





# Cas de figure officiel du concours de plaidoirie en droit de la concurrence de 2020

## Tribunal de la concurrence du Canada



### TRADUCTION

Reference: *La commissaire de la concurrence c. Nile.com, Inc.*

**DANS L'AFFAIRE** d'une demande déposée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée;

ENTRE :

**La commissaire de la concurrence**  
(demanderesse)

et

**Nile.com, Inc.**  
(défenderesse)

**DATE DES MOTIFS DE L'ORDONNANCE : 15  
OCTOBRE 2019**

#### Table des matières

- [Introduction et aperçu](#)
- [Les parties](#)
- [L'historique des faits](#)
- [Positions des parties](#)
- [Les questions en litige](#)
- [Analyse du Tribunal](#)
- [Mesure de rendement](#)
- [Ordonnance](#)

## Introduction et aperçu

### Aperçu

1. La commissaire de la concurrence (la « **commissaire** ») a produit une demande en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée (la « **Loi** »), visant à obtenir une ordonnance pour remédier à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence (« **EDSC** ») qui, allègue-t-elle, découle de l'abus de position dominante prétendu de Nile.com, Inc. (« **Nile** »).
2. Nile est la plus grande entreprise de commerce électronique au Canada. Les principales activités de Nile consistent à exploiter une place de marché électronique par l'intermédiaire de laquelle Nile elle-même et des vendeurs tiers peuvent vendre et expédier des produits aux clients du Canada.
3. Par l'intermédiaire de sa plateforme, Nile recueille des données auprès des consommateurs et des vendeurs tiers, qu'elle utilise pour faire des prévisions quant aux décisions d'achat futures vraisemblables des

consommateurs. Nile détient de loin les données sur les préférences des consommateurs les plus complètes au Canada et vraisemblablement ailleurs dans le monde. À partir de ces données sur les préférences des consommateurs (les « **Données** »), Nile a mis au point des algorithmes permettant de prévoir les produits que les consommateurs sont susceptibles d'acheter et à quel moment. Nile met ses modèles de prévision à la disposition des tiers au moyen d'une interface de programmation d'applications (« **API** »).

4. Nile accorde aux vendeurs tiers l'accès à son API et à ses Données moyennant le paiement de certains frais. Cependant, conformément à sa politique, elle accorde seulement cet accès aux détaillants tiers qui vendent des produits par l'intermédiaire de la plateforme de Nile.
5. Oak Inc. (« **Oak** ») est un détaillant dont le modèle d'affaires consiste à vendre des boîtes d'abonnement personnalisées mensuelles. Chaque boîte contient une variété de produits de soins et d'hygiène, lesquels sont choisis par Oak. Le modèle d'affaires d'Oak n'est pas compatible avec la plateforme de Nile, qui ne permet pas la vente de boîtes d'abonnement personnalisées mensuelles par des tiers. Oak a éprouvé d'importantes difficultés avec ses produits, car de nombreux clients ont jugé que les produits inclus dans chaque boîte mensuelle n'étaient pas pertinents à leurs besoins ou à leurs intérêts et ont annulé leur abonnement mensuel. Afin de sauver l'entreprise, Oak a cherché à avoir accès à l'API et aux Données de Nile afin de mieux prévoir les types de produits qui seraient pertinents pour ses clients. Cependant, Oak s'est vu refuser l'accès à l'API — conformément à la politique de Nile — parce que ses produits n'étaient pas vendus par l'intermédiaire de la plateforme de Nile.
6. Bien que Nile ait refusé la demande d'accès à l'API d'Oak, Nile s'est rendu compte, après avoir discuté avec Oak, que ses Données et son API pourraient être utilisées pour vendre des boîtes d'abonnement plus intéressantes. Nile a proposé d'acquérir Oak et plusieurs autres fournisseurs de boîtes d'abonnement; bien qu'Oak ait refusé, Nile a pu faire l'acquisition de trois autres petits fournisseurs de boîtes d'abonnement au Canada. Après que la commissaire a déposé sa demande dans cette affaire, Nile a décidé de lancer son propre produit de boîtes d'abonnement, optimisant ses acquisitions. En conséquence de la concurrence acharnée de Nile et des défis rencontrés par l'entreprise, Oak a mis fin à ses activités relatives à ses produits de boîtes d'abonnement et vend dorénavant des produits de soin et d'hygiène à titre de vendeur tiers régulier sur la plateforme de Nile.

#### **La demande de la commissaire**

7. Dans sa demande, la commissaire allègue que le comportement de Nile à l'égard d'Oak a enfreint l'article 79 de la Loi. L'article 79 de la Loi prévoit trois critères. Dans son allégation, la commissaire soutient que le comportement de Nile correspond à chacun des trois critères :
  - a. Nile contrôle sensiblement ou complètement le marché des **boîtes d'abonnement de produits de soins personnels** au Canada, étant donné qu'elle contrôle une [TRADUCTION] « installation essentielle » dans l'offre de boîtes d'abonnement : les données sur les préférences des consommateurs et les données prédictives sur les achats;
  - b. Nile s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels en refusant d'accorder l'accès à son API et à ses Données à Oak (et, de façon plus générale, aux tiers qui ne vendent pas leurs produits par l'intermédiaire de la plateforme de Nile);
  - c. cette pratique a eu, a et continuera vraisemblablement d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels.
8. En réponse, Nile fait valoir ce qui suit :
  - a. elle ne peut [TRADUCTION] « contrôler sensiblement ou complètement » le marché des boîtes d'abonnement

personnalisées de produits de soins personnels, parce que, au moment de la demande de la commissaire, elle ne vendait pas de boîtes d'abonnement. Le simple fait de posséder des données sur les préférences des consommateurs et une API prédictive ne confère pas de contrôle sur les marchés **en aval** (comme la vente de boîtes d'abonnement) pouvant utiliser les données et l'API comme intrants;

- b. elle ne s'est pas livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Son refus d'accorder l'accès à ses Données et à son API à Oak constitue un simple exercice de ses droits de propriété intellectuelle; et
- c. ses agissements n'ont pas eu pour effet d'empêcher la concurrence. Au contraire, Nile a lancé un nouveau service de boîtes d'abonnement **à prix réduits** qui offre des produits **de meilleure qualité** en utilisant les Données et l'API de Nile.

9. La présente affaire soulève un certain nombre de questions importantes quant à la manière dont la Loi doit être appliquée à l'économie numérique. De l'humble avis du Tribunal, pour bon nombre de ses arguments, Nile tente de donner une interprétation déraisonnablement étroite de l'article 79, de sorte qu'il ne serait pas en mesure de se pencher sur la position dominante dans les industries de haute technologie.
10. Le Tribunal estime que Nile contrôle sensiblement ou complètement le marché des boîtes d'abonnement. Même si Nile ne participait pas à ce marché au moment de la demande de la commissaire, l'entreprise contrôlait deux intrants essentiels — les données sur les préférences des consommateurs et des algorithmes prédictifs — qui sont indispensables au succès, comme le démontre l'expérience d'Oak.
11. Le Tribunal estime en outre que la politique de Nile qui consiste à restreindre l'accès à l'API aux détaillants de la place de marché de Nile constitue un acte anticoncurrentiel. En particulier, le Tribunal est convaincu par les arguments de la commissaire que l'intention prédominante et l'effet de la politique de Nile étaient de défavoriser et d'exclure les détaillants hors de sa place de marché, comme Oak, afin de les inciter à devenir des détaillants de sa place de marché. Cela constitue une pratique d'exclusion qui a eu pour effet de prévenir et de diminuer la concurrence et l'innovation dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels et dans plusieurs autres marchés de commerce électronique. Le Tribunal n'est pas convaincu que la politique de Nile constitue un simple exercice de ses droits de propriété intellectuelle.
12. Le Tribunal estime également que les agissements de Nile ont entraîné une diminution et un empêchement sensibles de la concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels. Le Tribunal reconnaît que — suivant son refus d'accorder l'accès à son API à Oak et suivant la demande de la commissaire — Nile a décidé de lancer son propre produit de boîtes d'abonnement. Même si le Tribunal convient que le produit de Nile est moins dispendieux et plus pertinent pour les consommateurs que le produit d'Oak, les agissements de Nile ont fait en sorte qu'il a été pratiquement impossible que de nouveaux produits de boîtes d'abonnement novateurs entrent en concurrence avec celui de Nile et ont par conséquent empêché (et diminué) sensiblement la concurrence.
13. Cependant, en ce qui concerne la mesure de redressement proposée, le Tribunal estime que la mesure de redressement proposée par la commissaire — exiger la séparation des activités de Nile liées aux données et au commerce de détail — est extrême et serait seulement indiquée dans un cas véritablement flagrant. En conséquence, le Tribunal rejette la mesure de redressement proposée par la commissaire et ordonne plutôt que Nile mette son API à la disposition de tous les détaillants — qu'ils participent ou non à la place de marché

de Nile — à des conditions cohérentes et raisonnables sur le plan commercial.

