devait fournir des éléments de preuve quantitatifs pour démontrer qu'on avait diminué ou empêché sensiblement la concurrence. Selon le commissaire, un tel argument n'est pas étayé par la jurisprudence. Le commissaire établit une distinction d'avec l'arrêt *Tervita CSC*, dans lequel la Cour suprême juge la quantification nécessaire à l'analyse du critère relatif au fusionnement énoncé à un autre article de la *Loi sur la concurrence*, à savoir le paragraphe 96(1). En effet, selon le commissaire, les effets autres que sur les prix comme ceux sur la qualité du service, l'éventail des produits et l'innovation ne se prêtent pas à une quantification. Le commissaire soutient que le TREB et l'ACI font valoir en fait qu'il est tenu en droit de quantifier la diminution ou l'empêchement de la concurrence. De plus, le commissaire indique que le refus du Tribunal de tirer une conclusion défavorable à son endroit sur ce point emporte la déférence.

### 3) Le cadre applicable à l'abus de position dominante

[48] Le paragraphe 79(1), reproduit au paragraphe 11 plus haut, énonce les trois éléments qui permettent de démontrer un abus de position dominante. Il incombe au

Commissioner bears the burden of establishing each of these elements (*Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, 268 D.L.R. (4th) 193 (*Canada Pipe*), at paragraph 46, leave to appeal to S.C.C. refused, 31637 (10 May 2007) [[2007] 1 S.C.R. vii]). The burden of proof with respect to each element is the balance of probabilities (*Canada Pipe*, at paragraph 46; TR, at paragraph 34).

[49] Once the Commissioner establishes each element of subsection 79(1), the person or persons against whom the Commissioner's proceedings are directed, in this case TREB, can avoid sanction if they demonstrate that the impugned practice falls under one of the statutory exemptions. The only provision relevant to this case is subsection 79(5) of the *Competition Act*, which states that "an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest" derived under certain legislation pertaining to intellectual or industrial property, including the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (*Copyright Act*), is not an anti-competitive act.

[50] TREB says, in its written submissions, that it "does not control the relevant market(s)" (TREB's memorandum of fact and law, at paragraph 66). However, this is the extent of its submissions on the issue. As TREB's substantive arguments clearly focus on paragraphs 79(1)(b) and (c), we continue on to examine in more depth the requirements of those provisions.

(4) Paragraph 79(1)(b)

[51] Paragraph 79(1)(b) requires that the person or persons "have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts". There is no dispute that TREB's VOW policies constitute a practice. An indicative list of anti-competitive acts is provided in the *Competition Act* at section 78. None of those acts are directly relevant to this appeal. However, that list is non-exhaustive.

[52] This Court in *Canada Pipe* found that an anti-competitive act is defined by reference to its purpose. Drawing on the Tribunal's decision in *Canada*

commissaire d'établir chacun de ces éléments (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée.*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3 (*Tuyauteries Canada*), au paragraphe 46, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31637 (10 mai 2007) [[2007] 1 R.C.S. vii]). La norme de preuve applicable aux trois éléments est celle de la prépondérance des probabilités (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 46; MT, au paragraphe 34).

[49] Une fois que le commissaire a établi chaque élément du paragraphe 79(1), la personne faisant l'objet des instances intentées par le commissaire, en l'occurrence le TREB, peut éviter les sanctions si elle démontre que la pratique contestée relève d'une des exceptions que prévoit la loi. En l'espèce, seul est pertinent le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, qui dispose qu'« un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt » découlant de certaines lois relatives à la propriété intellectuelle ou industrielle, dont la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

[50] Dans ses observations écrites, le TREB affirme qu'il [TRADUCTION] « ne contrôle pas le(s) marché(s) pertinent(s) » (mémoire des faits et du droit du TREB, au paragraphe 66). Il n'en dit pas plus. Puisque les principaux arguments du TREB portent manifestement sur les alinéas 79(1)(b) et (c), nous poursuivons notre examen approfondi de leurs prescriptions.

4) Alinéa 79(1)(b)

[51] Il faut démontrer, aux termes de l'alinéa 79(1)(b), que la personne ou les personnes « se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels ». Il est acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI du TREB constituent une pratique. L'article 78 de la *Loi sur la concurrence* énumère des agissements anti-concurrentiels. Aucun d'eux n'intéresse directement le présent appel. Toutefois, cette liste n'est pas exhaustive.

[52] La Cour dans l'affaire *Tuyauteries Canada* conclut qu'un agissement anti-concurrentiel se définit par rapport à son objet. S'inspirant de la décision du Tribunal

(*Director of Investigation and Research, Competition Act*) v. *NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) (*NutraSweet*), this Court said that the requisite purpose is “an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor” (*Canada Pipe*, at paragraphs 66 and 74. See also *NutraSweet*, at page 34).

[53] To be more precise, *NutraSweet* pointed out that the “purpose common to all acts [listed in section 78], save that found in paragraph 78(f), is an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary” (at page 34). Indeed, paragraph 78(1)(f) cannot apply to a competitor, as it reads:

**Definition of anti-competitive act**

**78 (1)** For the purposes of section 79, **anti-competitive act**, without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

...

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels.

[54] In *TREB FCA 1*, Sharlow J.A. determined that the “on the competitor” language from *NutraSweet* and *Canada Pipe* could not mean “on a competitor of the person accused of anti-competitive practices” (at paragraphs 19–20). On that premise, requiring a predatory, exclusionary, or disciplinary negative effect on a competitor in all cases would render paragraph 78(1)(f) meaningless. Paragraph (f) reflects a self-serving intent, not a relative one intended to harm a competitor. Yet it has been defined by Parliament to constitute an anti-competitive act.

[55] With this in mind, we believe that the Tribunal applied the correct framework with respect to paragraph 79(1)(b). The Tribunal stated that it was looking for a predatory, exclusionary, or disciplinary effect on a competitor (TR, at paragraph 272). Acting on the direction given by *TREB FCA 1*, the Tribunal defined

dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] D.T.C.C. n° 17 (QL) (Trib. conc.) (*NutraSweet*), la Cour déclare que l’objet à démontrer est « un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas » (*Tuyauteries Canada*, au paragraphes 66 et 74. Voir également *NutraSweet*, à la page 34).

[53] Précisons que le Tribunal, dans l’affaire *NutraSweet*, a souligné que « le but commun à tous ces agissements [énumérés à l’article 78], sauf celui de l’alinéa 78(1)f, est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas » (à la page 34). En effet, l’alinéa 78(1)f ne peut pas s’appliquer à un concurrent, comme on peut le constater à la lecture de son libellé :

**Définition de agissement anti-concurrentiel**

**78 (1)** Pour l’application de l’article 79, **agissement anti-concurrentiel** s’entend notamment des agissements suivants :

[...]

f) l’achat de produits dans le but d’empêcher l’érosion des structures de prix existantes.

[54] Dans l’arrêt *TREB CAF 1*, la juge Sharlow conclut que l’expression « sur un concurrent » employée dans les affaires *NutraSweet* et *Tuyauteries Canada* ne peut renvoyer, à l’égard d’une personne, à « son propre concurrent » (aux paragraphes 19–20). Si c’était vrai, exiger — pour qu’il soit conclu à un agissement anti-concurrentiel — un effet négatif sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas dans chaque cas rendrait l’alinéa 78(1)f dépourvu de sens. L’alinéa f) traduit un but intéressé, et non celui, relatif, de nuire à un concurrent. Pourtant, le législateur l’a inscrit au nombre des agissements anticoncurrentiels.

[55] Dans cette optique, nous pensons que le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l’alinéa 79(1)b). Le Tribunal a indiqué qu’il recherchait un effet négatif sur un concurrent devant être abusif ou viser une exclusion ou une mise au pas (MT, au paragraphe 272). Appliquant les directives données dans l’arrêt *TREB CAF 1*, le

competitor to mean “a person who competes in the relevant market, or who is a potential entrant into that market” and not a “competitor” of TREB (TR, at paragraph 277 [emphasis in original]).

[56] The Tribunal correctly noted that subjective or objective intent could be used to demonstrate the requisite intent (TR, at paragraphs 274 and 283; *Canada Pipe*, at paragraph 72). It closely scrutinized the evidence of TREB’s subjective intent (TR, at paragraphs 319–431). The Tribunal also looked to the “reasonably foreseeable or expected objective effects of the act (from which intention may be deemed …)” (TR, at paragraphs 432–451) as instructed by *Canada Pipe*, at paragraph 67 (see also *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22, 154 D.L.R. (4th) 328 (C.A.) (*Tele-Direct*), leave to appeal refused, 26403 (21 May, 1998) [[1998] 1 S.C.R. xv]). The Tribunal conducted a balancing exercise between the exclusionary effects (evidenced by subjective intent) and TREB’s alleged legitimate business justifications (TR, at paragraphs 319–431; *Canada Pipe*, at paragraph 73).

[57] The application of this test to the facts is a question of mixed law and fact. Ultimately, the Tribunal found that “the evidence of subjective anti-competitive intent and reasonably foreseeable exclusionary effects outweighs the very limited evidence that was adduced in support of the alleged legitimate business justifications that TREB claims underpinned the development and implementation of the VOW Restrictions” (TR, at paragraph 452). This is a very fact-driven analysis. The Tribunal weighed the evidence, heard competing witnesses, and made findings of credibility. We see no error that would make this analysis unreasonable.

(5) Paragraph 79(1)(c)

[58] Paragraph 79(1)(c) requires that “the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market” (underlining added). The market in question is not

Tribunal a défini le terme « concurrent » comme « une personne qui est en concurrence dans le marché pertinent ou qui tente d’entrer dans ce marché » et non un « concurrent » du TREB (MT, au paragraphe 277) [l’italique dans l’original].

[56] Le Tribunal a fait observer à juste titre que l’intention subjective ou objective pouvait démontrer l’intention requise (MT, au paragraphes 274 et 283; *Tuyauteries Canada*, au paragraphe 72). Il a soigneusement examiné la preuve de l’intention subjective du TREB (MT, aux paragraphes 319–431). Le Tribunal a aussi examiné « les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question (effets dont on peut déduire une intention [...]) » (MT, aux paragraphes 432–451) comme l’enseigne *Tuyauteries Canada*, au paragraphe 67 (voir aussi *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.) (*Télé-Direct*), autorisation d’appel refusée, 26403 (21 mai 1998) [[1998] 1 R.C.S. xi]). Le Tribunal a mis en balance d’une part les effets d’exclusion (démontrés par l’intention subjective) et d’autre part les justifications commerciales légitimes avancées par le TREB (MT, aux paragraphes 319–431; *Tuyauteries Canada*, au paragraphe 73).

[57] L’application de ce critère aux faits est une question mixte de droit et de fait. Le Tribunal a finalement conclu que « la preuve d’intention anti-concurrentielle et d’effets d’exclusion raisonnablement prévisibles l’emporte sur la preuve très limitée qui a été présentée à l’appui des justifications commerciales légitimes alléguées qui, selon le TREB, sous-tendent l’élaboration et la mise en oeuvre des restrictions relatives aux BV » (MT, au paragraphe 452). Il s’agit d’une analyse essentiellement factuelle. Le Tribunal a évalué la preuve, entendu la déposition de concurrents et tiré des conclusions quant à leur crédibilité. Aucune erreur ne rend cette analyse déraisonnable selon nous.

5) Alinéa 79(1)c)

[58] L’alinéa 79(1)c) dispose que « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » (non souligné dans l’original). Le marché en question

contested. The Tribunal defined the market to be “the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” (TR, at paragraph 161). We now turn to address the five other elements, as underlined above, in turn.

(a) **The Practice**

[59] The Commissioner’s notice of application was filed in May 2011, before TREB’s current VOW Policy and Rules were in place. In November 2011, TREB enacted its new rules. The Commissioner accordingly amended her statement of claim. Nonetheless, the statement of claim remains broadly worded and does not specify which particular parts of TREB’s rules and policies the Commissioner is impugning.

[60] The alleged anti-competitive practices relate to what TREB does with some of the data from the MLS system and what TREB allows its members to do with this data. This “disputed data” is defined by the Tribunal, at paragraph 14 of its reasons, to include four types of information:

- sold data
- pending sold data
- withdrawn, expired, suspended, or terminated listings (WESTs)
- offers of commission to the successful home buyer’s real estate broker, also called the cooperating broker.

The utility of this data is described in the Tribunal’s reasons at paragraphs 675 to 691, which fall within the “Substantiality” section of the reasons.

[61] The parties’ submissions and the evidence centred almost entirely on three particular practices, which the Tribunal collectively refers to as the “VOW Restrictions” (TR, at paragraph 14). Those practices were the focus of the Tribunal’s reasons and, after

n’est pas contesté. Le Tribunal a défini le marché comme étant « la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT » (MT, au paragraphe 161). Nous abordons ci-après tour à tour les cinq autres éléments, tels qu’ils sont soulignés plus haut.

a) **La pratique**

[59] L’avis de demande a été présenté par le commissaire en mai 2011, avant l’adoption de la politique et des règles actuelles relatives aux BVI en novembre 2011. Le commissaire a modifié sa déclaration en conséquence. Néanmoins, la déclaration est toujours générale et ne précise pas les parties des règles et des politiques du TREB qui sont contestées.

[60] Les pratiques d’agissement anti-concurrentiel avancées portent sur l’utilisation par le TREB de certaines données du système MLS et sur l’utilisation qu’il en permet à ses membres. Ces « données en litige » sont définies par le Tribunal, au paragraphe 14 de ses motifs, et incluent quatre types d’information :

- Les données sur le prix de vente
- Les données sur le prix consigné avant conclusion de l’acte de vente
- Les inscriptions retirées, expirées, suspendues ou annulées
- Les offres de commission au courtier immobilier représentant l’acquéreur, aussi appelé le courtier collaborateur.

L’utilité de ces données est décrite dans les motifs du Tribunal aux paragraphes 675 à 691. Nous l’analysons sous la rubrique « Volet relatif à un effet sensible » des présents motifs.

[61] Les observations et les éléments de preuve présentés par les parties portent presque exclusivement sur trois pratiques, que le Tribunal désigne collectivement par le terme « restrictions relatives aux BV » (MT, au paragraphe 14). Ces pratiques constituent l’élément

separate written and oral submissions on remedy, these restrictions remained the focus of the Tribunal's order. The following chart provides an overview of the restrictions, as listed in the Tribunal's reasons, at paragraph 14, and their sources.

Restriction	Source
The exclusion of the disputed data from the VOW Datafeed	Policy articles 17, 15, 24
The prohibition on the display of the disputed data on a VOW	Rule 823; Datafeed Agreement clause 6.3(a)
The prohibition on the use of the VOW Datafeed information for any purpose other than display on a website	Datafeed Agreement clause 6.2(f), (g)

[62] It is worth noting that the following TREB rules and policies are not affected by the Tribunal's order.

Restriction	Source
An individual needs the permission of their broker of record to establish a VOW	Datafeed Agreement clause 6.3(g)
Before viewing listing information on a VOW, a consumer must enter a lawful broker-consumer relationship with the brokerage; this includes agreeing to terms and conditions acknowledging entering into such a relationship and declaring that the consumer has a bona fide interest in the purchase, sale or lease of residential real estate	Rules 805, 809(i), (iii) Policy articles 1, 6, 7(iii)

central des motifs du Tribunal et, à la lumière des observations écrites et orales distinctes sur la réparation, le sujet principal de l'ordonnance du Tribunal. Le tableau qui suit offre un aperçu des restrictions, comme elles sont énumérées au paragraphe 14 des motifs du Tribunal, et de leurs sources.

Restriction	Source
L'exclusion des données en litige de la transmission directe par voie électronique aux BVI	Politique, art. 17, 15 et 24
L'interdiction d'afficher les données en litige sur les BVI	Règles, art. 823; Entente sur la transmission par voie électronique, clause 6.3(a)
L'interdiction d'utiliser les données transmises par voie électronique aux BVI pour toute autre fin que celle de l'afficher sur un site Web	Entente sur la transmission par voie électronique, clauses 6.2(f) et (g)

[62] Il est important de noter que les règles et politiques du TREB suivantes ne sont pas visées par l'ordonnance du Tribunal.

Restriction	Source
Une personne physique doit obtenir la permission de son courtier responsable pour établir un BVI	Entente sur la transmission par voie électronique, clause 6.3 (g)
Pour avoir accès aux données sur les inscriptions sur un BVI, le consommateur doit conclure une entente légale avec la maison de courtage, qui prévoit d'accepter les conditions, de reconnaître une telle entente et de déclarer avoir un intérêt véritable dans l'achat, la vente ou la location d'un bien immobilier résidentiel.	Règles, art. 805, 809(i), (iii) Politiques, art. 1, 6, 7(iii)

Restriction	Source
Any listings other than TREB's MLS listings must be labelled as such and searched separately by consumers	Rules 828, 829

**(b) Temporal Requirement**

[63] The temporal aspect of paragraph 79(1)(c) is not in issue. The effect on competition can be past, present, or future (*Canada Pipe*, at paragraph 44). The Tribunal found that the VOW restrictions had anti-competitive effects in the past, present and future (TR, at paragraph 706).

[64] A duration of two years will usually be sufficient to establish an effect (*Tervita FCA*, at paragraph 85). Here, TREB's VOW restrictions came into force in November 2011 and the Tribunal found the anti-competitive effects had been occurring for a substantial period of time (TR, at paragraphs 703 and 708).

**(c) Preventing or Lessening**

[65] Paragraph 79(1)(c) refers to either a prevention and/or lessening of competition. The Tribunal found a prevention of competition (TR, at paragraph 705). This means that there is no past time that the Tribunal can look at to compare with the present: the Tribunal must look at the present state of competition compared to a hypothetical world in which the VOW restrictions did not exist. This approach is not contested.

**(d) Competition**

[66] Paragraph 79(1)(c) looks to the level of competition, as opposed to any effects of the behaviour on competitors (*Canada Pipe*, at paragraphs 68–69). A “but for” inquiry is an acceptable method of analysis (*Canada Pipe*, at paragraphs 39–40). This is a relative

Restriction	Source
Toutes les inscriptions autres que celles émanant du système MLS du TREB sont indiquées comme telles et sont consultables à part par les consommateurs.	Règles, art. 828, 829

**b) Aspect temporel**

[63] L'aspect temporel de l'alinéa 79(1)c) n'est pas contesté. L'effet sur la concurrence peut être passé, présent ou futur (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 44). Le Tribunal a conclu que les effets anti-concurrentiels des restrictions liées aux BVI se font sentir dans le passé, le présent et le futur (MT, au paragraphe 706).

[64] Une période de deux ans sera généralement suffisante pour établir un effet (*Tervita CAF*, au paragraphe 85). En l'espèce, les restrictions liées aux BVI du TREB sont entrées en vigueur en novembre 2011, et le Tribunal a jugé que les effets anti-concurrentiels s'étaient produits pendant une longue période (MT, aux paragraphes 703 et 708).

**c) Empêcher ou diminuer**

[65] L'alinéa 79(1)c) mentionne un empêchement ou une diminution de la concurrence. Le Tribunal a conclu qu'il y avait un empêchement de la concurrence (MT, au paragraphe 705). Le Tribunal ne dispose d'aucun renseignement sur le passé lui permettant de faire une comparaison avec le présent; il doit examiner la situation actuelle par rapport à un monde hypothétique dans lequel les restrictions liées aux BVI n'existent pas. Cette démarche n'est pas contestée.

