



Motifs de l'ordonnance et date de l'ordonnance 8 octobre 2021

Référence : *La commissaire de la concurrence c. Citrus, 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 92 de la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, dans sa version modifiée;

ENTRE

The Commissioner of Competition

(demanderesse)

et

Citrus, Inc.

(défenderesse)

MOTIFS DE L'ORDONNANCE RENDUE LE 8 OCTOBRE 2021

Table des matières

A.	Sommaire	3
B.	Les parties	5
C.	L'historique des faits	5
	Appareils mobiles, systèmes d'exploitation et écosystèmes d'applications.....	5
	Seed 4 et la Politique sur les données.....	7
	Impact de la Politique sur les données.....	7
D.	Les positions des parties	8
	Alinéa 79(1)a) – Contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprises.....	8
	Alinéa 79(1)b) – Pratique d'agissements anticoncurrentiels.....	9
	Alinéa 79(1)c) – Empêchement ou diminution sensible de la concurrence	11
F.	L'analyse du Tribunal	13
	Contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprises	13
	(i) Cadre analytique	14
	(ii) Application du critère du monopoleur hypothétique.....	14
	Pratique d'agissements anticoncurrentiels	16
	(i) Cadre analytique	16
	(ii) La Politique sur les données constitue-t-elle une « pratique »?	17
	(iii) Mise en balance de l'objectif anticoncurrentiel et de la justification commerciale	17
	Empêchement ou diminution sensible de la concurrence	19
	(i) Cadre analytique	19
	(ii) Le « monde hypothétique ».....	19
	(iii) Critère relatif à l'EDSC.....	20
G.	Ordonnance	22

A. Sommaire

1. Le Commissaire de la concurrence (le « **Commissaire** ») a déposé une demande en vertu de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, dans sa version modifiée (la « **Loi** »), en vue d'obtenir une ordonnance pour remédier à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence (« **EDSC** ») qui, allègue-t-il, a été engendré par l'abus de position dominante auquel Citrus Inc. (« **Citrus** ») se serait livrée.
2. Citrus est un fabricant de premier plan d'appareils électroniques et de produits logiciels. Le portefeuille de produits de l'entreprise comprend des tablettes et des téléphones intelligents que celle-ci commercialise sous les marques Blood Orange et Kumquat, respectivement. Les appareils Blood Orange et Kumquat de Citrus fonctionnent exclusivement sous le système d'exploitation (« **SE** ») mobile exclusif de Citrus, Seed, lequel comprend une boutique d'applications (Grove) qui permet aux utilisateurs de télécharger à la fois des applications mobiles de Citrus et des applications mobiles de tiers (communément appelées les « applis »).
3. Tant au Canada qu'à l'échelle mondiale, le SE Seed de Citrus occupe une position de force, et Citrus cherche constamment à imposer sa suprématie à son principal concurrent, Ogle Inc. (« **Ogle** »), qui offre un SE mobile « open-source » appelé Humanoid.
4. Le 1^{er} avril 2021, Citrus a lancé une nouvelle version de Seed (Seed 4). Entre autres changements, Seed 4 s'accompagne de nouvelles politiques régissant la façon dont les données d'utilisateur sont recueillies et communiquées à des applis de tiers, que Citrus a présentées comme une série de « mesures de confidentialité améliorées ». Ces mesures exigent que toutes les applis de tiers obtiennent le consentement de l'utilisateur (via une option de consentement présentée à l'utilisateur) avant de se livrer à certains types d'utilisation des données que Citrus qualifie d'« utilisations de suivi » (l'« **Utilisation spécifiée des données** »; la « **Politique sur les données** »).
5. La Politique sur les données ne s'applique pas aux applis développées par Citrus. Les utilisateurs de Seed 4 continuent plutôt de consentir par défaut à l'Utilisation spécifiée des données par les applis de Citrus. Les utilisateurs peuvent toutefois retirer leur consentement à l'Utilisation spécifiée des données par Citrus (via l'option de retrait du consentement offerte à l'utilisateur).
6. L'Utilisation spécifiée des données permet aux applis de diffuser des publicités ciblées et de suivre l'efficacité des publicités qu'elles présentent. Bon nombre d'applis s'appuient sur les revenus publicitaires pour remplacer ou limiter les frais imposés aux utilisateurs. Si une appli n'a pas la possibilité de cibler et de suivre efficacement les publicités, sa valeur en tant que plateforme publicitaire s'en trouve considérablement réduite, ce qui compromet la viabilité des modèles d'affaires fondés sur les revenus publicitaires.
7. Dans sa demande, le Commissaire allègue que la Politique sur les données contrevient à l'article 79 de la Loi. Plus précisément, le Commissaire allègue que l'existence de chacun des trois éléments énoncés à l'article 79 a été établie :

- a. Citrus contrôle sensiblement ou complètement le marché des applis pour le SE Seed via la boutique Grove (le « **Marché Grove** ») au Canada en raison du rôle de gardien qu'elle exerce et de sa capacité à dicter les conditions selon lesquelles les applis sont mises à la disposition des consommateurs;
 - b. Citrus se livre à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui consiste à appliquer la Politique sur les données de façon inégale, une pratique qui ne repose sur aucune justification commerciale valable et qui équivaut à prendre à l'endroit des applis de tiers des mesures discriminatoires qui favorisent les applis de Citrus; et
 - c. la pratique a, a eu ou continuera vraisemblablement d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au sein du Marché Grove et du marché des SE mobiles en entraînant une hausse des prix des applis, en érigeant des barrières à l'entrée pour les nouvelles applis, en freinant l'innovation et en faisant augmenter les coûts liés au fait de passer de Seed à un SE concurrent.
8. Citrus conteste la position adoptée par le Commissaire à l'égard de chacun des éléments de l'article 79. Plus précisément, Citrus soutient ce qui suit :
- a. le Marché Grove n'est pas une catégorie ou une espèce d'entreprises, car l'ensemble des applis des SE mobiles, y compris celles conçues pour Seed et Humanoid, ne forment qu'une seule et même catégorie ou espèce d'entreprises, que Seed ne contrôle ni sensiblement ni complètement;
 - b. la Politique sur les données, y compris son application inégale aux applis de Citrus et aux applis de tiers, ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel; la Politique sur les données a simplement pour but de faciliter le choix des consommateurs et la façon dont Citrus l'a mis en œuvre est justifiée par l'intérêt commercial légitime de Citrus à protéger sa réputation; et
 - c. il n'y a pas eu empêchement ou diminution de la concurrence à la fois parce qu'une application égale de la Politique sur les données aux applis de Citrus et aux applis de tiers aurait eu, sur le plan de la concurrence, les mêmes répercussions que celles auxquelles les applis de tiers sont déjà exposées et parce que, dans tous les cas, la Politique sur les données se traduit par des marchés plus efficaces au sein desquels les consommateurs ont la possibilité de faire des choix, et non par un empêchement ou une diminution de la concurrence.
9. Pour les raisons énoncées ci-dessus, le Tribunal est d'avis que le Marché Grove constitue une catégorie ou une espèce d'entreprises, qui est sensiblement ou complètement contrôlée par Citrus. Bien que le Tribunal admette qu'il puisse être légitime du point de vue commercial de permettre aux utilisateurs de contrôler l'utilisation qui est faite de leurs données personnelles, le Tribunal est d'avis que l'autopréférence et l'application inéquitable de la Politique sur les données constituent un agissement anticoncurrentiel. Le Tribunal admet que le comportement qui est reproché à Citrus a bien les effets allégués par le Commissaire. Cependant, le Tribunal est d'avis que, dans les circonstances, ces effets ne constituent pas un EDSC, mais bien un résultat de la concurrence découlant de marchés plus fonctionnels.

10. Ayant conclu que le Commissaire n'a pas établi l'existence d'un EDSC selon la prépondérance des probabilités, le Tribunal rejette la demande du Commissaire.