## Les parties

### La commissaire

14. La commissaire est la représentante officielle nommée par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 7 pour assurer et contrôler l'application de la Loi.

### Nile

15. Nile est la plus grande société de commerce électronique et le détaillant le plus important dans le monde. Les principales activités de Nile consistent à exploiter une place de marché électronique dans laquelle pratiquement tous les types de produits peuvent être vendus et expédiés aux clients dans le monde entier, y compris au Canada. Par l'intermédiaire de sa plateforme en ligne, Nile se livre à deux types distincts d'activités de commerce électronique :
  - a. **Vente au détail en ligne** : Nile achète, entrepose, vend et expédie des produits aux consommateurs, réalisant des profits en fonction de la différence entre le coût des produits vendus et le prix de vente sur sa plateforme. De plus en plus, dans le cadre de ces activités, Nile choisit de travailler avec des fabricants tiers en vue de la conception et de la fabrication de produits de marque blanche sous sa marque NileBasics. Comme de nombreux autres produits de [TRADUCTION] « marque maison » ou de « marque contrôlée », les produits NileBasics s'inspirent souvent de produits préexistants qui donnent de bons résultats sur la plateforme de Nile et sont généralement offerts à un prix inférieur à l'équivalent de marque.
  - b. **Place de marché** : Ensuite, Nile offre aux tiers des services d'inscription et de logistique leur permettant de vendre leurs produits par l'intermédiaire de la plateforme de Nile moyennant des frais d'inscription (et d'autres frais). Les produits ainsi vendus sont indiqués aux clients comme étant des produits de la place de marché de Nile, les vendeurs tiers exploitant leur propre vitrine virtuelle sur la plateforme de Nile. Les produits vendus sur la place de marché de Nile peuvent ou non être expédiés par l'intermédiaire de l'infrastructure de logistique de Nile. Néanmoins, Nile ne prend jamais possession des produits et n'exerce aucun contrôle sur les décisions relatives à l'établissement des prix et à l'entreposage pour de telles ventes. De nombreux vendeurs tiers participant à la place de marché de Nile possèdent leur propre infrastructure de distribution au détail, distincte de celle de Nile.
16. La plateforme de commerce électronique de Nile permet à cette dernière de recueillir d'énormes quantités de données très précieuses sur les préférences des consommateurs. À titre d'exemple, Nile recueille des données concernant les habitudes de recherche, de navigation et d'achat des consommateurs, ainsi que l'évaluation qu'ils ont faite des produits et les produits qu'ils ont retournés. Nile permet également aux vendeurs tiers de fournir des données sur les achats des consommateurs faits en dehors de son service (p. ex., sur les sites Web des détaillants mêmes ou dans leurs magasins de détail). Ainsi, l'ensemble de Données de Nile comprend non seulement des données sur les achats faits par l'entremise de Nile, mais également des données de nombreux autres détaillants et formules de détail.
17. Nile met à profit ses Données pour faire différents types de prévisions. En particulier, Nile peut prévoir les produits qu'un client en particulier est susceptible de vouloir acheter dans l'avenir. Nile utilise ces Données pour faire des prévisions à ses propres fins opérationnelles et commerciales (par exemple, pour l'aider à déterminer à quel moment et où entreposer certains produits, pour promouvoir ses propres produits à vendre et pour mettre au point de nouveaux produits NileBasics). Nile utilise également les Données obtenues en dehors de sa plateforme

(par exemple, à partir de sites Web de détaillants et auprès de magasins de détail traditionnels) pour relever les habitudes d'achat des clients selon d'autres formats et tenter d'améliorer sa plateforme afin de livrer concurrence à d'autres détaillants plus efficacement.

18. Nile met ses prévisions faites d'après les données sur les consommateurs, sous forme anonymisée, à la disposition de certains tiers par l'intermédiaire de son API. Moyennant le paiement de certains frais, les tiers autorisés peuvent accéder à l'API de Nile afin de recevoir les prévisions de Nile concernant les intérêts et les futurs achats probables de ses clients. L'API prédictive de Nile est rendue accessible dans le cadre d'ententes permettant aux détaillants d'utiliser l'API et les Données sous-jacentes. Conformément à sa politique, Nile conclut des ententes uniquement avec les détaillants qui vendent leurs produits par l'intermédiaire de la place de marché de Nile. Les détaillants qui utilisent seulement d'autres circuits de vente ne sont pas autorisés à obtenir l'accès à l'API de Nile. Les détaillants qui vendent par l'intermédiaire de la place de marché de Nile et d'autres circuits de vente sont admissibles à accéder à l'API de Nile.
19. Dans sa divulgation publique, Nile explique que cette politique vise à aider Nile à récupérer son investissement dans ses algorithmes prédictifs en incitant les détaillants à participer à la place de marché de Nile (augmentant ainsi ses données et l'exactitude de ses prévisions). La divulgation publique de Nile explique également que la politique vise à assurer que Nile ait l'occasion de vérifier et d'améliorer ses prévisions en suivant l'exactitude des prévisions de son API sur la plateforme de Nile.

### **Tiers concernés**

20. Bien qu'Oak ne soit pas une partie à la présente procédure, elle mérite d'être brièvement décrite ci-dessous. Oak est un détaillant de produits de soins, de beauté et d'hygiène pour femmes et pour hommes. Oak s'approvisionne en produits-créneaux, en échantillons de produits, en stocks excédentaires et en produits [TRADUCTION] « de qualité inférieure » et, avant les événements décrits ci-dessous, elle revendait ces produits dans le cadre d'un service de boîtes d'abonnement mensuelles appelé OakChests. Les clients s'abonnaient au préalable à OakChests, fournissaient à Oak des renseignements démographiques de base et leurs préférences à l'égard des produits et recevaient chaque mois un assortiment de produits préparés. La sélection de produits était légèrement adaptée à chaque client d'après les préférences indiquées par le client, mais la sélection de produits dépendait en grande partie de la disponibilité des produits à prix intéressant et en quantités suffisantes au cours d'un mois donné. Les abonnements au service OakChests étaient vendus sur le site Web d'Oak.
21. Bien que le service OakChests ait au départ été extrêmement populaire en raison des stratégies d'approvisionnement efficaces d'Oak, Oak a été aux prises avec des [TRADUCTION] « taux de désabonnement » très élevés, car les clients avaient tendance à annuler leur abonnement après seulement quelques mois. Les études menées par Oak portaient à croire que c'était parce que les clients estimaient que les boîtes d'abonnement OakChests contenaient trop de produits qui ne présentaient aucun intérêt ou que les clients avaient déjà en quantité suffisante.

### **L'historique des faits**

22. Au début de 2018, Oak s'est trouvée aux prises avec des taux de désabonnement très élevés à OakChests, qui ont mis l'entreprise dans une situation financière insoutenable. Le modèle d'affaires d'Oak pour OakChests comprenait un rabais considérable pour les trois premiers mois d'abonnement d'un client, qui étaient récupérés au moyen de frais plus élevés dans les mois suivants. Cependant, les clients pouvaient annuler leur abonnement à tout moment, rendant les taux de désabonnement particulièrement nuisibles aux affaires d'Oak.