**d) Concurrence**

[66] L'alinéa 79(1)c) intéresse le degré de concurrence, plutôt que les effets du comportement sur les concurrents (*Tuyauteries Canada*, aux paragraphes 68–69). Le critère de l'absence hypothétique constitue une méthode acceptable (*Tuyauteries Canada*, aux

assessment: the current intensity of competition is not relevant in isolation.

[67] Two questions must be asked regarding the nature of the competition element. The first is: competition for what? Here, the relevant competition is over real estate brokerage clients (TR, at paragraphs 645–646). It is important to distinguish this competition from other, related, competition: for example, all websites want to attract web traffic in order to compete for advertising dollars.

[68] Second, we must ask: competition between whom? This case is about competition in the “the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” (TR, at paragraph 161). In order to supply MLS-based services, a broker must be a member of TREB. Therefore, we are really discussing competition between segments of TREB members.

[69] The use of imprecise terminology sometimes makes it difficult to distinguish between competing TREB members. The Tribunal uses the terms “full information VOW-based brokerages” or “full information VOW brokerages” in contrast to “traditional ‘bricks-and-mortar’ brokerages.” The Commissioner uses the terms “genuine VOWs” and “innovative brokers” in contrast to “VOWs.” Dr. Vistnes, the Commissioner’s expert witness, uses the terms “innovative VOW-based brokers” or “VOW-based brokers” in contrast with “traditional brick-and-mortar brokers”.

[70] However, for the purpose of the legal analysis required by paragraph 79(1)(c), the current competition between any two groups is not important per se. Rather, it is the general competition in the defined market between all participants now (with the VOW restrictions) and in the hypothetical “but for” world (without the VOW restrictions).

paragraphs 39–40). Il s’agit d’une évaluation relative : l’intensité actuelle de la concurrence n’est pas pertinente en soi.

[67] Il faut poser deux questions concernant la nature de la concurrence. Premièrement, quel est l’objet de la concurrence? En l’espèce, la concurrence en question porte sur les clients des maisons de courtage immobilier (MT, au paragraphes 645–646). Il importe de différencier cette concurrence des autres types de concurrence connexes : par exemple, tous les sites Web souhaitent encourager le trafic afin de se démarquer pour s’assurer des revenus publicitaires.

[68] Deuxièmement, qui est en concurrence? La présente affaire porte sur une concurrence dans « la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT » (MT, au paragraphe 161). Afin d’offrir des services faisant appel au système MLS, un courtier doit être membre du TREB. Par conséquent, il s’agit en réalité d’une concurrence entre des segments de membres du TREB.

[69] Une terminologie vague rend parfois difficile la distinction entre les membres du TREB qui se font concurrence. Le Tribunal utilise les termes « maisons de courtage dotées de BV fournissant des renseignements complets » ou « maisons de courtage dotées d’un BV fournissant des renseignements complets » et les oppose à « maison de courtage traditionnelle ». Le commissaire utilise les termes « véritables BVI » et « courtiers innovants » par opposition à « BVI ». M. Vistnes, l’expert du commissaire, utilise pour sa part les termes « courtiers innovants utilisant des BVI » ou « courtiers utilisant des BVI » par opposition aux « courtiers traditionnels ».

[70] Toutefois, pour les besoins de l’analyse juridique requise par l’alinéa 79(1)c), la concurrence actuelle entre deux groupes, quels qu’ils soient, n’est en soi pas importante. C’est plutôt la concurrence générale dans le marché défini entre tous les participants à l’heure actuelle (avec les restrictions liées aux BVI), par rapport au monde hypothétique (dépourvu des restrictions liées aux BVI), qui nous intéresse.

**(e) Substantiality**

[71] The final element requiring elaboration is substantiality: the difference between the present and “but for” worlds must be substantial (*Canada Pipe*, at paragraph 36). In its reasons, the Tribunal addressed substantiality in a separate section of its reasons (TR, at paragraphs 640–704).

**(i) Overview of the Evidence on Paragraph 79(1)(c)**

[72] There were eight expert reports in evidence before the Tribunal, four from the initial hearing in 2012 and four from the redetermination hearing in 2015.

[73] Generally, the Tribunal found the evidence of the Commissioner’s expert Dr. Vistnes to be credible and persuasive. However, on the particular issue of 79(1)(c) the Tribunal found that his evidence had missed the mark, saying that “Dr. Vistnes did not have a good understanding of the legal test for what constitutes a ‘substantial’ prevention or lessening of competition, as contemplated by paragraph 79(1)(c) of the Act. For this reason, the Tribunal refrained from accepting Dr. Vistnes’ evidence on that particular issue” (TR, at paragraph 108).

[74] The Tribunal found Dr. Church, called by TREB, “to be less forthright, objective and helpful than Dr. Vistnes or Dr. Flyer.” The Tribunal also found Dr. Church “to be evasive at several points during his cross-examination and to have made unsupported, speculative assertions at various points in his testimony and in his written expert reports” (TR, at paragraph 109). Dr. Church’s evidence on the issue of whether the prevention of competition was “substantial” is neither referred to nor mentioned in the Tribunal’s reasons.

[75] The Tribunal found Dr. Flyer, called by CREA, to be generally objective and forthcoming. However, it also found that “his testimony often remained general and high-level, and that he did not immerse himself in

**e) Volet relatif à un effet sensible**

[71] Le dernier élément nécessitant une analyse est celui de l’effet sensible : l’écart entre le monde actuel et le monde hypothétique (« n’eût été » les restrictions) doit être sensible (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 36). Le Tribunal a abordé ce volet dans une section distincte de ses motifs (MT, aux paragraphes 640–704).

**i) Aperçu de la preuve établissant l’élément énoncé à l’alinéa 79(1)(c)**

[72] Le Tribunal disposait de huit rapports d’expert; quatre de ceux-ci dataient de l’audience initiale en 2012 et les quatre autres avaient été présentés dans le cadre du réexamen en 2015.

[73] De manière générale, le Tribunal a trouvé la preuve de l’expert du commissaire, M. Vistnes, crédible et convaincante. Toutefois, il a jugé cette preuve insuffisante en ce qui concerne l’alinéa 79(1)c), déclarant que « M. Vistnes ne comprenait pas bien le critère juridique applicable pour savoir en quoi consiste un empêchement ou une diminution “sensible” de la concurrence, comme le prévoit l’alinéa 79(1)c) de la Loi. Pour cette raison, le Tribunal s’est abstenu d’accepter le témoignage de M. Vistnes sur cette question précise » (MT, au paragraphe 108).

[74] Le Tribunal a jugé le témoignage de M. Church, invité par le TREB « moins franc, objectif et coopératif que M. Vistnes ou M. Flyer ». Selon le Tribunal, M. Church « était évasif à plusieurs moments durant son contre-interrogatoire et a fait des déclarations non étayées et hypothétiques à plusieurs moments durant son témoignage et dans ses rapports d’expert écrits » (MT, au paragraphe 109). Sa preuve sur la question de savoir si on avait empêché « sensiblement » la concurrence n’est ni citée ni mentionnée dans les motifs du Tribunal.

[75] Le Tribunal a dit de M. Flyer, le témoin de l’ACI, qu’il était généralement objectif et direct. Toutefois, il a aussi jugé que « son témoignage demeurerait souvent général et abstrait, qu’il n’est pas entré dans les détails

the details of the Canadian real estate industry and in the specific evidence and matters at issue in this proceeding to the same degree as Dr. Vistnes and Dr. Church” (TR, at paragraph 110) (We note, parenthetically, that given the Tribunal’s view of Dr. Church’s evidence, the criticism of Dr. Flyer on the basis that his evidence was not as detailed as Dr. Church is somewhat incongruous.) Dr. Flyer focused on the economic impact of the requested remedy on CREA, with considerable attention to the impact on CREA’s trademarks. In our view, his reports are of little help in analyzing paragraph 79(1)(c).

[76] In addition, there are a total of 23 witness statements from 15 witnesses. The names and the firms of the witnesses whose testimonies (and statements) are most relevant to the Tribunal’s determination of substantial prevention of competition are the following:

- William McMullin, Chief Executive Officer of ViewPoint Realty Services Inc. (Viewpoint)
- Shayan Hamidi and Tarik Gidamy, co-founders of TheRedPin.com Realty Inc. (TheRedPin)
- Joel Silver, Managing Director of Trilogy Growth, LP (Trilogy)
- Mark Enchin, Sales Representative of Realty Executives Plus Ltd. (Realty Executives)
- Scott Nagel, Chief Executive Officer of Redfin Corporation (Redfin)
- Sam Prochazka, Chief Executive Officer of Sam & Andy Inc. (Sam & Andy)
- Urmi Desai and John Pasalis, co-founders of Realosophy Realty Inc. (Realosophy)

[77] TREB and CREA do not challenge the admissibility of the statements and testimonies of the lay witnesses on which the Tribunal relies for the findings which form the basis of its conclusion that the

du secteur de l’immobilier au Canada et qu’il n’a pas abordé la preuve et les questions précises en cause en l’espèce au même degré que MM. Vistnes et Church » (MT, au paragraphe 110) (nous faisons remarquer, entre parenthèses, qu’étant donné le point de vue du Tribunal concernant la preuve de M. Church, la critique à l’égard de celle de M. Flyer — suivant laquelle elle n’était pas aussi détaillée que celle de M. Church — semble déplacée). M. Flyer a surtout abordé l’effet économique de la réparation demandée sur l’ACI, et tout particulièrement sur ses marques de commerce. Nous sommes d’avis que ses rapports ont peu d’utilité dans l’analyse qu’appelle l’alinéa 79(1)c).

[76] Le dossier comporte en outre 23 déclarations par 15 témoins. Suivent les noms et les sociétés des témoins dont les dépositions (et déclarations) considérées comme les plus pertinentes par le Tribunal pour décider si les agissements ont empêché sensiblement la concurrence :

- William McMullin, directeur général, ViewPoint Realty Services Inc. (Viewpoint)
- Shayan Hamidi et Tarik Gidamy, cofondateurs, TheRedPin.com Realty Inc. (TheRedPin)
- Joel Silver, directeur général, Trilogy Growth, LP (Trilogy)
- Mark Enchin, représentant des ventes, Realty Executives Plus Ltd. (Realty Executives)
- Scott Nagel, directeur général, Redfin Corporation (Redfin)
- Sam Prochazka, directeur général, Sam & Andy Inc. (Sam & Andy)
- Urmi Desai et John Pasalis, cofondateurs, Realosophy Realty Inc. (Realosophy)

[77] Le TREB et l’ACI ne contestent pas la recevabilité des déclarations et des dépositions des témoins profanes sur la foi desquels le Tribunal a fait les constatations qui sous-tendent sa conclusion selon laquelle les

anti-competitive effects resulting from the VOW restrictions lead, or are likely to lead, to a substantial prevention of competition in the GTA. Nevertheless, we believe that some guidance with respect to the evidence of lay witnesses in the context of a case like the one now before us might be useful.

[78] Generally, the evidence of lay witnesses is limited to facts of which they are aware (David Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7th ed. (Toronto: Irwin Law, 2015) at page 195; Ron Delisle *et al.*, *Evidence: Principles and Problems*, 11th ed. (Toronto: Thompson Reuters, 2015), at page 874). This principle is reflected in subrules 68(2) and 69(2) of the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, which are identical, and read “[u]nless the parties otherwise agree, the witness statements shall include only fact evidence that could be given orally by the witness together with admissible documents as attachments or references to those documents.”

[79] However, opinion evidence from lay witnesses is acceptable in limited circumstances: where the witness is in a better position than the trier of fact to form the conclusions; the conclusions are ones that a person of ordinary experience can make; the witnesses have the experiential capacity to make the conclusions; or where giving opinions is a convenient mode of stating facts too subtle or complicated to be narrated as facts (*Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at pages 836–839, 144 D.L.R. (3d) 267; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.), at paragraph 17, quoting with approval Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman & Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014), at page 12.14. See also Paciocco and Stuesser, above, at pages 197–198 and Delisle *et al.*, above, at pages 874–876).

[80] The question of opinion evidence given by lay witnesses was recently addressed by this Court in *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161,

effets anti-concurrentiels découlant des restrictions liées aux BVI empêchent ou risquent d’empêcher sensiblement de la concurrence dans la RGT. Néanmoins, nous croyons qu’il pourrait être utile de fournir certaines indications concernant la preuve présentée par les témoins profanes dans le contexte d’un dossier comme celui dont nous avons été saisis.

[78] De façon générale, la preuve des témoins profanes se limite aux faits dont ils ont connaissance (David Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2015), à la page 195; Ron Delisle *et al.*, *Evidence : Principles and Problems*, 11<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thompson Reuters, 2015), à la page 874). Ce principe est énoncé dans les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141), aux paragraphes 68(2) et 69(2). Ces dispositions identiques sont ainsi rédigées « [s]auf entente contraire entre les parties, la déclaration d’un témoin se limite aux faits dont il pourrait témoigner oralement ainsi qu’aux documents admissibles comme pièces jointes ou aux renvois à ceux-ci ».

[79] Or, les témoignages d’opinion des témoins profanes sont acceptables dans des circonstances limitées : lorsque le témoin est mieux placé que le juge des faits pour former les conclusions; que les conclusions sont celles qu’une personne possédant une expérience ordinaire peut tirer; que les témoins ont l’expérience leur permettant de tirer les conclusions ou que donner des opinions est une méthode pratique pour déclarer des faits trop fugaces ou compliqués pour être énoncés autrement (*Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, aux pages 836–839; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.), au paragraphe 17, citant avec approbation Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont : LexisNexis Canada, 2014), à la page 12.14. Voir aussi Paciocco et Stuesser, précité, aux pages 197–198 et Delisle *et al.*, précité, aux pages 874–876).

[80] La question des témoignages d’opinion faits par des témoins profanes a récemment été abordée par la Cour dans l’affaire *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada*

400 D.L.R. (4th) 723, where Stratas J.A., writing for this Court, upheld the Federal Court’s acceptance of a corporate executive’s testimony about what his pharmaceutical company would have done in the “but for” world in circumstances where the witness had actual knowledge of the company’s relevant, real world, operations (at paragraphs 105–108, 112 and 121).

[81] Nevertheless, we think it is clear that lay witnesses cannot testify on matters beyond *their own conduct* and that of *their businesses* in the “but for” world. Lay witnesses are not in a better position than the trier of fact to form conclusions about the greater economic consequences of the “but for” world, nor do they have the experiential competence. While questions pertaining to how their particular business might have responded to the hypothetical world are permissible provided the requisite evidentiary foundation is established, any witness testimony regarding the impact of the VOW restrictions on competition generally strays into the realm of inappropriate opinion evidence.

#### (ii) Substantiality Analysis

[82] Before addressing this important issue, it will be helpful to consider what the Supreme Court and this Court have said in regard to the expression “the effect of preventing or lessening competition substantially” found in paragraph 79(1)(c) of the *Competition Act* and the test relevant to a determination of substantial lessening or prevention of competition.

[83] First, in *Tervita SCC*, albeit in the context of the merger provisions of the *Competition Act*, the Supreme Court made the following comments at paragraphs 44 to 46 of its reasons:

Generally, a merger will only be found to meet the “lessen or prevent substantially” standard where it [here, the “it” means the practice at issue] is “likely to create, maintain or enhance the ability of the merged entity to exercise market power, unilaterally or in coordination with other firms” . . . . Market power is the ability to “profitably influence price, quality, variety, service, advertising, innovation or other dimensions of competition” . . . .

*Limited*, 2016 CAF 161. Sous la plume du juge Stratas, la Cour confirme la décision de la Cour fédérale, qui a retenu le témoignage du dirigeant d’une société pharmaceutique sur les actes potentiels de celle-ci dans un monde hypothétique, dans la situation où le témoin avait connaissance des opérations pertinentes, dans le monde réel, de la société (aux paragraphes 105–108, 112 et 121).

[81] Néanmoins, il va de soi selon nous que des témoins profanes ne peuvent pas témoigner sur des questions allant au-delà de *leur propre conduite* et de celle de *leur entreprise* dans le monde hypothétique. Les témoins profanes ne sont pas mieux placés que le juge des faits pour tirer des conclusions au sujet des conséquences économiques globales n’eût été la pratique en question; ils ne possèdent pas non plus l’expérience pour le faire. Bien que les questions portant sur la façon dont leur entreprise aurait pu réagir dans un monde hypothétique soient permises, à condition que la valeur probante nécessaire soit établie, tout témoignage qui concerne l’effet des restrictions liées aux BVI sur la concurrence de façon générale constitue un témoignage d’opinion irrecevable.

#### ii) Analyse de l’effet sensible

[82] Avant d’aborder cette question importante, il est utile d’examiner ce qu’ont dit la Cour suprême et notre Cour au sujet de l’expression l’« effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence » figurant à l’alinéa 79(1)(c) de la *Loi sur la concurrence* et du critère pertinent à cet égard.

[83] Premièrement, dans l’arrêt *Tervita CSC* — à propos des dispositions sur le fusionnement de la *Loi sur la concurrence* — la Cour suprême formule les commentaires suivants aux paragraphes 44 à 46 de ses motifs :

De manière générale, il ne sera satisfait à la norme de l’empêchement ou de la diminution sensible que si un fusionnement [en l’occurrence, substituer à « fusionnement » la pratique en question] a vraisemblablement pour effet de [TRADUCTION] « créer, de maintenir ou d’accroître la capacité de l’entité fusionnée d’exercer une puissance commerciale, unilatéralement ou de concert avec d’autres entreprises » [...] La puissance commerciale s’entend de

Or, in other words, market power is “the ability to maintain prices above the competitive level for a considerable period of time without such action being unprofitable” ...; where “price” is “generally used as shorthand for all aspects of a firm’s actions that have an impact on buyers .... If a merger does not have or likely have market power effects, s. 92 will not generally be engaged ....

The merger’s likely effect on market power is what determines whether its effect on competition is likely to be “substantial”. Two key components in assessing substantiality under the “lessening” branch are the degree and duration of the exercise of market power (*Hillsdown*, at pp. 328-29). There is no reason why degree and duration should not also be considered under the “prevention” branch.

What constitutes “substantial” will vary from case to case. The Tribunal has not found it useful to apply rigid numerical criteria:

What will constitute a likely “substantial” lessening will depend on the circumstances of each case... Various tests have been proposed: a likely 5% price rise sustainable for one year; a 5% price rise sustainable over two years; a small but significant and non-transitory price rise. The Tribunal does not find it useful to apply rigid numerical criteria although these may be useful for enforcement purposes.

(*Hillsdown*, at pp. 328-329)

[Emphasis added; references omitted.]

[84] Then, at paragraphs 50 to 51 of *Tervita SCC*, the Supreme Court indicated that the words of paragraph 79(1)(c) of the *Competition Act* and those of subsection 92(1) were similar and thus conveyed the same idea:

*Canada Pipe* was a case involving abuse of dominance under s. 79(1)(c) of the Act. The words of s. 79(1)(c) — “is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a

la capacité « d’exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l’innovation et les autres dimensions de la concurrence » [...] Autrement dit, elle s’entend de « la capacité de maintenir des prix plus élevés que le niveau concurrentiel pendant une longue période, sans que cette pratique soit non rentable » [...], où « prix » est [TRADUCTION] « généralement le terme qui regroupe tous les aspects des activités d’une entreprise qui ont une incidence sur les acheteurs » [...]. Le fusionnement qui n’a aucun effet ou n’aura vraisemblablement aucun effet sur la puissance commerciale ne met généralement pas en jeu l’art. 92 [...]