B. Les parties

11. Le Commissaire est le fonctionnaire nommé par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 7 de la Loi; il est chargé d'assurer et de contrôler l'application de Loi.
12. Citrus est une entreprise technologique de premier plan. Établie aux États-Unis, elle exerce des activités à l'échelle mondiale et produit certains des appareils et des logiciels les plus populaires dans le monde. Ses produits novateurs au design convivial et son écosystème favorisant la cohésion lui ont permis de devenir l'une des entreprises ayant le plus de valeur dans le monde.
13. Dans le segment des appareils mobiles, Citrus est un fournisseur intégré verticalement qui offre des appareils (tablettes Blood Orange et téléphones intelligents Kumquat), un SE mobile (Seed) et une gamme d'applications (telles que son application de musique, Marmalade, son nouvel agrégateur, Pulp, et une application de mise en forme, Juice). Seed est le seul SE disponible sur les appareils Blood Orange et Kumquat. Seed n'est pas accessible aux appareils de tiers.
14. Citrus fournit des mises à jour périodiques de son SE Seed, qu'elle met à la disposition de tous les utilisateurs d'appareils dont les modèles ont été lancés au cours des sept dernières années (les mises à jour de Seed ne sont pas compatibles avec les modèles des appareils Blood Orange et Kumquat lancés avant cette période). Tous les appareils vendus après la sortie d'une mise à jour sont pourvus de la plus récente version du SE. La mise à jour est offerte sans frais aux utilisateurs existants et ceux-ci sont libres de la télécharger ou non.
15. Toutes les applications de tiers offertes dans Grove doivent être approuvées par Citrus et respecter les conditions de service de Citrus. Citrus impose aux développeurs d'applications tiers des frais de commission de 15 % à 30 % sur toutes les ventes réalisées par l'intermédiaire de Grove.

C. L'historique des faits

Appareils mobiles, systèmes d'exploitation et écosystèmes d'applications

16. Les tablettes et les téléphones sont désormais des produits de consommation omniprésents au Canada. Les téléphones intelligents, en particulier, sont devenus pour la plupart des Canadiens des compagnons incontournables. À l'heure actuelle, plus de 90 % des Canadiens âgés de 15 à 75 ans possèdent un téléphone intelligent. Parmi tous les appareils (y compris ceux de Citrus et de ses concurrents), les modèles de base se détaillent en moyenne 400 \$, alors que les modèles plus évolués peuvent coûter jusqu'à 1 500 \$. En 2020, la division du marketing de Citrus a réalisé un sondage auprès des consommateurs qui a révélé que les utilisateurs du Kumquat remplacent leur téléphone intelligent tous les trois ou quatre ans en moyenne et que 85 % des répondants considéraient leur téléphone intelligent comme leur plus importante ou leur deuxième plus importante dépense personnelle en technologies.

17. Les tablettes et les téléphones intelligents sont pilotés par un SE qui assure également le fonctionnement des autres fonctionnalités, logiciels et programmes de l'appareil. Bien que diverses entreprises technologiques aient lancé des SE mobiles depuis l'avènement du téléphone intelligent, deux d'entre elles, Citrus et Ogle, se sont démarquées du reste du peloton au cours de la dernière décennie. Aujourd'hui, ces deux entreprises fournissent le SE de la quasi-totalité des appareils mobiles, tant au Canada qu'à l'échelle mondiale.
18. À la différence du SE Seed de Citrus, le SE Humanoid d'Ogle est un SE « open-source » et est disponible sur les appareils d'un grand nombre de fabricants (y compris les appareils d'Ogle).
19. Le SE Humanoid d'Ogle a enregistré une croissance soutenue au Canada et une étude sur l'industrie a récemment révélé qu'il a même légèrement dépassé le SE Seed de Citrus; en effet, sa part du marché des SE mobiles a atteint environ 51 % (contre 49 % pour Citrus). À l'échelle mondiale, cependant, Seed demeure le principal SE mobile, avec une part de marché estimée à 60 %.
20. Les SE Seed et Humanoid sont tous deux offerts préchargés avec une boutique d'applications (Grove et Frolic, respectivement), qui constitue le seul moyen autorisé pour télécharger des applis sur un appareil mobile fonctionnant sous leur SE. Plus de deux millions d'applis sont offertes dans chacune des boutiques d'applications. Bon nombre des applis d'Ogle et des applis de tiers sont offertes (via les boutiques Grove et Frolic) en différentes versions compatibles à la fois avec les appareils Seed et les appareils Humanoid. Les applis développées par Citrus sont conçues uniquement pour le SE Seed.
21. Les applis de tiers sont actuellement offertes en trois modèles dans les boutiques d'applications Grove et Frolic :
 - a. **Applis gratuites financées par la publicité** : Téléchargeables gratuitement et financées par les ventes de publicités. Les annonceurs apprécient de pouvoir cibler leurs publicités en fonction de profils de consommateurs spécifiques et de pouvoir suivre l'efficacité de leurs publicités d'après le taux de clics / les achats effectués.
 - b. **Applis payantes** : Les utilisateurs paient pour utiliser les applis; il peut s'agir de frais de téléchargement initiaux uniques, de frais d'abonnement récurrents ou d'un paiement effectué à même l'application.
 - c. **Applis semi-payantes** : Applis offertes gratuitement dans le cas de la version financée par la publicité et contre paiement dans le cas de la version sans publicité.
22. Dans le cas des applis gratuites et des applis par abonnement qui sont offertes à la fois pour Seed et pour Humanoid, les utilisateurs peuvent généralement transférer sans frais leurs applis d'un appareil Seed vers un appareil Humanoid, et inversement. Cependant, dans le cas des applis qui exigent le paiement de frais de téléchargement initiaux, les utilisateurs doivent généralement acheter l'appli de nouveau lorsqu'ils passent d'un appareil Seed à un appareil Humanoid, et inversement.

Seed 4 et la Politique sur les données

23. La Politique sur les données qui accompagne Seed 4 exige que les utilisateurs donnent leur consentement avant que les applis de tiers puissent se livrer à l'Utilisation spécifiée des données.
24. Les utilisateurs consentent à l'Utilisation spécifiée des données via une invite qui s'affiche lorsqu'ils ouvrent une appli pour la première fois et qui contient la question suivante : « Autorisez-vous [x] à suivre votre activité sur les applications et les sites Web d'autres entreprises? » Les utilisateurs ont deux choix : « Indiquer à l'application de ne pas suivre » ou « Autoriser ». Le consentement des utilisateurs n'est sollicité qu'une seule fois, mais ces derniers peuvent modifier leur choix (c.-à-d. donner ou retirer leur consentement) à tout moment en se rendant dans le menu des paramètres de Seed.
25. L'Utilisation spécifiée des données qui est prévue dans la Politique sur les données comprend l'affichage de publicités ciblées en fonction des données d'utilisateur recueillies par les applis et les sites Web d'autres entreprises, la transmission des données d'utilisateur recueillies par l'appli – y compris l'activité à l'intérieur de l'appli – à des sites Web et des annonceurs tiers, et le partage de listes de diffusion ou d'autres renseignements d'identification avec un réseau publicitaire tiers qui utilise ces renseignements pour diffuser des publicités ciblées.
26. Bon nombre d'observateurs de l'industrie considèrent que l'Utilisation spécifiée des données a une portée excessive par rapport aux concepts habituels de suivi. À titre d'exemple, un éditorial récemment publié dans la revue trimestrielle *Canadian Privacy Quarterly*, une publication respectée au sein de la communauté des agents de protection de la vie privée, mentionne que la Politique sur les données empêche les annonceurs et les développeurs de se livrer à l'Utilisation spécifiée des données même lorsque les utilisateurs ont précédemment consenti à la cette utilisation des données (p. ex. en consentant à l'utilisation de leur adresse courriel à des fins publicitaires dans une appli, sur un site Web ou dans un magasin traditionnel).
27. Selon Citrus, en date du 1^{er} octobre 2021, 75 % des utilisateurs de Seed avaient téléchargé Seed 4 et sont désormais assujettis à la Politique sur les données.

