

**Cour d'appel fédérale**



**Federal Court of Appeal**

**Date : 20160812**

**Dossier : A-174-16**

**Référence : 2016 CAF 204**

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**En présence de madame la juge Gleason**

**ENTRE :**

**TORONTO REAL ESTATE BOARD**

**appellant**

**et**

**COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE**

**intimé**

Requête jugée sur dossier sans comparution des parties.

Ordonnance rendue à Ottawa (Ontario), le 12 août 2016

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE :**

**LA JUGE GLEASON**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20160812

Dossier : A-174-16

Référence : 2016 CAF 204

[TRADUCTION FRANÇAISE]

En présence de madame la juge Gleason

ENTRE :

**TORONTO REAL ESTATE BOARD**

**appellant**

et

**COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE**

**intimé**

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE**

**LA JUGE GLEASON**

[1] Je suis saisie de deux requêtes. La première, provenant de l'appellant, le Toronto Real Estate Board [TREB], demande d'abord un sursis concernant l'ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence dans l'attente de la décision tranchant l'appel de cette ordonnance et d'une ordonnance portant accélération des procédures de l'appel. La deuxième, provenant de l'Association canadienne de l'immeuble [ACI], demande une ordonnance l'autorisant à

intervenir dans l'appel de manière limitée afin qu'elle puisse débattre les questions litigieuses qui, selon elle, la concernent. Par les motifs qui suivent, je conclus qu'il convient d'accueillir ces deux requêtes.

[2] Afin de mettre les questions litigieuses en contexte, il est utile de commencer par un bref rappel de la nature de la poursuite entendue par le Tribunal qui est à l'origine de l'ordonnance frappée d'appel.

[3] Le TREB était défendeur dans l'instance devant le Tribunal. Elle est née de la plainte formulée par le commissaire de la concurrence concernant certaines pratiques du TREB relatives au système de service interagences MLS [MLS] qui ne respecteraient pas l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Le TREB est une entreprise sans but lucratif regroupant environ 46 000 membres exerçant l'activité d'agent ou de courtier d'immeubles dans la région du Grand Toronto. De plus, tous les membres du TREB sont membres de l'ACI, association pancanadienne qui comprend quelque 110 000 courtiers et agents immobiliers regroupés en environ 90 chambres immobilières et associations.

[4] Le TREB offre des services à ses membres, notamment et surtout l'accès au système de service interagences MLS. Pour accéder à ce système, les membres sont contractuellement tenus de respecter un ensemble de règles. Ce système donne accès à une base de données non accessible au public qui comprend les inscriptions de propriété en vigueur ou remontant à deux ans et aux archives des inscriptions faites par les membres du TREB (nommées collectivement « la base de données MLS du TREB »). La très grande majorité des propriétés inscrites dans la

région du Grand Toronto l'ont été par des membres du TREB et font donc partie de la base de données MLS du TREB.

[5] Cette base de données contient des renseignements détaillés sur les propriétés inscrites, notamment l'adresse, une description détaillée, des photos, la période de mise en vente, les données de l'inscription, le prix de vente et il est signalé si la propriété a été vendue ou si l'inscription a été abrogée, retirée, suspendue ou expirée. Les propriétaires fournissent aux courtiers la plupart des données qui sont saisies dans la base de données MLS du TREB, et les courtiers transmettent ces données au TREB dans le cadre du système MLS. Au moment de l'inscription, on demande aux propriétaires, parmi les documents qui doivent être signés, de confirmer qu'ils consentent à ce que les données de l'inscription ou, du moins une partie, soient téléchargées sur Internet. Le formulaire de consentement n'a pas forcément été signé relativement à un bon nombre d'inscriptions stockées dans la base de données MLS du TREB.

