





Cas de figure officiel du concours de plaidoirie en droit de la concurrence de 2019

Tribunal de la concurrence du Canada

Référence : Le commissaire de la concurrence c. Jungle Inc.

Dans l'affaire d'une demande déposée par le commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée;

Entre :

Le commissaire de la concurrence

(demandeur)

et

Jungle, inc.

(défenderesse)

Date des motifs de l'ordonnance et ordonnance : 15 octobre 2018

Sur cette page

- [Résumé](#)
- [Introduction](#)
- [Les parties](#)
- [Aperçu de l'industrie](#)
- [Positions des parties](#)
- [Témoignages d'expert en économie](#)
- [Les questions en litige](#)
- [Analyse du Tribunal](#)
- [Mesure de redressement](#)
- [Ordonnance](#)

Résumé

[1] Le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») a déposé une demande en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée (la « Loi »), visant à ce que soit rendue une ordonnance de dessaisissement pour remédier à la diminution sensible de la concurrence qu'il estime vraisemblable de survenir en raison de l'acquisition de Streamworks Inc. (« Streamworks ») par Jungle, Inc. (« Jungle »).

[2] Jungle est une société qui offre notamment aux consommateurs un service de diffusion en continu de musique numérique sur abonnement (c.-à-d., Jungle Music Unlimited), lequel fournit aux consommateurs un accès sur demande sans publicité à des millions de chansons d'artistes du monde entier. En plus de son service de diffusion en continu, Jungle offre également, par l'intermédiaire de son portail de vente au détail en ligne, des chansons et des albums pouvant être achetés et téléchargés.

[3] Streamworks est une société qui fournit notamment des services de diffusion en continu de musique numérique à la fois gratuits et sur abonnement. Le service gratuit offre aux consommateurs un accès à de la musique choisie au hasard d'après les préférences du consommateur, tandis que le service sur abonnement est un service sur demande et sans publicité qui permet en plus au client de choisir jusqu'à 3 333 chansons (« téléchargements ») à écouter hors ligne. L'accès à cette fonctionnalité « hors ligne », cependant, se termine à la fin de l'abonnement.

[4] Le commissaire soutient que la fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence sur le marché des services de diffusion en continu (« diffusion en continu ») ou, à titre subsidiaire, sur le marché visant à fournir aux consommateurs un accès payant à de la musique numérique (« vente au détail en ligne »). Brièvement, le commissaire fait valoir que cette diminution sensible de la concurrence est établie du fait des effets des prix et de la production relevés dans les travaux de l'expert en économie du commissaire. De plus, le commissaire fait valoir que la disparition de Streamworks du marché a pour effet de faire disparaître un concurrent particulièrement dynamique, efficace et novateur qui jouait un rôle exceptionnellement perturbateur et, en outre, que la réduction des dépenses en recherche et développement (« R et D ») dans l'industrie ayant découlé de la fusion contribue à accentuer cette diminution sensible de la concurrence.

[5] Pour sa part, Jungle soutient que la fusion n'a pas entraîné et n'entraînera pas une diminution sensible de la concurrence. Elle fait valoir que la part du marché de la diffusion en continu et de la vente au détail en ligne de musique numérique de Jungle au Canada après la fusion ne dépasse pas le seuil de « zone sûre » du commissaire et que, par conséquent, à première vue, la fusion n'est pas anticoncurrentielle. Jungle souligne que, lorsqu'on combine la vente au détail en ligne et la diffusion en continu à la vente au détail traditionnelle en magasin, sa part de marché pour la vente au détail de musique tombe sous le seuil de « zone sûre ». Jungle fait, en outre, valoir que, quoi qu'il en soit, les grandes entreprises qui exercent leurs activités dans le secteur de la vente au détail en ligne et de la diffusion en continu, notamment Apricot et Lougle, représentent des concurrents réels restants qui empêchent et qui continueront d'empêcher toute diminution sensible de la concurrence.

[6] Les parties ont passé beaucoup de temps à présenter des observations et à produire des éléments de preuve sur la question de la définition du marché de produits ¹. En fait, il semblait, par moment, que les parties étaient toutes deux d'avis que cette seule question permettrait de trancher l'affaire. Pour les raisons exposées à la partie H, le Tribunal a conclu qu'il n'a pas à déterminer quelle partie était juste en ce qui concerne la définition du marché. Le Tribunal peut se fonder sur la preuve dont il est saisi et, indépendamment de toute conclusion quant à la définition du marché, conclure que cette fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence.

[7] Avant la fusion, les parties à la fusion étaient d'avis qu'elles étaient mutuellement leurs plus importantes concurrentes. Jungle a elle-même reconnu que Streamworks est le chef de file dans la diffusion de musique en continu, et Jungle s'est souvent retrouvée à devoir réagir aux rabais substantiels consentis par Streamworks et à son offre de nouveaux produits. Les effets des prix et de la production relevés par l'expert du commissaire étayent cette preuve à cet égard et permettent d'établir que la fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Peu importe, la disparition de Streamworks en tant que concurrent exceptionnellement dynamique, compte tenu de l'absence de concurrence réelle restante, et la réduction des dépenses en R et D découlant de la fusion entraînent une diminution sensible de la concurrence; autrement dit, les avantages de la concurrence dynamique ne peuvent être mesurés en ayant uniquement recours à des indices traditionnels comme les effets de la production ou (même) des prix.

[8] Pour ce qui est de la mesure de redressement, le Tribunal a examiné les propositions soumises par les parties et a conclu que les deux propositions seraient essentiellement tout aussi efficaces l'une que l'autre. Compte tenu de son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les mesures de redressement, le Tribunal est d'avis qu'il peut tenir compte de ce qu'il est convenu d'appeler les facteurs « d'intérêt public » pour établir la mesure de redressement qui s'impose, en réalité, qu'il doit tenir compte de tels facteurs afin de briser l'égalité entre des mesures de redressement tout aussi efficaces l'une que l'autre. En l'espèce, les avantages pour l'intérêt

public favorisent la mesure de redressement proposée par Jungle : le dessaisissement de l'unité des services de diffusion en continu de Jungle à Toronto.

[9] Jungle n'a pas fondé sa défense sur les gains en efficacité au titre de l'article 96 de la Loi, pas plus qu'elle n'a présenté d'arguments à l'audience ni produit de preuve à l'appui d'une telle défense. Par conséquent, le Tribunal n'a pas tenu compte de l'application de l'article 96 de la Loi.

Introduction

[10] Conformément à une convention d'achat d'actifs datée du 4 octobre 2017, Jungle a proposé d'acquiescer tous les aspects des activités commerciales de Streamworks. Les parties ont produit leurs formulaires de préavis auprès du commissaire le 1er novembre 2017. Le commissaire a transmis une demande de renseignements supplémentaires aux parties le 1er décembre 2017. Les parties ont attesté l'exactitude de leur réponse à cette demande le 5 janvier 2018 et ont conclu la fusion le 5 février 2018.