L’effet vraisemblable du fusionnement sur la puissance commerciale permet de déterminer si ce dernier aura vraisemblablement un effet « sensible » sur la concurrence. Le degré et la durée de l’exercice de la puissance commerciale sont des éléments clés dans l’analyse permettant de déterminer si le fusionnement aura pour effet de diminuer sensiblement la concurrence (*Hillsdown*, p. 78). Rien n’interdit que ces éléments soient également pris en considération pour déterminer s’il y aura empêchement.

Ce que l’on peut qualifier de « sensible » variera d’une affaire à l’autre. Le Tribunal n’a pas jugé utile d’appliquer un critère numérique strict :

Ce qui constituera vraisemblablement une diminution « sensible » dépendra des circonstances dans chaque cas. [...] On a proposé plusieurs critères : hausse de prix vraisemblable de 5 % pouvant être maintenue pendant un an; hausse de prix de 5 % pouvant être maintenue pendant plus de deux ans; hausse de prix faible, mais notable, et non transitoire. Le Tribunal ne juge pas utile d’utiliser des critères numériques stricts, bien que ceux-ci puissent être utiles pour des fins d’application.

(*Hillsdown*, p. 78)

[Non souligné dans l’original; références omises.]

[84] Ensuite, aux paragraphes 50 et 51 de la même affaire, la Cour suprême indique que les termes de l’alinéa 79(1)c) de la *Loi sur la concurrence* et ceux du paragraphe 92(1) sont similaires et évoquent donc la même idée :

L’affaire *Tuyauteries Canada* portait sur un abus de position dominante au sens de l’al. 79(1)c) de la Loi. Les termes de l’al. 79(1)c) — « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de

market” — are very close to the words of s. 92(1) — “likely to prevent or lessen” — and convey the same ideas. In *Canada Pipe*, the Federal Court of Appeal employed a “but for” test to conduct the inquiry:

... the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”...

The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. [paras. 37-38]

A similar comparative analysis is conducted under s. 92(1). A merger review, by its nature, requires examining a counterfactual scenario: “... whether the merger will give the merged entity the ability to prevent or lessen competition substantially compared to the pre-merger benchmark or ‘but for’ world” (Facey and Brown, at p. 205). The “but for” test is the appropriate analytical framework under s. 92.

[85] Lastly, at paragraph 60 of its reasons in *Tervita SCC*, the Supreme Court made the following remarks regarding the “but for” test:

The concern under the “prevention” branch of s. 92 is that a firm with market power will use a merger to prevent competition that could otherwise arise in a contestable market. The analysis under this branch requires looking to the “but for” market condition to assess the competitive landscape that would likely exist if there was no merger. It is necessary to identify the potential competitor, assess whether but for the merger [here “but for” the anti-competitive practice] that potential competitor is likely to enter the market and determine whether its effect on the market would likely be substantial. [Emphasis added.]

[86] In *Canada Pipe*, at paragraphs 36 to 38 and 45 to 46, this Court, in addressing the test required to make a determination under paragraph 79(1)(c), observed that the test is relative in nature. Rather than assessing the absolute level of competition in the market the Tribunal

diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » — se rapprochent de très près de ceux du par. 92(1) — « empêche ou diminue [...] vraisemblablement » — et évoquent les mêmes idées. Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a appliqué le critère de l’absence hypothétique :

... le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu...

Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. [par. 37-38].

Le paragraphe 92(1) appelle une analyse comparative similaire. De par sa nature, l’examen du fusionnement emporte l’examen d’un scénario conjectural : [TRADUCTION] « ... le fusionnement permettra-t-il à l’entité fusionnée d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence par rapport à l’état de fait antérieur au fusionnement et qui sert de repère » (Facey et Brown, p. 205). Le critère de l’absence hypothétique est le cadre analytique qu’il convient d’appliquer sous le régime de l’art. 92.

[85] En dernier lieu, au paragraphe 60 de ses motifs dans l’arrêt *Tervita CSC*, la Cour suprême formule les remarques suivantes concernant le critère de l’absence hypothétique :

Le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » vise à prévenir qu’une entreprise possédant une puissance commerciale procède à un fusionnement pour empêcher la concurrence susceptible par ailleurs de s’exercer dans un marché contestable. L’analyse qu’il commande envisage l’état du marché, n’eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n’avait pas eu lieu. Elle détermine le concurrent éventuel, la probabilité qu’il entre dans le marché en l’absence du fusionnement [en l’occurrence, en l’absence de la pratique anti-concurrentielle] et la probabilité qu’il y ait un effet sensible. [Non souligné dans l’original.]

[86] Dans l’affaire *Tuyauteries Canada*, aux paragraphes 36 à 38 et 45 à 46, la Cour fait remarquer que le critère qu’il faut appliquer au regard de l’alinéa 79(1)(c) est relatif. Plutôt que d’évaluer le niveau absolu de concurrence dans le marché, le Tribunal

must assess the level of competition in the presence of the impugned practice and compare this with the level of competition that would exist in the absence of the practice. This difference can occur in the past, present or future and the test will be made out where the difference is substantial. This Court noted that it is the role of the Tribunal to adapt this assessment to the case before it.

[87] At paragraph 46 of *Canada Pipe*, this Court explicitly indicated that it was not dictating the type of evidence required, rather it wrote: “Ultimately, the Commissioner bears the burden of proof for each requisite element, and the Tribunal must be convinced on the balance of probabilities. The evidence required to meet this burden can only be determined by the Tribunal on a case-by-case basis.”

[88] It is clear from *Canada Pipe* that what will constitute a “substantial” lessening or prevention of competition depends on the facts of the case and that the Tribunal is not bound to apply a particular test in determining the issue. However, it is clear that in order for the Tribunal to find that a substantial lessening of competition has been established, it must be able, on the evidence before it, to conclude that were it not for the anti-competitive effects of the practice at issue, the market at issue would be substantially more competitive. In other words, in the present matter, would there be a substantial incremental benefit to competition arising from the availability of the disputed data in TREB’s VOW data feed?

[89] In the present matter the Tribunal turned its mind to both the meaning of “substantiality” and the appropriate test to be applied. The Tribunal noted, at paragraph 461 of its reasons, that substantiality is an assessment of the exercise of market power. Market power, as the Tribunal defines it in paragraph 165 of its reasons, is the ability to control either prices or non-price dimensions of competition for a significant time. Non-price dimensions of competition include innovation and quality of service, among others.

[90] At paragraph 480 of its reasons, the Tribunal acknowledges that the test for substantiality is relative in

doit évaluer le niveau de concurrence en tenant compte de la pratique contestée et le comparer à celui qui existerait n’eût été cette pratique. L’écart entre les deux peut être passé, présent ou futur, et il est satisfait au critère dès lors que cet écart est sensible. Selon notre Cour, il incombe au Tribunal d’adapter cette évaluation à l’affaire dont il a été saisi.

[87] La Cour souligne au paragraphe 46 de l’arrêt *Tuyauteries Canada* qu’elle ne dicte pas le genre de preuve à produire, précisant ainsi : « [e]n dernière analyse, c’est au commissaire qu’incombe la charge de la preuve de la réalisation de chaque condition prévue par la Loi, et il doit convaincre le Tribunal suivant la prépondérance de la preuve. La nature des éléments de preuve nécessaires pour s’acquitter de cette charge ne peut être établie que par le Tribunal, au cas par cas ».

[88] Il ressort clairement de l’affaire *Tuyauteries Canada* que ce qu’il faut entendre par diminuer ou empêcher « sensiblement » la concurrence dépend des faits et que le Tribunal n’est pas tenu d’appliquer un critère particulier pour trancher la question. Toutefois, il va de soi que, pour conclure qu’un acte a diminué sensiblement la concurrence, le Tribunal doit être en mesure, au vu de la preuve qui lui a été présentée, de conclure que, n’eût été les effets anti-concurrentiels de la pratique en question, le marché serait sensiblement plus concurrentiel. Autrement dit, en l’espèce, la transmission directe par le TREB des données en litige par voie électronique aux BVI aurait-elle un effet bénéfique supplémentaire sensible sur la concurrence?

[89] Dans la présente espèce, le Tribunal a examiné ce qu’il faut entendre par « sensiblement » et le critère applicable. Le Tribunal a fait remarquer, au paragraphe 461 de ses motifs, que l’analyse de l’effet sensible consiste à évaluer la puissance commerciale. La puissance commerciale, comme le définit le Tribunal au paragraphe 165 de ses motifs, est la capacité de contrôler les prix ou d’autres aspects de la concurrence pendant une longue période, notamment l’innovation et la qualité des services.

[90] Au paragraphe 480 de ses motifs, le Tribunal reconnaît que le critère relatif à l’effet sensible est de

nature. That is, the Tribunal is to compare the level of competition that exists in the actual world with the level of competition that would exist, but for, the impugned practices. The test then, is to assess whether the difference between these two worlds is substantial. The Tribunal indicates that this test will be met where either price is materially higher, or one or more non-price dimension are materially lower than in the absence of the practices.

[91] In making this assessment the Tribunal will have regard to the overall economic conditions of the relevant market. As explained in paragraph 468 of its reasons, this means that the duration of the impact will be considered along with the relative size of impact to determine whether the impact is substantial.

[92] In our view, the Tribunal correctly understood the significance of the word “substantially” and the test which it had to apply in determining whether or not, on the facts of this case, TREB’s practice regarding the disputed data was a practice which had the effect of preventing competition substantially in the GTA.

[93] With these comments in mind, we now turn to TREB’s and CREA’s submissions as to why we should intervene. Their principal submission on substantiality is that it was improper for the Tribunal to determine whether the anti-competitive effects led to a substantial prevention of competition on the basis of qualitative evidence only. In their view, this led the Tribunal to determine the issue on “speculative opinion evidence unsupported by available empirical evidence” (TREB’s memorandum of fact and law, at paragraph 14).

[94] In making this submission, TREB and CREA put forward two arguments. The first is that in *Tervita SCC*, the Supreme Court held that the Commissioner had an obligation to quantify any quantifiable anti-competitive effect and that failure to do so would prevent him from relying on qualitative evidence in respect of effects which could have been quantified. Thus, in the view of TREB and CREA, anti-competitive effects can be considered qualitatively by the Tribunal only if they cannot be quantitatively estimated.

nature relative. Ainsi, le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence réel avec le niveau de concurrence qui existerait, n’eût été la pratique contestée. Il s’agit donc d’évaluer si l’écart entre ces deux mondes est sensible. Le Tribunal indique qu’il est satisfait au critère si le prix est substantiellement supérieur ou si un ou plus d’un autre aspect de la concurrence sont substantiellement inférieurs qu’en l’absence des pratiques.

[91] Dans cette évaluation, le Tribunal tient compte des conditions économiques globales du marché pertinent. Comme il l’explique au paragraphe 468 de ses motifs, pour décider si l’effet est sensible, il faut tenir compte de sa durée ainsi que de son importance relative.

[92] Nous sommes d’avis que le Tribunal a bien compris l’importance du terme « sensiblement » et le critère qu’il devait appliquer pour décider si, compte tenu des faits, la pratique du TREB concernant les données en litige avait bel et bien pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT.

[93] À la lumière de ce qui précède, nous abordons les raisons qu’avancent le TREB et l’ACI pour nous exhorter à intervenir. Ils prétendent principalement, relativement à l’effet sensible, que le Tribunal a eu tort d’évaluer si les effets anti-concurrentiels avaient empêché sensiblement la concurrence en se fondant uniquement sur des éléments de preuve qualitatifs. Selon eux, le Tribunal a tranché la question sur la foi de [TRADUCTION] « témoignages d’opinion spéculatifs non étayés par des éléments de preuve empiriques disponibles » (mémoire des faits et du droit de TREB, au paragraphe 14).

[94] Le TREB et l’ACI ont avancé deux arguments à cet égard. Premièrement, dans l’arrêt *Tervita CSC*, la Cour suprême conclut que le commissaire avait l’obligation de quantifier les effets anti-concurrentiels quantifiables, à défaut de quoi il ne pourrait pas s’appuyer sur des éléments de preuve qualitatifs concernant des effets qui auraient pu être quantifiés. Par conséquent, selon le TREB et l’ACI, les effets anti-concurrentiels peuvent être pris en compte sur le plan qualitatif par le Tribunal uniquement si ces effets ne peuvent pas être estimés sur le plan quantitatif.

[95] TREB and CREA further say that the Tribunal erred in concluding (TR, at paragraphs 469–470) that the aforementioned principle, enunciated by the Supreme Court in *Tervita SCC* at paragraph 124 of its reasons, did not apply to a determination made under section 92 of the *Competition Act* or under subsection 79(1) thereof. In other words, they submit that the Tribunal erred in finding that the Supreme Court’s holding in *Tervita SCC*, on which TREB and CREA rely, was limited to determinations under subsection 96(1).

[96] More particularly, TREB and CREA say that the rationale underlying the Supreme Court’s statement of principle in *Tervita SCC* not only applies to determinations under subsection 96(1), but also to determinations arising under both section 92 and subsection 79(1). In support of this view, they rely on that part of paragraph 124 of *Tervita SCC* which we have underlined herein below.

The Commissioner argues that quantification is not a legal prerequisite to considering anti-competitive effects (R.F., paras. 84 and 88). On the contrary, the Commissioner’s legal burden is to quantify the quantifiable anti-competitive effects upon which reliance is placed. Where effects are measurable, they must be estimated. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated. A failure to quantify quantifiable effects will not result in such effects being considered qualitatively (*Superior Propane IV*, at para. 35). This approach minimizes the degree of subjective judgment necessary in the analysis and enables the Tribunal to make the most objective assessment possible in the circumstances (*Superior Propane IV*, at para. 38). An approach that would permit the Commissioner to meet her burden without at least establishing estimates of the quantifiable anti-competitive effects fails to provide the merging parties with the information they need to know the case they have to meet. [Emphasis added.]

[97] TREB’s and CREA’s second argument is that the Tribunal should have drawn an adverse inference against the Commissioner by reason of his failure to adduce empirical evidence concerning competition on price and dynamic competition in markets (United States and

[95] Le TREB et l’ACI affirment en outre que le Tribunal a commis une erreur en concluant (MT, aux paragraphes 469–470) que le principe mentionné plus haut, énoncé par la Cour suprême dans l’arrêt *Tervita CSC*, au paragraphe 124, ne s’appliquait pas à une décision prise en vertu de l’article 92 ou du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. Autrement dit, ils font valoir que le Tribunal a conclu à tort que l’enseignement tiré de l’arrêt *Tervita CSC*, qu’invoquent le TREB et l’ACI, ne s’appliquait qu’aux instances faisant intervenir le paragraphe 96(1).

[96] Plus précisément, le TREB et l’ACI affirment que le raisonnement sous-tendant la déclaration de principe de la Cour suprême dans l’arrêt *Tervita CSC* s’applique non seulement aux instances faisant intervenir le paragraphe 96(1), mais également à celles faisant jouer l’article 92 et le paragraphe 79(1). Au soutien de cette thèse, ils invoquent la partie du paragraphe 124 des motifs dans l’arrêt *Tervita CSC* que nous soulignons ci-après.

La commissaire fait valoir que la quantification n’est pas une condition préalable en droit à l’examen des effets anticoncurrentiels (m.i., par. 84 et 88). Au contraire, elle est tenue en droit de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables qui serviront de fondement à la décision. Dans les cas où les effets peuvent être mesurés, ils doivent être estimés. Seuls les effets ne pouvant être estimés sur le plan quantitatif seront pris en considération sur le plan qualitatif. L’absence de mesure des effets quantifiables ne saurait se traduire par l’attribution d’une valeur qualitative (*Supérieur Propane IV*, par. 35). Cette méthode réduit au minimum le jugement subjectif nécessaire dans l’analyse et permet au Tribunal d’effectuer l’évaluation la plus objective possible dans les circonstances (*Supérieur Propane IV*, par. 38). Une approche selon laquelle la commissaire pourrait s’acquitter de son obligation sans avoir donné au moins une estimation des effets anticoncurrentiels quantifiables ne permettrait pas aux parties au fusionnement de connaître la preuve qui leur est opposée. [Non souligné dans l’original.]

[97] Deuxièmement, le TREB et l’ACI prétendent que le Tribunal aurait dû tirer une conclusion défavorable à l’endroit du commissaire, car ce dernier n’a présenté aucun élément de preuve empirique à l’égard de la concurrence sur les prix et la concurrence dynamique

Nova Scotia) where full information VOWs exist and in respect of which it was possible to measure the actual effects on competition. They say that the Commissioner deliberately decided not to perform a quantitative analysis of competition effects in these markets. More particularly, TREB and CREA argue that the Tribunal should have drawn the only inference possible resulting from the Commissioner's failure to adduce quantitative evidence, "namely that there was no substantial prevention or lessening of competition, dynamic or otherwise, that could be demonstrated on a balance of probabilities" (TREB's memorandum of fact and law, at paragraph 77).

[98] TREB and CREA then address the reasons given by the Tribunal for not drawing an adverse inference against the Commissioner, namely that the Commissioner had to be prudent with regard to the spending of the funds under his authority and because of Dr. Vistnes' advice to the Commissioner that a study of the United States' experience would constitute a difficult and expensive endeavour that would likely not yield useful answers. (TREB and CREA say that Dr. Vistnes' testimony on this point constitutes an off the cuff response to a question posed by the Tribunal during the hearing.) TREB and CREA say that the reasons given by the Tribunal for refusing to draw the adverse inference are improper and cannot be right.

[99] In our respectful view, TREB's and CREA's submissions cannot succeed. First in *Tervita SCC*, the Supreme Court did not, contrary to TREB's and CREA's assertion, make any pronouncement pertaining to section 92 of the *Competition Act* regarding the necessity of quantifying effects which could be quantified. To the contrary, at paragraph 166 of its reasons in *Tervita SCC*, the Supreme Court indicated that there was no obligation on the part of the Commissioner to quantify anti-competitive effects under section 92:

It may seem paradoxical to hold that the Tribunal was correct in finding a likely substantial prevention of competition, only to then conduct the s. 96 balancing test and find zero anti-competitive effects. However, this result merely appears paradoxical in view of the particular facts of this case. Here, as discussed above, the Tribunal was able to consider evidence as to the effect on the

dans les marchés (États-Unis et Nouvelle-Écosse) où il existe des BVI à information complète où il était possible de mesurer leur effet réel sur la concurrence. Ils affirment que le commissaire a délibérément décidé de passer outre à l'analyse quantitative de l'effet sur la concurrence dans ces marchés. Plus particulièrement, le TREB et l'ACI soutiennent que le Tribunal aurait dû tirer la seule conclusion possible dans les circonstances, [TRADUCTION] « à savoir qu'il n'était pas possible de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'on avait diminué ou empêché sensiblement la concurrence, dynamique ou autre » (mémoire des faits et du droit de TREB, au paragraphe 77).