[6] Selon les règles mises en application par le TREB pour son service MLS, il est imposé aux membres des restrictions en ce qui concerne la publication des données extraites de la base de données MLS du TREB sur leurs sites Web protégés par mot de passe auxquels les membres du public ont accès après inscription. Ces règles interdisent aux membres de copier la base de données MLS du TREB pour créer une base de données susceptible de concurrencer la base de données MLS du TREB. En outre, les règles interdisent aux membres d'indiquer sur leur propre site Web l'état de l'inscription d'une propriété, comme la vente, l'imminence de vente, le retrait, l'expiration, la suspension ou l'abrogation, ainsi que les données sur le prix de vente convenu ou sur le montant de la commission remise au membre du TREB représentant l'acquéreur. Les

membres peuvent informer leurs clients actuels ou potentiels sur l'état d'une inscription, c'est-à-dire les éléments vente, imminence de vente, retrait, expiration, suspension ou abrogation, par bloc de cent inscriptions, que ce soit sur papier ou par courriel.

[7] Le TREB fournit à ses membres l'accès par transmission électronique à la base de données MLS sur les inscriptions en cours; il est donc facile pour le membre de transférer ces données sur un site Web qui lui appartient. Cependant, cette source de données électronique n'inclut pas l'état des inscriptions, c'est-à-dire les éléments vente, imminence de vente, retrait, expiration, suspension ou abrogation.

[8] Le Tribunal a jugé que les règles qui interdisent aux membres du TREB d'afficher sur leur site Web protégé par mot de passe des renseignements sur l'état des inscriptions, c'est-à-dire les éléments vente, retrait, expiration, suspension ou abrogation et les détails d'une inscription en imminence de vente (sauf le prix de vente), constituent un abus de position dominante aux termes de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*. Par l'ordonnance frappée d'appel, le Tribunal ordonne au TREB d'inclure ce type de données dans la source de données qu'elle offre à ses membres et de s'abstenir d'interdire à ses membres d'utiliser ce type de données, peu importe le type d'appareil (y compris l'ordinateur, tablette ou le téléphone intelligent). Par conséquent, au termes de l'ordonnance, le TREB ne peut plus interdire à ses membres d'afficher des renseignements sur les inscriptions signalant des ventes, expirées, suspendues ou abrogées ni d'afficher le détail des inscriptions signalant des ventes imminentes (autre que le prix de vente) sur leur site Web protégé par mot de passe. En outre, le Tribunal a ordonné au TREB de payer les dépens, soit environ 1,8 million de dollars, au commissaire.

[9] Le TREB disposait de 60 jours pour se conformer à l'ordonnance. Par ordonnance datée du 27 juillet 2016, j'ai accordé la suspension provisoire de cette ordonnance dans l'attente d'une décision tranchant les présentes requêtes, sur lesquelles le Tribunal ne pouvait se pencher avant l'échéance fixée par le Tribunal pour l'ordonnance.

[10] L'ACI est propriétaire des marques de commerce MLS et REALTOR, qui figurent sur la base de données MLS du TREB. Étant donné l'intérêt de l'ACI sur ces marques de commerce et les répercussions possibles de la décision du Tribunal sur l'ACI, le Tribunal lui a accordé la qualité d'intervenant à l'égard de certaines questions litigieuses.

[11] Je me penche d'abord sur la requête du TREB en sursis d'ordonnance et en accélération de l'appel de l'ordonnance. Le critère pertinent quant à l'octroi du sursis que demande le TREB est bien établi; le TREB doit établir trois éléments : premièrement, l'appel pendant soulève au moins une question importante; deuxièmement, que le TREB subirait un préjudice irréparable si le sursis n'était pas accordé; enfin, la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi du sursis (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, aux pages 347 à 349, 111 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 385 [*RJR-MacDonald*]; *Baier c. Alberta*, 2006 CSC 38, [2006] 2 R.C.S. 311; *Janssen Inc. c. AbbVie Corp.*, 2014 CAF 112, aux paragraphes 12 à 17, 120 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 385 [*Janssen*]; *Glooscap Heritage Society c. Canada (Revenu national)*, 2012 CAF 255, au paragraphe 4, 224 A.C.W.S. (3d) 469 [*Glooscap Heritage Society*]). Dans un cas tel que celui en l'espèce, le critère à satisfaire pour établir qu'une question est importante n'est pas rigoureux; il suffit au TREB de démontrer qu'il existe au moins une question litigieuse qui ne soit ni futile ni vexatoire; voir *RJR-MacDonald*, aux pages 337 et 338; *Janssen*, au

paragraphe 23; *Glooscap Heritage Society*, au paragraphe 25; *Canadian Waste Services Holdings Inc. c. Canada (Commissaire de la Concurrence)*, 2004 CAF 273, au paragraphe 9, 133 A.C.W.S. (3d) 173.