Impact de la Politique sur les données

28. Headpamphlet, une application de réseautage social de premier plan financée par la publicité et offerte gratuitement, a signalé que depuis le lancement de Seed 4, seulement 25 % des utilisateurs de Seed ont consenti à l'Utilisation spécifiée des données par Headpamphlet.
29. Les annonceurs de Headpamphlet ont constaté une diminution de leur capacité à cibler des groupes démographiques spécifiques et à suivre l'efficacité de leurs publicités. Dans un récent rapport d'analyse, MoneyBags Bank a estimé que si le pourcentage d'utilisateurs de Headpamphlet qui consentent à l'Utilisation spécifiée des données ne dépasse pas 25 %, l'application pourrait enregistrer une baisse de ses revenus annuels de 40 %.
30. Headpamphlet a indiqué, dans un récent communiqué de presse, avoir déjà commencé à prendre des mesures pour compenser les changements apportés avec le lancement

de Seed 4 et le faible pourcentage d'utilisateurs donnant leur consentement; elle planche notamment sur de nouvelles fonctionnalités publicitaires qui requièrent moins de données personnelles pour mesurer le succès d'une publicité. L'entreprise se penche également sur une technologie qui permettrait à Headpamphlet de diffuser des publicités personnalisées en appliquant une approche d'apprentissage machine plus évoluée à l'activité des utilisateurs à l'intérieur de l'application.

31. Malgré les efforts déployés par Headpamphlet et d'autres applications, l'Office canadien des petites entreprises s'est dit préoccupé par le faible taux de consentement, soulignant que ses membres, qui disposent de budgets de marketing limités et ont peu de chances de rafler des clients aux chefs de file déjà bien établis au sein de l'industrie, sont fortement tributaires des capacités des applis de médias sociaux, telles que Headpamphlet, à diffuser des publicités ciblées, car celles-ci leur permettent d'obtenir de bons résultats par rapport des sommes qu'ils investissent en marketing et facilitent l'accès aux clients potentiels.
32. Les données rendues publiques par Citrus montrent que, depuis le lancement de Seed 4, aucun changement important n'a été observé au niveau a) de la proportion d'applis gratuites versus la proportion d'applis payantes offertes dans Grove ou b) la proportion de téléchargements d'applis gratuites versus la proportion de téléchargements d'applis payantes. Citrus indique que 70 % des téléchargements effectués à partir de Grove au cours des six derniers mois concernaient des applications gratuites.
33. Une récente enquête réalisée par l'Université Eerie, un chef de file canadien de l'étude des répercussions des technologies sur la société, a révélé que les consommateurs apprécient les services gratuits qui découlent du financement des applications par la publicité, et qu'une forte proportion de répondants (78 %) préféreraient l'Internet d'aujourd'hui, avec son contenu essentiellement gratuit et ses publicités ciblées, à un Internet qui serait dénué de publicités ciblées et dont le contenu serait pour l'essentiel payant.

D. Les positions des parties

34. Le Commissaire et Citrus défendent des positions diamétralement opposées à l'égard de chacun des éléments de l'article 79 de la Loi. Les positions des parties à l'égard de chaque élément sont exposées ci-dessous en alternance.

Alinéa 79(1)a) – Contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprises

35. Le Commissaire allègue que le Marché Grove constitue une « catégorie ou espèce d'entreprises » au sens de l'alinéa 79(1)a), sur laquelle Citrus exerce un contrôle sensible ou complet du fait de son rôle de gardien et de sa capacité à établir les règles.
36. Le Commissaire soutient que, puisque les détenteurs d'un appareil Citrus n'ont pas la possibilité d'accéder aux applications conçues pour d'autres SE mobiles (en particulier, les applications pour Humanoid offertes via la boutique Frolic), les applications conçues pour Seed doivent être considérées comme une catégorie ou une espèce d'entreprises distincte de toutes les autres applications mobiles.

37. Citrus rejette l'allégation du Commissaire selon laquelle le Marché Grove constitue une catégorie ou une espèce d'entreprises. Citrus affirme que la position du Commissaire a une portée qui est à la fois trop large et trop étroite. D'une part, Citrus prétend que les applis appartiennent à un large éventail de catégories différentes, offrant des fonctionnalités très différentes et répondant à différents besoins des utilisateurs. À titre d'exemple, Citrus évoque les « conséquences désastreuses » auxquelles nous assisterions si les consommateurs considéraient qu'une appli de soins virtuels et une appli de paris sportifs sont interchangeable et en concurrence l'une avec l'autre.
38. D'autre part, Citrus soutient qu'indépendamment de la catégorie d'applications, les applis mobiles, y compris celles conçues pour Seed (offertes via la boutique Grove) et celles conçues pour d'autres SE mobiles, constituent ensemble une seule et même catégorie ou espèce d'entreprises. Citrus prétend que les appareils Humanoid, et la vaste gamme d'applications offertes via la boutique Frolic, constituent des substituts directs aux appareils Seed, et que les utilisateurs migrent activement de l'un à l'autre et inversement. Citrus soutient qu'elle livre une concurrence soutenue à Ogle afin de conserver les clients existants de Seed et conquérir de nouveaux utilisateurs parmi la clientèle d'Humanoid.
39. Citrus n'a pas contesté la thèse du Commissaire selon laquelle elle *contrôle sensiblement ou complètement* le Marché Grove, dans l'éventualité où le Marché Grove serait défini de cette manière. De façon similaire, le Commissaire n'a pas affirmé que Citrus exerce un contrôle sensible ou complet sur un marché qui comprendrait des applications conçues pour le SE Seed et pour d'autres SE mobiles.

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

40. Le Commissaire allègue que la Politique sur les données de Citrus constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui ne repose sur aucune justification commerciale valable.
41. Le Commissaire soutient que la Politique sur les données est appliquée de façon systématique à toutes les applis de tiers offertes via la boutique Grove et qu'il s'agit donc clairement d'une pratique. Citrus ne conteste pas le fait que la Politique sur les données est davantage qu'un acte isolé.
42. Le Commissaire soutient que les effets d'exclusion et d'éviction que la Politique sur les données, et en particulier son application inégale, risque d'avoir sur les concurrents offrant leurs applis dans la boutique Grove étaient subjectivement prévus ou raisonnablement prévisibles. Le Commissaire soutient que la raison pour laquelle Citrus applique sa Politique sur les données de façon inégale aux applis de tiers est uniquement liée à sa volonté de privilégier ses propres applis, de gonfler les frais imposés aux applis de tiers afin d'accroître ses revenus de commission et de favoriser ses propres capacités publicitaires.
43. Le Commissaire soutient que les effets raisonnablement prévisibles de la Politique sur les données sont triples : a) privilégier les applis développées par Citrus, lesquelles ne sont pas assujetties à la Politique sur les données, en n'offrant pas aux consommateurs qui utilisent ces applis la possibilité de cesser de consentir au suivi, ce qui accroît leur utilisation; b) réduire la capacité des applis de tiers à s'appuyer sur un modèle gratuit financé par la publicité, ce qui fait augmenter le prix des applis et profite à Citrus du fait

de sa structure de commissions applicable aux applis offertes sur sa plateforme; et c) dissuader les consommateurs de changer pour Humanoid ou un autre SE concurrent en encourageant l'adoption des applis développées par Citrus et des applis payantes offertes par Citrus, sachant qu'il est plus difficile pour les utilisateurs de subséquemment transférer ces applis vers un autre SE mobile. Le Commissaire soutient que ces effets visent à la fois l'exclusion – Citrus empêche ses concurrents de rivaliser sur la base de modèles financés par la publicité – et l'éviction – Citrus profite du fait qu'elle contrôle le Marché Grove pour privilégier ses propres produits (c.-à-d. ses applis) au sein de ce marché.