23. Oak a adopté différentes stratégies pour connaître les types de produits qui présenteraient un plus grand intérêt pour ses clients, comme l'offre de rabais aux clients pour répondre à des sondages et l'organisation de concours pour obtenir des données supplémentaires des consommateurs. Oak n'a pas été en mesure d'obtenir des données pertinentes sur les préférences des consommateurs en raison de la très faible participation des clients. Éventuellement, les dirigeants d'Oak ont constaté que les données prédictives de Nile constitueraient un outil précieux pour améliorer la préparation des produits OakChests et réduire ainsi les taux de désabonnement. Tout en sachant que Nile mettait les Données et l'API uniquement à la disposition des détaillants de la place de marché de Nile, Oak a communiqué avec la division des ventes de données de Nile pour demander la tenue d'une rencontre. La rencontre a eu lieu le 6 mai 2019.
24. Lors de la rencontre, Oak a demandé d'avoir la possibilité d'acheter un accès à l'API et aux Données aux conditions commerciales normales de Nile. Oak n'était pas disposée ou en mesure de vendre les boîtes d'abonnement OakChests sur la plateforme de Nile parce que, à l'époque, la plateforme ne permettait pas de faire des ventes d'abonnements mensuels et, quoi qu'il en soit, les commissions et les frais de Nile feraient en sorte que le produit ne serait pas rentable. Cependant, Oak a offert de consentir aux mêmes conditions commerciales que les détaillants de la place de marché de Nile, notamment de payer les mêmes frais (ou même des frais supérieurs aux frais ordinaires) et de se soumettre au même processus de présélection et de vérification de sécurité. Nile a indiqué que le fait d'accorder l'accès à Oak ne serait pas conforme à sa politique, mais a convenu d'envisager s'il pourrait être possible de faire une exception, moyennant éventuellement des frais plus élevés.
25. Suivant sa rencontre avec Oak, Nile s'est penchée sur la question à l'interne et a déterminé que le concept d'Oak qui consiste à utiliser des données prédictives pour préparer des boîtes d'abonnement constituerait une excellente façon d'accroître les ventes de produits NileBasics, surtout les nouveaux produits. Avec son envergure, sa plateforme et son accès aux Données et à ses prévisions, Nile était convaincue qu'elle pourrait mettre au point une gamme de boîtes d'abonnement NileBasics qui pourrait surpasser sensiblement les concurrents en termes de qualité et de prix. Afin de donner au projet de boîtes d'abonnement NileBasics [TRADUCTION] « toutes les chances de réussite » (tel qu'indiqué dans un document de Nile), cependant, Nile a décidé de présenter une offre d'achat aux principaux fournisseurs de boîtes d'abonnement ou, si elle n'y parvenait pas, de tenter d'embaucher leurs principaux employés.
26. Nile a tenu une autre rencontre avec Oak quelques jours plus tard, le 13 mai, et a confirmé que, en raison de sa politique, elle ne pouvait accorder à Oak l'accès à son API prédictive. Cependant, Nile a admis qu'elle était impressionnée par l'idée d'Oak et a présenté une offre d'achat à Oak à un prix sensiblement supérieur au prix normal et s'est engagée à offrir des postes de direction au sein de Nile aux principaux dirigeants d'Oak. Nile n'a pas fait preuve de diligence raisonnable à l'égard d'Oak ou de ses employés avant de présenter cette offre. Lors de la rencontre, Nile a laissé entendre qu'Oak devrait [TRADUCTION] « examiner attentivement cette offre » parce que, autrement, les ventes de boîtes d'abonnement NileBasics risquent de surpasser le nombre de ses ventes et il ne lui [TRADUCTION] « restera rien ».
27. Après avoir consulté un avocat, Oak a communiqué avec le Bureau de la concurrence, qui a ouvert une enquête et a éventuellement présenté une demande au Tribunal en vertu de l'article 79 de la Loi. Entre-temps, Nile a lancé ses boîtes d'abonnement NileBasics (NileBoxes), lesquelles ont connu un grand succès. Les boîtes d'abonnement NileBoxes offrent des produits de soins personnels à un prix sensiblement inférieur au prix de détail traditionnel, et ses tarifs sont nettement inférieurs à ceux de tout autre fournisseur de boîtes d'abonnement (y compris Oak).

Grâce à la prévision exacte des types de produits que les clients souhaitent recevoir et doivent remplacer pendant un mois donné, les boîtes d'abonnement NileBoxes sont aussi beaucoup plus populaires, les documents et les données internes de Nile montrant que les clients conservent leur abonnement à NileBox de 7 à 10 mois, comparativement aux 2 mois d'OakChest.

28. Nile est devenue très rapidement un fournisseur dominant de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels, tandis ses concurrents dans ce marché ont eu du mal à conserver leurs clients et ont obtenu des résultats lamentables dans leurs tentatives d'en attirer de nouveaux. En raison de ses faibles ventes de boîtes d'abonnement personnalisées, notamment à la suite de l'entrée de Nile dans le marché, Oak n'offre plus de boîtes d'abonnement et exerce plutôt ses activités dans la revente traditionnelle de produits de soins et d'hygiène, par l'intermédiaire de la place de marché de Nile.
29. Les boîtes d'abonnement NileBasics représentent maintenant une part écrasante du marché des boîtes d'abonnement, bien au-delà de 90 %. En effet, un analyste de l'industrie bien connu a fait remarquer que [TRADUCTION] « aucun investisseur ne doit s'attendre à ce que de nouveaux fournisseurs de boîtes d'abonnement atteignent un seuil de viabilité dans l'avenir, surtout en dehors de la place de marché de Nile. Il ne fait aucun doute que Nile est tout simplement intouchable. »

## Positions des parties

30. Dans sa demande, la commissaire allègue que le comportement de Nile à l'égard d'Oak a enfreint l'article 79 de la Loi parce que :
  - a. Nile contrôle sensiblement le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels au Canada au sens de l'alinéa 79(1)a) de la Loi, en raison du contrôle qu'elle exerce sur un intrant nécessaire, les données sur les préférences des consommateurs;
  - b. Nile s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels au sens de l'alinéa 79(1)b) de la Loi en refusant d'accorder à Oak l'accès à son API et à ses Données;
  - c. cette pratique a eu, a et continuera vraisemblablement d'avoir pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels, au sens de l'alinéa 79(1)c) de la Loi..

### **Alinéa 79(1)a) — Contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprise**

31. La commissaire allègue que Nile contrôle — et, au moment de son refus d'accorder à Oak l'accès à son API, contrôlait — sensiblement ou complètement le marché des ventes de boîtes d'abonnement. La commissaire reconnaît que Nile n'offrait pas de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels lorsqu'elle a refusé d'accorder à Oak l'accès à son API. Cependant, la commissaire allègue que, conformément à la décision de la Cour d'appel fédérale dans *TREB*, Nile a néanmoins contrôlé le marché en raison de sa possession d'un intrant important — une [TRADUCTION] « installation essentielle » — dans l'offre de boîtes d'abonnement, à savoir les données sur les préférences des consommateurs et des algorithmes prédictifs.
32. Selon les observations de Nile, [TRADUCTION] « il est complètement ridicule de laisser entendre que Nile contrôlait sensiblement ou complètement un marché dans lequel elle ne livrait aucune concurrence ». Même si Nile reconnaît que ses Données et son API représentent les données sur les préférences des consommateurs les plus étoffées qui soient accessibles aux tiers, elle nie catégoriquement que ces dernières confèrent un contrôle sur d'autres marchés pouvant bénéficier de leur utilisation. Nile fait valoir que la Loi ne crée pas une [TRADUCTION] « doctrine des installations essentielles ».
33. Nile soutient en outre que ses Données et son API sont [TRADUCTION] « inédites, mais n'ont rien de vraiment nouveau ». Nile mentionne

d'autres grands détaillants (dont Mall-Cart Stores, Inc., la société Priceco Wholesale et la société Bullseye) et de grands fabricants de produits de beauté (dont The Practical Gambler Company, O Really? S.A. et OneLeaver Plc). Nile fait valoir que chacune de ces grandes sociétés pourrait reproduire facilement ses données sur les préférences des consommateurs et ses algorithmes, de sorte que ces derniers ne confèrent aucun contrôle sur un marché quelconque.