[11] Le 2 février 2018, le commissaire a présenté une demande en vertu de l'article 92 de la Loi afin d'obtenir une ordonnance de dessaisissement. Dans sa demande, le commissaire allègue que la fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence sur le marché de la diffusion numérique en continu ou, à titre subsidiaire, de la vente au détail en ligne de musique. La position du commissaire repose fortement sur les travaux économiques quantitatifs réalisés par Mme Lola Pearson, ainsi que sur des éléments de preuve donnant à penser que la fusion a entraîné la disparition d'un « franc-tireur » et une réduction des dépenses en R et D par l'entité fusionnée.

[12] Dans une lettre datée du 5 février 2018, l'avocat de Jungle a écrit au commissaire et au Tribunal pour les informer que, compte tenu de l'établissement par le Tribunal d'un calendrier accéléré pour la demande, Jungle continuerait d'exploiter ses services de musique en ligne Streamworks et Jungle de manière (assez) indépendante, au moins en ce qui concerne leurs employés et leurs principaux éléments d'actif, en attendant la décision du Tribunal relativement à cette demande.

[13] L'audience de la présente affaire s'est déroulée au cours des deux premières semaines de septembre 2018.

Les Parties

[14] Le commissaire est le représentant officiel nommé par le gouverneur en conseil pour assurer et contrôler l'application de la Loi au titre de l'article 7 de la Loi.

[15] Jungle.com, Inc. est une société du Delaware cotée en bourse qui constitue entre autres l'une des plus importantes sociétés de commerce électronique, de vente au détail en ligne et d'infonuagique dans le monde, dont le principal lieu d'affaires est situé à Seattle, dans l'État de Washington. Jungle, une société du Delaware dont le principal lieu d'affaires est situé à Tacoma, dans l'État de Washington, est une filiale en propriété exclusive de Jungle.com, Inc. et est entre autres responsable des services de vente au détail en ligne au Canada. Dans le cadre de ces responsabilités canadiennes, Jungle exploite le site www.jungle.ca, sur lequel les consommateurs canadiens peuvent notamment acheter un accès sur demande en continu à de la musique par l'intermédiaire du service Jungle Music Unlimited et/ou ils peuvent acheter des chansons, des albums ou des compilations en ligne pour téléchargement. Les bureaux canadiens de Jungle sont situés à Toronto, en Ontario, et comptent environ 200 employés, qui travaillent principalement pour le volet canadien de la société.

[16] Streamworks est une société suédoise qui offre entre autres des services de diffusion en continu de musique numérique aux consommateurs canadiens. La musique peut être diffusée en continu au moyen du service « Streamify », qui permet aux consommateurs d'écouter gratuitement et en continu des sélections organisées de musique, mais qui comprend des publicités intermittentes entre les chansons, ou elle peut être diffusée en

continu au moyen du service payant sur abonnement de Streamworks, « Streamium », qui offre des fonctionnalités comme la diffusion en continu sur demande de musique, une qualité de diffusion améliorée et l'accès à des chansons hors ligne. Le bureau canadien de Streamworks, situé dans la nouvelle agglomération de Streamington, en Ontario, compte environ 800 employés (représentant le plus important centre d'emploi de Streamworks à l'extérieur de la Suède), qui travaillent pour toutes les activités commerciales de Streamworks en Amérique.

Aperçu de l'industrie

[17] Au siècle dernier, l'industrie de la musique enregistrée était relativement simple. Les artistes, avec l'aide des maisons de disques, enregistraient des chansons, les regroupaient (généralement) sur un support physique (p. ex., disque vinyle, cassette, disque compact) et distribuaient ces supports aux détaillants traditionnels ou aux sociétés de vente par correspondance du monde entier, qui vendaient à leur tour ces enregistrements aux consommateurs.

[18] Ce modèle de distribution de la musique est demeuré plus ou moins le même jusqu'à la fin des années 1990, alors que l'industrie a vécu un bouleversement technologique : les consommateurs ont appris qu'il était possible de faire des copies numériques des supports physiques et de « partager » les chansons sur Internet au moyen d'applications de partage de fichiers. L'industrie de la musique s'est opposée à ces progrès, principalement en tentant d'utiliser des mécanismes légaux pour garder intact son modèle d'affaires, sans succès (substantiel).

[19] Un nouveau modèle de distribution a émergé de ce bouleversement. En 2003, Apricot a lancé le service aTunes Music, qui permettait aux consommateurs d'acheter des chansons par téléchargement numérique à partir d'une vaste bibliothèque d'artistes et d'enregistrements. Au cours des années qui ont suivi, de nombreuses entreprises semblables ont été mises sur pied, dont bon nombre vendent toujours aujourd'hui des chansons à télécharger au détail. À l'heure actuelle, Apricot, Jungle et Lougle sont les trois plus importantes détaillantes de musique en ligne. Chacune de ces sociétés exerce ses activités en fonction d'un modèle d'affaires semblable : les consommateurs paient environ 1 \$ pour acheter une chanson et pour la télécharger dans leur ordinateur et/ou leur téléphone intelligent, bénéficiant de certains rabais s'ils choisissent d'acheter un album complet ou une collection complète.

[20] Environ à la même époque, la diffusion en continu de musique en ligne est apparue. Les consommateurs pouvaient écouter de la musique numérique en ligne, un concept inauguré par Streamworks; un peu comme fonctionnent les stations de radio, les consommateurs pouvaient écouter gratuitement des chansons choisies au hasard et des sélections organisées de musique, mais ils devaient également écouter des publicités. Ce modèle d'affaires demeure répandu aujourd'hui, et le service Streamify de Streamworks en est un exemple.

[21] En 2008, un nouveau modèle d'affaires est apparu : la diffusion en continu sur abonnement. Encore une fois inaugurés par Streamworks, les services de diffusion en continu sur abonnement invitaient les consommateurs à payer des frais d'abonnement mensuels ou à une autre fréquence qui leur permettaient en retour d'accéder à une vaste bibliothèque de musique. Contrairement aux services de diffusion en continu gratuits en ligne, les consommateurs qui s'abonnent à un service de diffusion en continu payant ont un accès numérique sur demande aux chansons de leur choix, plutôt que de devoir télécharger et stocker des chansons sur leur ordinateur ou leur téléphone intelligent. Les abonnés peuvent aussi accéder à des chansons choisies hors ligne (téléchargées) sur leurs appareils pendant la durée de leur abonnement. Selon la société en question, le nombre de chansons choisies qui sont accessibles hors ligne par l'abonné à un moment donné peut s'élever à au-delà de 1 000. Le service Streamium de Streamworks et le service Jungle Music Unlimited de Jungle illustrent ce modèle d'affaires.