44. Le Commissaire est également d'avis que la pratique est passablement comparable à deux des exemples d'agissements anticoncurrentiels énoncés à l'article 78 de la Loi : a) la compression de la marge bénéficiaire par un fournisseur intégré verticalement (al. 78(1)a)); et b) l'adoption de normes incompatibles avec les produits de concurrents (al. 78(1)g)). Le Commissaire souligne que ces exemples impliquent tous deux de profiter de la position dominante de la défenderesse au sein d'un marché d'amont (en l'espèce, la plateforme d'applications) pour restreindre la concurrence au sein d'un marché d'aval, ainsi qu'il est allégué en l'espèce.
45. Citrus conteste le fait que la Politique sur les données a un effet d'éviction ou d'exclusion. Elle soutient que la politique a pour but d'offrir une plus grande diversité de choix aux consommateurs et d'accroître la transparence en ce qui concerne l'utilisation de leurs données personnelles. Citrus n'a aucun contrôle sur les choix que font ces consommateurs, y compris celui d'autoriser ou non l'appli à exercer un suivi. Si les consommateurs font le choix d'autoriser le suivi, cela revient simplement pour eux à exercer leur autonomie à l'égard de leurs propres données. Le fait qu'un consommateur autorise certaines applis à exercer un suivi et d'autres pas n'est rien de plus qu'un choix de la part du consommateur et ce choix est représentatif de l'éventail des options concurrentielles existantes. Citrus n'a pas l'obligation de déroger aux choix des consommateurs afin de soutenir les modèles d'affaires des autres développeurs d'applications.
46. Qui plus est, Citrus affirme qu'elle n'a mené aucune recherche quant au nombre de consommateurs qui choisiraient de ne pas consentir à l'Utilisation spécifiée des données, et qu'elle ne pouvait donc pas raisonnablement prévoir que les consommateurs choisiraient de ne pas consentir dans une proportion suffisante pour nuire à la rentabilité des modèles d'affaires fondés sur la publicité sur lesquels reposent des applis de tiers.
47. Plusieurs des présentations que Citrus a soumises au Commissaire dans le cadre de la présente demande comprenaient une liste des « avantages » liés à la mise en œuvre d'une telle politique, dont un effet positif sur les frais de commission prélevés sur les ventes d'applis réalisées via la boutique Grove, mais le déposant de Citrus, Tom Bakes (qui s'est présenté comme l'architecte de la Politique sur les données) a témoigné que ces présentations n'étaient rien de plus que des avant-projets préparés par ses subordonnés et qu'elles n'ont pas été prises en compte dans la décision finale. Pour appuyer ses dires, il a mentionné les nombreuses inscriptions « Ébauche », les commentaires dans la marge et l'absence du logo de Citrus, et a précisé que ces présentations n'auraient jamais été soumises à la haute direction dans un tel état

d'inachèvement. M. Bakes a affirmé ce qui suit : « Je ne passe pas mes nuits debout à penser à ces petits développeurs d'applications. Je doute que je puisse même en nommer un. Non, je m'attarde à ce que fait Humanoid, je me demande pourquoi ils attirent autant de clients et ce que je peux faire pour les écraser. C'est un secteur ultra-compétitif. »

48. Citrus soutient que même si le Tribunal conclut qu'un certain effet anticoncurrentiel était raisonnablement prévisible, sa décision d'adopter la Politique était fondée sur plusieurs justifications commerciales valables. Citrus a produit une preuve affidavit indiquant que la Politique sur les données a été adoptée principalement pour deux raisons : a) accroître la confiance des consommateurs à l'égard de Grove et de Citrus de façon générale et, ce faisant, conférer à Citrus un avantage concurrentiel sur les autres SE mobiles et accroître les ventes de produits Citrus; et ii) se conformer aux lois sur la protection des renseignements personnels qui exigent que Citrus respecte les choix des consommateurs en ce qui concerne leurs données personnelles et qu'elle exerce un contrôle sur les données qu'elle recueille.
49. À l'appui de cette première motivation (c.-à-d. le fait que la Politique sur les données vise à conférer à Citrus un avantage concurrentiel), Citrus a présenté dans son affidavit et produit en preuve sa plus récente campagne publicitaire pour ses appareils Kumquat, laquelle a été menée parallèlement au lancement de Seed 4. La campagne mentionne l'introduction de « nouvelles mesures de confidentialité » et comprend le slogan « Le Kumquat : petit format, confidentialité accrue », qui est repris dans un certain nombre de publicités numériques, d'affiches et de courtes vidéos (les autres fonctionnalités et avantages sont annoncés dans d'autres composantes de la campagne).
50. Citrus soutient que l'application différenciée de la Politique sur les données est nécessaire, car ainsi Citrus peut exercer une surveillance et un contrôle intégral sur l'utilisation qu'elle fait des données personnelles des consommateurs, ce qui lui permet de s'assurer que son utilisation est conforme aux lois sur la protection des renseignements personnels. Elle n'a pas le même contrôle sur l'utilisation que les applis de tiers font des données qu'elles recueillent. Les applis de tiers pourraient donc exposer Citrus à une atteinte potentielle à sa réputation ou à un risque de non-conformité aux lois sur la protection des renseignements personnels (ce qui pourrait nuire à sa position concurrentielle); sans la Politique, Citrus n'est pas en mesure d'atténuer ce risque de façon efficace.

Alinéa 79(1)c) – Empêchement ou diminution sensible de la concurrence

51. Le Commissaire affirme qu'« en l'absence » des agissements anticoncurrentiels de Citrus, le Marché Grove serait sensiblement plus concurrentiel, notamment parce que les barrières à l'entrée seraient moindres, que les prix pour les utilisateurs seraient substantiellement moins élevés, que l'innovation serait favorisée et que les modèles d'affaires seraient plus efficaces.
52. Le Commissaire soutient que, dans le monde fondé sur l'« absence hypothétique » (ou simplement le « monde hypothétique ») dont le Tribunal doit tenir compte aux fins de son analyse comparative, aucune application n'a l'obligation de solliciter le consentement de l'utilisateur avant de se livrer à l'Utilisation spécifiée des données. Le Commissaire fait valoir que Citrus n'a jamais mis en œuvre une politique exigeant que

toutes les applications, y compris les siennes, affichent une option de consentement au suivi et qu'elle n'a produit aucun élément de preuve donnant à penser qu'elle pourrait mettre en œuvre une telle politique. Par conséquent, il serait insensé de conclure qu'en l'absence de son comportement contesté, Citrus aurait exigé que toutes les applications, y compris les siennes, affichent une option de consentement, car une telle conclusion tiendrait de la supposition.