#### **Alinéa 79(1)b) – Pratique d'agissements anticoncurrentiels**

34. La commissaire allègue que Nile s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels en refusant d'accorder à Oak et à d'autres détaillants hors de sa place de marché l'accès à son API prédictif et à ses Données sous-jacentes.
35. La commissaire soutient que le refus de Nile visait à, ou qu'on aurait raisonnablement pu prévoir qu'il ait pour effet de, empêcher Oak (et d'autres vendeurs hors de sa place de marché se trouvant dans une situation semblable) de lancer une innovation qui lui permettrait de livrer concurrence plus efficacement dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels, afin d'empêcher les innovations de ces concurrents et de permettre à Nile de pénétrer le marché et d'occuper une position dominante. La commissaire fait en outre valoir que la politique de Nile qui consiste à accorder l'accès à son API uniquement aux vendeurs tiers qui participent à sa place de marché visait à renforcer et à maintenir la position dominante de sa plateforme de place de marché, en mettant à profit sa position dominante sur le plan des données sur les préférences des consommateurs et des algorithmes prédictifs.
36. La commissaire soutient que les justifications commerciales de Nile ne fournissent aucune raison proconcurrentielle de ses agissements et ne constituent par conséquent pas des justifications commerciales légitimes en vertu de la Loi. Plus précisément, la commissaire soutient que la volonté de récupérer un investissement, de tirer un rendement financier ou d'améliorer son propre produit n'est pas suffisante pour justifier un comportement par ailleurs anticoncurrentiel. La commissaire mentionne la pratique de Nile qui consiste à acquérir des fournisseurs de boîtes d'abonnement comme preuve supplémentaire que sa stratégie visait à éliminer la concurrence dans l'offre de boîtes d'abonnement, et non à contribuer à quelconque objectif proconcurrentiel.
37. Même si la commissaire reconnaît que Nile détient des droits de propriété intellectuelle à l'égard de son API et de ses Données, elle allègue que le refus de Nile ne constituait pas un [TRADUCTION] « simple exercice » d'un droit de propriété intellectuelle, car elle a accordé l'accès aux Données et à l'API de manière sélective et, qui plus est, à la condition qu'un autre de ses produits (c.-à-d. sa plateforme de place de marché) soit utilisé, ce qui constitue une pratique consistant à lier des produits. En conséquence, la commissaire soutient que le paragraphe 79(5) de la Loi ne s'applique pas.
38. En réponse, Nile soutient que sa politique constitue le simple exercice de son droit de propriété intellectuelle sur ses Données et son API : le droit d'empêcher des tiers d'utiliser sa propriété intellectuelle. Conformément à *Warner Music* et à *Télé-Direct*, Nile soutient que l'octroi sélectif de licences à l'égard de droits de propriété intellectuelle — peu importe les raisons pour lesquelles l'octroi des licences est restreint — n'est ni plus ni moins le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Il importe peu que l'exercice légitime des droits de propriété intellectuelle de Nile ait eu un effet de liaison avec l'utilisation d'un autre produit. Il s'agit simplement d'effets de réseau, qui ne sont pas proscrits par la Loi.
39. Nile fait valoir qu'elle détient un droit d'auteur et qu'elle a droit de tirer profit de son droit d'auteur à l'égard de ses Données et de son API, qui ne sont pas des données brutes (comme dans *Nielsen*), mais plutôt le fruit de compilations et de l'analyse de ces données par Nile même et,

par conséquent, que le seul recours de la commissaire aurait été de présenter une demande à la Cour fédérale au titre de l'article 32.

40. Nile fait également valoir que sa politique ne représente pas une pratique d'agissements anticoncurrentiels, car elle n'avait pas un but anticoncurrentiel. La politique de Nile d'accorder l'accès à son API était plutôt entièrement motivée par diverses justifications commerciales légitimes, notamment :

- i. son intérêt à récupérer son investissement important et continu dans ses algorithmes prédictifs en incitant les détaillants à participer à la place de marché de Nile (et en augmentant ainsi ses Données utilisées par son API et en rendant ses prévisions plus étoffées); et
- ii. son intérêt à assurer qu'elle a l'occasion de vérifier et d'améliorer ses prévisions en suivant les achats qui sont véritablement faits après l'utilisation de son API.

#### **Alinéa 79(1)c) – EDSC**

41. Enfin, en ce qui concerne l'alinéa 79(1)c), la commissaire allègue que le comportement de Nile a eu et continue d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement.

42. La commissaire fait valoir que Nile — en refusant d'accorder aux fournisseurs de boîtes d'abonnement l'accès à ses Données et à son API — a fait obstacle à l'intention d'innovation d'Oak, qui aurait pu lui permettre, à elle et à d'autres fournisseurs de boîtes d'abonnement, de livrer concurrence plus efficacement. De plus, la commissaire souligne la preuve qu'Oak et d'autres fournisseurs de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels ont quitté le marché, en raison de leur incapacité à faire concurrence aux données supérieures de Nile aux fins de la personnalisation. La commissaire fait valoir que cette incapacité à livrer concurrence, même pour les fournisseurs en place, indique clairement qu'il est fort peu probable qu'il y ait de nouveaux venus dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels, en dehors de la place de marché de Nile, en raison des obstacles créés par la politique de Nile.

43. La commissaire fait valoir que, même si le lancement par Nile de son propre produit a offert aux consommateurs une boîte d'abonnement nettement améliorée à des prix inférieurs, la question pertinente qui se pose sur le plan juridique n'est pas celle de savoir si les prix ont diminué et si la qualité s'est améliorée depuis le début du comportement en question, mais plutôt celle de savoir si la situation concurrentielle aurait été meilleure si le comportement n'avait jamais été adopté. Autrement dit, la commissaire fait valoir que le marché aurait vraisemblablement été encore plus concurrentiel en l'absence du comportement anticoncurrentiel de Nile.

44. Nile fait valoir qu'il ne convient pas de conclure qu'il y a eu diminution ou empêchement important de la concurrence lorsque la qualité s'est améliorée et les prix ont chuté. Nile fait valoir qu'elle a mis à profit son esprit innovateur pour se tailler une place sur le marché (et accumuler ses Données), ce qui est parfaitement légal et doit être encouragé. Nile fait valoir que — dans l'ensemble de ses activités — elle a obtenu un rendement concurrentiel supérieur. Nile fait valoir que [TRADUCTION] « la diabolisation et la victimisation des entreprises novatrices et des bonnes idées » ne feraient que freiner l'innovation au Canada.

#### **Mesures de redressement**

45. Les parties ont présenté de nombreuses observations enflammées concernant les mesures de redressement.

46. La commissaire estime qu'une [TRADUCTION] « simple » ordonnance enjoignant à Nile d'accorder aux tiers qui ne vendent pas leurs produits par l'intermédiaire de la place de marché de Nile l'accès à ses données et à son API à ses conditions commerciales habituelles ne serait pas suffisante pour remédier aux effets anticoncurrentiels du

comportement de Nile. La commissaire fait valoir que la [TRADUCTION] « combinaison fatale » de Nile — ses activités de détail combinées à son accès aux Données — lui a permis (et continuera de lui permettre) de dominer rapidement des marchés entiers et d'acculer d'innombrables petits concurrents à la faillite.

47. Même si le Tribunal ordonnait à Nile d'accorder un accès commercial à l'API, la commissaire fait valoir qu'il serait difficile, voire impossible, pour tout tiers de faire concurrence à NileBasics. Premièrement, Nile ne paie pas de frais par transaction pour accéder à l'API (contrairement aux autres tiers qui doivent déboursier ces frais). Deuxièmement, par l'intermédiaire de sa plateforme, Nile a accès à des données et à des aperçus supplémentaires qui ne sont pas rendus accessibles par l'intermédiaire de l'API. Troisièmement, étant donné son envergure taille et son accès à des produits NileBasics sous étiquette contrôlée, Nile peut s'approvisionner en produits pour ses boîtes à un meilleur prix que ses concurrents. Globalement, la commissaire fait valoir que Nile est l'une des entreprises les plus dynamiques au monde et qu'elle est pratiquement certaine de continuer à générer et à conserver des avantages à l'égard des boîtes d'abonnement NileBasics, que d'autres détaillants (présents ou non sur la plateforme de Nile) ne peuvent espérer égaler. La commissaire fait valoir que cette situation permet en réalité à Nile de prendre les idées novatrices de ses concurrents (ou de ses concurrents éventuels) et de les détourner pour son profit. En somme, la commissaire est d'avis que l'envergure de Nile et son historique de pratiques d'exclusion, y compris celle qui nous occupe, ont rendu impossible l'entrée de nouveaux concurrents dans le marché.
48. La commissaire fait valoir que le fait de tenter de protéger la concurrence dans le commerce électronique au moyen d'ordonnances d'interdiction à la pièce ou comme au jeu du chat et de la souris épuiserait et détournerait les ressources du Bureau et du Tribunal et, quoi qu'il en soit, est voué à l'échec.
49. Par conséquent, la commissaire fait valoir que, plutôt que d'exiger que Nile accorde l'accès libre à son API et à ses Données, le Tribunal doit se fonder sur le paragraphe 79(2) de la Loi, qui lui donne le pouvoir de rendre une ordonnance enjoignant au défendeur de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels, notamment de se départir d'éléments d'actif ou d'actions. La commissaire recommande que le Tribunal rende une ordonnance enjoignant à Nile d'abandonner et de dissocier sa plateforme de place de marché pour les tiers de ses activités de détail, de sorte que ces dernières soient exploitées comme des entités distinctes. Selon la commissaire, cela est non seulement conforme à la préférence bien établie pour des mesures de redressement structurelles par rapport aux mesures comportementales, mais est en fait la seule façon d'éliminer le conflit d'intérêts inhérent et irréconciliable entre Nile en tant qu'exploitant de plateforme et Nile en tant que détaillant, et de donner aux vendeurs tiers une possibilité équitable de livrer concurrence à Nile sur un pied d'égalité.
50. De son côté, Nile fait valoir que, si le Tribunal estime qu'une mesure de redressement s'impose, une ordonnance exigeant que l'accès à l'API soit accordé aux détaillants hors de sa place de marché serait suffisante pour rétablir la concurrence sur un quelconque marché touché. Nile fait valoir que la mesure de redressement proposée par la commissaire est une mesure radicale : elle est à la fois inutilement onéreuse et attentatoire et, qui plus est, elle causerait un préjudice aux consommateurs en ayant pour effet d'augmenter le prix et de réduire la qualité des produits de Nile vendus au détail. Nile fait valoir que, conformément à *Southam*, le Tribunal doit ordonner la mesure de redressement minimale nécessaire pour éliminer un EDSC.
51. Par conséquent, Nile fait valoir que, si une mesure de redressement s'impose, le Tribunal doit rejeter la proposition extrême et drastique de

la commissaire et enjoindre plutôt à Nile d'accorder l'accès libre à son API.