[12] En l'espèce, d'après le dossier à l'appui de la requête et l'avis d'appel modifié du TREB, je conclus que ce peu rigoureux critère est rempli. Plus précisément, il a soulevé au moins une question importante concernant la possibilité que le Tribunal n'a pas tenu compte comme il le devait du droit des propriétaires à la protection de leurs renseignements personnels.

[13] Lorsqu'il a analysé la question des renseignements personnels, le Tribunal a surtout porté son attention sur la question de savoir si la motivation du TREB à faire valoir les droits des propriétaires découlait d'une préoccupation légitime à leur égard ou reflétait la volonté répréhensible de vouloir conserver sa position dominante sur la majorité de ses membres, lesquels ne dépendent pas des services Web. Selon le TREB, le Tribunal a fait erreur en limitant sa recherche à cette question. Plus précisément, le TREB soulève, dans son 29<sup>e</sup> motif d'appel, le point suivant : le Tribunal a commis une erreur en ne recherchant pas si les données en cause constituaient des renseignements personnels aux yeux de la loi, si la diffusion de ces données faisait jouer la législation sur la protection des renseignements personnels ou un autre texte consacrant une politique et si la protection des renseignements personnels relative aux données en cause reflétait des impératifs commerciaux légitimes (selon la paraphrase tirée de l'avis d'appel modifié, déposé le 8 juillet 2016).

[14] À ce jour, la jurisprudence ne discute pas en profondeur l'interaction de la loi sur la concurrence et la loi sur la protection des renseignements personnels, sauf en ce qui concerne les ordonnances de divulgation aux fins d'enquêtes menées par le Bureau de la concurrence. Comme je reconnais que la protection des renseignements personnels peut appeler à la protection constitutionnelle (voir *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, au paragraphe 24, [2004] 3 R.C.S. 432) et que la Cour suprême du Canada enseigne que les lois de protection des renseignements personnels sont de nature quasi-constitutionnelle (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 410*, 2013 CSC 62, au paragraphe 19, [2013] 3 R.C.S. 733; *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, 2006 CSC 13, au paragraphe 28, [2006] 1 R.C.S. 441; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, au paragraphe 24, [2002] 2 R.C.S. 773), je ne saurais dire que ce motif d'appel ne soulève pas de question importante, vu les répercussions possibles de l'ordonnance du Tribunal sur la protection des renseignements privés de tiers et vu qu'il n'est pas frivole d'envisager les conséquences sur la capacité du Tribunal à rendre une ordonnance comme celle qui est frappée d'appel.

[15] Contrairement à ce que soutient le commissaire, je crois qu'il y a là un moyen qui n'est pas frivole et que le Tribunal n'a pas tenu compte de toutes les retombées possibles et pertinentes de son ordonnance sur les droits de tiers en matière de protection des données pour au moins deux raisons. Premièrement, le Tribunal n'a pas examiné la possibilité que l'ordonnance ait des conséquences sur les droits des personnes qui ont vendu ou acheté une propriété par le passé et qui n'ont pas signé de formulaire de consentement pour la divulgation de ces renseignements sur Internet. Deuxièmement, les formulaires de consentement signés plus récemment l'ont été à une



époque où les membres du TREB ne pouvaient pas afficher de renseignements supplémentaires sur Internet, et non après l'ordonnance du Tribunal qui, elle, l'autorisait. Par conséquent, les formulaires de consentement courants pourraient ne pas suffire à viser l'affichage de renseignements supplémentaires autorisé par l'ordonnance. Ces deux points n'ont pas été étudiés par le Tribunal. En outre, le fait que les renseignements dont il est question sont disponibles dans le système d'enregistrement immobilier ne répond pas obligatoirement de manière complète aux préoccupations de tiers relatives à la protection des renseignements, comme le soutient le commissaire. On peut soutenir que la différence qualitative entre la divulgation dans un système cadastral et celle dans le site Web d'un courtier suffit pour exiger la signature de formulaires de consentement aux fins de protection des renseignements personnels. On ne peut donc pas conclure que la question de la protection des renseignements personnels du présent appel est futile ou vexatoire; par conséquent, le premier volet du critère concernant l'octroi du sursis est satisfait.