53. Comparativement au « monde hypothétique » qu'il a évoqué, le Commissaire prétend que le comportement anticoncurrentiel de Citrus aura les effets suivants : a) une hausse des prix, car les applis gratuites devront passer à un modèle payant étant donné leur capacité réduite à vendre des publicités; b) une réduction du nombre d'entrées sur le marché, car le besoin accru d'utiliser un modèle payant fera en sorte qu'il sera plus difficile d'attirer des utilisateurs; et c) une diminution de l'innovation, car des barrières plus importantes à l'entrée freinent les investissements dans les nouvelles applications.
54. Citrus rejette le « monde hypothétique » présenté par le Commissaire, et affirme que, dans tous les cas, la Politique sur les données n'entraîne pas et n'entraînera pas d'EDSC.
55. Citrus fait valoir que l'objectif premier de la Politique sur les données – qui, soutient-elle, est de protéger la vie privée des consommateurs – est sacré pour l'entreprise et qu'en l'absence de la mise en œuvre contestée de la Politique sur les données, Citrus exigerait que *toutes* les applications, c'est-à-dire tant celles développées par Citrus que celles de tiers, obtiennent le consentement de l'utilisateur à l'égard de l'Utilisation spécifiée des données. Citrus maintient que le monde a changé depuis l'époque de Seed 3 et que les consommateurs sont maintenant conscients de devoir protéger la confidentialité de leurs données en ligne. Citrus insiste sur les résultats d'un sondage qu'elle a mené auprès des consommateurs avant le lancement de Seed 4; ces derniers indiquent que les caractéristiques de confidentialité figurent parmi les trois premiers critères d'achat de 70 % des acheteurs probables d'appareils mobiles et que 85 % de ces consommateurs se disent « préoccupés » ou « très préoccupés » par la sécurité des données. Dans ce contexte, Citrus prétend que « le monde de Seed 3 n'est plus » et que le Commissaire ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'« en l'absence » du comportement contesté de Citrus, les applis pourraient se livrer à l'Utilisation spécifiée des données de la même façon qu'elles le faisaient avant le lancement de Seed 4.
56. Citrus soutient que, dans le contexte du « monde hypothétique » qu'elle propose, les effets anticoncurrentiels allégués par le Commissaire ne reposent sur aucun fondement plausible, car les développeurs d'applications tiers seraient assujettis aux mêmes restrictions concernant l'Utilisation spécifiée des données que celles imposées par la Politique sur les données actuelle.
57. À titre subsidiaire, Citrus soutient que, dans le contexte du « monde hypothétique » proposé par le Commissaire, la Politique sur les données n'a pas entraîné un ESDC; elle a plutôt facilité la mise en place d'une autre dimension de la concurrence en renforçant le contrôle que les utilisateurs exercent sur la protection de leurs données personnelles et, en cela, a offert une valeur accrue aux consommateurs. De l'avis de Citrus « rien n'est jamais gratuit dans la vie, mais il existe différentes façons de payer ». Selon Citrus, l'exercice d'un choix par le consommateur consistant à soumettre une quantité moindre de ses données personnelles à l'exploitation de tiers ne peut pas être

considéré comme un EDSC, indépendamment du fait qu'il puisse entraîner une hausse des prix.

58. Citrus demande également comment la probabilité d'un EDSC pourrait être établie alors que a) elle a présenté des données démontrant la prédominance persistante des applications gratuites et b) les développeurs d'applications tiers s'emploient déjà à innover en réaction à la Politique sur les données. Citrus prétend que le Commissaire n'a pas présenté une preuve quantitative suffisante pour établir que la Politique sur les données a, a eu ou continuera vraisemblablement d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au sein du marché.

E. Les questions

59. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les parties mettent en cause chacun des éléments énoncés à l'article 79 et soulèvent à l'égard de chacun d'eux de nouvelles considérations importantes. Comme nous l'expliquons ci-dessous, le Tribunal est d'avis que le résultat de l'affaire dépend de quatre questions principales :

- a. En ce qui a trait à l'alinéa 79(1)a) de la Loi, quel est le critère pertinent pour déterminer les frontières d'une « catégorie ou espèce d'entreprises », et le Marché Grove constitue-t-il une « catégorie ou espèce d'entreprises »?
- b. En ce qui a trait à l'alinéa 79(1)b) de la Loi, quel est le rôle du Tribunal dans l'évaluation de la validité d'une justification commerciale avancée par un défendeur, et la Politique sur les données constitue-t-elle une pratique d'agissements anticoncurrentiels pour laquelle il n'existe aucune justification commerciale valable?
- c. En ce qui a trait à l'alinéa 79(1)c) de la Loi :
 - i. Quel est le critère pertinent pour déterminer le « scénario hypothétique » et le Commissaire s'est-il acquitté de son fardeau à cet égard?
 - ii. Un choix des consommateurs peut-il entraîner un EDSC et, si oui, est-ce le cas en l'espèce?

F. L'analyse du Tribunal

60. Le Tribunal a examiné attentivement les observations des parties, la jurisprudence pertinente et la preuve dont il disposait. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal a conclu que le Marché Grove constitue une catégorie ou une espèce d'entreprises et que la Politique sur les données constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels pour laquelle il n'existe aucune justification commerciale valable. Cependant, le Tribunal a conclu que la Politique sur les données facilitait le choix des consommateurs et n'entraînait pas d'EDSC.

Contrôle sensible ou complet d'une catégorie ou d'une espèce d'entreprises

61. Selon l'alinéa 79(1)a) de la Loi, pour rendre une ordonnance d'interdiction, le Tribunal doit conclure qu'une entreprise « contrôle sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions ». En

l'espèce, la question de savoir si le premier élément existe dépend de celle de savoir si le Marché Grove constitue ou non une « catégorie ou espèce d'entreprises ».

(i) Cadre analytique

62. Le Tribunal a toujours interprété l'expression « catégorie ou espèce d'entreprises » comme désignant le marché de produits pertinent sur lequel le défendeur exercerait un contrôle sensible ou complet. Pour définir les marchés pertinents, le Tribunal s'est concentré sur la question de savoir s'il existe des substituts suffisamment proches du produit en cause.

63. Dans *Le commissaire de la concurrence c Le Toronto Real Estate Board* (2016 Trib conc 7 (« **TREB 2016** »)), le Tribunal a appliqué le critère du monopoleur hypothétique pour évaluer la disponibilité de substituts et définir le marché de produits pertinent dans le contexte d'une procédure en vertu de l'article 79 de la Loi. Le critère du monopoleur hypothétique, sur lequel le Tribunal s'est antérieurement appuyé dans des affaires de fusion, est défini comme suit dans le document de 2011 du Bureau de la concurrence intitulé « Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi » :

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 [dans lesquels] 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.

64. En règle générale, le Tribunal conclut à une « augmentation de prix modeste mais significative et non transitoire » si la hausse de prix atteint 5 % et qu'elle dure au moins un an. Comme le Tribunal l'a expliqué dans *TREB 2016* :

[...] si les vendeurs d'un produit ou d'un groupe de produits qui sont de proches substituts dans un marché provisoirement défini, qui agissent à titre de monopoleur hypothétique, n'auraient pas la capacité d'imposer une augmentation de prix de cinq pour cent et la maintenir durant une année, la dimension produit du marché pertinent sera progressivement élargie jusqu'à ce qu'un monopoleur hypothétique ait la capacité et le degré de puissance commerciale [requis].

(ii) Application du critère du monopoleur hypothétique

65. Le Commissaire demande au Tribunal d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique et prétend que, dans le cadre de ce test, le Marché Grove constitue le marché de produits pertinent aux fins de l'analyse du Tribunal.

66. Étant donné que le critère du monopoleur hypothétique implique de définir d'abord le groupe le plus *restreint* de produits, il convient de déterminer en premier lieu si une analyse distincte doit être entreprise à l'égard de chacune des catégories d'applications offertes dans la boutique Grove, comme le demande avec insistance Citrus. Le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse distincte.