## Les questions en litige

52. Cette demande exige que le Tribunal tranche certaines questions très nouvelles et qu'il applique une jurisprudence mince à des faits avant-gardistes. La manière dont ces questions seront finalement tranchées aura des répercussions importantes sur l'orientation du droit de la concurrence au Canada dans une économie de plus en plus numérique.

53. En particulier, le Tribunal doit trancher les questions suivantes :

- a. Nile contrôle-t-elle sensiblement ou complètement le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels (alinéa 79(1)a de la Loi)? En particulier, un non-concurrent dans un marché peut-il contrôler le marché en raison de sa possession d'une « installation essentielle » en amont (c.-à-d., les Données et l'API)?
- b. Le refus de Nile d'accorder à Oak l'accès à son API et à ses Données constitue-t-il une pratique d'agissements anticoncurrentiels (alinéa 79(1)b de la Loi)? En particulier, la politique de Nile qui consiste à refuser de manière sélective d'accorder l'accès à son API et à ses Données uniquement aux détaillants hors de sa place de marché constitue-t-elle le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle?
- c. Le refus de Nile d'accorder à Oak l'accès à son API et à ses Données a-t-il pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels au Canada (alinéa 79(1)c de la Loi)? En particulier, y a-t-il eu EDSC malgré le fait que Nile a depuis lancé ses propres boîtes d'abonnement à un coût moindre et de meilleure qualité que celles qu'offraient auparavant Oak et d'autres détaillants de boîtes d'abonnement personnalisées?
- d. Le cas échéant, la mesure de redressement :
  - a. qui s'impose serait-elle d'enjoindre à Nile de mettre fin à cette pratique d'accès sélectif et d'accorder à Oak et aux autres détaillants hors de sa place de marché l'accès à l'API et aux Données, ou
  - b. cette mesure serait-elle insuffisante pour remédier aux effets du comportement en cause, de sorte qu'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 79(2) exigeant le fractionnement de Nile serait la mesure de redressement qui s'impose?

## Analyse du Tribunal

54. Le Tribunal a examiné attentivement les observations des parties, la jurisprudence pertinente et la preuve qui lui était disponible. Pour les raisons exposées ci-dessous, le Tribunal a conclu que Nile **contrôle** le marché des ventes de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels, que son refus d'accorder l'accès à l'API et aux Données aux vendeurs hors de sa place de marché **constituait** une pratique d'agissements anticoncurrentiels et que cette pratique **a diminué** et **empêché** sensiblement la concurrence.

### Contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprise

55. Le Tribunal doit d'abord déterminer si Nile contrôle sensiblement ou complètement une [TRADUCTION] « catégorie ou espèce d'entreprise ». La commissaire allègue que la [TRADUCTION] « catégorie ou espèce d'entreprise » en cause est le marché des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels. La commissaire n'a présenté aucun élément de preuve quant à savoir si Nile contrôle sensiblement ou complètement d'autres marchés (p. ex., la vente au détail en ligne, les données sur les préférences des consommateurs, etc.). En

conséquence, le Tribunal restreindra son analyse à la question de savoir si Nile contrôle sensiblement ou complètement le marché de la vente de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels.

56. Dans les marchés dynamiques comme celui qui nous occupe, une importante question de temporalité se pose, laquelle mérite une brève mention. Lorsque Nile refusé d'accorder à Oak un accès à l'API (c.-à-d., au moment de la [TRADUCTION] « pratique d'agissements anticoncurrentiels » alléguée, examinée ci-dessous), Nile n'offrait pas du tout de boîtes d'abonnement personnalisées. Elle ne participait pas à ce marché. Cependant, après avoir été informée de l'idée d'Oak et de l'utilisation que cette dernière proposait de faire des Données et de l'API, et après le refus de Nile d'accorder à Oak l'accès à l'API et aux Données, Nile a lancé son propre produit de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels. En dépit du fait que Nile a pénétré le marché **après** la pratique alléguée de comportements anticoncurrentiels, pour les raisons exposées ci-dessous, le Tribunal estime que Nile a contrôlé sensiblement ou complètement le marché des ventes de boîtes d'abonnement même lorsqu'elle a au départ refusé d'accorder à Oak l'accès à l'API.
57. Le Tribunal a statué que le [TRADUCTION] « contrôle sensible ou complet » exige qu'une société ait un degré sensible de [TRADUCTION] « puissance commerciale », que la Cour suprême a défini comme [TRADUCTION] « 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" ».
58. Le Tribunal a défini le degré [TRADUCTION] « sensible » de puissance commerciale comme celui qui [TRADUCTION] « confère à une entité une grande latitude pour déterminer les dimensions de la concurrence dans un marché, liées ou non aux prix, et exercer une influence sur ces dimensions, notamment établir les conditions régissant l'exercice dans le marché de ses activités ou des activités d'autres entités ». Dans *TREB*, le Tribunal a conclu que la puissance commerciale comprend également le [TRADUCTION] « pouvoir d'exclusion » : la capacité de restreindre les données d'autres participants réels ou potentiels dans le marché.
59. À la lumière de l'expérience d'Oak, il est bien évident que l'accès à des données prédictives sur les consommateurs est **nécessaire** pour qu'une entité puisse livrer concurrence dans l'offre de boîtes d'abonnement. Sans de telles données, il est impossible d'offrir des boîtes d'abonnement de produits de soins personnels de manière concurrentielle. Les données sur les consommateurs constituent donc une [TRADUCTION] « installation essentielle » dans l'offre de boîtes d'abonnement personnalisées.
60. Nile fait valoir qu'il est [TRADUCTION] « complètement ridicule » de laisser entendre qu'elle contrôle un marché auquel elle ne participe pas. Cependant, un propriétaire foncier qui contrôle le seul puits dans une région domine le marché local de l'agriculture, qu'il soit ou non un agriculteur. Une entreprise d'électricité qui détient la seule installation de production d'électricité dans la région domine le marché local de la fabrication, qu'elle ait ou non des activités de fabrication. Le propriétaire d'une aéro-gare contrôle le marché local du transport aérien, qu'il offre ou non des vols. Un réseau de paiement omniprésent contrôle le marché des paiements, qu'il accepte ou non des paiements. Ainsi, Nile domine le marché des boîtes d'abonnement, même si elle ne produit pas de boîtes d'abonnement.
61. Nile fait valoir qu'il existe d'autres sources de données sur les ventes au détail et de données sur l'historique des achats des consommateurs. Le Tribunal convient et reconnaît en outre que d'autres sociétés mettent à la disposition des entreprises souhaitant mieux connaître leurs clients des données sur les préférences des consommateurs. Cependant, le Tribunal estime que les données sur les achats des consommateurs de Nile combinées à ses algorithmes prédictifs sont uniques dans le marché; aucune autre société ne met une telle combinaison à la disposition de tiers (même si d'autres sociétés peuvent mettre au point

des outils semblables pour usage interne). L'expérience d'Oak dans sa tentative de réunir des données sur les préférences des consommateurs à partir d'autres sources a été infructueuse. En conséquence, les données d'autres fournisseurs représentent un substitut imparfait aux Données et à l'API de Nile, et la disponibilité de telles données n'est pas suffisante pour atténuer le contrôle sensible et complet qu'exerce Nile sur la vente de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels personnalisés.