[98] Le TREB et l'ACI abordent également les raisons pour lesquelles le Tribunal n'a pas tiré de conclusion défavorable à l'endroit du commissaire, à savoir que ce dernier devait faire preuve de prudence dans la gestion des deniers publics dont il est responsable et que, selon M. Vistnes, une étude de la situation aux États-Unis serait difficile, coûteuse et d'une utilité limitée. (Le TREB et l'ACI affirment que le témoignage de M. Vistnes sur ce point constitue une réponse irréfléchie à une question du Tribunal à l'audience.) Le TREB et l'ACI prétendent que les raisons citées par le Tribunal pour expliquer son refus de tirer une conclusion défavorable sont inacceptables et erronées.

[99] À notre humble avis, les observations du TREB et de l'ACI ne sauraient être retenues. Premièrement, dans l'arrêt *Tervita CSC*, la Cour suprême ne s'est pas prononcée, contrairement à ce qu'ils affirment, sur la nécessité de quantifier les effets pouvant l'être, pour l'application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*. Au contraire, au paragraphe 166 de ses motifs, la Cour suprême indique que le commissaire n'est pas tenu dans ce cas de quantifier les effets anti-concurrentiels :

Il peut paraître paradoxal de conclure que la décision du Tribunal, selon laquelle il y aurait vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence, était correcte pour ensuite déterminer, à l'issue de la pondération qu'exige l'art. 96, qu'il n'y avait aucun effet anti-concurrentiel. Or ce résultat ne semble paradoxal qu'en raison des faits propres à la présente affaire. Comme nous

market of the emergence of likely competitors, whether acceptable substitutes existed, and so on. Section 93 expressly permits the consideration of these factors in and of themselves. Ordinarily, the Commissioner would also use the evidence bearing on those factors to quantify the net effect of those factors on the economy in the form of deadweight loss. However, the statutory scheme does not bar a finding of likely substantial prevention where there has been a failure to quantify deadweight loss, and thus the Commissioner's failure to do so in this case was not fatal to the s. 92 determination. By contrast, the balancing test under s. 96 does require that quantifiable anti-competitive effects be quantified in order to be considered. As such, the failure to quantify deadweight loss in this case barred consideration, under s. 96, of the quantifiable effects that supported a finding of likely substantial prevention under s. 92. In circumstances where quantifiable effects were in fact quantified, a finding of likely substantial prevention under s. 92 would be accompanied by the consideration of quantified anti-competitive effects under the s. 96 analysis. [Emphasis added.]

[100] Although we agree, as a matter of logic, that the Supreme Court's rationale in *Tervita SCC* for requiring that quantifiable effects be quantified could equally be applied to determinations made under both subsection 79(1) and section 92, there can be no doubt that the Supreme Court made it clear, at paragraph 166 cited above, that the principle did not apply to section 92. That being the case, we have no choice but to hold that the principle requiring quantification of quantifiable effects cannot be applied to subsection 79(1). Had it been open to us to decide the issue afresh, we would have held that the principle applied to determinations under subsection 79(1).

[101] Consequently, TREB and CREA cannot succeed on their assertion that the Commissioner, in seeking a determination under subsection 79(1), had a legal obligation to quantify all effects which could be quantified.

l'avons vu, le Tribunal a pu examiner une preuve portant sur l'effet sur le marché de l'arrivée de concurrents probables, l'existence de substituts acceptables, et ainsi de suite. L'article 93 permet expressément l'examen de ces facteurs. Ordinairement, la commissaire présenterait également la preuve portant sur ces facteurs pour quantifier leur effet net sur l'économie sous la forme d'une perte sèche. Cependant, le régime législatif ne fait pas obstacle à une conclusion qu'il y aura vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence dans les cas où la perte sèche n'a pas été quantifiée. Ainsi cette omission de la part de la commissaire dans la présente affaire n'a pas été fatale à la conclusion rendue en application de l'art. 92. En revanche, l'analyse de pondération visée à l'art. 96 exige bel et bien que les effets anticoncurrentiels quantifiables soient quantifiés pour être pris en considération. Pour cette raison, la non-quantification de la perte sèche en l'espèce a fait obstacle à la prise en compte, dans l'analyse qu'appelle l'art. 96, des effets quantifiables étayant la conclusion que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre l'expression pour l'application de l'art. 92. Si les effets quantifiables avaient effectivement été quantifiés, après avoir conclu, à l'issue de l'analyse qu'exige l'art. 92, que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, on procéderait à l'examen des effets anticoncurrentiels quantifiés dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96. [Non souligné dans l'original.]

[100] Bien que nous soyons d'accord, en toute logique, que le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Tervita CSC* sur l'obligation de quantifier les effets quantifiables pourrait également être appliqué aux décisions à rendre en application du paragraphe 79(1) et de l'article 92, il ne fait aucun doute qu'elle indique clairement, au paragraphe 166 cité plus haut, que le principe ne s'applique pas à l'article 92. Par conséquent, nous n'avons pas d'autres choix que de confirmer que l'exigence de quantification des effets quantifiables ne s'applique pas à l'instance faisant intervenir le paragraphe 79(1). S'il nous avait été loisible de trancher la question pour la première fois, nous aurions conclu que le principe s'applique aux décisions à rendre en application du paragraphe 79(1).

[101] Par conséquent, est mal fondée l'affirmation du TREB et de l'ACI selon laquelle le commissaire était tenu en droit de quantifier tous les effets pouvant l'être s'il demandait qu'une décision soit rendue en application

On the basis of *Tervita SCC*, the Commissioner did not have such an obligation.

[102] We now turn to the Tribunal's refusal to make the adverse inference against the Commissioner which TREB and CREA sought because the Commissioner had failed to provide an empirical assessment "of the incremental effect of sold and other Disputed Data in increasing a full-information VOW operator's ability to generate clients" (TR, at paragraph 653). This submission, in our respectful view, is also without merit.

[103] To begin, we agree with the Commissioner that TREB's and CREA's argument is tantamount to arguing that the Commissioner had a legal burden to adduce quantifiable evidence. As we have just indicated, no such obligation arises under subsection 79(1).

[104] Considering that the Commissioner had no such legal obligation, he, like any other plaintiff, had to decide what evidence he had to put forward to prove his case. As we know, he chose to do so by way of qualitative evidence and in so doing, he took the risk of failing to persuade the Tribunal that the anti-competitive effects of TREB's practice resulted in a substantial prevention of competition. As it turned out, the Tribunal was persuaded by the qualitative evidence adduced by the Commissioner.

[105] We have carefully considered the case law and cannot see any basis to accept TREB's and CREA's proposition that the Tribunal ought to have drawn an adverse inference against the Commissioner for failing to conduct an empirical assessment of markets in the United States and in Nova Scotia, or for that matter in the GTA. That, in our respectful view, would be akin to giving the Tribunal the power to dictate to the Commissioner how he should present his case. There is no authority for such a proposition.

[106] We agree with TREB and CREA in one respect. Had there been a valid basis to draw an adverse inference against the Commissioner, the reasons for refusing

du paragraphe 79(1). À en juger par l'arrêt *Tervita CSC*, le commissaire n'avait pas cette obligation.

[102] Passons au refus du Tribunal de tirer une conclusion défavorable à l'endroit du commissaire, comme le souhaitent le TREB et l'ACI puisque le commissaire n'avait pas présenté d'évaluation empirique de « l'effet cumulatif des données relatives aux propriétés vendues et des autres données en litige permet d'accroître la capacité des exploitants de BV fournissant des renseignements complets à obtenir des clients » (MT, au paragraphe 653). À notre humble avis, cet argument est aussi dénué de fondement.

[103] Pour commencer, nous sommes d'accord avec le commissaire pour dire que l'argument du TREB et de l'ACI équivaut à affirmer qu'il était tenu en droit de présenter des éléments de preuve quantifiables. Comme nous l'indiquons précédemment, aucune obligation de la sorte ne découle du paragraphe 79(1).

[104] Vu qu'une telle obligation n'incombait pas au commissaire, il lui revenait, comme à tout autre demandeur, de choisir les éléments de preuve à présenter pour prouver sa thèse. Comme nous le savons, il a opté pour des éléments de preuve qualitatifs et, ce faisant, il a pris le risque de ne pas arriver à convaincre le Tribunal que l'effet anti-concurrentiel de la pratique du TREB avait empêché sensiblement de la concurrence. Il se trouve que la preuve qualitative produite par le commissaire a convaincu le décideur.

[105] Nous avons fouillé la jurisprudence. Rien ne nous permet d'ajouter foi à l'affirmation du TREB et de l'ACI selon laquelle le Tribunal aurait dû tirer une conclusion défavorable à l'endroit du commissaire, car ce dernier n'avait pas effectué d'évaluation empirique des marchés aux États-Unis et en Nouvelle-Écosse ou, du reste, dans la RGT. À notre humble avis, une telle interprétation équivaldrait à donner au Tribunal le pouvoir d'imposer au commissaire la façon dont il devrait présenter sa thèse. Rien n'appuie cette interprétation.

[106] Nous sommes d'accord avec le TREB et l'ACI sur un point. S'il avait été possible, sur un fondement légitime, de tirer une conclusion défavorable à l'endroit

to draw the inference given by the Tribunal would clearly not have withstood scrutiny. The fact that the Commissioner has limited funds to spend may be a reality, but it is of no relevance to a determination of whether or not an adverse inference should be made. As to Dr. Vistnes' view with regard to the utility and cost of producing an empirical assessment, that, in our view, is also an irrelevant consideration. Whether the study would have been useful is a matter which the Tribunal would have had to appreciate and determine. It was clearly not up to Dr. Vistnes to make that determination. In any event, it is doubtful that Dr. Vistnes could provide that opinion to the Tribunal as it does not appear in his expert reports. However, as we are satisfied that there was no basis to draw the inference sought by TREB and CREA, the reasons given by the Tribunal, even though misguided, are of no consequence.

[107] Additionally, it should be remembered that in *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221, at paragraph 73, the Supreme Court made the following point: "Whether or not an adverse inference is warranted on particular facts is bound up inextricably with the adjudication of the facts" (see also *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 52). Thus, the Tribunal's refusal to draw an inference against the Commissioner is subject to the standard of reasonableness. We see no basis to conclude that the Tribunal's refusal to draw the inference is unreasonable.

[108] TREB and CREA make a further submission regarding the Tribunal's determination that the prevention of competition was substantial. They say that, in any event, it was an error for the Tribunal to rely on evidence which they characterize as speculative qualitative evidence. At paragraph 75 of its memorandum of fact and law, TREB defines quantitative evidence as "empirical evidence of the actual effect of certain impugned acts on competition in an existing real estate market" and defines qualitative evidence as "a reference essentially to opinion and anecdotal evidence of what might happen in the market if certain acts are permitted or not permitted".

du commissaire, les motifs du Tribunal justifiant son refus de tirer pareille conclusion n'auraient manifestement pas résisté à un examen. Soit, le commissaire dispose de fonds limités, mais cet élément n'est aucunement pertinent lorsqu'il s'agit de décider s'il est opportun de tirer une conclusion défavorable. À notre sens, l'avis de M. Vistnes concernant l'utilité et le coût de la réalisation d'une évaluation empirique n'est pas pertinent non plus. La question de savoir si l'évaluation aurait été utile est une question qu'il incombait au Tribunal d'examiner et de trancher. Il n'appartenait manifestement pas à M. Vistnes de tirer cette conclusion. En tout état de cause, il est douteux que M. Vistnes puisse donner cette opinion au Tribunal puisque celle-ci ne figure pas dans ses rapports d'expert. Toutefois, comme nous sommes convaincus que rien n'obligeait le Tribunal à tirer la conclusion demandée par le TREB et l'ACI, ses motifs, bien qu'erronés, n'ont aucune conséquence.

[107] En outre, il convient de rappeler que dans l'arrêt *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221, au paragraphe 73, la Cour suprême opine : « [l]a question de savoir si une conclusion défavorable est justifiée ou non par les faits particuliers est inextricablement liée à la détermination des faits » (voir aussi *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 52). Par conséquent, le refus du Tribunal de tirer une conclusion défavorable à l'endroit du commissaire est contrôlé selon la norme de la décision raisonnable. Rien ne nous permet de conclure que le refus du Tribunal de tirer la conclusion est déraisonnable.

[108] Le TREB et l'ACI soumettent un autre argument concernant la conclusion du Tribunal selon laquelle la pratique avait sensiblement empêché la concurrence. Ils affirment que, en tout état de cause, le Tribunal a commis une erreur en s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs selon eux spéculatifs. Au paragraphe 75 de son mémoire des faits et du droit, le TREB définit la preuve quantitative comme [TRADUCTION] « une preuve empirique des effets réels de certains agissements contestés sur la concurrence dans un marché immobilier existant » et définit la preuve qualitative comme [TRADUCTION] « une mention de la nature d'une opinion ou d'une preuve anecdotique de ce qui aurait

[109] More particularly (the argument which we now explain is one put forward mainly by CREA), they make four points. First, they say that the Tribunal erred in concluding, on the basis of statements made by brokers to the effect that they needed the disputed data in their VOWs so as to improve their offerings to the public and that their clients, i.e. buyers and sellers, valued the opportunity of accessing the disputed data on their VOWs, that the availability of the disputed data would result in a substantial incremental competition benefit.

[110] In TREB's and CREA's view, the Tribunal's conclusion on substantiality which results from its finding with respect to the anti-competitive effects of TREB's practice was tantamount to reading out the word "substantial" from the statutory provision. They say that, at best, the aforementioned witness statements constitute evidence of "an effect" on competition but clearly not of a substantial incremental competition benefit arising from the availability of the disputed data on the VOWs.

[111] Second, TREB and CREA say that it was an error on the part of the Tribunal to find, on the basis of the evidence of William McMullin, that Viewpoint was prevented from entering the GTA market because of the unavailability of the disputed data. They say that Mr. McMullin's evidence on this point, in light of the overall evidence, was not credible adding that, in any event, the Tribunal erred in finding that Viewpoint's entry into the GTA would have had a substantial competitive effect considering that Viewpoint was less competitive (if one considers Viewpoint's commission rates and lack of rebates) in terms of price than other brokerages such as Realosophy and TheRedPin.

[112] Third, TREB and CREA say that the Tribunal made a further error in finding that the Commissioner had met his burden of proof on the basis of qualitative benefits asserted by brokers when the evidence showed

pu se produire dans le marché si certains agissements étaient permis ou non ».

[109] Plus particulièrement (le présent argument est avancé principalement par l'ACI), ils formulent quatre arguments. Premièrement, ils affirment que le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'accès aux données en litige donnerait lieu à un avantage concurrentiel supplémentaire sensible. Sa conclusion était fondée sur des déclarations de courtiers selon lesquels ils devaient pouvoir afficher les données en litige dans leurs BVI afin d'améliorer leur offre de services au public et que leurs clients, c'est-à-dire les acquéreurs et les vendeurs, accordaient de l'importance à la possibilité d'accéder aux données en litige sur leurs BVI.

[110] Le TREB et l'ACI sont d'avis que la conclusion du Tribunal selon laquelle on avait empêché sensiblement la concurrence — qui découle de celle sur les effets anti-concurrentiels de la pratique du TREB — revenait à faire fi du terme « sensiblement » de la disposition législative. Selon eux, les déclarations des témoins susmentionnées — quant à l'accès aux données en litige sur les BVI — démontrent tout au plus « un effet » sur la concurrence, mais manifestement pas un avantage concurrentiel supplémentaire sensible.

[111] Deuxièmement, le TREB et l'ACI affirment que le Tribunal a commis une erreur en concluant, d'après la preuve de William McMullin, que la non-disponibilité des données en litige avait empêché Viewpoint d'entrer dans le marché de la RGT. Ils affirment que la preuve de M. McMullin sur ce point, à la lumière de l'ensemble de la preuve, n'était pas crédible. Ils ajoutent que, en tout état de cause, le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'entrée de Viewpoint dans le marché de la RGT aurait eu un effet concurrentiel sensible compte tenu du fait que Viewpoint était moins compétitive (vu les taux de commission qu'elle pratique et l'absence de rabais consentis) sur le plan des prix que d'autres mai- sons de courtage comme Realosophy et TheRedPin.

[112] Troisièmement, le TREB et l'ACI soutiennent que le Tribunal a également eu tort de conclure que le commissaire s'était acquitté de son fardeau de preuve sur la foi des déclarations de courtiers sur l'existence

that brokers operating in the GTA with VOWs fed by TREB's VOW data feed (i.e. without the disputed data) were equally or more competitive than brokers operating on a data feed that included some of the disputed data.

[113] Fourth, TREB and CREA say that the Tribunal also erred in finding that a substantial prevention of competition had been demonstrated by the Commissioner because there was a lack of evidence showing a link between the success of brokerages such as Redfin and Viewpoint and the availability of the disputed data in a VOW. In making this point, TREB and CREA argue that it was clear from the evidence that there was no causal relationship between being able to convert website users into clients and the availability of the disputed data on one's VOWs.

[114] TREB and CREA conclude on this point by saying that the evidence regarding conversion rates was extremely important because the purpose of designing attractive websites was to convert viewers into clients.

[115] TREB and CREA also point out that after finding that the evidence regarding conversion rates did not support the Commissioner's case, the Tribunal downplayed the importance of conversion rates on the basis of Dr. Vistnes' opinion that local differences in the markets under consideration probably explained why the conversion rates were low. TREB and CREA say that there was no evidence of these local differences before the Tribunal on which Dr. Vistnes could give the opinion that he gave. Dr. Vistnes' opinion, in their view, was entirely speculative.

[116] Finally, TREB and CREA conclude their arguments regarding conversion rates by saying that even though the Tribunal refused to give any weight to the evidence showing low conversion rates, it nonetheless found, at paragraph 676 of its reasons, that if the disputed data was made available on TREB's data feed,

d'avantages qualitatifs. Selon eux, la preuve démontrait au contraire que les courtiers exploitant des BVI alimentés par voie électronique par le TREB (c'est-à-dire sans les données en litige) étaient tout aussi concurrentiels, voire plus, que les courtiers ayant à leur disposition les données transmises électroniquement, incluant certaines des données en litige.

[113] Quatrièmement, le TREB et l'ACI affirment que le Tribunal a aussi commis une erreur en concluant que le commissaire avait démontré que la concurrence avait été empêchée sensiblement. À leur avis, rien ne démontrait de lien entre la réussite de maisons de courtage comme Redfin et Viewpoint et la disponibilité des données en litige dans un BVI. En formulant leur argument, le TREB et l'ACI font valoir qu'il ressort clairement de la preuve qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la possibilité de convertir les utilisateurs d'un site Web en clients et la disponibilité des données en litige sur le BVI d'un courtier.

[114] Le TREB et l'ACI concluent ce point en indiquant que la preuve concernant les taux de conversion était extrêmement importante puisque la raison pour laquelle on conçoit des sites Web attrayants est de convertir des visiteurs en clients.

[115] Le TREB et l'ACI font également remarquer qu'après avoir conclu que la preuve concernant les taux de conversion n'appuyait pas la thèse du commissaire, le Tribunal a minimisé l'importance des taux de conversion après avoir accepté l'opinion de M. Vistnes, qui était d'avis que les différences locales dans les marchés examinés expliquaient sans doute les faibles taux de conversion. Selon le TREB et l'ACI, aucune preuve concernant ces différences locales n'ayant été présentée au Tribunal, l'opinion de M. Vistnes n'était donc aucunement étayée. Elle était, de leur avis, entièrement conjecturale.