67. La position non contestée que défend le Commissaire, et qui concorde avec la jurisprudence du Tribunal sur l'article 79, est que Citrus contrôle le Marché Grove du fait de son rôle de gardien et de sa capacité à établir les règles (c.-à-d. que toutes les applications de tiers doivent obligatoirement être approuvées par Citrus avant d'être offertes dans Grove et respecter les conditions de service de Citrus). Aucun élément de preuve donnant à penser que Citrus exerce ce contrôle différemment d'une catégorie d'applications à l'autre n'a été présenté au Tribunal. Par conséquent, le Tribunal est convaincu qu'il est approprié d'utiliser le Marché Grove comme point de départ pour l'application du critère du monopoleur hypothétique et qu'il n'est pas nécessaire d'examiner chaque catégorie d'applications séparément.
68. S'agissant du Marché Grove, le Tribunal convient avec le Commissaire que la concurrence qu'Humanoid et d'autres SE mobiles livre à Seed dans l'espoir de lui rafler des clients n'est pas suffisante pour freiner une augmentation de prix modeste, mais significative et non transitoire. Le Tribunal reconnaît que des applications équivalentes sur le plan fonctionnel, et dans bien des cas, identiques sont disponibles à la fois pour les appareils Seed et pour les appareils Humanoid. Cependant, les utilisateurs actuels de Seed sont en quelque sorte prisonniers de leur SE actuel et une migration vers un appareil Humanoid entraînerait pour eux des coûts substantiels. En effet, comme l'a souligné le Commissaire, Citrus s'emploie activement à dissuader les utilisateurs de Seed de migrer vers Humanoid, par exemple, en offrant ses applications uniquement pour Seed. Par conséquent, le Tribunal conclut que le Commissaire a établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'une augmentation de 5 % du prix des applications offertes dans Grove pourrait être maintenue pendant un an.
69. Citrus concède que, dans l'éventualité où les prix des applications offertes dans Grove augmentaient de 5 %, tous les utilisateurs Seed ne renonceraient pas nécessairement immédiatement – ou dans le courant de l'année – à leur appareil Citrus afin d'avoir accès à des applications offertes à des prix inférieurs dans la boutique Frolic. Citrus demande toutefois au Tribunal d'envisager les choses à plus long terme et insiste sur la régularité avec laquelle les utilisateurs de Seed remplacent leur appareil en temps normal. Citrus fait valoir qu'un écart de prix modeste, mais significatif entre Grove et Frolic serait « catastrophique » sur un horizon de deux à cinq ans, sachant qu'au cours de cette période, la vaste majorité des utilisateurs existants de Seed remplaceront leur appareil comme ils ont l'habitude de le faire tous les trois ou quatre ans.
70. Le Tribunal est sensible à la position de Citrus et admet qu'il existe une dynamique concurrentielle entre Citrus et Ogle, qui pourrait se révéler particulièrement pertinente à moyen ou long terme. Or, comme le Tribunal l'a fait observer dans *TREB 2016*, l'intérêt d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique tient au fait que ce dernier fournit des « points de référence objectifs » qui pallient la nature « très subjectiv[e] » des autres approches utilisées pour définir un marché de produits pertinent. En effet, l'analyse que Citrus presse le Tribunal d'effectuer est truffée de questions subjectives difficiles, telles que la désirabilité et l'interchangeabilité relatives des SE mobiles d'ici plusieurs années. Le Tribunal n'est pas disposé à abandonner l'approche qu'il a antérieurement adoptée pour définir le marché, en particulier dans le contexte de l'industrie des appareils mobiles, laquelle est connue pour évoluer à un rythme rapide.
71. En conséquence, le Tribunal conclut, selon la prépondérance des probabilités, que le Marché Grove constitue une « catégorie ou espèce d'entreprises » qui est sensiblement ou complètement contrôlée par Citrus.

Pratique d'agissements anticoncurrentiels

72. Le deuxième élément de la disposition relative à l'abus de position dominante exige que le Tribunal établisse que le défendeur s'est livré ou se livre à une pratique d'agissements anticoncurrentiels.
- (i) Cadre analytique
73. Le terme « pratique » est généralement interprété comme désignant davantage qu'un acte isolé; il peut s'agir d'agissements constants et systémiques ou ayant des répercussions durables sur la concurrence. (*Canada (Commissaire de la concurrence) c Tuyauteries Canada Ltée*. 2006 CAF 233, para 60 (« **Tuyauteries Canada** »)). Dans *Tuyauteries Canada*, la Cour a conclu qu'un programme structuré, organisé et appliqué à l'échelle d'une région constituait une pratique.
74. La Loi ne définit pas ce qu'est un « agissement anticoncurrentiel », mais une liste non exhaustive de 11 exemples d'agissements anticoncurrentiels est fournie à l'article 78. Dans le cas des pratiques contestées qui ne correspondent à aucun des agissements énumérés à l'article 78, le Tribunal doit évaluer l'intention tant subjective qu'objective de la pratique. Plus précisément, le Tribunal doit déterminer si la pratique a ou avait pour but d'évincer, d'exclure ou de mettre au pas un concurrent. (*Tuyauteries Canada*, para 272).
75. S'agissant de déterminer l'objectif d'un agissement contesté, la Cour d'appel fédérale a statué que celui-ci peut être déterminé au regard de l'intention subjective, mais qu'une preuve de l'intention subjective n'est pas requise pour conclure qu'il s'agit d'un agissement anticoncurrentiel. La preuve objective, à savoir « les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement » peut également permettre d'établir l'intention d'un agissement anticoncurrentiel. Le Tribunal doit évaluer et soupeser l'ensemble des facteurs et des éléments de preuve pertinents lorsqu'il s'emploie à déterminer la « nature générale » du comportement. (*Tuyauteries Canada*, para 67). Dans le cadre de cette évaluation, le défendeur sera réputé avoir prévu les effets de ses agissements (*Tuyauteries Canada*, para 67 à 70; *Canada (Director of Investigation and Research) c D&B Companies Canada Ltd* (1996), 64 CPR (3d) 216 (Trib conc), page 257).
76. Aux fins de cet exercice d'évaluation, le Tribunal doit également tenir compte de toute justification commerciale valable avancée par le défendeur, et mettre ces dernières en balance avec tout effet négatif visant l'éviction, l'exclusion ou la mise au pas qui était subjectivement prévu ou raisonnablement prévisible ((*Tuyauteries Canada*, para 67, *TREB*2016, para 285). Comme notre Tribunal l'a expliqué, une justification commerciale valable ne constitue pas une défense absolue contre une allégation portant qu'une pratique contestée est anticoncurrentielle. Le Tribunal doit plutôt l'envisager dans le cadre d'un exercice de mise en balance : « on doit plutôt se demander, avant de rendre une décision sous le régime de cet alinéa [79(1)b)], si la justification commerciale contrebalance ou neutralise les éléments de preuve tendant à établir l'existence d'un but anti-concurrentiel » (*Tuyauteries Canada*, para 88).
77. Pour être considérées comme « valables » dans le contexte de l'alinéa 79(1)b), les justifications commerciales doivent concerner plus que le propre intérêt du défendeur

(*TREB* 2016, au para 294). « [L]a justification commerciale doit être une raison fondée sur l'efficacité ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anti-concurrentiels et/ou à l'intention subjective de ce comportement et leur fait contrepoids » (*Tuyauteries Canada*, para 73, 90 et 91). La justification commerciale doit également être indépendante de l'effet anticoncurrentiel de la pratique en cause.

(ii) La Politique sur les données constitue-t-elle une « pratique »?

78. Le comportement de Citrus est fondé sur une politique actualisée qui est structurée, organisée et appliquée de façon systématique à l'échelle du Canada (et à l'extérieur du Canada). Seed 4 est configuré de façon à appliquer cette politique par défaut. Il ne fait guère de doute que cette politique constitue une « pratique », et Citrus ne conteste pas cette conclusion.

(iii) Mise en balance de l'objectif anticoncurrentiel et de la justification commerciale

79. Le Tribunal considère qu'il était raisonnablement prévisible que la Politique sur les données aurait pour effet de réduire l'utilisation d'une appli cherchant à exercer un suivi sur les données des consommateurs ou d'inciter un plus grand nombre de consommateurs à ne pas consentir à l'utilisation spécifiée des données tout en continuant à utiliser l'appli. Le Tribunal est également d'avis qu'il était raisonnablement prévisible, en particulier pour une entreprise possédant ses propres applications gratuites financées par la publicité, que ces scénarios mèneraient tous deux à une diminution des revenus publicitaires pour les applis touchées et à une réduction de la probabilité qu'une appli fondée sur un modèle gratuit puisse perdurer. En outre, le Tribunal estime que l'application inégale de la politique aux concurrents de Citrus signifie nécessairement qu'il était prévu que les effets négatifs raisonnablement prévisibles touchent uniquement les concurrents de Citrus, et c'est là le signe par excellence d'une pratique visant l'exclusion et l'éviction. Malgré que M. Bakes ait affirmé qu'il serait incapable de nommer un seul développeur d'applications concurrent (et, donc, qu'il ne considérerait pas ces derniers comme des concurrents à l'égard desquels une entreprise comme Citrus aurait à se soucier des effets prévisibles de ses agissements), en contre-interrogatoire, M. Bakes a admis connaître plusieurs applications faisant directement concurrence aux applications de Citrus, comme Ogle Maps (une proche concurrente de Citrus Roots), Ogle Tunes (une proche concurrente de Citrus Marmalade) et de multiples applications de nouvelles (qui sont toutes des concurrentes de Citrus Pulp).