### **Refus d'accorder l'accès aux données prédictives et à l'API**

- a. La politique de Nile qui consiste à restreindre l'accès à l'API et aux Données constituait-elle un simple exercice des droits de propriété intellectuelle?
62. Le Tribunal doit déterminer si la politique de Nile qui consiste à mettre ses données et son API uniquement à la disposition des détaillants de la place de marché de Nile représente seulement le [TRADUCTION] « simple exercice » d'un droit de propriété intellectuelle. En vertu du paragraphe 79(5), « un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance » d'un droit de propriété intellectuelle « ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel ».
63. The parties are in agreement, as is the Tribunal, that Nile has copyright in both the Data and the API. As a result, if Nile's selective licensing of its Data and API is merely the exercise of its copyright, then the Commissioner must apply to the Federal Court pursuant to section 32 of the Act should it wish to pursue these practices under the Act, and the Tribunal has no jurisdiction to make an order under section 79.
64. Le Tribunal s'est penché sur ce qui constitue le simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle dans un certain nombre de décisions antérieures. Dans *Télé-Direct*, le Tribunal a examiné une demande du directeur des enquêtes et de recherches (l'ancien titre du commissaire) soutenant que la pratique d'octroi sélectif de licences de Télé-Direct constituait un abus de position dominante. Dans ses motifs rejetant la demande du directeur, le Tribunal a statué qu'une conclusion d'emploi abusif d'une marque de commerce doit reposer sur plus que le simple exercice des droits prévus par la loi, même si cet exercice entraîne des effets d'exclusion. Le Tribunal a souligné que « [l]es motivations fondant le refus d'octroyer une licence à un concurrent sont sans pertinence puisque la *Loi sur les marques de commerce* ne prescrit aucune limite à l'exercice de ce droit. ».
65. Le Tribunal a par la suite appliqué la décision *Télé-Direct* dans l'affaire *Warner Music* concernant le droit d'auteur, soulignant que « [l]a *Loi sur le droit d'auteur* s'apparente à la *Loi sur les marques de commerce* en ce qu'elle permet au propriétaire d'une marque de commerce de refuser d'octroyer une licence et ne restreint aucunement le droit exclusif d'en octroyer une ».
66. Dans *Warner Music*, le Tribunal a statué que le droit d'exclusion est un aspect fondamental des droits de propriété intellectuelle :

[l]e droit accordé par le législateur d'exclure autrui est fondamental en matière de propriété intellectuelle et ne peut être jugé anticoncurrentiel. Rien ne permet de conclure que le législateur a voulu faire de l'article 75 de la *Loi* une disposition qui prévoit l'octroi obligatoire de licences en matière de propriété intellectuelle.
67. Bien qu'elles ne lient pas ce Tribunal, les Lignes directrices sur la propriété intellectuelle du Bureau de la concurrence soulignent que l'exercice restrictif du droit d'exclusion de la propriété intellectuelle ne contrevient pas aux dispositions générales de la *Loi*, peu importe à quel point la concurrence est touchée. L'orientation du Bureau prévoit que le fait de conclure autrement pourrait en fait annuler les droits de propriété intellectuelle et diminuer ou éliminer les avantages économiques, culturels, sociaux et éducatifs qu'ils créent.
68. Parallèlement, comme l'a souligné ce Tribunal dans *TREB*, le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont interprété de façon restrictive les

dispositions du paragraphe 79(5). En réalité, **tout** ce qui va au-delà du refus d'octroyer des licences doit être interprété comme dépassant la portée du paragraphe 79(5). Par exemple, dans TREB, le Tribunal a conclu que, même si TREB détenait un droit d'auteur à l'égard des données figurant dans son système interagences Multiple Listing Service (MLS) (ce qui n'était pas le cas), TREB a imposé des restrictions sur l'utilisation des données par ses membres, et ces restrictions ont poussé le comportement au-delà du [TRADUCTION] « simple exercice » des droits de propriété intellectuelle qu'elle pouvait détenir à l'égard des données du MLS.

69. En conséquence, la question que doit trancher ce Tribunal est celle de savoir si le refus de Nile d'accorder à Oak (et à d'autres vendeurs hors de sa place de marché) l'accès à son API représente un simple refus d'octroyer des licences, ou s'il y a autre chose. En l'espèce, le Tribunal est d'avis que Nile ne fait pas que refuser d'octroyer des licences à l'égard de ses Données et de son API à ses concurrents. Le refus de Nile d'octroyer des licences à des vendeurs tiers qui ne vendent pas leurs produits sur la plateforme de Nile signifie que Nile impose comme condition à l'accès à ses Données et à son API (des produits pour lesquels elle représente le fournisseur dominant ou unique) l'utilisation par ses clients de la plateforme de Nile. Nile utilise donc ses Données et son API pour contraindre les détaillants à s'éloigner de circuits de vente dans lesquels Nile n'occupe pas une position dominante (c.-à-d., les ventes traditionnelles ou les ventes indépendantes en ligne) et à privilégier un circuit dans lequel Nile occupe une position dominante (c.-à-d., la place de marché de Nile). Ce mécanisme permet à Nile de tirer profit de son monopole dans un marché pour préserver, améliorer et renforcer sa position dominante dans un autre marché. Cela revient à lier la fourniture d'un produit à l'achat d'un autre produit par le client, et c'est là davantage que le simple exercice d'un droit d'auteur.
70. Dans *NutraSweet*, ce Tribunal a estimé que, [TRADUCTION] « dans les circonstances appropriées, une marque de commerce pourrait faire l'objet d'un accord de ventes liées ». Le Tribunal a finalement conclu que des ventes liées n'avaient pas été réalisées, car le soi-disant produit clef lié à la marque de commerce (NutraSweet) était le même produit vendu sous cette marque de commerce (de l'aspartame). En l'espèce, le produit clef est constitué des Données et l'API, tandis que le produit lié est un circuit de vente (c.-à-d., la place de marché de Nile), donc deux marchés. Ceci confirme que le refus de Nile d'accorder l'accès à l'API et aux Données en l'espèce représente davantage que le simple exercice de ses droits de propriété intellectuelle.
- a. La politique de Nile qui consiste à restreindre l'accès à l'API et aux Données aux détaillants de la place de marché constituait-elle un agissement anticoncurrentiel?
71. Ayant conclu que le comportement de Nile est davantage que le simple exercice d'un droit d'auteur, le Tribunal doit maintenant déterminer si la politique de Nile qui consiste à accorder l'accès à l'API et aux Données uniquement aux détaillants qui vendent leurs produits par l'intermédiaire de la place de marché de Nile (ou, autrement dit, sa politique de refuser l'accès aux détaillants qui ne le font pas) constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels.
72. Les parties n'ont pas contesté, et il semble incontestable pour le Tribunal que la politique d'accès restrictif de Nile a été appliquée de façon générale, pendant de nombreuses années, à tous les détaillants. En conséquence, le Tribunal n'a aucune difficulté à conclure que l'octroi sélectif de licences était une [TRADUCTION] « pratique » et il doit seulement déterminer si l'octroi sélectif de licences constituait en soi un agissement anticoncurrentiel.
73. L'article 78 de la Loi présente une liste non exhaustive des types de comportements qui sont réputés être des agissements anticoncurrentiels. L'alinéa 78(1)e prévoit que « la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations

ou ces ressources hors d'un marché », constitue un agissement anticoncurrentiel. Bien que la politique de Nile présente certaines ressemblances avec la préemption, le Tribunal est d'avis que la « préemption » se rapporte à une pratique qui consiste à prendre le contrôle de ressources nécessaires qui existent déjà et ne décrit pas aisément une situation dans laquelle une ressource nécessaire est retenue par la partie qui a elle-même mis au point ou créé cette ressource. Quoi qu'il en soit, le Tribunal estime que l'objectif principal de Nile dans la création ou l'obtention des données prédictives n'était pas de les retenir hors de la portée des autres concurrents dans le marché, mais de les utiliser à ses propres fins commerciales et opérationnelles et de tirer un revenu en les rendant accessibles au moyen de son API.