[22] Chaque nouveau modèle d'affaires a eu un effet marquant sur le modèle précédent. Au début des années 2000, tandis que le modèle de vente au détail en ligne s'est répandu, les détaillants traditionnels de musique se sont retrouvés en difficulté. Plus récemment, la diffusion en continu a sensiblement remplacé le commerce au détail en ligne. Des travaux de recherche récents du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») indiquent que pas moins de 70 % de tous les Canadiens écoutent de la musique diffusée en continu au moins une fois par semaine. Selon ces travaux de recherche, cela représente une diminution de 70 millions de dollars (23,8 %) des achats faits par les Canadiens de musique au détail en ligne par rapport au sommet de 2013. Le CRTC a affirmé que les achats au détail en ligne sont en « déclin », tandis que la diffusion en continu serait le segment « en croissance » de l'industrie.

[23] Depuis le lancement du service Streamium de Streamworks en 2008, tous les grands détaillants traditionnels en ligne — Lougle, Apricot et Jungle — ont lancé leurs propres services de diffusion en continu payants sur abonnement concurrents : Lougle Play Music en 2011, Apricot Music en 2015 et Jungle Music Unlimited en 2016.

Examen des « parts de marché »

[24] Le service TuneScan d'ULF suit les ventes des téléchargements de chansons uniques et des services sur abonnement dans chaque pays. Les parties conviennent que TuneScan présente une mesure fiable des ventes au Canada aux fins de la présente procédure. Ces données ne comprennent pas les ventes des détaillants traditionnels ou les ventes par correspondance de musique sur un format physique (p. ex., CD ou disque vinyle), mais il est admis que ces ventes représentent moins de 5 millions de dollars au Canada annuellement. Aucun des fournisseurs de musique en ligne identifiés dans les tableaux qui suivent ne se livre à des activités commerciales traditionnelles en magasin ou par correspondance. Les données canadiennes sont reproduites ci-dessous :

Diffusion en continu seulement

Société	Recettes	Part selon les recettes
Streamworks	40 000 000 \$	40 %
Jungle	25 000 000 \$	25 %
Apricot	20 000 000 \$	20 %
Lougle	10 000 000 \$	10 %
Autres (regroupés)	5 000 000 \$	5 %
Part des parties après la fusion		65 %

Diffusion en continu et vente au détail en ligne

Société	Recettes tirées de la vente au détail en ligne	Recettes tirées de la diffusion en continu	Total des recettes	Part selon le total des recettes
Streamworks	0 \$	40 000 000 \$	40 000 000 \$	10 %
Jungle	75 000 000 \$	25 000 000 \$	100 000 000 \$	25 %
Apricot	100 000 000 \$	20 000 000 \$	120 000 000 \$	30 %
Lougle	70 000 000 \$	10 000 000 \$	80 000 000 \$	20 %
Autres (regroupés)	56 000 000 \$	5 000 000 \$	60 000 000 \$	15 %
Part des parties après la fusion				35 %

Positions des parties

Le commissaire

[25] Le commissaire allègue que Streamworks et Jungle se font toutes deux concurrence sur le même marché de produits en exploitant des services de diffusion en continu ou, à titre subsidiaire, en offrant aux consommateurs un accès payant à de la musique numérique : après la fusion, la part du marché des services de diffusion en continu de Jungle dépassera 60 % et sa part du marché de l'offre d'un accès payant à de la musique numérique s'établira à 35 % ou plus. Cette donnée, soutient le commissaire, constitue un indicateur déterminant que Jungle exercera un pouvoir de marché considérable après la fusion. Le commissaire fait valoir que l'effet de ce pouvoir de marché sera l'augmentation des prix de la diffusion en continu et de la vente au détail en ligne et/ou la réduction de la production dans une mesure substantielle, telle que chiffrée dans le témoignage d'expert en économie produit par le commissaire.

[26] En outre, le commissaire fait valoir que Streamworks était un concurrent « franc-tireur » ayant un modèle d'affaires unique (seulement la diffusion en continu) dont les innovations ont forcé les fournisseurs de musique en ligne en place à étendre leur offre aux services de diffusion en continu et à prendre certaines mesures à l'égard des prix. Le commissaire soutient que les principaux concurrents restants, à savoir Apricot et Lougle, ne livreront pas ce type de concurrence dynamique, certainement pas dans la mesure nécessaire pour atténuer les effets anticoncurrentiels de la fusion, et que la disparition d'un tel concurrent constitue un effet anticoncurrentiel distinct et substantiel de la fusion.

[27] Le commissaire soutient également que la fusion aura un effet appréciable sur les innovations, car les dépenses globales de R et D dans l'industrie seront substantiellement réduites. Le commissaire fait valoir que, avant d'annoncer la fusion, Jungle et Streamworks avaient toutes deux des dépenses de R et D d'environ 100 millions de dollars chaque année (200 millions de dollars au total) liées à la musique en ligne; cependant, après la fusion, ce chiffre sera réduit à 120 millions de dollars selon les prévisions. Cette réduction des dépenses de R et D, soutient le commissaire, entraînera une réduction des innovations et constitue aussi un effet anticoncurrentiel distinct et substantiel de la fusion.

[28] En ce qui concerne la mesure de redressement demandée, le commissaire propose le dessaisissement de l'unité des services de diffusion en continu de Streamworks à Streamington, en Ontario, et de tous les droits de propriété intellectuelle et les autres droits nécessaires pour permettre à un nouveau venu de fonder une entreprise (essentiellement) semblable à celle créée par Streamworks au Canada avant la fusion.

La défenderesse

[29] Jungle fait valoir que, afin d'en arriver à une conclusion quant à la diminution sensible de la concurrence (ou en réalité afin d'établir la mesure de redressement qui s'impose), le Tribunal doit d'abord déterminer le ou les marchés de produits et, à cet égard, doit conclure que le marché antitrust pertinent comprend au moins la diffusion en continu et la vente au détail en ligne (« toute la musique en ligne »). En effet, Jungle soutient que, interprété correctement, le marché de produits pertinent aux fins de l'examen mené par le Tribunal doit inclure toute la musique vendue aux consommateurs, quel que soit le format. Sur ce fondement, Jungle fait valoir que sa part de marché combinée après la fusion est égale ou inférieure au seuil de « zone sûre » du commissaire et qu'il doit par conséquent être présumé que la fusion n'entraînera pas une diminution sensible de la concurrence.

[30] Jungle fait, en outre, valoir que Streamworks n'était pas unique parmi les participants de l'industrie et que des sociétés comme Apricot et Lougle ont non seulement démontré leur capacité à offrir aux consommateurs des services de diffusion en continu, mais qu'elles ont également, à maintes reprises, démontré leur capacité à innover et à engager les ressources nécessaires à cette fin. Jungle fait valoir qu'Apricot, Lougle et les autres concurrents restants exerceront de fortes contraintes à l'égard de l'exercice potentiel d'un pouvoir de marché par Jungle, surtout à la lumière de la preuve que les consommateurs peuvent facilement passer d'un fournisseur

de services de musique en ligne à l'autre. Par conséquent, Jungle fait valoir que toute tentative de Jungle d'augmenter les prix (après la fusion) amènerait immédiatement les clients à se tourner vers Apricot, Loughe ou des tiers (dont la majorité offre essentiellement le même catalogue de musique) dans une mesure telle que les hausses de prix ne pourraient être maintenues.