[16] Quant au préjudice irréparable, je conclus que si le sursis n'était pas accordé, le TREB en subirait un parce que, comme lui-même et son souscripteur d'affidavit l'affirment, il est fort plausible que le TREB perde le contrôle sur les données, dès leur parution sur Internet, que les membres seraient en droit d'afficher sur leur propre site Web en vertu de l'ordonnance. Bref, le TREB a établi que dès que les données sont accessibles sur Internet, il est probable qu'elles puissent être copiées, et rien ne permet d'affirmer que ces copies pourraient être récupérées au cas où son appel serait accueilli. Dans ces conditions, l'appel serait plus ou moins stérile.

[17] La prépondérance des inconvénients favorise donc l'octroi du sursis demandé, vu la possibilité d'une atteinte aux droits de tiers en matière de protection de renseignements personnels et le fait que l'octroi du sursis maintiendra le *statu quo*. Cependant, il faut diminuer le préjudice relatif à l'intérêt public, en remédiant le plus rapidement possible à tout manquement à la *Loi sur la concurrence*; le présent appel doit donc être accéléré. D'ailleurs, cela n'est pas controversé entre les deux parties. Afin d'assurer une instruction rapide, les parties et l'ACI déposeront dans les quinze (15) jours suivant la date de la présente ordonnance une proposition de calendrier plus serré des diverses étapes préparatoires à l'appel. Au cas où ils n'arriveraient pas à convenir d'un tel échéancier, l'appelant doit déposer une requête écrite pour arrêter l'échéancier dans les quinze (15) jours suivant la date de la présente ordonnance.

[18] Enfin, je relève que le commissaire n'a pas insisté subsidiairement sur l'aspect des dépens de l'ordonnance dans sa plaidoirie. Vu le montant accordé, la nature des questions litigieuses de l'appel et le but non lucratif du TREB, je pense qu'il convient que le sursis vise toutes les parties de l'ordonnance du Tribunal.

[19] Maintenant, pour ce qui est de la requête en intervention de l'ACI, le critère pertinent est consacré par la jurisprudence *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 74, 15 A.C.W.S. (3d) 323 (1<sup>re</sup> instance), conf. par [1990] 1 C.F. 90, 103 N.R. 391 (C.A.), décision récemment confirmée, avec quelques nuances, par l'arrêt *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, 480 N.R. 387. Le juge prend en compte plusieurs facteurs avant d'autoriser l'intervention; cependant, il n'est pas nécessaire que tous les facteurs soient réunis pour accorder la qualité d'intervenant et le juge conserve un pouvoir discrétionnaire

global pour n'autoriser l'intervention que lorsque l'intérêt supérieur de la justice l'exige. Les facteurs à considérer, recensés par la jurisprudence, sont les suivants :

1. La personne morale qui se propose d'intervenir est-elle directement touchée par l'issue du contentieux?
2. L'affaire soulève-t-elle une question judiciaire qui soit d'intérêt public (vraisemblablement lorsque la personne morale qui se propose d'intervenir sollicite la qualité d'intervenant d'intérêt public)?
3. N'y a-t-il aucun autre moyen raisonnablement susceptible de faire saisir le juge des questions de l'intervenant?
4. La thèse de la personne morale qui se propose d'intervenir est-elle défendue adéquatement par l'une des parties au contentieux?
5. Les intérêts de la justice sont-ils mieux servis par l'autorisation d'intervention?
6. Le juge peut-il trancher l'affaire en l'absence de l'intervenant?