80. Le Tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire qu'il statue sur la question de savoir si les présentations PowerPoint témoignant d'une intention subjective ont ou non été examinées par les dirigeants de Citrus qui ont pris la décision; les effets objectivement prévisibles sont suffisants.

81. Bien que la troisième intention anticoncurrentielle relevée par le Commissaire (c.-à-d. la rétention des clients utilisateurs des appareils Citrus) puisse également constituer une pratique anticoncurrentielle, le Tribunal considère que l'effet de cette pratique se fait sentir sur un marché autre que le marché en cause – à savoir, le marché des SE mobiles, et non le marché d'applications que constitue la plateforme Grove. Étant donné

que le Commissaire n'a présenté ni preuve ni arguments quant à la question de savoir si Citrus pourrait exercer un contrôle sensible sur ce marché, nous ne tiendrons pas compte de cet effet allégué.

82. Ayant conclu que le comportement de Citrus impliquait certains effets anticoncurrentiels raisonnablement prévisibles, nous examinerons maintenant la justification commerciale avancée par Citrus. Nous reconnaissons qu'il y a au dossier des éléments de preuve indiquant qu'une des motivations à l'origine de la politique dans son ensemble était de permettre à Citrus de mieux concurrencer les autres SE en renforçant la confiance des consommateurs à son égard, mais nous n'admettons pas que cette motivation est également celle qui sous-tendait l'application inégale de la Politique sur les données aux applications de tiers. En fait, une application uniforme de la Politique sur les données à l'ensemble des applications aurait sans doute permis d'accroître davantage la confiance des consommateurs, car ainsi, Citrus ne se serait pas livré à des comportements trompeurs quant à ses propres mesures de suivi.
83. Citrus prétend que le Tribunal n'a pas à se demander si l'objectif de la Politique sur les données aurait pu être réalisé plus efficacement au moyen d'un cadre de mise en œuvre différent. Citrus soutient plutôt que, dans la mesure où le Tribunal admet que l'objectif général de la Politique sur les données est légitime, le Tribunal doit respecter la façon de procéder choisie par Citrus, du moment que celle-ci est crédible et n'est pas fondée sur le mépris volontaire des répercussions anticoncurrentielles sur les concurrents de Citrus.
84. Le Tribunal ne souscrit pas à cet argument et estime que ce serait manquer à son devoir que d'accorder déférence aux entreprises de la façon suggérée par Citrus. En contre-interrogatoire, M. Bakes a déclaré que le fait d'appliquer la Politique sur les données aux applications de Citrus aurait eu pour effet de miner la confiance des consommateurs que la politique visait justement à renforcer et que, dans cette optique, l'application inégale de la politique était nécessaire du point de vue de la justification commerciale consistant à mieux concurrencer Humanoid. Le Tribunal reconnaît qu'à sa face même, cette déclaration tend à confirmer que l'objectif premier de Citrus en ce qui concerne la Politique sur les données en général, et son application différenciée en particulier, était de livrer une concurrence plus efficace à Humanoid. Or, le Tribunal considère que la déclaration de M. Bakes constitue également un aveu à l'effet que Citrus s'attendait à ce que la Politique sur les données soit préjudiciable à la position concurrentielle des applications auxquelles elle s'applique.
85. Dans le but de démontrer que la nature générale de la Politique sur les données était légitime, dans sa plaidoirie, Citrus a invoqué l'absence d'éléments de preuve indiquant qu'elle avait fait le lien entre l'avantage qu'elle cherchait à obtenir par rapport aux SE mobiles concurrents et les répercussions pour les développeurs d'applications. Citrus a affirmé, sans toutefois en fournir la preuve, que son défaut d'établir ce lien était raisonnable notamment parce que Citrus considère entretenir une relation « spéciale et unique » avec les consommateurs comparativement aux développeurs d'applications et qu'au sein de Citrus, le développement de Seed est géré séparément de la plateforme Grove.
86. Citrus invite donc le Tribunal à encourager les entreprises en position dominante à se cacher la tête dans le sable pour ne pas voir les effets de leurs comportements

anticoncurrentiels. Le Tribunal a déjà établi (et a conclu en l'espèce) que les effets objectivement et raisonnablement prévisibles d'une pratique peuvent démontrer la nature anticoncurrentielle de cette dernière. Une entreprise en position dominante ne peut donc pas éviter une telle conclusion en invoquant une justification commerciale mal avisée ou insuffisamment étudiée. Une entreprise de l'envergure et de la sophistication de Citrus devrait être à même, par l'exercice d'une diligence raisonnable, de reconnaître les répercussions anticoncurrentielles d'une mise en œuvre inégale de la Politique sur les données et de concevoir qu'une application uniforme de la Politique sur les données lui aurait permis de réaliser plus efficacement son objectif déclaré.

87. Quant aux lois sur la protection des renseignements personnels, le Tribunal convient que Citrus a l'obligation au titre de ces lois de respecter les choix des consommateurs en ce qui concerne leurs données personnelles, mais souligne que Citrus n'a pas produit d'éléments de preuve établissant de façon satisfaisante qu'elle n'aurait pas pu s'acquitter (ou s'acquitter plus efficacement) de cette obligation si elle avait appliqué de façon uniforme la Politique sur les données à l'ensemble des applications offertes sur la plateforme Grove. La justification avancée n'explique donc pas le point fondamental de la plainte relative à la Politique sur les données, c'est-à-dire l'application inégale de cette dernière.

Empêchement ou diminution sensible de la concurrence

88. Ayant conclu que le comportement de Citrus représente une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Tribunal doit maintenant déterminer si le comportement en question a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché.

(i) Cadre analytique

89. L'alinéa 79(1)c) exige que le Tribunal établisse que le comportement contesté en question « a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. En d'autres termes, une fois que le Tribunal a déterminé qu'une entreprise occupe une position dominante et qu'elle s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Tribunal doit répondre à la question de savoir si « en l'absence » des agissements anticoncurrentiels en question, la concurrence au sein du marché aurait été ou serait présentement ou dans l'avenir sensiblement plus grande (*TTervita Corp. c Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, para 50 et 51; *Toronto Real Estate Board c Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236, para 86 (« **TREBCAF** »); *Tuyauteries Canada*, CAF, aux para 36 à 38, 44 et 58).

90. Aux fins de cette analyse, le Tribunal est en droit d'examiner le niveau de concurrence au sein du marché pertinent, à la fois dans le monde réel et dans le « monde hypothétique » (*TREBCAF*, para 70).

(ii) Le « monde hypothétique »

91. Pour mener à bien cette analyse comparative, le Tribunal doit d'abord déterminer l'état probable de la concurrence en l'absence de la pratique anticoncurrentielle. Chacune des parties a présenté au Tribunal un monde (ou scénario) hypothétique différent aux fins de l'évaluation de l'EDSC. Le Commissaire affirme que le Tribunal doit fonder son analyse

sur le monde qui existait avant le lancement de Seed 4 et la mise en œuvre de la Politique sur les données – c.-à-d. un monde dans lequel *aucune* appli n'a l'obligation de solliciter le consentement de l'utilisateur avant de se livrer à l'Utilisation spécifiée des données. À l'inverse, Citrus prétend que l'analyse du Tribunal doit reposer sur un monde alternatif dans lequel la Politique sur les données est appliquée de façon égale – c.-à-d. un monde dans lequel *toutes* les applications, y compris celles de Citrus, ont l'obligation de solliciter le consentement de l'utilisateur avant de se livrer à l'Utilisation spécifiée des données.