[31] En réponse à l'argument du commissaire concernant les dépenses de R et D réduites de Jungle et l'effet potentiel sur les innovations, Jungle justifie la réduction en affirmant que, avant la fusion, les sociétés déployaient en réalité les mêmes efforts pour certains aspects de leur R et D et que la réduction des dépenses de R et D ne réduira pas les innovations et/ou la qualité des innovations dans l'industrie. Jungle souligne que le commissaire n'a produit aucune preuve à cet égard.

[32] Dans le cas où le Tribunal conclurait qu'une mesure de redressement s'impose, Jungle soutient qu'elle doit être tenue de se départir de l'unité de diffusion en continu de Jungle de Toronto, et de tous les droits de propriété intellectuelle et les autres droits nécessaires.

Témoignages d'expert en économie

[33] La défenderesse et le commissaire présentent tous deux un témoignage d'expert en économie à l'appui de leur position en l'espèce. Le commissaire produit un rapport de Mme Lola Pearson et Jungle, un rapport de Mme Chloe Johnson.

Témoignage d'expert du commissaire – Rapport de Mme Pearson

[34] L'analyse de Mme Pearson est principalement axée sur des mesures quantitatives visant à évaluer si la fusion cause un préjudice aux consommateurs. La première partie de l'analyse vise à démontrer que les ventes de chansons uniques, et même leur prix, ont substantiellement chuté au Canada après le lancement des services de diffusion en continu de Streamworks. Mme Pearson laisse entendre que ce n'est pas étonnant et elle fait valoir que les services de diffusion en continu remplaceront vraisemblablement presque entièrement les ventes de chansons uniques à plus long terme, à mesure que les réseaux sans fil à vitesse supérieure se répandront. Finalement, Mme Pearson conclut qu'un monopoleur hypothétique fournissant des services de diffusion en continu de musique pourrait imposer de manière rentable une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire (« SSNIP »). En effet, l'analyse quantitative de Mme Pearson pose comme postulat que la fusion entraînera une augmentation de 9 % du prix des services de diffusion en continu et une augmentation de 7 % du prix de la musique vendue au détail en ligne aux Canadiens, de même qu'une réduction de la production (y compris en ce qui concerne la qualité et/ou la gamme de musique offerte).

[35] Mme Pearson souligne également que, après le lancement des services de diffusion en continu, les détaillants en ligne, dont Jungle, ont consenti des rabais considérables dans le but de compenser la diminution des ventes. Mme Pearson souligne le fait que Streamworks, le chef de file des services de diffusion en continu, a une motivation unique à fixer les prix des services de diffusion en continu très bas, car elle n'exploite pas une société de vente au détail en ligne et, par conséquent, elle ne risque pas de cannibaliser les ventes de musique, contrairement à Apricot, à Jungle et à Loughe. De l'avis de Mme Pearson, Streamworks est un franc-tireur qui a joué un rôle clé dans la réduction des prix à la consommation de la vente au détail en ligne (et même des services de diffusion en continu) et a, à tout le moins, limité la capacité des entreprises à imposer des augmentations de prix dans la vente au détail de musique en ligne.

[36] Mme Pearson n'a formulé aucune opinion en ce qui concerne la réduction des dépenses de R et D, sauf pour affirmer que la disparition d'un innovateur concurrent important aurait vraisemblablement une incidence sur la concurrence dynamique, réduisant les innovations globales dans l'industrie.

Témoignage d'expert de la défenderesse – Rapport de Mme Johnson

[37] Le rapport de Mme Johnson présente une analyse principalement axée sur les effets concurrentiels liés à ce qu'elle allègue être le marché antitrust pertinent. De l'avis de Mme Johnson, à tout le moins, la musique vendue au détail en ligne et la musique diffusée en continu doivent être incluses dans le marché antitrust pertinent parce qu'elles sont fonctionnellement interchangeables; elle considère que ces deux modèles d'affaires constituent simplement des manières différentes d'envisager le même produit final, à savoir la transmission numérique d'une chanson sur l'appareil d'un consommateur. À son avis, un monopoleur hypothétique contrôlant à la fois la diffusion en continu et la vente au détail en ligne pourrait imposer de manière rentable une SSNIP, mais ce ne serait pas le cas d'un monopoleur hypothétique de la « vente au détail en ligne » ou des « services de diffusion en continu ». Essentiellement, Mme Johnson préconise une définition du marché qu'on peut décrire comme étant « des chansons numériques sont des chansons numériques ».

[38] En se fondant sur cette définition du marché, Mme Johnson souligne que la part de marché combinée des parties demeure faible après la fusion, ce qui indique que la fusion ne créera ou n'accentuera vraisemblablement pas un pouvoir de marché. Mme Johnson souligne également que l'entité fusionnée continue de faire face à la concurrence considérable d'Apricot, de Lougle et de tiers.

[39] En ce qui concerne le rapport de Mme Pearson, Mme Johnson présente une critique détaillée de la méthode utilisée par Mme Pearson et, à partir de diverses analyses économétriques qui ont été examinées et admises par ce Tribunal dans le passé (p. ex., la simulation de fusion), elle conclut que la fusion n'a pas entraîné ni n'entraînera vraisemblablement d'effets (anti)concurrentiels, comme une augmentation des prix.

[40] Mme Johnson rappelle les observations de Jungle selon lesquelles Streamworks n'a pas joué un rôle de « franc-tireur » et elle affirme que, en l'absence d'effets sur la production (p. ex., l'introduction de nouveaux produits ou services ayant une valeur pour les consommateurs), on ne peut tirer de conclusion de la réduction des dépenses de R et D, soulignant que même les documents de Streamworks mettent en doute la production (ou l'absence de production) d'innovations découlant des dépenses annuelles de 100 millions de dollars de Streamworks.

Les questions en litige

[41] À leur base, les observations des parties soulèvent les questions essentiellement juridiques suivantes se rapportant au critère de la diminution sensible de la concurrence énoncé à l'article 92 de la Loi et à l'étendue du pouvoir discrétionnaire du Tribunal à l'égard des mesures de redressement.

[42] En ce qui concerne l'article 92, les principales questions présentées dans cette demande sont les suivantes :

- a. le Tribunal doit-il se prononcer sur les marchés de produits (ou les marchés géographiques) pertinents pour trancher la question de la diminution sensible de la concurrence ou peut-il trancher cette question d'après la seule preuve des effets concurrentiels?
- b. le Tribunal doit-il se fonder sur une preuve quantitative pour trancher la question de la diminution sensible de la concurrence ou peut-il conclure à une diminution sensible de la concurrence d'après une preuve qualitative, plus précisément, le Tribunal peut-il s'appuyer uniquement sur la disparition d'un « franc-tireur » et/ou la réduction des dépenses de R et D après la fusion comme fondement pour conclure à une diminution sensible de la concurrence?