[116] En dernier lieu, le TREB et l'ACI concluent leurs arguments concernant les taux de conversion en affirmant que, même si le Tribunal a refusé de donner du poids à la preuve démontrant de faibles taux de conversion, il a néanmoins conclu, au paragraphe 676 de ses motifs, que si les données en litige avaient été

web based brokerages would likely be successful in converting “an increasing and significant number of website users into clients.”

[117] To place TREB’s and CREA’s arguments in perspective, it is important to point out that the Tribunal understood the difference in nature between quantitative and qualitative evidence and that it recognized that it was more difficult for the Commissioner to prove his case on the basis of mostly qualitative evidence. The Tribunal indicated that in a case like the one before it, which pertained mostly to dynamic competition, it was inevitable that the Commissioner would have to rely on qualitative evidence in the form of business documents, witness statements, and testimonies, adding, however, that it remained the Commissioner’s burden to prove his case on a balance of probabilities (TR, at paragraphs 469–471).

[118] On the basis of the qualitative evidence put forward by the Commissioner and in particular on the basis of the witness statements and testimonies of the persons referred to at paragraph 76 of these reasons, namely Messrs. McMullin, Hamidi, Gidamy, Silver, Enchin, Prochazka, Desai, and Pasalis, the Tribunal made findings of a number of anti-competitive effects caused by the VOW restrictions. In each case, the Tribunal found both that an anti-competitive effect existed and emphasized the relative significance of that effect as follows:

- The prevention of a considerably broader range of broker services in the GTA (TR, at paragraph 583)
- The prevention of an increase in the quality of these services in a significant way (TR, at paragraph 598)
- The prevention of the advent of considerably more innovation (TR, at paragraph 616)

transmises directement par voie électronique par le TREB, les maisons de courtage sur le Web auraient sans doute réussi à convertir « en clients un nombre de plus en plus important d’utilisateurs de leurs sites Web ».

[117] Pour mettre les arguments du TREB et de l’ACI en perspective, il importe de souligner que le Tribunal a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative sur le plan de la nature et qu’il a reconnu qu’il était plus difficile pour le commissaire de prouver sa thèse au moyen d’éléments surtout qualitatifs. Le Tribunal a indiqué que, dans une affaire comme celle dont il était saisi, qui portait principalement sur la concurrence dynamique, il était inévitable que le commissaire s’appuie sur des éléments de preuve qualitatifs sous la forme de documents commerciaux et de témoignages, ajoutant, toutefois, qu’il incombe tout de même au commissaire de prouver sa thèse selon la prépondérance des probabilités (MT, aux paragraphes 469–471).

[118] En s’appuyant sur la preuve qualitative avancée par le commissaire et en particulier sur les dépositions des témoins et les témoignages des personnes mentionnées au paragraphe 76 des présents motifs, à savoir MM. McMullin, Hamidi, Gidamy, Silver, Enchin, Prochazka, Desai et Pasalis, le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI. Dans chacun des cas, le Tribunal a conclu à un effet anti-concurrentiel et a souligné l’importance relative de cet effet de la façon suivante :

- L’empêchement d’une palette nettement plus étendue de services de courtage dans la RGT (MT, au paragraphe 583)
- L’empêchement non négligeable d’une augmentation dans la qualité de ces services (MT, au paragraphe 598)
- L’empêchement de l’émergence d’une innovation beaucoup plus importante (MT, au paragraphe 616)

- The significant adverse impact on entry into, and expansion within the relevant market (TR, at paragraph 550)
- Un effet néfaste significatif sur l'entrée et la participation accrue dans le marché en question (MT, au paragraphe 550)

[119] It was the Tribunal's opinion that "but for" the VOW restrictions these anti-competitive effects would be considerably lower. At paragraph 702 of its reasons, the Tribunal concluded that when considered in the aggregate, these anti-competitive effects on non-price dimensions amounted to a substantial prevention of competition.

[119] Le Tribunal était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles. Au paragraphe 702 de ses motifs, le Tribunal a conclu que, globalement, ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence.

[120] In other words, the Tribunal held that the ultimate consequence of the anti-competitive effects found to exist was the maintenance of TREB and its members' collective market power in respect of residential brokerage services in the GTA (TR, at paragraph 709) and that failing an order on its part, that market power would likely continue (TR, at paragraph 712).

[120] Autrement dit, le Tribunal a conclu que les effets anti-concurrentiels établis avaient pour conséquence ultime de maintenir la puissance commerciale collective du TREB et de ses membres en ce qui a trait aux services de courtage résidentiel dans la RGT (MT, au paragraphe 709) et que, à défaut d'une ordonnance de sa part, cette puissance se maintiendrait probablement (MT, au paragraphe 712).

[121] In our view, TREB's and CREA's arguments regarding the Tribunal's reliance on qualitative evidence are without merit.

[121] Nous sommes d'avis que les arguments du TREB et de l'ACI quant à la preuve qualitative retenue par le Tribunal sont dénués de fondement.

[122] First, it is clear that most of the points which TREB and CREA make on this issue are to the effect that many of the Tribunal's crucial findings are not supported by the evidence. This is particularly so in regard to their criticism of Mr. McMullin's evidence and in regard to Viewpoint's entry into the GTA. Although we have some misgivings in regard to a number of the findings made by the Tribunal, it must be remembered that these findings result from the Tribunal's assessment of the evidence before it. The same goes with respect to the weight which the Tribunal gave to that evidence. As we have already indicated, TREB and CREA, not having sought leave to challenge questions of fact on this appeal, cannot pursue this line of attack. TREB and CREA, without so saying, are inviting us to reassess the evidence before the Tribunal and to make different findings. We clearly cannot do so. Further, as this Court indicated in *Nadeau Poultry Farm*, at paragraph 47, parties cannot "under cover of challenging a question of mixed fact and law, revisit the Tribunal's factual conclusions."

[122] Premièrement, il ressort clairement que le TREB et l'ACI font principalement valoir à ce sujet que nombre des conclusions fondamentales du Tribunal ne sont pas étayées par la preuve, tout particulièrement celles concernant le témoignage de M. McMullin et l'entrée de Viewpoint dans le marché de la RGT, qu'ils critiquent. Si nous avons des réserves sur plusieurs des conclusions tirées par le Tribunal, il ne faut pas oublier qu'elles découlent de son appréciation des éléments de preuve dont il disposait. Il en va de même de la valeur accordée par le Tribunal à cette preuve. Comme nous l'avons déjà indiqué, le TREB et l'ACI, n'ayant pas demandé l'autorisation de contester des questions de fait dans le cadre du présent appel, ne peuvent poursuivre pareille stratégie. Sans le dire, ils nous invitent à réévaluer la preuve dont disposait le Tribunal et à tirer d'autres conclusions. Manifestement, nous ne le pouvons pas. En outre, comme la Cour l'indique dans l'arrêt *Nadeau Ferme Avicole*, au paragraphe 47, les parties ne peuvent pas « sous le couvert d'une contestation portant sur une question mixte de fait et de droit, revoir les conclusions factuelles tirées par le Tribunal ».

[123] Second, it is also important to repeat that TREB and CREA do not challenge the admissibility of the statements nor of the testimonies given by the lay witnesses upon which the Tribunal relies for its findings.

[124] Third, in our respectful opinion, the underlying premise behind TREB's and CREA's challenge on this point is that qualitative evidence without quantified evidence, which they say was available to the Commissioner, should not be considered nor given any weight. We have already determined that this premise is not well founded.

[125] We agree, however, with TREB and CREA that the evidence pertaining to conversion rates does not support the Commissioner's case. Had the conversion rates been the determinative factor in this appeal, we would have intervened. We cannot see how the Tribunal can say, as it does at paragraph 676 of its reasons, that if Viewpoint and others could use the disputed data they would be in a position "to convert an increasing and significant number of website users into clients." The Tribunal's findings on conversion rates, which appear at paragraphs 653, 657, 658, and 664 of their reasons, show that the evidence before it did not support the Commissioner's case.

[126] However, as the Commissioner argues, the Tribunal, although recognizing that conversion rates were low, made the point that his application was primarily concerned with dynamic competition and innovation and that, in the absence of quantifiable evidence on point, it had no choice but to determine the matter on the evidence before it, mostly qualitative evidence. More particularly, at paragraph 662 of its reasons, the Tribunal indicated in no uncertain terms that the additional innovation developed by full information VOW brokerages was not only helpful in their attempts to compete but was "forcing traditional brokerages to respond" to this new type of competition.

[127] We are therefore satisfied that in relying on qualitative evidence for its findings of anti-competitive

[123] Deuxièmement, il importe également de réitérer le fait que le TREB et l'ACI ne contestent pas la recevabilité des témoignages, y compris ceux des témoins profanes, sur lesquels sont fondées les conclusions du Tribunal.

[124] Troisièmement, à notre humble avis, la thèse sur laquelle repose l'argument du TREB et de l'ACI sur ce point est la suivante : la preuve qualitative sans preuve quantifiée — qui selon eux était à la disposition du commissaire — ne devrait pas être prise en compte, et aucune valeur ne devrait lui être accordée. Nous avons déjà décidé que cette hypothèse était mal fondée.

[125] Nous sommes toutefois d'accord avec le TREB et l'ACI pour dire que la preuve portant sur les taux de conversion ne soutient pas la thèse du commissaire. Si les taux de conversion avaient été le facteur déterminant dans cet appel, nous serions intervenus. Nous ne pouvons pas voir comme le Tribunal peut déclarer, comme il le fait au paragraphe 676 de ses motifs, que si Viewpoint et d'autres sociétés pouvaient utiliser les données en litige, elles seraient en mesure de « transformer en clients un nombre de plus en plus important d'utilisateurs de leurs sites Web ». Les conclusions du Tribunal sur les taux de conversion, énoncées aux paragraphes 653, 657, 658 et 664 de ses motifs, montrent que la preuve dont il disposait n'appuyait pas la thèse du commissaire.

[126] Toutefois, comme le soutient le commissaire, le Tribunal, bien qu'il ait reconnu les faibles taux de conversion, a souligné que la demande du commissaire portait principalement sur la concurrence dynamique et l'innovation et que, en l'absence d'éléments de preuve quantifiables sur ce point, il n'avait d'autre choix que de trancher la question en s'appuyant sur la preuve dont il disposait, surtout qualitative. Plus particulièrement, au paragraphe 662 de ses motifs, le Tribunal a indiqué clairement que l'innovation introduite par des courtiers utilisant des BVI à information complète non seulement les sert bien dans leurs efforts en vue de se montrer concurrentiels, mais « forcent les maisons de courtage traditionnelles à réagir » à ce nouveau type de concurrence.

[127] Nous sommes ainsi convaincus du fait qu'en s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour

effects and its ultimate conclusion on substantiality, the Tribunal made no reviewable error. Consequently, we have not been persuaded, in light of the Tribunal's findings and of the applicable test, that there is any basis for us to interfere with the Tribunal's determination under paragraph 79(1)(c) of the *Competition Act*.

[128] We now turn to the second issue raised by this appeal.

### C. Privacy

[129] TREB sought to justify its restriction on disclosure of the disputed data on the basis that the privacy concerns of vendors and purchasers constituted a business justification sufficient to escape liability under paragraph 79(1)(b) of the *Competition Act*. TREB asserted that privacy was integral to its business operations; more specifically, privacy was an aspect of maintaining the reputation and professionalism of its members, central to the interests of purchasers and sellers and to the cooperative nature and efficiency of the MLS system.

[130] TREB also asserted that it was required, as a matter of law, to comply with the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA). It contended that this statutory requirement constituted a business justification, separate and apart from any question of the underlying motive TREB may have had for the VOW Policy and its anti-competitive effects. Characterized differently, having concluded that the policy was not motivated by subjective privacy concerns, the Tribunal was nevertheless obligated to continue and also determine, one way or another, whether the policy was mandated by PIPEDA. Had the Tribunal considered the consents in light of the requirements of PIPEDA, it would have found them lacking, and insufficient to authorize disclosure. This would lead, in TREB's submissions, to the conclusion that the restrictions on disclosure were necessary to

tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion ultime quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus, à la lumière des conclusions du Tribunal et du critère applicable, qu'il existe des motifs justifiant notre intervention à l'égard de la décision prise par le Tribunal en application de l'alinéa 79(1)c) de la *Loi sur la concurrence*.

[128] Nous abordons ci-après la deuxième question soulevée par l'appel.

### C. La protection des renseignements personnels

[129] Le TREB a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige en affirmant que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence*. Le TREB affirmait que la protection des renseignements personnels était essentielle à ses activités commerciales; plus particulièrement, elle contribuait à assurer la réputation et le professionnalisme de ses membres et était capitale pour les intérêts des acquéreurs et des vendeurs et pour la nature coopérative et l'efficacité du système MLS.

[130] Le TREB a également affirmé qu'il était tenu en droit de se conformer à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (LPRPDE). Selon lui, cette exigence légale constituait une justification commerciale, distincte de toute question reliée à tout autre motif qu'il pourrait avoir pour justifier sa politique sur les BVI et ses effets anti-concurrentiels. Autrement dit, ayant conclu que la politique n'était pas motivée par des soucis subjectifs liés à la protection des renseignements personnels, le Tribunal était néanmoins obligé de poursuivre l'analyse et de trancher la question de savoir si la politique était prescrite par la LPRPDE. Si le Tribunal avait examiné les consentements au vu des prescriptions de la LPRPDE, il les aurait jugées lacunaires et insuffisantes pour autoriser la communication. Selon les arguments du TREB, il fallait conclure que

comply with the legislation and constitute a business justification.

(1) The Tribunal's Decision

[131] In considering privacy as a business justification under paragraph 79(1)(b), the Tribunal found [at paragraph 430] that the “principal motivation in implementing the VOW Restrictions was to insulate its Members from the disruptive competition that [motivated], Internet-based brokerages”. It concluded that there was little evidentiary support for the contention that the restrictions were motivated by privacy concerns of TREB's clients. The Tribunal also found scant evidence that, in the development of the VOW Policy, the VOW committee had considered, been motivated by, or acted upon privacy considerations (TR, at paragraph 321). The privacy concerns were “an afterthought and continue to be a pretext for TREB's adoption and maintenance of the VOW Restrictions” (TR, at paragraph 390).

[132] The Tribunal found the business justification argument simply did not mesh with the evidence. At paragraphs 395 to 398 of its reasons, the Tribunal observed that it was “difficult to reconcile” TREB's privacy arguments with the fact that the disputed data was made available to:

- All 42 500 TREB members via its Stratus system;
- The members of most other Ontario real estate boards through the data sharing program CONNECT;
- Clients of all TREB members and clients of members of most other Ontario real estate boards;

les restrictions en matière de communication étaient prescrites par la loi et constituaient une justification commerciale.

1) La décision du Tribunal

[131] Au sujet de la protection des renseignements personnels comme justification commerciale au regard de l'alinéa 79(1)b), le Tribunal a conclu que la « raison principale pour laquelle le TREB a mis en œuvre les restrictions relatives aux BV était qu'il voulait protéger ses membres contre les effets perturbateurs de la concurrence que les maisons de courtage faisant affaire sur Internet » (MT, au paragraphe 430). Il a conclu qu'il n'y avait guère d'élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection des renseignements personnels des clients du TREB. Le Tribunal a également relevé peu d'éléments établissant que, lors de l'élaboration de la politique sur les BVI, le comité avait discuté de la protection des renseignements personnels et avait agi en conséquence (MT, au paragraphe 321). La protection des renseignements personnels est invoquée « [a posteriori] et continue à servir de prétexte au TREB pour l'adoption et le maintien des restrictions relatives aux BVI » (MT, au paragraphe 390).

[132] Le Tribunal a jugé que l'argument de la justification commerciale n'était simplement pas étayé par la preuve. Aux paragraphes 395 à 398 de ses motifs, le Tribunal a observé qu'il était « difficilement compatibles avec » les arguments du TREB concernant la protection des renseignements personnels avec le fait que les données en litige étaient mises à la disposition :

- de l'ensemble des 42 500 membres du TREB à l'aide de son système Stratus;
- des membres de la plupart des autres chambres immobilières de l'Ontario dans le cadre du programme d'échange de données CONNECT;
- des clients de tous les membres du TREB et des clients des membres de la plupart des autres chambres immobilières de l'Ontario;

- Some appraisers;
  - Third party industry stakeholders including CREA, Altus Group Limited, the CD Howe Institute, and Interactive Mapping Inc. (albeit for confidential use); and
  - Customers via email subscription services or regular emails sent by members.
- de certains évaluateurs;
  - de tiers, dont l'ACI, Altus Group Limited, l'Institut CD Howe, et Interactive Mapping Inc. (quoique pour un usage confidentiel);
  - des clients par le truchement d'abonnements par courriel ou de courriels ordinaires envoyés par des membres.

[133] Further, the Tribunal noted that for many months TREB did nothing regarding two brokers who displayed the disputed data in apparent violation of TREB's policy (TR, at paragraphs 372–374). It observed that few clients had reported concerns to TREB about their data being displayed and distributed online (TR, at paragraph 386–387) and that TREB did not produce evidence to support its allegation that including the disputed data in the data feed would push consumers away from using MLS-based services (TR, at paragraph 423).

[133] En outre, le Tribunal a fait remarquer que pendant de nombreux mois TREB n'avait pris aucune mesure à l'encontre de deux courtiers qui affichaient les données en litige, en contravention apparente à la politique du TREB (MT, aux paragraphes 372–374). Il a observé que peu de clients avaient fait part de leurs préoccupations au TREB quant au fait que leurs données étaient affichées et distribuées en ligne (MT, aux paragraphes 386–387) et que le TREB n'avait produit aucune preuve pour étayer son affirmation selon laquelle, en incluant les données en litige dans la transmission directe par voie électronique, on dissuaderait les consommateurs d'utiliser les services fondés sur le système MLS (MT, au paragraphe 423).

[134] Additionally, agents were entitled to, and routinely did, distribute detailed seller information, including sold prices, to their own clients without any restriction on further dissemination. Moreover, TREB's own intranet system enables TREB's members to forward by email up to 100 sold listings at a time to anyone (TR, at paragraph 398).

[134] De plus, les agents pouvaient communiquer — et l'ont fait régulièrement — des renseignements détaillés sur le vendeur, y compris sur le prix de vente, à leurs propres clients sans aucune restriction quant à une distribution ultérieure. En outre, le propre système intranet du TREB permet à ses membres de transférer par courriel les données sur 100 ventes de biens inscrits à la fois à quiconque (MT, au paragraphe 398).

[135] The Tribunal found no evidentiary foundation to support the assertion that the policy was genuinely motivated by a concern about compliance with PIPEDA. Although the need to abide by PIPEDA was mentioned in the testimony of TREB's Chief Executive Officer, the Tribunal noted the absence of evidence from TREB's Board of Directors, its Chief Privacy Officer or its Chief Information Officer, which would support the conclusion that compliance with PIPEDA necessitated the policy (TR, at paragraphs 378–379).