[20] En l'espèce, je retiens la thèse du commissaire portant que les deuxième, troisième et sixième facteurs susmentionnés ne jouent pas ou ne sont pas pertinents. Cela dit, les trois autres facteurs militent en faveur de l'autorisation d'intervention.

[21] D'après le premier facteur, on ne saurait nier que l'ACI est directement touchée par l'appel et l'intérêt qu'elle porte à l'issue du contentieux n'est pas purement scientifique. Comme le fait remarquer l'ACI, le Tribunal lui-même admettait, en accordant la qualité d'intervenant à l'ACI, que son ordonnance puisse avoir des répercussions directes sur la façon dont l'ACI doit traiter les renseignements tels que ceux pour lesquels le Tribunal a autorisé aux membres du

TREB la publication sur leurs sites Web protégés par mot de passe, puisque l'ACI met à la disposition de ses membres le même type de renseignements en imposant des conditions semblables. Comme le soutient l'ACI, l'intérêt qu'elle porte à l'appel est mis en évidence et directement touché par l'un des motifs d'appel invoqués par le TREB, selon lequel le Tribunal a commis une erreur en limitant la portée de son ordonnance au TREB plutôt que de l'imposer à tous les membres de l'ACI. De plus, l'ACI a un intérêt direct dans l'appel vu qu'elle est titulaire des marques de commerce en l'espèce. L'ACI fait valoir qu'un manque de contrôle sur les données d'inscriptions MLS présentes sur Internet peuvent affecter la valeur de sa marque de commerce MLS. Encore une fois, le Tribunal a admis que cet intérêt suffisait pour accorder à l'ACI la qualité d'intervenant.

[22] En ce qui concerne les quatrième et cinquième facteurs, l'ACI dispose d'une connaissance et d'une position uniques, étant la voix du secteur de l'immobilier au Canada, qui seront utiles à la Cour pour trancher l'appel. Comme elle le fait valoir de manière convaincante, bon nombre de ses thèse et de ses éléments de preuve se sont avérés utiles au Tribunal et on peut prévoir que son intervention s'avère tout aussi utile à la Cour. En outre, l'ACI demande l'autorisation d'intervenir sur un nombre limité de questions qui se rapportent aux pratiques du secteur et à son droit sur la marque de commerce MLS et sa propre base de données MLS. Par conséquent, sa participation n'allongera pas indûment les procédures engagées.

[23] Je suis donc d'avis qu'il faut accorder à l'ACI la qualité d'intervenant selon les critères invoqués, à l'exception de l'exemption des dépens. Je pense qu'il convient mieux de laisser la question des dépens à la formation qui entendra l'appel, d'autant plus que le commissaire a opiné

que l'ACI a dépassé les bornes lors de son intervention précédente. Sans retenir cette observation, je suis d'avis qu'il faut pouvoir tenir compte de cette possibilité par l'éventuelle adjudication des dépens.

« Mary J.L. Gleason »

---

j.c.a.

**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** A-174-16

**INTITULÉ :** TORONTO REAL ESTATE  
BOARD c. COMMISSAIRE DE LA  
CONCURRENCE

**REQUÊTE JUGÉE SUR DOSSIER SANS COMPARUTION DES PARTIES**

**MOTIFS DE L'ORDONNANCE :** LA JUGE GLEASON

**DATE DES MOTIFS :** LE 12 AOÛT 2016

**OBSERVATIONS ÉCRITES :**

Jeff Rosekat  
Jacqueline Horvat

POUR L'APPELANT

William V. Sasso

John F. Rook  
Andrew D. Little  
Emrys Davis

POUR L'INTIMÉ

Esther Rossman

Sandra A. Forbes  
Michael Finley

POUR L'INTERVENANT  
PROPOSÉ

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Spark LLP  
Avocats  
Toronto (Ontario)

POUR L'APPELANT

Sutts, Strosberg LLP  
Windsor (Ontario)

Bennett Jones LLP  
Avocats  
Toronto (Ontario)

POUR L'INTIMÉ

Services juridiques du Bureau de la concurrence  
Gatineau (Québec)

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.  
Avocats  
Toronto (Ontario)

POUR L'INTERVENANT  
PROPOSÉ