[43] En ce qui concerne l'ordonnance corrective que pourrait rendre le Tribunal, les principales questions présentées dans cette demande sont les suivantes :

- a. quels sont les types de facteurs que le Tribunal peut considérer pour rendre une ordonnance corrective, plus précisément, le Tribunal peut-il

considérer ce qu'il est convenu d'appeler les facteurs « d'intérêt public »?

- b. s'il peut considérer les facteurs d'intérêt public, ces facteurs sont-ils assujettis à des limites et, le cas échéant, quels sont les types de facteurs d'intérêt public qui peuvent être pris en compte, par exemple, ces facteurs peuvent-ils inclure l'effet de la fusion sur l'emploi ou la production créatrice au Canada?

Analyse du Tribunal

Market Definition

[44] Traditionnellement, le Tribunal entame son analyse de la fusion en définissant le ou les marchés de produits (et géographiques) pertinents et examine ensuite les facteurs énumérés à l'article 93 de la Loi pour évaluer si une fusion a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. L'ouvrage *Competition Law of Canada*, dirigé par Calvin S. Goldman et John D. Bodrug, indique ce qui suit à la page 10-27 [traduction] : « le point de départ de toute évaluation de la question de savoir si une transaction a vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence consiste à relever les marchés de produits et les marchés géographiques pouvant être touchés par la fusion » (soulignement ajouté).

[45] Le Tribunal a récemment employé cette méthode d'analyse de la fusion dans l'affaire *Commissaire de la concurrence c. CCS Corporation*, 2012, Tribunal de la concurrence 14 (« CCS »), au paragraphe 58 [traduction officielle] :

Pour définir les marchés pertinents, le Tribunal applique généralement le critère du monopoleur hypothétique. Comme il l'a souligné au par. 57 de la décision *Le commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane*, 2000 Trib. conc. 15, 7 C.P.R. (4th) 385 (Trib. conc.) (« Propane 1 »), le Tribunal fait sien la description du critère énoncée au paragraphe 4.3 du document intitulé « Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi » (les « lignes directrices ») :

Sur le plan conceptuel, un marché pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits, y compris au moins un produit des parties à la fusion, et à la plus petite région géographique pour laquelle un vendeur unique cherchant à maximiser ses profits (un « monopoleur hypothétique ») peut imposer et maintenir une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire (ci-après « SSNIP » pour « small but significant and non-transitory increase in price »), par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence de la fusion.

[46] Cela étant dit, et malgré la méthode adoptée dans CCS, le Tribunal est d'avis que, en l'espèce, il n'est pas nécessaire que le Tribunal rende une décision quant à la définition pertinente du marché. Compte tenu de la preuve dont il est saisi, le Tribunal est plutôt en mesure de tirer une conclusion quant à la diminution sensible de la concurrence à la lumière de la preuve établissant que la fusion entraînera vraisemblablement des effets anticoncurrentiels.

[47] Même si le Tribunal a fait l'exercice de définir des marchés pertinents dans le passé, ses décisions passées ne l'obligent pas à le faire pour aller plus loin dans son analyse menée au titre de l'article 92². La décision CCS mentionne une pratique générale qui n'est pas énoncée dans une loi, mais est plutôt résumée dans la documentation relative au droit de la concurrence et appliquée à la discrétion du commissaire dans ses examens et du Tribunal dans sa décision, dans chaque cas en fonction des faits de l'affaire à trancher.

[48] La Loi n'exige pas, explicitement ou implicitement, que le Tribunal définisse les marchés pertinents pour satisfaire au critère énoncé à l'article 92, un critère qui vise seulement à établir si une fusion a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet. Si le Tribunal conclut que le commissaire

démontre, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe une preuve d'un empêchement ou d'une diminution sensibles réels ou vraisemblables de la concurrence, il appartient alors à ce Tribunal de rendre une ordonnance, peu importe la conclusion quant à la définition du marché. Cela est d'autant plus vrai lorsque la preuve à l'égard de la diminution sensible de la concurrence est convaincante, peu importe la définition du marché adoptée.

Diminution sensible de la concurrence

[49] Pour évaluer si la fusion a entraîné une diminution sensible de la concurrence, le Tribunal examinera d'abord la preuve économique produite par le commissaire et considérera ensuite les facteurs pertinents énoncés à l'article 93 de la Loi.

[50] En l'espèce, les facteurs pertinents les plus importants sont les suivants :

1. la question de savoir si la fusion a fait disparaître un concurrent dynamique et efficace;
2. la question de savoir si la fusion a freiné ou freinera les changements et les innovations;
3. la question de savoir si la concurrence réelle restante est suffisante pour limiter l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité fusionnée; et
4. les entraves à l'accès.

Évaluation de la preuve économique produite par l'expert du commissaire

[51] Le Tribunal a conclu que la preuve produite par Mme Pearson (laquelle est résumée aux paragraphes 34 à 36 ci-dessus) est convaincante et est à privilégier par rapport à celle présentée par Mme Johnson. Cela étant dit, le Tribunal est d'avis qu'il n'a pas besoin de tenir compte de la preuve de Mme Pearson ou de Mme Johnson pour tirer sa conclusion. La preuve qualitative (examinée ci-dessous) est suffisante pour permettre au Tribunal de conclure que la fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Par conséquent, dans la mesure où le Tribunal s'est fondé sur la preuve de Mme Pearson, il l'a fait uniquement dans le but d'étayer la conclusion du Tribunal quant à une diminution sensible de la concurrence découlant de son examen de la preuve qualitative pertinente.

Documents des parties

[52] Un grand volume de documents a été soumis au Tribunal, bon nombre de ces documents énonçant la perception interne qu'ont les parties quant à l'identité de leurs concurrents et aux mesures que doit prendre chacune des parties à la lumière d'une mesure réelle ou potentielle prise par ces concurrents. Le Tribunal estime que ces documents sont particulièrement pertinents à son évaluation de la fusion, surtout lorsqu'il existe un profond désaccord entre le commissaire et Jungle quant à la définition du marché qui doit être adoptée et, par voie de conséquence, à l'étendue à donner au chevauchement concurrentiel entre Streamworks et Jungle.