[135] Le Tribunal n'a rien trouvé qui soutiendrait l'argument selon lequel la politique était véritablement motivée par une préoccupation liée au respect de la LPRPDE. Bien que la nécessité de se conformer à la LPRPDE ait été mentionnée dans le témoignage du directeur général du TREB, le Tribunal a noté que le conseil d'administration, le directeur général et le dirigeant principal de l'information du TREB n'avaient présenté aucune preuve à cet égard susceptible d'étayer la conclusion selon laquelle le respect de la

[136] The Tribunal noted that while TREB implemented its privacy policy in 2004 and had appointed a Chief Privacy Officer, there was no evidence that the VOW Policy was directed towards compliance. TREB's only contact with the Privacy Commissioner was to ask for an opinion on a different document (a "Questions and Answers" document addressing a number of privacy related topics) in August 2012. These did not include questions related to the disputed data, and, in any event, these communications took place only after the VOW Policy and Rules were set (TR, at paragraphs 375–376).

[137] The Tribunal also noted at paragraph 407 of its reasons that Mr. Richardson, the CEO of TREB during the relevant time, operated on the assumption that the wording in the consents in the Listing Agreement was sufficient to permit disclosure.

[138] In argument, TREB pointed to a 2009 decision of the Privacy Commissioner which held that an advertisement which said that a property sold at 99.3 percent of the list price contravened PIPEDA because it allowed the public to calculate the selling price. The Office of the Privacy Commissioner held that the exception for publicly available information did not apply because the information was obtained under the purchase agreement to which the salesperson was not privy and was not actually drawn from the Ontario registry or any source accessible to the public (TR, at paragraph 388).

[139] The Tribunal rejected TREB's assertion that this decision influenced the VOW Policy. It noted that, with two exceptions (the meetings of May 12 and May 20, 2011), privacy concerns were not reflected in the minutes or discussion pertaining to the development of the VOW Policy (see e.g. TR, at paragraph 351). It

LPRPDE dictait l'adoption de la politique (MT, aux paragraphes 378–379).

[136] Le Tribunal a noté que, bien que le TREB ait mis en œuvre sa politique de confidentialité en 2004 et ait nommé un responsable de la protection des renseignements personnels, il n'y avait aucune preuve du fait que la politique relative aux BVI avait pour objet le respect de la LPRPDE. La seule fois où le TREB a communiqué avec le commissaire à la protection de la vie privée, il lui a demandé son avis sur un autre document (« Questions et réponses » sur plusieurs aspects de la protection des renseignements personnels) en août 2012. Ce document ne comportait aucune question sur les données en litige, et, en tout état de cause, ces communications ont eu lieu après l'adoption de la politique et des règles relatives aux BVI (MT, aux paragraphes 375–376).

[137] Le Tribunal a aussi fait remarquer au paragraphe 407 de ses motifs que M. Richardson, le PDG de TREB au cours de la période pertinente, tenait pour acquis que la clause sur le consentement figurant dans la convention d'inscription était rédigée de sorte à permettre la communication.

[138] Dans son argumentation, le TREB a invoqué une décision de 2009 du commissaire à la protection de la vie privée dans laquelle il concluait qu'une annonce indiquant qu'une propriété avait été vendue à 99,3 p. 100 du prix demandé enfreignait la LPRPDE puisque le public était en mesure de calculer le prix de vente. Le Commissariat à la protection de la vie privée a déclaré que l'exception relative à l'information publique ne s'appliquait pas parce que l'information figurait dans la convention d'achat, à laquelle l'agent immobilier n'était pas partie, et n'était pas tirée du bureau d'enregistrement immobilier de l'Ontario ou d'une autre source publique (MT, au paragraphe 388).

[139] Le Tribunal a rejeté l'affirmation du TREB selon laquelle cette décision avait influencé la politique sur les BVI. Il a fait remarquer que les préoccupations au sujet de la protection des renseignements personnels ne figuraient pas, à deux exceptions près (les réunions des 12 et 20 mai 2011), dans les procès-verbaux ni dans

concluded that privacy considerations were an *ex post facto* attempt to justify the policy.

[140] The Tribunal then considered CREA's argument that consumers were concerned about their property information being disclosed on a public website. The Tribunal concluded that the evidence was very limited and not persuasive (TR, at paragraph 776).

[141] The Tribunal then examined the consent clauses contained in the Listing Agreement and concluded that the consents permitted the disclosure of the data. This point will be expanded upon below.

## (2) Burden of Proof

[142] Before turning to the substance of this issue, the parties raise a point concerning the burden of proof.

[143] The Commissioner and TREB agree that TREB is bound by the provisions of PIPEDA. However, TREB contends that it was the Commissioner's burden to disprove TREB's assertion that the VOW Policy was required by PIPEDA. We do not agree. Neither this contention, nor the law, shifts the legal or evidentiary burden to the Commissioner to disprove the assertion that the policy is necessary as a matter of regulatory compliance.

[144] The normal evidentiary burden applies. The party who asserts must prove: *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at paragraph 30. TREB has offered no compelling reason as to why this principle should not apply in respect of a business justification under section 79. In consequence, if TREB seeks to establish that regulatory compliance would be compromised, the onus is on it to lead the relevant evidence as part of its evidentiary burden, and to establish the consequential legal conclusions as part of its argument.

les discussions sur l'élaboration de cette politique (voir, par exemple, MT, au paragraphe 351). Il a conclu que ces préoccupations constituaient une justification a posteriori de la politique.

[140] Le Tribunal a ensuite examiné l'argument de l'ACI selon lequel les consommateurs s'inquiétaient que les renseignements sur leur propriété soient affichés sur un site Web public. Il a conclu que la preuve à cet égard était très limitée et non convaincante (MT, au paragraphe 776).

[141] Le Tribunal a ensuite examiné la clause sur le consentement figurant dans la convention d'inscription et a conclu qu'elle autorisait la communication des données. Nous y reviendrons.

## 2) Le fardeau de la preuve

[142] Avant que nous abordions ce point au fond, les parties soulèvent la question du fardeau de la preuve.

[143] Le commissaire et le TREB conviennent du fait que ce dernier est lié par la LPRPDE. Toutefois, le TREB soutient qu'il incombe au commissaire de réfuter son argument selon lequel la politique sur les BVI était exigée par la LPRPDE. Nous ne sommes pas d'accord. Ni cette affirmation ni le droit n'ont pour effet d'inverser la charge de sorte qu'il appartienne au commissaire de réfuter un tel argument.

[144] Le fardeau de preuve habituel s'applique : la preuve d'une affirmation incombe à la personne qui la fait (*WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, au paragraphe 30). Le TREB n'a invoqué aucune raison valable d'écarter ce principe lorsqu'une justification commerciale est soulevée au regard de l'article 79. Par conséquent, si le TREB cherche à démontrer que le respect de la LPRPDE serait compromis, il lui incombe de présenter des éléments de preuve pertinents pour s'acquitter de son fardeau et de démontrer les conclusions juridiques en découlant dans son argumentation.

## (3) A Business Justification was not Established

[145] To begin, we reject the argument that the Tribunal did not consider the possibility that independent of motivation, regulatory compliance with PIPEDA could constitute a justification. Having reviewed the law, the Tribunal concluded that the business justification analysis was “subject to the important caveat that legal considerations, such as privacy, may provide a legitimate justification for an impugned practice” (TR, at paragraph 302).

[146] However, earlier in its reasons, the Tribunal wrote that “legal considerations, such as privacy laws, [may] legitimately justify an impugned practice, provided that the evidence supports that the impugned conduct was primarily motivated by such considerations” (TR, at paragraph 294). We appreciate TREB’s point that the Tribunal’s reasons on this issue are equivocal. In our view, to the extent that the Tribunal required regulatory compliance to be the motivation behind the VOW Policy, it did so in error. If it can be established that a business practice or policy exists as a matter of a statutory or regulatory requirement, whether compliance was the original or seminal motivation for the policy is of no consequence.

[147] This does not, however, eliminate the burden on the corporation to establish a factual and legal nexus between that which the statute or regulation requires and the impugned policy.

[148] In order to establish a business justification within the meaning of paragraph 79(1)(b) of the *Competition Act*, a party must establish “a credible efficiency or pro-competitive rationale for the conduct in question, attributable to the respondent, which relates to and counterbalances the anti-competitive effects and/or subjective intent of the acts”: *Canada Pipe*, at paragraph 73. Proof of a “valid business justification ... is not an absolute defence for paragraph 79(1)(b)”; it must provide an explanation why the dominant corporation engaged in the allegedly anti-competitive conduct: *Canada Pipe*,

## 3) Aucune justification commerciale n’a été établie

[145] Pour commencer, nous rejetons l’argument selon lequel le Tribunal n’a pas envisagé la possibilité que, quelle que soit la motivation en jeu, le respect de la LPRPDE constitue une justification. Il a conclu, après avoir examiné les règles qui s’appliquent, que l’analyse de la justification commerciale était « assujettie à une réserve importante voulant que les considérations juridiques, comme la protection des renseignements personnels, puissent apporter une justification valable à une pratique contestée » (MT, au paragraphe 302).

[146] Toutefois, plus haut dans ses motifs, le Tribunal a écrit que « des considérations juridiques, comme les dispositions législatives sur la protection des renseignements personnels, qui justifient de façon légitime une pratique contestée, à la condition que les éléments de preuve démontrent que les comportements contestés étaient essentiellement motivés par de telles considérations » (MT, au paragraphe 294). Nous sommes sensibles à l’observation du TREB selon laquelle les motifs du Tribunal sur cette question sont ambigus. Selon nous, si le Tribunal exigeait que le respect de la loi sous-tende la politique sur les BVI, il a fait erreur. S’il peut être établi qu’une pratique ou une politique commerciale est prescrite par une loi ou un règlement, il importe peu que le respect en soit la motivation originale ou principale.

[147] Toutefois, il demeure que la société est tenue d’établir un lien factuel et juridique entre les prescriptions de la loi ou du règlement et la politique contestée.

[148] Pour établir une justification commerciale dans le contexte de l’analyse que commande l’alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence*, une partie doit établir « une raison fondée sur l’efficacité ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anti-concurrentiels et/ou à l’intention subjective de ce comportement et leur fait contreponds » (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 73). La preuve d’une « justification commerciale valable n’est pas un moyen de défense absolu dans le cadre de l’alinéa 79(1)b) »; elle doit expliquer pourquoi la

at paragraphs 88–91. As this Court explained in *Canada Pipe*, at paragraph 87:

... A business justification for an impugned act is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), namely the determination as to whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor... [A] valid business justification can, in appropriate circumstances, overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable negative effects of the conduct on competitors, by demonstrating that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In this way, a valid business justification essentially provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed, which in the right circumstances might be sufficient to counterbalance the evidence of negative effects on competitors or subjective intent in this vein.

[149] In sum, two facts must be established before an impugned practice can shelter behind paragraph 79(1)(b). First, there must be a credible efficiency or pro-competitive rationale for the practice. Second, the efficiencies or competitive advantages, whether on price or non-price issues, must accrue to the appellant. Put otherwise, the evidence must demonstrate how the practice generates benefits which allow it to better compete in the relevant market.

[150] The Tribunal assessed the evidence before it according to the correct principles and found it lacking. The Tribunal concluded that TREB was motivated by a desire to maintain control over the disputed data in an effort to forestall new forms of competition, and not by any efficiency, pro-competition, or genuine privacy concerns (TR, at paragraphs 369 and 389–390). It was fair for the Tribunal to consider that, had regulatory compliance been a concern, there would have been evidence of such communications. It concluded that there was “no evidence” that TREB’s privacy policies received much, if any, consideration during the development of TREB’s VOW Policy and Rules.

société dominante s’est livrée à un comportement pré-tendument anti-concurrentiel (*Tuyauteries Canada*, aux paragraphes 88–91). Comme la Cour l’explique au paragraphe 87 de la décision *Tuyauteries Canada* :

[...] La justification commerciale d’une pratique attaquée ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu’exige l’alinéa 79(1)b), soit celle du point de savoir si le comportement attaqué avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas [...] [U]ne justification commerciale valable peut, si le contexte le permet, l’emporter sur l’intention réputée découlant des effets négatifs, réels ou prévisibles, du comportement attaqué sur les concurrents, en démontrant que ces effets anticoncurrentiels ne sont pas en fait le but prédominant de ce comportement. De cette façon, une justification commerciale valable constitue une autre explication possible des motifs du comportement attaqué, laquelle, si la situation s’y prête, peut suffire à contrebalancer la preuve des effets négatifs sur les concurrents ou d’une intention subjective orientée dans ce sens.

[149] En résumé, il faut établir deux faits pour qu’une pratique contestée puisse être à l’abri d’une conclusion tirée en application de l’alinéa 79(1)b). Premièrement, il faut qu’une raison fondée sur l’efficacité ou pro-concurrentielle justifie la pratique. Deuxièmement, les gains en efficacité ou avantages concurrentiels, qu’ils concernent ou non les prix, doivent bénéficier à l’appellante. Autrement dit, la preuve doit démontrer la façon dont la pratique génère des avantages qui permettent à l’appellante d’être plus concurrentielle dans le marché pertinent.

[150] Le Tribunal a évalué la preuve dont il disposait en appliquant les principes pertinents et l’a jugée lacunaire. Il a conclu que le TREB était motivé par le désir de maintenir le contrôle sur les données en litige dans le but de parer à toute nouvelle forme de concurrence, et non par des préoccupations fondées sur l’efficacité ou proconcurrentielles ou par un souci véritable de protection des renseignements personnels (MT, aux paragraphes 369, 389–390). Il était loisible au Tribunal d’estimer que, si la conformité à la loi avait constitué une réelle préoccupation, il y aurait eu des éléments de preuve de communications le confirmant. Il a conclu à l’absence de preuve démontrant que les politiques sur la

[151] The evidence, some of which we have summarized earlier, is compelling. As leave to challenge these findings was not sought, the Tribunal's conclusion that there were no pro-competitive business or efficiency justifications for the policy is reasonable and will not be disturbed. This sets the stage for TREB's second and, we believe, principal argument.

#### (4) Privacy Obligations under PIPEDA

[152] TREB submits that the Tribunal erred in failing to engage in a stand-alone assessment of TREB's responsibilities under PIPEDA regarding the collection and use of personal information.

[153] In its reasons, the Tribunal considered PIPEDA and whether its requirements mandated the policy. In this regard, it looked at the extent to which TREB engaged with the Privacy Commissioner and considered the provisions of PIPEDA. It also examined the nature and scope of the consent clause in the Listing Agreement. It proceeded on the understanding that the data was confidential and then considered the scope and effect of the consents governing its use. It concluded that the consents were effective.

[154] In our view, the role of the Tribunal was to interpret the scope of the consents under the ordinary law of contract, as informed by the purpose and objectives of PIPEDA. This is what it did, and we find no error in the conclusion reached.

##### (a) The Standard of Review

[155] As a preliminary matter, we consider that in reviewing the consent in the Listing Agreements, the

confidentialité du TREB avaient reçu une quelconque attention au cours de l'élaboration de la politique et des règles du TREB relatives aux BVI.

[151] Les éléments de preuve, dont certains ont été résumés précédemment, sont convaincants. Puisque l'autorisation de contester ces conclusions n'a pas été demandée, la conclusion du Tribunal sur l'inexistence d'une justification commerciale fondée sur l'efficience ou proconcurrentielle sous-tendant la politique est raisonnable et ne sera pas modifiée. Ce qui précède prépare le terrain pour le second argument du TREB, et selon nous, son argument principal.

#### 4) Les obligations en matière de protection des renseignements personnels prévues à la LPRPDE

[152] Le TREB soutient que le Tribunal a commis une erreur en omettant d'effectuer une évaluation distincte des responsabilités que la LPRPDE impose au TREB concernant la collecte et l'utilisation des renseignements personnels.

[153] Dans ses motifs, le Tribunal a examiné la LPRPDE pour voir si ses dispositions dictaient la politique. À cet égard, il a évalué l'ampleur des rapports entre le TREB et le commissaire à la protection de la vie privée et les dispositions de la LPRPDE. Il a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d'inscription. Il est parti du principe que les données étaient confidentielles et il a ensuite examiné la portée et l'effet des consentements régissant l'utilisation de ces données. Il a conclu que les consentements étaient valides.

[154] Nous sommes d'avis que le rôle du Tribunal était d'interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d'après l'objet et les objectifs de la LPRPDE. C'est ce qu'il a fait, et nous ne voyons aucune erreur dans la conclusion tirée.

##### a) La norme de contrôle

[155] À titre préliminaire, nous estimons que lorsqu'il a examiné la clause portant sur le consentement prévue

Tribunal was interpreting a standard form contract. As such, the standard of review is correctness.

[156] Generally speaking, contractual interpretation involves questions of mixed law and fact and, thus, is reviewable on a deferential standard: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 (*Sattva*), at paragraph 50. The interpretation of standard form contracts is an exception to this rule. Their interpretation constitutes a question of law and, thus, is reviewable for correctness: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23 (*Ledcor*), at paragraph 46. Determining the interplay between a statutory provision and a contractual term is also an exception and is reviewable for correctness: *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.*, 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165 (*Calian*), at paragraph 37. Statutory rights of appeal do not necessarily convert a reasonableness standard to a correctness one—it depends on the exact language of the legislative provision: *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 31.

[157] MLS Rules specify that brokers cannot change or delete any part of clause 11 of the Listing Agreement (rule 340). The *Frequently Asked Privacy Questions* provided by CREA states that “[b]oth current and historical data is essential to the operation of the MLS® system and by placing your listing on the MLS® system you are agreeing to allow this ongoing use of listing and sales information”. The Listing Agreement is, at least for the purposes of these proceedings, a contract of adhesion or standard form.

#### (b) The Consents

[158] PIPEDA requires that individuals consent to the collection, use, and disclosure of their personal

dans la convention d’inscription, le Tribunal interprétait un contrat type. Par conséquent, la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

[156] De manière générale, l’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de droit et de fait et, par conséquent, elle doit être contrôlée selon une norme caractérisée par la retenue (*Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 (*Sattva*), au paragraphe 50). L’interprétation des contrats types fait exception à cette règle. Leur interprétation soulève une question de droit et, par conséquent, elle est assujettie au contrôle selon la norme de la décision correcte (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23 (*Ledcor*), au paragraphe 46). L’analyse des rapports entre une disposition législative et une clause contractuelle fait également jouer une exception et est assujettie à la norme de la décision correcte (*Canada (Commissariat à l’information) c. Calian Ltd.*, 2017 CAF 135 (*Calian*), au paragraphe 37). Un droit d’appel n’a pas nécessairement pour effet de substituer à l’analyse selon la norme de la décision raisonnable celle de la décision correcte; tout dépend du libellé de la disposition législative (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 31).

[157] Les règles du système MLS précisent que les courtiers ne peuvent pas modifier ni supprimer quelque partie que ce soit de la clause 11 de la convention d’inscription (article 340). Aux termes d’un document d’information sur la protection des renseignements personnels fourni par l’ACI, [TRADUCTION] « tant les données actuelles que les données historiques sont essentielles au fonctionnement du système MLS®, et, en plaçant votre inscription dans le système MLS®, vous acceptez d’autoriser l’utilisation continue de l’information sur l’inscription et les ventes ». La convention d’inscription représente, du moins pour les fins de la présente instance, un contrat d’adhésion ou contrat type.