74. De façon similaire, l'alinéa 78(1)g), qui énonce que « l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché », ne s'applique pas à la politique d'octroi de licences de Nile, car il n'y a aucune preuve donnant à penser que Nile a délibérément conçu sa plateforme de place de marché d'une manière incompatible avec les boîtes d'abonnement dans le but d'exclure Oak ou tout autre fournisseur. En conséquence, le Tribunal estime que les pratiques de Nile ne sont pas nettement visées par les agissements énumérés à l'article 78 de la Loi.
75. Pour qu'un agissement soit qualifié d'agissement anticoncurrentiel au titre de l'article 79, l'agissement doit être commis dans un but anticoncurrentiel qui est abusif ou vise une exclusion ou une mise au pas. Il doit exister une preuve reliant la pratique contestée à l'intention subjective ou objective d'un effet négatif sur un concurrent dans un marché. La Cour d'appel fédérale a statué dans *Canada Pipe* que [TRADUCTION] « l'agissement anticoncurrentiel est défini par rapport à un but », et elle a ensuite fait remarquer que le « but » peut être déterminé en fonction de l'intention subjective, mais qu'il peut également être déterminé en fonction [TRADUCTION] « des effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question »; en effet, [TRADUCTION] « bien que de tels éléments soient certes probants si l'on en produit, il n'est pas nécessaire de disposer de preuve tendant à établir l'intention subjective pour conclure qu'un comportement donné est un agissement anticoncurrentiel ».
76. Le Tribunal estime que la politique d'octroi de licences de Nile visait l'exclusion : c'est-à-dire, empêcher les détaillants **hors de sa place de marché** d'innover et de livrer concurrence à Nile (notamment en introduisant de nouveaux modèles d'affaires, comme la vente de boîtes d'abonnement) ou à des fournisseurs qui offrent de telles boîtes d'abonnement par l'intermédiaire de la place de marché de Nile. Le Tribunal n'admet pas l'observation de Nile selon laquelle les effets d'exclusion de sa politique étaient une conséquence [TRADUCTION] « involontaire » du modèle d'affaires d'Oak, qui n'était pas compatible avec la plateforme de place de marché de Nile. Il aurait été évident dès l'entrée en vigueur de la politique que les détaillants hors de sa place de marché (peu importe leur modèle d'affaires) seraient exclus. Il aurait également été évident que l'effet de la politique de Nile serait d'accroître ou de renforcer sa puissance commerciale dans l'exploitation de places de marchés au détail en ligne (qui aurait notamment **aussi** eu pour effet d'augmenter continuellement la quantité de données alimentant son API dans un cercle vicieux, ainsi que sa puissance commerciale et celle des détaillants de sa place de marché dans le marché des boîtes d'abonnement personnalisées). Le Tribunal estime que ces faits constituent la preuve de l'intention d'exclusion de Nile.
77. Il n'y a aucune preuve de l'intention subjective de Nile à l'égard de sa politique d'octroi de licences visant l'exclusion autre que le message qui ressort systématiquement de ses documents publics et confidentiels. Le Tribunal admet que ces motifs subjectifs sont les suivants :

- a. l'intérêt de Nile à récupérer son investissement important et continu dans ses algorithmes prédictifs en incitant les détaillants à participer à la place de marché de Nile;
  - b. l'intérêt de Nile à assurer qu'elle ait l'occasion de vérifier et d'améliorer ses prévisions en suivant les achats qui sont véritablement faits après un appel de son API.
78. L'existence de quelconques fins commerciales légitimes sous-tendant le comportement anticoncurrentiel n'est pas suffisante pour soustraire le comportement à l'analyse au titre de l'article 79. Au contraire, [TRADUCTION] « la justification commerciale doit être une raison fondée sur l'efficacité ou pro concurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anticoncurrentiels ou à l'intention subjective de ce comportement et leur fait contrepoids ». Dans TREB, la Cour d'appel fédérale souligne deux faits qui doivent être établis [TRADUCTION] :
- 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'appelante. Autrement dit, la preuve doit démontrer la façon dont la pratique génère des avantages qui permettent à l'appelante d'être plus concurrentielle dans le marché pertinent.
79. Même si la pratique d'octroi de licences de Nile génère des avantages dont bénéficie Nile, le Tribunal estime que l'intérêt de Nile à récupérer son investissement n'est pas [TRADUCTION] « une raison fondée sur l'efficacité ou pro concurrentielle ». Si l'intérêt d'une société à s'enrichir était suffisant pour soustraire un comportement par ailleurs anticoncurrentiel à l'examen du Tribunal, le Tribunal n'aurait aucun pouvoir. En ce qui concerne l'intérêt de Nile à améliorer ses prévisions, le Tribunal convient qu'il s'agit là d'une raison crédible fondée sur l'efficacité, mais il estime que cette raison n'est pas suffisamment liée à la politique de Nile qui consiste à refuser d'accorder aux détaillants hors de sa place de marché l'accès à son API. Nile dispose de nombreux autres [TRADUCTION] « moyens » pour inciter les détaillants à participer à sa plateforme de place de marché, par exemple en réduisant ses frais de référence ou de service. Pour donner un exemple supplémentaire, elle pourrait accorder l'accès aux détaillants hors de sa place de marché dans l'éventualité où ils partageraient leurs données sur leurs clients.
80. Enfin, la commissaire a produit une preuve démontrant que Nile a un historique d'acquisition de sociétés lorsqu'elles deviennent suffisamment grandes ou novatrices pour représenter de futures menaces pour Nile (créant une soi-disant « zone létale » autour de l'entreprise de Nile). En effet, Nile a tenté d'acquérir Oak au même moment qu'elle a refusé d'accorder à Oak l'accès à son API. Le Tribunal estime que cette pratique d'acquisition étaye également l'intention d'exclusion de Nile : exclure ses concurrents en les acquérant.
81. Le Tribunal estime que le refus de Nile d'accorder aux détaillants hors de sa place de marché l'accès à ses données prédictives et à son API a été une pratique d'agissements anticoncurrentiels et qu'il ne constituait pas le simple exercice de ses droits de propriété intellectuelle

## EDSC

82. Enfin, ayant conclu que le comportement de Nile était une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Tribunal doit déterminer si le comportement en question a eu, a et aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.
83. En général, pour se prononcer sur ce point, il faut examiner si le comportement préserve ou augmente la puissance commerciale d'une société, par exemple en empêchant la venue de nouveaux concurrents qui se serait concrétisée en l'absence de la pratique contestée. Le

Tribunal doit également analyser les aspects proconcurrentiels du comportement. Ces facteurs peuvent entre autres être évalués en se demandant si les prix dans le marché ont augmenté ou si la qualité s'est dégradée.

84. La mesure dans laquelle les agissements anticoncurrentiels posent des obstacles à l'entrée dans le marché pertinent doit également être considérée. Conformément à *Nielsen*, ayant conclu que la pratique contestée visait à exclure des concurrents réels et éventuels, le Tribunal doit évaluer la mesure dans laquelle Nile a atteint ce but. Tel que souligné dans *Nielsen*, le Tribunal [TRADUCTION] « doit déterminer quelles seraient les conditions d'accès au marché en l'absence de [la pratique d'agissements anticoncurrentiels], puis dans quelle mesure les agissements anticoncurrentiels ont modifié la perspective d'une entrée économiquement viable sur le marché ».
85. En raison de la politique de Nile, Oak et d'autres tiers fournisseurs de boîtes d'abonnement ont été incapables de faire preuve d'innovation, ce qui leur aurait permis d'améliorer leurs produits et, en réduisant les taux de désabonnement, de proposer des prix inférieurs et de livrer concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement. Parallèlement, le Tribunal reconnaît que Nile a elle-même lancé les mêmes innovations et que, grâce à son envergure et à d'autres avantages (y compris la possibilité d'éviter les frais liés aux appels de l'API et la capacité de s'approvisionner en produits à moindre coût, par l'intermédiaire de sa gamme de produits NileBasics), elle a été en mesure d'offrir un meilleur produit à moindre coût que les fournisseurs tiers de boîtes d'abonnement auraient par ailleurs été en mesure d'offrir s'ils avaient utilisé eux-mêmes l'API et les Données.
86. Le Tribunal reconnaît que de nombreux marchés dynamiques — notamment, éventuellement, les boîtes d'abonnement — sont de type [TRADUCTION] « tout au vainqueur », c'est-à-dire que même si Oak et les autres fournisseurs tiers avaient eu accès à l'API de Nile, les boîtes d'abonnement NileBasics pourraient les avoir surpassés de toute façon, laissant la concurrence exactement dans le même état qu'elle l'est. Dans *Tervita*, le Tribunal reconnaît que [TRADUCTION] « il ne suffit pas qu'un concurrent éventuel pénètre vraisemblablement le marché; il faut aussi que cette pénétration ait vraisemblablement un effet sensible sur le marché ».
87. Cependant, Nile ne doit pas recevoir de laissez-passer exempt de conséquence pour un comportement qui empêche ses concurrents existants de tenter de s'améliorer et qui réduit les incitations futures pour les tiers à pénétrer le marché et à innover du seul fait qu'un géant comme elle peut pénétrer un marché ou lancer un produit et réduire facilement les prix dans une plus grande mesure que quiconque. Le Tribunal a précédemment décrit l'innovation comme le [TRADUCTION] « type de concurrence le plus important ». Le comportement de Nile a non seulement empêché l'innovation par d'autres, mais il n'a également laissé aucune incitation pour les autres participants à continuer d'innover. Seule Nile peut innover. Ni Nile ni le Tribunal ne peut dire ce qu'Oak aurait pu faire avec les Données et l'API, en l'absence de la pratique d'agissements anticoncurrentiels de Nile. En ce qui concerne les dimensions de la concurrence non relatives au prix, comme la qualité, la variété, le service, la publicité et l'innovation, l'épreuve à faire passer consiste à déterminer si le niveau premier ou plus de ces dimensions de la concurrence ont été, sont ou seraient vraisemblablement sensiblement plus bas en l'absence de la pratique contestée, conformément à *Tervita*, *CCS* et *TREB*.
88. Le Tribunal estime que le comportement de Nile a accru les obstacles à la pénétration du marché et a servi à renforcer la position de Nile sur le marché, empêchant ainsi la concurrence future dans le marché des boîtes d'abonnement. Cette diminution de la concurrence s'est traduit par, à tout le moins, la diminution de la variété et de l'innovation. De plus, comme dans *Nielsen*, le comportement de Nile a exclu un des intrants essentiels à la concurrence dans le marché concerné,

accroissant les obstacles à la pénétration du marché au point de rendre la pénétration future très peu probable.