[53] Les documents internes des deux parties reconnaissent de façon non équivoque qu'elles sont « les plus proches concurrentes » l'une de l'autre. De plus, il y a d'innombrables courriels, rapports et présentations, provenant de tous les niveaux de la direction et diffusés à tous les niveaux de la direction au sein des deux sociétés, lesquels établissent une rivalité concurrentielle particulière entre les parties. Cette documentation inclut, à titre d'exemple, des documents historiques qui établissent que Jungle a pris des mesures opérationnelles à l'égard de l'entrée de Streamworks sur le marché et des décisions d'établissement des prix de Streamworks. De la même façon, le commissaire a présenté au Tribunal des documents internes de Streamworks qui établissent que cette dernière effectuait un suivi et a pris des mesures opérationnelles à l'égard des décisions d'établissement des prix de Jungle en ce qui concerne ses services de diffusion en continu sur abonnement et ses ventes au détail en ligne.

[54] Dans l'un des éléments de preuve les plus révélateurs, le Tribunal a été saisi d'un échantillon de rapports hebdomadaires intitulés « Competitor Watch List » [liste de surveillance des concurrents] provenant d'employés de niveau intermédiaire et fournis au directeur général de Jungle. Cette liste de surveillance énonce essentiellement les niveaux de prix de Jungle pour divers produits de référence par rapport aux concurrents considérés être les chefs de file du marché et/ou les plus proches concurrents en ce qui concerne le produit en cause. Les « [D]igital streaming services » [services de diffusion numérique en continu] étaient l'un des produits de référence surveillés dans ces rapports et, pour les quelques trimestres précédant la fusion, le « chef de file du marché » pour lequel les niveaux de prix de Jungle étaient surveillés à l'égard de son offre du service Jungle Music Unlimited était Streamworks.

[55] L'attention du Tribunal a également été attirée sur un rapport interne de Streamworks datant de 2017 et intitulé « The Way Ahead : pricing to win » [La voie à suivre : établir les prix pour percer]. Dans ce rapport, Streamworks a évalué rétroactivement sa croissance sur le marché au cours des trois années précédentes dans le but de trouver de nouveaux débouchés pour l'avenir. Dans chaque cas, l'évaluation faisait référence à d'autres concurrents ou participants du marché et Jungle était fréquemment mentionnée. D'ailleurs, l'énoncé suivant figurait dans une diapositive mentionnant certains des défis auxquels pouvait être confrontée Streamworks dans un avenir rapproché : « aggressive pricing by Jungle » [établissement de prix très bas par Jungle]. Dans un contexte dénué de toute considération quant à un examen réglementaire, les employés et la direction mêmes des parties étaient collectivement d'avis que Streamworks et Jungle étaient des concurrentes directes (et par ailleurs dynamiques).

[56] Sur ce fondement, le Tribunal a conclu que la fusion entraînera vraisemblablement, si ce n'est déjà fait, une diminution sensible de la concurrence.

Disparition d'un concurrent dynamique et efficace

[57] Au titre de l'alinéa 93f) de la Loi, pour déterminer si une fusion aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal peut tenir compte de « la possibilité que le fusionnement... entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace ». Le paragraphe 6.5 des Fusions — *Lignes directrices pour l'application de la loi* du Bureau de la concurrence (« les Lignes directrices ») indique ce qui suit :

6.5 Le Bureau évalue les caractéristiques concurrentielles de l'entreprise acquise pour déterminer si la fusion aura vraisemblablement pour effet d'éliminer un concurrent dynamique et efficace. Outre les formes de rivalité susmentionnées, le Bureau évalue notamment si l'une des parties à la fusion :

- ne suit généralement pas les augmentations de prix ou les autres initiatives des concurrents visant à stabiliser le marché, ou entraîne une réduction des prix;
- offre des avantages exclusifs, une garantie ou d'autres avantages au marché;
- a récemment accru sa capacité ou prévoit le faire;
- a récemment augmenté sa part de marché ou est bien placée pour le faire;
- a récemment acquis des droits de propriété intellectuelle ou autres produits, ou a développé des caractéristiques de produits qui augmentent sa capacité de livrer concurrence sur le marché ou le fera bientôt.

[58] note en bas de page 33 des Lignes directrices indique également ce qui suit à cet égard :

Voir l'alinéa 93f) de la Loi. Une entreprise qui est un concurrent dynamique et efficace joue souvent un rôle important en motivant les autres entreprises à se faire concurrence de façon plus intense en ce qui a trait aux produits existants ou dans le cadre du développement de

nouveaux produits. Il n'est pas nécessaire qu'une entreprise soit un des plus grands concurrents sur un marché pour être un concurrent dynamique et efficace. De petites entreprises peuvent exercer sur la concurrence une incidence disproportionnée par rapport à leur taille. Les francs-tireurs (décrits à la rubrique intitulée « Effets coordonnés » de la partie 6 ci-dessus) constituent un des types de concurrents dynamiques et efficaces.

[59] La preuve produite par le commissaire établit que Streamworks est un franc-tireur qui a joué un rôle clé dans la diminution des prix des services de diffusion en continu et, ce faisant, qui a au moins limité la capacité des détaillants à imposer des augmentations de prix en ce qui concerne la vente au détail en ligne. À la lumière de cette preuve, le Tribunal estime que la fusion a entraîné la disparition d'un concurrent dynamique et efficace et que cet effet ne se limite pas à l'effet relevé dans l'analyse quantitative de Mme Pearson examinée ci-dessus.

[60] En effet, dans un secteur comptant peu de concurrents, Streamworks, avec son modèle d'affaires unique, a imposé une discipline concurrentielle à ses rivaux d'une manière sans doute disproportionnée par rapport à sa taille relative. Par conséquent, la perte de Streamworks entraînera vraisemblablement d'importants effets anticoncurrentiels qu'on ne peut raisonnablement estimer à l'aide de méthodes quantitatives, y compris des effets pouvant découler de la concentration encore plus grande de ce secteur.

Frein aux innovations

[61] Au titre de l'alinéa 93g) de la Loi, pour déterminer si une fusion aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal peut tenir compte de « la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent ». Le paragraphe 6.9 des Lignes directrices indique ce qui suit :

Une fusion peut faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché en freinant le processus des changements et des innovations. Par exemple, quand une fusion élimine une entreprise novatrice qui présente une menace sérieuse pour les entreprises en place, elle peut ainsi empêcher ou retarder le lancement de nouveaux produits et de nouveaux procédés et l'adoption de stratégies de commercialisation, d'initiatives dynamiques de recherche et développement et de pratiques commerciales nouvelles.

[62] Conformément à la méthode énoncée dans les Lignes directrices, le commissaire a fait valoir que la fusion a freiné et freinera les innovations futures dans l'industrie de la musique en ligne (comme souligné ci-dessus, la mise au point de la technologie nécessaire à Streamworks pour fournir ses services de diffusion en continu a incité les autres joueurs de l'industrie de la musique en ligne à innover et à se livrer concurrence sur les prix au sein de leur entreprise de détail en ligne préexistante). Comme l'a souligné le commissaire, la preuve indique que Jungle et Streamworks ont chacune engagé des dépenses de R et D d'environ 100 millions de dollars chaque année avant la fusion à l'égard de leurs services de musique en ligne, mais que Jungle a réduit les dépenses globales de R et D après la fusion à 120 millions de dollars par année. Le commissaire demande au Tribunal de considérer cette réduction comme un effet anticoncurrentiel (en lui-même) de la fusion au motif qu'elle freine les innovations à l'égard des services de musique en ligne.