#### b) Les consentements

[158] La LPRPDE exige que les personnes consentent à la collecte, à l’utilisation et à la communication de leurs

information (Schedule 1, clause 4.3.1). This consent must be informed (Schedule 1, clause 4.3.2). Amendments in 2015 to this principle specified that for consent to be informed, the person must understand the “nature, purpose and consequences of the collection, use or disclosure of the personal information” (section 6.1).

[159] As noted earlier, the Tribunal proceeded on the basis that the sale price of property is personal information and therefore subject to the terms of PIPEDA, which mandates informed consent to the use of personal information.

[160] While the Listing Agreement used by TREB provides consent to some uses of personal information, TREB asserts that had the Tribunal examined it more closely, it would have found that the Listing Agreement did not provide sufficiently specific wording to permit disclosure of personal information in the VOW data feed. Specifically, TREB contends that the consents do not permit the distribution of the data over the internet, and that is qualitatively different from the distribution of the same information by person, fax, or email.

[161] The Listing Agreement contains a clause governing the “Use and Distribution of Information”. TREB focuses on the consent to the collection, use, and disclosure of information for the purpose of listing and marketing of the Property itself but omits that part of the consent (in the same clause) that says the real estate board may “make such other use of the information as the Brokerage and/or real estate board(s) deem appropriate, in connection with the listing, marketing and selling of real estate during the term of the listing and thereafter”. The Commissioner contends that this latter part of the consent (in the same clause) is the pertinent part and that it is sufficient to permit the ongoing use and disclosure of information, even after the listing is no longer active. We agree with the Commissioner’s position.

renseignements personnels (annexe 1, article 4.3.1). Ce consentement doit être éclairé (annexe 1, article 4.3.2). Les modifications apportées en 2015 à ce principe précisent que, pour que le consentement soit éclairé, la personne doit comprendre « la nature, les fins et les conséquences de la collecte, de l’utilisation ou de la communication des renseignements personnels » (article 6.1).

[159] Comme il a été mentionné plus haut, le Tribunal est parti du principe que le prix de vente d’une propriété est un renseignement personnel et, à ce titre, tombe sous le coup de la LPRPDE, qui subordonne l’utilisation de renseignements personnels à un consentement éclairé.

[160] Bien que la convention d’inscription utilisée par le TREB prévoit le consentement à certaines utilisations des renseignements personnels, le TREB affirme que, si le Tribunal l’avait examinée de plus près, il aurait constaté que son libellé n’était pas suffisamment précis pour autoriser la communication de renseignements personnels dans la transmission directe de données par voie électronique aux BVI. Plus précisément, le TREB soutient que la clause relative au consentement ne permet pas la diffusion des données sur Internet, qui diffère à des égards importants de la diffusion de ces mêmes renseignements de vive voix, par télécopieur ou par courriel.

[161] La convention d’inscription contient une clause régissant [TRADUCTION] « l’utilisation et la diffusion de l’information ». Le TREB met l’accent sur le consentement à la collecte, à l’utilisation et à la communication de l’information visant à inscrire et à commercialiser le bien même, mais fait fi de la partie du consentement (dans la même clause) qui indique que la chambre immobilière peut [TRADUCTION] « faire tout autre usage de l’information que la maison de courtage ou la chambre immobilière juge opportun, en lien avec l’inscription, la commercialisation et la vente du bien immobilier pendant la période de l’inscription et par la suite ». Selon le commissaire, cette dernière partie du consentement (dans la même clause) est la partie pertinente et suffit pour permettre l’utilisation et la communication continue de l’information, même une fois que l’inscription a pris fin. Nous souscrivons à la thèse du commissaire.

[162] The Tribunal had before it the Listing Agreements used from 2003 to 2015. Although there is data in the MLS database dating back to 1986, Listing Agreements prior to 2003 were not before the Tribunal or this Court. Therefore, this Court expresses no opinion regarding the information obtained prior to 2003 or any information that may have entered the database without being subject to the 2003 to 2015 Listing Agreements.

[163] The Listing Agreement was created by the Ontario Real Estate Association and recommended by TREB to its members (TR, at paragraph 64). In the most recent version before the Court, the relevant section of the Use and Distribution of Information clause reads:

...The Seller acknowledges that the database, within the board's MLS System is the property of the real estate board(s) and can be licensed, resold, or otherwise dealt with by the board(s). The Seller further acknowledges that the real estate board(s) may, during the term of the listing and thereafter, distribute the information in the database, within the board's MLS System to any persons authorized to use such service which may include other brokerages, government departments, appraisers, municipal organizations and others; market the Property, at its option, in any medium, including electronic media; during the term of the listing and thereafter, compile, retain and publish any statistics including historical data within the board's MLS System and retain, reproduce and display photographs, images, graphics, audio and video recordings, virtual tours, drawings, floor plans, architectural designs, artistic renderings, surveys and listing descriptions which may be used by board members to conduct comparative analyses; and make such other use of the information as the Brokerage and/or real estate board(s) deem appropriate, in connection with the listing, marketing and selling of real estate during the term of the listing and thereafter. [Emphasis added.]

[164] The wording in the Listing Agreements from 2003 onwards is substantially similar to that quoted above. However, the phrase "during the term of the listing

[162] Le Tribunal disposait des conventions d'inscription en usage de 2003 à 2015. Bien que certaines données dans la base de données MLS remontent à 1986, les conventions d'inscription antérieures à 2003 n'ont pas été présentées au Tribunal ni à la Cour. Par conséquent, la Cour n'exprime pas d'avis concernant l'information obtenue avant 2003 ou celle possiblement consignée dans la base de données sans avoir été recueillie en vertu des conventions en usage entre 2003 et 2015.

[163] Créée par l'Ontario Real Estate Association, la convention d'inscription est recommandée par le TREB à ses membres (MT, au paragraphe 64). Dans la version la plus récente présentée à la Cour, la section pertinente de la clause sur l'utilisation et la diffusion de l'information est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] [...] Le vendeur reconnaît que la base de données appartenant au système MLS de la chambre est la propriété de la chambre immobilière et qu'elle peut être revendue ou faire l'objet d'une licence ou d'un autre traitement par la chambre. Le vendeur reconnaît également que la chambre immobilière peut, durant la période de l'inscription et par la suite, diffuser l'information contenue dans la base de données appartenant au système MLS de la chambre à toute personne autorisée à utiliser ce service, notamment d'autres maisons de courtage, des ministères gouvernementaux, des évaluateurs, des organisations municipales; commercialiser le bien, à sa discrétion, par tout moyen, y compris les médias électroniques; pendant la période de l'inscription et par la suite; compiler, conserver et publier des statistiques, y compris des données historiques contenues dans le système MLS de la chambre, et conserver, reproduire et afficher des photographies, images, graphiques, enregistrements audio et vidéo, visites virtuelles, dessins, plans d'étages, dessins architecturaux, représentations artistiques, arpentages et descriptions des inscriptions susceptibles de servir aux membres de la chambre pour effectuer des analyses comparatives; faire tout autre usage de l'information que la maison de courtage ou la chambre immobilière jugera indiqué, en lien avec l'inscription, la commercialisation et la vente du bien immobilier pendant la période de l'inscription et par la suite. [Non souligné dans l'original.]

[164] Le libellé des conventions d'inscription en usage à partir de 2003 est essentiellement semblable à celui cité plus haut. Toutefois, la formule [TRADUCTION]

and thereafter” (underlined above), first appears in 2012. The Use and Distribution of Information clause in the Listing Agreement is broad and unrestricted. Sellers are informed that their data could be used for several purposes: for distribution in the database to market their house; to compile, retain, and publish statistics; for use as part of comparative market analysis; and any other use in connection with the listing, marketing, and selling of real estate. Nothing in the text implies the data would only be used during the time the listing is active. Indeed, the use of data for historical statistics of selling prices necessitates that the data will be kept. The Tribunal noted that TREB’s policies 102 and 103 add that, apart from inaccurate data, “[n]o other changes will be made in the historical data” (TR, at paragraph 401). We note as well that clause 11 of the Listing Agreement allows for the property to be marketed “using any medium, including the internet”.

[165] PIPEDA only requires new consent where information is used for a new purpose, not where it is distributed via new methods. The introduction of VOWs is not a new purpose—the purpose remains to provide residential real estate services and the Use and Distribution of Information clause contemplates the uses in question. The argument that the consents were insufficient—because they did not contemplate use of the internet in the manner targeted by the VOW Policy—does not accord with the unequivocal language of the consent.

### (c) Conduct of the Parties

[166] The conduct of the parties may be considered in the interpretation of a contract. Given our conclusion as to the correct interpretation of the consents, it is not necessary to consider the contextual elements or conduct of

« pendant la période de l’inscription et par la suite » (soulignée plus haut) y figure pour la première fois en 2012. La clause sur l’utilisation et la diffusion de l’information prévue dans la convention d’inscription est générale et dépourvue de restrictions. Les vendeurs sont informés du fait que leurs données pourraient être utilisées à différentes fins : aux fins de diffusion dans la base de données pour commercialiser leur bien immobilier; à des fins de compilation, de conservation et de publication de statistiques; à des fins d’utilisation dans le cadre d’une analyse comparative des marchés et pour tout autre usage en lien avec l’inscription, la commercialisation et la vente d’un bien immobilier. Rien dans le libellé n’indique que les données ne seraient utilisées que pendant la période durant laquelle l’inscription est active. En effet, l’utilisation des données à des fins de statistiques historiques des prix de vente nécessite que les données soient conservées. Le Tribunal a fait remarquer que les politiques 102 et 103 du TREB ajoutent que, mis à part la rectification de données inexactes, « [TRADUCTION] “aucune autre modification ne sera effectuée à l’égard des données antérieures” » (MT, au paragraphe 401). Nous soulignons également que la clause 11 de la convention d’inscription prévoit la possibilité de commercialiser la propriété [TRADUCTION] « par tout moyen, y compris l’Internet ».

[165] La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l’information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu’elle est diffusée par de nouvelles méthodes. L’introduction des BVI ne constitue pas une nouvelle fin; l’objectif demeure l’offre de services immobiliers résidentiels, et la clause sur l’utilisation et la diffusion de l’information mentionne les utilisations prévues. L’argument selon lequel les consentements n’étaient pas suffisants — parce que leur libellé ne prévoyait pas l’utilisation de l’Internet comme le concevait la politique relative aux BVI — n’est pas conforme au libellé non ambigu du consentement.

### c) Conduite des parties

[166] La conduite des parties peut éclairer l’interprétation d’un contrat. Vu notre conclusion quant à l’interprétation des consentements, il n’est pas nécessaire de prendre en compte la conduite des parties ou des

the parties. However, we choose to do so here because it illuminates and reinforces our conclusion arising from the terms of the contract itself.

[167] In *Sattva*, the Supreme Court of Canada stated that, with some limitations, a contract's factual matrix includes "absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable [person]" (*Sattva*, at paragraph 58 citing *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98, at page 114). Thus, the conduct of the parties forms part of the factual matrix of the contract and can, subject to some restrictions, inform the interpretation of its terms.

[168] The extent to which the factual matrix, including the parties' conduct, may inform the interpretation is subject to the "overwhelming principle" (formulated in *Sattva*, but characterized as such in *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, 411 D.L.R. (4th) 385 (*Teal Cedar*), at paragraph 55). There are two elements to the overwhelming principle. The factual matrix cannot be given excessive weight (so as to "overwhelm" the contract); and the factual matrix cannot be interpreted in such isolation from the text of the contract such that a new agreement is effectively created (*Sattva*, at paragraph 57; *Teal Cedar*, at paragraphs 55–56 and 62).

[169] In *Calian*, this Court observed that "the clear language of a contract must always prevail over the surrounding circumstances" (*Calian*, at paragraph 59). Further, the factual matrix may only be considered to the extent that it helps determine the "mutual and objective intentions of the parties as expressed in the words of the contract" (*Sattva*, at paragraph 57). Indeed, only evidence revealing "knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting" may inform the interpretation of the contract (*Sattva*, at paragraph 58). For example, the subjective intention of one party cannot be relied upon to interpret the meaning of a contract (*Sattva*, at paragraph 59; *ING Bank N.V. v. Canpotex*

éléments contextuels. Toutefois, nous nous prêtons en l'espèce à cette analyse, car elle éclaire et étaye notre conclusion tirée sur le fondement du libellé du contrat même.

[167] Dans l'arrêt *Sattva*, la Cour suprême du Canada affirme que, sous réserve de certaines restrictions, le fondement factuel d'un contrat inclut « tout ce qui aurait eu une incidence sur la manière dont une personne raisonnable aurait compris les termes du document » (*Sattva*, au paragraphe 58 citant *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98, à la page 114). Par conséquent, la conduite des parties fait partie du fondement factuel du contrat et peut, sous réserve de certaines restrictions, éclairer l'interprétation de son libellé.

[168] La mesure dans laquelle le fondement factuel, dont la conduite des parties, peut éclairer l'interprétation dépend du « principe de la supplantation » (formulé dans l'arrêt *Sattva*, mais qualifié comme tel dans l'arrêt *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688 (*Teal Cedar*), au paragraphe 55). Ce principe comporte deux éléments : le fondement factuel ne peut se voir attribuer un poids excessif (de sorte qu'il « supplante » le contrat) et le fondement factuel ne saurait être interprété séparément des termes du contrat de sorte qu'une nouvelle entente est dans les faits créée (*Sattva*, au paragraphe 57; *Teal Cedar*, aux paragraphes 55–56 et 62).

[169] Dans l'arrêt *Calian*, la Cour fait observer que « le texte clair d'un contrat doit toujours avoir pré-séance sur les circonstances concomitantes » (*Calian*, au paragraphe 59). De plus, il ne peut être tenu compte du fondement factuel que si c'est nécessaire pour déterminer « les intentions réciproques et objectives des parties exprimées dans les mots du contrat » (*Sattva*, au paragraphe 57). En effet, seuls les éléments de preuve révélant « les renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci » peuvent éclairer l'interprétation du contrat (*Sattva*, au paragraphe 58). Par exemple, l'intention subjective d'une partie ne peut permettre d'interpréter le sens d'un

*Shipping Services Ltd.*, 2017 FCA 47 (*ING Bank*), at paragraphs 112 and 121). Reliance of that sort would offend the parol evidence rule, i.e., that evidence external to the contract that would “add to, subtract from, vary, or contradict a contract that has been wholly reduced to writing” is inadmissible (*Sattva*, at paragraph 59; *ING Bank*, at paragraphs 112 and 121).

[170] As far as standard form contracts are concerned, the factual matrix is less relevant (*Ledcor*, at paragraphs 28 and 32). This is in keeping with the rationale underlying the correctness standard for standard form contracts: that contracts of this nature are not negotiated, but rather offered on a “take-it-or-leave-it” basis. However, in *Ledcor*, Wagner J. observed at paragraph 31 that some surrounding circumstances, such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates, may be considered:

I agree that factors such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract. However, those considerations are generally not “inherently fact specific”: *Sattva*, at paragraph 55. Rather, they will usually be the same for everyone who may be a party to a particular standard form contract. This underscores the need for standard form contracts to be interpreted consistently, a point to which I will return below.

[171] Applying these principles to the facts as found by the Tribunal, there is nothing in the evidence that would suggest that TREB considered that the consents were inadequate or that TREB drew a distinction between the means of communication of information. To the contrary, TREB’s conduct, as well as the testimony of its CEO, are only consistent with the conclusion that it considered the consents were sufficiently specific to be compliant with PIPEDA in the electronic distribution of the disputed data on a VOW, and that it drew no distinction between the means of distribution.

contrat (*Sattva*, au paragraphe 59; *ING Bank N.V. c. Canpotex Shipping Services Ltd.*, 2017 CAF 47 (*ING Bank*), aux paragraphes 112 et 121). Ce serait contraire à la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque voulant que les éléments de preuve externes au contrat qui « auraient pour effet de modifier ou de contredire un contrat qui a été entièrement consigné par écrit, ou d’y ajouter de nouvelles clauses ou d’en supprimer » soient irrecevables (*Sattva*, au paragraphe 59; *ING Bank*, aux paragraphes 112 et 121).

[170] Le fondement factuel est moins pertinent dans le cas des contrats types que d’autres contrats (*Ledcor*, aux paragraphes 28, 32). Ce principe cadre bien avec la raison pour laquelle c’est la norme de la décision correcte qui s’applique aux contrats types : les contrats de cette nature ne sont pas négociés; ils sont « à prendre ou à laisser ». Toutefois, dans l’arrêt *Ledcor*, le juge Wagner fait observer au paragraphe 31 que certaines circonstances entourant un contrat, comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé, peuvent être prises en considération :

Je reconnais qu’il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé pour interpréter un contrat type. Par contre, ces considérations ne sont généralement pas, « de par [leur] nature même, axé[es] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Elles sont plutôt habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type donné. Cela fait ressortir la nécessité d’interpréter uniformément les contrats types, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

[171] Lorsque l’on applique ces principes aux faits tels qu’ils ont été appréciés par le Tribunal, il n’y a rien dans la preuve qui donnerait à penser que le TREB estimait que les consentements étaient inadéquats ou qu’il envisageait de manière différente les divers moyens de communication de l’information. Au contraire, la conduite du TREB ainsi que le témoignage de son PDG ne peuvent que mener à la conclusion qu’il croyait les consentements suffisamment exprès pour respecter la LPRPDE en ce qui concerne la diffusion électronique des données en litige à un BVI et qu’il n’établissait aucune distinction entre les différents moyens de diffusion.

[172] We note as well that TREB's position that PIPEDA mandates the VOW Policy is inconsistent with some of its own evidence. For example, TREB refused a request by a seller to remove the seller's MLS listing information, noting that its policy respected PIPEDA requirements (TR, at paragraph 400).

[173] The Tribunal also noted that TREB sought legal advice with respect to whether the consents were adequate to address the privacy issues related to the posting of photographs of the interior of homes, and, consequentially changed the consent to provide express authorization with respect to images. There was no evidence that similar steps were contemplated or taken with respect to the sold or pending sold information. Similarly, TREB sought legal advice with respect to the provision of sold data to members. That advice noted that "a strong argument can be made that the words 'conduct comparative market analyses'" in the consents authorised disclosure of selling price information to prospective clients.

[174] Finally, the Tribunal's view on the scope of consents is consistent with the direction of the Supreme Court of Canada in *Royal Bank of Canada v. Trang*, 2016 SCC 50, [2016] 2 S.C.R. 412, at paragraphs 36–42. There the Court held that a mortgage balance was less sensitive information because the principal, the rate of interest, and due dates were all publicly available under provincial land registry legislation. In this case, the selling price of every home in Ontario is publicly available under the same legislation. When the consents are considered in light of the nature of the privacy interests involved, the Tribunal's conclusion that they were sufficient takes on added strength.

[172] Nous notons également que la position du TREB, selon laquelle la LPRPDE dicte la politique relative aux BVI, ne cadre pas avec certains de ses propres éléments de preuve. Par exemple, le TREB a refusé la demande d'un vendeur qui voulait supprimer les renseignements d'une inscription au système MLS, faisant remarquer que sa politique respectait les exigences de la LPRPDE (MT, au paragraphe 400).