92. Le scénario proposé par le Commissaire concorde avec la réalité. Il s'agit du monde que Citrus a elle-même créé et entretenu avant la mise en œuvre de la Politique sur les données. En effet, le contre-interrogatoire de M. Bakes, dont un extrait a été reproduit ci-dessus, a démontré que Citrus considérait que l'application égale de la Politique sur les données était incompatible avec ses objectifs commerciaux.
93. En dépit de sa pratique antérieure établie, Citrus demande au Tribunal de fonder son analyse sur un monde alternatif théorique tenant de la supposition. Bien que le Tribunal admette qu'il puisse y avoir un intérêt commercial légitime à promouvoir la protection de la vie privée des consommateurs, Citrus n'a présenté aucune preuve confirmant que cet intérêt l'emporte sur son intérêt à faciliter l'Utilisation spécifiée des données par ses propres applications.
94. Conformément à l'approche hypothétique adoptée par le Tribunal dans des affaires antérieures, le Tribunal accepte la position du Commissaire selon laquelle le monde antérieur à la Politique sur les données – dans lequel aucune application n'avait l'obligation de solliciter le consentement de l'utilisateur avant de se livrer à l'Utilisation spécifiée des données – est le « monde hypothétique » le plus approprié dans les circonstances.

(iii) Critère relatif à l'EDSC

95. À titre préliminaire, le Tribunal souligne que, puisqu'il a conclu que le « monde hypothétique » proposé par le Commissaire est le scénario le plus approprié aux fins de l'analyse relative à l'EDSC, il n'est pas nécessaire que le Tribunal se penche ou se prononce sur la question de savoir si un EDSC pourrait être établi sur le fondement du scénario proposé par Citrus. Toutefois, par souci d'exhaustivité, le Tribunal reconnaît souscrire à la position non contestée de Citrus selon laquelle, dans le contexte du scénario présenté par Citrus, le comportement contesté n'entraîne pas d'EDSC.
96. En ce qui concerne le scénario du Commissaire, bien que le Commissaire n'ait présenté aucune preuve quantitative dans le cadre de la présente procédure, sur le fondement de la preuve qualitative produite par les parties, le Tribunal est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'en l'absence des agissements anticoncurrentiels de Citrus, à court terme :
- (a) l'entrée ou l'expansion dans le Marché Grove aurait été sensiblement plus rapide, plus fréquente et plus importante en l'absence de la Politique sur les données;
 - (b) le passage à d'autres applis et à d'autres systèmes d'exploitation concurrents serait sensiblement plus fréquent;

- (c) les coûts et les prix pour les utilisateurs seraient sensiblement inférieurs;
- (d) la gamme de produits offerts (c.-à-d. les applis) serait sensiblement plus grande; et
- (e) la qualité des produits, l'innovation et le choix seraient accrus.

97. Le Tribunal reconnaît à la fois que a) à ce jour, rien n'indique que les prix ont augmenté; et b) il existe une certaine preuve que des développeurs ont commencé à innover en réaction au changement d'environnement. Cependant, la preuve prépondérante tend à démontrer qu'à court terme : a) le nombre de consommateurs donnant leur consentement continuera d'être peu élevé, b) un faible taux de consentement fera diminuer la valeur de la publicité dans les applications et compromettra la viabilité du modèle fondé sur les applications gratuites, c) les applications seront graduellement contraintes d'imposer des frais d'utilisation, ce qui entraînera, dans bien des cas, une augmentation de prix illimitée, car les prix augmenteront à partir de zéro, d) l'obligation commerciale d'imposer des frais initiaux dissuadera les consommateurs d'adopter de nouvelles applications, érigera des barrières à l'entrée et freinera l'innovation, et e) la prévalence accrue des applis de tiers payantes, alors que celles de Citrus demeureront gratuites, accroîtra la dépendance aux applications non susceptibles d'être transférées, ce qui dissuadera les utilisateurs de Seed de changer pour Humanoid ou un autre SE mobile concurrent.

98. En effet, pour reprendre la formulation que le Commissaire a utilisée dans sa plaidoirie, « l'expérience précoce de Headpamphlet s'apparente davantage à une sirène annonçant un raid aérien qu'à un serin dans une mine de charbon ». Si le comportement contesté de Citrus a le potentiel de mettre en péril la viabilité d'une des principales applications de médias sociaux dans le monde, il est facile d'imaginer la gravité et le caractère disproportionné des répercussions que la Politique sur les données aura sur les millions d'applications de plus petite envergure qui sont offertes dans Grove et sur les petites et moyennes entreprises qui comptent sur ses applications pour diffuser des publicités personnalisées.

99. Bien que l'innovation puisse, avec le temps, réduire ou éliminer l'importance de l'utilisation spécifiée des données, cette possibilité demeure théorique et le niveau de certitude ou de preuve existant à cet égard est insuffisant pour réduire la probabilité des effets susmentionnés.

100. Cependant, le Tribunal convient avec Citrus que les effets allégués par le Commissaire, et admis par le Tribunal, ne constituent pas dans les faits un EDSC et qu'ils représentent plutôt un résultat de la concurrence découlant d'un choix des consommateurs.

101. Il est bien établi que l'analyse relative à l'EDSC doit être ancrée dans l'objet de la Loi, tels qu'il est formulé à l'article 1.1 (soulignement ajouté) :

La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

102. La Loi a pour objet de préserver la concurrence, par les entreprises qui se font concurrence. Le Tribunal est d'avis que la Politique sur les données a pour but de rendre explicites des choix offerts aux consommateurs qui étaient auparavant implicites. Elle n'érige aucune barrière empêchant les consommateurs de faire les mêmes choix (et les développeurs tiers d'exercer leurs activités de la même façon) qu'auparavant. Certains tiers concurrents peuvent ne pas apprécier les capacités décisionnelles que la Politique sur les données confère aux consommateurs. Or, la Loi n'a pas pour objet de protéger les intérêts des concurrents.
103. Le Tribunal convient avec Citrus que le choix d'un consommateur de payer plus cher en échange de caractéristiques de produits différentes ne constitue pas un EDSC. En effet, l'article 1.1 reconnaît l'importance d'assurer aux consommateurs « des prix compétitifs et un choix dans les produits. » Si les consommateurs choisissent de protéger leurs données et de payer plus cher pour ce faire, il ne s'agit pas d'un effet anticoncurrentiel, mais du résultat de la concurrence.
104. Le Commissaire prétend que la Politique sur les données « dupe » les consommateurs en les amenant à prendre des décisions qui vont à l'encontre de leurs propres intérêts. Il soutient que les résultats de l'étude réalisée par l'Université Eerie démontrent que les consommateurs canadiens ont une nette préférence pour les applications gratuites et des mesures limitées de protection des données, et allègue que la formulation « trompeuse » contenue dans l'option de consentement qui est présentée aux consommateurs fait en sorte que les consommateurs troquent à leur insu un environnement d'applications mobiles concurrentiel contre un environnement sensiblement moins concurrentiel.
105. Le Tribunal rejette cette allégation. Citrus a offert aux consommateurs une occasion de manifester leur mécontentement en quittant un environnement numérique qui ne leur convient pas. Dans la mesure où le Commissaire est en désaccord avec la façon dont Citrus a offert ce choix aux consommateurs, il peut envisager le comportement de Citrus dans le contexte de l'article 74 de la Loi; cependant, le Tribunal estime que rien ne justifierait de conclure que la pratique d'agissements anticoncurrentiels de Citrus (c. -à-d. l'application inégale de la Politique sur les données) a entraîné, entraîne ou entraînera vraisemblablement un EDSC.
106. En conséquence, le Tribunal estime que le Commissaire n'a pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que les agissements anticoncurrentiels de Citrus ont eu, ont ou auront vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans quelque marché pertinent que ce soit.

G. Ordonnance

107. Pour les motifs exposés ci-dessus, la demande présentée par le Commissaire est rejetée.

FAIT à Ottawa, ce 8^e jour octobre de 2021.

SIGNÉ au nom du Tribunal par les membres de la formation.