[63] Non seulement Jungle fait-elle valoir que cette réduction des dépenses de R et D ne doit pas être considérée par le Tribunal comme un effet anticoncurrentiel, elle demande au Tribunal de la considérer comme un gain en efficacité découlant directement de la fusion qui contribue à la réalisation du principal objectif de la Loi. De plus, Jungle soutient que la réduction des dépenses de R et D témoigne de l'élimination des efforts de R et D déployés en double par Jungle et Streamworks sans réduire les innovations ou autre production, et elle souligne que le commissaire n'a produit aucune preuve donnant à penser que la réduction des dépenses entraînera un effet sur la production.

[64] Compte tenu de tous les éléments de preuve, le Tribunal estime que, bien qu'il soit possible que certains des efforts de R et D ayant été éliminés fussent déployés en double, il ne fait aucun doute que ces efforts n'étaient pas tous déployés en double. Peu importe, le Tribunal est d'avis qu'une réduction aussi importante des dépenses de R et D — de même que la rivalité accrue occasionnée par des sociétés distinctes qui ont chacune engagé des dépenses considérables et comparables de R et D — entraînera un effet anticoncurrentiel. Le Tribunal souligne que Jungle n'a pas invoqué la « défense fondée sur les gains en efficacité » prévue à l'article 96 de la Loi et que les allégations de gains d'efficacité de Jungle étaient trop générales, et non corroborées par un témoignage d'expert, pour affaiblir la conclusion du Tribunal.

[65] Étant donné que le commissaire n'a produit aucune preuve économique quant à l'effet sur la production de l'investissement réduit en R et D, le Tribunal doit évaluer l'allégation du commissaire selon laquelle une réduction des dépenses de R et D a freiné ou freinera vraisemblablement les innovations et entraîne ainsi une diminution sensible de la concurrence, en théorie. Le Tribunal est d'accord avec la position du commissaire selon laquelle, pour certaines industries axées sur la technologie comme la musique en ligne, le bon sens amène à conclure qu'il est essentiel pour la concurrence que les dépenses importantes en R et D soient maintenues ou accrues. Ainsi, conformément à l'examen du Tribunal de la question de savoir si la fusion a entraîné la disparition d'un concurrent dynamique, le Tribunal a conclu que la réduction des dépenses globales de R et D par l'entité fusionnée aura vraisemblablement une incidence substantielle et négative sur les innovations (la concurrence) dans l'industrie de la musique en ligne, entraînant ainsi une diminution importante de la concurrence.

La concurrence restante ne limite pas l'exercice d'un pouvoir de marché

[66] Suivant la conclusion de la fusion, les seuls concurrents importants de l'entité fusionnée sont Apricot et Lougle. Jungle n'a produit aucune preuve pour convaincre le Tribunal que ces parties limiteront dans les faits l'exercice d'un pouvoir de marché par l'entité fusionnée. En effet, compte tenu de la preuve relative au rôle de franc-tireur joué par Streamworks et par ailleurs au comportement parallèle d'Apricot, de Lougle et de Jungle sur le marché au détail en ligne, le Tribunal est d'avis que la fusion accroît substantiellement le risque que cette dernière entraîne des effets anticoncurrentiels (supplémentaires) par suite de mesures coordonnées prises par l'entité fusionnée, Apricot et Lougle.

Entraves à l'accès

[67] Les parties ne contestent pas que les entraves à l'accès au marché de la diffusion de musique en ligne sont très importantes. L'acquisition, la mise au point, le maintien et la mise à niveau des droits de propriété intellectuelle et de la technologie (logicielle et matérielle) exigent beaucoup de ressources financières et de temps et, compte tenu de la maturité du marché et de l'importance pour les utilisateurs de l'accès « perpétuel » à de la musique en ligne, il existe d'importantes entraves liées à la réputation pour tout nouveau venu. En somme, conformément à la position des parties, le Tribunal conclut que les entraves à l'accès sont importantes.

Conclusion quant à la diminution sensible de la concurrence

[68] Pour les raisons exposées ci-dessus, le Tribunal conclut que la fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence.

Mesure de redressement

Aperçu de la jurisprudence

[69] Ayant conclu que la fusion entraînera vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence, le Tribunal doit se pencher sur la mesure de redressement qui s'impose. La Cour suprême du Canada énonce le critère pertinent dans *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam Inc.*, [1997] 71 C.P.R. (3d) 417, aux p. 445 et 446 [traduction officielle] :

Le mal auquel les rédacteurs de la Loi sur la concurrence s'attaquaient est la diminution sensible de la concurrence. Voir la Loi sur la concurrence, par. 92(1). Il n'est guère besoin de démontrer que la mesure de redressement appropriée en cas de diminution sensible de la concurrence consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement...

[. . .] S'il faut choisir entre une mesure qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la concurrence à un niveau acceptable, et une mesure qui ne permet même pas d'atteindre le niveau acceptable, alors c'est certes la première qui doit être préférée. Une mesure de redressement doit à tout le moins être efficace. Si la moins attentatoire des mesures de redressement efficaces possibles va au-delà de ce qui est nécessaire, c'est peut-être malheureux, mais, d'un point de vue juridique, une telle mesure n'est pas défectueuse... (Soulignement ajouté)

[70] Le Tribunal a sollicité et reçu des observations distinctes des parties en ce qui concerne la mesure de redressement qui s'impose, après avoir conclu à une diminution sensible de la concurrence, et a été saisi d'une demande du commissaire que le Tribunal rende une ordonnance de dessaisissement de l'unité des services de diffusion en continu de Streamworks située à Streamington, en Ontario, et une demande de Jungle que le Tribunal rende une ordonnance de dessaisissement de l'unité des services de diffusion en continu de Jungle située à Toronto, en Ontario.

[71] Le paragraphe 92(1) de la Loi énonce la compétence du Tribunal pour ordonner une mesure de redressement après avoir conclu qu'une fusion a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet :

Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet[...] le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96 :

(e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non :

- i. de le dissoudre, conformément à ses directives,
- ii. de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,
- iii. en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure...

[72] Étant donné que les deux mesures de redressement proposées par les parties équivalent à une disposition « d'éléments d'actif » suivant le sous-alinéa 92(1)e)(ii), le Tribunal a conclu que les mesures de redressement relèvent de sa compétence et a axé son analyse sur l'efficacité de chacune des mesures de redressement proposées, ainsi que sur d'autres questions liées à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les mesures de redressement.