[173] Le Tribunal a également fait remarquer que le TREB avait demandé un avis juridique pour savoir si le libellé des consentements permettait de répondre aux questions de protection des renseignements personnels que l'affichage de photographies de l'intérieur des habitations était susceptible de soulever. Il en a par la suite modifié les termes pour assurer une autorisation expresse concernant les images. Rien n'indique que des mesures similaires avaient été envisagées ou prises en ce qui concerne l'information sur les prix de vente ou celui consigné avant la conclusion de l'acte de vente. De même, le TREB avait demandé un avis juridique concernant la communication à ses membres de données sur les prix de vente. Suivant l'avis, [TRADUCTION] « on peut soutenir que les termes « effectuer des analyses comparatives » » dans les consentements autorisent la diffusion de l'information sur les prix de vente à des clients éventuels.

[174] Pour terminer, le point de vue du Tribunal sur la teneur des consentements se trouve dans le droit fil de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Trang*, 2016 CSC 50, [2016] 2 R.C.S. 412, aux paragraphes 36–42. Cette cour conclut que le solde d'une hypothèque constitue une information moins sensible que d'autres puisque le montant du principal de l'hypothèque, le taux d'intérêt et les dates d'échéance sont rendus publics sous le régime de la loi provinciale sur l'enregistrement immobilier. Dans l'affaire qui nous occupe, le prix de vente de chaque bien immobilier en Ontario est rendu public en vertu de la même loi. Lorsque les consentements sont examinés à la lumière de la nature des intérêts de protection des renseignements personnels en jeu, la conclusion du Tribunal qu'ils étaient suffisants n'en est que plus solide.

[175] This ground of appeal therefore fails and we now turn to the last issue raised by the appeal.

D. *Copyright in the MLS Database*

[176] TREB and CREA submit that the Tribunal erred in finding that TREB does not have copyright in the database. In our view this ground of appeal fails. In light of the determination that the VOW Policy was anti-competitive, subsection 79(5) of the *Competition Act* precludes reliance on copyright as a defence to an anti-competitive act. This is sufficient to dispose of the appeal in respect of copyright.

[177] While not strictly necessary to do so, we will address CREA's contention that the Tribunal applied the incorrect legal test to determine whether copyright exists. On this point we agree. It is, however, an error of no consequence. The same result is reached on the application of the correct law.

[178] We turn to the Subsection 79(5) issue. Subsection 79(5) of the *Competition Act* provides:

79 ...

**Exception**

(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 *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Integrated Circuit Topography Act*, *Patent Act*, *Trade-marks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.

[179] Subsection 79(5) seeks to protect the rights granted by Parliament to patent and copyright holders and, at the same time, ensure that the monopoly and exclusivity rights created are not exercised in an anti-competitive manner. The language of subsection 79(5) is unequivocal. It does not state, as

[175] Ce motif d'appel ne peut donc être retenu. Passons à la dernière question soulevée dans l'appel.

D. *Le droit d'auteur sur la base de données MLS*

[176] Le TREB et l'ACI soutiennent que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le TREB n'a pas de droit d'auteur sur la base de données. Nous sommes d'avis que ce motif d'appel doit être rejeté. Rappelons qu'il a été décidé que la politique relative aux BVI était anti-concurrentielle. Dans ce cas, le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* interdit d'invoquer le droit d'auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel. Cette conclusion suffit pour statuer dans l'appel à l'égard du droit d'auteur.

[177] Bien qu'il ne soit pas strictement indispensable de le faire, nous allons traiter de l'affirmation de l'ACI selon laquelle le Tribunal a appliqué le mauvais critère juridique pour décider s'il existait un droit d'auteur. Sur ce point, nous sommes d'accord. Il s'agit toutefois d'une erreur sans conséquence. On parvient au même résultat lorsque l'on applique la bonne règle.

[178] Abordons la question soulevant le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, qui est reproduit ci-après :

79 [...]

**Exception**

(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 *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

[179] Le paragraphe 79(5) vise à protéger les droits accordés par le législateur aux détenteurs de brevets et titulaires de droits d'auteur et, parallèlement, à veiller à ce que les droits assurant le monopole et l'exclusivité ne soient pas exercés d'une manière anti-concurrentielle. Le libellé du paragraphe 79(5) est sans équivoque. Il

is contended, that any assertion of an intellectual property right shields what would otherwise be an anti-competitive act.

[180] Parliament clearly signaled, through the use of the word “only”, to insulate intellectual property rights from allegations of anti-competitive conduct in circumstances where the right granted by Parliament, in this case, copyright, is the sole purpose of exercise or use. Put otherwise, anti-competitive behaviour cannot shelter behind a claim of copyright unless the use or protection of the copyright is the sole justification for the practice.

[181] TREB attached conditions to the use of its claimed copyright rights in the disputed data. For the reasons given earlier, we see no error in the Tribunal’s findings as to the anti-competitive purpose or effect of the VOW Policy. The Tribunal found that the purpose and effect of those conditions was to insulate members from new entrants and new forms of competition. The purpose, therefore, of any asserted copyright was not “only” to exercise a copyright interest.

[182] While this is sufficient to dispose of this ground of appeal, as noted earlier, we will, for the sake of completeness, address the second alleged error in the Tribunal’s analysis of copyright.

[183] Copyright is a creature of statute. The *Copyright Act* provides that copyright exists for “every original literary, dramatic, musical and artistic work” created by Canadians (section 5). This phrase is defined at section 2 to include compilations, which is in turn defined to include works “resulting from the selection or arrangement of ... data”. The classification of the database as a compilation is not contested on appeal.

[184] The meaning of the word “original” in section 5 of the Copyright Act was considered by the Supreme

ne dispose pas, comme certains l’ont affirmé, qu’invoquer un droit de propriété intellectuelle, quel qu’il soit, met à l’abri un agissement qui serait autrement jugé anti-concurrentiel.

[180] Le législateur entendait manifestement, en employant le terme « seul », empêcher les droits de propriété intellectuelle d’être assimilés à des agissements anti-concurrentiels dans des circonstances où le droit accordé par le législateur — en l’occurrence, le droit d’auteur — est l’unique objet de l’exercice ou de l’utilisation. Autrement dit, un agissement anti-concurrentiel ne peut s’abriter derrière le droit d’auteur à moins que l’utilisation ou la protection du droit d’auteur soit la seule justification de la pratique en question.

[181] Le TREB a assorti de conditions l’utilisation de ses droits d’auteur revendiqués sur les données en litige. Pour les motifs mentionnés plus haut, nous ne relevons aucune erreur dans les conclusions du Tribunal quant à l’objet ou à l’effet anti-concurrentiel de la politique relative aux BVI. Le Tribunal a jugé que l’objet et l’effet de ces conditions étaient d’isoler les membres des nouveaux acteurs et des nouvelles formes de concurrence. Ainsi, la revendication du droit d’auteur ne visait donc pas le « seul » fait d’exercer un privilège lié au droit d’auteur.

[182] Bien que cette conclusion suffise pour nous permettre de statuer sur ce motif d’appel, comme nous l’avons fait remarquer plus haut, nous allons examiner, par souci d’exhaustivité, la seconde erreur qu’aurait commise le Tribunal dans l’analyse du droit d’auteur.

[183] Le droit d’auteur est créé par une loi. La *Loi sur le droit d’auteur* dispose que le droit d’auteur existe « sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » créée par des Canadiens (article 5). Ce terme est défini à l’article 2 et s’entend également d’une compilation, définie à son tour comme étant les œuvres « résultant du choix ou de l’arrangement [...] de données ». Il est acquis aux débats que la base de données constitue une compilation.

[184] Le sens du terme « originale » qui figure à l’article 5 de la *Loi sur le droit d’auteur* a été examiné par

Court in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*) [at paragraph 16]:

... For a work to be “original” within the meaning of the *Copyright Act*, it must be more than a mere copy of another work. At the same time, it need not be creative, in the sense of being novel or unique. What is required to attract copyright protection in the expression of an idea is an exercise of skill and judgment. By skill, I mean the use of one’s knowledge, developed aptitude or practised ability in producing the work. By judgment, I mean the use of one’s capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation by comparing different possible options in producing the work. This exercise of skill and judgment will necessarily involve intellectual effort. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise. For example, any skill and judgment that might be involved in simply changing the font of a work to produce “another” work would be too trivial to merit copyright protection as an “original” work.

[185] The point of demarcation between a work of sufficient skill and judgment to warrant a finding of originality and something less than that—a mere mechanical exercise—is not always self-evident. This is particularly so in the case of compilations. It is, however, within the parameters of the legal test, a highly contextual and factual determination.

[186] This is not a new observation. In *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 (2000), 6 C.P.R. (4th) 211 (C.A.) the Court acknowledged that “[i]t is not easy in compilation situations to draw a line between what signifies a minimal degree of skill, judgment and labour and what indicates no creative element” (at paragraph 13). Although decided before *CCH*, the observation remains apposite.

[187] There is, however, guidance in the case law as to the criteria relevant to the determination of whether the threshold of originality is met. In *Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Ltd. (411travelbuys.ca)*, 2015 FC 18, 473 F.T.R. 38,

la Cour suprême dans l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*) [au paragraphe 16] :

[...] Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*, une œuvre doit être davantage qu’une copie d’une autre œuvre. Point n’est besoin toutefois qu’elle soit créative, c’est-à-dire novatrice ou unique. L’élément essentiel à la protection de l’expression d’une idée par le droit d’auteur est l’exercice du talent et du jugement. J’entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l’expérience pour produire l’œuvre. J’entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l’œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L’exercice du talent et du jugement que requiert la production de l’œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique. Par exemple, tout talent ou jugement que pourrait requérir la seule modification de la police de caractères d’une œuvre pour en créer une « autre » serait trop négligeable pour justifier la protection que le droit d’auteur accorde à une œuvre « originale ».

[185] La distinction entre une œuvre issue de l’exercice de suffisamment de talent et de jugement pour justifier une conclusion d’originalité et une autre qui ne l’est pas — et constitue une entreprise purement mécanique — n’est pas toujours évidente. Tout particulièrement dans le cas des compilations. Suivant les éléments du critère juridique applicable, il s’agit toutefois d’une distinction qui dépend en grande partie du contexte et des faits.

[186] Cette observation n’est pas nouvelle. Dans l’arrêt *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.), la Cour reconnaît qu’« [i]l n’est pas facile, en matière de compilation, de tracer la ligne entre ce qui dénote un degré minimal de talent, de jugement et de travail et ce qui ne dénote aucun élément créatif » (au paragraphe 13). Bien qu’elle ait été faite avant l’arrêt *CCH*, l’observation demeure pertinente.

[187] La jurisprudence présente cependant des repères permettant de décider si le seuil de l’originalité est atteint. Dans l’affaire *Red Label Vacations inc. (redtag.ca) c. 411 Travel Buys Limited (411travelbuys.ca)*, 2015 CF 18, le juge Manson fait remarquer que « lorsqu’une

Manson J. noted that “when an idea can be expressed in only a limited number of ways, then its expression is not protected as the threshold of originality is not met” (at paragraph 98, citing *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, at paragraphs 48–52, leave to appeal to S.C.C. refused, 29190 (28 November, 2002) [[2002] 4 S.C.R. v]).

[188] In *Tele-Direct* the Court found a compilation not to be original in part because it was done in accordance with “commonplace standards of selection in the industry” (at paragraphs 6–7). Although *Tele-Direct* predates *CCH*, the proposition that industry standards may be relevant to the originality analysis is a legitimate, residual consideration (see e.g. *Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, at paragraphs 34, 39, 65, 77 and 182–188, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1 (*Harmony FCA*), at paragraphs 37–38; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48 (*Geophysical*), at paragraph 105).

[189] Applying the guidance of the Supreme Court in *CCH*, it is important to view adherence to industry standards as, at best, one factor to be considered amongst many. In *Geophysical*, Eidsvik J. explained there is no steadfast rule that “there is no entitlement to copyright protection ... where the selection or arrangement is directed by accepted and common industry practices” (at paragraphs 100–101):

... these cases [that considered “common industry practices”] do not stand for such steadfast rules or copyright criteria. Certainly, these considerations were part of the analysis in those cases in deciding whether the production was an original work, but they are not the test. The judge in each case made a factual determination about whether sufficient skill and judgment was brought to the work to merit the “original” finding.

idée ne peut être exprimée que d’un nombre restreint de façons, son expression n’est donc pas protégée, car on n’a pas satisfait au critère de l’originalité » (au paragraphe 98, citant *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, aux paragraphes 48–52, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29190 (28 novembre 2002) [[2002] 4 R.C.S. v]).

[188] Dans l’affaire *Télé-Direct*, la Cour juge non originale une compilation en partie parce qu’elle avait été réalisée selon « des normes courantes et reconnues de sélection dans son domaine d’activité » (aux paragraphes 6–7). Bien que l’affaire *Télé-Direct* précède l’arrêt *CCH*, l’idée selon laquelle les normes du domaine peuvent être pertinentes dans l’analyse servant à décider si une œuvre est originale est légitime et demeure (voir par exemple *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, aux paragraphes 34, 39, 65, 77 et 182–188, conf. par 2012 CAF 226 (*Harmony CAF*), aux paragraphes 37–38; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48 (*Geophysical*), au paragraphe 105).

[189] Lorsque l’on applique les directives données par la Cour suprême dans l’arrêt *CCH*, il est important de concevoir le respect des normes du domaine comme un facteur parmi d’autres, tout au plus. Dans la décision *Geophysical*, la juge Eidsvik explique qu’il n’existe pas de règle absolue selon laquelle [TRADUCTION] « il n’y a pas de droit à la protection du droit d’auteur... lorsque le choix ou l’arrangement est dicté par des pratiques acceptées et courantes du domaine » (aux paragraphes 100–101) :

[TRADUCTION] ... ces affaires [ayant examiné les « pratiques courantes du domaine »] n’énoncent pas de telles règles ou de tels critères absolus quant aux droits d’auteur. Certes, ces aspects faisaient partie de l’analyse réalisée dans le cadre de ces affaires lorsqu’il s’agit de déterminer si la production était une œuvre originale, mais ils ne constituent pas le critère. Le juge dans chacune de ces affaires a tranché sur une base factuelle la question de savoir si un degré suffisant de talent et de jugement avait été exercé dans l’œuvre pour qu’elle soit « originale ».

[190] However, if observing industry standards amounts merely to “mechanical amendments”, originality will not be found (*Harmony FCA*, at paragraph 37).

[191] In *Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209, de Montigny J. (as he then was) wrote that “when the content and layout of a form is largely dictated by utility and/or legislative requirements, it is not to be considered original” (at paragraph 324). He continued and observed that compilations (at paragraph 325):

... will not be considered to have a sufficient degree of originality when the selection of the elements entering into the work are dictated by function and/or law, and where their arrangement into a tangible form of expression is not original. Only the visual aspect of the work is susceptible to copyright protection, if original.

[192] In this context, TREB and CREA argue that the Tribunal wrongly required proof of creativity and went beyond the appropriate test for originality. After reviewing the MLS database, the Tribunal noted the “absence of a creative element” (TR, at paragraph 732). Further, while the Tribunal cited *CCH* for the correct originality test in paragraph 733, it then relied on *Tele-Direct* to invoke and apply the element of creativity which, post-*CCH*, is not the correct test (*CCH*, at paragraph 25).

[193] We agree with the appellant on this point. However, in view of the Tribunal’s findings of fact, applying the correct test, we reach the same result.

[194] The Tribunal considered a number of criteria relevant to the determination of originality (at paragraphs 737–738 and 740–745). Those included the process of data entry and its “almost instantaneous” appearance in the database. It found that “TREB’s specific compilation of data from real estate listings amounts to a mechanical exercise” (TR, at paragraph 740). We

[190] Toutefois, si le respect des normes du domaine n’exige que « des modifications mécaniques », on ne conclura pas à une œuvre originale (*Harmony CAF*, au paragraphe 37).

[191] Dans l’affaire *Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043, le juge de Montigny (tel était alors son titre) affirme que « lorsque le contenu et la présentation d’une formule sont largement tributaires de son utilité et/ou des exigences de la loi, elle ne peut être considérée comme une œuvre originale » (au paragraphe 324). Il poursuit en affirmant, au sujet des compilations, qu’elles (au paragraphe 325) :

[...] ne sont pas considérées comme possédant un degré suffisant d’originalité lorsque la sélection des éléments faisant partie de l’œuvre est dictée par la fonction et/ou par les exigences de la loi et que leur disposition en une forme concrète d’expression n’est pas originale. Seul l’aspect visuel de l’œuvre est susceptible d’être protégé par le droit d’auteur s’il est original.

[192] Dans le présent contexte, le TREB et l’ACI font valoir que le Tribunal a requis à tort une preuve de créativité et a outrepassé le critère permettant de décider si une œuvre est originale. Après avoir examiné la base de données MLS, le Tribunal a noté « une absence d’élément créatif » (MT, au paragraphe 732). En outre, le Tribunal a bien arrêté le critère applicable en la matière en citant l’arrêt *CCH*, au paragraphe 733. Or, il a ensuite invoqué et suivi l’arrêt *Télé-Direct*, qui exige un élément de créativité. Depuis l’arrêt *CCH*, ce n’est plus le critère applicable (*CCH*, au paragraphe 25).

[193] Nous partageons l’avis de l’appelant sur ce point. Toutefois, au vu des conclusions de faits tirées par le Tribunal, en appliquant le bon critère, nous parvenons au même résultat.

[194] Le Tribunal a pris en compte plusieurs éléments pour déterminer s’il s’agissait d’une œuvre originale (aux paragraphes 737–738 et 740–745), dont l’entrée de données et le fait qu’elles se trouvent « presque instantanément » dans la base de données. Il a conclu que « la compilation particulière de données faite par le TREB à partir des inscriptions immobilières équivaut

find, on these facts, that the originality threshold was not met.

[195] In addition, we do not find persuasive the evidence that TREB has put forward relating to the use of the database. How a “work” is used casts little light on the question of originality. In addition, we agree with the Tribunal’s finding that while “TREB’s contracts with third parties refer to its copyright, [...] that does not amount to proving the degree of skill, judgment or labour needed to show originality and to satisfy the copyright requirements” (TR, at paragraph 737).

[196] We would therefore dismiss this ground of appeal.

#### VI. Conclusion

[197] For the reasons above, we would dismiss the appeal with costs.

NEAR J.A.: I agree.

à un exercice mécanique » (MT, au paragraphe 740). Nous concluons, compte tenu de ces faits, qu’il n’est pas satisfait au critère.

[195] En outre, nous ne jugeons pas convaincante la preuve présentée par le TREB concernant l’utilisation de la base de données. La façon dont une « œuvre » est utilisée s’avère peu éclairante quand il s’agit de décider si elle est originale. De plus, nous sommes d’accord avec le Tribunal pour dire que même si [TRADUCTION] « [i]l est fait mention du droit d’auteur du TREB dans ses contrats conclus avec des tierces parties [...] cela n’équivaut pas à établir le degré de talent, de jugement ou de travail requis pour faire preuve d’originalité et pour répondre aux exigences du droit d’auteur » (MT, au paragraphe 737).

[196] Nous rejetons donc ce motif d’appel.

#### VI. Conclusion

[197] Pour les motifs exposés précédemment, nous rejetons l’appel avec dépens.

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je suis d’accord.