89. En conséquence, le Tribunal estime que le refus de Nile d'accorder l'accès à son API prédictive et aux Données sous-jacentes a entraîné un EDSC et a donc enfreint l'article 79 de la Loi.

## Mesure de rendement

90. La commissaire a fait valoir qu'une mesure de redressement inhabituelle et sans précédent s'impose : une ordonnance enjoignant à Nile de se dessaisir de ses activités de détail, de sorte qu'elles soient dissociées de la plateforme de place de marché de Nile.
91. Le fractionnement de grandes sociétés dominantes représente la partie héroïque de l'histoire antitrust et a suscité beaucoup d'intérêt récemment. Cependant, il s'agit d'une [TRADUCTION] « option nucléaire » qui ne peut être prise à la légère. La commissaire fait valoir que, en l'espèce, il s'agit de la seule mesure de redressement qui rétablira la concurrence de manière sûre dans le marché canadien du commerce électronique.
92. Le Tribunal préfère imposer la mesure de redressement la moins attentatoire dans la mesure du possible. Cependant, comme l'a clairement indiqué la Cour suprême du Canada dans *Southam* (dans le contexte d'un fusionnement, mais le principe s'applique également en l'espèce), la considération la plus importante à l'égard d'une mesure de redressement est qu'elle doit permettre d'éliminer complètement l'EDSC, même si la mesure de redressement complètement efficace n'est pas la moins attentatoire [TRADUCTION] :

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.

93. La commissaire soutient que, en raison de l'historique de pratiques abusives de Nile, notamment celles qui nous occupent, il est trop tard pour éliminer l'EDSC et rétablir la concurrence simplement en exigeant que Nile accorde l'accès à ses Données et son API. Selon la commissaire, non seulement de nombreux concurrents éventuels ont-ils déjà dû quitter le marché en raison du comportement de Nile, mais, plus important encore, les boîtes d'abonnement NileBasics (et les produits mêmes de Nile en général) profitent d'un [TRADUCTION] « fossé » qu'aucun concurrent ne peut traverser en raison des avantages uniques que seule Nile, en tant qu'exploitant de plateforme, peut obtenir. Le Tribunal est d'accord.
94. Par exemple, en raison du statut de Nile en tant qu'exploitant de plateforme, les activités de détail de Nile bénéficient de l'accès à des données prédictives qui ne sont pas mises à la disposition des détaillants tiers, d'une plus grande visibilité sur la plateforme, de la possibilité d'éviter les frais liés à l'API et les autres frais liés à la plateforme et d'une foule d'autres avantages, notamment des avantages qui ne sont pas encore prévus, que les autres détaillants ne peuvent obtenir. Ces avantages placent les concurrents dans une position concurrentielle nettement défavorable et insurmontable. En liant l'accès à ses Données et à son API à l'utilisation de sa plateforme par les détaillants, Nile renforce davantage sa puissance commerciale dans plusieurs marchés, tirant en réalité profit de son monopole sur une plateforme de vente au détail en ligne pour obtenir les données sur les préférences des consommateurs les plus étoffées possible et tirant par la suite profit de la position dominante qu'elle occupe à l'égard des données prédictives sur les préférences des consommateurs pour

accroître ou renforcer sa puissance commerciale en tant que plateforme de vente au détail en ligne. La commissaire estime que le simple fait d'accorder l'accès à l'API et aux Données de Nile n'aura pas pour effet de [TRADUCTION] « mettre fin au cercle vicieux ».

95. La commissaire estime que, compte tenu du dynamisme de Nile, le Bureau de la concurrence et le Tribunal n'ont pas les ressources et le temps nécessaires pour prévenir avec efficacité de tels abus et maintenir la concurrence dans les grands marchés canadiens de commerce électronique en pleine croissance. Une [TRADUCTION] « mesure structurelle », telle que la commissaire qualifie sa mesure de redressement proposée, permettrait de s'attaquer à la source du problème en éliminant l'incitation de Nile à privilégier ses propres activités de détail à celles d'autres détaillants participant ou non à la plateforme. Le Tribunal reconnaît également qu'il existe une préférence générale pour les mesures de redressement structurelles par rapport aux mesures comportementales, car ces dernières sont en général plus difficiles à appliquer.
96. Le Tribunal est sensible aux préoccupations de la commissaire concernant Nile et les autres grandes sociétés dynamiques qui semblent parfois être devenues [TRADUCTION] « trop grandes pour être réglementées » et dont la position dominante dans un ou plusieurs marchés leur permet de tirer profit dans d'autres marchés. Il semble en effet peu probable que ce sera le dernier cas ou le cas le plus flagrant de comportement susceptible d'examen auquel Nile sera appelée à défendre devant ce Tribunal.
97. Nile a fait valoir que, même dans le cas de monopoles évidents, la commissaire et le Tribunal ont admis que le fait d'accorder l'accès à des intrants importants est une mesure de redressement jugée suffisante, mentionnant la décision Nielsen et, bien qu'elle ne soit pas aussi contraignante qu'elle l'était dans une ordonnance sur consentement convenue entre la commissaire et les défendeurs, la décision *Interac*.
98. En effet, la compétence du Tribunal pour rendre des ordonnances réparatrices au titre de l'article 79 est limitée. L'abus de position dominante n'est pas illégal au Canada à moins que ce Tribunal, ou tout tribunal de révision, détermine qu'un comportement particulier enfreint la Loi et qu'il rende une ordonnance. Le Tribunal reconnaît qu'il ne peut imposer des mesures de redressement pour corriger ou prévenir un comportement qui n'a pas encore été adopté. Il revient à la commissaire de faire preuve de vigilance dans l'exécution de son mandat et dans les recours en redressement qu'elle intente devant le Tribunal dans chaque affaire qui se présente. Si la commissaire et le Tribunal nécessitent davantage de ressources ou d'autres lois pour s'acquitter de leurs responsabilités respectives, il s'agit là d'une question qui relève du Parlement.
99. Même si le Tribunal convient avec la commissaire qu'il est possible qu'il soit trop tard pour exiger que Nile accorde l'accès libre à ses Données et à son API pour rétablir la concurrence dans le marché des boîtes d'abonnement ou d'autres marchés de commerce électronique touchés, le Tribunal est d'avis que le fractionnement de Nile est plus susceptible de causer ses propres préjudices encore plus grands. Par exemple, un fractionnement réduirait l'incitation, dans le cadre des activités de Nile liées à sa plateforme, à investir dans des améliorations et augmenterait vraisemblablement le prix que les consommateurs paieront pour les produits vendus dans le cadre des activités de détail de Nile. Si la mesure de redressement [TRADUCTION] « complètement efficace » permettant d'éliminer l'EDSC aurait pour effet de causer un préjudice encore plus grand, le Tribunal estime qu'il peut choisir une mesure de redressement qui peut ne pas être complètement efficace, mais qui permet d'obtenir un meilleur résultat dans l'ensemble. En conséquence, le Tribunal estime qu'il convient et qu'il est suffisant en l'espèce de rendre une ordonnance enjoignant à Nile d'accorder l'accès libre à ses données prédictives et à son API et de ne pas rendre une ordonnance enjoignant à Nile de se dessaisir de ses activités de détail.

## Ordonnance

100. Pour ces motifs, le Tribunal ordonnera que Nile mette ses Données et son API à la disposition de tous les fournisseurs de boîtes d'abonnement de produits de soins personnels à des conditions raisonnables sur le plan commercial, tel qu'énoncé dans l'ordonnance rendue au même moment que la présente décision.

FAIT à Ottawa, ce 15<sup>e</sup> jour d'octobre 2019.  
SIGNÉ au nom du Tribunal par ses membres.

**Date de modification :**  
2019-11-04