Observations du commissaire sur les mesures de redressement

[73] Le commissaire a soutenu que le dessaisissement de l'unité de Streamworks située à Streamington, en Ontario, y compris tous les droits de propriété intellectuelle et autres droits connexes, au profit d'un acheteur (un nouveau venu) conférerait à l'acheteur une position de chef de file immédiate sur le marché et éliminerait, par conséquent, efficacement et à coup sûr la diminution sensible de la concurrence. La preuve produite pendant l'audience du Tribunal a étayé ces prétentions. Le commissaire a également soutenu que, étant donné que Streamworks est le chef de file du marché, est l'entité qui a été acquise par Jungle et n'est intégrée à l'unité de Jungle qu'en partie, il serait plus facile et rapide de se départir de l'unité de Streamworks; cependant, la preuve n'était pas concluante à cet égard.

Observations de la défenderesse sur les mesures de redressement

[74] Jungle a soutenu que le dessaisissement de l'unité des services de diffusion en continu de Jungle située à Toronto, en Ontario, y compris tous les droits de propriété intellectuelle connexes et les autres éléments d'actif nécessaires, permettrait à l'acheteur (un nouveau venu) de s'établir en tant que concurrent et de créer un effet de discipline sur les participants restants sur le marché qui éliminerait la diminution sensible de la concurrence. Jungle a fait valoir que son unité des services de diffusion en continu de Toronto était exploitée par une unité autonome de Jungle et qu'elle pourrait s'en départir rapidement (et facilement). Elle a également indiqué qu'elle avait l'intention de maintenir l'unité des services de diffusion en continu de Streamworks à Streamington, en Ontario, si une telle ordonnance de dessaisissement était rendue. La preuve produite pendant l'audience du Tribunal a étayé ces prétentions.

Analyse des mesures de redressement

[75] Après examen de la preuve, le Tribunal a conclu que les deux mesures de redressement seraient tout aussi efficaces l'une que l'autre pour éliminer les effets anticoncurrentiels engendrés par la fusion. Le Tribunal doit cependant choisir une mesure de redressement.

[76] Le Tribunal a souligné les récentes (et nombreuses) discussions sur les politiques en matière de concurrence au Canada et à l'étranger à propos du rôle potentiel que peut jouer l'application des lois antitrust pour répondre non seulement aux préoccupations traditionnelles relatives aux politiques économiques, mais également à d'autres préoccupations sociopolitiques fondées sur l'intérêt public en général. Certaines de ces préoccupations concernent des questions comme l'emploi, la distribution des revenus, la protection de la vie privée et même la créativité artistique et autres formes de créativité (innovations). Le Tribunal a également noté que, comme l'exprime l'article 1.1 de la Loi, les objectifs du Parlement relativement à la Loi visent, entre autres, à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne et à améliorer les chances de participation canadienne à l'économie mondiale.

[77] Bien que le Tribunal reconnaisse qu'il n'a pas le mandat d'assurer l'intérêt public en tant que tel, la Loi donne au Tribunal un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les mesures de redressement, et le Tribunal a conclu qu'il peut exercer ce pouvoir discrétionnaire par la prise en compte de facteurs d'intérêt public, comme ceux susmentionnés. De toute évidence, lorsque, comme en l'espèce, le Tribunal doit choisir entre deux mesures de redressement qui sont tout aussi efficaces l'une que l'autre, le Tribunal est d'avis qu'il peut tenir compte des facteurs d'intérêt public.

[78] À cet égard, le Tribunal souligne que la mesure de redressement proposée par Jungle exigerait le dessaisissement d'une unité qui est actuellement située à Toronto, lieu qui, établit la preuve, constitue une métropole prospère comptant d'importantes communautés créatives (précisément liées à la musique) et technologiques. À la lumière de la preuve dont est saisi ce Tribunal, si un acheteur devait acquérir cette unité, le Tribunal estime que cette dernière demeurerait vraisemblablement à Toronto. Par conséquent, il n'y aurait aucun effet substantiel sur ces communautés créatives ou technologiques et il n'y aurait aucun effet sur l'économie canadienne ou même sur sa participation à l'économie mondiale.

[79] Le Tribunal souligne, en outre, que la mesure de redressement du commissaire exigerait le dessaisissement d'une unité qui est située dans l'agglomération de Streamington, en Ontario, une nouvelle collectivité située à environ une heure de Detroit, au Michigan. La preuve établit que, avant que Streamworks établisse son siège social pour ses activités commerciales en Amérique à Streamington, cette région ne comptait aucune communauté créative ou technologique notable; cependant, depuis que Streamworks a ouvert ses portes à Streamington, des communautés créatives et technologiques florissantes ont surgi dans le Sud-Ouest de l'Ontario. À la lumière de la preuve dont il est saisi, le Tribunal estime que, s'il choisit la mesure de redressement proposée par le commissaire, les

emplois de Streamworks à Streamington seraient vraisemblablement déplacés vers un plus grand centre urbain à l'extérieur du Canada (vraisemblablement à proximité de Detroit, compte tenu des efforts déployés par cette collectivité sur le plan financier et autre pour attirer de nouvelles industries vers son centre-ville). Le Tribunal estime que cette situation serait non seulement désastreuse pour les employés actuels et la région de Streamington, mais qu'elle réduirait l'emploi au Canada (et nuirait peut-être même aux communautés créatives et/ou technologiques au Canada) et qu'elle limiterait la participation des Canadiens à l'économie mondiale (ici en Amérique). Comme souligné, la preuve non controversée de Jungle indique que, si la mesure de redressement qu'elle propose est adoptée, elle maintiendra sa présence à Streamington sans apporter de changement substantiel à ces activités.

[80] À la lumière de ce qui précède, le Tribunal a conclu que le dessaisissement que propose Jungle de l'unité de diffusion en continu de Jungle à Toronto constitue la mesure de redressement qui convient le mieux, étant donné qu'elle élimine la diminution sensible de la concurrence engendrée par la fusion et qu'elle limitera plus vraisemblablement tout effet négatif de la mesure de redressement au Canada, en gardant idéalement ces deux plaques tournantes créatives et technologiques au pays et en maintenant la participation du Canada à l'économie mondiale.

Ordonnance

[81] Pour ces motifs, le Tribunal ordonnera que Jungle se départisse de l'unité des services de diffusion en continu de Jungle à Toronto au plus tard le 31 mars 2019 et qu'elle exploite séparément cette unité jusqu'à ce que le dessaisissement soit réalisé, tel qu'il est énoncé dans l'ordonnance (détaillée) rendue au même moment que la présente décision.

Fait à Ottawa, ce 15e jour d'octobre 2018.

Signé au nom du Tribunal par ses membres.

Notes de bas de page

- 1 Les parties conviennent, et le Tribunal admet, que le marché géographique pertinent en question est un marché national (c'est-à-dire, le Canada).
- 2 Le commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane, 2000, Tribunal de la concurrence 15.

Date de modification :
2019-07-31